

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DANIEL FRANCISCO BET

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE
ERRO MÉDICO

Taubaté - SP
2020

DANIEL FRANCISCO BET

**RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE
DE ERRO MÉDICO**

Trabalho de Graduação apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso

**Taubaté - SP
2020**

Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBi
Grupo Especial de Tratamento da Informação – GETI
Universidade de Taubaté

B562r Bet, Daniel Francisco
 Responsabilidade civil decorrente de erro médico / Daniel Francisco
Bet. -- 2020.
 89 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2020.

Orientação: Prof. Me. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso,
Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Responsabilidade (Direito). 2. Direito civil. 3. Erros médicos. I.
Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 347.5(81)

DANIEL FRANCISCO BET

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO

Trabalho de Graduação apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso

Trabalho de Graduação defendido e aprovado em ____/____/____ pela comissão julgadora:

Banca Examinadora

Prof. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso
Orientador

Prof. Júnior Alexandre Moreira Pinto
Convidado

Taubaté - SP
2020

Dedico este trabalho a Deus, a quem todos devemos o prazer da vida, pela oportunidade de concluí-lo.

Às cátedras do Departamento de Ciências Jurídicas desta Universidade, por semearem conhecimento, lucidez e informação, a fim de alicerçar a vida profissional de seus acadêmicos.

À minha família e amigos que me ajudaram direta ou indiretamente a laborar esta monografia.

AGRADECIMENTOS

Nesta oportunidade, reitero minha satisfação de ter cursado a cadeira de Direito da Universidade de Taubaté, completando, desta forma, mais um ciclo de vida que se encerra.

Agradeço ao criador pela oportunidade de estudar, possibilitando-me evoluir e sobrepujar as vicissitudes da vida.

Ao meu pai querido e amado, Ademir Bet, avós paternos e maternos, que já partiram desta vida para outro plano, pelo exemplo e inspiração.

Ao professor e orientador Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso, pela cordialidade, orientações, deferência e, sobretudo, amizade, desejando-lhe sucesso hoje e sempre.

Ao Coronel Marcos Mitleton, Gilvania Aparecida Silva, Almir Rafael de Arruda e Paola Keese Montanhesi, amigos de longa data, por contumazes incentivos que impulsionam meus estudos.

“Não há nada mais relevante para a vida social que a formação do sentimento da justiça.”

(Rui Barbosa)

“Mesmo nossa própria dor não é tão pesada como a dor consentida com outro, pelo outro, no lugar do outro, multiplicada pela imaginação, prolongada em centenas de ecos”

(Milan Kundera - A Insustentável Leveza do Ser)

RESUMO

A relação jurídica entre médico e paciente é, em regra, uma relação de natureza contratual --- regida por um contrato que confere a cada uma das partes direitos e deveres. A ruptura desse prisma, por sua vez, faz exsurgir a responsabilidade civil, em meio a um dano material, moral, estético ou de outra categoria, *pari passu*, a reparação do prejuízo. Perante a problemática que circunscreve a pauta, deparamo-nos com um expressivo número de processos que objetivam a reparação civil. Nesse sentir, propugna-se analisar o erro médico no bojo da responsabilidade civil, aquilatando as circunstâncias nas quais possivelmente haverá responsabilização. Busca-se perquirir paralelamente acerca do ato ilícito e os pressupostos da responsabilidade civil; tipos de responsabilidade civil; os deveres do médico; os deveres do paciente; os excludentes da responsabilidade; a obrigação de resultado e meio; os tipos de erro médico; a complexidade da prova de culpa; da relação de consumo e prestação de serviços médicos. Emerge, a seu turno, a indagação do motivo pelo qual o Estado, na busca pela verdade real, não dispõe de ferramentas úteis para avaliar o grau de culpa que permeia tal hipótese, em respeito à dignidade humana. Afora, imperioso dizer que a responsabilidade civil, atualmente, encontra-se numa nova dimensão, surgindo novas teses desassociadas da discussão ou não da culpa, o que naturalmente ocorre com a evolução dos institutos jurídicos. Por força do Direito, a cada dia, o tópico ganha mais destaque para proteger as vítimas de possíveis danos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Erro médico.

RESUMEN

La relación legal entre médico y paciente es, en regla general, una relación de naturaleza contractual – administrada por un contrato que confiere a cada una de las partes derechos y deberes. La ruptura de este prisma, a su vez, hace surgir la responsabilidad civil, a causa de un daño material, moral, estético o de otra categoría, y para eso, hay la compensación de daños. Ante el problema que circunscribe tal agenda, nos deparamos con un expresivo número de procesos que objetivan la compensación de daños. En este sentido, se propone analizar el error médico en el ámbito de la responsabilidad civil, valorando las circunstancias en las que posiblemente habrá responsabilidad. Se busca indagar al mismo tiempo, sobre el acto ilícito y los presupuestos de la responsabilidad civil; tipos de responsabilidad civil; los deberes del médico; los deberes del paciente; los excluyentes de responsabilidad, la obligación de resultado y medio; los tipos de error médico; la complejidad de la prueba de culpa; de la relación de consumo y prestación de servicios médicos. Surge, a su vez, la indagación del motivo por el que el Estado, en la busca de la verdad real, no dispone de herramientas útiles para evaluar el grado de culpa que impregna tal hipótesis, en respecto a la dignidad humana. Aparte, es imperioso decir que la responsabilidad civil, actualmente, se encuentra en una nueva dimensión, surgiendo nuevas tesis desasociadas de la discusión o no de la culpa, lo que naturalmente ocurre con la evolución de los institutos legales. Bajo el Derecho, a cada día, el tópico gana más destaque para proteger las víctimas de posibles daños.

Palabra clave: Responsabilidad Civil; Error médico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
1.1 CONCEITO	14
1.2 FUNÇÃO SOCIAL	15
1.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA	16
1.4 RESPONSABILIDADE DIRETA E INDIRETA	18
2 PRESSUPOSTOS GERAIS	21
2.1 ATOS ILÍCITOS	21
2.2 CONDUTA HUMANA	21
2.3 DANO EXPERIMENTADO PELA VITIMA	22
2.4 NEXO DE CAUSALIDADE	25
2.5 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	29
2.6 TEORIA <i>RES IPSA LOQUITUR</i>	33
2.7 CULPA DO AGENTE	34
2.8 RESPONSABILIDADE DO ESTADO	38
3 NATUREZA CONTRATUAL DOS SERVIÇOS MÉDICOS	39
3.1 TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES	39
3.2 A NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS	40
3.3 OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO	44
3.4 OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA	48
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	50
4.1 RESPONSABILIDADE E CULPA DO PROFISSIONAL DA SAÚDE	50
4.2 IMPRUDÊNCIA, NEGLIGENCIA E IMPERÍCIA MÉDICA	52
4.3 ERRO GROSSEIRO E ESCUSÁVEL	54
4.4 IATROGENIA	56

4.5 DIREITOS E DEVERES DO MÉDICO	57
4.6 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA	59
4.6.1 INTERCORRÊNCIA MÉDICA	59
4.6.2 FATO DE TERCEIROS	60
4.6.3 CULPA DA VÍTIMA.....	62
4.6.4 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR	64
4.6.5 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR	65
4.6.6 O FATO DA TÉCNICA	67
5 RESPONSABILIDADE DAS CLÍNICAS, HOSPITAIS E SIMILARES	70
6 A VULNERABILIDADE DO MÉDICO NO CASO CONCRETO	74
7 A CAIXA PRETA E O AVENTAL BRANCO	80
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS.....	83

INTRODUÇÃO

Em nosso país, a formalização da responsabilização jurídica cível ocorreu na década de 70, quando se instalou o milagre brasileiro, com a massificação das atividades privadas, somado ao incremento do movimento consumerista.

Nessa trilha, em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil empreendeu a defesa dos consumidores, esculpindo norma principiológica em sua obra, com o fito de engendrar a reparação de danos materiais e imateriais.

O Código Civil brasileiro de 2002, como não poderia ser diferente, passou a tratar da responsabilidade civil, abordando dentre outros aspectos a questão da responsabilização objetiva e subjetiva. Trata-se de um tema de defesa de direitos. Tal ideia encontra guarida no Art. 186 desta lei, pelo qual o ato ilícito funda-se toda vez que houver lesão de Direito, cumulada com um dano material, moral, estético ou de outra categoria. (TARTUCE, 2016, P. 324).

A realidade dos dias contemporâneos detecta a crescente judicialização de casos envolvendo responsabilidade civil que abarca questões de saúde. De modo mais concreto, é mister o esclarecimento sobre a matéria, para o aperfeiçoamento da relação obrigacional entre médico e paciente, bem como, subleva suscitar a reflexão acerca das consequências jurídicas que um erro médico pode implicar.

Consigne-se que a responsabilidade civil decorrente de erro médico esbarra em temas caros a nossa sociedade, assim como, ciência médica, saúde pública, ética, dignidade do ser humano, capitulando-se principalmente à reparação de danos.

Acerca do tema Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹ (2003) expõem:

Para a nossa cultura ocidental, toda reflexão, por mais breve que seja, sobre raízes históricas de um instituto, acaba encontrando seu ponto de partida no Direito Romano. Nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido. É dessa visão de delito que parte o próprio Direito Romano, que toma tal manifestação natural e

¹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. V. 3, São Paulo: Saraiva, 2003. P. 10-13.

espontânea como premissa para, regulando-a, intervir na sociedade para permiti-la ou excluí-la quando sem justificativa. Trata-se da pena de Talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas. Ressalte-se que o Direito Romano não manifestava uma preocupação teórica de sistematização dos institutos, pois sua elaboração se deu muito mais pelo louvável trabalho dos romanistas, numa construção dogmática baseada no desenvolvimento das decisões dos juízes e dos pretores, pronunciamentos dos juriconsultos e constituições imperiais. Há, porém, ainda na própria lei mencionada, perspectivas da evolução do instituto, ao conceber a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, evitando-se a aplicação da pena de Talião. Assim, em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de poena, uma importância em dinheiro ou outros bens. Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da *Lex Aquilia*, cuja importância foi tão grande que deu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003)

Neste norte, busca-se seguir uma cartilha que permita tratar da problemática do erro médico sob a ótica da responsabilidade civil, apresentando os tipos de responsabilidade civil; analisando a relação obrigacional da prestação de serviços médicos; demonstrando as circunstâncias em que o erro médico pode ser responsabilizado; analisando o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 CONCEITO

Preceitua o Art. 927 do Código Civil: aquele que, por ato ilícito (Art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Cogente a obrigação de reparar o prejuízo, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do agravo implicar, por sua natureza, risco aos direitos de outrem. Neste sentido, complementa Silvio Rodrigues² (2002), aludindo-se à responsabilidade civil, entendendo ser: “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependem.”

A responsabilidade civil, em linhas gerais, trata de imputar a alguém uma obrigação de ressarcir que surge em face de um dano, podendo ser provocado por um incumprimento contratual. Desta definição, importa a responsabilidade contratual, provocada pelo descumprimento deste, vez que se há causado a outro um dano pelo desacato ao acordado. Pode exsurgir, ainda, a responsabilidade extracontratual na qual não se pleiteia um vínculo prévio contratual, mas, sim, discute-se a infringência de norma imperativa incidente. Sobre ambas modalidades paira a questão do desagravo, seja este um equivalente monetário, podendo valer-se, ainda, da reposição de outro bem de mesma natureza. Segundo Maria Helena Diniz (2009, P. 7 e 8) a responsabilidade civil debela um sujeito a uma obrigação de reparar um dano produzido, habitualmente por meio de uma indenização pelos prejuízos causados pela violação do contrato ou decorrente da infringência de uma norma jurídica insculpida no ordenamento pátrio.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³ (2011) fundamentam o permissivo em análise, conforme o disposto a seguir:

Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ato ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o status quo ante, obrigação esta

²RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Responsabilidade Civil. V. 4, 19.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 6.

³GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. V 3. 9.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 46.

que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011)

Por demais, imperioso ressaltar que a reparação recai geralmente sobre quem deu causa ao ato ilícito, porém, possivelmente pode alcançar pessoas distintas daquela, a par do que apresenta o Art. 932 do Código Civil.

1.2 FUNÇÃO SOCIAL

A função social da responsabilidade civil projeta-se de forma tríplice, qual seja, visa, sobretudo reparar ou ressarcir o dano, bem como, desestimular novas práticas, somado a sua função educativa.

Ilustrando, André Gustavo Correia Andrade⁴ (2009) fundamenta:

A indenização punitiva, fixada em valores suficientes para desestimular a prática de condutas lesivas ou antissociais e empregadas de forma sistemática, pode contribuir para a redução das ofensas aos direitos mais caros ao homem. Além disso, atende a um imperativo ético, introduzindo um critério de justiça no âmbito da responsabilidade civil. (ANDRADE, 2009)

Diante de tal irresignação, a responsabilidade civil carrega um aspecto preventivo que sob o alvedrio da prudência, faz com que se evite infringir os mandamentos da lei, em detrimento de uma punição pecuniária.

Noutra hipótese que milita a compensação, a responsabilidade civil propõe restabelecer a condição na qual a vítima encontrava-se antes da lesão, visando a reposição do bem. Por seu turno, caso não seja possível fazê-lo, não se pode perder de vista que indenizar-se-á a par da equivalente perda, à luz do que prevê o Art. 927 do Código Civil⁵, para remontar o equilíbrio pretérito que existia inicialmente entre o patrimônio da vítima e o do autor do dano.

⁴ANDRADE, Andre Gustavo Correia. Dano Moral e Indenização Punitiva. Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. P. 316.

⁵Código Civil, Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos

Na dicção de Maria Helena Diniz (2012), pressupõe-se uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa que, por lei, deverá suportá-lo, atendendo assim à necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima violada pelo autor da lesão. Deflui da espécie em exame o princípio *restitutio in integrum*, com o qual se enseja a reposição completa do sacrificado à situação anterior do agravo, por meio de uma reconstituição natural, volvendo-se a situação material correspondente.

Postula André Gustavo Correia Andrade⁶ (2009):

A indenização punitiva, fixada em valores suficientes para desestimular a prática de condutas lesivas ou antissociais e empregadas de forma sistemática, pode contribuir para a redução das ofensas aos direitos mais caros ao homem. Além disso, atende a um imperativo ético, introduzindo um critério de justiça no âmbito da responsabilidade civil. (ANDRADE, 2009)

1.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Por tais espécies, a responsabilidade objetiva se relaciona com o risco, além de se diferenciar pelo requisito da conduta, em função do dano e nexo causal. Ampliando tal entendimento, verifica-se que, nesse quadro, o causador do dano deverá indenizar a vítima, em detrimento da existência de culpa. Noutras palavras, tal responsabilidade independe de culpa. É fundada em uma das modalidades da teoria do risco,⁷ das quais: teoria do risco administrativo, teoria do risco criado, teoria do risco da

especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁶ANDRADE, Andre Gustavo Correia. Dano Moral e Indenização Punitiva. Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. P. 316.

⁷No Brasil, a responsabilidade objetiva independe de culpa, fundamentando-se na teoria do risco, em uma de suas modalidades, das quais:

- Teoria do risco administrativo: adotada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado, que ainda será estudada (Art. 37, § 6.º, da Constituição Federal/1988).
- Teoria do risco criado: está presente nos casos em que o agente cria o risco, decorrente de outra pessoa ou de uma coisa. Cite-se a previsão do Art. 938 do Código Civil, que trata da responsabilidade do ocupante do prédio pelas coisas que dele caírem ou forem lançadas (defenestramento).
- Teoria do risco da atividade (ou risco profissional): quando a atividade desempenhada cria riscos a terceiros, aos direitos de outrem, nos moldes do que consta da segunda parte do Art. 927, parágrafo único, do Código Civil.
- Teoria do risco-proveito: é adotada nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, o agente retira um proveito do risco criado, como nos casos envolvendo os riscos de um produto,

atividade ou risco profissional, teoria do risco proveito e teoria do risco integral. (TARTUCE, 2016 P. 487).

A teoria do risco admite a ilação segundo a qual: se a atividade que gere perigos especiais for exercida, ocorrendo danos a outrem, o agente deverá responder.

Nos termos do parágrafo único do Art. 927 do Código Civil, insculpe-se cláusula geral de responsabilidade objetiva, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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. (BRASIL, 2002)

Na guarida do Art. 6º do Código de Defesa do Consumidor alberga-se expressamente o direito à reparação integral, ao dano moral e material que, por acaso, venha o fornecedor a causar ao consumidor.

Nesta toada, os danos causados em razão do produto ou do serviço, da inteligência de Flavio Tartuce (2016, P. 510), advém de circunstâncias nas quais se presumem o vício do produto, o fato do produto (defeito), o vício do serviço e o fato do serviço (defeito), *pari passu*, ao dever jurídico de indenizar.^{8 9}

Por outro lado, a responsabilidade subjetiva demanda a comprovação da culpa, em meio ao enlace da conduta, nexo causal e dano do agente, de tal forma que o causador do dano deverá compensar a vítima se restar caracterizada a culpa.

relacionados com a responsabilidade objetiva decorrente do Código de Defesa do Consumidor. Dentro da ideia de risco-proveito estão os riscos de desenvolvimento. Exemplificando, deve uma empresa farmacêutica responder por um novo produto que coloca no mercado ou que ainda esteja em fase de testes.

- Teoria do risco integral: nessa hipótese não há excludente de nexos de causalidade ou responsabilidade civil a ser alegada, como nos casos de danos ambientais, segundos os autores ambientalistas (Art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981). No caso de dano ambiental causado pelo Estado, aplicar-se-ia essa teoria para essa parcela da doutrina e da jurisprudência.

TARTUCE. Flavio. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 11ª edição. São Paulo. Forense. 2016. P. 487.

⁸Código de Defesa do Consumidor, Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

⁹Código de Defesa do Consumidor, Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Consectariamente, a responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico. Isto posto, para que o agente indenize civilmente a vítima, há necessidade da comprovação da culpa genérica daquele, incluindo-se o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia), anota Flavio Tartuce. (2016, P. 484).

Dispõe o Art. 186, do Código Civil: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano.” Reverbera, desta forma, o ônus da vítima de provar o agravo sofrido, a culpa do agente, o nexo causal que existe entre conduta deste e dano causado.

Para não dizer o menos, o Código de Defesa do Consumidor aduz no seu § 4.º, Art. 14 que a responsabilidade civil dos profissionais liberais¹⁰ deve ser fixada mediante a apuração de culpa, engendrando, nesse sentir, a responsabilidade subjetiva, caracterizando, ainda, uma exceção à regra da lei consumerista. Com efeito, por profissional liberal, entende-se o prestador de serviço que atua em nome próprio, sem vínculo de subordinação com aquele que o remunera, fazendo de sua profissão uma ferramenta de sobrevivência.

1.4 RESPONSABILIDADE DIRETA E INDIRETA

Cediço pensar que o próprio causador do dano responda por este, com o escopo de se fazer justiça. Porém, perpassado tal pressuposto, verificamos a ocorrência de duas proposições, admitindo-se: dano moral direto e indireto. O primeiro deles, segundo Flavio Tartuce (2016, P. 413), caracteriza-se por atingir a própria pessoa, a sua honra subjetiva (autoestima) ou objetiva (repercussão social). Ao passo que, o dano moral indireto ou dano moral por ricochete, excute por atingir o outro de forma reflexa. O cátedra, exemplificando, cita os casos de lesão aos direitos da personalidade do morto, como consta do Art. 12, parágrafo único, do Código Civil.

¹⁰Código de Defesa do Consumidor, Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 4.º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Insta colacionar o aresto publicado no Informativo N.º 459 do Superior Tribunal de Justiça, de dezembro de 2010, no qual, terceiros são responsabilizados por concorrerem indiretamente a ocorrência do evento.

Trata-se de REsp em que a controvérsia é definir se os pais da vítima sobrevivente de acidente de trânsito têm legitimidade para pleitear compensação por danos morais, considerando-se que, na espécie, a própria acidentada teve reconhecido o direito a receber a referida compensação por tais danos. A Turma assentou que, não obstante a compensação por dano moral ser devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm firmado sólida base na defesa da possibilidade de os parentes do ofendido a ele ligados afetivamente postularem, conjuntamente com a vítima, compensação pelo prejuízo experimentado, conquanto sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo. Observou-se que se trata, na hipótese, de danos morais reflexos, ou seja, embora o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros. É o chamado dano moral por ricochete ou *préjudice d'affection*, cuja reparação constitui direito personalíssimo e autônomo dos referidos autores, ora recorridos. Assim, são perfeitamente plausíveis situações nas quais o dano moral sofrido pela vítima principal do ato lesivo atinja, por via reflexa, terceiros, como seus familiares diretos, por lhes provocar sentimentos de dor, impotência e instabilidade emocional. Foi o que se verificou na espécie, em que postularam compensação por danos morais, em conjunto com a vítima direta, seus pais, perseguindo ressarcimento por seu próprio sofrimento decorrente da repercussão do ato lesivo na sua esfera pessoal, visto que experimentaram, indubitavelmente, os efeitos lesivos de forma indireta ou reflexa, como reconheceu o tribunal de origem, ao afirmar que, embora conste da exordial que o acidente não atingiu diretamente os pais da vítima, eles possuem legitimidade para pleitear indenização, uma vez que experimentaram a sensação de angústia e aflição gerada pelo dano à saúde familiar. Diante disso, negou-se provimento ao recurso. (STJ REsp 160.125-DF, DJ 24/5/1999; REsp 530.602-MA, DJ 17/11/2003; REsp 876.448-RJ, DJe 21/9/2010; REsp 1.041.715-ES, DJe 13/6/2008, e REsp 331.333-MG, DJ 13/3/2006. REsp 1.208.949-MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 7/12/2010)¹¹

Peremptória a presunção relativa de culpa derivada da lei, a pretexto de provar a culpabilidade do agente causador do prejuízo, não se tratando, portanto, de responsabilidade sem culpa.

¹¹STJ REsp 160.125-DF, DJ 24/5/1999; REsp 530.602-MA, DJ 17/11/2003; REsp 876.448-RJ, DJe 21/9/2010; REsp 1.041.715-ES, DJe 13/6/2008, e REsp 331.333-MG, DJ 13/3/2006. REsp 1.208.949-MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 7/12/2010.

A par deste aspecto, revela notar o afirmado por Sergio Cavaliere Filho (2004),¹² em crítica:

Em apertada síntese, a responsabilidade pelo fato de outrem constitui-se pela infração do dever de vigilância. Não se trata, em outras palavras, de responsabilidade por fato alheio, mas por fato próprio decorrente do dever de vigilância. Por isso, alguns autores preferem falar em responsabilidade por infração dos deveres de vigilância, em lugar de responsabilidade por fato de outrem. (CAVALIERE, 2004)

¹²CAVALIERE FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 5.^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 187.

2. PRESSUPOSTOS GERAIS

2.1 ATOS ILÍCITOS

O Art. 186 do Código Civil assevera que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Não nos passa despercebido o fato dos atos ilícitos contrariarem o ordenamento jurídico, lesando Direito subjetivo que paira sobre todos. Assim, nasce a obrigação de reparar o dano causado.

Ao cabo dos atos ilícitos, moldam-se os elementos da responsabilidade civil os quais abarcam: a conduta culposa do agente, o nexos causal, o dano e a culpa.

No contorno exato do Art. 187 Código Civil, de igual modo, revela-se que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

2.2 CONDUCTA HUMANA

Subsumi um comportamento voluntário que, através de uma ação ou omissão, exterioriza-se produzindo resultado danoso e consequências jurídicas. Conforme instrui Maria Helena Diniz (2012):¹³

O ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. (...) A responsabilidade decorrente do ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco. (DINIZ, 2012)

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁴ (2012) revelam que a voluntariedade não traduz necessariamente a intenção de causar o dano. Porém, deflui

¹³DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 26.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 56.

¹⁴GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. V. 3, 10.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 74.

da consciência daquilo que se está fazendo. Tal expendido decorre da responsabilidade subjetiva, calcada na noção de culpa, tal qual, objetiva, alicerçada na ideia de risco, vez que em ambas hipóteses o agente causador do agravo deve agir voluntariamente, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação.

2.3 DANO EXPERIMENTADO PELA VÍTIMA

Na esteira das lições de Marco Aurélio Bezerra de Melo¹⁵ (2018), o dano encontra eco tanto na lesão de um direito abstratamente considerado, quanto no interesse que diante do caso concreto justifique a reparação civil. Noutros termos, consubstancia-se pela lesão a um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

O conceito de dano, apesar de ser amplo, neste trabalho, restringe-se a interpelar aquele que enseja indenização, excluindo-se os que têm relação causal exclusiva com fenômenos naturais.

Hodiernamente, vaticina-se na modalidade patrimonial e moral, contudo, outros modalismos de lesão exsurtem, em face da influência constitucional¹⁶ que pende a tutelar a dignidade da pessoa humana e a sociedade.

Pontua-se que a doutrina e jurisprudência pátria fundamentam as definições perfunctórias a seguir:

a) Dano material:¹⁷ constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo da parte lesada. Dividem-se a uma, em danos emergentes: o que efetivamente se perdeu; a duas, em lucros cessantes: o que razoavelmente se deixou de lucrar.

b) Dano moral: decorre da ofensa ou violação dos bens que acossam o estado psíquico do indivíduo, referindo-se à sua liberdade, à sua honra, à sua saúde (mental ou física) e à sua imagem.

¹⁵MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 59.

¹⁶Constituição Federal 1988, Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

¹⁷Código Civil, Art. 402. 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 lucrar.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁸ (2012) endossa que “é a lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome.”

BITTAR (1998) o conceitua:¹⁹

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais, aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social). (BITTAR, 1998)

c) Dano existencial: espécie de dano imaterial que visa à proteção da existência humana a partir de uma perspectiva de vida traçada premeditadamente. Consiste na violação dos direitos fundamentais do indivíduo, alcançando prejuízo no seu modo de ser. Distingue-se dos demais, porque se vincula ao sofrimento psicológico causado pelo ato danoso, à vista da frustração.

A despeito disso, Sebastião de Assis Neto²⁰ (2015) comenta:

Num caso hipotético, que uma incapaz (menor de idade) seja estuprada e que desse estupro resulte gravidez. Seu projeto de vida era o de se tornar missionária de uma determinada religião, com imposição de castidade e inexistência de prole. Em caso de incapaz, o Inciso II do Art. 128 do Código Penal exige que o aborto seja precedido de consentimento de seu representante legal. Esse representante, no entanto, não dá seu consentimento e, ainda, impede que a filha procure meios judiciais para supri-lo. Causou-lhe, portanto, claramente, dano ao projeto de vida, que se enquadra como dano existencial. (ASSIS NETO, 2015)

A jurisprudência e o TST anunciam indenização por dano existencial, conforme o seguinte julgado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. Demonstrada a existência de divergência jurisprudencial, determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento

¹⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 3.^a Ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2012. V. IV, P. 359.

¹⁹BITTAR, Carlos Alberto apud PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O dano moral na relação de emprego. São Paulo: LTr, 1998. P. 34.

²⁰ASSIS NETO, Sebastião de; Jesus, Marcelo de; Melo, Maria Izabel de. Manual de Direito Civil. 4.^a Ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

conhecido e parcialmente provido. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. Na hipótese dos autos, a indenização foi deferida pelo excesso da jornada de trabalho. Apesar de constar no acórdão regional que o Autor chegava a laborar 13 horas em um dia, não ficou demonstrado que ele tenha deixado de realizar atividades em seu meio social ou tenha sido afastado do seu convívio familiar para estar à disposição do Empregador. No caso destes autos, não se pode afirmar, genericamente, que houve dano moral *in re ipsa*, isto é, independentemente de prova da efetiva lesão à honra, à moral ou à imagem do empregado. Não houve demonstração cabal do prejuízo, tampouco foi comprovada a prática de ato ilícito por parte da empregadora. Logo, não é devida a indenização. Recurso de Revista conhecido e provido.” (TST-RR-20439-04.2015.5.04.0282, 4ª Turma, Rel.ª Min.ª Maria de Assis Calsing, DEJT de 09/02/2018)²¹

d) Dano social: atinge a sociedade como um todo, decorrente de atitudes e comportamentos que desmantelam a vida social. Neste jaez, impera sua natureza difusa. Só será admitido se houver pedido exposto adstrito à demanda coletiva.²²

Dispõe o Enunciado 456:²³

A expressão “dano” no artigo 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas. (V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, 2011)

Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça reforçam a ideia da existência do dano social, conforme relatado pelo Ministro Luiz Fux no âmbito do REsp N.º 598.281/MG:²⁴

Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). (STJ, REsp N.º 598.281/MG, Rel. Min. Luiz Fux)

O STJ, *a fortiori ratione*, roga que a indenização seja fixada pelo juiz em observância da sua função ressarcitória e educativa.

²¹TST-RR-20439-04.2015.5.04.0282, 4ª Turma, Relator Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT de 09/02/2018.

²² Informativo 552. Rcl. 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 12/11/2014.

²³V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, 2011.

²⁴STJ, REsp N.º 598.281/MG, Rel. Min. Luiz Fux.

2.4 NEXO DE CAUSALIDADE

Em sintonia com os mandamentos do Direito Penal, o Art. 13 do Código Penal²⁵ arrola as formalidades legais para constituição do nexo de causalidade. Cuida-se da imputação de um determinado resultado a quem lhe deu causa.

Na toada do Direito Civil, de igual forma, constitui um liame entre a conduta do agente e o dano suportado pelo credor, sopesada no descumprimento da obrigação, *pari passu*, ao prejuízo sofrido. A um só tempo, não bastasse a prática da conduta ilícita, é necessário que haja o dano.

Nesta linha de raciocínio, Marco Aurélio Bezerra de Melo²⁶ (2018) ensina que para se responsabilizar alguém, importa que se estabeleça um elo, uma ponte, uma ligação lógica entre este e o fato jurídico ensejado.

Em complemento Nohemias Domingos de Melo²⁷ (2014) pontua:

O nexo causal é a relação de causa e efeito que liga o dano ao causador (responsabilidade subjetiva) ou ao responsável pela atividade (responsabilidade objetiva). Causa é o acontecimento que, sem sua ocorrência, o dano não existiria. Pela sua importância, na responsabilização do dever indenizatório, deve ser o primeiro pressuposto sobre o qual se deve debruçar aquele que pretenda interpor qualquer ação de responsabilidade civil. (MELO, 2014)

Sérgio Cavalieri Filho²⁸ (2007) aventa que quando o resultado decorre de um fato simples, a questão não oferece dificuldade, porquanto a relação de causalidade é estabelecida de maneira direta entre o fato e o dano. Esconjuro, o problema se torna mais relevante à medida que passam a existir hipóteses de causalidade múltipla, isto é, quando se processa várias circunstâncias que concorrem ao evento danoso, pontuando-se, não por acaso, qual destas seria a causa real do resultado.

²⁵Código Penal, Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei N.º 7.209, de 11.7.1984).

²⁶MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 2.ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 203.

²⁷MELO, Nohemias Domingos de. Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência. 3.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 53.

²⁸CAVALIERE FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. P. 58.

O Art. 927 do Código Civil, repisa-se, aduz que “haverá obrigação de reparar o dano, independente 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,” possibilitando a inferência da adoção da teoria do risco criado --- determinadas teorias sustêm essa relação de causalidade.

Malgrado a teoria supradita, consignou-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial a seguir:

Teoria da Causalidade Adequada:²⁹ defendida pela maioria dos doutrinadores, talhada no Código Civil, Art. 403, é a teoria defendida por: Caio Mário da Silva Pereira, Martinho Garcez Neto, Nehemias Domingos de Melo e Roberto Senise Lisboa. Nesta proposição, tão-somente a causa principal acrescida da condição apropriada à ocorrência do evento são elementos resolutivos. Abre-se espaço para a responsabilização civil afeiçoada àquilo que se demonstrou ser indispensável para a materialização do resultado no qual se integra o nexos de causalidade.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.º 1.542.775 - SP (2019/0205926-1) RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE DO STJ AGRAVANTE: LUIZ FELIPE ROSA LAROCCA - MENOR IMPÚBERE AGRAVANTE: FABRICIO HENRIQUE LAROCCA AGRAVANTE: KATIA CRISTINA ROSA LAROCCA ADVOGADOS: DANIEL KAZUO GONÇALVES FUJINO - SP255709 PEDRO HENRIQUE CARDOSO LUCCHESI TEODORO - SP248289 AGRAVADO : FUNDACAO FACULDADE REGIONAL DE MEDICINA S J RIO PRETO ADVOGADO: RENATO HENRIQUE GIAVITI - SP268146 AGRAVADO: UNIMED DE FERNANDOPOLIS COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO ADVOGADOS : MARCELO CASALI CASSEB - SP129396 ROBERTA DENISE CAPARROZ - SP238293 DECISÃO Trata-se de agravo apresentado por FABRICIO HENRIQUE LAROCCA e OUTROS, contra a decisão que não admitiu seu recurso especial. O apelo nobre, fundamentado no Art. 105, Inciso III, alínea "a", da CF/88, visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CONSELHEIRO FURTADO, assim resumido: RESPONSABILIDADE CIVIL ERRO MÉDICO RECÉM NASCIDO PREMATURO FRUTO DE GESTÃO TRIGEMELAR ACOMETIDO DE PARALISIA CEREBRAL EM RAZÃO DE INTERCORRÊNCIA PÓS-PARTO LAUDO PERICIAL INEXISTÊNCIA DE PROVA RAZOÁVEL DO NEXO DE

²⁹Código Civil, Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

CAUSALIDADE ENTRE O ATO ILÍCITO IMPUTÁVEL AO CORPO MÉDICO DO HOSPITAL (NÃO RETIRADA DEPARTE DE CATETER ROMPIDO) E A PARALISIA CEREBRAL QUE ACOMETE O PACIENTE NEXO CAUSAL LIMITADO A UMA SEGUNDA SEQUELA BEM MENOS GRAVE QUE ATINGIU O MEMBRO INFERIOR DIREITO DO PACIENTE RECÉM NASCIDO ADOÇÃO DA TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA EM SUA FORMULAÇÃO NEGATIVA DANO INDENIZÁVEL DEVE SE CIRCUNSCREVER À SEQUELA DO MEMBRO INFERIOR INCAPACIDADE LABORATIVA PERMANENTE DECORRENTE DA PARALISIA CEREBRAL NÃO IMPUTÁVEL AOS RÉUS DANO MORAL FIXADO NO VALOR DE 50 MIL LEVANDO-SE EM CONTA AS FUNÇÕES RESSARCITÓRIA E PREVENTIVA DA INDENIZAÇÃO RECURSO DOS AUTORES IMPROVIDO RECURSO DOS CORRÉUS PROVIDO EM PARTE. (Fl. 1484) Alega, pela alínea "a" do permissivo constitucional, violação dos Art. 6º do CDC e 944 do CC, no que concerne ao valor indenizatório do dano, trazendo o(s) seguinte(s) argumento(s): O propósito recursal volta-se para a análise e majoração do quantum indenizatório fixado pelo Tribunal a quo, diante do já consolidado entendimento deste e. Tribunal de que é possível a reavaliação do valor da indenização fixado quando ínfimo, caso que se deu nestes autos. O Recorrente e seus genitores ajuizaram ação indenizatória face aos Recorridos após a ocorrência de grave erro médico que prejudicou o estado de saúde do menor enquanto ainda recém-nascido lhe causou as sequelas que carregará consigo enquanto viver (Fl. 1524) (...) Aponta-se que foi arbitrada a quantia individual de R\$ 16.666,66 (dezesesseis mil seiscentos e sessenta e seis reais, sessenta e seis centavos) vara cada um dos litisconsortes e aí está a principal razão de insurgência dos Recorrentes , visto que o valor fixado para a reparação dos Danos, ainda que entendidos somente o relativo ao membro inferior direito da vítima se mostra ÍNFIMO, ou seja, INCAPAZ de proporcionar a EFETIVA REPARAÇÃO dos danos morais sofridos. (Fl. 1525) (...) Emerge evidente que, diante do grave erro médico e as sequelas, diga-se definitivas, que acompanharão o menor e, conseqüentemente os seus genitores por toda a vida, a insuficiência e insignificância do valor arbitrado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que se mostra muito aquém do necessário à reparação. Conforme cediço, não há regra legal que norteie o cálculo do *quantum debeat* a título de danos morais. Assim, cabe ao magistrado pautar sua avaliação observando o porte econômico de quem paga e ao nível econômico de quem recebe, sem agravar a situação financeira do devedor e nem ensejar enriquecimento indevido do credor, mas, atenuar a sensação negativa e os efeitos danosos causados ao lesionado, devendo conter na indenização o caráter pedagógico da medida, servindo de alerta ao ofensor para que não mais incorra no mesmo erro. (Fl. 1528) É o relatório. Decido. No que concerne ao recurso especial, na espécie, incide o óbice da Súmula N.º 7 do STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"),

uma vez que, muito embora possa o STJ atuar na revisão das verbas fixadas a título de danos morais, esta restringe-se aos casos em que arbitrados na origem em valores irrisórios ou excessivos, o que não se verifica no caso concreto. Nesse sentido: "Somente em hipóteses excepcionais, quando irrisório ou exorbitante o valor da indenização por danos morais arbitrado na origem, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do óbice da Súmula N.º 7 do STJ para possibilitar sua revisão. No caso, a quantia arbitrada na origem é razoável, não ensejando a intervenção desta Corte" (AgInt no AREsp 1.214.839/SC, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 8/3/2019). Confirmam-se ainda os seguintes precedentes: AgInt no AREsp 1.269.094/PR, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 1º/3/2019; AgInt no AREsp 1.386.578/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 13/3/2019; e AgInt no REsp 1.761.700/RO, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 26/2/2019. Ante o exposto, com base no Art. 21-E, V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Nos termos do Art. 85, § 11.º, do Código de Processo Civil, majoro os honorários de advogado em desfavor da parte recorrente em 15% sobre o valor já arbitrado nas instâncias de origem, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos nos §§ 2.º e 3.º do referido dispositivo legal, bem como eventual concessão de justiça gratuita. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 04 de setembro de 2019. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Presidente. (STJ - AREsp: 1542775 SP 2019/0205926-1, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 11/09/2019)³⁰

Teoria da Equivalência das Condições: numa perspectiva inversa da teoria apontada acima, defende que todos os fatores que validarem a produção do resultado danoso devem ser considerados como causa. Tudo o que, de toda forma, postule o evento abrange tal conceito, havendo forçosamente que distinguir a causa da condição. Imputa-se a responsabilidade civil àquela causa que pode ser considerada determinante à geração do dano, que traz uma condição *sine qua non* a partir da qual se verifica o resultado.

Teoria da Relação Causal Direta e Imediata ou da Interrupção do Nexo Causal: responde o agente por danos diretos e imediatos sempre que os causar, e, ainda pelos danos indiretos e remotos apenas quando não exista concausa sucessiva. No caso vertente, autores como Agostinho Alvim e Carlos Roberto Gonçalves perfilham que o Código Civil comunga desta tese.

³⁰STJ - AREsp: 1542775 SP 2019/0205926-1, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 11/09/2019).

2.5 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance é continuamente explorada pelos tribunais pátrios. Seu horizonte conceitual alça copiosas situações dentre as quais, menciona-se, o paciente que, em vez de permanecer internado, recebe alta indevidamente, vindo a morrer. Por demais, que por mala sorte, deixa de ser atendido tempestivamente, em face da omissão ou recusa do hospital.

Adotada no âmbito da responsabilidade civil, esta teoria considera que quem, de forma intencional ou não, retira do outro a oportunidade de um dado benefício deve responder pelo fato.

No mesmo diapasão, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino (2014) do Superior Tribunal de Justiça, explica que “a teoria *la perte d'une chance* tem aplicação quando um evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.”³¹

É primaz deixar claro que tal instituto jurídico cria uma presunção de culpa contra o profissional e a favor da vítima, sendo desenvolvida para superar a dificuldade de se provar a culpa médica, através do uso do pensamento lógico do juiz.

Nehemias Domingos de Melo³² (2014) exterioriza:

Possibilita ao lesado o suporte jurídico necessário para pleitear indenizações em caso de frustração do atendimento médico que a possa ter privado de alguma chance de obter ou buscar a cura. Para sua procedência, é preciso que estejam devidamente configuradas, de modo preciso, a seriedade da probabilidade de cura e sua relação de causalidade direta com os atos praticados pelo médico desidioso. (MELO, 2014)

Neste ponto, urge discutir previamente à responsabilidade dos profissionais liberais de forma efêmera, para aplicá-la, antes de tudo, a teoria em foco, conforme a seguir:

Miguel Kfoury Neto³³ (2018), na sua obra Responsabilidade Civil do Médico, estatui que “a regra geral dita que o médico não pode obrigar-se, no desempenho

³¹REsp 1.291.247/RJ, Processo Eletrônico, Número Registro: 2011/0267279-8, Julgado: 19/08/2014.

³²MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência. 3.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 25.

de sua atividade profissional, a obter resultado determinado acerca da cura do doente e assumir o compromisso de reabilitar sua saúde.” Consoante, explica: “consequentemente, no que se refere às demais especialidades médicas que tenham por fim a cura direta do paciente, o médico especialista vincula-se a uma obrigação de meios.” Para não dizer o menos: “há uma série de especialidades cuja finalidade específica não é a cura direta do enfermo; constituem antes meios auxiliares para se alcançar tal objetivo. Os médicos especialistas em análises clínicas, bioquímica e radiologia, por exemplo, assumem obrigação de resultado, sem que o exame, em si mesmo, conduza à cura.”

Calha salientar, ainda, que na ótica Sílvio de Salvo Venosa³⁴ (2005):

A ideia fundamental reside na noção de saber e de examinar o que o devedor prometeu e o que o credor pode razoavelmente esperar. Ora o devedor compromete-se, por exemplo, a entregar determinada mercadoria (há um resultado pretendido); ora o devedor compromete-se somente a empregar os meios apropriados de seu mister, para determinada atividade, o que permitirá ao credor “esperar” um resultado satisfatório, podendo ocorrer que esse bom resultado não seja alcançado. (VENOSA, 2005)

Por tal enfoque, não se pode perder de vista que a obrigação do médico perante o paciente não é de cura. Caso os cuidados do profissional sejam falhos a ponto de se criar uma conjectura na qual a vítima ter-se-ia curado ou sobrevivido --- na esteira do afirmado pela teoria da perda de uma chance --- torna-se imperiosa a responsabilização daquele, vez que o paciente não aproveitou a oportunidade de ser tratado corretamente à época, porquanto suas chances de tratamento, mormente de sobrevivida foram atenuadas.

Quando a ação ajuizada trazer no bojo o fundamento no qual o prejuízo baseou-se na aludida teoria, cabe ao juiz reconhecer que a perda da chance realmente aconteceu. Via de regra, a indenização cabível à vítima não será integral, mas parcial, posto não haver certeza irrestrita, tratando-se de coligidas possibilidade e probabilidade.

Nesse viés, compete avaliar algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça que esclarecem o tema:

³³KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 9.^a Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais 2018. P. 178.

³⁴VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 5.^a Ed. São Paulo: Atlas. 2005. P. 81.

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SÚMULA N.º 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HOSPITAL PARTICULAR. RECUSA DE ATENDIMENTO. OMISSÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CABIMENTO. 1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula N.º 7/STJ, porquanto para a resolução da questão, basta a valoração das consequências jurídicas dos fatos incontroversos para a correta interpretação do direito. Precedentes. 3. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança. 4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de atendimento médico, que privilegiou trâmites Documentação: 1336307 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 01/10/2014. Página 12 de 8 Superior Tribunal de Justiça burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral. 5. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado. 6. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada. 7. Na linha dos precedentes deste Tribunal Superior de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe. 8. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1335622/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 27/02/2013.)³⁵

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao

³⁵REsp 1335622/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 27/02/2013.

causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013)³⁶

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE - A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes - As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos Arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02.- Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu Art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o Art. 7º da Lei N.º 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.- Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia.- Na hipótese específica dos autos, não

³⁶REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013).

cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança. Recurso especial provido. (REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010)³⁷

2.6 TEORIA *RES IPSA LOQUITUR*

A teoria *Res Ipsa Loquitur* aplica-se diante de uma evidência circunstancial, perante a ocorrência de um fato, seja morte do paciente, paralisia de um membro ou amputação, sobre o qual sopesa-se uma presunção de negligência fulminante contra o médico, havendo evidências de que a lesão ao paciente não ocorreria se o clínico não tivesse agido com culpa --- a coisa fala por si mesma.

Disso se extrai que aplicação deste conceito promove o “direito de evidência circunstancial” aplicando-se:

- a) Quando não há evidência de como e por que ocorreu o dano;
- b) Acredita-se que não teria ocorrido se não houvesse culpa;
- c) Recai sobre o médico que estava atendendo pessoalmente ao paciente.

Sobre tal percepção, Miguel Kfoury Neto³⁸ (2018) afirma:

(o dano) deve ter resultado de um fato que não ocorre ordinariamente se não houver negligência (ou outra forma de culpa); b) deverá ter sido causado diretamente pelo médico ou por alguém atuando sob sua direção ou controle; c) deverá ter ocorrido em circunstâncias que indiquem que o paciente não o produziu voluntariamente ou por negligência de sua parte. (NETO, 2018)

³⁷REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).

³⁸KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 9.^a Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais 2018. P. 68.

Nesta hipótese, vale transcrever a abordagem extraída do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: APELACAO CIVEL. RESPONSABILIDADE MEDICA. OFTALMOLOGISTA. CIRURGIA ELETIVA DE CORRECAO DE MIOPIA. SUBSEQUENTE PERDA DA VISAO. *APLICACAO DA DOCTRINA DA CULPA IN RE IPSA*. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Merece ser acolhida pretensão de indenização (por gastos médicos e de terapia psicológica) e de reparação (por dano moral) de quem, submetendo-se a cirurgia de eleição, para correção de deficiência em um dos olhos, vem a obter, como resultado, a perda da visão. Ainda que se não flagre ai uma obrigação de resultado, inegavelmente dessa se aproxima a denominada cirurgia funcional, merecendo ser responsabilizado o medico que, por razoes insuficiente comprovadas, não só não logra êxito - que não lhe era exigido - mas termina por deixar o paciente em situação extremamente pior do que se encontrava antecedentemente, pois sem visão justamente no olho operado. Merece prestígio, em casos que tais, a doutrina da culpa *in re ipsa*, na medida em que o sistema de responsabilidade civil do medico e o da responsabilidade subjetiva (Art.1.545 do Código Civil). APELACAO PROVIDA. VOTO VENCIDO. (Apelação Cível N.º 598068245, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, Julgado em 11/11/1998)³⁹

2.7 CULPA DO AGENTE

Preleciona Carlos Roberto Gonçalves⁴⁰ (2012):

“Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba a afirmação de que ele podia e devia ter agido de outro modo” (GONÇALVES, 2012)

A culpa adequa-se à violação da conduta prescrita juridicamente.

Podemos dividi-la em culpa *lato sensu* e *stricto sensu*. Dita Maria Helena Diniz⁴¹ (1993) que, de um modo geral, a culpa decorre da “violação de dever jurídico imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou omissão de diligência ou cautela.”

³⁹Apelação Cível N.º 598068245, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, Julgado em 11/11/1998).

⁴⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, V. 4: Responsabilidade Civil / Carlos Roberto Gonçalves. — 7.ª Ed. — São Paulo: Saraiva, 2012. 1. Direito Civil 2. Direito Civil - Brasil I.

⁴¹DINIZ, M. Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. Responsabilidade Civil, V. 07. São Paulo: Saraiva, 1993, P. 34.

Neste contorno, a culpa em sentido amplo abrange a intenção do agente e a sua falta de diligência, ao passo que a culpa *stricto sensu*, de toda a sorte, amolda-se a negligência, a imprudência e a imperícia.

De modo mais concreto, a negligência decorre da falta de cuidado do agente no acometimento de um ato ou pela falta da ação, enquanto que a imprudência distingue-se por uma ação não pensada, escassa de preocupação. Enfim, a imperícia deriva da inabilidade e despreparo técnico para a realização de determinado ato.

Consentânea, Maria Helena Diniz⁴² (1993) aclara:

O dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência. A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. (DINIZ, 1993)

Noutro norte, a vontade deliberada de provocar determinado agravo caracteriza o dolo, que na dicção de Silvio Rodrigues⁴³ (2002) “se distingue pela ação ou omissão do agente, que, antevendo o dano que sua atitude vai causar, deliberadamente prossegue, com o propósito mesmo de alcançar o resultado danoso.”

A culpa na ótica da responsabilidade civil perfaz-se quando se antevê a consequência dos atos que, podendo antecipá-los, opera-se a astúcia de evitá-los.

De resto, desponta-se como um dos pressupostos do ato ilícito a imputabilidade do agente, indicando, desta forma, quem deverá ser chamado a responder pelo prejuízo gerado.

No conceito de culpa há dois elementos que a individualizam para que haja a responsabilidade, quais sejam: um dever violado (elemento subjetivo), somado a imputabilidade do agente (elemento objetivo). O dever violado afronta o ordenamento jurídico, a moral e os bons costumes, causando desconforto social. A imputabilidade, por seu lado, liga-se ao discernimento, à liberdade que goza o agente de praticar ato do qual pode ser alvo de acusação, podendo lhe ser imputada uma responsabilização.

⁴²DINIZ, Op. Cit. P. 34.

⁴³RODRIGUES, S. Direito Civil: Responsabilidade Civil. V. 4, 14^a. Ed., São Paulo: Saraiva, 2002. P. 147.

Silvio de Sávio Venosa⁴⁴ (2005) ilustra:

A imputabilidade é pressuposto não só da culpa, mas também da própria responsabilidade [...]. Se o agente, quando da prática do ato ou da omissão, não tinha condições de entender o caráter ilícito da conduta, não pode, em princípio, ser responsabilizado. Nessa premissa, importante verificar o estado mental e a maturidade do agente. Para que o agente seja imputável, exige-se lhe capacidade e discernimento. A imputabilidade retrata a culpabilidade. Não se atinge o patamar da culpa se o agente causador do dano for inimputável. (VENOSA, 2005)

Arrimado na sua intensidade, tal qual no conteúdo da conduta culposa, bem como, no modo de sua apreciação, a culpa pode ser dividida didaticamente, para melhor compreensão. Logra-se tempestivo desmembrá-la em grave, leve e levíssima, quando a qualificamos conforme sua intensidade ou ao grau.

A literalidade de Silvio de Sávio Venosa (2005) indica que:

A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo. Nesta também se inclui a chamada culpa consciente, quando o agente assume o risco de que o evento danoso e previsível não ocorrerá. A culpa leve é a que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever de conduta. A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de especial conhecimento para o caso concreto poderia ter. Entende-se que, mesmo levíssima, a culpa obriga a indenizar. Como vimos, em regra, não é a intensidade da culpa que gradua o dano, mas o efetivo valor do prejuízo. (VENOSA, 2005)

O legislador nacional seguiu a máxima romana *in Lex Aquilia et levissima culpa venit*, segundo a qual, existindo a culpa, conquanto levíssima, nasce a obrigação de reparar, posto que o valor a ser reparado não se afere pela medida de culpa, mas em função do dano, concorrendo-se, portanto, à responsabilidade aquiliana.

Gizado no Art. 944, parágrafo único do Código Civil, dispõe-se que a indenização mede a extensão do dano. Por demais, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o agravo, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁴⁴VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil, V. 4. São Paulo: Atlas, 2005, P.71.

Quanto ao teor da conduta culposa, pode-se discorrer acerca da culpa *in elegendo*, culpa *in commitendo*, culpa *in omittendo* e culpa *in vigilando*.

Culpa *in elegendo*: assinalada por um representante, empregado ou preposto, que vem a causar dano a outrem, configurando a responsabilidade por ato de terceiro, no exercício do trabalho que lhe competir, ou em razão dele. De igual modo, a Súmula 341 do STF conta que “é presumível a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

A culpa *in commitendo* ou *in faciendo* ocorre quando há um ato positivo do agente, comumente esposado na imprudência.

Na culpa *in omittendo* há uma abstenção, uma negligência que somente poderá ser considerada causa jurídica do dano se houver a obrigação do agente de impedir o resultado.

Culpa *in vigilando*: configura-se pela falta de diligência, cautela, vigilância e fiscalização do agente, no cumprimento do dever, para evitar prejuízo a alguém.

Consoante a aferição da culpabilidade, pode ocorrer culpa *in abstracto* e culpa *in concreto*. Na primeira delas, segundo Antônio José de Souza Levenhagem⁴⁵ (1987) “o agente falta com a atenção que natural e comumente deve-se dispensar na administração de seus negócios”, a par da violação de um dever que possa ser avaliado à sombra da prudência do homem médio, conforme exige a tessitura social. A culpa *in concreto*, no que lhe toca, pressupõe a imprudência ou negligência do causador.

Afora, imperioso destacar que o Direito recepciona a culpa na qualidade de elemento legitimador da responsabilidade. Contudo, por vezes, impede-se a responsabilização do autor quando incorre o encargo da vítima o ônus de prová-la. Nesse passo, para que um dano não seja glosado, admite-se a presunção da culpa no campo da Responsabilidade Objetiva, à luz da teoria do risco, propugnando o restabelecimento do equilíbrio *inter partes*.

⁴⁵LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. Código Civil: comentários didáticos. São Paulo: Atlas, 1987, P. 240.

2.8 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Da leitura do Art. 37, § 6.º, da Constituição Brasileira, postula-se:

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

§ 6.º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

O sistema jurídico brasileiro adotou a Teoria do Risco Administrativo, assegurando-nos que os eventos danosos causados pelo Estado serão mitigados com base na responsabilidade objetiva. Por essa razão, a vítima não necessita comprovar a culpa da Administração e de seus agentes, em detrimento do Estado que, *per si*, deve demonstrar a presença de culpa concorrente ou exclusiva da vítima, para excluir ou amainar os prejuízos.

3. NATUREZA CONTRATUAL DOS SERVIÇOS MÉDICOS

3.1 TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES

O Direito das Obrigações desempenha ampla influência na vida econômica da sociedade, em razão do grande número de relações jurídicas obrigacionais pautadas no consumismo que permeiam a vida moderna, vez que o cidadão é cercado de deveres, imposições sociais e políticas.

Radica-se no Direito Patrimonial, no qual se disciplina as relações jurídicas de natureza pessoal, com o *mumus* de secundar a produção, o consumo, a distribuição e circulação dos bens.

Outrossim, consiste num conjunto normativo que se molda ao direito do credor contra o devedor, a par de um vínculo jurídico transitório com o qual um se sujeita a satisfazer uma prestação econômica em proveito do outro.

As relações obrigacionais poderão sobrevir de acordos ajustados livremente, a fim de equalizar interesses mútuos ou decorrerão da Lei.

Para Luiz Antônio Scavone Junior⁴⁶ (2000):

Obrigação pode ser definida como o vínculo jurídico transitório, que irá extinguir-se com o cumprimento da obrigação, onde um devedor (sujeito passivo) se obriga a fazer, dar ou não fazer determinada coisa (prestação) em favor de um credor (sujeito ativo), sob coima de responder com seus bens pelo adimplemento, mais eventuais perdas e danos. (SCAVONE, 2000)

São três os elementos da obrigação:

a) Duplo sujeito: o Direito das Obrigações trata das relações entre sujeitos, sendo um ativo, chamado de credor num polo, acrescido de um passivo no outro com apodo de devedor. Pode haver num deles mais de um credor, bem como, plurais devedores. Ambos precisam ser identificados para que, de todo modo, o devedor saiba a quem se dirigir, bem como, o credor compreenda de quem receber. Excepcionalmente podem ser desconhecidos.

⁴⁶SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Obrigações: Abordagem Didática. 2.^a Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. P. 4.

b) Vínculo jurídico: é a força motriz da relação obrigacional que liga os sujeitos ao objeto da obrigação. Socorre-se a acontecimentos relevantes que, num exspecto legal, concorrem à consignação da obrigação.

c) Objeto: cinge um fato humano, uma conduta ou omissão do devedor, plasmando uma prestação que pode ser: dar, fazer ou não-fazer. Na obrigação de dar o objeto da prestação se materializa com a entrega da coisa, “não a coisa em si.” A prestação de um serviço, por sua parte, materializa a obrigação de fazer. Finalmente, na obrigação de não-fazer, o objeto da prestação é uma abstenção.

Já que o objeto da obrigação é a prestação, o credor não tem poder sobre a coisa, mas sim sobre a prestação --- frisa-se.

O objeto da obrigação para ser válido precisa ser lícito, possível, determinável e ter valor econômico para viabilizar o ataque ao patrimônio do devedor, caso sobrevenha o inadimplemento.

Com base na profusão de informações acima, a obrigação pode, ainda, matizar-se por meio de:

a) Elemento subjetivo: composto das partes da relação obrigacional, quais sejam: o credor e o devedor.

b) Elemento objetivo: equivale a obrigação propriamente dita, a prestação a ser cumprida.

São fontes das obrigações os contratos, os atos unilaterais e os atos ilícitos.

3.2 A NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS

Sem dúvida, a marcha inexorável do tempo permitiu que a Medicina se tornasse uma ciência regida por processos racionais, baseados na observação, na dedução do funcionamento do corpo humano.

Segundo diz Genival Veloso de França⁴⁷ (2001):

O diagnóstico deixava de ser uma inspiração divina para constituir um juízo sereno e um processo lógico, dependendo da observação cuidadosa dos sinais e dos sintomas. Era a

⁴⁷FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001, P. 411.

morte da Medicina mágica e o nascimento da Medicina clínica. Hipócrates fez com que a atenção do médico se voltasse exclusivamente para o doente e não para os deuses, abandonando as teorias religiosas e alguns conceitos filosóficos. (FRANCA, 2001)

A Medicina experimentou, então, extraordinário progresso, obrigando o médico a enfrentar situações novas, nas quais se subverte um conflito entre os que professaram o voto de Hipócrates e o interesse comercial, em meio as múltiplas exigências de coletividade.

Daí que paralelo ao cenário do parágrafo anterior, prospectou-se uma nova reação do paciente que, de agora em diante, despertado pelas conquistas da ciência, reivindica um adequado e esmerado tratamento médico, para que não lhe sobrevenham os danos.

Nesse diapasão, a responsabilidade civil decorrente do erro médico tornou-se uma realidade. Atesta Genival Veloso de França⁴⁸ (2001):

O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se dessa noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; seja possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão. (FRANCA, 2001)

Apregoa-se que a natureza jurídica que firma o vínculo médico-paciente, defendida unanimemente, reza ser contratual. Por demais, a responsabilidade do médico, que alude o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, é a subjetiva --- dependente de culpa.

O prócere assumirá tal responsabilidade, caso ministre medicação inadequada, cometa erros que impeçam a identificação de doenças, depauperando, conseqüentemente, a saúde do paciente, fazendo com que este se capitule a danos irreversíveis.

Ao cabo da atividade, a doutrina reconhece o caráter contratual desta responsabilidade, procurando-se, desta forma, afastar o encargo extracontratual. Entre

⁴⁸FRANÇA, Op. Cit, P. 436.

estes dois tipos de modalidade de responsabilidade, inexistente diferença ontológica, aflorando, sob qualquer prisma, o dever de indenizar.

Exorta Nehemias Domingues de Melo⁴⁹ (2014):

A discussão doutrinária acerca da responsabilidade extracontratual dos serviços médicos em muito foi alimentada pelo fato de o Código Civil (...) ter regulado a responsabilidade médica no capítulo que trata da responsabilidade civil por ato ilícito (Art. 1545 do CC de 1916 e Art. 951 do CC 2002), contudo isso não altera a relação estabelecida entre médico e seu paciente, porquanto, muitas das vezes, haverá de fato **um contrato seja tácito, verbal ou mesmo escrito**. (MELO, 2014) (grifo nosso)

Explicita Sílvio de Salvo Venosa⁵⁰ (2005):

Também na atividade médica, a exemplo de outras profissões liberais, pode haver nitidamente um contrato, ainda que tácito. Será, principalmente, um contrato de prestação de serviços, embora possa caracterizar-se como empreitada ou com de outra natureza, dependendo da hipótese em concreto. O contrato entre médico e paciente é singular, pois exige a colaboração direta ou indireta do paciente para que ocorra. O paciente é co-partícipe do sucesso ou insucesso da atividade médica. (VENOSA, 2005)

A atividade médica poderá ser cotejada através de contrato, inobstante o tácito, relacionando-os às prestações de serviço.

O objetivo almejado neste acordo implícito --- a cura --- não depende apenas do profissional clínico, mas da colaboração direta ou indireta do paciente. O médico, comprovando que agiu com dedicação, esforço e zelo, quitará sua obrigação, sem embargo do paciente não ter sido curado. Este, de toda a sorte, não poderá aduzir inadimplemento daquele, porquanto a obrigação terá sido de meio e não de resultado.

Em tese, o contrato será bilateral, de trato sucessivo, oneroso e, na maioria das vezes, *intuitu personae*.

No mesmo sentido, aponta Miguel Kfourri Neto⁵¹ (2018) citando Aguiar Dias (1979): “Ora, a natureza contratual da responsabilidade médica não nos

⁴⁹MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência. 3.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 75.

⁵⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil, V. 4. São Paulo: Atlas, 2005, P.134.

⁵¹AGUIAR DIAS, José de. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1979. V. 2, apud KFOURI NETO, Op. Cit, P. 71.

parece hoje objeto de dúvida. (...) Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos.”

Insta esclarecer que há autores que se inclinam em sentido oposto, acolhendo a tese de que a responsabilidade médica apresenta natureza extracontratual, hipótese decorrente do dever legal de não lesar (Art. 186 do CC). Calha que tal conivência divergente não configura fator de obstáculo à aferição da responsabilidade, na ocasião em que se discute a prestação de serviços profissionais.

Preceitua Sílvio de Salvo Venosa⁵² (2005):

Inexiste diferença ontológica entre as duas modalidades de responsabilidade, contratual e extracontratual. Sob qualquer prisma, ocorrendo culpa, aflora o dever de indenizar. Contudo, existindo contrato, é no âmbito de seus limites que será apurado o inadimplemento total ou descumprimento, ou o inadimplemento parcial ou a mora. Se não há contrato e a culpa emerge de um dever de conduta, é nessa ação do agente que a culpa deve ser aferida. No entanto, em toda responsabilidade profissional, ainda que exista contrato, há sempre um campo de conduta profissional a ser examinado, inerente à profissão e independente da existência de contrato. Destarte, a responsabilidade contratual e a extracontratual surgem quase sempre concomitantemente. (VENOSA, 2005)

Fundamentado no cunhado de Aguiar Dias, Sílvio de Salvo Venosa⁵³ (2005) advoga a favor da natureza contratual da responsabilidade médica, “mas acaba por concluir que as duas ações, contratual e extracontratual, conduzem ao mesmo resultado. A confusão entre as duas espécies do mesmo gênero é falta meramente venial.”

Na ótica de Miguel Kfourri Neto⁵⁴ (2018):

É claro que poderá existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato: o médico que atende alguém desmaiado na rua, v.g. A obrigação de reparar o dano sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele. (KFOURI, 2018)

Afora, tratando-se de contrato firmado junto a casas de saúde, clínicas e hospitais, excute-se prestação de serviço de natureza complexa, vez que o paciente poderá ser atendido por algum dos médicos que se encontre de plantão, tal como pelos variados especialistas clínicos que se façam mandatários no curso do atendimento.

⁵²VENOSA, Op. Cit, P. 134.

⁵³AGUIAR DIAS, Op. Cit. apud VENOSA, Op. Cit, P. 135.

⁵⁴KFOURI NETO, Op. Cit. P. 71.

A doutrina assenta alteração a respeito do tipo de contrato que deriva da relação médico-paciente. Uns ajuízam a titulação do contrato típico, como, *exempli gratia*, o mandato ou de locação de serviços, alçando a maior parte de nossa jurisprudência, dado que a atividade do profissional liberal não se submete à legislação trabalhista, mediante pagamento determinado e serviço certo, enquanto que outros doutrinadores, ao revés, consoante Aguiar Dias⁵⁵ (1983), em virtude da especificidade de convívio do profissional clínico e seu paciente, apadrinham o conceito de uma relação *sui generis*.

3.3 OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Nehemias Domingos de Melo⁵⁶ (2014) aponta:

Questão que suscita acalorados debates é a que diz respeito à inversão do ônus da prova nas ações que visam ressarcimento em face de danos decorrentes da atividade dos profissionais liberais. Nesta seara assume grande importância a discussão quanto a ser de meio ou de resultado a obrigação assumida pelo profissional liberal. (MELO, 2014)

No seio das obrigações positivas, no qual se exige do devedor uma ação de dar ou fazer, há dois modelos de obrigações, a de meio e a de resultado. Na primeira, o médico promete empregar seu conhecimento, bem como, os meios técnicos adequados a favor do contratante, visando a persecução de um resultado, sem o qual, não se configura a responsabilidade civil, à míngua do sucesso. *In casu*, caso não se atinja o derradeiro objetivo pactuado, recai sobre o lesado, consumidor, o ônus de provar que o especialista agiu sem os cuidados necessários em prol do contratado. Avesso, o clínico que postular um fim definido, comprometendo-se contratualmente a granjear a empreitada, reveste-se da obrigação de resultado. Nesta segunda, não sendo galgado o intento, ao credor, bastará provar que o propósito final deixou de ser concretizado. Presume-se, então, a culpa, incumbindo, ademais, o profissional do encargo probatório, a fim de demonstrar que seu ofício oportunizou-se via perícia, prudência, anexa a distintas

⁵⁵“Quanto à natureza desse contrato, divergem, ainda, os juristas, uns classificando-o como locação de serviços, outros como contrato *sui generis*, ideia que nos parece mais acertada” (DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil, V. I, 1983, P. 295-296).

⁵⁶MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência. 3.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

diligências auspiciosas, socorrendo-se, *ultima ratio regum*, a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Miguel Kfoury Neto⁵⁷ (2007) ensina que “a regra geral dita que o médico não pode obrigar-se, no desempenho de sua atividade profissional, a obter resultado determinado acerca da cura do doente e assumir o compromisso de reabilitar sua saúde.”

Harmonizando tal questão --- *iura novit cúria* --- o posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência apreende que as condições da obrigação de meio serão aplicadas ao profissional médico.

Compartilhando símil pensamento, Sílvio de Salvo Venosa⁵⁸ (2005) disserta:

Assim como a obrigação assumida pelo advogado no patrocínio da causa, como regra geral, é de meio e não de resultado assim também a contraída pelo médico em relação à terapia e tratamento do enfermo. O médico obriga-se a empregar toda a técnica, diligência e perícia, seus conhecimentos, da melhor forma, com honradez e perspicácia, na tentativa da cura, lenitivo ou minoração dos males do paciente. Não pode garantir a cura, mesmo porque vida e morte são valores que pertencem a esferas espirituais. Vezes haverá, no entanto, em que a obrigação médica ou paramédica será de resultado, como na cirurgia plástica e em procedimentos técnicos de exame laboratorial e outros, tais como radiografias, tomografias, ressonâncias magnéticas etc. (VENOSA, 2005)

Igualmente, leciona Silvio Rodrigues⁵⁹ (2002):

Ordinariamente, a obrigação assumida pelo médico é uma de meio e não de resultado. Com efeito, quando o cliente toma os serviços profissionais de um médico, este obriga a tratar do doente com zelo, diligência e carinho adequados, utilizando os recursos de sua profissão e arte, não se obrigando, portanto, a curar o doente. (RODRIGUES, 2002)

Genival Veloso França⁶⁰ (2011) esclarece a asserção:

A obrigação do médico é de meios ou de diligência, porque o objeto do seu contrato é a própria assistência ao paciente, quando se compromete a usar de todos os recursos a seu

⁵⁷KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 6.^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2007. P. 178.

⁵⁸VENOSA, Op. Cit. P. 128-129.

⁵⁹RODRIGUES, Op. Cit. P. 248.

⁶⁰FRANÇA, Op. Cit. P. 445.

alcance, sem, no entanto, poder garantir sempre um resultado eficaz. (FRANCA, 2011)

Porém, às cirurgias plásticas e exames laboratoriais aplicam-se as regras da obrigação de resultado, conforme a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CIRURGIA PLÁSTICA - ERRO MÉDICO - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL - DEVER DE INDENIZAR AUSENTE. - Ao dever de indenizar impõe-se ocorrência de ato ilícito, nexo causal e dano, nos termos em que estatuídos nos Art. 927, 186 e 187 do CC/02, - **Nos casos de cirurgia plástica, a obrigação do médico é de resultado**, haja vista a expectativa do paciente em modificar esteticamente parte de seu corpo que não lhe agrada. (TJ-MG – AC: 10024100638816001 MG, Relator: Juliana Campos Horta, Data de Julgamento: 25/01/2017, Câmaras Cíveis/12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/01/2017)⁶¹ (grifo nosso)

Responsabilidade civil. Médico. Cirurgia estética e reparadora. Na espécie, trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada pela recorrida em desfavor dos recorrentes. É que a recorrida, portadora de hipertrofia mamária bilateral, foi submetida à cirurgia para redução dos seios – operação realizada no hospital e pelo médico, ora recorrentes. Ocorre que, após a cirurgia, as mamas ficaram com tamanho desigual, com grosseiras e visíveis cicatrizes, além de ter havido retração do mamilo direito. O acórdão recorrido deixa claro que, no caso, o objetivo da cirurgia não era apenas livrar a paciente de incômodos físicos ligados à postura, mas também de resolver problemas de autoestima relacionados à sua insatisfação com a aparência. Assim, cinge-se a lide a determinar a extensão da obrigação do médico em cirurgia de natureza mista – estética e reparadora. **Este Superior Tribunal já se manifestou acerca da relação médico-paciente, concluindo tratar-se de obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas.** No entanto, no caso, trata-se de cirurgia de natureza mista – estética e reparadora – em que a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, conforme cada finalidade da intervenção. Numa cirurgia assim, a responsabilidade do médico será de resultado em relação à parte estética da intervenção e de meio em relação à sua parte reparadora. A Turma, com essas e outras considerações, negou provimento ao recurso. (STJ, REsp 1.097.955/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.09.2011)⁶² (grifo nosso)

⁶¹TJ-MG – AC: 10024100638816001 MG, Relator: Juliana Campos Horta, Data de Julgamento: 25/01/2017, Câmaras Cíveis/12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/01/2017.

⁶²STJ, REsp 1.097.955/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 27.09.2011.

Ilustra Silvio Rodrigues⁶³ (2002):

Já se tem proclamado que no campo da cirurgia plástica, ao contrário do que ocorre na cirurgia terapêutica, a obrigação assumida pelo cirurgião é uma obrigação de resultado e não de meio. Tal concepção advém da posição do paciente numa e noutra hipótese. Enquanto naquele caso trata-se de uma pessoa doente que busca uma cura, no caso da cirurgia plástica o paciente é uma pessoa sadia que almeja remediar uma situação desagradável, mas não doentia. Por conseguinte, o que o paciente busca é um fim em si mesmo, tal como uma nova conformação do nariz, a supressão de rugas, a remodelação de pernas, seios, queixo etc. De modo que o paciente espera do cirurgião, não que ele se empenhe em conseguir um resultado, mas que obtenha resultado em si. (RODRIGUES, 2002)

Na esteira das anotações acima desenvolvidas, Sílvio de Salvo Venosa⁶⁴ (2005) entende que a relação médico-paciente, na qual o médico é obrigado a proporcionar ao paciente o resultado esperado por este, por meio de cirurgia estética ou meramente embelezadora, comporta a obrigação de resultado. “Nessa premissa, se não fosse assegurado um resultado favorável pelo cirurgião, certamente não haveria consentimento do paciente.”

Ampliando a discussão, pontua-se que há doutrinadores que refutam a classificação esposada acima, porquanto prescindível, vez que paira sobre toda obrigação um resultado profícuo a se obter, à semelhança da diligência dos meios indicados para buscá-la. Não espanta, portanto, que a obrigação de meio, nesta lógica, enseje a veicidade do contorno exato da obrigação de resultado. O médico, à vista disso, é obrigado a empenhar-se diligentemente sob o mote de obter a cura.

Finalmente, num outro espectro jurídico, a obrigação que comporta o resultado, pode não reconhecer o dever de obtê-lo, conquanto admitido nas especialidades que abarcam a cirurgia estética, anestesia e dermatologia, pois, tal resultado será valorado conforme as circunstâncias do caso concreto.

Traduz tal relatividade o infra julgado:

APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - REPARAÇÃO DE DANOS. Cirurgia plástica reparadora (mamoplastia redutora), realizada através do SUS, com o resultado final satisfatório, tanto sob o aspecto anatômico como funcional, com cicatrizes pouco perceptíveis, na medida

⁶³RODRIGUES, Op. Cit. P. 252.

⁶⁴VENOSA, Op. Cit. P. 143-144.

do possível, de boa qualidade final, onde a pequena redundância de pele deixada junto à axila direita, reclamada pela autora, pode ser corrigida facilmente em um procedimento vindouro. Sentença mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível N.º 70006130645, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 25/06/2004)⁶⁵

No sentenciado em apreço, a cirurgia estética, a essa altura, cambia sua natureza, passando a assumir obrigação de meio, conseqüentemente, desincumbindo o médico de garantir um resultado perfeito, desnudando sua obrigação de resultado.

Nas cirurgias reparadoras, isto é, empreendidas para corrigir problemas congênitos, tal qual regenerar distorções acidentárias, o cirurgião plástico não se comprometerá a entregar resultados, posto que sobre si avulta o dever de aplicar a técnica da qual se dispõe, a fim de elidir ou corrigir a deformidade. Nesta situação, sua obrigação será de meio.

Elucida Nehemias Domingos de Melo⁶⁶ (2014):

A lógica que justifica esse tratamento jurídico diferenciado se assenta no fato de que na cirurgia plástica de embelezamento, o paciente é saudável e pretende com a intervenção melhorar a sua aparência; já na cirurgia reparadora, o que o paciente busca é a correção de lesões congênitas ou mesmo adquiridas. (MELO, 2014)

3.4 OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA

O primado da proteção da incolumidade da pessoa humana cinge a obrigação de segurança, dado que os serviços ofertados pelos profissionais liberais não podem oferecer riscos, salvo os previsíveis ou decorrentes de sua própria natureza.

Vaticina Pontes de Miranda⁶⁷ (1971):

Quando se observa o mundo, em que se acham as esferas jurídicas das pessoas, e se pretende o ideal de justiça baseado na incolumidade de cada uma delas, objetivamente, entende-se que todo o dano deve ser reparado, toda lesão indenizada, ainda que nenhuma culpa tenha o agente. (PONTES DE MIRANDA, 1971)

⁶⁵Apelação Cível N.º 70006130645, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 25/06/2004.

⁶⁶MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência. 3.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 81.

⁶⁷MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, V. 2, P. 385.

Decerto, o Código de Defesa do Consumidor impõe aos profissionais liberais uma obrigação de segurança. Logo, por ingerência de eventuais causalidades, o paciente deverá ser diretamente advertido do risco ao qual se submete.

Segundo Roberto Senise Lisboa⁶⁸ (2001) a obrigação de segurança atribui ao fornecedor o dever de alcançar o resultado almejado pelo consumidor, sem que este sofra alguma ofensa a sua vida e integridade física ou psíquica.

Na qualidade de profissional liberal, o médico não poderá empregar técnicas que causem risco à segurança ou saúde dos seus pacientes, em face do dever de proteção que lhe acerca, resignando-se unicamente ao quartel de perigos naturais ou previsíveis que provém da natureza do procedimento a ser empregado.

⁶⁸SENISE LISBOA, Roberto. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 256-257.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

4.1 RESPONSABILIDADE E CULPA DO PROFISSIONAL DA SAÚDE

O médico firma-se como profissional de saúde autorizado a exercê-la, dado o seu valor e essencialidade, galgando função na qual se visa evitar e coibir mortes, agindo, sobretudo, como verdadeiro sacerdote da cura.

Sucedem que, ocasionalmente, o experto não consegue evitar o “inevitável.” A morte vence. Por essa razão, a doutrina e jurisprudência sustentam que, na maior parte dos casos, a prestação de serviços médicos reúne o universo contratual, bem como, fundamenta-se numa obrigação de meio, porquanto militar sob o clínico dedicação e comprometimento, alinhados à exatidão das técnicas científicas disponíveis.

Para que tal moldura não seja totalmente comprometida, tais profissionais liberais, no exercício da função, arrogam a responsabilidade civil pelos danos causados mediante verificação da culpa, quer dizer, por imprudência, negligência e imperícia – nos termos do Art. 14, § 4.º do Código de Defesa do Consumidor e do Art. 951 do Código Civil.⁶⁹

Noutro giro, a atividade médica sofre do deslogro alheio, observados o esforço do clínico e a particularidade da recuperação do convalescente. À vista disso, por óbvio, o contrato médico não se assemelha, exemplificativamente, a um acordo de empreitada. Por mais acurado que seja, não se pode responsabilizar integralmente tal profissional por algum insucesso verificado, posto que cada organismo reage diversamente, na medida da dessemelhança de cada qual, a tratamentos afeitos a protocolos universais, dentre outras variáveis incontestes que possam interferir na reabilitação do doente.

Malgrado a obrigação do médico ser de meio, ao clínico impõe-se o dever de demonstrar que houve a exata aplicação de todos os procedimentos cabíveis, a depender do *savoir-faire* tecnológico ao seu dispor. Neste caso, toca ao magistrado

⁶⁹Código Civil, Art. 951. O disposto nos Arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

perquirir a tipificação do dano, confirmar sua relação causal, bem como, inferir indenização ao causador do prejuízo.

Nas palavras de Miguel Kfoury Neto⁷⁰ (2007):

Evidentemente, a ninguém ocorrerá atribuir aos profissionais da área da saúde, o exercício de atividade que, normalmente, por sua própria natureza, implica risco aos direitos do paciente – hipótese que, caso admitida, descartaria a verificação da culpa, na atribuição da responsabilidade, acarretando a adoção da responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco criado. Isto porque a atividade curativa, em regra, não gera risco ao paciente. Antes, muito pelo contrário, visa a afastar o risco de agravamento de seu estado de saúde, propiciando melhora ou a cura total. Mesmo que se utilizem equipamentos em procedimentos cirúrgicos, ainda assim será imperativo provar-se a imperícia, imprudência ou negligência do profissional. Isto porque o advento da nova codificação civil, neste aspecto, nada inovou: a responsabilidade médica, em regra, continua a ser subjetiva. (NETO, 2007)

Destarte, na conformação da responsabilidade médica, imprescindível comprovar que o clínico agiu com culpa em sentido estrito, devido à negligência, imprudência e imperícia, alçando-se, destarte, sua obrigação de reparar o agravo produzido.

Segundo Pio Avecone⁷¹ (1981), a adequada avaliação da culpa curativa depreende:

- a) A total consciência do caso concreto, aferindo seus aspectos objetivos e subjetivos, furtando-se de generalizações;
- b) O uso de preceitos jurídicos ordinários, conquanto distinta pareça a matéria.

Para investigar a culpa médica, o juiz solicita ingerências aos peritos, sopesando as explicações destes, a fim de examinar a fundamentação técnica pronunciada que permeia o caso. Inobstante, em atenção ao princípio da livre convicção, o magistrado poderá ignorar a metodologia, julgando, inclusive, contra o laudo pericial, sempre que exortar a justiça da decisão, dado que a peritagem pode ostentar inexatidões.

Não se aventa que o juiz aprecie o caso na qualidade de especialista, vez que seria utopia reivindicar que o magistrado ostente conhecimento singular. Logra-

⁷⁰KFOURI, Op. Cit. P. 61.

⁷¹AVECONE, Pio. *La Responsabilità penale del medico*. 1981, P. 120-121.

se substantivo, porém, o julgamento congruente acerca do sucedido, para se certificar que tal quadro redunde de erro, falha ou desvio laboral, à guisa de afastar o apriorismo e o alvedrio da atividade instrutória, buscando-se prover a reparação dos danos que resultem do erro médico.

4.2 IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA MÉDICA

A imprudência, negligência e imperícia corporizam as modalidades de culpa.

A imprudência, por sua vez, deriva da falta de atenção, do descuido, da ausência de ponderação, tal como, manifesta-se em face de uma atitude precipitada, distinta daquela esperada.

Age com imprudência o médico desacomodado, atuando precipitadamente, visto que não se revestiu de precaução vital, confrontando *vis-à-vis* a vida humana aos seus arremedos, tendo como exemplo o profissional que libera um paciente acidentado quando, na verdade, deveria mantê-lo hospitalizado por certo tempo, vindo a fenecer posteriormente.

A negligência, noutro norte, denota a inobservância às normas técnicas aplicáveis, advinda da falta de cuidados com o paciente, à custa da prática recomendável, dada a atuação omissiva do clínico. Neste sentir, o negligente furta-se dos métodos impostos pela ciência, agindo com descuido, indiferença e desatenção.

No caso vertente, o médico, *verbi gratia*, que procede avaliação clínica superficial, desdenhando da avaliação e, a seguir, prescrever medicamento errado com base neste exame, incorre neste instituto. Além disso, aquele que se abstém de revelar o verdadeiro quadro clínico ao paciente incide nesta incúria.

Configura a imperícia a inaptidão técnica, teórica ou prática, a par da privação de conhecimento elementar reivindicado no curso de uma atividade laborativa.

Ilustrando, um médico, agindo em desconformidade com os ditames da medicina, que atue como cirurgião plástico sem habilitação técnica adequada, será acusado de imperícia.

Há preempção doutrinária e jurisprudencial defendendo a subsistência de meios de prova aptos a demonstrar a imperícia, enquanto resta a uma minoria de doutrinadores desafeiçoados a tal concepção entendimento no qual se frustra atestar semelhante culpabilidade, vez que o profissional de saúde possui habilitação legal para desempenhar a medicina.

Desafortunadamente, a culpa médica, de modo mais concreto, revela-se infensa a sua aferição resoluta, porquanto, sobrevir o corporativismo e a parcialidade dos próprios clínicos que, a todo custo, comungam a favor de sua estirpe quando avaliam a conduta danosa do seu par. Acautela o Desembargador Nogueira Garcez, transcrito por Miguel Kfoury Neto⁷² (2007):

Este é um caso delicado, de difícil solução por envolver questões relativas à ciência e arte médicas, em que o Magistrado, como leigo, há de se apoiar nos dados de comum experiência, sem se esquecer, porém, do conselho dos entendidos. (NETO, 2007)

Consentânea, a ementa⁷³ abaixo revela prática de imperícia e imprudência:

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. ERRO MÉDICO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DE DECADÊNCIA AFASTADAS. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. ATIVIDADE MEIO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. COMPROVAÇÃO DE NEXO CAUSAL. CONSTATAÇÃO DE IMPERÍCIA E IMPRUDÊNCIA. MÉDICOS RESIDENTE E PRECEPTOR. CULPA E DANO COMPROVADOS. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E NÃO PROVIDA. 1. Sendo o médico responsável pelo atendimento da paciente, e não havendo qualquer indício que possa afastar a sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, deve o profissional responder aos fatos que lhe são imputados. 2. Em se tratando de pretensão de reparação de danos causados na relação médico-paciente, deve ser aplicado o disposto no Art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, visto se tratar de relação consumerista. 3. A responsabilidade pessoal do médico é subjetiva e, por conseguinte, deve ter provada a culpa, pois incidente o § 4.º do Art. 14 do CDC. Há de se estabelecer um liame entre a ação ou omissão culposa do profissional e o dano sofrido pelo paciente, pois caso demonstrado que o médico não foi o causador do dano, desobrigado está de repará-lo. 4. Constatando nos documentos relativos ao prontuário da paciente, a fratura no membro correto, não há que se falar em

⁷²KFOURI, Op. Cit. P. 81.

⁷³TJPI AC N.º 2012.0001.005537-4, Relator: Des. Fernando Carvalho Mendes, 1ª Câmara Especializada Cível. Data de Julgamento: 30/10/2013.

erro do prontuário a ensejar o descuido perpetrado pelo profissional médico. 5. É de sua responsabilidade a verificação exata do problema, agindo o médico residente com imperícia, e de forma imprudente ao iniciar procedimento cirúrgico sem a devida acuidade. 6. Ressalte-se que na qualidade de médico residente, que ainda não tem a sua formação completa, deve ser este acompanhado, obrigatoriamente, por um profissional experiente, nos termos da Lei de Residência Médica e na Resolução RNRM N.º 04/78. 7. Patente o dever de diligenciar no sentido de prestar de forma responsável e consciente o serviço médico, dissipando quaisquer dúvidas possivelmente existentes, diante da complexidade do caso, exigindo, para tanto, preparo e bom senso. 8. Configurado o nexos causal entre o fato e os danos causados à parte autora, devidamente comprovados, resta claro o dever de indenizar, sendo imperiosa a manutenção da sentença condenatória proferida em primeiro grau. 9. Apelação Cível conhecida e não provida. (TJPI AC N.º 2012.0001.005537-4, Relator: Des. Fernando Carvalho Mendes, 1ª Câmara Especializada Cível. Data de Julgamento: 30/10/2013)

Indubitavelmente, a discussão que perfaz a responsabilidade médica causa consternação às partes e ao juízo, pois, teoricamente, presume-se a culpa médica na hipótese de verificar-se erro grosseiro, inescusável, sob patente negligência, imperícia e imprudência.

4.3 ERRO GROSSEIRO E ESCUSÁVEL

Os médicos prestam serviços de natureza especialíssima. Tais especialistas, frequentemente, submetem-se a elevada carga de pressão da sociedade, à emotividade e a intensa preocupação adstrita à manutenção da sobrevivência do paciente. Inobstante, vidas humanas, infortunadamente, são ceifadas em face de erros intercorrentes.

Ademais, cabe ressaltar que nos rincões do Brasil, a escassez de recursos somado a baixos salários que acozzam os profissionais de saúde, afetam, sobremaneira, a assistência à população.

Certamente, falhas, erros e lapsos que originam prejuízo habitam os desafios humanos, dos quais pontua-se o erro grosseiro e escusável.

O Art. 2º da Medida Provisória N.º 966, de 13.5.2020, traz o contorno exato do que se considera erro grosseiro, concebendo-o pelo equívoco manifesto,

evidente e inescusável, praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Na mesma toada, o Art. 3º, do ordenamento supradito, aduz que a aferição do erro grosseiro deve considerar vários aspectos, dentre os quais:

- a) Os obstáculos e as dificuldades reais vivenciadas;
- b) A complexidade da matéria e das atribuições dos envolvidos;
- c) A circunstância de incompletude de informações;
- d) As conjunturas práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a conduta.

O erro grosseiro enseja a violação ao direito à vida e à saúde, por inobservância às normas, critérios científicos e técnicos, bem como, denota desrespeito a princípio constitucional que guarde afeição à precaução e prevenção.

Apregoa-se o negacionismo científico, por conta do labor impreciso e inadvertido, principalmente, desaconselhado que se credita ao médico desavisado, como o cirurgião que contamina o paciente por não manter o asseio básico.

Irany Novah Moraes⁷⁴ (2003) esclarece:

O erro mais grotesco de que tomei conhecimento em toda bibliografia que tenho lido todos esses anos foi o do médico do fim do século XIX que, ao operar um doente, deixou cair seu *pince-nez* na cavidade peritoneal e, como sem ele tinha dificuldade de visão, não o encontrou. Seus óculos foram encontrados na autopsia feita no dia seguinte. (MORAES, 2003)

De outro modo, avizinha-se o erro escusável, por desbancar a inteligência comum, desobrigando o médico da responsabilização caso calhe eventual infortúnio no transcurso de seu mister, sujeitando-o a expender justificativas que possam ser deprecadas à luz da razão plausível. Normalmente, tal desvio liga-se a conduta incauta do doente que, via de regra, menospreza a marcha terapêutica.

Enfim, o erro de diagnóstico que dê azo a intervenção inadequada, redundando resultado danoso, quando escusável, salvo o grosseiro, refuta a culpa médica. Se resultar da inexatidão da ciência, suscitando repercussão ou perigo, demonstrando o

⁷⁴MORAES, Irany Novah. Erro Médico e a Justiça. 5.ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, P.489.

médico ter replicado acertadamente conhecimentos e regras científicas, declinar-se-á o dever de indenizar.

Sob este prisma, a realização de exames complementares, quando há disponibilidade de recursos, evoca a prudência de requerê-lo.

4.4 IATROGENIA

Refere-se a alteração patológica causada pela péssima práxis clínica que ultraja o paciente. Decorre da ação e omissão do médico --- caracteriza-se por um prejuízo fatal.

O potencial risco iatrogênico emana de abordagem clínica e cirúrgica, tal qual, coabita o diagnóstico e terapêutica regularmente.

A doutrina e jurisprudência pátria escudam-se a par de visões distintas.

Na dicção de Irany Novah Moraes⁷⁵ (2003) há três tipos de iatrogenia: a que comporta lesões decorrentes da falha humana concomitante à atividade laboral; a que abarca danos previsíveis, contudo, inesperados; e as que englobam agravos previsíveis e esperados.

Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza⁷⁶ (2008), noutra giro, postulam o enfoque *stricto sensu e lato sensu* da iatrogenia. No primeiro deles, “não existe apenas a intenção benéfica do esculápio, mas um proceder certo, preciso, de acordo com as normas e princípios ditados pela ciência médica”, ao passo que na segunda acepção, a iatrogenia designa a lesão causada pela ação médica.

No mar de lições do eminente desembargador José Carlos Madonado de Carvalho⁷⁷ (2007) a iatrogenia “aproxima-se de uma simples imperfeição de conhecimentos científicos, escudada da chamada falibilidade médica,” considerando a prática medicinal acertada, materializada pela aplicação de técnicas e medicamentos indispensáveis --- sem embargo de ocorrência de lesões.

⁷⁵MORAES, Irany Novah. Erro médico e a Justiça. 5.^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁷⁶COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, P. 31.

⁷⁷CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Iatrogenia e Erro Médico Sob o Enfoque da Responsabilidade Civil. 3.^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, P.8.

Na senda de todo o exposto, pontua-se que parcela da doutrina associa a iatrogenia às lesões previsíveis, em oposição àqueles que ponderam mormente a falha humana.

As particularidades de cada paciente podem, todavia, sugerir que as lesões aturadas não se liguem à práxis clínica. No jargão médico, todo procedimento, mesmo que simples, seja evasivo ou não, acarreta risco --- apartada a negligência, imperícia e imprudência.

Elucida Alexandre Martins dos Santos⁷⁸ (2011):

Na cirurgia de septoplastia, que visa corrigir o desvio do septo nasal (...) em 5% dos casos estudados (...) poderá haver a memória ou mola do septo, voltando o nariz à posição pré-operatória. Nas cirurgias de catarata também pode ocorrer que, em pacientes idosos, haja um deslocamento da retina, mesmo sendo o ato cirúrgico praticado dentro da correta técnica. (...) O estudo da iatrogenia é fundamental por parte dos peritos judiciais e dos médicos legistas. (SANTOS, 2011)

4.5 DIREITOS E DEVERES DO MÉDICO

O Conselho Federal de Medicina, criado em 1951, estatui a atividade médica no Brasil, com o fito de fiscalizar e normatizar a prática clínica.

Os direitos e deveres do médico estão abarcados no seio do Código de Ética do Profissional da Medicina, no qual se encampam as normas éticas que os obrigam a zelar pelo ofício da profissão.

É direito do médico⁷⁹ (2009):

I - Exercer a medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, cor, sexo, orientação sexual, nacionalidade, idade, condição social, opinião política, deficiência ou de qualquer outra natureza.

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo comunicá-las ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição e à Comissão de Ética da instituição, quando houver.

⁷⁸SANTOS, Alexandre Martins dos. Responsabilidade Civil do Médico. 1.ª Ed. Rio de Janeiro: DOC, 2011, P. 53.

⁷⁹Res. CFM N.º 1.931, de 17 de setembro de 2009. Capítulo II.

IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará com justificativa e maior brevidade sua decisão ao diretor técnico, ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição e à Comissão de Ética da instituição, quando houver.

V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.

VII - Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente sem permitir que o acúmulo de encargos ou de consultas venha prejudicar seu trabalho.

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X - Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.

XI - É direito do médico com deficiência ou com doença, nos limites de suas capacidades e da segurança dos pacientes, exercer a profissão sem ser discriminado. (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA, 2009) (grifo nosso)

Acentua-se o direito solene de exercer o ofício clínico com liberdade, fundamentado no permissivo I, II e III, da norma analisada. Neste radar, harpeja-se tanto o diagnóstico quanto a internação e o tratamento dispendido ao paciente, prevalecendo a anuência deste e o respeito às normas de higiene.

Excipientes à anuência do enfermo, não raro, a religião e a fé expurgam a execução de alguns procedimentos sem os quais resta impraticável salvaguardar a vida do enfermo. É o caso, exemplarmente, dos adeptos à religião Testemunhas de Jeová, que rejeitam a transfusão sanguínea. Os correligionários desta crença preferem morrer do que se beneficiarem de tal recurso.

4.6 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Na mesma proporção que o nexo de causalidade se liga à responsabilidade civil, a culpa exclusiva da vítima, a culpa exclusiva de terceiro, o caso fortuito e a força maior deflagram seus excludentes. Isto porque, tal como o médico obriga-se a indenizar o paciente lesado por erro grosseiro ou manifesto, há ocasiões nas quais a culpabilidade deste será excluída, culminando com a improcedência da ação penal e extinção da punibilidade do agente.

As excludentes de responsabilidade rompem o nexo de causalidade, porquanto, ausente o nexo causal, decai a responsabilidade do agente. Segundo Sergio Cavalieri⁸⁰ (2006) as “causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou ao agente.”

4.6.1 INTERCORRÊNCIA MÉDICA

Deriva de um evento inesperado durante um procedimento médico, ou seja, expressa uma complicação incerta, posto que não poderia ter sido prognosticada. Por tal via, as condutas clínicas, sejam simples ou complexas, podem suportar contratempus inesperados, irrompendo a ilação de culpa.

Anota-se que a medicina não é uma ciência, inobstante partilhar o conhecimento científico e o uso de tecnologia sofisticada, validando-se, nesse caso, pela prática.

Hodiernamente, o método diagnóstico e terapêutico, à medida que são inovados, fomentam prognósticos certos.

Nesse passo, apesar de todo aparato moderno, doentes podem ostentar estabilidade clínica ou não, curar-se ou não, à vista das suscetibilidades que afeioam cada qual. Uns são mais vulneráveis que outros, exemplificativamente, às infecções imponderáveis, vez que as reações orgânicas do enfermo, à luz de congênere abordagem

⁸⁰CAVALIERI, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2006, P. 89.

clínica, eventualmente, divergirão. Isso por si só, desobriga o profissional de saúde a reparar o dano.

4.6.2 FATO DE TERCEIRO

Bruno Miragem⁸¹ (2015) conceitua:

O fato de terceiro que exclui a responsabilidade de determinado agente será o fato exclusivo de terceiro. Aqui também, a exemplo do que se menciona em relação ao fato da vítima, exige-se que a causa que tiver associada ao terceiro seja exclusiva, assim entendida aquela que foi determinante, excluindo-se todas as demais possíveis para a realização de dano à vítima. Usa-se mencionar, também, culpa exclusiva de terceiro. Melhor é dizer-se fato exclusivo, inclusive porque não se há de perquirir, quando se apresentar determinada causa atribuível a terceiro como excludente do nexo de causalidade, se este terceiro atuou com culpa ou dolo. Tratando-se de rompimento do nexo causal, basta que se identifique a causa, não suas motivações. Contudo, para que se caracterize o fato exclusivo de terceiro, é necessário, igualmente, que se identifique quem é o terceiro. Ou seja, que de fato seja terceiro estranho à uma relação originária entre as partes, seja ela de natureza contratual, pretérita ao dano, ou mesmo de natureza processual, posterior ao dano. Assim, pode o devedor eximir-se das consequências do inadimplemento alegando que não lhe deu causa, uma vez que demonstre o fato exclusivo de terceiro. Ou o réu de ação indenizatória, que, para defender-se, demonstra que o dano alegado pela vítima decorre de fato cuja ocorrência se deve exclusivamente à conduta ou à atividade de terceiro. Nesse âmbito não se incluem as situações em que a conduta do agente concorre com a conduta de terceiro, hipótese em que, ao contrário de permitir a exclusão da responsabilidade, induz a responsabilidade solidária entre o agente e o terceiro pela reparação à vítima. Mencione-se, contudo, que nem sempre o fato exclusivo de terceiro tem por consequência o afastamento da responsabilidade do agente. Isso porque há situações em que, mesmo tendo a realização do dano, por causa necessária, o fato de terceiro, tal evento é colocado na esfera de risco de determinado agente, que terá de por ele responder. É o caso do inadimplemento da obrigação do transportador, por exemplo, em que este deve responder pelos danos causados por terceiro. (...) O critério para que dado fato de terceiro seja considerado inserido na cadeia causal entende-se que seja o da sua associação com a conduta que deu causa ao dano. Por outro lado, se na atividade do agente se insere risco que abrange mesmo o fato de terceiro (caso da atividade do transportador, por exemplo). Ou ainda, no direito do consumidor, quando aquele que deu causa ao dano, embora não sendo o agente

⁸¹MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, P. 242-244.

principal, também integra a cadeia de fornecimento do produto, o fato de terceiro não se considera como causa excludente do dever de indenizar. O exame do nexo causal é imprescindível também para identificar-se o fato exclusivo de terceiro. Isso porque o juízo que deverá ser realizado é o de que determinada causa originária, imputável a um agente, não será considerada causa do dano em razão da intervenção no processo causal do fato de terceiro, que assume plenamente a natureza de causa do dano. Ou seja, na investigação sobre a contribuição da conduta do terceiro para a realização do dano, deve surgir, sem qualquer dúvida, o caráter necessário da causa que lhe é imputada para a ocorrência do evento. Nesse sentido, não bastará que o terceiro seja mero causador direto, quando se entender que a causa necessária para o dano seja outra que não lhe é imputada. (MIRAGEM, 2015)

O terceiro posta-se como aquele que difere da vítima e do médico, pois, nem o clínico, bem como, o paciente dão causa a incidência da excludente --- a conduta do terceiro deve ser a razão preeminente da lesão. Dessume, portanto, decorrer de pessoa que não integre a equipe médica, que seja estranha aos seus quadros e pela qual o médico não se responsabilizou.

O Art. 14, § 3.º, Inciso II do Código de Defesa do Consumidor, dispensa o dever de remir ao prever que “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

Insta replicar a crítica do Código Civil⁸² (2016):

(...) é bom lembrar ter sempre se entendido em doutrina que o fato de terceiro, desde que a causa única do evento danoso e sem qualquer ligação com o devedor, fosse excludente de responsabilidade, porquanto, assim caracterizado, seria causa de quebra do nexo de causalidade. Tal como se viu quanto à força maior (...), o fato de terceiro será estranho ao responsável no transporte quando não se ligar ao risco da atividade por ele desempenhada. Esse o ponto que se reputa nodal e por vezes confundido, quando se cuida de equiparar o fato de terceiro à força maior sempre que revelado por um evento inevitável. Parece mais se afeiçoar aos pressupostos atuais da responsabilidade civil, máxime em atividades indutivas de especial risco como é a de transporte (Art. 927), a verificação sobre se o fato atribuível ao terceiro se coloca ou não dentro dos limites razoáveis do risco criado, e assim assumido, pela atividade do transportador. (BRASIL, 2016)

⁸²Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 10ª Ed. Revista e atualizada, 2016, P. 726.

Equipara-se ao caso fortuito e à força maior, já que o nexo de causalidade entre resultado danoso e conduta do agente é resiliado, dado que a imprevisibilidade e a inevitabilidade elidem o dever de indenizar.

Nehemias Domingos de Melo⁸³ (2014) arremata:

Um paciente internado em determinado hospital e seus desafetos o estejam procurando em busca de vingança. Na hipótese de invasão de hospital pelos delinquentes com eventuais consequências danosas para os demais pacientes, poderemos qualificar tal ilícito com fato de terceiro, pois inteiramente imprevisível e estranho ao objeto do contrato de prestação de serviços que foi entabulado entre os pacientes e a entidade hospitalar. Nesse caso estaria caracterizando aquilo que chamamos de fortuito externo, ensejando a lição de que, não tendo ilícito resultado da ação do hospital, nem de qualquer fato conexo com a sua atividade, a responsabilidade ou culpabilidade estaria inteiramente afastada ante a excludente derivada do fato de que os danos experimentados por seus pacientes decorreram de fato praticado por terceiro, que não guarda qualquer conexão com as obrigações derivadas dos serviços ajustados. (MELO, 2014)

4.6.3 CULPA DA VÍTIMA

A culpa exclusiva se dá quando a vítima provoca por si, quer dizer, sem-par, o resultado lesivo, restando excluído o nexo causal, e, conseqüentemente, a responsabilidade civil.

Neste sentir, Roberto Godoy, citado por Elias Kallas Filho⁸⁴ (2013), identifica dois deveres impostos ao paciente: “o dever de veracidade e completude das informações prestadas ao médico e o dever de obediência às orientações do tratamento.”

Daí, porquanto não se pode conceber a responsabilidade médica pelos resultados adversos suportados pelo adoentado, em face de falsa manifestação expressa pelo paciente, por infringir, de modo latente o dever geral da boa-fé.

Na mesma toada, o dever geral de obediência às orientações do tratamento impõe ao doente a rigorosa observância das prescrições médicas, incluindo-se, ademais, todas suas restrições.

⁸³MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência. 3.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2014, P. 59.

⁸⁴GODOY, Roberto. A Responsabilidade Civil no atendimento médico e hospitalar. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, N.º 777, P. 96, Jul. 2000, apud KALLAS FILHO, Elias, O fato da técnica: excludentes da Responsabilidade Civil do médico. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, V. 14, N.º 2, P. 142, jul./ou t. 2013.

Em complemento do exposto, mostra-se elucidativa a jurisprudência⁸⁵

a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZATORIA – ERRO MÉDICO – IMPRUDENCIA, IMPERICIA OU NEGLIGENCIA NÃO CARACTERIZADO – **CULPA EXCLUSIVA DO PACIENTE** – DANO MORAL INEXISTENTE – RECONVENÇÃO – CONEXÃO COM A AÇÃO PRINCIPAL – DANO MORAL RECONHECIDO - RECURSO IMPROVIDO. 1-Ora, como se vê claramente nos autos, não se pode atribuir nenhum defeito na prestação dos serviços médicos, posto que o recorrente não seguiu a orientação médica, **tendo inclusive retirado o gesso de seu braço por conta própria**. 2-Mesmo a responsabilidade objetiva, com envolvimento do Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não significa que o médico ou o estabelecimento hospitalar deva indenizar sempre, em qualquer caso, o dano sofrido pelo paciente, mas, apenas, que a vítima fica dispensada de provar a culpa daquele que entende responsável. Por sinal, na etiologia da responsabilidade civil objetiva, de que aqui se trata, contata-se que a inexistência de defeito de serviço, bem como a **culpa exclusiva da vítima ou ato ativo de terceiro, são causas que excluem essa responsabilidade (Art. 14, § 3.º, I e II)**. 3-No respectivo caso há conexão de ações, uma vez que o pedido de reconvenção em indenização por danos morais baseia-se no ato ilícito perpetrado pelo recorrente ao atentar contra a vida do recorrente, causando-lhe transtornos psicológicos e tendo inclusive que contratar um segurança particular. (Ap 76988/2014, DESA. SERLY MARCONDES ALVES, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 22/10/2014, publicado no DJE 27/10/2014) (grifo nosso)

Afora, caso se verifique a culpa concorrente, replica-se o Art. 945 do Código Civil, segundo o qual a indenização deverá ser reduzida proporcionalmente à culpa do agente.

Elias Kallas Filho⁸⁶ (2013) destaca que:

Questão bastante discutida na doutrina diz respeito aos efeitos da culpa concorrente (e não exclusiva) da vítima, que seguramente contribui para o resultado danoso, mas, não é a única causa dele, uma vez que também se verifica a culpa do agente. Nessa hipótese, perfeitamente aplicada a responsabilidade médica, não haverá que se falar em isenção de responsabilidade, mas em atenuação, fixando-se a indenização proporcionalmente ao grau de culpa do profissional. (KALLAS FILHO, 2013)

⁸⁵TJ-MT - APL: 00028064220028110006 76988/2014, Relator: DESA. SERLY MARCONDES ALVES, Data de Julgamento: 22/10/2014, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/10/2014.

⁸⁶KALLAS FILHO, Elias. O fato da técnica. Excludentes da Responsabilidade Civil do médico. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, V. 14, N.º 2, P. 142, jul./out. 2013.

4.6.4 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

Para Sílvio de Salvo Venosa⁸⁷ (2002) a cláusula de não indenizar preceitua que uma das partes contratantes não será responsável por danos emergentes do contrato, seu inadimplemento total ou parcial. Trata-se de exoneração convencional que desobriga a recomposição da perda. Emana do Princípio da Autonomia da Vontade segundo o qual as partes estão livres para firmarem acordos com cláusulas e condições que lhes forem convenientes desde que não afronte leis cogentes.

A cláusula de não indenizar não se confunde com a cláusula de limitação de responsabilidade.

O Art. 927 do Código Civil implica que todo dano ilicitamente causado, seja por infringir a lei ou quebra de contrato, deve ser integralmente indenizado, medindo-se a indenização pela extensão do dano.

Outrossim, o Art. 946 do Código Civil prevê que se a obrigação for indeterminada e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

A literalidade do Inciso IV, Art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, revela que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Por todo coligido, o tema acolhe discussões controversas, interrogando-se a legitimidade ou não da cláusula de não indenizar, figurando tanto as posições que pugnam por sua proibição, quanto as que a admite sem restrições.

A novel jurisprudência dos tribunais pátrios indica que a cláusula de não indenizar pode ser reconhecida, salvo:

- a) Exclusão ou limitação de indenização sobre danos envolvendo direitos indisponíveis;

⁸⁷VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Responsabilidade Civil, V. 4, 2ª Ed., Editora Atlas S.A., São Paulo, São Paulo, 2002.

- b) Quando a indenização é o objeto do negócio, de modo que sua exclusão ou limitação equivaleria a privar de todo seu efeito;
- c) Afrontar a ordem pública e os bons costumes.

Sobre esta percepção, assimila-se que a cláusula de não indenizar minora os riscos da organização, por reduzir os custos da empresa, permitindo, assim, o desenvolvimento dos negócios de forma geral.

Por fim, Silvio de Salvo Venosa⁸⁸ (2018) complementa:

De qualquer forma, ainda que livremente convencionada, não opera essa cláusula em caso de dolo do agente. Não é porque o contratante sabe que está isento de indenizar que intencionalmente possa ocasionar o dano. Como, nesse inconveniente cláusula, naturalmente o agente relaxa no cumprimento da obrigação, se sua culpa for de elevado nível (culpa grave), sua conduta se equipara ao dolo. O caso concreto vai elucidar o juiz. (VENOSA, 2018)

4.6.5 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O Art. 393 do Código Civil considera o caso fortuito ou força maior uma ocorrência de efeitos inevitáveis.

Fernando Noronha⁸⁹ (2011) nos ensina que o caso fortuito ou de força maior é o evento natural ou o ato humano alheio a quem poderia ser tido como responsável, que sai de previsibilidade razoável e não pode ser evitado sem providências que extrapolem a diligência habitual. Consiste em fenômeno da natureza (enchente, granizo, relâmpago, terremoto, doença), ação humana não individualizada (roubo, guerra, incêndio) ou nos chamados *factum principis* (restrições ao comércio, desapropriação, requisição, prisão). O evento precisa ser externo, irresistível e normalmente imprevisível a qualquer esforço.

Do exposto, extrai-se que o caso fortuito e a força maior, ambos, decorrem de eventos alheios à vontade das partes, impondo-se inevitavelmente, obstando

⁸⁸VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil. 18.^a Ed. São Paulo: Atlas: P. 392.

⁸⁹NORONHA, Fernando. Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização - Responsabilidade Civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave; responsabilidade objetiva normal e agravada. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, V. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Out. / 2011, P. 145 - 19.

a chance de agir, o que fará cessar a responsabilidade de indenizar, vez que não é possível revesti-lo de dolo ou culpa.

O Código Civil os trata indistintamente, já que o caso fortuito ou de força maior, ambos, sucedem contrafactualmente mediante fatos cujos efeitos não eram possíveis de evitar ou impedir.

Na ótica do diploma consumerista, Art. 12, § 3.º, e 14, § 2.º, o caso fortuito ou força maior não são considerados excludentes de responsabilidade.

Por todo o ostentado, posta-se que o assunto demanda pacificação, à vista de esclarecer contenda na qual se questiona a aplicação do Código Civil, em detrimento o Código Consumerista.

Roberto Senise Lisboa, Silvio Luis Ferreira da Rocha e o juiz Rizzatto Nunes, rejeitam as normas do Código Civil, por se socorrerem da lei consumerista, aduzindo que os artigos 12, § 3.º, e 14, § 2.º, da Lei 8.078/90 são taxativos, obrigando-nos a fixar-se na forma declarativa ou estrita do preceito, não podendo o intérprete realizar interpretação extensiva.

Ao revés, os doutrinadores Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Jaime Marins, João Batista de Almeida e a própria jurisprudência do STJ, creem que se o Código de Defesa do Consumidor não elenca caso fortuito e força maior como excludentes, do mesmo modo, não os nega.

O voto do Ministro Eduardo Ribeiro⁹⁰ deslinda o conflito:

O fato de o Art. 14, § 3.º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do Art. 1058 do Código Civil (referência ao Código de 1916, corresponde ao atual Art. 393). (STJ. 3ª Turma. REsp 120647-SP. Data de julgamento: 15/05/2000. LEX-JSTJ, 132/101)

Para finalizar o tópico, depreende-se que o Código de Defesa do Consumidor, embora se vocacione a proteger as relações de consumo, não exclusivamente o consumidor, não deve responsabilizar o fornecedor por evento imprevisível do qual não deu causa.

⁹⁰STJ. 3ª Turma. REsp 120647-SP. Data de julgamento: 15/05/2000. LEX-JSTJ, 132/101.

Bdine Jr.⁹¹ (2012) explica a questão:

Entre as excludentes de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor – Arts. 12, § 3.º e 14, § 3.º – essas hipóteses não figuram como causas de exclusão de responsabilidade, o que levou alguns autores a afirmarem que elas não impedem a condenação dos fornecedores a pagar a indenização. Mas é preciso verificar que, se o caso fortuito ou força maior eliminam o nexo de causalidade entre o defeito e o dano não estarão presentes os requisitos dos Arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, de modo que não será caso de excluir a responsabilidade, mas sim de não haver incidência da regra ao caso concreto. (BDINE, 2012)

As infecções hospitalares, que normalmente eram tidas como fortuito externo, atualmente, reputa-se fato culposo, incidindo o dever de indenizar do profissional médico, tal como do hospital.

Nehemias Domingues de Melo⁹² (2014) elucida:

Tratando-se de infecção hospitalar, a responsabilidade do hospital será também objetiva, tendo em vista que o dever de assepsia do ambiente hospitalar é um dever ínsito à prestação do serviço. Neste caso, a prevenção contra esse risco corre por conta das empresas, não só por intermédio de técnicas de controle ambiental local, como de severa vigilância (isolamento) de possíveis focos. Mesmo quando for necessário operar um paciente com baixa resistência física ou imunológica, deve o hospital, antes de realizá-la, restabelecer seu poder de resistência ou então, no pós-cirúrgico, aplicar antibióticos para combate da infecção possível. Não sendo adotados esses mecanismos, o hospital responderá pelos danos decorrentes da infecção que venha a atingir o paciente, independentemente de culpa. (MELO, 2014)

4.6.6 O FATO DA TÉCNICA

Elias Kallas Filho (2013) pugna à introdução do “fato da técnica” como nova excludente de responsabilidade civil a favor do médico.

[...] um procedimento diagnóstico ou terapêutico, assim como uma técnica operatória, somente podem ser colocados em prática após a comprovação de sua segurança e eficácia, por meio de estudos e experimentos chancelados pela comunidade jurídica. [...] Ocorre que nenhuma técnica médica, principalmente as operatórias, pode ser considerada absolutamente segura. E aqui não se faz referência apenas ao risco de ineficácia do procedimento, mas ao risco de efetivo dano ao paciente. Toda operação tem características invasoras

⁹¹BDINE JR., 2012, P. 418.

⁹²MELO, Nehemias Domingues de. Responsabilidade Civil por erro médico: doutrina e jurisprudência. 3.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 169.

e agressivas potencialmente danosas, de forma que sua indicação baseia-se em uma análise de riscos e benefícios. A expectativa de benefícios que superem (e, portanto, façam “valer a pena”) os riscos do procedimento é o que determina as decisões do médico e do paciente. Tal não significa, entretanto, que o procedimento a ser realizado seja isento de riscos. Se é verdade que a perícia e a diligência do profissional, a qualidade dos materiais, o treinamento da equipe e o aparelhamento do hospital, podem reduzir significativamente os riscos de resultado adversos e de danos ao paciente, é também verdade que essa redução nunca será capaz de excluí-los completamente. E quando o dano experimentado pelo paciente decorre desses pontos de vulnerabilidade da própria técnica, dessa parcela de risco que não se pode controlar, está caracterizado o fato da técnica, com a exclusão da responsabilidade civil do médico. (KALLAS FILHO, 2013)⁹³

De acordo com o autor⁹⁴ da tese esposada, o dano deve ser inevitável, mas não necessariamente imprevisível.

Relevante destacar que não se afasta o nexo causal entre a intervenção médica e o agravo suportado pelo enfermo. Rechaça-se, na verdade, a culpa, vez que se constata que a técnica, apesar de cunho benigno --- consagrada pela comunidade científica e corretamente aplicada --- acarreta lesões ao paciente. Há, neste caso, materialização do potencial danoso inerente a determinada técnica médica.

Elias Kallas Filho, ainda, diferencia o dano que caracterizaria o erro médico daquele que constitui o fato da técnica, destacando:

Enquanto o dano decorrente de negligência, imprudência ou imperícia (o chamado “erro médico”) pode ser evitado pela aplicação competente e diligente da técnica médica, o dano relacionado a um fato da técnica somente poderia ser evitado ou minorado com a evolução da própria técnica científica. (KALLAS FILHO, 2013)⁹⁵

Ademais, o fato da técnica limita-se às complicações que guardem relação de causalidade com o tratamento ou intervenção médica e que sejam marcadas pela inevitabilidade --- o que afasta todas que decorrem da culpa do clínico.

Por conta disso, Elias Kallas Filho (2013) afere que “o fato da técnica estará caracterizado no momento em que o dano não decorrer de negligência,

⁹³KALLAS FILHO, Elias. O fato da técnica. Excludentes da Responsabilidade Civil do Médico. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, V. 14, N.º 2, P. 142, jul./out. 2013.

⁹⁴Ibidem, P. 143.

⁹⁵Ibidem, P. 143.

imprudência ou imperícia do profissional médico, mas, sim, de uma limitação da própria técnica, ainda que corretamente, aplicada,”⁹⁶ seja em um procedimento operatório, seja por ocasião da realização de exames, tratamentos clínicos ou quaisquer outras espécies de procedimentos.

Sem dúvida, uma vez admitido o fato da técnica, o médico poderá demonstrar que a lesão transcorre da concretização de um potencial danoso inerente à técnica empregada, ao qual o paciente obrigatoriamente submeteu-se, à vista de curar-se, como única forma de concorrer aos benefícios da intervenção.

⁹⁶Ibidem, P. 143-144.

5. RESPONSABILIDADE DAS CLÍNICAS, HOSPITAIS E SIMILARES

É primaz repisar que o Art. 14, § 4.º, do Código do Consumidor dispõe que a responsabilidade civil dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa --- responsabilidade subjetiva. Dentre estes figura-se o médico.

Pondere-se que a obrigação que reveste o clínico é de meio quando seus serviços se vocacionarem a cura da enfermidade, evento que pode ou não ocorrer, em detrimento do resultado que, por si, evocaria a responsabilidade objetiva.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino⁹⁷ (2010) esclarece:

No caso dos profissionais liberais, valorou-se a natureza peculiar das suas atividades, que não se mostram compatíveis com a responsabilidade objetiva. De um lado, houve a preocupação com a inviabilização da atividade desses profissionais, pois, se tivesse sido adotado um regime de responsabilidade objetiva, haveria a formulação de uma nova equação definidora da repartição dos riscos, atribuindo um custo excessivamente elevado e praticamente insuportável para o exercício das profissões liberais. De outro lado, os contratos de prestação de serviço celebrados pelos profissionais liberais e seus clientes envolvem, normalmente, uma relação de confiança, que atenua, sobremaneira, a desigualdade reinante em outros contratos de consumo. Isso reduz o grau de vulnerabilidade do cliente, enquanto consumidor, frente ao profissional liberal, como fornecedor de serviços, que é uma das notas características fundamentais das relações de consumo. (SANSEVERINO, 2010)

Noutro campo despontam o hospital e o paciente, em polos distintos, ligados em face da relação de consumo que se estabelece através de contrato de prestação de serviços --- médico-hospitalar --- encontrando-se, de um lado, o consumidor (paciente), matizando-se no outro, o fornecedor (hospital). Logo, na eventualidade de falhas, as normas da Lei 8.078/1990 serão aplicadas.

Sobrevém da relação acima a responsabilidade objetiva do prestador de ressarcir os danos causados pelos serviços defeituosos, sob a égide do Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

⁹⁷SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor. 3.ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2010. P. 197.

In verbis:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, 1990)

Por esta lógica, calha neste ponto, indagar se o clínico vincula-se ou não ao nosocômio mediante contrato de prestação de serviço.

As clínicas, hospitais e similares não se obrigam civilmente quando um médico simplesmente utiliza suas instalações, para internação e tratamento de pacientes, operando-se, assim, a digressão da responsabilidade. Deste modo, só responderão pelos atos dos médicos se estes compuserem o quadro de empregados e administradores.

Nehemias Domingos de Melo⁹⁸ (2014) adverte:

Advirta-se, contudo, que a responsabilidade objetiva ou sem culpa, não prescinde da demonstração do dano e do nexó de causalidade. Ademais, é possível isentar o hospital do dever indenizatório desde que fique provado a ocorrência de uma das excludentes contidas no Código de Defesa do Consumidor. (MELO, 2014)

Afora, o Art. 927, parágrafo único, consagra a responsabilidade civil objetiva dos agentes empreendedores de atividade de risco, sob o manto da Teoria do Risco, ao narrar que “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, riscos para o direito de outrem.”

A par do entendimento do parágrafo anterior, o Superior Tribunal de Justiça, ratificou decisão na qual se condena um hospital a indenizar, devido à falha de prestação de serviço que culminou com sequelas irreversíveis ao recém-nascido.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. **FALHA E/OU MÁ-PRESTAÇÃO DE SERVIÇO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL.** SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO

⁹⁸MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência. 3.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2014, P. 158-159.

INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. (STJ - REsp: 1621375 RS 2016/0221376-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento:19/09/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/09/2017)⁹⁹ (grifo nosso)

A ministra Nancy Andrighi exorta que a responsabilidade subjetiva dos médicos é medida de acordo com a culpa, endossando, máxime, que os estabelecimentos respondem objetivamente, conforme os serviços contratados.

Sobre o ponto, são irrepreensíveis as palavras de Fábio Ulhoa Coelho¹⁰⁰ (2007) que explica:

Não são profissionais liberais as empresas ou pessoas jurídicas em geral, ainda que explorem serviços de procuração judicial, medicina, engenharia, etc., como hospitais, casas de saúde, empreiteiras, construtoras, escolas, etc. A relação de consumo é celebrada com profissional liberal, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, 14, § 4.º, se o for *intuitu personae*. Na hipótese de o consumidor procurar a empresa onde presta serviço o profissional liberal, ou, ainda, procurar os serviços de qualquer profissional liberal, não o contratando pela sua própria pessoa, a responsabilidade pelos danos causados ao consumidor é objetiva. (COELHO, 2007)

Debela-se contrário à corrente anterior o posicionamento de doutrinadores para os quais a responsabilidade de hospitais e similares deve ser analisada mediante verificação de culpa, à luz do Art. 14, § 4.º do Código de Defesa do Consumidor.

Miguel Kfoury Neto¹⁰¹ (2002), colimando-se a tal opinião, recorda que:

A responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física ou jurídica, ou de apenas um deles. (...) Mesmo no âmbito da responsabilidade objetiva, o hospital não poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, resulte suficientemente clara. (KFOURI NETO, 2002)

⁹⁹STJ - REsp: 1621375 RS 2016/0221376-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento:19/09/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/09/2017.

¹⁰⁰COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 282.

¹⁰¹KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 365.

Gustavo Tepedino¹⁰² (2003) destaca que “somente a demonstração de culpa é que poderá desencadear a responsabilidade do profissional e, em consequência, do hospital, solidariamente.”

¹⁰²TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Médica na Experiência Brasileira Contemporânea. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. P. 300.

6. VULNERABILIDADE DO MÉDICO NO CASO CONCRETO

Aventa-se, eventualmente, difícil e tormentosa a aferição da responsabilidade civil do médico, ao que consta, quando confrontamos sua culpa de modo singular. Colateralmente, desponta a particularidade da atividade ambulatorial, o risco enfrentado pelo profissional e, frise-se, a confiança do paciente. A vasta expertise daquele, aliada a utilização de meios hábeis, necessários e cuidadosos dispensados no decorrer do tratamento levam a cura do enfermo. Inobstante, a reserva da vida pode ocorrer, ou não, mediante culpa, negativa de excludentes de responsabilidade, sem os quais há responsabilização.

Na busca intrincada da culpa, há necessidade de se investigar o nexo causal, ganhando relevo, especialmente, a prova pericial. Porém, tal exame, não raro tido como imprescindível para a solução da lide, encontra resistência quando aceito isoladamente, à guisa do perito --- técnico específico --- transformar-se no verdadeiro juiz da causa --- redundando num risco fundado no processo.

Na dicção de Cavalieri Filho¹⁰³ (2014):

Em conclusão: diante das circunstâncias do caso, deve o juiz estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não o observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave. Essa é a fórmula irreprochável proposta pelo insigne Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. em seu magnífico artigo sobre “A Responsabilidade civil do médico”, na RT 718/38. (CAVALIERI, 2014)

Não bastasse o exposto, as características da peculiaridade de cada caso, da subjetividade, imprevisibilidade e complexidade que rondam o resignado, considerado um consumidor --- polo vulnerável da relação médico-paciente --- permeiam o dia-a-dia dos profissionais de saúde.

Recorda-se que, ao contrário da regra geral, dada a responsabilidade objetiva dos fornecedores, a responsabilidade do médico esculpida no Código de Defesa

¹⁰³CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 11.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 433.

do Consumidor enquanto profissional liberal é concebida mediante a aferição de sua culpa no caso concreto.

Via de regra, cabe ao paciente demonstrá-la, para obter o direito de ressarcimento, porquanto não ser possível findar todos os tratamentos sem óbices, posto que quadros patológicos idênticos reagem de forma distintas a um mesmo protocolo médico --- tarefa árdua.

A questão suscitada acima, moldada de subjetividade na qual o organismo humano apresenta diferentes reações, verifica-se habitualmente:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. Erro médico. Autora submetida a diversas curetagens. **Hipótese em que a prova pericial constatou que o problema de perdas gestacionais estava vinculado à própria condição orgânica do corpo da autora, e não do tratamento que lhe foi dispensado.** Necessidade de ser recuretada em duas situações que restou justificada - Ausência de responsabilidade da ré. Ação improcedente. Recurso desprovido. (TJ-SP – APL: 202734220068260405 SP 0020273-42.2006.8.26.0405, Relator: Rui Cascaldi, Data de Julgamento: 07/08/2012, 1 Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/08/2012)¹⁰⁴ (grifo nosso)

A autora da ação apregoa que perfuração uterina e a aderência das paredes resultaram por mau desempenho técnico, ponderando que as lesões sofridas foram o resultado de duas curetagens que antecederam ao aborto.

Porém, segundo a perícia realizada, demonstrou-se que as condições fisiológicas da acamada motivaram os abortos, tal qual a necessidade de recuretagem, afastando-se, então, a tônica da acusação, vez que a equipe médica não causou o evento danoso, defendendo-se da atribuição de responsabilidade.

O I. Perito constatou que “da análise dos documentos e da consulta, **ficou claro que o problema das perdas gestacionais está vinculado à etiologia cromossômica**, e que as múltiplas curetagens podem determinar a Síndrome de Asherman, que é o colobamento as paredes uterinas com sinéquias. **Quanto à necessidade de ser recuretada em duas situações, se justifica pela deformidade do útero caracterizada na histeroscopia [...]. Assim sendo, não há que se falar em má prática médica, ou negligência, ou imperícia. As ocorrências foram fruto das condições orgânicas anatômicas da autora, nada havendo a se questionar das equipes médicas**, exceto os aspectos de

¹⁰⁴TJ-SP – APL: 202734220068260405 SP 0020273-42.2006.8.26.0405, Relator: Rui Cascaldi, Data de Julgamento: 07/08/2012, 1 Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/08/2012.

natureza humanística que devem nortear as relações interpessoais, principalmente em situações de fragilidade em que se encontrava a paciente.” (Fl. 347-348) (grifo nosso)

Decerto, os médicos invariavelmente são postos à prova quando socorrem cada enfermo, enfrentando as reações e características próprias de cada organismo, impossibilitando-se, deste modo, que as adversidades decorrentes da subjetividade da fisiologia privativa de cada paciente lhes sejam imputadas.

Ocorre que, de turno a turno, intercorrências imediatas --- urgentes e urgentíssimas --- surgem durante o labor do clínico.

Não surpreende, então, que as cirurgias de emergência exigem que o médico desempenhe sua função de modo ímpar, com a qual lhe será permitido precisar o melhor protocolo a ser seguido, de acordo com a urgência e as condições do local de atendimento, já que, neste cenário, não raras vezes, a “intervenção médica, correta tecnicamente, quando necessária no momento em que ocorreu, o paciente não estava em condições de manifestar seu consentimento.”¹⁰⁵ (GARCEZ NETO apud CARVALHO, 2005)

Eis a transcrição de uma ementa na qual os médicos precisaram retirar inevitavelmente o rim esquerdo do enfermo sem consentimento deste e de seu representante durante uma cirurgia de urgência:

DANOS MORAIS - Inocorrência - Erro médico - **Provas, suficiente a demonstrar que o autor foi submetido a cirurgia de emergência com intervenção adequada ao caso concreto** - Rim esquerdo do paciente que se encontrava comprometido, que justificou sua retirada - Alegação de que não foi informado que da intervenção cirúrgica, resultou, inclusive, da retirada de seu rim esquerdo, não traduz nexos causal a amparar a pretensão indenizatória formulada - Dor moral não configurada - Desatendida a regra do artigo 333,1, do CPC - Procedência da ação - Inadmissibilidade - Sentença mantida - Recurso improvido. CPC. (TJ-SP – APL N.º 994040788210. Relator: Salles Rossi. Oitava Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 14 abr. 2010. Data de Publicação: 22 abr. 2010)¹⁰⁶ (grifo nosso)

¹⁰⁵GARCEZ NETO, Martinho. Responsabilidade Civil no Direito Comparado. apud CARVALHO, 2005, P.85.

¹⁰⁶TJ-SP – APL N.º 994040788210. Relator: Salles Rossi. Oitava Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 14 abr. 2010. Data de Publicação: 22 abr. 2010.

Mais relevante, a cópia de fragmento do voto condutor:

(...) A lamentável necessidade da cirurgia, culminando com a retirada de seu rim esquerdo, não pode ser imputada como erro, tendo sido realizados todos os procedimentos que estavam ao alcance do quadro clínico do apelante. Em que pese à resistência oposta pelos autores, ficou cabalmente demonstrado, que o lamentável evento só ocorreu porque o apelante apresentou histórico de traumatismo por queda [...]. **Assim, a retirada do rim esquerdo não se mostrou equivocada, mas ao contrário, necessária. [...] Destarte, as provas, são uníssonas a demonstrar que o autor foi submetido a cirurgia de emergência com intervenção adequada ao caso concreto.** (TJ-SP – APL N.º 994040788210. Relator: Salles Rossi. Oitava Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 14 abr. 2010. Data de Publicação: 22 Abr. 2010)¹⁰⁷ (grifo nosso)

Ressalta o Magistrado existirem casos que exigem providências urgentes, dado que a demora pode agravar o quadro clínico do paciente, causando-lhe provavelmente danos irreparáveis, não detectando, neste mister, erro médico, embora inexista consentimento do doente, tampouco de seus familiares.

Afora --- no *entourage* clínico --- o erro de diagnóstico desponta-se inquietante, vez que a ciência atual, conquanto avançada, está longe de responder a questionamentos vitais, à vista de respostas para a cura de enfermidades que acometem o doente. Não obstante havê-las, nenhum diagnóstico posta-se infalível. Sem dúvida, o médico será responsabilizado pelo mau diagnóstico se agir com culpa, ao comportar-se com displicência, sem a devida cautela, desdenhando de informações essenciais com as quais se elucidaria o caso.

Na senda da jurisprudência pátria que acerca a questão:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO - CULPA PROFISSIONAL NÃO CARACTERIZADA - CONDUTA COMPATÍVEL COM A QUE SE ESPERA DE UM PROFISSIONAL DE RAZOÁVEL HABILIDADE E PRUDÊNCIA – **DIAGNOSE COMPATÍVEL COM OS PADRÕES DA CIÊNCIA MÉDICA** – RECURSO IMPROVIDO. [...] **As limitações da ciência médica - que é falível - decorrentes da condição humana de seus profissionais e de infinita variabilidade de seu objeto (o organismo humano), tornam delicada a operação de diagnóstico, o qual nem sempre pode ser feito com a precisão idealizada.** Por conta disso, o erro de diagnóstico

¹⁰⁷TJ-SP – APL N.º 994040788210. Relator: Salles Rossi. Oitava Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 14 abr. 2010. Data de Publicação: 22 abr. 2010.

não se traduz, necessariamente, em imperícia, salvo se houver erro grosseiro e injustificável, que se distancie do padrão de conduta de um médico de razoável prudência e habilidade. (TJSC – APL N.º 2008.014611-1. Relator: Jaime Luiz Vicari. Segunda Câmara de Direito Civil. Data de Julgamento: 27 jul. 2009. Data de Publicação: Apelação Cível N.º 2008.014611-1, de Camboriú)¹⁰⁸ (grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO MÉDICO - EXAME DE ESCANOMETRIA RADIOLÓGICA - ERRO GROSSEIRO DE DIAGNÓSTICO - ADOÇÃO DE TRATAMENTO EQUIVOCADO - AGRAVAMENTO DA CONDIÇÃO FÍSICA DA AUTORA - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. - A atuação do médico pressupõe a diligência e o emprego da técnica necessária para a obtenção do resultado esperado, pelo que a sua responsabilização deve ser analisada sob a subjetiva, mencionada no Art. 14, § 4.º, do CDC - A negligência e a imperícia do médico são reveladas pelo erro grosseiro do profissional na realização do exame de escanometria radiológica, ao constatar a dissimetria em membro diverso e em quantidade absolutamente equivocada - O nexos causal se revela na medida em que o exame equivocado foi determinante para a adoção do tratamento que agravou a condição patológica da autora - Comprovado que a parte autora teve o sofrimento físico intensificado indevidamente, não resta dúvida quanto à configuração do dano moral, cuja indenização deve ser arbitrada com prudência e razoabilidade - O dano material é o prejuízo financeiro efetivo sofrido pela vítima, que implica redução patrimonial e depende, para ser reparado, da prova do efetivo prejuízo. (TJ-MG - AC: 10000200359842001 MG, Relator: Jaqueline Calábria Albuquerque, Data de Julgamento: 15/09/2020, Data de Publicação: 25/09/2020)¹⁰⁹ (grifo nosso)

Cumprê destacar a apreensão que Relator Jaime Luiz Vicari traz a

baila:

As limitações da ciência médica – que é falível –, decorrentes da condição humana de seus profissionais e de infinita variabilidade de seu objeto (o organismo humano), tornam delicada a operação de diagnóstico, o qual nem sempre pode ser feito com a precisão idealizada. Por conta disso, o erro de diagnóstico não se traduz, necessariamente, em imperícia, salvo se houver erro grosseiro e injustificável, que se distancie do padrão de conduta de um médico de razoável prudência e habilidade. [...] Imperioso tomar-se em conta, assim, que, em

¹⁰⁸TJSC – APL N.º 2008.014611-1. Relator: Jaime Luiz Vicari. Segunda Câmara de Direito Civil. Data de Julgamento: 27 jul. 2009. Data de Publicação: Apelação Cível N.º 2008.014611-1, de Camboriú.

¹⁰⁹TJ-MG - AC: 10000200359842001 MG, Relator: Jaqueline Calábria Albuquerque, Data de Julgamento: 15/09/2020, Data de Publicação: 25/09/2020.

15 de setembro, o apelante não apresentava febre, nem dificuldade de deambular (além do que há expresso registro médico em 16 de setembro de “aumento de dor abdominal”), sintomas esses que, sim, levaram o pediatra subscritor do documento de Fl. 32 ao diagnóstico de apendicite.

Recorrendo-se ao rigor lógico acrescido de bom senso, ao fixar diagnóstico, *in limine litis*, o médico engendra sua conduta clínica de forma a atacar propensa patologia atestada. A esta altura, à medida da precisão da diagnose, exhibirá, invariavelmente, vulnerabilidade na qual o experto expõe sua reputação profissional. Daí, deflui-se a magnitude de um bom diagnóstico.

Devemos, ainda, levar em conta que, apesar de o médico ter analisado de maneira precisa as informações trazidas à mesa, subsiste a falibilidade humana e a imprecisão da própria ciência.

7. A CAIXA PRETA E O AVENTAL BRANCO

A Caixa preta é um dispositivo utilizado em aviões, destinando-se a registrar tudo que acontece durante o voo, sendo capaz de gravar mensagens recebidas e enviadas à torre, parametrizar as condições da aeronave, medir a variação da velocidade, aceleração, altitude e potência.

O cientista australiano Dr. David Warren a desenvolveu em meados de 1950, quando ocorria uma série de desastres aéreos no país, como forma de supervisionar o desempenho dos pilotos, dos aviões acidentados, tornando o uso do aparelho obrigatório.

Num ambiente hospitalar, por sua vez, o trabalho de gerenciamento de risco visa minimizar ou anular fatores que possam levar a situações de perigo, com o mote de não expor os pacientes às falhas que, em tese, poderiam levá-los à morte.

Ipsa facto, surpreende que cerca de 6 pessoas morrem por hora devido a erros de assistência hospitalar. Consectariamente, supervisionar os perigos que cingem a atividade médica, pautando-se numa gestão de riscos, assume o papel de evitar a judicialização da saúde.

De mais a mais, é inegável que o impacto das falhas, imprecisões e maus diagnósticos desmantelem os cofres de instituições públicas e privadas, totalizando R\$15,57 bilhões atribuíveis à insegurança e a riscos que encampam a atividade clínica, somados a mais R\$10,9 bilhões afetos a prevenção destas ameaças, conforme declara Anuário da Segurança Assistencial no Brasil.¹¹⁰ (DIGITRO, 2020)

Sobre a percepção do parágrafo acima, para não dizer o menos, dados do 2º Anuário da Segurança Assistencial Hospitalar no Brasil,¹¹¹ estimados pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS “apontam que, em 2017, cerca de 1,3 milhão de pacientes, do total de 19,4 milhões que se internaram nos hospitais brasileiros (incluindo SUS e saúde suplementar), apresentaram pelo menos um evento adverso durante o tratamento, que foi relacionado à assistência hospitalar.” (DIGITRO, 2020)

Desses, um número de mais 235 mil pacientes vieram a óbito, sendo que os eventos adversos considerados graves e relacionados à assistência hospitalar foram determinantes para

¹¹⁰Fonte: <https://www.digitro.com/blog/comunicacao/gestao-de-risco-atendimento-pre-hospitalar>.

¹¹¹Fonte <https://nexxto.com/gerenciamento-de-riscos-e-seguranca-hospitalar/>.

54,7 mil falecimentos, onde mais de 36 mil casos desses eventos adversos eram preveníveis.

Ou seja, o maior investimento em segurança hospitalar e a implantação de um sistema de gerenciamento de riscos mais eficiente pode prevenir e evitar dezenas de milhares de mortes nos leitos de hospitais, que são, na verdade, um lugar unicamente destinado a preservar as condições de saúde do paciente. Esses números tão significativos demonstram a necessidade urgente da implementação de sistemas de gestão e recursos que promovam resultados mais positivos em relação à ocorrência de eventos adversos e suas consequências, em todas as fases de internação e permanência do paciente no ambiente hospitalar. (DIGITRO, 2020)

Diante de tal contexto, alberga-se o questionamento, em analogia a segurança aeronáutica, do quão necessário e assertivo seria a implantação de “caixas pretas” em setores críticos hospitalares, tais como, centro cirúrgicos, UTIs e Pronto Atendimento, a fim de desnudar os fatos.

CONCLUSÃO

Na senda de todo o exposto, firma-se que o presente trabalho engendrou o estudo do instituto da responsabilidade civil, focando o erro médico, a partir do qual o permissivo das normas analisadas enseja que ordenamento jurídico condene o causador do dano, médico, a indenizar a vítima, paciente, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, à luz do Código de Defesa do Consumidor, porquanto regulamenta as relações de consumo.

A análise do erro médico compreendido entre as fases de anamnese, diagnóstico e tratamento impende que os operadores do Direito socorram-se da perícia técnica, somado a outras provas deveras complexas, vez que as demandas indenizatórias buscam reparar, por vezes, a perda de uma vida, de uma chance, de um sonho, a contar do caso concreto. Com efeito, os juízes baseiam suas decisões a par daquilo que é comprovado nos autos.

Apurou-se, ainda, que os profissionais de saúde, não raro, labutam à margem da vulnerabilidade, dado que durante o turno de trabalho, deparam-se com intercorrências que reclamam ação imediata do clínico, o qual além de atacar o problema precisa ater-se as particularidades de cada paciente que pode ou não reagir a determinada terapêutica.

Afora, apontou-se as limitações da ciência, tal como sua falibilidade, posto que a medicina é tida como absoluta prática, admitindo-se, assim, que a tríade diagnóstico, tratamento e paciente submetam-se ao recôndito desejo de usar a tecnologia para sobrepujar os males.

Na extração pretoriana, decai a premissa de que todo e qualquer erro clínico é escusável, tampouco intenta-se coonestá-los. Pela letra da lei, o especialista deverá ser rigorosamente penalizado quando atuar com culpa no curso de sua ocupação, ao revesti-la de negligência, imprudência ou imperícia, em detrimento da vida. Ao revés, presentes causas que excluam a responsabilidade médica, incide o rompimento do nexo causal, elidindo o dever de indenizar.

Contudo, forçoso convir que eventuais responsabilidades que acercam o clínico mostram-se facciosas e abusivas, mormente, desumanas --- do quanto exposto

no bojo deste estudo --- já que existem situações nas quais o médico não terá concorrido para o fato danoso.

Analisar a culpa médica, tal qual identificar uma causa de não incidência da responsabilidade desponha-se achacante ao juízo, exigindo perquirição do nexo causal. Aguarda-se, neste sentido, evolução doutrinária questionando a conveniência da implantação de “caixas pretas” em setores críticos hospitalares, como, centro cirúrgicos, UTIs e Pronto Atendimento, à vista do que é empreendido na aviação comercial, com o objetivo de despir a subjetividade dos meios de probatórios.

Conclui-se, portanto, à luz da atividade instrutória que a responsabilidade do médico é subjetiva, sendo certo que, em regra, este profissional exerce obrigação de meio, prestando-se a direcionar seus esforços à cura e recuperação do paciente. Excepcionalmente, sua obrigação será de resultado, à proporção que se postula tal proveito --- caso das cirurgias estéticas --- não se olvidando que tal estirpe se resigna a falhas imprevisíveis, em meio a métodos aceitos no toar da práxis terapêutica, responsabilizando-se, assim, por aquilo que causou.

Isto posto, insta considerar que as normas consumeristas deverão ser aplicadas auferindo as particularidades de cada caso concreto, consoante, ademais, aos valores constitucionais caros a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. V. 2 apud KFOURI NETO (2002).

ALMEIDA, Lucas. **Gerenciamento de riscos e segurança hospitalar: diagnóstico e solução**. 27/03/2020. Disponível em: <https://nexxto.com/gerenciamento-de-riscos-e-seguranca-hospitalar/>, Acesso em: 05 out. 2020.

ANDRADE, André Gustavo Correia. **Dano Moral e Indenização Punitiva. Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ASSIS NETO, Sebastião de; Jesus, Marcelo de; Melo, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil**. 4.^a Ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

AVECONE, Pio. *La Responsabilità penale del medico*. 1981.

BDINE JR., 2012.

BITTAR, Carlos Alberto apud PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 1998.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei N.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. Lei N.º 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Acesso em: 30 jan. 2011.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e Erro Médico Sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. 3.^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 2006.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 10.^a Ed. Revista e atualizada, 2016.

- COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica**. Resolução N.º 1.246/88. Brasília: Tablóide, 1990.
- COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. 2.ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6.ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- DIGITRO. **Gestão de risco: a tecnologia no atendimento pré-hospitalar**. 13/05/2020. Disponível em: <https://www.digitro.com/blog/comunicacao/gestao-de-risco-atendimento-pre-hospitalar/>. Acesso em: 05 out. 2020.
- DINIZ, M. Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil, V. 07. São Paulo: Saraiva, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 26.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 56.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001, P. 411.
- Jornada. **V Jornada de Direito Civil**. Coordenador-Geral. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Comissão de Trabalho. Família e Sucessões. Coordenador da comissão de Trabalho: Ruy Rosado. Numero: 519. Norma: Código Civil 2002 – Lei N.º 10.406/2002. Art. 202. Inciso I.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. V3. 9.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade Civil no Direito Comparado**. apud CARVALHO, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3.ª Ed. Revisada e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V. 4. 7.ª Ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.
- GODOY, Roberto. **A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, N.º 777, P. 96, jul. 2000, apud KALLAS FILHO, Elias, O fato da técnica: excludentes da responsabilidade civil do médico. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, V. 14, N.º 2, jul./out. 2013.

KALLAS FILHO, Elias. **O fato da técnica: excludentes da responsabilidade civil do médico.** Revista de Direito Sanitário, São Paulo, V. 14, N.º 2, jul./out. 2013.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** 6.ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** 9.ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais 2018.

LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. **Código Civil: comentários didáticos.** São Paulo: Atlas, 1987.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 2.ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência.** 3.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e Justiça.** 5.ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** 10000200359842001. DJE: 15/09/2020. Data de publicação: 25/09/2020.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** V. 2, 1954. Editora: Bookseller.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** T. VIII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

NORONHA, Fernando. **Responsabilidade Civil:** uma tentativa de ressystematização - responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave; responsabilidade objetiva normal e agravada. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil,** V. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Out / 2011.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível** N.º 598068245, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça. Relator: Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, Julgado em 11/11/1998.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível** N.º 70006130645, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça. Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 25/06/2004.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: **Responsabilidade Civil**. V4. 19.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3.^a Ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** N.º 146111.2008.014611-1. SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. DJE: 27/07/2009. Relator: Jaime Luiz Vicari. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6548111/apelacao-civel-ac-146111-sc-2008014611-1>. Acesso em: 09 jul. 2020.

SANTOS, Alexandre Martins dos. **Responsabilidade Civil do Médico**. 1.^a Ed. Rio de Janeiro: DOC, 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** N.º 202734220068260405. 1.^a Câmara de Direito Privado. DJE: 07/08/2012. Data de Publicação: 09/08/2012. Relator: Rui Cascaldi.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** N.º 994040788210. OITAVA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. DJE: 14/04/2010. Data de publicação: 22/04/2010. Relator: Salles Rossi. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9066760/apelacao-apl-994040788210-sp/inteiro-teor-102735362>. Acesso em: 09 jul. 2020.

SENISE LISBOA, Roberto. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em recurso especial**. 1253018 SP 2018/0041552-6. DJE: 20/03/2018. Ministro Sergio Kukina. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/558720994/agravo-em-recurso-especial-aresp-1253018-sp-2018-0041552-6/decisao-monocratica-558721004?ref=serp>. Acesso em: 09 jul. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em recurso especial**. 1542775 SP 2019/0205926-1. DJE: 11/09/2019. Relator Ministro João Otavio de Noronha.

Superior Tribunal de Justiça. **Reclamação**. 12062 GO. SEGUNDA SEÇÃO. DJE: 20/11/2014. Data de julgamento: 12/11/2014. Ministro: Raul Araujo. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153200497/reclamacao-rcl-12062-go-2013-0090064-6/relatorio-e-voto-153200504>. Acesso em: 09 jul. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. 1037759 RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. TERCEIRA TURMA. Data de julgamento: 23/02/2010. DJE: 05/03/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19158604/recurso-especial-esp-1037759-rj-2008-0051031-5>. Acesso em: 09 jul. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. 1097955 MG 2008/0239869-4/TERCEIRA TURMA. Relator Ministro Nancy Andrighi. DJE: 27/09/2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21073827/recurso-especial-resp-1097955-mg-2008-0239869-4-stj/inteiro-teor-21073828?ref=amp>. Acesso em: 10 jul. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. 120647-SP 1997/0012374-0. TERCEIRA TURMA. DJE: 15/05/2000. Ministro Eduardo Ribeiro. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/353926/recurso-especial-resp-120647-sp-1997-0012374-0>. Acesso em: 10 jul. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. 1254141 PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. TERCEIRA TURMA. Data de julgamento: 04/12/2012. DJE: 20/02/2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865276892/recurso-especial-resp-1254141-pr-2011-0078939-4/inteiro-teor-865276902?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. 1291247 RJ. Processo eletrônico. Número Registro: 2011/0267279-8, Julgado: 19/08/2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/bebe-sofre-dano-moral-ficar-celulas.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. 1335622 DF. TERCEIRA TURMA. DJE: 27/02/2013. Data de julgamento: 18/12/2012. Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Disponível em: 10 ago. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. 598281 MG. PRIMEIRA TURMA. DJE: 01/06/2006. Data de julgamento: 02/05/2006. Ministro: Luiz Fux. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7158334/recurso-especial-resp-598281-mg-2003-0178629-9/inteiro-teor-12878879>. Acesso em: 10 jul. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. 1621375 RS. TERCEIRA TURMA. DJE: 26/09/2017. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de publicação: 19/09/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503714853/recurso-especial-resp-1621375-rs-2016-0221376-0>. Acesso em: 10 ago. 2020.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Obrigações: Abordagem Didática**. 2.^a Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

TARTUCE, Flavio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 11^a edição. São Paulo. Forense. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **A Responsabilidade Médica na Experiência Brasileira Contemporânea**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Apelação Cível** 00028064220028110006. SEXTA CAMARA CÍVEL. DJE: 22/10/2014. Data de publicação: 27/10/2014. Relator: Desa Serly Marcondes Alves. Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/364760527/apelacao-apl-28064220028110006-76988-2014>. Acesso em: 15 ago. 2020.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível** 10024100638816001. 12ª CÂMARA CÍVEL. DJE: 25/01/2017. Data de publicação: 30/01/2017. Relator: Juliana Campos Horta. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423826209/apelacao-civel-ac-10024100638816001-mg>. Acesso em: 15 ago. 2020.

Tribunal de Justiça do Piauí. **Apelação Cível** 201200010055374. 1ª Câmara Especializada Cível. DJE: 30/10/2013. Relator: Dês. Fernando Carvalho Mendes. Disponível em: <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/389493078/apelacao-civel-ac-201200010055374-pi-201200010055374>. Acesso em: 10 jul. 2020.

Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista**. 20439-04.2015.5.04.0282. QUARTA TURMA. DJE: 09/02/2018. Data de Julgamento: 07/02/2018. Relator: Maria de Assis Calsing. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857435891/recurso-de-revista-rr-204390420155040282>. Acesso em: 10 jul. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil, **Responsabilidade Civil**, V. 4, 2ª Ed., Editora Atlas S.A., São Paulo, São Paulo, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: **Responsabilidade Civil**, V. 4. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5.ª Ed. São Paulo: Atlas. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 18.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.