

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU RESULTADO? BREVE ANÁLISE ACERCA DOS ATOS LESIVOS CAUSADOS AOS PACIENTES EM FACE DO EFETIVO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO.

Flaviana Barbosa da Silva
é estudante do 10º semestre do Curso de Bacharelado em Direito da
Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE

RESUMO

Este presente artigo tem como objetivo precípua discutir a Responsabilidade Civil em relação aos profissionais médicos face aos atos lesivos causados aos pacientes em decorrência do efetivo exercício de seu nobre ofício.

Tal estudo visa ampliar a compreensão a respeito da delicada relação jurídica médico-paciente por ocasião da constatação de danos substanciais a sua saúde, face à má técnica utilizada na prestação de seu atendimento.

Esse dever de reparação se agrava ainda mais quando ocorrer o óbito do paciente e, for comprovado que tal sinistro se deu por em razão de condutas culposa ou dolosa de tais profissionais.

É conveniente frisar que, a arte de tratar e curar os enfermos é uma das mais nobres e antigas profissões da humanidade mas que, dada a complexidade da atividade, da falibilidade humana e da gravidade da situação concreta estes profissionais correm o iminente risco de vir a cometer um erro fatal.

Neste ínterim, para se avaliar a exata responsabilidade civil médica empreendeu-se uma pesquisa bibliográfica, sob um enfoque dedutivo, lastreado através das lições ministradas pelos principais doutrinadores das searas civil e penal relacionadas com o tema ora tratado.

Para se chegar a uma conclusão, este estudo será fomentada pelo aporte de artigos científicos, monografias, dissertações de mestrados e teses de doutorados, bem como jurisprudência dos principais Tribunais que tenham sido arquivados para conhecer e julgar ações desta natureza..

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil, Erro médico, Atos lesivos.

Sumário

Introdução. 1. ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 1.2. Conceito de Responsabilidade Civil no ordenamento jurídico brasileiro. 1.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil. 1.4. Espécies de Responsabilidade. 2. ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. 2.1. Natureza jurídica da Responsabilidade Civil Médica. 2.2. Sobre a obrigação de meio e a obrigação de resultado. 2.3. Dos deveres dos médicos. 2.4. Excludentes de ilicitude na Responsabilidade Civil Médica. 2.5 Da teoria da perda de uma chance. 3. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

1. ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

O dever de reparar os danos é um instituto jurídico regido pelas normas dispostas no Título IX (da Responsabilidade Civil) do livro I denominado do Direito das Obrigações presente no Código Civil Brasileiro de 2002. Desta premissa, implica entendermos que, causando uma determinada pessoa um dano a outrem, logo surge à obrigação legal dessa de ressarcir os prejuízos causados àquela.

Desta forma, a responsabilidade civil tem como finalidade nos dizeres de Venosa (2010, p. 01) a busca pela reparação de um equilíbrio patrimonial e moral violado.

A civilista Maria Helena Diniz complementa esta afirmação ao lecionar que:

O interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. Na responsabilidade civil são a perda ou a diminuição verificada no patrimônio do lesado ou o dano moral que geram a reação legal, movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco. Isto é assim porque a ideia de reparação é mais ampla do que a de ato ilícito, pois, se esta cria o dever de indenizar, há casos de ressarcimento que de prejuízo em que não se cogita da ilicitude da ação do agente. (DINIZ, 2012 p. 21).

Deveras, o escopo da responsabilidade civil, acima de tudo confunde-se com a própria razão de ser do Direito (*Stricto Sensu*), qual seja a promoção da paz social e da segurança jurídica das relações sociais como um todo.

Sendo assim, a responsabilidade civil abarca uma ampla gama de atos, fatos e negócios jurídicos que as mais diversas relações humanas podem tomar forma e, a cada dia que passa, com os novos avanços tecnológicos e mutações da sociedade, adquirem novas configurações obrigando o Direito a árdua missão regê-las na sua totalidade.

A base para o alicerceamento do estudo da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico encontra-se consubstanciado nos artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002. Onde se ler que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos para o seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL. 2014)

Destes artigos presentes na parte geral do Código Civil de 2002 se origina,

como dito anteriormente, o Título IX Da Responsabilidade Civil que abrange os artigos 927 a 954 do mesmo Código.

Por ato ilícito ao qual se refere o artigo 186, de acordo com DINIZ (2012, p. 57), entende-se o ato praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinado a proteger os interesses alheios, o qual viola direito subjetivo individual, vindo a causar prejuízo a outrem, criando deste modo o dever de reparar tal lesão.

Desta forma, para que fique configurado o ato ilícito são necessários os seguintes requisitos:

- a) a realização de um fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência;
- b) a ocorrência de um dano patrimonial ou moral;
- c) e o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Com a efetiva satisfação cumulativa destes três requisitos acima fica configurado o ato ilícito que será passível de reparação.

O dano, por sua vez, é conceituado como o prejuízo sofrido pela pessoa do polo passivo na relação jurídica, podendo ser de natureza patrimonial ou moral. Assim, a sua reparação, conforme o caso, poderá assumir as espécies de indenização por dano moral, por dano material ou ainda cumulativa (danos morais e danos materiais), haja vista que de acordo com o que determina a súmula 37 do STJ estas podem ser cumuláveis: “São cumuláveis as indenizações por dano material e por dano moral oriundo do mesmo fato.” (BRASIL. STJ).

2.1 Conceito de Responsabilidade Civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Como dito a pouco a Responsabilidade Civil é um capítulo presente no Livro das Obrigações no Código Civil de 2002 e como tal aquele é comumente confundido com este. No entanto os dois conceitos têm acepções totalmente distintas e deve ser perfeitamente compreendidos pelo operador do direito para que possa intervir na elucidação de um caso concreto.

Por obrigação a doutrina de Gonçalves entende que é um vínculo jurídico de natureza pessoal e transitória que se estabelece entre um credor e um devedor com o objetivo de cumprir uma prestação economicamente aferível.

De outro modo, responsabilidade vem a ser uma consequência decorrente de uma obrigação não cumprida pelo devedor em favor do credor. Isto nos leva a

concluir que, quando um devedor não cumpre espontaneamente uma obrigação assumida perante um credor, logo surge o dever de reparar o direito violado por aquele.

Apesar de nos últimos 100 anos a responsabilidade civil ter adquirido um maior desenvolvimento na esfera civil que outras espécies da mesma seara, seu objetivo é tão antigo quanto a própria humanidade, visto que a noção de reparação é um conceito intuitivo de preservação de um bem material pertencente a um indivíduo. Neste diapasão leciona Rui Stoco que:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana” (STOCO, 2007, p.114).

Feitas estas distinções entre obrigação e responsabilidade, para avançar no estudo da Responsabilidade Civil por Erro Médico é necessário de antemão buscar o conceito formal deste instituto junto a doutrina pátria para uma maior compreensão do seu alcance e do grau de incidência em relação ao tema ora estudado.

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 06) a Responsabilidade Civil é conceituada como um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Este conceito teleológico tem guarida no artigo 927 do atual Código Civil que reza que: “Aquele que, por ato ilícito (artigo 186 e 187) causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL. 2014).

Maria Helena Diniz ao buscar um conceito para a Responsabilidade Civil, deduz que:

Responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem responda, por algo que a pertença ou de simples imposição legal. (DINIZ).

Desta forma é pacífico na doutrina e jurisprudência pátria que havendo uma lesão de cunho material ou moral a uma determinada pessoa e, comprovando-se outros requisitos como o nexo de causalidade entre a ação e o resultado danoso, fica configurado o dever jurídico do agente causador reestabelecer o *status quo*

ante, ou seja, recompor o estado original do bem lesionado.

2.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil.

Conforme dito a pouco para que fique configurado o dever de reparação por parte de um agente causador de um ato lesivo, são necessários alguns requisitos quais sejam: a conduta (seja, omissiva ou comissiva), a culpa (*lato sensu*), o efetivo dano a outrem e o liame de caráter que integre este dois elementos que comumente se denomina de nexo de causalidade.

Neste item verificar-se-á cada um desses elementos para que se possa chegar seguramente a uma conclusão a respeito da responsabilidade civil decorrente de erro médico.

Primeiramente é necessário definirmos o que vem a ser conduta. Segundo Halfeld (2011.p.24) Conduta é o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. Este é um elemento originário para responsabilizar alguém por um ato lesivo, ou seja, é necessário se verificar primeiramente uma conduta culposa, pois em decorrência da conduta ilícita se origina a culpa (*lato sensu*).

Para Silvio Rodrigues:

A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste. A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio principio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo. (RODRIGUES. 2002. p.16).

Por sua vez, leciona Gonçalves (2009. p. 296) que culpa (*lato sensu*) significa, atuar o agente desastrosamente, de modo a merecer a censura ou a reprovação do direito, Tal culpa se consolida quando ficar comprovado, em razão das circunstâncias concretas, que o agente podia e deveria ter agido de outro modo, evitando decisivamente o fato danoso.

Ressalta ainda o mesmo autor que para a aferição da culpa é necessário tomar como referência a conduta do homem médio, ou seja, um modelo idealizado de um indivíduo que age com diligência, prevendo dessa forma o mal e evitando o perigo.

Interessante advertir que culpa (*lato sensu*) não se confunde com a culpa

(*stricto sensu*, também denominada pela doutrina como *aquilianiana*), esta última vem a ser um juízo subjetivo que compõe, juntamente com o dolo, a reprovação do direito em relação a conduta praticada pelo agente.

Desta forma a culpabilidade pode ser dolosa ou culposa, que por seu turno pode se originar em razão da conduta negligente, imprudente imperita do ofensor.

Será dolosa a conduta que tiver como intenção violar um dever jurídico, ou seja, o ofensor agir premeditadamente para causar um dano a outrem.

De outro modo a culpa (*stricto sensu*) é a conduta que viola um dever jurídico em razão da falta de diligência do agente, ou seja, sem que haja a intenção de causar um dano a outrem.

Mais uma vez socorremo-nos à doutrina de Gonçalves para sintetizar a diferença entre o dolo e a culpa no tocante ao ato volitivo da conduta do agente e o seu correspondente resultado. Segundo o autor:

Tanto no dolo quanto na culpa há conduta voluntário do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige a concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante -, enquanto no segundo a conduta já nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor do dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa incide sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental da conduta decorrente da falta de cuidado. (GONÇALVES, 2009. p. 298).

A partir da dicção do artigo 186 do Código Civil de 2002, pode-se inferir que o ilícito culposo resulta da negligência, imprudência e imperícia do agente.

Negligência é a conduta culposa de deixar de tomar o cuidado necessário para evitar um fato danoso, ou seja, é ser o agente desidioso para com um dever jurídico, deixando de tomar as precauções necessárias. Nas palavras de Magalhães Noronha (2009. p.139) negligente é quem podendo e devendo agir de determinado modo, por indolência ou preguiça mental não age ou se comporta de modo diverso.

A negligência é assim uma conduta omissiva por excelência, onde o agente se abstém de agir com vigilância, gerando com essa conduta um resultado culposo.

De outro modo, imprudência é uma conduta comissiva, onde o agente age positivamente abnegando-se em agir com a cautela necessária a fim de evitar um resultado lesivo. Seu comportamento é insensato, precipitado e incauto, gerando com isso um resultado reprovável pelo direito, qual seja um dano.

A imperícia, por sua vez, é a ausência de habilidade ou conhecimento técnico para o efetivo desempenho de uma função, arte ou ofício. Esta modalidade de culpa se consuma quando o agente emprega uma metodologia improfícua para a solução de um problema que imagina ser capaz de decidir, gerando com isso um prejuízo a outrem.

Digno de nota é o posicionamento do penalista Fernando Capez, ao comentar a diferença entre a imperícia e o erro médico. Segundo ele somente haverá a incidência da norma penal incriminadora quando ficar demonstrada a gravidade do dano provocado pela conduta culposa do agente. Para ele o erro médico ocorre quando:

... são empregados os conhecimentos normais da medicina, por exemplo, chega o médico a conclusão errada quanto ao diagnóstico, à intervenção cirúrgica etc., não sendo o fato típico. O erro médico pode derivar não apenas de imperícia, mas também de imprudência ou negligência. Além disso, a imperícia não se restringe à área médica, podendo ocorrer em qualquer outra atividade ou profissão que requeira habilidade especial. Somente a falta grosseira desses profissionais consubstancia a culpa penal, pois exigência maior provocaria a paralisação da ciência, impedindo os pesquisadores de tentar métodos novos de cura, de edificações etc. (CAPEZ. 2011. p. 234).

Dito isso, passemos a analisar outro requisito da responsabilidade civil que é o dano.

Consoante já salientado, para que haja um dever jurídico de reparação é necessário de antemão que a conduta culposa (*lato sensu*) do agente tenha causado um dano a uma vítima. Em outras palavras, isso equivale dizer que o dano é um elemento essencial para a responsabilidade civil, sem o qual não há que se falar em indenização ou reparação. Se é possível haver uma responsabilidade civil sem a que haja a conduta culposa do agente (responsabilidade objetiva como se verá adiante) o mesmo não se pode dizer do dano. Gonçalves (2009. p. 338) compara a ação de indenização sem dano a uma pretensão sem objeto.

Ao conceituar o elemento dano, Cavalieri Filho advoga que este é:

A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. (CAVALIERI FILHO. 2012. p. 04).

Donde se subsume que havendo um dano haverá o dever da reparação por

meio de um valor econômico para reequilibrar o prejuízo sofrido pela vítima. Logo o dano é apreciável economicamente.

Esta premissa encontra respaldo no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88) bem como nos incisos V e X do artigo 5º da Carta Magna, que respectivamente rezam que:

Artigo 5º. [...]

V. É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem.

[...]

X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 2014).

Diante destas duas passagens presentes na CRFB/88, se observa que a Carta Política cuidou em dois momentos distintos em erigir a honra, a moral e a imagem como um direito inerente a personalidade do indivíduo, merecedora portanto de ser devidamente ressarcido no caso de um agente vir a causar flagrante prejuízo a elas.

Sendo assim, a doutrina curvando-se diante desta premissa costuma dividir o dano em duas espécies, a saber, danos morais e danos materiais, como bem diferencia os dois institutos Gonçalves em passagem na sua obra *Responsabilidade Civil*. *In verbis*:

É possível distinguir no campo dos danos a categoria dos danos patrimoniais (ou materiais), de um lado, dos chamados danos extrapatrimoniais do outro. Material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. Moral é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio. (GONÇALVES, p. 339. 2012).

Por hora não adentrar-se-á no estudo das espécies de danos, deixando esta análise para um item mais adiante onde se verificará as espécies de responsabilidade civil o qual o dano estará incluído.

Seguindo adiante com o exame dos elementos essenciais da responsabilidade civil, chegasse a figura do nexa de causalidade, que desempenha papel fundamental na apuração da dever de reparação por parte do agente causador de um ato ilícito.

Ista salientar que apesar de não haver controvérsia sobre a sua essencialidade enquanto pressuposto do tema ora tratado, a doutrina civilista e a jurisprudência pátria ainda vacilam quanto a teoria adotada para estabelecer o vínculo objetivo entre a conduta e o resultado danoso.

Isto porque existem três teorias desenvolvidas pela doutrina e invocadas pela jurisprudência para sustentar o nexo de causalidade a saber: Teoria da equivalência Teoria da causalidade adequada e Teoria da causalidade direta e imediata. Analisar-se-á em seguida cada uma delas para chegar-se a conclusão sobre qual dessas teorias foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente é conveniente conceituar o que vem a ser o nexo de causalidade. Neste ínterim Sílvio de Salvo Venosa, em sua obra sobre Responsabilidade Civil informa que:

O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. (VENOSA. 2010. p. 45).

Estes dizeres reforça a ideia da imprescindibilidade do nexo de causal para a apuração da responsabilidade civil. No entanto, tal certeza limita-se quanto a sua existência, gerando controvérsias quanto a sua natureza, pois de todos os elementos já averiguados este é o que se exige mais precisão quanto a sua demonstração.

Por ser um instituto muito antigo, mas que somente alcançou um amplo desenvolvimento jurídico-positivista nos últimos 100 anos, a responsabilidade civil, malgrado a sua importância, ainda necessita de um maior aprofundamento para reger com precisão os variados e complexos aspectos sociais ao qual ela se propõe.

Prova disso é a evolução das teorias a respeito do nexo causal ao qual vamos sucintamente analisar adiante.

A primeira teoria a ser adotada foi a da equivalência das condições ou teoria objetiva da causalidade (*condition sine qua non*) formulada pelo alemão Maximiliano Von Buri ao qual informa que todas as circunstâncias ou causas devem ser igualmente relevantes para se apurar o dano, não se podendo desprezar nenhuma delas, sob pena de não se verificar o dano se uma delas for suprimida da verificação.

Esta primeira teoria não vingou por muito tempo, pois sugeriram violentas críticas ao seu modelo, haja visto que se todas as causas são relevantes como dito, corre-se o risco de desviar a atenção da conduta culposa do agente para outras figuras,

como o exemplo citado por Gonçalves (2009. p. 332) onde no caso de um acidente automobilístico uma das possíveis causas do dano a uma vítima seria o nascimento do condutor; ou ainda, no homicídio causado por uma arma de fogo, a causa do dano seria a fabricação do mesmo.

A segunda teoria relevante para a verificação do nexo de causalidade foi a teoria da causalidade adequada de criação de Von Kries. De acordo com essa teoria a causa geradora do dano é aquela que se mostrar mais provável e adequada de ser imputada como tal. Isto quer dizer que nem todas as condições serão causas aptas a produzir um resultado, mas aquela mais apropriada para produzir um dano.

Esta teoria tem como particularidade uma análise, em abstrato a cargo do julgador, para avaliar a adequação da causa face o resultado danoso.

A autora Giselda Sampaio da Cruz, em sua obra intitulada o Problema do nexo causal na responsabilidade civil corrobora esta premissa ao dispor que:

É necessário que o julgador, em sua análise, retroaja mentalmente até o momento da ação ou omissão para estabelecer se esta era ou não adequada para produzir o dano. Realiza-se, assim, uma “prognose póstuma”, já que o julgador se coloca no momento da ação, como se o resultado não tivesse ocorrido, a fim de determinar sua probabilidade. (CRUZ, 2005. p. 24-25).

Apesar da teoria da causalidade adequada ser mais bem elaborada que a da equivalência das condições, também não foi unissonamente adotada pela doutrina surgindo críticas quanto a sua subjetividade uma vez que cada julgador poderia entender uma causa como mais provável que a outra.

Por fim, a terceira teoria é denominada de danos diretos e imediatos que idealizada pelo civilista brasileiro Agostinho Alvim, vindo a ser adotado pelo Código Civil de 1916 e posteriormente pelo atual Código Civil (Lei nº 10.406/2002) no seu artigo 403 onde se ler que “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” (BRASIL. 2014). Negrito nosso.

Donde se observa que esta presente teoria determina que a obrigação de reparar o dano é um efeito resultante direta e imediatamente de uma conduta culposa do agente. Em outras palavras, isto quer dizer que, o agente somente será imputado a responder pelos danos o qual tenha sido causado por ele decorrente da sua inobservância do dever de cuidado

A grande inovação trazida por esta terceira teoria, malgrado ser uma síntese das outras duas anteriores, é que o autor somente responderá pelos danos que guarde relação direta e próxima com o fato lesivo ao qual tenha dado causa abstraindo-se assim, de eventuais danos alheios a sua conduta que poderia, de alguma forma, agravar ainda mais a situação danosa provocada pela mesma.

Para ilustrar a aplicação prática desta teoria em relação ao nexos de causalidade digno de nota é o clássico caso esboçado por Wilson Melo da Silva, citado por GONÇALVES, *in verbis*:

Assim no clássico exemplo citado por WILSON MELO DA SILVA, do acidentado que ao ser conduzido de uma ambulância para o hospital, vem a falecer em virtude da tremenda colisão da ambulância com outro veículo, responderia o autor do dano primeiro da vítima, o responsável por seu ferimento, penas pelo seus ferimentos dele oriundos. Pelos danos da morte dessa mesma vítima em decorrência do abalroamento da ambulância, no qual era transportada para o hospital, com o outro veículo, responderia o motorista da ambulância, ou do carro abalroador, ou ambos. Mas o agente do primeiro evento não responderá por todos os danos, isto é, pelos ferimentos e pela morte. (SILVA, Wilson Melo da. Da responsabilidade civil automobilística. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p.207 *apud* GONÇALVES, 2009, p. 333) .

Como se subsume a partir do retro trecho transcrito há uma nítida separação da responsabilidade trazida por essa teoria quando há sucessivos danos suportado pela vítima, respondendo cada qual autor pelo respectivo dano que tiver causado a esse.

Com isso alcança-se uma maior justiça na reparação do dano, uma vez que, o autor somente será imputado pela exata medida do dano ao qual der causa. Contudo esta teoria estar longe de resolver todos os casos podendo o julgador adotar a sua livre convicção para julgar da maneira que considerar mais equânime ao caso concreto.

1.3 Espécies de Responsabilidade Civil

Após ser feitas as necessárias e úteis abordagens a cerca dos pressupostos da responsabilidade civil, passar-se-á a analisar as espécies de responsabilidades possíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo de início é mister salientar que as classificações comumente elencadas pela doutrina são de ordem puramente didática, objetivando com isso facilitar uma maior compreensão do fenômeno ora estudado.

Sendo assim a doutrina majoritária costuma tomar como parâmetros, a natureza, o fato gerador, os fundamentos e os agentes dos atos lesivos.

Quanto a natureza a responsabilidade pode assumir as formas de penal ou civil a depender do interesse lesionado. Como bem se sabe a seara penal é um ramo do direito público tendo como interesse a ordem e a incolumidade da sociedade como um todo. Logo, o sujeito passivo é o Estado que exerce o *jus puniendi* para castigar o infrator enquanto que a seara civil importa-se com a relação entre particulares, com fulcro no equilíbrio e na segurança jurídica entre os envolvidos, contentando-se com a mera reparação do dano como forma de restaurar o *status quo ante*.

Apesar de ambas as responsabilidades terem os pressupostos (conduta, culpabilidade, nexo de causalidade, dano) muito semelhantes, adaptados porém, aos seus respectivos designos, guardam entre si diferenças substâncias quanto à imputabilidade do agente causador do ato lesivo.

Neste íterim, a responsabilidade penal será invocada quando a conduta do agente amoldar-se a um tipo penal presente no Código Penal, como por exemplo, no homicídio (artigo 121), na lesão corporal (artigo 129) entre outros. sendo punido com a perda de sua liberdade.

Por seu turno, a responsabilidade civil, como já dito amiúde, se perfaz quando um agente causa um dano a outrem, por ação ou omissão e viola um dever jurídico. A partir daí surge o dever de reparar pecuniariamente o dano causado.

Em alguns casos a ofensa é tão grave que a responsabilidade pode afrontar ambos os ramos, surgindo assim, a responsabilidade de natureza civil e penal simultaneamente como bem descreve Aguiar Dias em sua obra Da responsabilidade civil:

Assim, certos fatos põem em ação os mecanismos recuperatórios da responsabilidade civil; outros movimentam tão somente o sistema repressivo ou preventivo da responsabilidade penal; outros, em fim, acarretam, a um mesmo tempo, a responsabilidade civil e penal, pelo fato de apresentarem, em relação a ambos os campos, incidência equivalente, conforme aos diferentes critérios, sob o que entram em função os órgãos encarregados de fazer valer a norma respectiva. (AGUIAR DIAS. 1997, p.8).

Quanto ao fato gerador a responsabilidade civil pode assumir as formas de contratual e extracontratual. Esta divisão dualista é bastante contestada por uma parte da doutrina (adeptos da teoria unitária ou monista) que não entende a

necessidade desta divisão, uma vez que, os seus pressupostos e a forma para a sua resolução são sempre os mesmos, qual seja, a condenação do autor no sentido de recompor o prejuízo sofrido pela vítima.

Assim, de forma sintética diz-se que a responsabilidade civil é contratual, como o próprio nome já informa, quando a obrigação é derivada de um ato jurídico celebrado entre as partes por meio de um contrato. De forma diversa, a responsabilidade é dita extracontratual (ou aquiliana) quando a obrigação não deriva de um contrato, mas resulta da vontade da lei que preceitua um dever de cuidado a ser observado por todos.

Neste mesmo sentido sintetiza GONÇALVES:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito. (GONÇALVES, 2009. p. 26).

De acordo com este entendimento, haverá dois meios distintos, no que se refere ao ônus da prova, para que fique demonstrado o dever de reparar o dano: um para a responsabilidade contratual e outro para a responsabilidade extracontratual.

Na responsabilidade contratual caberá à vítima provar o dano sofrido por meio da demonstração da inexecução do contrato (*exception non adimplenti contractus*), cabendo ao infrator contestar esta acusação alegando algumas das excludentes de responsabilidades que será logo mais abordada.

Por seu turno, na responsabilidade extracontratual a vítima terá que demonstrar a culpa (*latu sensu*) do autor do dano. bem como este. para que fique configurado o dever de reparação.

Seguindo adiante com a análise das espécies de responsabilidade, um outro critério comumente elencado pela doutrina leva em conta o seu fundamento, podendo assumir as formas de responsabilidade subjetiva ou objetiva, guardado como núcleo central a ideia de culpa já examinada neste trabalho.

A responsabilidade será subjetiva quando tiver a culpa (*latu sensu*) como fundamento basilar para o prejuízo alegado, ou seja, o agente deixa de praticar um ato o qual deveria respeitar, gerando com esta conduta desidiosa um dano a uma vítima. Em razão disso esta vítima terá obrigatoriamente que demonstrar o dolo ou a culpa (*strictu sensu*) para fazer jus ao direito de reparação conforme preceituam os

artigos 186 e 187 do CCB/2002.

No entanto com a ampla evolução das atividades humanas, observou-se que estas potencialmente poderiam gerar sérios riscos as pessoas, razão pela qual se desenvolveu na Europa, em meados do século XIX, um amplo estudo a respeito do que se convencionou denominar de teoria do risco, que modernamente veio a receber o nome de responsabilidade objetiva.

Na responsabilidade objetiva, diferentemente da responsabilidade subjetiva, a vítima estar dispensada da comprovação da culpa do agente, bastando tão somente demonstrar o dano e o nexo de causalidade entre este e a conduta lesiva do atuante, pois a lei expressamente presume que tal atividade naturalmente possa servir de fonte geradora de danos a incolumidade social.

Desta forma, dispôs o atual Código Civil a possibilidade da imputação objetiva ao agente causador de determinados danos como, por exemplo, o dono de animal que causar dano a outrem (art. 936), o do dono de edifício de construção que ruir e causar estragos aos imóveis vizinhos (art. 937) ou do dono de prédio por objetos sólidos que dele forem lançados em local indevido, vindo a lesionar outros moradores ou transeuntes (art. 938).

Fora estes casos presentes no Código Civil, consta a responsabilidade objetiva em leis extravagantes como as caso do operador de usinas nucleares (Lei nº 6.453/77), da responsabilidade por acidentes causados ao meio ambiente (Lei nº 6.938/81), no caso do fornecedor de produto pelos danos que causar ao usuário presente no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)

Sobre o aspecto da responsabilidade objetiva constituir-se em uma excessão à responsabilidade civil extracontratual, esclarece Sílvia de Salvo Venosa:

Reiteramos, contudo, que o princípio gravitador da responsabilidade extracontratual no Código Civil ainda é o da responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade com culpa, pois esta também é a regra geral traduzida no Código em vigor, no *caput* do art. 927. Não nos parece, como apregoam alguns, que o estatuto de 2002 fará desaparecer a responsabilidade com culpa em nosso sistema. A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize, ou no julgamento do caso concreto, na forma facultada pelo parágrafo único do art. 927. Portanto na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois este é ainda a regra geral no direito brasileiro, Em casos excepcionais, levando em conta os aspectos a nova lei, o juiz poderá concluir pela responsabilidade objetiva no caso que examina. No entanto, advirta-se, o dispositivo questionado que somente pode ser definida como objetiva a responsabilidade do causador do dano quando esta decorrer de "atividade

normalmente desenvolvida” por ele. O juiz deve avaliar, no caso concreto, a atividade costumeira do ofensor e não uma atividade esporádica ou eventual, qual seja, aquela que, por um momento ou por uma circunstância, possa ser um ato de risco. Não sendo levado em conta esse aspecto, poder-se á transformar em regra o que o legislador colocou como exceção. (VENOSA, p. 14, 2010).

Como se verifica a responsabilidade objetiva é uma exceção a teoria da responsabilidade civil, que adota como regra a responsabilidade subjetiva. Para que se possa recorrer a responsabilidade objetiva é necessário que haja expressa previsão legal neste sentido. Sem ela, há de se fazer uso da responsabilidade subjetiva afastando-se, desta forma, a possibilidade da aplicação da teoria do risco.

GONÇALVES citando uma passagem do jus-filósofo Miguel Reale, na ocasião em que coordenava o projeto que originou o atual Código Civil, ja apontava a necessidade de pacificar possíveis controvérsia que pudesse surgir com a inserção da responsabilidade objetiva no nosso ordenamento jurídico. Desde o início definina a responsabilidade civil subjetiva como a regra adotada e a responsabilidade civil objetiva como a sua exceção:

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que se fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio pela sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isso não exclui que atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. (REALE. Miguel. Diretrizes geratis sobre o Projeto de Código Civil. *In* Estudo de filosofia e ciência do direito. p. 176-177. São Paulo: Saraiva, 1978. *apud* GONÇALVES, 2009, p. 33).

Apesar deste amplo mecanismo jurídico se solidificar nas normas legais como uma forma de buscar a reparação do prejuízo suportado pela vítima da conduta culposa (ou não culposa) do agente, deve-se também ser levado em conta as possíveis ações que venham de alguma forma excluir o elemento culpa, quebrando assim, o encadeamento conduta, culpa, dano e nexos de causalidade, o qual, se configurado e demonstrado pelo agente, o qual o isentará da obrigação de reparar o dano, como será estudado em seguida.

2. ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

REFERÊNCIAS

- BRASIL.** Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 2014.
- CAPEZ,** Fernando. **Curso de Direito Penal.** v. 1. Parte geral: (art.1º a 120) - 15 ed. - São Paulo: Saraiva. 2011.
- CRUZ,** Gisela Sampaio da. **O problema do nexu causal na responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GONÇALVES,** Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro,** volume IV: Responsabilidade Civil. 4 ed. ver. – São Paulo: Saraiva, 2009.
- MAGALHÃES NORONHA,** Edgard. **Direito Penal.** v. 1 - 30. ed. - São Paulo: Saraiva. 2009.
- RODRIGUES,** Sílvio. **Direito Civil,** Volume IV. 19ª Edição, São Paulo: Saraiva. 2002
- VENOSA,** Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** responsabilidade civil. v. 4. 10 ed.- São Paulo: Atlas, 2010

CIVIL LIABILITY FOR MEDICAL ERROR: OBLIGATION OF MEANS OR RESULT? BRIEF ANALYSIS ABOUT THE ACTS WHICH HARM CAUSED TO PATIENTS IN THE FACE OF EFFECTIVE EXERCISE OF THE PROFESSION

Abstract

This article has as main objective to bring baila some prominent aspects in relation to the application of Civil Liability to medical professionals on the occasion of harmful acts caused to patients as a result of the effective exercise of their noble profession.

This study aims to broaden the understanding of the delicate legal relationship doctor-patient at the time of the finding of substantial damage to their health in the face of bad technique used in the provision of their care.

This duty of repair is further aggravated when the death of the patient, and it is demonstrated that such claim was made by pipeline negligence or wilful misconduct of such professionals.

It should be emphasized that the art of treating and curing the sick is one of the most ancient and noble professions of humanity and that, given the complexity of the activity, of human fallibility and the severity of the situation these professionals runs the imminent danger of committing a fatal error.

In the meantime, in order to assess the exact liability medical undertook an extensive literature search, under a deductive approach, abetted by the lessons taught by the main doutrinators cornfields of civil and criminal cases related to the theme in treaty, to the end that accurate measurement of repair over the causative agent of the lesion.

This conclusion is further encouraged by inflow of scientific articles, monographs, theses masters theses and doctoral degree holders as well as jurisprudence of the main Courts that have been accused to know and judge actions of nature be called indemnizatory on this repair.

Keywords: Civil Liability, Medical Error, Marmful Acts.

