

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO
DO RIO GRANDE DO NORTE – FARN
CURSO DE DIREITO**

TALITA MOTTA MEIRA PIRES

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

**NATAL/RN
2010**

TALITA MOTTA MEIRA PIRES

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

Orientadora: Gabriella Simonetti Meira Pires Barbalho (Esp.).

NATAL/RN
2010

Catálogo na Publicação – Biblioteca da FARN
Setor de Processos Técnicos

Pires, Talita Motta Meira

A responsabilidade civil do médico/ Talita Motta Meira Pires. –
Natal: FARN, 2010.
57f.

Orientador: Gabriella Simonetti Meira Pires Barbalho (Esp.)
Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade Natalense para o
Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.

1. Direito – Monografia. 2. Responsabilidade civil. 3. Médico. 4.
Obrigações I. Título.

RN/FARN/BC

CDU 347.56:61

BIBLIOTECA UNI-RN

347.56:61 P667r - RB: 37590 (M002143)

Título: A responsabilidade civil do médico

Autoria: Pires, Talita Motta Meira

2011, ex. 1

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

Talita Motta Meira Pires

Talita Motta Meira Pires

Monografia aprovada em ____/____/____.

Prof. (espec.) Gabriella Simonetti Meira Pires Barbalho
Orientadora

Prof. (espec.) Alan Barros
Examinador (a) Titular

Kaleb Campos Freire

Prof. (espec.) Kaleb Campos Freire
Examinador (a) Titular

Prof. Walber Cunha Lima
Coordenador do Curso

A minha mãe, por TUDO.

Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender
ninguém, dar a cada um o que lhe pertence.

Ulpiano.

RESUMO

A responsabilidade civil do médico é um tema de suma importância, uma vez que a atividade médica lida diretamente com o maior patrimônio do ser humano, a vida. Ocorre que muitas vezes, o profissional comete erros no exercício da sua função, de modo que o paciente é lesado, devendo, portanto ser reparado. No entanto, verifica-se que pelo fato de trabalhar constantemente na zona álea que é o corpo humano, o profissional não poderá ser responsabilizado sempre, pois muitas vezes, apesar de ter utilizado de tudo que estava em seu alcance, o paciente não reage bem a determinado procedimento e o médico não deverá ser punido por isto. Neste diapasão, o trabalho em questão objetiva tratar da responsabilidade civil do médico a partir de uma análise jurisprudencial e doutrinária. De início serão tecidas considerações referentes à responsabilidade civil geral, sendo abordada sua evolução histórica, seguido de sua conceituação, bem como de seus pressupostos e excludentes. Posteriormente apresenta-se uma análise sobre a responsabilidade civil do médico, aonde será abordada a relação jurídica médico-paciente como relação extracontratual, as obrigações que decorrem do contrato médico, quer sejam de meio ou de resultado, tratando inclusive do tipo de obrigação decorrente da cirurgia estética. Trata-se ainda da negligência, imprudência e imperícia como modalidades da culpa médica e da inversão do ônus da prova. Num outro momento será dado enfoque ao instituto da iatrogenia e depois disso será analisada a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance ao direito médico. Por fim, o estudo em questão tratará das excludentes de responsabilidade civil do médico.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Médico. Obrigações.

ABSTRACT

The civil liability of the medical doctor is an issue of paramount importance once the medical activity deals directly with the greatest patrimony of the human being, its life.

During the exercise of their function, often happens that the professional makes mistakes leading to the injury of its patient. This error should be repaired. However, in view that this professional works constantly in an alien zone, which is the human body, he may not be always considered liable. Considering that many times, despite the use of everything that was in their reach and still the patient does not respond well to a procedure, the doctor should not be punished. Therefore, the present work aims to regard the civil liability of the medical doctor from a doctrinal and jurisprudential analysis. At first, will be made considerations concerning the general civil liability, approaching its historical evolution, followed by its conceptualization as well as their assumptions and exclusionary. Subsequently, it presents an analysis of the civil liability of the medical doctor, which will be dealt with the legal relationship doctor-patient as extra-contractual relation, the obligations arising under the medical contract, whether an obligation as a way or as a result, including the type of obligation arising from a aesthetic surgery. It deals also with negligence, recklessness and malpractice as modalities of the medical guilt and it accounts the reversal of burden of proof. In another moment, focus will be given to the iatrogenesis study and, afterwards, it will be analyzed the applicability of the loss theory of a chance to the doctor right. Finally, the present study will deal with the exclusionary rule of the medical doctor civil liability.

Key words: Civil liability; Medical Doctor; Obligations.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 ASPECTO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	10
3 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	12
4 ESPÉCIES.....	13
4.1 QUANTO AO FATO GERADOR – CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL.....	13
4.2 QUANTO AO AGENTE – DIRETA E INDIRETA.....	15
4.3 QUANTO AOS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL – SUBJETIVA E OBJETIVA.....	15
5 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	18
5.1 PRESSUPOSTOS – DA AÇÃO OU OMISSÃO.....	18
5.2 PRESSUPOSTOS – DA CULPA.....	19
5.3 PRESSUPOSTOS – DO DANO.....	20
5.3.1 Dano Patrimonial.....	21
5.3.2 Dano Moral.....	23
5.3.2.1 Dano Moral em Ricochete.....	25
5.3.3 Dano Estético.....	25
5.4 PRESSUPOSTOS – DO NEXO CAUSAL.....	26
6 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE.....	29
6.1 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR.....	29
6.2 FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA.....	30
6.3 FATO DE TERCEIRO.....	31
6.4 CLÁUSULA DE NÃO-INDENIZAR.....	32
7 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	33
8 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	34
8.1 CLASSIFICAÇÃO E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO MÉDICO.....	35
9 OBRIGAÇÃO.....	37
9.1 OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.....	37
9.2 OBRIGAÇÃO DO MÉDICO ANTE A LEI 8.078/1990.....	41
10 CULPA NO SENTIDO LATO.....	43
10.1 MODALIDADES DE CULPA MÉDICA – NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA.....	43
11 ÔNUS DA PROVA.....	46

12 ERRO MÉDICO	48
12.1 ESPÉCIES DE ERRO.....	48
13 IATROGENIA	50
14 PERDA DE UMA CHANCE	52
15 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	54
15.1 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR.....	54
15.2 FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA.....	55
15.3 FATO DE TERCEIRO.....	56
16 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

Por determinado lapso temporal o médico foi tido como alguém incontestável e inatingível, alguns lhe atribuíam à figura de Deus, de modo que tudo o que o mesmo fazia era tido como justo e bom. Desta feita, ainda que cometesse erro, o médico não era penalizado, uma vez que suas vítimas ou familiares acreditavam que o ocorrido era obra do destino e assim não pleiteavam o que lhe era devido.

Com o passar da evolução, a ciência médica foi se modernizando, através de novas descobertas e de novos instrumentos capazes de aumentar a capacidade do profissional na prevenção e cura de enfermidades. Foi assim que a concepção do médico como algo divino começou a cair por terra e as pessoas passaram a buscar seus direitos.

Desta feita, o médico, antes visto como inatingível, passou a ser alvo de demandas judiciais. Ocorre que trabalhar com o corpo humano é algo imprevisível, uma vez que as reações dos organismos são distintas, de modo que o médico não poderá ser punido em todos os casos do insucesso do procedimento.

O estudo em questão buscou analisar questões pertinentes ao tema, fazendo uso de material doutrinário e jurisprudencial.

Principia-se abordando a responsabilidade civil como um todo, trazendo seus aspectos históricos, conceitos, espécies, pressupostos e excludentes.

Mais a frente, o presente estudo analisa especificadamente a Responsabilidade Civil do Médico, levantando questões referentes ao seu aspecto histórico, relações médico-paciente, obrigações decorrentes do contrato médico, a questão da culpa, o ônus da prova, erro médico, o instituto da iatrogenia, a teoria da perda de uma chance e as excludentes de responsabilidade civil do médico.

Para finalizar, serão apresentados os pontos conclusivos destacados na presente pesquisa a título de considerações finais.

2 ASPECTO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Seguindo a linha da grande maioria dos institutos do direito, a responsabilidade civil encontra sua origem histórica no direito romano.

Partindo do princípio da Lei do Talião, aonde prevalecia o “olho por olho, dente por dente”, isto é, o mal deveria ser pago com o mal, é possível retirar a gênese da responsabilidade civil, tendo em vista que há uma idéia de reparação do dano. Com o passar do tempo a Lei do Talião evoluiu, sendo possível que a vítima, ao seu critério, recebesse bens ou dinheiro a título de *poena*.

A partir da evolução da sociedade, se dá a edição da *Lex Aquilia*, que não revoga completamente a lei anterior, todavia, substitui as multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado. O propósito de tal Lei era regular o *damnum injuria datum*, caracterizado por Gagliano; Pamplona (2006, p.11) como a “destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal”.

Sobre a idéia de responsabilidade civil na antiguidade, Alvino Lima (1999, p. 28) ensina que:

Partimos, como diz Ihering, do período em que o sentimento de paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade, para alcançar tão-somente a satisfação do dano e infligir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguido o direito romano libertar-se inteiramente da idéia da pena, no fixar a responsabilidade aquiliana, a verdade é que a idéia de delito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio da sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, de obrigações delituais, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória. A função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva da vingança; o caráter penal da ação da lei Aquília, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência.

Ficou a cargo da Escola do Direito Natural ampliar o conteúdo do *Lex Aquilia*. A respeito do tema, Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 17) entende o seguinte:

A teoria da reparação de danos somente começou a ser perfeitamente compreendida quando os juristas equacionaram que o fundamento da responsabilidade civil situa-se na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano. Nesse sentido, transferiu-se o enfoque da culpa, como

fenômeno centralizador da indenização, para a noção de dano. O direito francês aperfeiçoou as idéias romanas, estabelecendo princípios gerais de responsabilidade civil. (VENOSA, 2007)

Fazendo um salto histórico é possível observar a inserção da culpa como pressuposto da responsabilidade civil com o objetivo de substituir a concepção da pena pela reparação do dano. Cumpre destacar que o ordenamento jurídico adotou essa teoria no Código Civil de 1916.

Ocorre que a teoria clássica da culpa não satisfazia todas as necessidades do caso concreto pela impossibilidade da comprovação do elemento anímico, desta feita, a própria jurisprudência passou a ampliar o conceito de culpa e acatar novas teorias que propunham a reparação do dano decorrente pelo fato ou em virtude do risco criado.

Nos dias atuais as legislações mais modernas findaram por amparar essas novas teorias, sem, no entanto desprezar a teoria clássica da culpa.

3 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Surge então a responsabilidade, cujo conceito geral está ligado à apreciação de determinada conduta transgressora de um dever jurídico. Em decorrência disto, a responsabilidade possui diversas naturezas, sendo tratada no presente estudo a sua natureza civil.

O instituto da responsabilidade civil decorre de um ataque a determinado interesse particular, de maneira que o infrator deverá indenizar pecuniariamente à vítima no caso da impossibilidade da reposição *in natura*, ou seja, responsabilidade civil nada mais é do que o dever de reparar o prejuízo causado a alguém.

O civilista Flávio Tartuce (2009, p.299) conceitua a responsabilidade civil entendendo que a mesma “surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”.

André Almeida Garcia (2009, p.25) também traz a baila seu conceito:

Entende-se por responsabilidade civil o dever que tem determinado sujeito de indenizar o dano sofrido por outrem. Sua finalidade principal é justamente essa, ressarcir ou reparar o prejuízo causado na vítima; seu caráter punitivo é apenas secundário, ao contrário do que ocorre na responsabilidade criminal.

Ao que parece o segundo conceito é dotado de uma maior completude, uma vez que trata da indenização do dano pelo seu caráter reparador e não punitivo.

4 ESPÉCIES

Tendo em vista que a responsabilidade civil possui como elemento nuclear uma conduta violadora de determinado dever jurídico, é mister afirmar que há possibilidade dividi-las em diferentes espécies, a depender de onde provém esse dever o qual o elemento de sua conduta.

A doutrina diverge quanto às espécies de responsabilidade civil, desta feita, o trabalho em questão abordará a classificação da eminente civilista Maria Helena Diniz, que dispõe a responsabilidade civil em relação a três fatores, sendo eles: fato gerador, agente que praticou a ação e os fundamentos da responsabilidade civil.

4.1 QUANTO AO FATO GERADOR – CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Quanto ao fato gerador, o dever de indenizar pode decorrer tanto da violação de uma relação contratual como de uma obrigação imposta pela própria lei. Surgem então as figuras da responsabilidade contratual e extracontratual.

Por responsabilidade contratual, entende-se como sendo aquela proveniente de uma relação obrigacional antecedente, de modo que a responsabilidade advirá do inadimplemento do que fora pactuado em contrato, tal regra encontra-se disciplinada no artigo 389 do Código Civil, que ensina que: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios”.

De acordo com o caso supramencionado, verifica-se a transgressão de um dever decorrente de um ilícito contratual. Na precisa lição de Sérgio Cavaliere Filho (2006, p. 15):

A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade).

Verifica-se nesta espécie de responsabilidade que em decorrência do vínculo jurídico anteriormente firmado entre o contratante e o inadimplente o ônus probatório no que tange aos excludentes de responsabilidade recairá sobre o inadimplente.

Ocorrerá a responsabilidade extracontratual ou aquiliana quando o dever de reparar se der em decorrência de dano causado a uma obrigação imposta por princípio geral do direito ou pela própria lei. Cumpre destacar que neste tipo de responsabilidade não preexiste qualquer relação jurídica entre o ofensor e a vítima.

Maria Helena Diniz (2002, p. 116) ensina que “a fonte dessa responsabilidade é a inobservância da lei, ou melhor, é a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica”.

A espécie de responsabilidade em questão encontra-se disciplinada no Código Civil Brasileiro em seus artigos 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Quando tratar-se de responsabilidade extracontratual o *ônus probandi* caberá a vítima, de modo que em caso da mesma não comprovar o dano, não haverá ressarcimento.

Abordando a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, Sérgio Cavaliere Filho (2006, p.15) preleciona:

Em nosso sistema a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual.

Corroborando com o entendimento de Cavaliere, Venosa(2007, p.21) ressalta que “não existe na realidade uma diferença ontológica, senão meramente didática, entre responsabilidade contratual e aquiliana. Essa dualidade é mais aparente do que real”.

Por fim, é imprescindível destacar que alguns autores entendem que não existe necessidade em diferenciar a responsabilidade contratual da extracontratual. Parece ser mais adequado adotar a distinção, uma vez que é possível vislumbrar diferenças marcantes entre os institutos, principalmente no que se refere ao ônus da prova.

4.2 QUANTO AO AGENTE – DIRETA E INDIRETA

Analisando o agente que praticou a ação, a responsabilidade poderá ser direta ou indireta.

Ocorrerá responsabilidade direta quando o ato que causou o dano for praticado pelo próprio agente a quem foi imputado o fato, de modo que o mesmo responderá por ato próprio.

Quando tratar-se de ato proveniente de terceiro vinculado ao agente, de fato animal ou de coisa inanimada sob sua guarda, a espécie de responsabilidade ensejada será indireta. Sobre a responsabilidade indireta, Venosa (2007,p.66) entende que “a vítima deve provar, a culpa do agente causador do prejuízo. Consubstanciada esta, aflora automaticamente a culpa do responsável indicado na lei”.

4.3 QUANTO AOS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL - SUBJETIVA E OBJETIVA

Em relação à responsabilidade quanto ao seu fundamento, Maria Helena Diniz (2002) entende que a mesma poderá ser subjetiva ou objetiva, de modo que a primeira ocorrerá quando a justificativa para a conduta lesiva encontrar-se fundada na culpa ou dolo por ação ou omissão, ao passo que a segunda estará presente quando sua existência estiver fundada no risco, explicando assim a responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens.

Passadas tais considerações preliminares, e em decorrência da relevante importância de tais espécies ao instituto da responsabilidade civil, as mesmas passarão a ser analisadas individualmente.

A responsabilidade civil subjetiva foi adotada como regra geral no ordenamento jurídico pátrio e se baseia na teoria da culpa, de maneira que para que o agente responda civilmente faz-se necessária a comprovação de sua culpa em sentido genérico, abrangendo o (dolo) ou restrito (imprudência, negligência ou imperícia).

A referida espécie de responsabilidade encontra escopo no artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e

causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Sobre a culpa, Sérgio Cavaliere Filho (2006 p. 16) aduz que:

A idéia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Fabrizio Zamproga Matiello (2006, p. 19) também faz sua contribuição afirmando que:

O liame entre dano e responsabilidade é fundamental para a existência da obrigação de reparar, vista aquela sob o ângulo subjetivo; logo, é imprescindível a presença do elemento culpa, vínculo de caráter interno a demonstrar a imputabilidade do resultado ao agente, gerando o dever de restabelecer a situação anterior ao prejuízo. É a chamada responsabilidade subjetiva, ou com culpa, modalidade adotada com destaque pelo ordenamento jurídico pátrio, embora não exclusivamente dedicado a ela e aberto a exceções as mais variadas. Essa espécie é dita subjetiva porque estratificada na convicção de que está presente, no caso concreto, a ligação psíquica do agente com o resultado danoso, de modo que este quer diretamente produzir o efeito que efetivamente veio a ser constatado, ou no mínimo se porta de modo a aceitar como perfeitamente viável a ocorrência do evento a partir da conduta assumida.

Tendo em vista a evolução da sociedade como consequência de inúmeros fatores, tais como o desenvolvimento tecnológico e industrial e o crescimento populacional, fizeram surgir novas relações onde comprovar a culpa restaria impossível. Surge então a responsabilidade civil objetiva.

O ordenamento jurídico pátrio disciplinou a responsabilidade civil objetiva em seu artigo 927, parágrafo único: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A referida espécie de responsabilidade prescinde da culpa e fundamenta-se na teoria do risco, satisfazendo-se apenas com o dano e o nexo de causalidade. Sobre a teoria do risco, Sérgio Cavaliere (2006, p. 128) preleciona:

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, 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 aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar 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 sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano. (CAVALIERE FILHO, 2006, p. 128).

Cumprido destacar que para a responsabilidade objetiva a conduta culposa ou dolosa do agente que praticou a ação é irrelevante, fazendo-se necessário apenas a existência de nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que decorra o dever de indenizar.

Posto isso, para dar seguimento a presente pesquisa, serão analisados os pressupostos da responsabilidade civil.

5 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No que tange aos pressupostos da responsabilidade civil, urge destacar que a doutrina diverge quanto aos seus elementos.

De acordo com a corrente liderada por Maria Helena Diniz (2002), os pressupostos da responsabilidade civil são a ação, o nexo causal e o dano. De acordo com a referida corrente, o elemento culpa não pode ser incluído no rol dos pressupostos essenciais da responsabilidade civil tendo em vista que o Código Civil de 2002 abarcou no seu art. 927, parágrafo único, a responsabilidade objetiva para casos previstos em Lei.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2009), são elementos da responsabilidade civil a ação, a culpa, o nexo causal e o dano. Segue a mesma linha de pensamento o civilista Sílvia Venosa (2007).

A corrente supramencionada defende a teoria da culpa, afirmando que a mesma encontra-se inserida no rol de pressupostos da responsabilidade civil uma vez que o artigo 186 do Código Civil a elegeu como centro da responsabilidade. Os defensores dessa corrente afirmam que apenas excepcionalmente encontra-se disseminado no ordenamento jurídico vigente a responsabilidade civil objetiva, reportando-se a alguns casos previstos em lei.

Desta feita, o trabalho em questão abordará o que predispõe Sílvia de Salvo Venosa, para quem são pressupostos da responsabilidade civil a ação, a culpa, o dano e o nexo causal.

5.1 PRESSUPOSTOS – DA AÇÃO OU OMISSÃO

Tem-se por ação como sendo a conduta humana positiva ou negativa, que pode ocorrer de maneira voluntária, por negligência, imprudência ou imperícia.

Sobre o conceito de ação, Maria Helena Diniz (2002, p.37) leciona:

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

Reportando-se a omissão, cumpre destacar que o simples fato negativo não possui condão para gerar o dano. Para que surja uma relevância jurídica decorrente do mesmo é

necessário que preexistia um dever jurídico de praticar determinado ato e a prova de que o mesmo não foi praticado. Sobre a questão, Flávio Tartuce (2009, p.347) aduz que:

Percebe-se que a regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão, é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada. Em reforço, para a omissão é necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado.

Cumprido demonstrar que haverá responsabilização civil em decorrência de ato próprio, de modo que o agente responderá com seu patrimônio, conforme prevê o artigo 942 do Código Civil: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

Em determinados casos previstos em lei, o agente não responderá apenas por ato próprio. São os casos previstos nos artigos 932, 936, 937 e 938 do Código Civil, que tratam respectivamente de ato de terceiro, fato animal e fato de coisa inanimada e ainda os casos determinados nos artigos 12, 13, 14, 18 e 19 da Lei 8.078/1990, que tratam dos produtos colocados no mercado de consumo.

Diante do exposto, é necessário afirmar que em regra a conduta humana vai gerar a ilicitude que corresponde ao dever de indenizar, havendo ainda a possibilidade de responsabilização por danos indiretos, ou seja, que não ocorreram em virtude de uma conduta própria.

5.2 PRESSUPOSTOS – DA CULPA

Ao tratar da culpa como pressuposto da responsabilidade civil, deve-se compreender que refere-se ao seu sentido lato, que é aquele aonde se engloba a culpa no sentido estrito e o dolo. Sobre a culpa no sentido lato, Sílvio Venosa (2007, p. 23) preleciona:

A culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo (*delito*, na origem semântica e histórica romana), mas também os atos ou condutas civis de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja a culpa em sentido estrito (*quase-delito*). Essa distinção entre dolo e culpa ficou conhecida no Direito Romano, e assim foi mantida no Código francês e em muitos outros diplomas, como delitos e quase-

delitos. Essa distinção, modernamente, já não possui maior importância no campo da responsabilidade. Para fins de indenização, importa verificar se o agente agiu com culpa civil, em sentido lato, pois, como regra, a intensidade do dolo ou da culpa não deve graduar o montante da indenização, embora o presente Código apresente dispositivo nesse sentido (art. 944, parágrafo único).

Entende-se por dolo como sendo a violação consciente e intencional de um dever jurídico, é o delito na origem semântica e histórica romana, ao passo que a culpa no sentido estrito é conhecida como a falta cometida contra o dever, não existe a intenção de causar o dano, que ocorrerá em virtude de falta ou inobservância do agente.

A culpa em sentido estrito possui três modalidades, sendo elas a negligência, a imprudência e a imperícia, que serão analisadas a fundo quando se tratar da responsabilidade civil do médico.

Pertinente deixar claro que constitui como regra do Direito Comparado e do Direito Brasileiro a adoção da teoria da culpa, de maneira que só haverá obrigação de indenizar quando se fizer presente à culpa do agente, de modo que o ônus da prova caberá ao autor, conforme preleciona o artigo 333 do Código de Processo Civil vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

5.3. PRESSUPOSTOS – DO DANO

É mister afirmar que a responsabilidade civil resulta em obrigação de reparar, desta feita, não se pode falar em indenização sem a existência de determinado prejuízo, uma vez que o intuito de ressarcir é reparar.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa (2007, p.30) “somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem (*neminem laedere*) (Baptista, 2003: 47)”. O autor afirma ainda que “a materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima”.

Tomando por base o estudo de Lucio Bove, Maria Helena Diniz (2002, p.58) chega à conclusão que “o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Para que o dano indenizável exista, faz-se necessária a presença de determinados requisitos (DINIZ, 2002, p.59-61). O primeiro deles diz respeito à existência de diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa, uma vez que a noção de dano pressupõe a do lesado. Também é imprescindível para que se configure dano indenizável, a sua efetividade ou certeza. Outro requisito tange sobre a causalidade, uma vez que a falta e o prejuízo causado deverão manter uma relação com o fim de demonstrar que o dano encadeia-se com a causa produzida pelo lesante. É necessária ainda a subsistência do dano no momento da reclamação do lesado, posto que se o mesmo já houver sido reparado pelo responsável, não mais haverá prejuízo. No entanto, é necessário ressaltar que no caso do prejuízo ter sido reparado pela vítima a lesão permanecerá e a mesma deverá ser restituída, o mesmo ocorrerá quando se tratar de reparação proveniente de terceiro, que ficará sub-rogado no direito do prejudicado. Para finalizar o rol de requisitos para a existência do dano indenizável, surgem as figuras da legalidade e da ausência de causas excludentes de responsabilidade.

Doutrinariamente o dano é classificado como patrimonial (material), moral e estético.

5.3.1. Dano Patrimonial

Sobre dano patrimonial, Sérgio Cavaliere Filho (2006, p.71) defende que o mesmo “também é chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro”.

O artigo 402 do Código Civil dispõe que “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de ganhar”. O referido dispositivo trata das espécies do dano material, quais sejam o dano emergente e o lucro cessante.

Sobre o dano emergente, Leonardo Vieira Santos (2008, p.45) entende que “consiste na concreta diminuição do patrimônio que a vítima possuía antes do evento danoso decorrente da conduta do ofensor”.

A partir da conceituação supracitada é mister afirmar que a indenização do dano material tem como fundamento principal a reposição do *status quo ante*, ou seja, a recomposição do patrimônio da vítima.

Em relação à mensuração do dano emergente, eis a brilhante lição de Sérgio Cavaliere Filho (2006, p.72):

A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Assim, valendo-se de um exemplo singelo, num acidente de veículo com perda total, o dano emergente será o integral valor do veículo. Mas, tratando-se de perda parcial, o dano emergente será o valor do conserto, e assim por diante. Dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a *restitutio in integrum*.

Os lucros cessantes por sua vez, tratam dos valores que a vítima provavelmente receberia e não o faz em decorrência do fato lesivo. Para que o mesmo seja computado não se faz necessária a prova de uma certeza absoluta, porém, a mera possibilidade é insuficiente, uma vez que configuraria lucro imaginário e não lucro cessante. Maria Helena Diniz (2006, p.63) entende que critério para que seja computado o lucro cessante deverá relacionar a probabilidade objetiva com as circunstâncias peculiares do caso concreto:

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, conjugado às circunstâncias peculiares do caso concreto.

Guardando certa relação com o lucro cessante, surge a teoria da perda de uma chance, defendendo que a vítima deverá ser reparada no caso do ato ilícito lhe tirar a oportunidade de alcançar uma situação futura melhor. A perda de uma chance está ligada a idéia de dano, como forma de aferição do mesmo, para efeitos de ressarcimento.

É entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência pátria a aceitação da teoria da perda de uma chance, desde de que “se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada” (CAVALIERE FILHO, p.65).

A Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível nº 70034654871 (Rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior), publicado no Diário de Justiça do dia 22 de março de 2010, utilizou-se da referida teoria. O banco foi condenado a indenizar a cliente, não pelo bloqueio indevido de suas ações em si, e sim pela perda de uma chance de vendê-las por uma cotação mais alta. Confira-se:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. BLOQUEIO DE AÇÕES. PRETENSÃO DE VENDA. PERDA DE UMA CHANCE. Bloqueio injustificado de ações tituladas pela apelante. Questão decidida. Pedido de indenização por perda de oportunidade de venda em bolsa de valores com cotação superior à atual. Prejuízo comprovado. Art. 186 do CC/2002. Ação procedente. Deram provimento.

Analisado o dano patrimonial, o estudo em questão passará a abordar uma outra espécie de dano, conhecido como dano moral.

5.3.2. Dano Moral

A teoria que defende a reparação dos danos morais é relativamente nova no ordenamento jurídico pátrio, tendo sido totalmente abarcada apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, que a prevê em seu artigo 5º, inciso V “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”.

O ordenamento jurídico trata de determinados direitos que são inerentes ao ser humano, os chamados direitos da personalidade. Esses direitos não possuem cunho patrimonial, desta feita são inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Em havendo violação dos direitos personalíssimos surge o dever de reparar.

Baseando-se em Wilson Melo da Silva, Maria Helena Diniz (2002, P.81) entende que “o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”.

Sílvio de Salvo Venosa (2007, p.282) conclui que “dano moral consiste na lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade”.

É imprescindível notar que para ser configurado o dano moral é necessário que tenha havido um abalo real, sério e inequívoco na imagem da pessoa.

Existem, porém, situações que se consubstanciam em aborrecimentos comuns do cotidiano moderno, não passíveis de indenização. São situações certamente desagradáveis, que geram aborrecimentos, mas que, no entanto, são inevitáveis e não passíveis de reparação.

São, portanto, situações algumas vezes desagradáveis, mas que, no entanto, são solucionáveis, passageiras, sem maiores seqüelas e, por isso mesmo, não passíveis de qualquer reparação. Se assim não fosse, estar-se-ia correndo o risco de desvirtuamento do preceito constitucional que prevê o ressarcimento por danos morais, o que terminaria por tornar bastante atraente a situação de recorrer à Justiça por aborrecimentos simples e absolutamente desprovidos de respaldo jurídico, tal qual se revela o caso em tela.

Sérgio Cavaliere Filho, relator da Apelação Cível nº. 8218/95 (TJRJ, julgado em 16 de fevereiro de 1996), se posiciona sobre a temática em seu voto:

A matéria de mérito cinge-se em saber o que configura e o que não configura o dano moral. Na falta de critérios objetivos, essa questão vem se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador à situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases de irreparabilidade do dano material e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos agora o risco de ingressarmos na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral em busca de indenizações milionárias. Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento e humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-se aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até em ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Confira-se também o seguinte julgado, que reflete bem o entendimento ora exposto quanto à manifesta incompatibilidade entre os aborrecimentos do cotidiano e o efetivo dano de ordem moral:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPRA DE VEÍCULO ZERO DEFEITUOSO. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR.. Os danos morais surgem em decorrência de uma conduta ilícita ou injusta, que venha a causar forte sentimento negativo em qualquer pessoa de senso comum, como vexame, constrangimento, humilhação, dor. Isso, entretanto, não se vislumbra no caso dos autos, uma vez que os aborrecimentos ficaram limitados à indignação da pessoa, sem qualquer repercussão no mundo exterior. Recurso especial parcialmente provido. (DJ 18.06.2007 p. 255, REsp 628854/ES RECURSO ESPECIAL 2003/0232266-0, Relator(a) Ministro CASTRO FILHO T3 - TERCEIRA TURMA.)

Desta feita, é mister afirmar que o dano moral é amplamente amparado pela doutrina e pela jurisprudência pátria, devendo ser concedido com bastante cautela e em casos realmente graves sob pena de configurar enriquecimento sem causa.

5.3.2.1. Dano moral em ricochete

O dano moral em ricochete, também chamado de dano moral reflexo, é uma espécie recente de dano, de modo que é pouco tratado pela doutrina e a jurisprudência a seu respeito não é pacífica.

O dano em ricochete é aquele em que o fato lesivo é dirigido a uma pessoa, mas quem sente seus efeitos morais é outra.

Configura-se como exemplo da referida espécie de dano a ofensa dirigida ao morto, que em razão do óbito não possui mais direitos da personalidade, e sendo esses intransmissíveis seus herdeiros só poderão pleitear alguma espécie de dano através do dano em ricochete.

É imperiosa a demonstração de que a lesão à personalidade do outro acarretou efetiva dor, sofrimento, aflição ou angústia àquele que pede a indenização pelo dano em ricochete, de modo a romper com seu próprio equilíbrio e atingi-lo, também, em algum dos seus direitos personalíssimos, sob pena de se alargar em demasia a cadeia dos possíveis pretendentes à indenização, fugindo, assim, à finalidade do próprio instituto dos danos morais.

5.3.3. Dano Estético

Entende-se por dano estético como sendo aquele intimamente ligado às deformidades físicas, desde aleijões até pequenos desgostos físicos que causem a vítima sensação de inferioridade ou de desgosto. Maria Helena Diniz (2002, p. 73) instrui que:

O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda

que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeioamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.

Alguns doutrinadores entendem que o dano estético seria uma espécie de dano moral, porém, não se trata de entendimento pacífico, uma vez que outra corrente o enxerga como um terceiro tipo de dano.

Aqueles que defendem que o dano estético seria uma terceira espécie de dano assim a fazem sob o argumento de que apesar de derivadas do mesmo fato, são passíveis de exames diferentes.

Para os doutrinadores que compreendem o dano estético como espécie do dano moral, a lesão estética, constitui agressão a alguns direitos personalíssimos, quais sejam aparência e integridade física.

Outra dúvida paira no que tange a cumulação entre dano moral e dano estético. Parte da doutrina entende que eles não seriam cumuláveis, tendo em vista que por configurarem institutos da mesma espécie ocorreria *bis in idem*. Doutrinadores de outra corrente entendem que o dano moral é cumulável com o dano estético, uma vez que pode-se aplicar a súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça através da analogia para solucionar tal conflito.

Parece mais acertado o entendimento que afirma que o dano estético é uma espécie de dano moral, e ainda, que os tratam como danos cumuláveis, uma vez que o dano estético ofende a integridade física ao passo que o dano moral atinge a imagem social, desta feita, são espécies distintas de danos morais à pessoa, atingindo bens jurídicos diferentes.

5.4 PRESSUPOSTOS - DO NEXO CAUSAL

Para que se caracterize o dever de indenizar é preciso que ocorra uma ação ou omissão de alguém (conduta) a provocar um dano a outrem e uma relação de causalidade entre ação ou omissão e o dano ocasionado.

Nas palavras de Sérgio Cavaliere Filho (2007, p.46):

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha

sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado *nexo causal*. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.

Por tratar-se de tema bastante complexo, foram desenvolvidas algumas teorias com o fito de explicar o nexo causal, ocorre que a doutrina não é pacífica quanto ao seu entendimento, ao passo que alguns defendem que as teorias existentes são a teoria da equivalência de condições e a teoria da causalidade adequada, enquanto outros acreditam na presença de uma terceira teoria, chamada de teoria da causalidade direta e indireta.

A teoria da equivalência de condições, também conhecida como teoria da equivalência dos antecedentes, foi desenvolvida por Von Bar, tomando por base as idéias de Stuart Mill. De acordo com a referida teoria não existe distinção entre causa e condição, de modo que se várias condições podem concorrer para o mesmo resultado todas elas possuem o mesmo valor. Necessário ressaltar que para quem abarca o referido entendimento será tratado como condição o antecedente que não pode ser excluído mentalmente sob pena da ausência do efeito. Leonardo Vieira Santos (2008, p.149) critica a teoria em questão posto que “tal teoria traz em seu bojo a fragilidade insuperável de ampliar ao extremo a causalidade, ao ponto de ser possível a responsabilização de infinitas pessoas pelo dano”.

Como segunda teoria, surge àquela desenvolvida por Von Kries, denominada de teoria da causalidade adequada. Para ela, é possível que várias condições concorram para determinado resultado, porém, nem todas elas poderão ser tratadas como causa, de modo que apenas a mais adequada entrará nesse conceito, tal teoria é a que predomina no ordenamento jurídico brasileiro. A crítica formulada a teoria em questão diz respeito à maneira de estabelecer a condição mais adequada, tendo em vista que não existe regra teórica, de modo que deverá se atentar apenas para a realidade fática, fazendo uso do bom-senso e da ponderação.

Roberto Senise Lisboa (2004, p. 521) trata da terceira e última teoria, qual seja a teoria da causalidade direta ou imediata:

Para a teoria da relação causal imediata somente se poderia responsabilizar um pessoa se a conduta por ela efetivada proporcionasse de forma imediata e direta o prejuízo à vítima. Assim, qualquer outra circunstância que advenha

como consequência normal dos acontecimentos é considerada causa estranha, pois acaba por interromper o vínculo da causalidade.

Analizados os pressupostos da responsabilidade civil, o estudo em questão passará a lecionar sobre as excludentes de responsabilidade.

6 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Com o intuito de evitar que determinadas pessoas sejam responsabilizadas por fatos lesivos que não originaram, surge no ordenamento jurídico a idéia dos excludentes de responsabilidade, identificados nas hipóteses de caso fortuito, força maior e fato exclusivo da vítima ou de terceiro. Há de se ressaltar que em se tratando do campo contratual, existe a figura da cláusula de não indenizar. Sobre o tema, Carolina Bellini Arantes de Paula (2007, p. 90), leciona:

De fato, para afastar a responsabilidade do agente imputado, deverá ser provado que o resultado danoso é fruto de uma *causa estranha* à sua atividade ou às coisas sob sua guarda; ou seja, o acusado deverá identificar e provar que a *causa eficiente* do dano é completamente alheia e exterior à sua atividade, pessoa ou coisa sob sua guarda.

6.1 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O caso fortuito e a força maior atuam como excludentes de responsabilidade, ao passo que se tratam de fatos necessários aonde seus efeitos não podem ser impedidos ou evitados.

O ordenamento jurídico brasileiro os trata praticamente como sinônimos, uma vez que o Código Civil em seu parágrafo único, artigo 393 prevê que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não houver por eles responsabilizado”. A doutrina por sua vez não é pacífica no que tange aos referidos excludentes como sinônimos. Em brilhante lição, Sílvio de Salvo Venosa (2007, p.48), aduz que:

A doutrina, na realidade, não é concorde sobre sua definição e compreensão desses fenômenos, havendo certa divergência. O caso fortuito (*act of God*, ato de Deus no direito anglo-saxão) decorreria de forças da natureza, tais como, o terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto a força maior decorreria de fatos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinações de autoridades (fato de príncipe). A doutrina costuma apresentar as mais equívocas compreensões dos dois fenômenos. Ambas as figuras equivalem-se, na prática, para afastar o nexo causal. Para alguns autores, caso fortuito se ligaria aos critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade. Assim o caso fortuito seria aquela situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou fato humano. A

força maior seria caracterizada por algo também natural ou humano a que não se poderia resistir, ainda que possível prever sua ocorrência. (VENOSA, 2007, p.48)

De acordo com Sérgio Cavaliere Filho(2006, p.66), “o caso fortuito e a força maior excluem o nexo causal por constituírem também causa estranha à conduta do aparente agente, ensejadora direta do evento”.

Por fim, é necessário esclarecer que no que tange ao caso fortuito, é necessário afirmar que o mesmo encontra-se dividido em interno ou externo. Tal diferenciação é aplicável principalmente no que diz respeito às relações de consumo. Entende-se por caso fortuito interno como sendo aquele que incide durante a execução do serviço ou elaboração do produto, de maneira que o fornecedor não estará isento de responsabilização. Será passível de responsabilização o caso fortuito externo, uma vez que se configura como alheio ou estranho ao processo de execução do serviço ou elaboração do produto

6.2 FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA

Em determinados casos, existe a possibilidade de a vítima causar dano a si mesma, desta feita, resta-se configurado fato exclusivo da vítima, que atua como mais uma causa excludente de responsabilidade.

Para a referida modalidade o liame de causalidade entre ato e dano inexistente, uma vez que o agente causador da lesão atua como mero instrumento do acidente.

No julgamento da Apelação Cível nº. 70023788334, do TJRS, datado de 25 de setembro de 2008, o Relator, Desembargador Orlando Heemann Júnior, afirmou em seu voto que “A culpa exclusiva da vítima afasta o nexo causal, pressuposto fundamental de ambas as espécies de responsabilidade (subjativa e objetiva), e não gera dever de indenizar”.

6.3 FATO DE TERCEIRO

O próximo excludente de responsabilidade a ser tratado no presente estudo diz respeito ao fato de terceiro, que ocorre quando “o dano é provocado exclusivamente, não pela conduta ou atividade do suposto causador direto nem pela vítima, mas por terceiro, estranho a eles” (Carolina Belini de Paula, 2007, p.108).

O fato de terceiro deve ser apresentado como causa do dano. Ocorre que para que o fato de terceiro se configure como uma excludente de responsabilidade é imprescindível que se revista de características semelhantes ao caso fortuito, de modo que venha a ser imprevisível e irresistível. Neste sentido, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, no julgamento da Apelação Cível nº. 2009.012268-8 (Relator Des. Amaury Moura Sobrinho), julgada em 22 de abril de 2010 entendeu que:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ASSALTO À MÃO ARMADA NAS DEPENDÊNCIAS DA CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS. ROUBO DE QUANTIA EM DINHEIRO. ALEGAÇÃO DE ENTREGA DA QUANTIA A PREPOSTO DA CONCESSIONÁRIA ANTES DO ASSALTO. NÃO COMPROVAÇÃO. QUANTIA EM PODER DO CONSUMIDOR. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE RESSARCIMENTO PELA APELADA DA QUANTIA ROUBADA. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONCESSIONÁRIA PELA SUBTRAÇÃO DE QUANTIA EM DINHEIRO E PELA ANGÚSTIA MORAL ORIUNDA DE ROUBO. FATO DE TERCEIRO ESTRANHO À ATIVIDADE DA CONCESSIONÁRIA. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. CASO FORTUITO CONFIGURADO. ÔNUS DE ZELAR PELA SEGURANÇA PÚBLICA IMPOSTO AO ESTADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. [grifos e negrito meus].

Diante do exposto, é possível aduzir que para que se configure o fato de terceiro é necessária a presença dos elementos da imprevisibilidade e irresistibilidade em virtude de se tratar de causa estranha ao agente.

6.4 CLÁUSULA DE NÃO – INDENIZAR

Como a própria denominação revela, a cláusula de não indenizar é aquela prevista em contrato, aonde uma das partes afirma, em comum acordo com a outra, que não será responsável por dano decorrente da execução inadequada ou inexecução do contrato.

Maria Helena Diniz (2002) deixa claro que esta modalidade de exclusão de responsabilidade só poderá ocorrer no campo contratual, uma vez que a responsabilidade do agente estará excluída em virtude de convenção entre as partes e não em decorrência da ausência entre o liame da causa e efeito.

Existem divergências quanto a validade da cláusula de indenizar, tendo em vista que parte da doutrina acredita que a mesma acaba por ferir o interesse social, ao passo que muitas vezes vem a proteger os economicamente mais fortes, como acaba por ocorrer nos contratos de adesão. Aqueles que defendem a cláusula de indenizar, assim o fazem em virtude do princípio da autonomia da vontade, aonde as partes podem convencionar o que bem entenderem desde que isto não os afaste da lei.

Feita a análise dos principais conceitos e institutos ligados a responsabilidade civil em termos gerais, será tratado agora da responsabilidade civil do médico.

7 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Nos primórdios da civilização não existiam normas regulamentadoras da responsabilidade do médico por dano, de modo que cabia à vítima ou aos seus familiares executar uma vingança privada a título de indenização.

A partir da vigência do Código de Hamurabi o médico passou a ser responsabilizado em caso de dano ao paciente, de sorte que em havendo morte decorrente de cirurgia, o médico teria as mãos amputadas e em se tratando de paciente escravo, o profissional deveria pagar o seu preço.

No Egito antigo, foram determinadas regras de conduta médica, em caso das mesmas serem seguidas e ainda que o paciente fosse acometido por qualquer dano, o médico estaria isento de responsabilização, ao passo que no caso de desobediência das regras de conduta médica o profissional seria punido com a morte, independentemente do desfecho da doença.

Surge então no Direito Romano a *Lex Aquilia*, que estabeleceu as bases da responsabilidade civil moderna, determinando, entre outras coisas, a extinção da pena de morte.

Porém, foi o Código de Napoleão que estabeleceu que qualquer ato humano prejudicial a outrem ensejaria reparação, estendendo tal entendimento aos profissionais da área médica no tocante a falta profissional por negligência ou imprudência.

O ordenamento jurídico utiliza-se da teoria da culpa para responsabilizar os médicos, de modo que em havendo negligência, imprudência ou imperícia surgirá o dever de indenizar.

8 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Em decorrência de o legislador ter inserido o erro médico entre os atos que ensejariam indenização por sua ilicitude e não como inobservância ou descumprimento de uma obrigação primariamente assumida, discutiu-se durante um grande lapso temporal a relação jurídica médico-paciente.

De início acreditava-se que a relação jurídica entre médico e paciente era extracontratual. Ocorre que com o passar dos anos, foi possível vislumbrar a presença de diversas características contratuais presentes na relação em questão. Sobre o tema, Fabrício Zamproga Matiello (2006, p. 45) preleciona que:

Quase sempre havia entre as partes nuances contratuais, onde alguém se comprometia a servir e outro aceitava remunerar os préstimos, evidenciando a presença de elementos de contrato, tais como bilateralidade, onerosidade, comutatividade etc., ou, em sentido comum, preço, objeto, forma de cumprimento das obrigações assumidas e demais aspectos que envolviam a convergência volitiva.

Aos poucos, passou-se do estágio de admissibilidade da responsabilidade aquiliana e delitual para o da contratual, facilitando ao prejudicado a tarefa de ingressar – e provar – em juízo a procedência das imputações formuladas contra o descumpridor dos deveres livremente pactuados ou tacitamente aceitos.

Desta feita, nos dias atuais, pode-se afirmar que a relação médico-paciente possui natureza contratual, uma vez ela tem início no momento em que o paciente solicita ao médico seus serviços profissionais, e este, por sua vez, aceita prestá-los.

Ocorre que em determinados casos a natureza jurídica da relação médico-paciente será transferida para o campo da extracontratualidade. Hildegard Taggesell Giostri (2002, p.62-64) aborda algumas situações:

- 1) Casos em que os serviços prestados pelo facultativo o sejam de forma espontânea, sem intervenção alguma da vontade do paciente. Por exemplo, quando o médico dá atendimento à vítima de acidente, ou de mal súbito, em via pública. É indubitável que o paciente está sem condições de doar seu consentimento, não há como conjecturar-se a existência de um contrato, já que este pressupõe um acordo de vontades coincidentes e exteriorizadas.
- 2) O atendimento médico a incapaz de fato, sem poder comunicar-se com seu representante legal a fim de obter a devida autorização.
- 3) A atividade do facultativa desenvolvida contra a vontade do paciente, *verbi gratia*, no caso de suicida que recebe assistência antes da consumação do fato.

- 4) No caso de serviços médicos requeridos por pessoa distinta do paciente, sempre e quando aquela não se apresente como representante legal ou voluntária do paciente, o que obrigaria contratualmente o último.
- 5) Quando o feito médico configurar, sem prejuízo da ilicitude civil, um delito penal eivado de dolo. Como exemplo, uma mutilação inútil ou um experimento sem fim curativo.
- 6) Quando o contrato celebrado entre facultativo e paciente for nulo, *lato sensu*, por carecer de alguns elementos essenciais ou pela presença de qualquer outro defeito ou vício.
- 7) O atendimento por intermediário do serviço público patrocinado pelo Estado, e que caracteriza responsabilidade objetiva para a entidade e extracontratual para o profissional.
- 8) Os efeitos de um incêndio no consultório ou os prejuízos materiais ou morais que podem advir de uma visita médica. (GIOSTRI, 2002, p.62-64)

A maioria dos casos de responsabilidade extracontratual do médico ocorre quando o mesmo atua em decorrência do código de ética médica, sob pena de ser acusado em sede criminal por omissão de socorro.

Como visto no capítulo anterior, alguns profissionais entendem que não existe necessidade de diferir a responsabilidade contratual da extracontratual. Diante da pesquisa em questão, vislumbra ser acertada a posição doutrinária que defende a distinção.

8.1 CLASSIFICAÇÃO E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO MÉDICO

A prestação de serviços médicos possui normas próprias, que não se enquadram nas previstas pelo contrato nominado, desta feita, a doutrina optou por considerá-lo como de caráter *sui generis*.

Para essa espécie de contrato não existe previsão legal, de modo que se trata de figura atípica. Para entrar em vigor não figura a necessidade de forma especial, nem de definição exata quanto ao seu objeto, preço ou condições de pagamento. Possui forma livre, necessitando apenas que se prove a existência do liame entre as partes para que sejam gerados os direitos e as obrigações pertinentes.

O contrato médico é um ato de confiança das duas partes, principalmente no que tange a escolha do médico feita pelo paciente, desta feita, pode-se afirmar que o contrato médico é *intuitu personae* e em decorrência disto deriva a característica da rescindibilidade do contrato, ocorre que quando a desistência partir do médico, este deverá assegurar ao paciente a

continuidade dos cuidados que lhe são necessários de modo que o último não se sinta ou fique prejudicado.

Por possuir natureza *sui generis*, coube a doutrina elencar as características do contrato médico.

9 OBRIGAÇÃO

Conforme supra lecionado, a relação entre o médico e o paciente é em regra contratual, de modo que ambas as partes possuem obrigações recíprocas que devem ser cumpridas sob pena de que se ingresse no campo da responsabilidade.

De acordo com Flávio Tartuce (2009, p. 29), obrigação é “a relação jurídica transitória, existente entre um sujeito ativo, denominado credor, e outro sujeito passivo, o devedor, e cujo objeto consiste em uma prestação situada no âmbito dos direitos pessoais, positiva ou negativa.”

Para dar continuidade ao presente estudo é necessário fazer uma breve distinção entre obrigação e responsabilidade. Obrigação é a relação jurídica que dá ao credor o direito de exigir determinada prestação do devedor, ao passo que responsabilidade é a consequência patrimonial do descumprimento dessa obrigação.

Posto isto, será analisado as possíveis obrigações decorrentes do contrato médico.

9.1 OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Nos contratos de prestação de serviços médicos existem duas modalidades de obrigação, sendo elas a obrigação de meio e a obrigação de resultado.

A obrigação de meio é aquela em que o profissional não está obrigado a obter um fim específico, ficando convencionado que exercerá certa atividade utilizando-se de atenção, diligência, cuidados, dedicação e toda técnica disponível afim de que se obtenha o resultado almejado, mas sem a existência de um compromisso de atingi-lo. A obrigação decorrente dessa modalidade de contrato é a própria atividade do profissional (devedor), de modo que caberá ao credor provar a culpa do mesmo. Neste sentido, José Carlos Maldonado de Carvalho (2005, p. 132) preleciona:

Na obrigação de meios, o médico se propõe apenas a empregar todos os cuidados e técnicas, de acordo com as aquisições da ciência, durante o tratamento do paciente. Exige-se do profissional, na condição de devedor, apenas o emprego de determinado meio, independente do resultado. Não há, portanto, garantia de cura.

De acordo com Fabrício Zamproga Matiello (2006, p. 65) “a maioria das obrigações assumidas pelos médicos nos contratos firmados com pacientes são aquelas conhecidas como de meio”.

Na obrigação de resultado há um compromisso do contratado com um resultado determinado previamente, atuando como cerne da relação, sem a qual não haverá o cumprimento desta. Para essa espécie de obrigação existe a inversão do ônus da prova, de modo que caberá ao médico provar sua inocência.

A doutrina e a jurisprudência majoritária entendem que a obrigação decorrente do contrato médico será de meio, justificando tal proposição, Fabrício Zamproga Matiello (2006, p. 55) aduz que:

A existência da obrigação de meios é a única solução que pode justificar a liberdade de atuação do profissional da saúde, pois, se fosse ele jungido a um resultado específico, fatalmente estaria derrubada até mesmo a teoria da contratualidade nas relações médico/paciente, haja vista o fato de que muitas doenças são ainda incuráveis e todo esforço contra elas despendido nada mais será do que tentativa de minimizar o sofrimento e melhorar a qualidade durante o tempo de vida que resta. O compromisso de curar definitivamente um canceroso em etapa terminal, ou um aidético nas mesmas condições é carga insustentável face ao estado atual da evolução da ciência. Aceitar o encargo de curar, em casos dessa envergadura, equivaleria a estabelecer no contrato obrigação juridicamente impossível, o que não prosperaria como norma a ser seguida pelas partes.

No mesmo sentido da doutrina acima referida, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível nº. 70029588688 (Relatora: Des. Liege Puricelli), publicada no Diário de Justiça do dia 02 de dezembro de 2009 entendeu que:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LESÃO JOELHO. RUPTURA PÓS OPERATÓRIO. ERRO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, NEGLIGÊNCIA OU IMPERÍCIA. DANOS MORAIS INEXISTENTES.

I. A obrigação do médico é de meio, sendo sua responsabilidade, de regra, subjetiva.

II. O profissional tem o dever de empregar todos os meios adequados, os preceitos fundamentais e os métodos utilizados pela classe médica visando à recuperação do paciente, como correto procedimento cirúrgico, tratamento pós-operatório e acompanhamento do quadro clínico.

II. Sendo demonstrada através de perícia médica a adoção dos métodos apropriados para o quadro clínico, bem como inexistindo provas de omissão, negligência ou imperícia na prestação do serviço médico, não há se falar em indenização por danos morais.

APELO DESPROVIDO.

Quando se trata de cirurgia estética, parte da doutrina entende existir uma exceção à obrigação de meio do médico, de modo que sua obrigação será de resultado, uma vez que o paciente contrata os serviços com o intuito de obter determinado resultado estético afim de se adequar a determinado padrão de beleza. O eminente Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho (2005, p.135) é defensor dessa teoria:

Contratada a realização de uma cirurgia embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, já que se compromete a realizar um serviço que, marcado por uma expectativa legítima, irá proporcionar ao cliente uma melhoria estética considerável, sendo de menor relevância se a atitude do agente causador do dano foi culposa ou dolosa.

Exemplifica-se tal situação: desejando tão-somente uma aparência mais agradável, submete-se o paciente a uma cirurgia estético-embelezadora, com a convicção de que não sofrerá danos que possam acarretar-lhe qualquer lesão deformante.

Ao decidir-se, pois, pela intervenção, admite o médico ter condições de assegurar, com elevado nível de certeza, que o resultado pretendido será alcançado, ou, pelo menos, não ocorrerá o inverso. Obriga-se, portanto, em alcançar determinado resultado.

A doutrina majoritária entende que a cirurgia estética é considerada um capricho, uma vaidade, de modo que o paciente encontra-se em perfeito estado de saúde quando resolve submeter-se à mesma. Ocorre que dificilmente o paciente procura um cirurgião plástico de maneira leviana e sem necessidade, haverá um real problema ao menos de ordem psíquica, uma vez que a solução da imperfeição física assume relevante significado no âmbito de sua psique.

Surge então uma posição doutrinária minoritária que entende que nos casos de cirurgia estética a obrigação decorrente do contrato médico será de meio, tendo em vista que o médico está atuando em uma área aleatória e imprevisível que é o corpo humano.

A literatura médica registra casos em que o cirurgião, embora aplicando corretamente as técnicas que sempre utilizou com absoluto sucesso em inúmeros pacientes, não obtém o resultado esperado em razão de características peculiares do próprio paciente, não detectáveis antes da operação.

Ademais, muitos fatores externos e orgânicos podem interferir sobre o resultado da cirurgia, de modo que isso faz parte da própria natureza da atividade prestada, e por consequência, do contrato que se efetiva a cirurgia.

O cirurgião plástico, assim como os demais cirurgiões, tem o dever de empregar todas as técnicas e meios necessários para o melhor resultado da intervenção que foi solicitada pelo paciente, ocorre que o sistema biológico do ser humano reage de diversas formas, se

mostrando por vezes rebelde, em razão disto o médico não possui a obrigação de obter o resultado almejado.

Trazendo a baila tal entendimento, Miguel Kfoury Neto (1998, p. 167-168) expõe o pensamento de Luiz Adorno:

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

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

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

Corroborando com o pensamento de Luiz Adorno, Ruy Rosado Aguiar Júnior (RT 718,33) defende que:

O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão de ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente, de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposos da obrigação de meios.

A jurisprudência já começa a evoluir neste sentido. A Quinta Câmara Cível do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível nº. 70011199213 (Relator Des. Leo Lima), julgado em 12 de maio de 2005, entendeu que:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL E ESTÉTICO. CIRURGIA PLÁSTICA. IMPLANTE DE SILICONE. Não restando comprovado que o réu agiu com culpa na cirurgia realizada na demandante, de prótese de glúteo, não há falar em indenização pela insatisfação quanto ao resultado. Situação em que, depois de implantada a prótese de silicone na região glútea da autora, conforme solicitado, houve contratura de tecidos, que levou o médico a realizar nova cirurgia, para a retirada da prótese. Conjunto probatório que demonstra que o réu agiu corretamente, utilizou o material adequado e executou o serviço no local apropriado. Dano moral e estético não configurado. Apelação desprovida.

A obrigação do médico deveria ser sempre de meio, em decorrência do fator álea se fazer presente em todas as intervenções médicas.

9.2 OBRIGAÇÃO DO MÉDICO ANTE A LEI 8.078/90

No dia 11 de março de 1991 entrou em vigor a Lei nº. 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, voltado a regulamentar as relações consideradas como de consumo.

Entende-se por relação de consumo como sendo toda relação jurídico-obrigacional que pode ser estabelecida entre os consumidores e os fornecedores, tendo como objeto o fornecimento de um produto ou a prestação de um serviço. A própria lei cuida de conceituar consumidor e fornecedor em seus artigos 2º e 3º, respectivamente.

Em decorrência do objeto do presente estudo, faz-se necessária a transcrição do artigo 3º da lei nº. 8.078/90:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O médico presta serviços de natureza intelectual ao paciente, de modo que se enquadra no conceito de fornecedor, ao passo que o paciente, por utilizar-se do serviço como destinatário final é considerado como consumidor. Diante do exposto, é mister afirmar que a relação médico-paciente enquadra-se como relação de consumo, de modo que pode ser regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

O legislador entendeu que o consumidor seria vulnerável na relação de consumo, de modo que conferiu ao mesmo alguns benefícios, com o intuito de protegê-lo. Em virtude

disso, o Código de Defesa do Consumidor adota como regra a responsabilidade objetiva no que tange ao fornecedor de serviços.

Ocorre que de acordo com o artigo 14, §4º do referido diploma, essa regra não se aplica aos profissionais liberais, como é o caso do médico, de maneira que para que seja responsabilizado faz-se necessária a verificação da culpa. Fabrício Zamproga Matiello (2006, p. 79) adota o seguinte entendimento sobre o tema:

A real intenção do legislador, conforme se denota através de raciocínio singelo, foi atribuir ao médico, em todas as ocasiões, a condição de profissional liberal, a partir do que estará sujeito ao norteamiento estatuído pelo Código de Defesa do Consumidor, no que cabível. E, portanto, toda imputação formulada terá de ser demonstrada, sob pena de não gerar a obrigação de indenizar.

Desta feita, para que se verifique a responsabilização civil do médico é necessária a presença de todos os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam: ação/omissão, dano, nexo de causalidade e culpa no sentido lato.

Há exceção à essa regra. Quando o médico trabalha num Hospital público, por exemplo, seja como servidor ou mesmo como prestador de serviços, a relação é médico e pessoa jurídica de direito público, incidindo, portanto, a regra do art. 37, § 6º, da CRFB, incidindo, destarte, a responsabilidade civil objetiva. Caberá ao Estado, se vencido em uma demanda movida pela pessoa que se sentiu lesada pelo médico, ajuizar regressivamente ação contra o médico, para ressarcir o Estado aquilo que eventualmente o Estado foi condenado a pagar ao particular.

10 CULPA NO SENTIDO LATO

Como visto anteriormente, a culpa no sentido lato é aquela que engloba a culpa no sentido estrito e o dolo.

A culpa em sentido estrito possui três modalidades, sendo elas a negligência, a imprudência e a imperícia, ambas serão analisadas no próximo tópico.

10.1 MODALIDADES DE CULPA MÉDICA – NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA

Dentro das modalidades da culpa médica é possível vislumbrar a figura da negligência, da imprudência e da imperícia, que surgem em decorrência da falta de diligência e da inobservância das normas de conduta por parte do médico, de modo a gerar uma postura culposa.

O próprio código de Ética Médica em seu artigo 29 adota esses institutos ao prever que “é vedado ao médico provocar atos danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”.

Por negligência, entende-se como sendo a falta de atuação no momento próprio, ou seja, ocorrerá quando o médico deixar de observar com a devida atenção uma situação de seu paciente de modo que não consiga impedir a superveniência do resultado lesivo.

A negligência atua como uma forma de omissão do médico, ele deixa de agir quando deveria, por inércia, descuido, indiferença e até mesmo cansaço.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, no julgamento da Apelação Cível nº. 2008.012123-6 (Relator Des. Vivaldo Pinheiro), julgada em 23 de março de 2009, condenou o profissional médico que estava em regime de sobre aviso e não examinou o paciente, prescrevendo medicamentos e tratamento inadequado, levando o mesmo a óbito:

CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PROFISSIONAL MÉDICO QUE, EM REGIME DE SOBREAVISO, NÃO EXAMINA O PACIENTE,

PRESCREVENDO MEDICAÇÃO E TRATAMENTO INADEQUADO. EVOLUÇÃO DO QUADRO. FALECIMENTO POSTERIOR. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO NA EXORDIAL. IRRESIGNAÇÃO. PROCEDÊNCIA. CULPA DO MÉDICO DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ART. 14, §4º, DO CDC. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL ONDE O PROFISSIONAL EXERCE AS SUAS FUNÇÕES. INDENIZAÇÃO DEVIDA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO.

Miguel Kfoury Neto (1998, p. 80) invoca o entendimento de Pio Avecone, para tratar da negligência, afirmando que “a negligência é o oposto da diligência, vocábulo que remete à sua origem latina, *diligere*, agir com amor, com cuidado e atenção evitando quaisquer distrações e falhas”.

Uma outra modalidade de culpa é a imprudência, que para alguns autores é a forma mais comum de culpa médica e é caracterizada por um fazer precipitado. Fabrício Zamprogna Matiello (2006, p. 68) entende que em casos de imprudência falta ao profissional da área médica freios ao atuar:

Caso houvesse imposto a si próprio um mínimo de freios ao atuar, refletindo acerca do contexto em que estava envolvido o paciente, certamente poderia evitar o mal, que culmina por acontecer em função da falta de moderação e de senso de limites entre o quadro clínico que vislumbra e as providências que medianamente seriam exigíveis para superá-lo a contento. (MATIELLO 2006, p. 68)

Por fim, existe a imperícia, aonde é possível perceber a falta de técnica do profissional, uma vez que é ocasionada em decorrência da desconformidade entre a atuação prática e a recomendação teórica feita para determinado caso.

A imperícia mostra o despreparo do médico, o referido profissional não percebe a extensão do risco ao qual está submetendo o paciente. Imperito é o profissional que não usa a técnica adequada.

Alguns doutrinadores abordam a dificuldade de distinguir a imprudência da imperícia. Sobre essa divergência conceitual, Miguel Kfoury Neto (1998, p.81) faz a seguinte indagação: “o médico ao se definir por determinada intervenção, agiu com imperícia, pois não conhecia o risco que ela envolvia, ou porque, tendo perfeita consciência do risco, resolveu avançar sua ação além dos limites da licitude?”

Mais à frente, observando a lição de Avecone, Miguel Kfoury Neto (1998, p.81) traz à baila que a imprudência e a imperícia não podem coexistir, de modo que elas se excluem, e ainda “o médico é imprudente quando, tendo perfeito conhecimento do risco e também não ignorando a ciência médica (não sendo, pois, imperito), toma a decisão de agir assim mesmo”.

Parece mais acertada a posição de Avecone, uma vez que em sabendo do risco que está enfrentando ao efetuar determinado procedimento o médico não está sendo imperito, ao passo que no momento em que o profissional não conhece o risco que encara não está sendo imprudente.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a negligência está diretamente ligada ao descuido, ao passo que a imprudência trata da precipitação e a imperícia relaciona-se com inabilitação.

11 ÔNUS DA PROVA

Ônus é o agir de determinado modo para a satisfação de interesse próprio, evitando-se uma situação de desvantagem. Entende-se que a grande questão sobre o ônus da prova não é o que se prova ou quem prova, mas quem sofre as consequências pela falta de prova.

O artigo 333 do Código de Processo Civil estabelece a distribuição do ônus da prova da seguinte maneira: a) ao autor, incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito; b) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

As regras da distribuição do encargo probatório no artigo 333 do Código de Processo Civil são plena e integralmente aplicáveis nos pleitos judiciais que tenham como matiz os direitos substanciais reconhecidos no Código de Defesa do Consumidor.

Ora, as normas de distribuição de carga probatória, se dirigem em regra, ao destinatário maior da prova: o magistrado. Em todo o debate travado pelos doutrinadores em relação às teorias do *ônus probandi*, resultou cristalino que quem deve provar tem apenas e tão somente o fardo de demonstrar os pressupostos da norma reguladora que lhe é favorável ao seu pedido deduzido.

Assim, em regra cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito. Ocorre que a relação médico-paciente, como explanado anteriormente, é tida como uma relação consumerista, de modo que também será regida pelo Código de Defesa do Consumidor. O referido diploma alberga em seu artigo 6º, VII, a possibilidade da inversão do ônus da prova, de modo que o médico deverá estar garantido de todos os meios de prova possíveis para que em havendo a inversão, possua material suficiente para se defender.

A inversão do ônus da prova tem como finalidade a obtenção de um tratamento paritário das partes no decorrer do processo afim de que sejam compensadas as possíveis desigualdades existentes no plano substancial. O Ministro César Asfor Rocha, do Superior Tribunal de Justiça, proferiu voto neste sentido no julgamento do Recurso Especial nº. 140.097/SP, julgado em 04 de maio de 2000 ao afirmar que “A regra contida no art. 6º, VIII, do CDC, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não isonômicas, sendo nitidamente posta a favor do consumidor”.

É necessário ressaltar que a inversão do ônus da prova não é automática, ficando a critério do juiz, desde que presentes ao menos um dos requisitos previstos no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência da parte.

Por hipossuficiência deve-se entender como as limitações técnicas ou econômicas sofridas pelo consumidor em relação ao prestador de serviços. Parece mais acertado que a limitação presente para que seja acatada a hipossuficiência deva se referir ao monopólio das provas, uma vez que a inversão do ônus da prova tem como finalidade evitar a disparidade de armas do processo.

Em relação à verossimilhança das alegações, tem-se que elas se aproximam da verdade, mas não significam a sua certeza, não se trata de uma garantia indesmentível, de modo que não há para o juiz uma segurança absoluta.

Aplicando as lições acima à relação probatória entre médico-paciente, é possível afirmar que o paciente possui diversas dificuldades no que tange a sua comprovação, uma vez que, em regra, não é dotado de conhecimentos técnicos. Por sua vez, a obrigação decorrente da relação médico-paciente é de meio, de modo incide responsabilidade subjetiva, cabendo ao paciente comprovar a culpa do médico.

Ademais, o médico está inserido no rol dos profissionais liberais, que de acordo com o artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor deve ser regidos pela responsabilidade subjetiva.

12 ERRO MÉDICO

Ao procurar o médico, o paciente tem como objetivo restabelecer sua saúde, de modo que o erro configura-se como desvio do objetivo a ser atingido.

Consuelo Taques Ferreira Salamancha (2005, p. 116) define o erro médico, afirmando que o mesmo é a “ação ou omissão do médico, que no exercício profissional cause dano a saúde do paciente. Somente lhe pode ser imputado erro se for comprovado o nexo de causalidade entre a falha do médico e o mau resultado para o paciente”.

Outro conceito é trazido à baila por Hildegard Taggesell Giostri (2002, p. 135), que afirma que o erro médico é “uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou omissão profissional”.

Existem numerosas espécies de erro médico, ocorre que alguns geram o dever de indenizar e outros não.

12.1 ESPÉCIES DE ERRO

A doutrina é divergente no que tange as espécies de erro médico, desta feita, o estudo em questão abordará a classificação de Hildegard Taggesell Giostri (2002, p. 135 a 141), para quem são espécies de erro: o erro médico, o erro do paciente, o erro de diagnóstico e o erro profissional.

Tem-se o erro médico quando no exercício da profissão ocorre uma falha, de modo a advir um mau resultado. Essa falha ocorrerá em razão da negligência, imprudência ou imperícia. Em caso de erro médico, comprovado os requisitos da responsabilidade, deverá existir o dever de indenizar.

Ocorrerá erro do paciente quando o mesmo confundir a não realização de suas expectativas com o erro médico, Hildegard Taggesell Giostri (2002, p. 138) justifica a ocorrência do erro do paciente afirmando que “isso ocorre porque há por parte do paciente uma expectativa bastante grande em relação ao trabalho do seu médico, haja vista que ele está a laborar o que há de mais precioso: sua vida e sua saúde”.

O primeiro ato médico para o restabelecimento da saúde do paciente é o diagnóstico, que consiste na identificação da moléstia que acomete o indivíduo para eleger a melhor

terapia adequada ao caso. Ocorre que em decorrência de diversos fatores diferentes, algumas vezes o profissional comete erro de diagnóstico, elegendo o tratamento inadequado ao paciente, com resultado danoso.

É necessário afirmar que em se tratando de erro de diagnóstico, verifica-se uma situação escusável, ao menos primariamente, sendo diferente em se tratando de erro grotesco.

Por fim, existe o erro profissional, presente quando a falta não é imputável ao médico e sim a causas alheias ao mesmo, seja por limitações da medicina ou por omissão de informações pelo paciente.

13 IATROGENIA

Entende-se por iatrogenia como sendo o prejuízo provocado pelo ato médico em pessoas sadias ou doentes. Esse prejuízo não é punível, haja vista que é caracterizado por dano inculpável no corpo ou na saúde do paciente em consequência de uma aplicação terapêutica isenta de responsabilidade profissional.

No julgamento da Apelação Cível n. 2009.001.30367 (Relatora Des. Marília de Castro Neves Vieira), julgada em 15 de julho de 2009, a Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, corroborou com o entendimento de que a iatrogenia não é indenizável:

CIVIL. CONSUMIDOR. CIRURGIA PLÁSTICA.
NATUREZA. REPARAÇÕES MORAL E ESTÉTICA.
ERRO MÉDICO. IATROGENIA.

Cirurgia plástica reparadora que visava diminuir o excesso de pele no abdômen. Ação deduzida sob a alegação de que o ato não atingiu o êxito estético esperado, demandando a casa de saúde e o médico com pleitos de reparações material e moral.

Cirurgia realizada para fins funcionais e não apenas no aspecto estético. *Expertise* judicial que registrou pequenas protuberâncias triangulares no canto de cada cicatriz causada pelo ajuste do retalho superior ao inferior, mas afastou a tese de erro médico.

Iatrogenia ocorrente.

Inocorrência de culpa bem reconhecida na sentença, improvimento ao recurso que pretendia revertê-la.

Unânime.

Irany Novah Moraes (2002, p.489) classifica a iatrogenia em três modalidades, sendo elas as lesões previsíveis e também esperadas, as lesões previsíveis, porém inesperadas e, por fim, os resultados decorrentes de falhas no comportamento humano decorrente da profissão.

Sobre as modalidades de iatrogenia, José Carlos Maldonado (2005, p. 9) preleciona:

Sob o enfoque eminentemente jurídico-doutrinário, é de concluir-se, portanto, que apenas as lesões previsíveis – esperadas ou não – e decorrentes do iter procedimental é que podem ser conceituadas como iatrogênicas. Logo, as lesões que decorram da “falha de comportamento humano”, cuja causa geradora tenha sido a imprudência, a negligência ou a imperícia médica, não tipifica o dano iatrogênico, ingressando, pois, no campo da ilicitude e, conseqüentemente, na esfera da responsabilidade civil.

Parece ser mais acertado o entendimento de José Carlos Maldonado, uma vez que as lesões que ocorrem em virtude da falha do comportamento humano não são consideradas como quase-ilícito e sim como ato ilícito.

Adiante será abordada a indenização por perda de uma chance no direito médico.

14 PERDA DE UMA CHANCE

No início deste estudo, quando se tratou do dano patrimonial, foi possível vislumbrar a teoria da perda de uma chance. Para a teoria em questão, haverá responsabilização pela perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar o prejuízo.

Aplicando a teoria da perda de uma chance ao direito médico, pode-se afirmar que o que se pretende é a condenação do profissional sob a argumentação de que foi retirado do paciente a chance de se obter a cura, independentemente de se saber se a conduta culposa do médico foi efetivamente ou não a causa adequada do dano experimentado.

O objetivo principal da teoria da perda de uma chance é mitigar o nexo causal enquanto pressuposto da responsabilidade civil, uma vez que dá a idéia de punir uma conduta culposa sem que exista uma prova efetiva do liame entre a conduta e o dano. Corroborando com esse pensamento, Joaquim Ataz Lopez (1985, p. 343 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 53-54) preleciona:

Há casos em que não se busca uma causalidade pura, sim uma causalidade jurídica; um motivo suficiente para a imputação do dano; não foi o médico mesmo que, com seus atos, causou o dano. Contudo, podendo e devendo interromper o processo natural da enfermidade, não o fez, ou porque absteve-se em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inócuas, que podem revelar a imperícia. O médico terá descumprido, nesse caso, uma obrigação jurídica de atuar, e em razão desse descumprimento, o dano resultante de um processo natural lhe é imputável. Observe-se que, em tais casos, não se pode dizer que o médico tenha causado o dano. Precisamente por essa dificuldade de apreciar em muitos casos o nexo causal entre a atuação do médico e o dano sofrido, a jurisprudência francesa vem aplicando há quase 20 anos aquela que se chama doutrina da perda de uma chance.

Em razão da origem da condenação dispor da perda de uma chance pelo paciente, que não sabe ao certo se a conduta não culposa do médico teria causado fato impeditivo à lesão, o valor da condenação será equivalente a apenas parte do prejuízo, levando-se em conta a probabilidade da concretização da chance perdida. Para Leonardo Vieira Santos (2008, p. 182) “percebe-se, pois, que o dano terá de ter ocorrido para que surja o dever de indenizar; o que se flexibiliza é a apuração de que ele tenha derivado efetivamente da conduta médica”.

Se referindo à quantificação do dano, a Desembargadora Marilene Bozanini Bernadi do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferiu voto na Apelação Cível n. 70018021188 (julgado em 13 de novembro de 2008), no seguinte teor:

Frisa-se, outrossim, a inexistência de certeza quanto à cura, mas a chance que adviesse, mormente por que, no caso, o doente padecia de quadro crônico e já havia sido socorrido em outras oportunidades, e de forma eficaz, o que, entretanto, não retira a gravidade de sua doença e suas reservas quanto à longevidade, pelo que não se pode concluir que a morte teria advindo unicamente da falta de presteza no atendimento. Típico caso, pois de responsabilidade por perda de uma chance, havendo os danos serem estabelecidos por arbitramento, sopesando-se, sobremaneira, que não se indeniza a morte, ou perda da cura, mas sim a perda da oportunidade de cura e prolongamento da vida, não se sabe por quanto tempo.

Com esses parâmetros, não vejo como sustentar o estabelecimento de pensionamento como se a cura fosse certa, e a morte consequência direta do descumprimento da obrigação de atendimento. A indenização deve ser graduada tendo em vista a probabilidade da cura, que, como se viu, não se mostrava aleatória.

É necessário ressaltar que a teoria da perda de uma chance no direito médico brasileiro deve ser usada com cautela, uma vez que o nexo causal atua como pressuposto do dever de indenizar, de modo que não será em todos os casos que se poderá condenar o profissional independentemente de prova do liame entre a conduta e o dano.

15 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

As excludentes de responsabilidade civil explanadas no início do presente estudo também são aplicadas no que tange à responsabilidade civil do médico, são elas: o caso fortuito o força maior, o fato exclusivo da vítima e o fato exclusivo de terceiro.

Hildegard Taggesell Giostri (2006,p. 198), aponta alguns requisitos que merecem observação para que seja demonstrada a existência de culpa do profissional da área médica:

Ao tentar determinar a existência ou não de culpa do profissional médico, mister se faz a perquirição de alguns elementos que, por ordem de importância, poderiam ser vistos assim:

Por primeiro, saber dos *meios* utilizados pelo profissional para obter o resultado ambicionado; por segundo, qual a *medida da diligência* por ele usada ao servir-se daqueles meios; por terceiro, a análise da *participação do paciente*: a participação ativa (conduta) e a passiva (orgânica) no resultado final, não exitoso, ou em discordância com o avençado.

A par disso, ainda importa a análise paralela de outro três elementos: o *médico* (se é especialista ou não), o *tempo* e o *lugar*.

A menção de todos esses elementos permite uma conclusão: o quanto é mais importante perquirir, em primeiro lugar a causa e, só depois, a culpa. No caso da avaliação da responsabilidade do médico, então, esta conduta torna-se essencial, ou ter-se-á à mão uma grande chance de incorrer em erro.

Analizados os elementos acima elencados, passa-se a análise das modalidades de excludentes da responsabilidade civil do médico.

15.1 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

Conforme lecionado no primeiro capítulo do estudo em questão, o caso fortuito e a força maior são excludentes que em muito se assemelham, de modo que em ambos existe a impossibilidade de se evitar que o dano ocorra.

Em determinados casos, apesar da conduta correta do médico, acontecem determinados danos como consequência de fatos alheios ao mesmo e ao seu paciente, de modo que não existe como prevê-los ou em que caso de haver previsão, se reste impossível impedi-los de ocorrer.

Quando presente esse tipo de dano, decorrente da imprevisibilidade se está diante do caso fortuito, ao passo que quando existente a irresistibilidade verifica-se a força maior. No estudo de tais institutos é necessário não confundi-los com a negligência ou com a imprudência, desta feita, é de bom alvitre prestar a devida atenção à análise da diligência, uma vez que as condutas negligentes e imprudentes são totalmente evitáveis se observados seus preceitos.

15.2 FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA

O fato exclusivo da vítima isenta o médico de toda responsabilidade decorrente do dano sofrido pelo mesmo. Hildegarg Taggesell Giostri (2006, p. 200) utiliza-se de exemplo bastante didático para explicar essa excludente de responsabilidade:

Se, após uma cirurgia ortopédica, o médico prescreve a seu paciente o uso de muletas e exercícios fisioterápicos e aquele descumpre as determinações, ou as faz de maneira errônea ou desinteressadamente, então, as consequências negativas de uma cicatrização óssea defeituosa, ou de uma atrofia, não poderão ser imputadas ao facultativo.

A Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível nº. 70012122206 (Relatora Desa. Marilene Bozanini Bernardi), julgado em 24 de agosto de 2008, entendeu que:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CDC. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. FRATURA DE COLUNA. AUSÊNCIA DE SEQÜELAS ORTOPÉDICAS. ABANDONO DO TRATAMENTO PELO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. Tratando-se de obrigação de meio, a responsabilidade médica é de ordem subjetiva, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC. Relativamente ao Hospital, enquanto entidade prestadora de serviços de saúde, a responsabilidade é objetiva, conforme o art. 14 do CDC. No caso concreto, ainda que subsistam dores na lombar do apelante decorrentes da fratura na coluna as quais, aliás, não encontram respaldo na prova técnica realizada pelo DMJ, não podem ser tais seqüelas atribuídas a qualquer conduta do médico-demandado, tampouco a uma falha na prestação de serviços do hospital-réu, se o autor, maior interessado em sua higidez, não obedeceu ao tratamento prescrito, agindo com desídia na busca de sua cura. Ausente a culpa do médico, a falha na prestação de serviços do Hospital Pronto Socorro, o nexo de causalidade e os próprios danos asseverados pelo autor, este não merece abrigo do instituto da responsabilidade civil. APELO DESPROVIDO. (grifos meus)

Para finalizar, é necessário afirmar que em havendo culpa concorrente entre paciente e médico, não se resta presente a excludente de responsabilidade, de modo que se configura uma espécie de responsabilidade bipartida, de mão dupla, em que cada uma das partes responde por sua parcela de culpa.

15.3 FATO DE TERCEIRO

Por muitas vezes o médico é responsabilizado por dano decorrente de interferência ou ato de terceiro, essa será a última excludente de responsabilidade a ser tratada no estudo em questão.

Quando se estiver diante do fato de terceiro como excludente de responsabilidade médica, é necessário aduzir que o médico só será isento da responsabilidade quando esse terceiro não fizer parte do corpo médico, uma vez que fazendo parte, o médico é responsável pelos atos de sua equipe.

16 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível vislumbrar no decorrer do estudo em questão, a crescente evolução no campo da responsabilidade civil brasileira, de modo que a premissa de que aquele que causar dano a outrem tem o dever de indenizar desde que presentes os pressupostos da responsabilidade civil, possui cada vez mais escopo no ordenamento jurídico atual, buscando complementos inclusive em outros diplomas, como o Código de Defesa do Consumidor.

Em relação ao direito médico, pode-se afirmar que é pacífico o entendimento quanto a sua responsabilidade subjetiva, uma vez que o referido profissional encontra-se no rol dos profissionais liberais, e ainda, possui obrigação de resultado no que tange atos praticados no exercício de sua profissão.

No entanto, a doutrina não é pacífica no entendimento de qual será a espécie de obrigação decorrente da cirurgia estética, de modo que a corrente majoritária finda por acreditar que trata-se de obrigação de resultado. De acordo com o que foi possível vislumbrar no decorrer do presente estudo, tal entendimento é errôneo, uma vez que o médico trabalha constantemente em uma zona álea que é o corpo humano.

É possível afirmar que a evolução da doutrina na responsabilidade civil médica é bastante considerável já sendo possível adotar conceitos como a iatrogenia e em determinados casos a teoria da perda de uma chance.

Diante do exposto, é mister afirmar que a responsabilidade civil médica vem se adequando as transformações e novas realidades sociais com o intuito de proteger tanto o paciente que realmente foi lesado por uma conduta médica, quanto o médico que está sendo acusado injustamente pelo paciente que vislumbra enriquecimento sem causa.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.718, p. 66-53. Agosto de 1995.

AMODEO, Celso, et al. **O médico e a lei: guia prático de procedimentos jurídicos**. São Paulo: PlanMark, 2004.

ANGHER, Ana Joyce (org.). **Vadem mecum acadêmico de direito**. 10 ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BLOISE, Walter. **A responsabilidade civil e o dano médico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 628854/ES**. Relator: Min. Castro Filho. Brasília, 18 de junho de 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200302322660&dt_publicacao=18/06/2007. Acesso em 10 de abril de 2010.

BRASIL. **Código de ética médica**. Disponível em: http://www.abctran.com.br/Conteudo/codigo_etica_medica.pdf. Acesso em: 15 de maio de 2010.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 7.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O estado atual do biodireito.** 6ª Ed. Ver. Aum. E Atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO RIO GRANDE DO NORTE. **Manual de orientação para elaboração e apresentação de trabalhos de curso em Direito da FARN.** Natal, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, 2006. **Novo Curso de Direito Civil.** 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA, André Almeida. **Prova Civil.** São Paulo: Saraiva, 2009.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da doutrina e da jurisprudência comentada.** Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Responsabilidade médica.** Curitiba: Juruá, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** 3ª Ed. Rev., ampl. e Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** 2ª Ed. São Paulo: RT, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil.** 3ª Ed. Ver. Atual. e ampli.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MATIELLO, Fabrício Zamproga. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2006.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). **Provas: aspectos atuais do direito probatório.** São Paulo: Método, 2009.

PAULA, Carolina Bellini Arantes. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva.** São Paulo: Atlas, 2007.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. **Apelação nº. 2009.001.30367**. Relatora: Desa. Marília de Castro Neves Vieira. Rio de Janeiro, 15 de julho de 2009. Disponível em <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003306BD82AF915D153A6113A94DAD6FB7601C402220532> . Acesso em 20 de maio de 2010.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. **Apelação nº. 8218/95**. Relator: Des. Sérgio Cavaliere Filho. Rio de Janeiro, 16 de fevereiro de 1996. Disponível em: http://consultorjuridico.com.br/2001-nov-24/ex-vereador_paulistano_perde_acao_revista_veja?pagina=4 . Acesso em 10 de abril de 2010.

RIO GRANDE DO NORTE, Tribunal de Justiça. **Apelação nº. 2008.012123-6**. Relator: Des. Vivaldo Pinheiro. Rio Grande do Norte, 23 de março de 2009. Disponível em <http://www2.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0> Acesso em 20 de maio de 2010.

RIO GRANDE DO NORTE, Tribunal de Justiça. **Apelação nº. 2009.012268-8**. Relator: Des. Amaury Moura Sobrinho. Rio Grande do Norte, 22 de abril de 2010. Disponível em: <http://www2.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=2> . Acesso em 05 de maio de 2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação nº. 70012122206**. Relatora: Desa. Marilene Bozanini Bernardi. Rio Grande do Sul, 24 de agosto de 2008. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris> Acesso em: 21 de maio de 2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação nº. 70018021188**. Relatora: Desa. Marilene Bozanini Bernardi. Rio Grande do Sul, 13 de novembro de 2008. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris> . Acesso em: 21 de maio de 2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação nº. 70023788334**. Relator: Des. Orlando Heemann Júnior. Rio Grande do Sul, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> . Acesso em 15 de abril de 2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação nº. 70029588688**. Relator: Desa. Liege Puricelli. Rio Grande do Sul, 02 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris> . Acesso em 15 de maio de 2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação nº. 70034654871**. Relator: Des. Carlos Rafael dos Santos. Rio Grande do Sul, 22 de março de 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris> . Acesso em 10 de abril de 2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação nº. 70011199213**. Relator: Des. Leo Lima. Rio Grande do Sul, 12 de maio de 2005. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris> . Acesso em 15 de maio de 2010.

SALAMANCHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil v. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 4ª Ed. São Paulo: método.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.