

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**CLARA ANA CANELA PIAZZA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE PRESCRIÇÃO DE  
MEDICAMENTO**

**CRICIÚMA, JUNHO, 2012**

**CLARA ANA CANELA PIAZZA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE PRESCRIÇÃO DE  
MEDICAMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof. Rosangela Del Moro

**CRICIÚMA, JUNHO, 2012**

**CLARA ANA CANELA PIAZZA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE PRESCRIÇÃO DE  
MEDICAMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito de Civil, Constitucional e Processual Civil.

Criciúma, Junho de 2012.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof<sup>a</sup>. Rosangela Del Moro - (UNESC) - Orientadora

Prof. Fabrizio Guinzani - (UNESC)

Prof. Daniel Ribeiro Preve - (UNESC)

**Aos meus pais, Humberto e Jaqueline, pelo amor, compreensão e maior exemplo de vida.**

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus, pelo dom da vida, pelos sonhos que se concretizam e pelo estímulo para seguir sempre em frente.

Aos meus pais, Humberto e Jaqueline, por todo amor, incentivo, compreensão, paciência e exemplo de vida.

A minha irmã, Victória, por todo amor incondicional que vou levar comigo para o resto da vida.

Ao meu querido, Gabriel, pelo amor, compreensão, e tanta paciência.

A todos os meus familiares e amigos, pelo apoio e por acreditar no meu sonho.

Aos meus professores, que contribuíram de forma decisiva com a minha formação acadêmica. E, em especial, ao minha orientadora, professora Rosangela Del Moro, minha conterrânea, pelo ensinamento e dedicação para realização deste trabalho.

**“Há homens que lutam um dia e são bons. Há outros que lutam um ano e são melhores. Há os que lutam muitos anos e são muito bons. Porém, há os que lutam toda a vida. Esses são os imprescindíveis.”**

**Bertolt Brecht**

## RESUMO

Através do método de pesquisa dedutivo, em pesquisa do tipo qualitativa, teórica, com emprego de material bibliográfico, documental legal, o presente estudo tem como objetivo discorrer sobre a responsabilidade civil do médico, no que tange aos danos morais e materiais decorrentes de erro médico por erro de prescrição de medicamento, à luz da doutrina brasileira. Inicialmente buscou-se entender a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, de forma geral, ressaltando os pontos mais importantes, como a evolução e conceito, os pressupostos, as teorias (objetiva e subjetiva) e as cláusulas excludentes da responsabilidade. No segundo capítulo verificou-se a responsabilidade civil no médico, trazendo seu conceito, a natureza contratual ou extracontratual, a relação entre médico e paciente, de meio ou resultado, a responsabilidade civil médica em face do Código de Defesa do Consumidor, bem como o Código de Ética Médica. Já no terceiro e último capítulo, buscou-se entender sobre a prescrição de medicamento, o dever do médico em explicar os procedimentos e o consentimento do paciente, o dano e sua dificuldade de comprovação, assim como suas modalidades de reparação. Com o estudo verificou-se que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, de natureza contratual, sua obrigação é de meio e não de resultado, contrastando o entendimento da doutrina e a decisão da jurisprudência quando das ações indenizatórias por erro médico, ficando evidente a restrição da Corte Catarinense em admitir a ocorrência de responsabilidade bem como de dano moral e material por erro de prescrição de medicamento.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Dano moral. Erro médico. Erro de Prescrição. Indenização.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	2
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	2
2.2 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	5
2.2.1 Responsabilidade Civil Subjetiva .....	6
2.2.2 Responsabilidade Civil Objetiva .....	7
2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	10
2.3.1 Ação ou omissão do agente .....	10
2.3.2 Culpa ou dolo do agente .....	11
2.3.3 Nexo de causalidade .....	13
2.3.4 Dano.....	14
2.4 CLÁUSULAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	16
<b>3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA</b> .....	21
3.1 Conceito .....	21
3.2 Natureza da responsabilidade civil médica: contratual ou extracontratual .....	22
3.3 Relação Médico X Paciente: obrigação de meio ou de resultado .....	24
3.4 Responsabilidade Médica em face do Código de Defesa do Consumidor .....	27
3.5 Código de Ética Médica.....	29
<b>4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTO</b> .....	31
4.1 Da Prescrição de medicamento .....	31
4.2 Dever de informação do médico e consentimento do paciente .....	33
4.3 O dano material e moral e seus obstáculos à constatação e comprovação.....	36
4.4. Da indenização, avaliação, natureza econômica e modalidades de reparação dos danos .....	39
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	44
<b>6. REFERÊNCIAS</b> .....	46



## 1 INTRODUÇÃO

Neste estudo, apresentar-se-á os aspectos fundamentais e essenciais sobre a possibilidade do médico ser responsabilizado civilmente, pelo fato de erro na prescrição de medicamentos.

Para melhor visualização do tema, inicialmente, far-se-á uma breve análise acerca da responsabilidade civil, seus pressupostos, teorias, bem como as cláusulas excludentes da mesma.

Posteriormente, no segundo capítulo, analisar-se-á o conceito e os elementos que norteiam a responsabilidade civil médica propriamente dita, a relação entre médico e paciente, a origem contratual dessa relação e como a responsabilidade civil médica é vista perante o Código de Ética Médica e também o Código de Defesa do Consumidor.

No terceiro capítulo, estudar-se-á a conduta profissional médica em relação à prescrição de medicamento, a devida informação ao paciente e o dever de reparação, uma vez constatado o dano, destacando-se as dificuldades de constatação e comprovação dos mesmos, bem como a evidente restrição da jurisprudência catarinense no tocante à matéria.

A relevância deste tema resta demonstrada haja vista o grande aumento de ações decorrentes de erro médico, demandando, portanto, a necessidade de serem debatidas as causas e todas as implicações possíveis no ordenamento jurídico atual.

O médico deve ter máxima atenção ao prescrever um medicamento, haja vista estar dando sua “garantia” de profissional em relação a medicação, portanto garantindo assim o princípio ativo do remédio e sua contribuição à melhora do paciente.

É necessário que os profissionais tanto da medicina, como de qualquer outra área, atuem com atenção e confiança, para que assim o paciente possa estar confiante também, em qualquer fase do tratamento, a fim de não agir com negligência, imperícia ou imprudência e causar graves sequelas ao paciente.

## 2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste primeiro capítulo, far-se-á uma análise acerca da responsabilidade civil, de modo geral, tratando de seus pressupostos, teorias subjetiva e objetiva, bem como as cláusulas excludentes da mesma.

### 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antigamente, quando os homens viviam em pequenos grupos, a vingança era coletiva, ou seja, quando algum membro deste grupo sofria dano todos se rebelavam e tornavam essa vingança coletiva. O causador do prejuízo era excluído do grupo ou até morto. Não havia regras nem limites. Após essa fase, evoluiu-se para a vingança privada, onde a agressão era repelida com outra agressão que causasse igual dano. Era a chamada Lei de Talião onde cada homem reagia ao dano que lhe causaram com suas próprias mãos, seguindo a fórmula do "olho por olho, dente por dente". (DINIZ, 2003, p. 10-11).

O ser humano começou a notar que não havia vantagens na retaliação, já que não haveria compensação pelo dano causado, mas sim um novo dano. Sendo assim, o dano era reparado através da *poena* (pagamento em dinheiro), substituindo a vingança corporal pela compensação econômica. (DINIZ, 2003, p. 11).

No direito Romano, observou-se a criação de alguns princípios que norteariam, séculos depois, a responsabilidade civil. Se anteriormente predominava a vingança privada, praticada de forma selvagem, evoluiu-se para uma forma de repressão do dano sob o domínio do direito, com a intervenção do poder público, quando era necessário. Da pena de Talião passou-se a composição tarifada e voluntária, previstas na Lei das XII Tábuas, a qual fixava para cada caso concreto um valor da pena a ser pago pelo causador do dano. (VASCONCELOS, 2007, p. 68).

Ressalta Lima (1997, p. 22) que, “sendo tal o estado de evolução do Direito Romano sobre a responsabilidade civil delitual, quando surge a célebre Lei Aquilia, que emprestou seu nome à nova designação da responsabilidade delitual”.

Conforme ensina Vasconcelos (2007, p. 68) no ano 468 adveio a Lei Aquília,

secundada pela Lei Cornélia. Mas foi na *Lex Aquiliana* de *Damno* que se delineou o marco inicial da responsabilidade civil, formulando o conceito de culpa e estabelecendo regras para a reparação do dano. Usou-se a ideia de culpa para fundamentar a responsabilidade, enfatizando a reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, sendo assim o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa.

O Estado passou a intervir nos conflitos privados, fixando valores aos prejuízos obrigando a vítima a aceitar, esquecendo-se da vingança. Todavia, essa composição que permaneceu no direito romano tem caráter de pena privativa, vista como reparação, já que não havia distinção entre a responsabilidade civil e penal. Na Idade Média se estabeleceu a estrutura da ideia de dolo e de culpa *stricto sensu*, distinguindo-se assim a responsabilidade civil da penal. (DINIZ, 2003, p. 13).

Com o desenvolvimento industrial e tecnológico, houve um aumento de danos, ocasionando o surgimento de novas teorias que buscam a total reparação da vítima. A figura da responsabilidade civil fora evoluindo em relação ao fundamento, baseando-se o dever de reparação não apenas na culpa, caso em que será subjetiva, como também no risco, ocasião em que passará a ser objetiva. (VENOSA, 2006, p. 17).

Diniz (2003, p. 35) nos ensina que o vocábulo “responsabilidade” é oriundo do verbo *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. A responsabilidade serviria, portanto, para traduzir a posição daquele que não executou o seu dever.

Consoante ao conceito de responsabilidade civil este é o instituto jurídico que enseja o dever de alguém em reparar certo mal que tenha causado a outrem, quer através de uma ação ou omissão.

De acordo com Alonso:

Por sua vez a responsabilidade civil está no prejuízo causado pelo agente ao particular e/ou ao Estado. Busca-se a reparação do dano causado de forma a restabelecer o *status quo ante* ou através do pagamento em dinheiro. A responsabilidade civil por sua repercussão do dano privado tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, possibilitando à vítima pleitear a reparação do dano sofrido. (2000, p. 03)

O Código Civil de 2002 dedicou poucos dispositivos em relação à responsabilidade civil. Na parte geral, os artigos 186, 187 e 188 tratam da regra geral

da responsabilidade aquiliana e excludentes. Já na parte especial estabelece a regra básica da responsabilidade contratual no art. 389 e 927. (GONÇALVES, 2003, p. 07).

A responsabilidade civil é um dos temas mais problemáticos da atualidade jurídica, vista sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos na atividade humana. Toda manifestação da atividade que provoca prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade, que não é fenômeno exclusivo da relação jurídica, mas sim da vida social. (DINIZ, 2003, p. 9-10).

É uma obrigação de reparar o dano resultante de um fato de que se é autor, sendo direto ou indireto. A responsabilidade civil, na ótica de Savatier, “é a obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou das coisas dela dependentes.” (APUD VASCONCELOS, 2007, p. 67).

Conforme ensina Diniz (2005, p. 06) a responsabilidade civil é de grande importância, haja vista dirigir-se a restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e a redistribuição da riqueza de conformidade, de acordo com a justiça, tutelando a pertinência de um bem, a um sujeito determinado.

De acordo com Vasconcelos (2007, p. 68) no problema da responsabilidade civil se refletem questões humanas, individuais e contratuais. Estudar essa problemática é examinar o próprio comportamento humano, no que tange aos danos, sendo, portanto, necessário definir a responsabilidade profissional.

Afirma Vasconcelos (2007, p. 70), que sabe-se que qualquer forma de atuação humana implica, forçosamente, a possibilidade de se responsabilizar alguém, por algum fato. Isso decorre dos registros históricos que apontam o surgimento da responsabilidade com o próprio nascimento da civilização.

A responsabilidade civil no entendimento de Soares (1999, p. 09) “se exprime na obrigação de responder por alguma coisa, ou seja, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou”. Sob tal premissa, a responsabilidade pode ser decorrente de compromisso, ou ato praticado que conseqüentemente gerou dano.

Segundo Rodrigues (2003, p. 06): “a responsabilidade civil é 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 dependam”.

Da mesma forma entende Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (2003, p. 40)

Portanto, a responsabilidade pode ser conceituada como uma obrigação a ser cumprida, pelo agente que cometeu ato ilícito, quando causa dano a outrem.

## 2.2 - TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais a Constituição Federal de 1988, no Título II, Capítulo I, art. 5º, inciso V e X, assegura:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...] (BRASIL, 1988).

Da mesma forma garante o artigo 951 do Código 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. (BRASIL, 2002).

Os aludidos artigos demonstram que todo àquele que por ação ou omissão de um agente vier a sofrer algum dano, deve ser reparado, bem como o artigo 927 do Código Civil: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Para que haja responsabilidade, é preciso que exista culpa. A prática de um ato ilícito tem como consequência a reparação do dano. Sem prova de culpa, inexistente a obrigação de reparar o dano. O atual Código Civil manteve o princípio

da responsabilidade com base na culpa, definido no artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”.

A responsabilidade civil se classifica em responsabilidade objetiva ou subjetiva. Para Rodrigues (2002, p. 55), quando emitimos conceitos sobre responsabilidade civil subjetiva e objetiva, não podemos vislumbrar espécies diferentes de responsabilidade, mas, sim, maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano.

### **2.2.1 Responsabilidade Civil Subjetiva**

A doutrina subjetiva, sendo também a teoria da culpa, trazida no Código Napoleônico, teve, para o direito brasileiro, grande influência do direito francês. (VASCONCELOS, 2007, p. 71).

Segundo Leão (2011), na presença da teoria clássica, a culpa seria o fundamento da responsabilidade subjetiva, pois, segundo esta teoria em ato onde não se determina culpa não há como responsabilizar alguém por dano. Em relação à responsabilidade civil subjetiva:

Na dogmática da responsabilidade civil subjetiva, o ato ilícito destaca-se como um elemento relevante da sua sustentação. A investigação do comportamento do agente é fundamental para apuração da sua responsabilidade, uma vez que o pressuposto do dever de indenizar pela teoria subjetiva é a conduta culposa do agente. (LEÃO, 2011).

Conforme Rodrigues (2002, p. 44) “dentro da concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente.” De modo que a prova do culpado agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.

Ensina Alonso (2000, p. 20) que na dogmática de responsabilidade civil subjetiva, o ato ilícito destaca-se como um elemento relevante da sua situação. A investigação do comportamento do agente é fundamental para a apuração da sua responsabilidade, uma vez que o pressuposto do dever de indenizar pela teoria

subjetiva é a conduta culposa do agente.

Segundo o fundamento da responsabilidade, é subjetiva quando se baseia na ideia de culpa. Sendo que a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário para indenização do dano. Assim, com essa concepção, a responsabilidade do causador do dano apenas se configura quando sua ação for com dolo ou culpa. (RODRIGUES, 2003, p. 11).

Cabe à vítima provar tal situação, para que assim possa ter direito à indenização, sendo assim, fica a critério da mesma provar o fato constitutivo de seu direito, e ao agente que cometeu o dano, os fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito da vítima, portanto ambas as partes, vítima e agente causador do dano, comprovar o ônus da prova de suas alegações. (KFOURI NETO, 2010, p. 68).

No entanto, a responsabilidade subjetiva já se mostrava insuficiente para que a vítima tivesse o ressarcimento completo de seu prejuízo. Sendo que em muitos casos era impossível à vítima fazer prova contra o causador do dano, como nos casos de acidente de trabalho, em que ao empregado era praticamente impossível demonstrar a conduta faltosa do empregador, seja pela dificuldade na colheita de provas documentais, ou ainda pela ausência de testemunhas. (LEÃO, 2011).

Como a concepção que a teoria subjetiva se baseia na ideia de culpa, a responsabilidade do causador do dano apenas se configura quando sua ação for com dolo ou culpa.

Enfatiza ainda Alonso (2000, p. 40), no entanto, que o pensamento doutrinário é comum ao afirmar que a responsabilidade subjetiva tem suas bases fundadas na teoria da culpa em *lato senso* (culpa e dolo), como meio de provar que determinado agente tem o dever de ressarcir o dano causado à vítima em consequência de sua ação ou omissão.

Portanto, o Direito Civil brasileiro estabelece que o princípio geral da responsabilidade civil repousa na culpa.

## **2.2.2 Responsabilidade Civil Objetiva**

Ensina Vasconcelos (2007, p. 71) que a doutrina objetiva recebeu seu maior impulso após o estabelecimento da sociedade industrial, no início do século XX, adquirindo estabilidade após a verificação de que, em várias situações, tornava-se praticamente impossível para a vítima demonstrar que havia sofrido o dano por culpa do agente danoso.

Venosa (2003, p. 60) traz que na responsabilidade civil objetiva, há, em princípio, pulverização do dever de indenizar por um número amplo de pessoas.

Alonso ensina:

O princípio da responsabilidade objetiva é o da equidade, para que se imponha o dever da reparação do dano e não somente porque existe responsabilidade. Aquele que obtém o lucro em determinadas situações deve responder pelos riscos e pelas desvantagens. A teoria objetiva desvinculou a obrigação de reparação do dano sofrido da ideia de culpa, baseando-se no risco, ante a dificuldade da prova da culpa pelo lesado para obter a reparação. (2000, p. 40).

A utilização apenas da teoria subjetiva no ordenamento jurídico, tornou-se insuficiente para atender às imposições do progresso, sendo necessário à adoção da teoria objetiva. (PEREIRA, 1999, p. 16).

Conforme traz Alonso:

A teoria do risco integral é taxada, por aqueles que defendem a responsabilidade subjetiva, de brutal, levando a consequências iníquas. Proclama que o agente deve reparar o dano por ele causado, independentemente de existir um fato culposos; não perquire sobre as circunstancia do fato causador do dano, bastando que este ocorra e que esteja vinculado a determinado fato para assegurar a vitima a sua reparação. (2000, p. 57)

Sendo assim a teoria do risco ocupa os espaços excedentes. (STOCO, 2004, p. 151)

Conforme Gonçalves (2002, p. 49) na responsabilidade objetiva prescinde-se a ideia de prova da culpa. Ela é reconhecida independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre ação e dano.

Pereira (1999, p. 18) diz 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”.

A título de exemplo:



Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E IMPUGNAÇÃO AO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA AFASTADAS - FUMO EM ESTUFA - PERDA DA QUALIDADE EM RAZÃO DA INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - **CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADO - DANOS MATERIAIS - DEVER DE INDENIZAR** - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. Apelação Cível n. 2010.082678-0, de Rio do Campo Relator: Cláudio Barreto Dutra Juiz Prolator: Mõnani Menine Pereira Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Público Data: 28/07/2011. (SANTA CATARINA, 2011 – A) (grifo meu)

A teoria objetiva prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Sendo que esta teoria postula que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. (VENOSA, 2007, p. 17).

Ao ver de Rodrigues (2008, p. 116) a teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. “Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito a ser indenizada por aquele.”

A comprovação da culpa não é necessária, sendo apenas o nexo causal entre a ação ou omissão do agente bem como o dano a vítima. Assim entende Diniz (2003, p. 56) “a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal.” Sendo assim a vítima deverá demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que reduziu.

Em suma, nos casos de responsabilidade objetiva, não é exigido à prova de culpa do agente para que esteja obrigado a reparar o dano. Em alguns casos a culpa é presumida pela lei, ou simplesmente se dispensa sua comprovação.

No caso de a culpa ser presumida, o ônus da prova é invertido. Ensina Vasconcelos:

Os ventos que trouxeram a responsabilidade civil objetiva não buscaram, como querem muitos, a vingança privada, a lei de talião ou a facilitação da punição. Na verdade, não se cogitou de represálias ou vinditas, mas de

equidade, de solidariedade e de equilíbrio nas relações negociais, e de justiça nas relações extranegociais. (2007 p. 71)

A indenização de um prejuízo, sem que seja necessário provar a culpa do agente causador, constitui-se muito mais numa garantia do que em responsabilidade. Busca-se recompor a moral social, a solidariedade humanista, porque nunca a indenização, por maior que seja, equiparar-se-á ao dano, que causa sequelas imensuráveis. (VASCONCELOS, 2007, p. 72).

## **2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

O art. 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a outro é obrigado a repará-lo. A análise deste artigo mostra que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão do agente, a culpa ou dolo, nexos de causalidade e dano, que analisar-se-á na sequência.

### **2.3.1 Ação ou omissão do agente**

Este é um dos pressupostos básicos para que se possa pleitear a indenização por danos causados pelo agente. Essa conduta do agente lesivo pode ser conceituada como ato negativo (omissão) ou positivo (ação). (RODRIGUES, 2002, p. 15).

É o ato da pessoa que causa dano ou prejuízo a outrem, por negligência, imprudência ou imperícia. Essa conduta gera a obrigação de reparação. Rodrigues em relação a essa conduta afirma que:

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 princípio 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. (2002, p. 16).

A lei refere-se a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha causar dano a outrem. A responsabilidade pode ser derivada de ato próprio, ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas ou animais que lhe pertençam. (GONÇALVES, 2003, p. 53).

Segundo Diniz:

O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. A omissão é, em regra, mais frequente no âmbito da inexecução das obrigações contratuais. Deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade à qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta, em estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios, desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações etc. (2006, p. 44).

Conforme Gonçalves (2003, p. 54) o Código Civil prevê a responsabilidade por ato próprio, nos casos de calúnia, difamação e injúria, de abuso de direito e demanda de pagamento de dívida já paga ou não vencida. A responsabilidade por ato de terceiro ocorre nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados e curadores. O empregador também responde por danos causados por seus funcionários no exercício da profissão. Os educadores, hoteleiros por seus educandos e hóspedes. As pessoas que direito público por seus agentes e de direito privado por seus empregados.

### **2.3.2 Culpa ou dolo do agente**

Em proposições simples o dolo é a vontade dirigida a um fim ilícito; é um comportamento consciente e voltado à realização de um desiderato. Já a culpa traduz o comportamento equivocado da pessoa despida da intenção de lesar ou violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso. (STOCO, 2004, p. 132).

Nos mesmos termos preleciona Gonçalves (2011, p. 34) que o dolo consiste

na vontade de cometer uma violação ao direito, e a culpa, na falta de diligência.

A responsabilidade civil objetiva não permite que se investigue o comportamento do agente dentro de uma esfera culposa. Todavia, na responsabilidade subjetiva, a perquirição do elemento culpa, transforma-se em *conditio sine qua non* para as garantias de indenização e fixação da quantia a ser ressarcida. (RODRIGUES, 2007, p. 34).

Para a responsabilidade civil quando o causador do dano não tem intenção de praticá-lo, fica caracterizada a culpa, porque mesmo sem intenção, por alguma razão o fez, assim, nessas hipóteses estão incluídas a imprudência, imperícia e negligência. No entendimento de Gonçalves (2011, p. 36) quando comprovada a presença de um dos três elementos (imprudência, imperícia e negligência) fica caracterizada a culpa do agente, surgindo o dever de reparação, pois mesmo sem intenção o agente causou dano. Para obter a reparação deste dano, a vítima geralmente tem que provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada no nosso ordenamento jurídico.

Para Stoco (2004, p. 132) sendo erro escusável e justificável, não há falar em culpa *stricto sensu*. Sendo de consenso geral de que não se pode prescindir, para correta conceituação de culpa, dos elementos de previsibilidade e comportamento *homo medius*. Pode-se apenas cogitar a culpa quando evento danoso é previsível, do contrário não há cogitar a culpa do agente. (GONÇALVES, 2007, p. 16).

Com relação aos elementos da culpa, Stoco, ensina:

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através da imprudência; comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo; negligência: quando o agente se omite deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidados, atenção e zelo; e imperícia: a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano. (2004, p. 132).

Ainda segundo Gonçalves (2011, p. 36) a culpa pode ser *in elegendo*, ou seja, decorre da má escolha do representante, do preposto; *in vigilando* que decorre da ausência de fiscalização; *in committendo* que decorre de uma ação, ato positivo; *in ommittendo* que decorre que ato omissivo; *in custodiendo* decorrente da falta de cuidados na guarda de algum animal ou objeto.

Em relação ao dolo, este pode ser caracterizado como o evento danoso, com a consciência de seu resultado. Para sua verificação basta comprovar que o agente

teve o propósito de causar o mal. Se procedeu consciente de que seu comportamento poderia ser lesivo. (STOCO, 2004, p. 144).

O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, portanto é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico. Basicamente no dolo o agente quer a ação e o resultado. (GONÇALVES, 2007, p. 296-297).

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil afirma que “haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa.” Portanto, é baseado na responsabilidade objetiva, sendo que é reconhecida independente da culpa, havendo somente a necessidade de demonstrar o nexos causal entre a conduta e o dano.

### **2.3.3 Nexos de causalidade**

Para que haja obrigação de indenizar, é necessário que exista uma ligação entre a conduta do agente e o resultado lesivo a vítima. Esse liame se denomina nexos de causalidade. É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão e o dano verificado. Está expressa no verbo “causar”, no artigo 186 do código civil. Sem ela não existe obrigação de indenização. (GONÇALVES, 2003, p. 55).

Stoco, ao citar Cavalieri Filho (2004, p. 145) ensina que o conceito de nexos causal não é jurídico; decorre das leis naturais. Constituindo o vínculo entre a conduta e o resultado.

Segundo Rodrigues (2002, p. 35) basta se verificar que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Assim só haverá direito de indenização o dano causado que ocorreu pela conduta do agente, ausente qualquer causa de exclusão de ilicitude.

No mesmo sentido, entende Diniz:

Nexos de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre ação e o dano. Se o lesado experimentar um dano, mas este não resultar da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente. (2003, p. 43).

Quando o dano sofrido não for ocasionado por ato do agente, não fica configurada a relação de causalidade. Venosa ao definir nexos de causalidade ensina

que:

O conceito de nexos causal, nexos 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 nexos causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. (2003, p. 39).

A título de exemplo, cita-se:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. APLICAÇÃO DO ART. 37, § 6º, DA CF. COLISÃO, **DANO E NEXO CAUSAL COMPROVADOS PELOS AUTORES**. AUSÊNCIA DE PROVA DA CULPA EXCLUSIVA DAS VÍTIMAS. RESSARCIMENTO DEVIDO E DANO MORAL CARACTERIZADO. APELO, EM PARTE, PROVIDO. Apelação Cível n. 2009.053295-1, de Joinville Relator: Francisco Oliveira Neto Juiz Prolator: Regina Aparecida Soares Ferreira Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Público Data: 12/09/2011 (SANTA CATARINA, 2011 – B) (grifo meu)

Sendo o nexos de causalidade um dos pressupostos da responsabilidade civil, deve ser provado. O *onus probandi* caberá ao autor da demanda. (DINIZ, 2003, p. 110). Consoante o entendimento trazido por Gonçalves (2003, p. 55), portanto, se houver um dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente relação de causalidade e conseqüentemente a obrigação de indenizar.

Portanto o nexos causal é indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito. (STOCO, 2004, p. 146).

#### 2.3.4 Dano

O dano é elemento essencial e indispensável a responsabilização do agente, seja a obrigação originada de ato ilícito, lícito ou de inadimplemento contratual, sendo ainda independente de tratar-se de responsabilidade objetiva ou subjetiva. (STOCO, 2004, p. 129).

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou moral, ou seja, não é necessária a repercussão financeira do ofendido. (GONÇALVES, 2004, p. 36).

Conforme Rodrigues (2002, p. 36) muitas vezes o ato praticado pode causar prejuízo a outrem. No entanto, se esse ato não vier a causar um dano concreto, não há previsão legal de punição da tentativa de dano. Exige-se a certeza do prejuízo. Para ser caracterizada a responsabilidade civil, o ato do agente deve causar dano à vítima, comprovadamente. Sem o dano não há falar em responsabilidade civil, pois sem ele não há o que reparar.

Diniz (2005, p. 155) nos traz que o dano é classificado em patrimonial e extrapatrimonial. O dano patrimonial ou material é aquele que causa a destruição ou diminuição de um bem de valor econômico. O dano extrapatrimonial ou moral é aquele que causa lesão em um bem que não pode retornar ao estado anterior por não tem caráter simplesmente pecuniário, diz respeito a direitos da personalidade, como direito a vida, integridade moral, integridade física e integridade psíquica.

O dano patrimonial pode ser direto ou indireto. Venosa (2003, p. 30) define dano patrimonial como “aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.”

Dano patrimonial direto é aquele provocado diretamente pela ação ou omissão do agente e o dano patrimonial indireto é o causado por ato não dirigido ao bem que sofreu a lesão. Diniz (2003, p. 68) define o dano patrimonial direto como o “dano que causa imediatamente um prejuízo no patrimônio da vítima [...] o prejuízo que for consequência imediata da lesão [...]” e segue conceituando dano patrimonial indireto como “uma consequência possível, porém não necessária, do evento prejudicial a um interesse extrapatrimonial [...] o que resultar da conexão do fato lesivo com um acontecimento distinto.”

O dano moral atinge bens personalíssimos do lesado e a diminuição de seu patrimônio não pode ser vista, por este motivo é de difícil mensuração já que a indenização não será capaz de promover o retorno ao estado anterior, sendo capaz apenas de compensar a vítima pelo dano sofrido e penitenciar o agressor por sua conduta. (VENOSA, 2007, p. 45).

O dano moral também é dividido em direto e indireto, na lição de Diniz (2005, p. 86) dano moral direto é a “lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade [...] ou nos atributos da pessoa.” E segue conceituando dano moral indireto como “aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial.”

## 2.4 – CLÁUSULAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo Gonçalves (2011, p. 55) as causas excludentes de responsabilidade civil são tidas como a defesa do agente causador do dano em uma ação de responsabilidade. São elas: estado de necessidade, a legítima defesa, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito e força maior, que tratar-se-á a seguir.

O chamado estado de necessidade é delineado nos artigos 188, inciso II, 929 e 930 do Código Civil, que dispõem:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

[...]

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

[...]

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2002)

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

[...]

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I). (BRASIL, 2002).

Diz-se do estado de necessidade, alguém em situação de perigo atual. O estado de necessidade só pode ser alegado se a situação de perigo não foi provocada pelo próprio indivíduo ou por ele não podia ser prevista. (GONÇALVES, 2011, p. 116). Este consiste na situação de agressão a um direito alheio de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente quando as circunstâncias do fato não autorizarem outra forma de atuação. (GAGLIANO;PAMPLONA FILHO, 2004, p. 112)

Para Stoco (2004, p. 179) o agente vê-se colocado numa alternativa irrefugível e, para preservar a coisa própria, tem de optar pelo sacrifício da alheia. Rodrigues (2002, p. 29) ensina que embora a lei declare que ato praticado em



estado de necessidade não é ato ilícito, o causador do dano não está liberado de reparar o prejuízo que causou.

A solução dos arts. 929 e 930 não deixa de estar em contradição com o art. 188, II, pois, enquanto este considera lícito o ato, aqueles obrigam o agente indenizar a deterioração da coisa alheia a fim de remover perigo iminente. (GONÇALVES, 2011, p. 459).

Em suma, cada caso deve ser estudado particularmente, haja vista sua singularidade, pois é necessário que se trate cada um sob uma ótica distinta.

Embora quem pratique o ato danoso em estado de necessidade seja obrigado a reparar o dano, o mesmo não acontece com a legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal. Se o ato foi praticado contra o próprio agressor, em legítima defesa, não pode o agente ser responsabilizado civilmente pelos danos provocados. (GONÇALVES, 2011, p. 460).

Conforme Stoco (2004, p. 195) são pressupostos da legítima defesa, a iniciativa da agressão por parte de outrem, sem que do agente tenha partido qualquer agressão ou provocação; que a ameaça de dano seja atual ou iminente; que a reação seja proporcional à agressão.

A legítima defesa putativa não exime o agente de reparar o dano, pois exclui a culpabilidade e não a antijuricidade do ato. Entende-se por legítima defesa putativa, o estado em que se encontra o agente que, em face de uma suposta agressão, repele-a, utilizando moderadamente dos meios necessários para a defesa do seu direito ameaçado. (GAGLIANO;PAMPLONA FILHO, 2004, p. 116)

Para Venosa:

A legítima defesa constitui justificativa para conduta. O conceito é o mesmo do Direito Penal. A sociedade organizada não admite a justiça de mão própria, mas reconhece situações nas quais o indivíduo pode usar dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, contra si ou contra as pessoas caras ou contra seus bens. A doutrina sempre enfatizou que os meios da repulsa devem ser moderados. (2003, p. 61).

Segundo Gonçalves (2011, p. 465) a responsabilidade do agente desaparece quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima.

Confirma a jurisprudência:

Apelação Cível n. 2010.013167-4, de Campos Novos  
 Relator: Henry Petry Junior Juiz Prolator: André Augusto Messias Fonseca  
 Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Civil Data: 10/11/2011 Ementa:  
 APELAÇÃO CÍVEL. **RESPONSABILIDADE CIVIL.** AÇÃO  
 CONDENATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MORAIS E  
 PENSÃO MENSAL. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. - ATROPELAMENTO.  
 MORTE DA **VÍTIMA**. IMPRUDÊNCIA E EXCESSO DE VELOCIDADE. NÃO  
 COMPROVAÇÃO. **CULPA DA VÍTIMA**, QUE ATRAVESSOU A VIA EM  
 LOCAL ONDE NÃO HÁ FAIXA DE SEGURANÇA SEM AS DEVIDAS  
 CAUTELAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 69, III, b, DO CTB. - SENTENÇA  
 MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. - Conquanto os veículo automotores  
 devam ser conduzidos de forma atenta e cautelosa, também os pedestres,  
 ao realizar a travessia de uma via, notadamente quando não há faixa de  
 segurança, devem, antes de fazê-lo, certificar-se de que não obstruirão o  
 fluxo de veículos, a teor do que estabelece o art. 69, III, b, do Código de  
 Trânsito Brasileiro. Não se pode, portanto, imputar àquele que dirigia seu  
 automóvel de maneira compatível com a via a ocorrência de sinistro que se  
 deu em virtude de comportamento imprudente da própria **VÍTIMA**, que não  
 obrou com as cautelas necessárias. (SANTA CATARINA, 2011 – C) (grifo  
 meu)

A culpa exclusiva da vítima deve quebrar o nexo de causalidade. Há casos em que a culpa da vítima é parcial, ou seja, é concorrente com o autor do dano. O autor e a vítima contribuem, ao mesmo tempo, para a produção de um fato danoso. Neste caso haverá mitigação da indenização em virtude da responsabilidade, conforme o grau de culpa de cada sujeito. (GAGLIANO;PAMPLONA FILHO, 2004, p. 126-127)

Conforme dispõe o art. 945 do Código Civil “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Nesse sentido Gonçalves ao citar Silva:

Modernamente, não obstante a existência de alguns códigos que determinem o partilhamento dos danos entre seus coautores, o princípio vitorioso, mais generalizadamente aceito e que tende a se tornar uniforme, é aquele de acordo com o qual o partilhamento dos danos deve ser levado a efeito na proporção da gravidade da culpa de cada agente. (2011, p. 464).

Com relação à culpa de terceiro, na responsabilidade civil é predominante o princípio da obrigatoriedade do causador direto reparar o dano. A culpa de terceiro não exonera o autor direto do dano o dever de indenizar. (DINIZ, 2003, p. 123).

No mesmo sentido Stoco (2004, p. 183) traz que é predominante o princípio de que responde pelo dano o causador ou responsável imediato pelo evento lesivo.

Nessa situação também deverá haver quebra do nexo causal, sem imputar participação ao agente, sendo assim exonerado o mesmo da responsabilidade, devendo a vítima voltar-se com o terceiro. (GAGLIANO;PAMPLONA FILHO, 2004, p. 129)

Entende Rodrigues (2003, p. 170) “Em rigor, quando o fato de terceiro é a fonte exclusiva do prejuízo, desaparece qualquer relação de causalidade entre o comportamento do indigitado responsável e a vítima.”

Para que se conste o fato de terceiro como causa estranha, e atue como excludente de responsabilidade, o comportamento deste terceiro deve ser inevitável e imprevisto. (STOCO, 2004, p. 184).

Gagliano e Pamplona Filho ao citarem Melo da Silva (2004, p. 130), ensinam que se o fato de terceiro, que ocasiona um dano, envolve a imprevisibilidade, necessidade e sobretudo inevitabilidade, sem que tenha a menor culpa por parte de quem sofre o dano, deve equiparar-se a caso fortuito.

O art. 393 do Código Civil não faz distinção entre o caso fortuito e a força maior, conforme dispõe:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Focalizando a questão sob o ângulo da ausência de culpa, salienta Gonçalves, (2011, p. 473) ao citar Fonseca que:

O caso fortuito não pode jamais provir de ato culposo do obrigado, pois a própria natureza inevitável do acontecimento que o caracteriza exclui essa hipótese. Somente pode resultar de uma causa estranha a vontade do devedor, irresistível, o que já indica ausência de culpa. Se o evento decorre de um ato culposo do obrigado, não era inevitável, logo, não haverá fortuito.

Gonçalves (2011, p. 465) ensina que se exige para a caracterização do caso fortuito ou força maior, alguns requisitos, sendo eles: a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor, porque se há culpa, não há fortuito; b) o fato deve ser superveniente e inevitável; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano.

Bem como o entendimento de Stoco, citando Silva Pereira (2004, p. 173), são requisitos a necessidade, haja vista não ser qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável, que libera o devedor de suas obrigações e inevitabilidade de modo que para que se exima a culpa do agente, o evento não pode ser impedido nos seus efeitos.

E segundo Diniz:

Por força maior ou por caso fortuito cessa a responsabilidade, porque esses fatos eliminam a culpabilidade, ante a sua inevitabilidade [...], contudo se caracteriza pela presença de dois requisitos: o objetivo, que se configura na inevitabilidade do evento, e o subjetivo, que é a ausência de culpa na produção do acontecimento. No caso fortuito e na força maior há sempre um acidente que produz prejuízo. (2003, p. 115).

O caso fortuito e a força maior são eventos inevitáveis, sendo assim excluem a causalidade entre o dano da vítima e a conduta do agente. Portanto, ocorrendo um ou outro, de forma geral, não há o dever de reparação dos danos resultantes deles.

No capítulo seguinte tratar-se-á da responsabilidade civil médica.

### 3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Neste capítulo tratar-se-á da responsabilidade civil do médico, os elementos que a norteiam, a relação entre médico e paciente, a origem contratual ou extracontratual dessa relação e como a responsabilidade civil médica é vista perante o Código de Ética Médica e também o Código de Defesa do Consumidor.

#### 3.1 – Conceito

A responsabilidade civil médica é caracterizada pelo ato negligente, imperito ou imprudente do profissional, que através disso venha causar prejuízo ao paciente, no exercício de sua profissão.

É caracterizada pela responsabilidade subjetiva, ou seja, mediante comprovação de culpa por motivo negligente, imprudente ou imperito.

Vale dizer que não basta à existência de um dano e sua relação de causalidade com o ato médico, sendo fundamental que seja provado, cabalmente, que aquele dano alegado tenha sido causado em razão de ato negligente, imprudente ou imperito do médico. (COUTO FILHO, 2001, p. 156).

Sendo assim, a fim de caracterizar-se a responsabilidade civil, é exigível uma conduta voluntária, dano injusto e nexos causal. (KFOURI NETO, 2007, p. 77).

Traz Moraes (2003, p. 553) que a responsabilidade pode ser por atos ou omissões, que juridicamente podem resultar de três modalidades de culpa distintas, sendo elas a imprudência, imperícia e negligência.

De acordo com Leão (2011), a responsabilidade civil do médico, desde a antiguidade, é causa de preocupação no que diz respeito a sua extensão. Referida preocupação é justa, uma vez que é de grande dificuldade a delimitação da imprudência, imperícia ou negligência do profissional que é formado para lidar com o bem mais valioso que existe: a vida.

Na *Lex Aquilia* encontram-se os primeiros rudimentos de responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou deportação do médico culpado de falta

profissional. Nas obras de Plínio, todavia, deparam-se reclamações de impunidade médica, tendo em vista a dificuldade, já àquela época, das tipificações legais. (KFOURI NETO, 2003, p. 47)

A responsabilidade médica é analisada, no contexto de que o erro consiste a partir do que o profissional fez não o que deveria ter feito. (MORAES, 2003, p. 550).

"Assim como não se deve imputar ao médico o evento morte, deve-se lhe imputar o que houver cometido por imperícia". Há mais de 1.500 anos, já se cogitava da imperícia do médico, que se tornava responsável pelos danos que viesse a causar ao paciente por falta de habilidade ou conhecimentos (KFOURI NETO, 2003, p. 48).

### **3.2 - Natureza da responsabilidade civil médica: contratual ou extracontratual**

O entendimento majoritário a respeito da responsabilidade do médico é que seja de ordem contratual. Alguns autores, como Serpa Lopes e Silva Pereira, afirmam que ambas as responsabilidades civis, contratual ou extracontratual tem a mesma natureza de culpa, sendo diferenciadas apenas, em caráter secundário, acidental e técnico. (APUD SCHAEFER, 2002, p. 115).

No entendimento de Melo Silva:

Muito já se discutiu se a atividade médica seria contratual ou extracontratual. Atualmente já não há mais dúvida quanto à questão: a responsabilidade médica é contratual, ainda que se possa considerar um tipo de contrato *sui generis*, pelo qual o profissional da medicina se obriga à prestação de um serviço consciencioso e de acordo com as técnicas disponíveis. (1999, p. 10).

O substrato da primeira corrente, contratual, está no fato de que o paciente ao procurar o profissional da saúde, e este, aceitando tratá-lo, firmam um negócio jurídico. Assenta-se na ideia de que o contrato de prestação de serviços médicos não exige formalidade, podendo ser verbal ou até tácito, e, para a sua perfectibilização, bastaria o acordo de vontades entre pessoas capazes, vez que o objeto, em tese, é lícito. (DIAS, 2006, p. 320).

Conforme entendimento de Silva Pereira (1999, p. 125), concordando com o posicionamento de Aguiar Dias, assevera: “Não obstante o Código Brasileiro inseri-la ‘em dispositivo colocado entre os que dizem respeito à responsabilidade aquiliana’, considera-se que se trata de ‘responsabilidade contratual’”. Rodrigues (2002, p. 255), também se filia à corrente que entende que esta relação jurídica não mais merece discussão, por ser nitidamente negocial: “A responsabilidade de tais profissionais é contratual, e hoje tal concepção parece estreme de dúvida”.

Todavia, há situações específicas, que são caracterizadas de natureza extracontratual, mas que não eximam a reparação do dano, conforme leciona Kfoury Neto (2001, p. 66) “o médico que atende alguém desmaiado na rua, a obrigação de reparar o dano, entretanto, sempre existirá, sendo produzida fora ou dentro do contrato”.

Ensina Diniz:

A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, mas prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos de medicina. Todavia, há casos em que supõe a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade, nas cirurgias estéticas e nos contratos de acidentes. Excepcionalmente a responsabilidade do médico terá natureza delitual, se ele cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão. (2003, p. 78).

Portanto, a responsabilidade médica, em geral, é contratual, porém, mesmo que considerada contratual a responsabilidade médica não tem o resultado de presumir a culpa, pois o médico não se compromete a curar, todavia deve proceder de acordo com os métodos profissionais disponíveis e cabíveis ao paciente.

Nesse mesmo sentido, Kfoury Neto (2010, p. 168), com fulcro na doutrina de Serpa Lopes ressalta:

De qualquer modo, pouco importa a natureza do contrato que vincula o profissional e o seu cliente, pouco importa que se trata de uma responsabilidade contratual ou extracontratual, de qualquer modo, em se tratando de uma obrigação de meio, ao prejudicado é que incumbem o ônus probatório da infringência dessas obrigações.

Segundo entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Número: 70024182974. Apelação Cível Órgão Julgador: Nona Câmara Cível Decisão: Acórdão Relator: Tasso Caubi Soares Delabary Comarca de Origem: Comarca de Tapes Ementa: APELAÇÃO CÍVIL.

**RESPONSABILIDADE CIVIL. PROFISSIONAL DA MEDICINA. ERRO MÉDICO. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO INFORMADO. PREJUÍZOS MORAIS E MATERIAIS NÃO DEMONSTRADOS. A relação existente entre a paciente e médico é de natureza contratual, incidindo inequivocamente a legislação consumerista (artigo 14, § 4º).** Assim, ante a relação estabelecida entre a conduta lesiva (intervenção cirúrgica) e o dano alegado pela paciente, necessário aplicar ao caso a responsabilidade subjetiva, pois **a obrigação assumida pelo médico é de meio**. Data de Julgamento: 24/09/2008. (RIO GRANDE DO SUL, 2012 –A) (grifo meu)

A culpa, mesmo que leve, é determinante para a responsabilidade civil. (KFOURI NETO, 2010, p. 80).

Conforme preleciona Dias (2006, p. 283), independente da fixação da natureza contratual, é o paciente que incube provar a inadequação por parte do profissional médico.

Sendo assim, a doutrina está se tornando dominante no fato de se esclarecer que a natureza da responsabilidade do médico é contratual e excepcionalmente extracontratual, não sendo presumida por isso sua culpa, fica o dever de comprovar o dano à parte contratante. (KFOURI NETO, 2010, p. 115).

### **3.3 - Relação Médico X Paciente: obrigação de meio ou de resultado**

Stoco, ao citar Aguiar Dias (2004, p. 532) ensina que é preciso entender que o objeto do contrato médico não é a cura, que no caso seria obrigação de resultado, mas sim a prestação de cuidados contenciosos e atentos, caracterizando-se assim a obrigação de meio.

A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produzir o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual. É conclusão consagrada pela jurisprudência, e disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com necessidade de culpa provada (SOUZA, 2001, p. 55).

Como já exposto, na responsabilidade civil do médico, o mesmo não tem comprometimento a curar, mas sim proceder de acordo com os requisitos e métodos mais adequados a cada caso em particular.



Sendo assim o fato de não obter-se a cura do paciente não importa dizer que o profissional não cumpriu com suas obrigações, vez que a obrigação assumida pelo médico é de meio, não de resultado. Caracteriza-se como obrigação de meio, a atividade médica onde a prestação nada mais exige do profissional do que simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. (VASCONCELOS, 2007, p. 78).

Foi com o Código de Defesa do Consumidor que a atividade do profissional do médico e outros profissionais liberais tornaram-se de natureza contratual, incluindo a forma tácita desse contrato.

Kfoury Neto (2010, p. 45) ao citar Demogue: “O médico se obriga a utilizar seus melhores esforços e usa de todos os meios indispensáveis à obtenção da cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, ou seja, a própria cura”. Da mesma forma entende Dias (2006, p. 98): “O que se precisa observar é que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência.”

Com relação ao ônus da prova, na responsabilidade de meio, é o paciente que deve provar a inexecução da obrigação por parte do profissional, enquanto que na obrigação de resultado, cabe ao médico provar que agiu com todos os meios indicados e exigíveis para aquele caso específico, já que cai sobre ele a presunção de culpa, podendo ser suprida, mediante demonstração da existência de causa diversa. (KFOURI NETO, 2010, p. 45).

Inclusive texto destinado à classe médica, como o elaborado pelo Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina, denominado Manual de Orientação Ética e Disciplinar (2012), assevera que “[...] as obrigações do médico para com seu paciente são apenas obrigações de meios, de zelo e de prudência e não de resultados. Esta situação nada mais é do que uma obrigação contratual.”

Segundo o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO CUMULADA COM REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE VASECTOMIA. POSTERIOR GRAVIDEZ. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ERRO MÉDICO. **RESPONSABILIDADE CIVIL DE MEIO.** INEXISTÊNCIA DE CULPABILIDADE DO MÉDICO. RECURSO DESPROVIDO. O procedimento cirúrgico de vasectomia é considerado como **obrigação médica de meio** e não resultado, uma vez que a

infertilidade do paciente depende, além da boa técnica aplicada pelo profissional, também das reações orgânicas do corpo do paciente. Desta maneira, para obter reparação por danos, cabe a parte comprovar a culpabilidade do médico, posto que prescindível para a identificação do ato ilícito. Deixando de assim proceder o desprovemento do recurso é medida que se impõe. Processo: 2008.007647-4 (Acórdão) Relator: Joel Figueira Júnior Origem: Blumenau Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Civil Data: 18/01/2012 Juiz Prolator: Osmar Mohr Classe: Apelação Cível. (SANTA CATARINA, 2012 – D) (grifo meu)

Já na obrigação de resultado, o médico dispõe-se a alcançar determinado fim, sendo que o que o interessa é o resultado final do método usado com o paciente, pois, sem isso não teria cumprido a obrigação. Assim, não existe culpa presumida do médico, porque estamos diante de um contrato. Cabendo ao autor a comprovação de que o médico agiu com culpa. (KFOURI NETO, 2007, p. 103).

Bem como o entendimento da jurisprudência:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INSURGÊNCIA DOS AUTORES. SOFRIMENTO FETAL. ÓBITO DE RECÉM-NASCIDO POR INSUFICIÊNCIA RESPIRATÓRIA DECORRENTE DE ASPIRAÇÃO DE LÍQUIDO MECONIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SUBJETIVA. **OBRIGAÇÃO DE MEIO**. NECESSÁRIA CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA. PROVA PERICIAL QUE AFIRMA QUE O PARTO OCORREU DE FORMA NORMAL, TENDO SIDO PRESTADO TODA A ASSISTÊNCIA MÉDICA NECESSÁRIA. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO EVIDENCIADO. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO **ART. 14 DO CDC**. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE AMNIOSCÓPIO E CARDIOTOCÓGRAFO NO NOSOCÔMIO. FALTA DE EQUIPAMENTOS QUE NÃO FORAM DETERMINANTE PARA A MORTE DA INFANTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. **A responsabilidade assumida pelo médico encontra-se baseada em uma obrigação de meio e não de resultado, posto que, por meio do contrato, o médico não se compromete à cura do paciente, mas tão somente se obriga a proceder de acordo com as regras e métodos da profissão.** Prestigiando esse entendimento, o Código de Defesa do Consumidor vem disciplinar em seu art. 14, § 4.º Processo: 2012.003529-9 (Acórdão) Relator: Saul Steil Origem: Balneário Camboriú Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil Data: 27/04/2012 Juiz Prolator: Edemar Gruber Classe: Apelação Cível. (SANTA CATARINA, 2012 – E) (grifo meu).

Segundo, Moraes:

Os contratos de obrigação de meios são estabelecidos em atividades exercidas por médicos, advogados etc., que deverão utilizar seus conhecimentos em benefício de seus clientes, não garantindo resultado final. Nos contratos de obrigação de resultados o que se espera é o resultado final e que se não for alcançado, surge o dever de reparação, pois não houve cumprimento do contrato. (2003, p. 559-560)

Traz também Dias:

[...] do que ficou dito sobre a natureza da responsabilidade médica, concluiu-se que a prestação complexiva a que o médico está obrigado para com o doente é objeto de uma obrigação de meios. Com efeito, a situação de incerteza sobre a etiologia de inúmeras doenças e sobre os métodos de as curar tornam insegura ou aleatória a prossecução do resultado a que aspiram quer o doente, quer o médico. (1996, p. 104)

Portanto, na obrigação de meio o profissional não fica obrigado a um objetivo específico e determinado, sem o compromisso de atingir perfeitamente o resultado final, mas deve utilizar-se da técnica disponível, dos meios corretos, porém sem garantir êxito. Neste caso incube ao paciente, vítima, provar a culpa do médico. (KFOURI, 2010, p. 115).

Já na obrigação de resultado há o compromisso do profissional contratado com um resultado específico, que é o ápice da própria obrigação, sem o qual não haverá o cumprimento desta. (STOCO, 2004, p. 254). Por obrigação de resultado entende-se que o profissional age com cautela, pois compromete-se a atingir objetivo determinado, de forma que quando o fim almejado não é alcançado, tem-se a inexecução da obrigação. Nas obrigações de resultado há a presunção de culpa, cabendo ao profissional acusado provar que não pretendia aquele resultado, pois há inversão do ônus da prova. (PEREIRA, 2000, p. 67).

Diante disso, conclui-se que a obrigação do médico em regra geral é de meio, havendo apenas alguns casos específicos, como a embelezadora (estética) em que é obrigação de resultado. (KFOURI, 2010, p. 109).

### **3.4 - Responsabilidade Médica em face do Código de Defesa do Consumidor**

A comparação da atividade de prestação de serviço médico com as definições legais de consumidor, fornecedor e serviço, consubstanciado pelo Código de Defesa do Consumidor, reside em comprovar que a vida e a saúde, incontestavelmente são bens intrínsecos ao ser humanos e por isso, indisponíveis e inalienáveis. Contudo, as relações profissionais que envolvem esses tipos de bens merecem proteção

quando legalmente compatíveis a uma relação de consumo comum (KFOURI NETO, 2010, p. 211).

Desta forma, observa-se que a prestação de serviço médico encaixa-se no conceito de relação de consumo vez que o art. 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor assim configura:

Art. 3º:

[...]

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Essa responsabilidade, em ambas as modalidades, surge nas relações de consumo que envolvam atividades de produção ou serviço.

Não se olvide que o médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeita a disciplina do código do consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor (KFOURI NETO, 2010, p. 57).

Conforme dispõe Vasconcelos (2007, p. 87), apesar de considerar a responsabilidade baseada na culpa, ao verificarmos a atuação de cada profissional como uma prestação de serviços, a Lei de Consumo esta recheada de disposições que situam devidamente os atos e omissões do profissional liberal em condições que possam ensejar responsabilidade e conseqüente reparação de danos.

Conforme Kfoury Neto (2010, p. 211) o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a responsabilidade sobre danos causados em relação aos consumidores, por serviços mal prestados, trazendo assim a responsabilidade objetiva, todavia o §4º traz uma exceção:

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.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

No §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, mesmo mantendo a verificação de culpa em relação aos profissionais liberais, trata de responsabilidade

subjetiva, como os médicos e advogados, por exemplo, que são contratados com base na confiança dos pacientes/clientes, sendo assim, somente serão responsabilizados pelos danos quando comprovada a culpa subjetiva, por negligência, imperícia ou imprudência. (KFOURI NETO, 2010, p. 211).

### **3.5- Código de Ética Médica**

No Brasil, o primeiro documento oficial sobre ética foi o Código de Moral Médica, aprovado 1929. Em 1953, foi aprovado o Código de Ética da Associação Médica Brasileira. Já em 1965, foi aprovado o Código de Ética Médica. Todos esse códigos de ética médica centravam-se nos interesses dos médicos e retiravam da sociedade o seu papel ativo e participativo. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

Em 1988, foi aprovado um novo Código de Ética, que vigorou até março de 2010, pois em 2009 foi aprovada a nova alteração do Código, que está em vigor até hoje. O Novo Código de Ética Médica, Resolução CFM 1931, de 24 de setembro de 2009, que vigora desde março de 2010 tem a pretensão de adaptar as normas éticas aos preceitos e valores constitucionais vigentes, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tanto que, em suas considerações iniciais, estabelece-se “que as normas do Código de Ética Médica devem submeter-se aos dispositivos constitucionais vigentes”. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

A definição de ética pode ser classificada como a filosofia que trata de fundamentos da moral, os bons costumes, sendo que esses bons costumes são maneiras de agir, boas maneiras da sociedade. (ALMEIDA, 2007, p. 460). Em sentido amplo é entendida como a ciência humana perante o ser e seus semelhantes. Portanto é considerada a ciência comportamental moral do homem em sociedade. (VASCONCELOS, 2007 p. 104).

Sendo assim, a ética médica é, portanto, um conjunto de fatos que resultam das maneiras, da responsabilidade moral do médico, no exercício da profissão. (ALMEIDA, 2007, p. 26).

Com relação ao erro médico, nos ensina Santos “o erro médico ocorre quando o profissional se mostra imperito e desconhecedor da arte médica, ou

demonstra falta de diligência ou prudência em relação ao que se esperava de um bom profissional. Pressupondo assim uma inobservância técnica.” (2009, p. 56).

A responsabilidade civil do médico está prevista no Capítulo III, art. 1, do Código de Ética Médica, o qual trata da responsabilidade profissional:

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

“A questão de reparar o dano, que tem em seu bojo a ideologia de que todo aquele que sofreu algum prejuízo mereça ser reparado, baseado na ideia de culpa, é muito criticada, pois é muito difícil se provar culpa em juízo.” (ALONSO, 2000, p. 12).

Sendo que a incumbência de provar tal situação passa ser da vítima para que tenha direito à indenização.

Com a alteração do Código de Ética Médica, em 2009, ocorreram algumas mudanças que beneficiam a defesa dos médicos, como o fato da personalidade do médico na atuação profissional, sendo necessária à verificação de culpa (negligência, imprudência ou imperícia), não podendo ser presumida, portanto não aplica-se a responsabilidade civil objetiva. (PITELLA, 2012).

Sendo assim, o Novo Código de Ética Médica protege a pessoa em sua integralidade e busca resguardá-la de toda ação ou omissão que possa ter efeito lesivo ou contrário aos preceitos divergentes da expressão de sua vontade ou que resultem na impossibilidade do homem ditar a própria condução de sua vida ou de seu corpo. Também traz a necessidade da obtenção de autorização para a realização do procedimento médico, sendo que a autorização deverá conter informação e compreensão, pelo paciente, do que se pretende realizar, concordando ou não com o tratamento proposto, não podendo conter apenas anuência tácita do paciente. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

De regra as mudanças favoreceram os médicos, mas também a sociedade, visto que permanecem os deveres do médico para com os pacientes.

## 4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTO

Neste terceiro e último capítulo, analisar-se-á a conduta profissional médica em relação à prescrição de medicamento, a informação prestada pelo médico ao paciente e o dever de reparação, uma vez constatado o dano, destacando-se as dificuldades de comprovação dos mesmos.

### 4.1 Da Prescrição de medicamento

Na concepção de Moraes (2003, p. 223), a Organização Mundial de Saúde utiliza de diferentes nomenclaturas para definição de medicamento, por sua vez, remédio é tudo o que se pode utilizar visando à cura, a prevenção ou minimizar os efeitos da doença.

Segundo Moraes:

[...] cabe, ainda, distinguir entre os medicamentos, o chamado magistral, que é preparado na ocasião em que é formulado; o oficial, que já está pronto na farmácia, segundo os registros de Farmacopeia, e a especialidade, que é o produto comercializado da indústria farmacêutica. (2003, p. 223)

Na caracterização da culpa médica, tanto ou mais do que o simples exame da imprudência, da imperícia ou negligência, cumpre ainda ter à vista diretriz seguida pelo médico e o domínio da medicação. Sendo que cada espécie envolve uma obrigação específica assumida pelo médico, o que influencia e distingue a configuração da responsabilidade civil deste profissional (BUENO, 2007, p. 55).

O tratamento inicia-se após o diagnóstico, momento no qual o médico utiliza-se de diversos meios para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor do paciente. Sendo que o dever de prudência e de assistência deve ser redobrado nesta fase, pois é o período da execução do diagnóstico (KFOURI NETO, 2003, p. 89). Contudo, caracterizado o erro na fase de tratamento, e sendo comprovado que o paciente sofreu alguma espécie de prejuízo, fica responsável o profissional pela sua reparação, tornando-se certa a responsabilidade civil médica (SOUZA, 2001, p. 78).

O médico, quando prescreve uma medicação, deve ter conhecimento das respostas do organismo do paciente, do mecanismo de ação, e principalmente saber os efeitos colaterais indesejáveis. (MORAES, 2003, p. 224).

Com os avanços, medicina e farmácia deixaram de ser uma arte e transformaram-se numa ciência que exige conhecimento e discernimento (que o curso médico e de educação continuada podem oferecer). (MORAES, 2003, p. 238).

Conforme entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando caracterizado erro, imprudência, imperícia e negligência, deve o médico ser responsabilizado, bem como arcar com as despesas do paciente e danos que o mesmo sofreu:

**Ementa:** EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO INDENIZATÓRIA E REPARATÓRIA – **ERRO MÉDICO** - CIRURGIA CESARIANA - USO INCORRETO DE ANESTESIA - VÁRIAS TENTATIVAS, DIVERSOS MÉDICOS - **CONSEQÜENTE PARADA CARDIORESPIRATÓRIA QUE RESULTOU EM ISQUEMIA CEREBRAL** - ESTADO DE COMA PROFUNDO DA PACIENTE POR QUASE DOIS ANOS ATÉ A MORTE - AUTO DE EXAME DE CORPO DE DELITO CONFIRMOU QUE A CAUSA MORTIS FOI O EXCESSO DE ANESTESIA - **IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA DA EQUIPE MÉDICA AO APLICAR MEDICAMENTO DE FORMA E QUANTIDADE INADEQUADAS - CONFIGURADA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS 4 MÉDICOS QUE PARTICIPARAM DO ATO CIRÚRGICO - DANO MORAL - DEVER DE INDENIZAR INARREDÁVEL - INDENIZAÇÃO DE 200 SALÁRIOS MÍNIMOS MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. **Processo:** 2005.029280-4 (Acórdão) **Relator:** Mazoni Ferreira **Origem:** Itapiranga **Orgão Julgador:** Grupo de Câmaras de Direito Civil **Data:** 19/05/2009 **Juiz Prolator:** Otávio José Minatto **Classe:** Embargos Infringentes (SANTA CATARINA, 2012 – F) (grifo meu).**

Kfoury Neto ao citar Costales (2010, p. 91) nos fala que o primeiro ato da análise diagnóstica é muito importante, pois é a partir dele que pode se estabelecer a terapia adequada ao caso, deve perscrutar a natureza e gravidade da enfermidade.

Os medicamentos, há séculos, vêm sendo utilizados com a intenção de aliviar, combater a dor ou curar doenças; no entanto, estudos, ao longo dos últimos anos, têm evidenciado a presença de erros no tratamento medicamentoso recebido pelos pacientes. Muitos desses erros podem não trazer consequências ou complicações sérias aos pacientes, mas outros podem contribuir para aumentar sua estadia hospitalar, deixar sequelas ou até mesmo levá-los à morte. (SILVA;CASSIANI, 2012).

Conforme ensinam-nos Silva e Cassiani (2012)



Os erros de medicação são considerados eventos adversos ao medicamento passíveis de prevenção, com possibilidade de ocorrer em um ou em vários momentos dentro do processo de medicação, desde a prescrição até a administração de medicamentos.

E seguem:

Os tipos de erros descritos tanto na literatura nacional como na internacional são: erros de omissão; erros por dose extra; erros de via; erros de dosagem; erros devido ao horário incorreto; erros com medicamentos deteriorados; erros de prescrição; erros de distribuição; erros devido à incorreção na preparação do medicamento; erros devido a técnicas incorretas na administração; erros na administração de um medicamento não autorizado (SILVA; CASSIANI, 2012).

Caracteriza-se pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente com resultado danoso. (KFOURI NETO, 2010, p. 92).

São considerados muitos fatores em função dos procedimentos terapêuticos, como os múltiplos fatores que dependem do próprio paciente, sendo idade, natureza da doença, tempo da doença, dor, sangramento, bem como os fatores relacionados ao médico e as circunstâncias da situação. Todas essas combinações fazem com que o tratamento ou procedimento seja correto ou errado. (MORAES, 2003, p. 218).

Estes erros nos mostram uma realidade difícil aos pacientes e profissionais da saúde, haja vista, suas consequências repercutirem negativamente na qualidade de assistência à saúde.

#### **4.2 Dever de informação do médico e consentimento do paciente**

Conforme preleciona Moraes (2003, p. 369) o médico quando questionado sobre o tratamento, diagnóstico de doentes que estão sob sua responsabilidade, deve ter muita precaução. Ele pode ser indagado pela família, pela imprensa ou pelo próprio paciente que na maioria das vezes está preocupado e aflito com tal situação.

Ainda segundo Moraes, existem algumas recomendações que podem ser feitas ao médico para quando nesta situação:

1. Atender ao doente ou familiar que desejar esclarecimentos em seus consultórios particulares ou em ambulatórios ou hospitais.
2. Não responder a questões genéricas e sim objetivas acerca do caso que os preocupa.

3. Esclarecer objetivamente o caso para o próprio doente ou para seu responsável. Permitir ou até exigir que o doente, traga outro familiar para assistir a conversa.
4. Não discutir por telefone os problemas dos pacientes, com familiares ou com quem quer seja; a conversa pode estar sendo gravada e quebrar o sigilo médico. (2003, p. 369-370).

O capítulo IV do Código de Ética Médica que trata dos Direitos Humanos, traz as vedações ao médico. Dentre elas está a de prestar atendimento sem esclarecimento.

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Bem como o Capítulo V, da Relação com Pacientes e Familiares e no Capítulo III que consiste na Responsabilidade Profissional, mesmo que com consentimento do paciente o médico não pode esquivar-se da sua responsabilidade:

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

O paciente bem como seus familiares têm o direito de saber qual o seu diagnóstico, o melhor tratamento, as chances e importância do mesmo para sua saúde. Isso deve acontecer tanto para segurança do paciente quanto a do médico. (MORAES, 2003, p. 374).

Com relação ao consentimento informado do paciente, para a responsabilidade civil do médico isso vem trazendo grande importância. Assim sendo o consentimento informado do paciente representa “recíprocas informações” entre médico e paciente, para que o tratamento tenha início. (KFOURI NETO, 2010, p. 41).

Segundo Kfoury Neto citando Vaz Rodrigues:

Ao lado dos deveres de tratar, de agir segundo as *leges artis*, de organizar o processo clínico e de observar sigilo, na consecução do tratamento o médico deve respeitar o paciente, dever este que se desdobra nos deveres de informar, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento. (2010, p. 41).

Caso o paciente não concorde com o tratamento e o médico entenda que é conduta inadequada do paciente, pode ele abrir mão do caso, passando formalmente a responsabilidade para outro colega, que possa assumi-la. (MORAES, 2003, p. 418).

Ainda segundo Kfoury Neto citando Rodrigues (2010, p. 41) consentimento é o comportamento que se tem quando se autoriza outrem a atuar em determinada situação. Em relação ao ato médico é uma atuação que tem o propósito de melhorar a saúde do paciente. O consentimento informado é mais que uma escolha do paciente em optar por um médico, recusar um tratamento indesejado, mas sim da liberdade como proteção.

Importante destacar que o médico deve saber que “quem deve decidir o que deverá ser feito é sempre o próprio paciente”. Claro que dentro das condições expostas pelo profissional. (MORAES, 2003, p. 418).

Kfoury Neto transcrevendo Cortez (2010, p. 45) ensina que o médico tem o dever de informar o paciente sobre o diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento, sendo que, se não o fizer terá a obrigação de indenizar. O ônus de provar o consentimento do paciente cabe ao médico.

Na seguinte decisão, temos o consentimento informado como um fator que exclui a responsabilidade do médico:

**Ementa:** AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CIRURGIA DE MAMOPLASTIA REDUTORA - PLÁSTICA PARA REDUÇÃO DOS SEIOS. LAUDO PERICIAL QUE APONTOU QUE O PROFISSIONAL AGIU COM ATENÇÃO AOS PRECEITOS DA TÉCNICA MÉDICA. **TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO, ASSINADO PELA EMBARGADA, QUE CONTÉM ORIENTAÇÃO PRÉ-OPERATÓRIA E DIVERSAS RECOMENDAÇÕES A SEREM OBSERVADAS. IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA OU IMPERÍCIA POR PARTE DO PROFISSIONAL DE MEDICINA NÃO COMPROVADOS.** HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRITÉRIO DE EQUIDADE. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 20, § 4º. RECURSO PROVIDO. **Processo:** 2010.071452-6 (Acórdão) **Relator:** Nelson Schaefer Martins **Origem:** Lages **Orgão Julgador:** Grupo de Câmaras de Direito Civil **Data:** 31/10/2011 **Juiz Prolator:** Stanley da Silva Braga **Classe:** Embargos Infringentes. (SANTA CATARINA, 2012 – G) (grifo meu)

Já em outra decisão o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que não houve consentimento informado, mediante o documento apresentado, condenando o médico à indenização:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANO MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO. CIRURGIA EXCLUSIVAMENTE EMBELEZADORA. CORREÇÃO DE PTOSE E AUMENTO DE MAMA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. PRESUNÇÃO DE CULPA. MÉDICO QUE NÃO ESCLARECE À PACIENTE O FATO DE NÃO POSSUIR TÍTULO DE CIRURGIÃO PLÁSTICO, ALÉM DE NÃO COMPROVAR TER TOMADO OS CUIDADOS EXIGIDOS TANTO NO PRÉ COMO NO PÓS-OPERATÓRIO. **FALTA DO DEVER DE INFORMAÇÃO. DOCUMENTO PADRÃO QUE NÃO CONFIGURA CONSENTIMENTO INFORMADO.** PACIENTE COM SÉRIAS DEFORMAÇÕES ESTÉTICAS E POSSÍVEIS COMPLICAÇÕES FUNCIONAIS. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS EVIDENCIADOS. **REPARAÇÃO DEVIDA.** RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O direito à informação, materializado pelo consentimento informado, é uma garantia consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, além de um importante instrumento no equilíbrio da relação médico-paciente, conforme se extrai do disposto no artigo 6º, inciso III, da referida legislação. Serve, inclusive, para a minoração da vulnerabilidade do paciente que deve possuir todas as informações possíveis à formação do seu convencimento, sobretudo no que concerne a um procedimento eletivo, de cunho estritamente estético. 2. Deve ser entendida a obrigação do cirurgião plástico, nas intervenções exclusivamente estéticas, como sendo de resultado, na medida em que o paciente, pessoa saudável, somente se submete à intervenção cirúrgica, na esperança de melhorar seu aspecto físico. 3. Em que pese o fato de qualquer ato cirúrgico estar sujeito à álea e, não obstante a realidade de que cada organismo é único em sua integralidade, na cirurgia plástica estética, sendo de resultado a obrigação assumida pelo médico, cumpre-lhe a demonstração da quebra do nexo de causalidade ou de imputação para a sua liberação do dever de indenizar. **Processo:** 2008.023951-9 (Acórdão) **Relator:** Ronei Danielli **Origem:** Lages **Orgão Julgador:** Sexta Câmara de Direito Civil **Data:** 02/09/2011 **Juiz Prolator:** Antônio Carlos Junckes dos Santos **Classe:** Apelação Cível (SANTA CATARINA, 2012 – H) (grifo meu)

Portanto, o consentimento informado não isenta o médico de sua responsabilidade, pois não constitui excludente de ilicitude, visto que, o consentimento confere apenas a legitimidade para o ato médico, não deixa imune o profissional. (MARTINS, 2005, p. 47).

### 4.3 O dano material e moral e seus obstáculos à constatação e comprovação

Gonçalves citando Alvim (2007, p. 336) ensina que o dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, incluindo o dano moral, porém em sentido estrito dano é a lesão do patrimônio.

Para ter vida em sociedade é preciso que os indivíduos respondam por seus atos, reações, ou também por atos de terceiros a que possam ter alguma ligação. Sendo assim, todos nós temos o dever de não praticar atos ilícitos ou nocivos a outras pessoas, pois se o praticarmos devemos repará-los. (SILVA, 2005, p. 15).

Como nos traz Silva (2005, p. 30) “o dano é o principal instituto no estudo da responsabilidade civil, uma vez que ele é requisito fundamental da obrigação de indenizar.”

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente, se possível fazendo com que esta retorne ao estado que se encontrava antes do fato. (GONÇALVES, 2007, p. 337).

Para Kfoury Neto (2010, p. 113) o conceito de dano é amplo, entretanto é objeto de senso comum. Para que o dano seja um fenômeno juridicamente qualificado, deve haver a inobservância de alguma norma.

Em relação ao dano:

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral, ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. (VENOSA, 2006, p. 29).

No mesmo sentido, Alonso:

O dano constitui outro pressuposto, indispensável e preponderante, para configuração da responsabilidade civil. Porque não autônomo, depende dos outros dois pressupostos – ação e nexo causal – para que se constitua a obrigação de indenizar. (2000, p. 126)

E, Diniz completa:

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar (2005, p. 356).

“Como podemos observar os danos podem ser: pessoais, patrimoniais e morais. Porém, não importa sua característica, havendo dano e existindo nexo de causalidade, haverá indenização” (ALONSO, 2000, p. 133).

Os danos causados por conduta equivocada podem ser moral e material/patrimonial. Venosa (2005, p. 29) nos conceitua dano como “o prejuízo sofrido pelo agente”. Podendo ser individual ou coletivo, material ou moral, assim sendo, econômico e não econômico. Continua dizendo que o dano deve ser atual e certo, sem esses elementos não fica caracterizada a devida indenização.

O dano patrimonial deverá abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar, sendo o dano emergente e lucro cessante. (GONÇALVES, 2007, p. 337).

É muito difícil se provar a culpa do médico em juízo. “A questão de reparar o dano, que tem em seu bojo a ideologia de que todo aquele que sofreu algum prejuízo mereça ser reparado, baseado na ideia de culpa, é muito criticada, pois é muito difícil se provar culpa em juízo.” (ALONSO, 2000, p. 12).

Dano material é aquele que afeta o patrimônio do ofendido, diminuindo o mesmo, todavia o dano moral é aquele que afeta tão somente a vítima como ser humano. (GONÇALVES, 2007, p. 338).

Segundo Kfoury Neto (2010, p. 116) “Tanto o dano estético como o dano moral representam ofensa a um direito de personalidade. Entretanto ninguém pode se compelido a submeter-se a qualquer cirurgia, mesmo que para a reparação do dano estético.”

Quanto ao dano patrimonial, ou seja, material, podemos definir quanto patrimônio, o conjunto de bens economicamente úteis que estão a disposição de uma certa pessoa. Com isso o dano patrimonial é a diminuição ou ofensa do valor econômico do bem. A partir daí o dano pode ser avaliado materialmente, ou seja, em dinheiro. Porém a ideia de interesse patrimonial é vinculada diretamente com a ideia de valor afetivo daquele bem. (MARTINS DA SILVA, 2005, p. 31).

A reparação do dano patrimonial, pode-se dar de duas formas distintas, sendo a primeira pela reparação natural, ou específica, sendo aquela que é reparada materialmente ou economicamente, pela troca do objeto deteriorado ou mesmo pela entrega de um novo objeto, e a segunda pela indenização pecuniária, que é pelo fato de ter caráter subsidiário, sendo a indenização em dinheiro. (KFOURI NETO, 2005, p. 35-36).

Quanto ao dano moral, não resta dúvidas da possibilidade de ser compensado. Conforme o Código Civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda

que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Para Fonseca, “dano moral na esfera do Direito é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarando como complexo de relações jurídicas com valor econômico”. Já para Savatier “dano moral constitui todo sofrimento humano que não resulta em perda pecuniária.” (APUD KFOURI NETO, 2005, p. 38).

Muitos autores são contra ao ressarcimento do dano moral, citamos algumas de seus argumentos:

Falta de efeito penoso durável; incerteza do direito violado e de um dano real; dificuldades de descobrir a existência do dano moral; imoralidade da compensação de uma dor com dinheiro; extensão do arbítrio concedido ao juiz. (MARTINS, 2005, p. 43).

Portanto, a reparação do dano moral é uma compensação a vítima que sofreu ou venha a sofrer e não um ressarcimento, pois é fato que não se possa calcular o quanto o agente veio a sofrer.

Conforme discorre Silva Pereira, na obra de Gonçalves (2007, p. 339), se o problema é complexo já na sua apresentação, mais ainda será na sua solução.

#### **4.4 Da indenização, avaliação, natureza econômica e modalidades de reparação dos danos**

A avaliação econômica do dano moral é tida como cunho subjetivo da vítima, por isso não seria possível descrever sua extensão e valor.

A lei ficou omissa pelo fato de não especificar os parâmetros para o arbitramento do dano moral. Por isso há um grande problema quanto sua valoração, mensuração e fixação. Ficando a cargo do juiz, tendo ora generosidade, ora avareza. (MARTINS DA SILVA, 2005, p. 425).

A valoração do dano moral é possível juridicamente. É necessária, pois é preciso utilizar-se de mecanismos que busquem o equilíbrio social, haja vista punir os agentes que praticaram ato ilícito aos valores morais da vítima.

Os elementos que são determinantes na fixação do valor da indenização, no caso da morte, devem ser o sexo, a idade, expectativa de vida útil, profissão,

rendimentos, condição social, etc. Para os casos de vida vegetativa, ficando a vítima paraplégica ou tetraplégica, há de se considerar a vida com o sofrimento, pelo risco de morte e incapacidade. (KFOURI NETO, 2010, p. 142).

Ainda segundo Kfouri Neto, (2010, p. 142) de qualquer maneira a avaliação do dano tem de ser feita em concreto, conforme os dados reais e individuais do lesado que o juiz deverá apreender.

Muito importante ressaltar que a indenização não pode gerar o enriquecimento da vítima, bem como a ruína do causador do dano.

O Art. 949 do Código Civil combinado com a Súmula 562 do Supremo Tribunal Federal expressa que no caso de ferimento ou lesão a saúde, o culpado deve indenizar a parte nas despesas de tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença atualizado monetariamente o débito (KFOURI NETO, 2010, p. 143).

Como dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

Quando da morte do paciente resultante de erro médico, as despesas consistiram nos gastos do paciente enquanto fazia o tratamento, funeral, luto da família bem como os alimentos que a vítima prestaria aos seus dependentes. Há julgados que estipulam a indenização por dano moral em caso de morte multiplicando-se o ganho mensal da vítima pelo número de meses que faltariam até que ela completasse 65 anos. (KFOURI NETO, 2010, p. 130).

Ainda conforme entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não configurado o nexa causal, não há falar em indenização:

**Ementa** PROCESSO CIVIL E CIVIL. **AÇÃO INDENIZATÓRIA**. ERRO MEDICO. PERÍCIA. NULIDADE INCONFIGURADA. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. RESPONSABILIDADE MÉDICA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. **NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA INCONFIGURADAS. NEXO CAUSAL INDEMONSTRADO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO AFASTADA**. RECURSO DESPROVIDO. À míngua de provas acerca do nexa causal entre a atuação médica e o acidente vascular cerebral sofrido pela paciente, não se pode exaltar a caracterização da responsabilidade civil, nem falar em direito à indenização. **Processo:** 2012.020963-6 (Acórdão) **Relator:** Luiz Carlos Freyesleben **Origem:** Capital **Órgão Julgador:** Segunda Câmara de Direito Civil **Data:** 26/04/2012 **Juiz Prolator:** Maria Teresa Visalli da Costa Silva **Classe:** Apelação Cível. (SANTA CATARINA, 2012 – I) (grifo meu)



Conforme Martins da Silva:

A reparação de danos decorrentes de atos ilícitos pode ser fixada de três maneiras diferentes: a) por acordo entre o ofensor e o ofendido, ou por quem tem a obrigação de indenizar e o ofendido (*reparação convencional* – reparação cujo *quantum* é fixado pela vontade dos interessados; b) em alguns casos, por determinação da lei (*reparação legal* – reparação cujo *quantum* é fixado pela lei); e por arbitramento admitido em sentença judicial (*reparação judicial* – reparação cujo *quantum* é fixado por sentença judicial). (2005, p. 371).

Afinado por esse diapasão o veredicto do Superior Tribunal de Justiça em relação às despesas de tratamento, afirma que se incluem os aparelhos ortopédicos que, em virtude de sequelas de acidente o fizerem necessários. Sendo certo que os mesmos requerem manutenção e reposição periódicas, é dever do réu arcar com as respectivas despesas (KFOURI NETO, 2010, p. 138).

A lesão ao patrimônio moral do ser humano, a honra, a personalidade, são algumas elementos que configuram dano a ser reparado pelo agente. (KFOURI NETO, 2010, p. 135).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, definiu na Súmula 37, a cumulatividade das duas indenizações, tanto moral, quanto material, quando oriundas do mesmo fato. Em relação à quantificação do dano moral, ela deverá ter uma tríplice função: compensatória ou reparatória, punitiva e preventiva. (KFOURI NETO, 2010, p. 131).

Segundo Gonçalves (2007, p. 339) alguns autores estabelecem distinção entre as expressões “ressarcimento”, “reparação” e “indenização”, sendo o ressarcimento o pagamento de todo o prejuízo material da vítima, abrangendo o lucro cessante e dano emergente. Reparação é a compensação pelo dano moral, minorando a dor sofrida pela vítima, e indenização é reservada para a compensação de dano decorrente de ato lícito do Estado ao particular, como exemplo as desapropriações. Porém o artigo 5º da Constituição Federal, nos incisos V e X, tratou como gênero do qual o ressarcimento e a reparação são espécies, assegurando a indenização por danos morais, bem como o art. 186 do CC, já descrito.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Kfoury Neto (2010, p. 139-140) citando Represas e Mesa ensina-nos que há dez regras as quais podem valer para a quantificação, não à indenização simbólica, ao enriquecimento injustificado, à tarifação piso ou teto, ao percentual do dano patrimonial, à determinação calcada exclusivamente no “prudente arbítrio”. A consideração da gravidade do dano, à atenção às peculiaridades do caso, relativas a vítima e ao ofensor, à harmonização em casos semelhantes, às formas de compensação que proporcionem prazeres, alegrias ao ofendido, à fixação de valores que possam ser efetivamente pagos compatíveis ao contexto econômico do país e à realidade da vida.

Sendo assim, cada caso tem a quantificação da indenização levando em conta os riscos, as sequelas, os problemas do paciente, bem como do médico, e a situação a qual se encontra, por isso não se pode valorar um preço fixo no quadro de indenização, haja vista cada caso ser distinto do outro.

Com relação ao erro de prescrição de medicamentos, este encaixa-se no erro de medicação, que é definido como um evento evitável, ocorrido em qualquer fase da terapia medicamentosa, que pode ou não causar danos ao paciente. O erro de prescrição, omissão, horário, dose, são tipos de erro de medicação. Erro de prescrição pode ser configurado como escolha incorreta do medicamento, indicação e contra-indicação, alergias e dose do medicamento, que na maioria das vezes traz graves consequências do paciente. (COREN, 2012).

Como estratégias de prevenção destes erros, os Conselhos de Medicina tem alguns requisitos que devem ser cumpridos para amenizar esses erros, tais como: padronizar as prescrições de medicamentos, evitar emprego de abreviações, evitar o uso de casa decimal, destacar as alergias conhecidas, implantar dupla checagem do cálculo de medicamentos, por dois profissionais sempre que possível. Incluir um farmacêutico clínico na equipe multidisciplinar que verifique a adequação da

prescrição e a dose do medicamento e que esteja disponível para esclarecimento de dúvidas nas outras etapas do sistema de medicação. Disponibilizar acesso fácil a informações científicas atualizadas e relevantes sobre terapia medicamentosa. (COREN, 2012).

A título de exemplo:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. **ERRO MÉDICO. PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTO IMPRÓPRIO.** AGRAVAMENTO DA ENFERMIDADE. PROVA PERICIAL NÃO CONTRADITADA. NEXO CAUSAL NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. RECURSO DESPROVIDO. Se a parte interpõe recurso de agravo retido no curso do processo, mas por ocasião da resposta ao recurso de apelação deixa de requerer expressamente a sua apreciação pelo Tribunal "ad quem", resta prejudicado seu exame, a teor do art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil (AC n. 2007.034234-9, de Içara, rel. Des. Cid Goulart, j. 31-10-2007). A prestação de serviço médico, salvo exceções (v.g., cirurgia estética, tratamentos odontológicos etc.), é obrigação de meio e não de resultado, uma vez que a asseguaração da cura ou da melhora do paciente está limitada ao conhecimento científico humano e aos recursos que para tanto podem ser disponibilizados. É, pois, necessária a demonstração da culpa do médico para responsabilizá-lo (assim como, em determinadas circunstâncias, o estabelecimento hospitalar) pelo resultado terapêutico indesejado, ou ao menos o nexo de causalidade entre as seqüelas verificadas no indivíduo tratado e os procedimentos realizados (Apelação Cível n. 2010.078429-3, de Capinzal - Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato). **Processo:** 2011.006591-4 (Acórdão) **Relator:** Stanley da Silva Braga **Origem:** Itajaí **Órgão Julgador:** Sexta Câmara de Direito Civil **Data:** 18/03/2011 **Juiz Prolator:** Carlos Roberto da Silva **Classe:** Apelação Cível. (SANTA CATARINA, 2012 – J) (grifo meu)

A prevenção de erros de medicação e promoção da segurança do paciente são questões de extrema relevância no sistema de saúde nacional e envolvem, necessariamente, diferentes áreas, setores, equipe multiprofissional e comunidade, sendo que as políticas públicas devem direcionar as ações com vistas a aprimorar o sistema de medicação, incluindo a determinação de estrutura e processos mínimos que garantam boas práticas e a segurança da população. (COREN, 2012).

Com base no estudo sobre a responsabilidade civil médica, pode-se notar a dificuldade em provar-se a culpa do médico em juízo. Quando cabe a vítima comprovar o erro, bem como a conduta culposa e dolosa do profissional médico, essa verificação torna-se ainda mais complicada, pois como base, o médico não tem obrigação de resultado, estando assim prescrição de medicamento sujeita a esta obrigação de meio, onde o médico não pode visar o resultado final, como demonstrado na análise de alguns julgados dos nossos Tribunais Brasileiros.

## 5. CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, observou-se quais são os direitos e deveres do médico, mormente no tocante a responsabilidade por erro de prescrição de medicamento, constatando-se que a ausência de zelo e prudência em sua conduta, pode gerar danos, tanto material como moral, muitas vezes irreversíveis ao paciente.

Mesmo havendo possibilidade de responsabilizá-los no âmbito jurídico, o Estado busca, na maioria das vezes, não culpar o médico por seus atos errôneos, o que origina revolta pelas pessoas que foram lesadas por eles, ferindo principalmente os direitos inerentes ao princípio da dignidade humana.

Neste sentido, o estudo procurou demonstrar a possibilidade de buscar a indenização compensatória em face dos danos que os profissionais possam causar aos seus pacientes, através de uma conduta inapropriada, principalmente quando há imprudência, imperícia e negligência, de forma que esses requisitos maculam os valores, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, e a reputação social do lesado.

É a partir do reconhecimento da responsabilidade, que a violação deste quesito implicará nas consequências legais previstas nos artigos 186, e 927, do CC.

Como visto no decorrer do presente estudo, não se trata aqui de fixar preço à dor, ao dano moral ou material do lesado, mas sim, de verificar a existência de um dano, de um agente negligente que comete um ato ilícito por omissão ou ação, do nexo causal entre eles e da devida reparação civil nos termos dos artigos supracitados.

De fato, não há valor que compense o abalo anímico causado pelos danos ao paciente, haja vista não existir situação pior do que modificar sua vida individual ou socialmente, em qualquer aspecto. Todavia, cabe sim ao Estado reconhecer mais simplificada e culpando o médico, atribuindo-lhe o devido valor jurídico, e reconhecendo a gravidade dos danos que a má conduta acarreta ao ser humano que está ali em busca de sua recuperação ou melhora de seu estado de saúde.

Muitas vezes essa conduta errônea acarreta em prejuízos de grande escala, desestruturando toda uma família, materialmente e psicologicamente, fazendo com que o elemento principal dessa família, fique impossibilitado de trabalhar, falar, andar, comer, ficando em uma vida quase que vegetativa, por culpa de um médico

que agiu com total negligência ao prescrever o medicamento adequado àquele caso, assim como aconteceu com minha mãe.

É assim que o presente trabalho objetivou esclarecer que não parece razoável considerar que todo médico que cometa algum erro deva ser responsabilizado civilmente, e por isso condenado a pagar ao paciente indenização por dano moral ou material. Entretanto, buscou-se evidenciar também que menos razoável ainda é considerar absolutamente imprópria a indenização decorrente de erro de prescrição de medicamento, mormente naqueles casos em que o médico age com total imprudência.

## 6. REFERÊNCIAS:

ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

COREN – SÃO PAULO. Erros de medicação, definições e estratégias de prevenção. Disponível em: [http://inter.coren-sp.gov.br/sites/default/files/erros\\_de\\_medicao-definicoes\\_e\\_estrategias\\_de\\_prevencao.pdf](http://inter.coren-sp.gov.br/sites/default/files/erros_de_medicao-definicoes_e_estrategias_de_prevencao.pdf); acesso em: 10 Jun 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código Brasileiro de Deontologia Médica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br>; acesso em: 10 Jun 2012.

DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**, 1 ed. 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7 v. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**, Volume XI, São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade civil**. IV v. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade civil**. 7 v. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda. **Responsabilidade Civil do Médico**. Revista IMESC. 1998. Disponível em: [www.imesc.sp.gov.br/imesc/rev1e.htm](http://www.imesc.sp.gov.br/imesc/rev1e.htm) - acesso em 14 Abr 2011.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Erro médico e a lei**. 4. ed. rev. e ampl São Paulo: Lejus, 1998.

**O ERRO médico é o mau resultado ou o resultado adverso decorrente da ação ou omissão do médico**. Bueno e Costanze Advogados, Guarulhos, maio 2007.

Disponível em: <<http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com>> - acesso em 28 maio 2011.

PITELLA, Juliane. **Novo Código de Ética Médica – Principais alterações e reflexos**. Disponível em [www.advsauade.com.br](http://www.advsauade.com.br); acesso em 13 Mai 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. . **Responsabilidade civil**. 9.ed Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Arlindo Peixoto Gomes. **A legítima defesa como causa de excludente da ilicitude da responsabilidade civil**. São Paulo: Icone, 2008.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, Volume IV, 19ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTA CATARINA. Apelação Cível. Ação de Indenização. Preliminares de cerceamento de defesa e impugnação ao benefício da assistência judiciária gratuita afastadas [...]. Disponível em [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br); acesso em: 14 Nov 2011-A.

SANTA CATARINA. Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Acidente de trânsito. Colisão, dano e nexos causal. Ausência de prova de culpa exclusiva da vítima [...]. Disponível em [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br); acesso em: 14 Nov 2011 – B.

SANTA CATARINA. Apelação Cível. Ação Condenatória. Acidente de trânsito. Culpa da vítima. Art. 69, III, b do CTB [...]. Disponível em [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br); acesso em: 14 Nov 2011 – C.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Profissional de medicina. Erro médico. Ausência de consentimento informado [...]. Disponível em [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br); acesso em: 01 Mai 2012 –A.

SANTA CATARINA. Apelação Cível. Ação de Indenização. Responsabilidade civil médica. Responsabilidade de meio. Inexistência de culpabilidade do médico [...]. Disponível em [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br); acesso em: 01 Mai 2012 – D.

SANTA CATARINA. Apelação Cível. Ação de Indenização. Óbito de recém-nascido por insuficiência respiratória decorrente de aspiração de líquido meconial [...]. Disponível em [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br); acesso em: 01 Mai 2012 E.

SANTA CATARINA. Embargos Infringentes. Ação Indenizatória e Reparatória. Erro médico. Cirurgia Cesariana. Uso incorreto de anestesia. Disponível em [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br); acesso em: 01 Mai 2012 – F.

SANTA CATARINA. Embargos Infringentes. Ação de Indenização. Cirurgia de Mamoplastia redutora. Lauro pericial que apontou que o profissional agiu com atenção [...]. Disponível em [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br); acesso em: 09 Mai 2012 – G.

SANTA CATARINA. Apelação Cível. Ação de Indenização de dano material, moral e estético. Cirurgia exclusivamente embelezadora. Obrigação de resultado [...]. Disponível em [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br); acesso em: 09 Mai 2012 – H.

SANTA CATARINA. Apelação Cível. Ação Indenizatória. Erro médico. Perícia. Nulidade inconfigurada. Preliminar afastada [...]. Disponível em [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br); acesso em: 07 Mai 2012 – I.

SANTA CATARINA. Apelação Cível. Ação Indenizatória. Erro Médico, Prescrição de medicamento impróprio. [...]. Disponível em [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br); acesso em: 07 Mai 2012 –J.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil no direito brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed São Paulo Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo**. 2. ed. rev. atual Curitiba: Juruá, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.