



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO:
UMA PROPOSTA DE SOCIALIZAÇÃO DOS RISCOS POR
MEIO DA IMPOSIÇÃO DE SEGURO OBRIGATÓRIO**

KALLINE LOPES RODRIGUES
04/86621

BRASÍLIA
2011

KALLINE LOPES RODRIGUES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO:
UMA PROPOSTA DE SOCIALIZAÇÃO DOS RISCOS POR
MEIO DA IMPOSIÇÃO DE SEGURO OBRIGATÓRIO**

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do Curso de Graduação de Bacharel em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: Prof. Hercules Alexandre da Costa Benício.

BRASÍLIA
2011

“NOSSAS VIDAS ESTÃO HOJE AMEAÇADAS NÃO SOMENTE POR AQUILO
QUE AS AMEAÇA, MAS TAMBÉM POR AQUILO QUE AS PROTEGE: A
CIÊNCIA E A MEDICINA.”
(EDGARD MORIN)

“ENTREGA O TEU CAMINHO AO SENHOR;
CONFIA NELE, E ELE TUDO FARÁ.”
(SALMO 37:5)

AGRADECIMENTOS

Aos familiares, pela confiança, e por compartilharem comigo os momentos de angústias e de alegrias;

Ao meu orientador, pelo auxílio, disponibilidade e cordialidade dispensados durante todo o processo de elaboração desta pesquisa;

Aos professores e colegas da Universidade de Brasília, pelo aprendizado, pela amizade, e pelo convívio ao longo desses anos;

A todos que contribuíram, direta ou indiretamente, para que este trabalho e a conclusão da graduação deixassem de ser apenas uma quimera.

RESUMO

A responsabilidade civil é fenômeno representativo das transformações verificadas na própria sociedade. Assim, acompanhando o desenvolvimento do capitalismo industrial, com a ampliação dos danos acidentais e anônimos decorrentes das atividades sociais essenciais - como, por exemplo, o transporte coletivo -, a imprescindibilidade de seus elementos constituintes (como filtros idôneos para selecionar as demandas indenizatórias que merecem tutela jurídica) está sendo relativizada. Com efeito, este instituto, anteriormente, voltado para a punição do ofensor, atualmente, passa a valorizar a vítima na busca pela indenização de seus danos.

Concomitantemente com essa mudança de perspectiva da responsabilidade civil, difundem-se os seguros de responsabilidade civil, mecanismos voluntários de distribuição do dever reparatório entre vários segurados, evitando-se, desse modo, que um único ofensor seja excessivamente onerado pela indenização de danos, às vezes, de difícil atribuição de culpa. Contudo, para aquelas atividades de relevante interesse social, essencialmente geradoras de danos, a interferência do legislador, ao instituir uma solidariedade ampliada, por meio de instrumentos securitários obrigatórios, torna-se recomendável. Insere-se nesse contexto o ofício do médico.

Entretanto, a socialização das eventualidades médicas, como se observa da análise de experiências vivenciadas em outros países, não afasta a aplicação do instituto da responsabilidade civil. Ambos os institutos são complementares, sob pena de restar sacrificada a prudência do potencial lesante, reduzindo a eficiência do seguro. Desse modo, atende-se ao propósito de indenização célere da vítima, possibilitando, ao mesmo tempo, o ajuizamento de ação regressiva em desfavor do facultativo.

O presente estudo pretende, a partir da identificação da imprescindibilidade de otimização da reparação de danos médicos, apresentar uma proposta de criação de seguro obrigatório que observe as seguintes necessidades: diluição ampla do dever reparatório; investimento em medidas preventivas; e responsabilidade subsidiária do facultativo.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Médico. Socialização dos riscos. Seguro obrigatório.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| CAPÍTULO 1 - ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL | 12 |
| 1.1. <i>Escorço histórico</i> | 12 |
| 1.2. <i>Conceito</i> | 15 |
| 1.3. <i>Funções ressarcitória/compensatória, dissuasória e punitiva</i> | 17 |
| 1.4. <i>Espécies de responsabilidade civil</i> | 20 |
| 1.4.1. Responsabilidade subjetiva e objetiva..... | 20 |
| 1.4.2. Responsabilidade contratual e extracontratual..... | 24 |
| 1.5. <i>Obrigação de meios e obrigação de resultado</i> | 25 |
| 1.6. <i>Elementos constituintes da responsabilidade civil</i> | 26 |
| 1.7. A CRISE DO SISTEMA CLÁSSICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DA CULPA À SOCIALIZAÇÃO DOS RISCOS..... | 31 |
| 1.7.1. <i>A corrosão dos filtros da responsabilidade civil</i> | 31 |
| 1.7.2. <i>A distribuição do dever reparatório</i> | 32 |
| 1.7.3. <i>Seguro de responsabilidade civil</i> | 34 |
| 1.7.4. <i>Seguridade social</i> | 36 |
| 1.7.5. <i>Seguros privados obrigatórios</i> | 38 |
| CAPÍTULO 2 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO | 41 |
| 2.1. ESCORÇO HISTÓRICO..... | 41 |
| 2.2. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO..... | 45 |
| 2.2.1. <i>Deveres de conduta do Médico</i> | 45 |
| 2.2.2. <i>Erro médico e outros resultados adversos</i> | 48 |
| 2.2.3. <i>Apuração da responsabilidade civil do médico</i> | 50 |
| 2.2.4. RESPONSABILIDADE MÉDICA COLETIVA..... | 54 |
| 2.2.5. RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE SAÚDE..... | 59 |
| 2.2.6. RESPONSABILIDADE DAS ENTIDADES PRIVADAS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA..... | 59 |
| 2.2.7. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU DE SOBREVIVÊNCIA..... | 60 |
| CAPÍTULO 3 - MUTUALIZAÇÃO DOS RISCOS MÉDICOS | 62 |
| 3.1. SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO..... | 62 |

| | |
|--|----|
| 3.1.1. <i>Considerações gerais</i> | 62 |
| 3.1.2. <i>Vantagens e desvantagens da adoção do seguro</i> | 66 |
| 3.2. SOCIALIZAÇÃO DOS RISCOS MÉDICOS..... | 74 |
| 3.2.1 <i>No Direito Estrangeiro</i> | 74 |
| 3.2.1.1. Modelo francês..... | 74 |
| 3.2.1.2. Modelo sueco..... | 76 |
| 3.2.2. <i>Proposta de criação de um modelo brasileiro</i> | 78 |
| CONCLUSÃO | 84 |
| REFERÊNCIAS | 88 |

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento industrial e a massificação do consumo geraram tantos prejuízos aos membros da sociedade, que a ameaça constante de danos individuais assumiu a proporção de risco social.

Diante dessa conjuntura se descortina o protagonismo da responsabilidade civil como um instrumento, principalmente, de reparação e proteção, apto a atenuar essa condição de vulnerabilidade a que os atores sociais, de um modo geral, estão submetidos. Este instituto desenvolveu-se concomitantemente com a sociedade, acompanhando as suas mudanças econômicas, sociais e políticas, cuja complexidade crescente é incontestável no mundo contemporâneo.

Nessa esteira, a responsabilidade civil vem, atualmente, passando por intensas modificações, desde a sua própria definição até questionamentos sobre a imprescindibilidade de se constatar a presença de todos os seus elementos constituintes para que, realmente, emerja o dever de indenizar. Assim como a teoria subjetiva perdeu espaço com o desenvolvimento da teoria objetiva, baseada na noção de risco, no presente, os conceitos de nexos causal, de dano, e os próprios modelos de classificação da responsabilidade civil estão sendo relativizados. O instituto da responsabilidade civil, anteriormente voltado para a punição do ofensor, e que no momento seguinte passou a valorizar a vítima na busca pela indenização de seu dano, direciona-se para uma modalidade de reparação custeada por toda a sociedade, a qual não pretende ter sua paz e segurança abaladas por prejuízos não reparados, afetando gravemente alguns integrantes dessa coletividade.

Essas transformações no sentido de promover uma maior justiça social, outrossim, encontram reflexos na legislação e na jurisprudência. No direito brasileiro, a aplicação da responsabilidade objetiva - iniciada por leis específicas (da atividade ferroviária, dos acidentes do trabalho) - foi amplamente expandida pelo Código de Defesa do Consumidor, e consagrada pelo Código Civil de 2002, com sua cláusula geral aplicável às consideradas atividades de riscos (art. 927, parágrafo único). Contudo, a jurisprudência ao buscar adequar a responsabilidade civil, instituto individualista em sua origem, ao imperativo constitucional da solidariedade social, na procura pela solução mais justa no caso concreto, em algumas hipóteses de difícil determinação da culpa, pode terminar gerando outra injustiça, qual seja, a atribuição do dever reparatório a um

único agente, que assumiria sozinho uma incumbência que poderia ser atribuída a qualquer outro integrante de determinado setor econômico ou, em alguns casos, a totalidade da sociedade.

Destarte, esse princípio solidarista, no intuito de evitar essa situação desproporcional, exige que sejam implementados mecanismos aptos a diluir o dever reparatório entre todos os envolvidos em atividades potencialmente danosas, para reprimir ou reduzir o número de prejuízos perpetrados.

Desse modo, o seguro de responsabilidade civil tem encontrado espaço para se difundir. Por meio deste instrumento, uma seguradora é contratada para assumir as obrigações econômicas pelas quais o segurado poderia ser compelido a pagá-las, em decorrência de eventual responsabilização pelo exercício de seu ofício. Essa expansão tende a alcançar grande parte das atividades mais oneradas pela aplicação do instituto da responsabilidade civil, como é o caso da prática da Medicina.

Com efeito, atualmente, a ciência médica dispõe de um arsenal tecnológico que possibilita ao ser humano inúmeros benefícios. No entanto, essa evolução não impediu a geração de novos danos.

Anteriormente, um médico somente seria compelido a pagar uma indenização na hipótese de erro grosseiro ou de inescusável conduta culposa. No entanto, hodiernamente, há precedentes jurisprudenciais no sentido de somente afastar o dever reparatório em situações excepcionais: na ausência de nexo de causalidade; por motivo de força maior; pela atuação de terceiros; ou por culpa exclusiva da vítima. De fato, se é injusto, o facultativo ser responsabilizado pela imprevisibilidade da ciência ou por suas próprias limitações humanas, mais injusto seria deixar que o paciente arcasse com todos os custos de um mau resultado (FRANÇA, 1982, p. 107).

Cumprido elucidar que, como profissional liberal, a responsabilidade civil do médico é fundada na verificação de sua atuação culposa no caso concreto (art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor). Contudo, alguns doutrinadores - entre eles, Hermes Rodrigues de Alcântara (1971, p. 204), Genival Veloso de França (FRANÇA, 1982, p. 107) e Maria Helena Diniz (2009, p. 679) - defendem a substituição da teoria da culpa pela do risco na apuração do infortúnio médico.

Assim, diante dessa mudança de foco na responsabilidade civil do médico, e com o incremento do número de ações visando à reparação de danos, a socialização dos riscos por meio da adoção de seguro, passa a ser considerada uma necessidade social (MORAES I., 2007, p. 570).

Além disso, observa-se que, para determinados riscos, é necessário instituir uma mutualização ampliada por intermédio de seguros obrigatórios, entre os principais motivos apresentados, além do já mencionado, estão: o elevado valor a ser pago, se somente as pessoas mais expostas aos eventos danosos contratassem o mecanismo, tal situação torna-se evidente no concernente aos seguros voltados para algumas especialidades médicas mais demandadas judicialmente, quais sejam, as cirúrgicas, destacando-se as intervenções plásticas, obstétricas, oftalmológicas, ortopédicas, etc.; a difícil delimitação entre o ato culposo e aquele atribuído ao acaso, para efeitos de apuração da responsabilidade; o alto custo e a morosidade dos procedimentos judiciais.

No mais, Hermes Rodrigues de ALCÂNTARA (1971, p. 214), Genival Veloso de FRANÇA (2007, p. 258) e Maria Helena DINIZ (2009, p. 679) sustentam que esse seguro obrigatório de erros médicos não deveria ser administrado pela iniciativa privada - que, em busca de lucros astronômicos, ignora os prejuízos sociais perpetrados -, mas pelo Estado ou, de maneira delegada, por representantes da classe médica. Entre outras vantagens, tal escolha, mostrar-se-ia benéfica em virtude de: uma maior disponibilidade de recursos para serem empregados no aperfeiçoamento dos profissionais; possibilidade de fixação de uma contribuição módica para custear o seguro; a indenização não depender da situação financeira de empresas privadas, que, por vezes, têm sido responsáveis pelo fracasso do sistema securitário.

O presente estudo visa confrontar e relacionar todos esses aspectos. A temática sobre a socialização do risco médico é atual, e relevante a sua discussão no meio acadêmico, bem como entre os profissionais da Medicina, os juristas, os representantes dos três poderes do Estado e do Ministério Público, porque a atividade médica é essencial ao bem-estar social.

No *Capítulo 1*, dar-se-á atenção aos aspectos gerais relacionados à responsabilidade civil, perpassando brevemente pelo histórico, abordando seus elementos constitutivos, até chegar à análise da mudança de foco da responsabilidade civil, do autor do ato ilícito para a vítima do dano, circunstância que permitiu a corrosão de seus filtros - culpa e nexos causal -, dando ensejo à

expansão de mecanismos de distribuição do dever reparatório, entre eles: o seguro de responsabilidade civil, a seguridade social e os seguros privados obrigatórios.

No *Capítulo 2*, o objetivo é refletir sobre a responsabilidade civil do médico, verificada mediante a comprovação da conduta culposa do agente ofensor (art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor). Ainda assim, ver-se-á que o fato de a responsabilidade do médico ser subjetiva não representa óbice à inversão do ônus da prova. Cumpre ressaltar, ademais, como será estudado, que há tipos de responsabilização diferenciados a depender das seguintes situações: se o vínculo entre paciente e profissional for indireto, via hospital público, ou entidades privadas de assistência médica; se houver a interferência de outras pessoas no evento danoso; ou uso de aparatos perigosos. Por fim, tratar-se-á da aplicação da teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, como outra circunstância ensejadora da responsabilidade civil do facultativo.

No *Capítulo 3*, examinar-se-ão os aspectos gerais da mutualização dos riscos médicos, desde a difusão do seguro de responsabilidade civil profissional, as vantagens e desvantagens da sua adoção, até a tendência, hodierna, de socialização das eventualidades médicas por meio da imposição de seguro obrigatório, experiência já vivenciada em outros países, e que poderia, outrossim, ser implementada no Brasil.

A metodologia utilizada neste trabalho consiste na análise - sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro, da doutrina, da jurisprudência, e de alguns aspectos do direito estrangeiro - dos fenômenos jurídicos, econômicos, e sociais relacionados à temática da socialização dos riscos médicos. A partir desse cotejo, será apresentada uma proposta de criação de seguro obrigatório administrado pelo Estado, a qual possibilitaria a distribuição do dever reparatório das eventualidades médicas.

CAPÍTULO 1 - ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1. *Escoço histórico*

Nos primórdios, a existência humana estava fortemente vinculada à ideia de coletividade. Assim, o indivíduo tinha a sua identidade estreitamente ligada ao fato de estar inserido em um grupo. Nesse contexto histórico, quando sofria um dano algum membro de determinado segmento coletivo, como um clã ou uma tribo, eram esses núcleos sociais que retribuíam ao ofensor a agressão sofrida por um de seus componentes. (DINIZ, 2000, p. 9).

Gradualmente, esse modelo de vingança coletiva evoluiu para um sistema individualista, cujo modelo fundamentava-se na busca da justiça pelas próprias mãos. O revide aos danos suportados ocorria com requintes de violência¹.

A reparação privada e individual do dano ocorria sob a égide da Lei de Talião, segundo os ditames “olho por olho, dente por dente”, ou “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. Nesse período, a participação do Estado limitava-se a estabelecer o momento oportuno em que a vítima poderia perpetrar no ofensor, o mesmo tipo de dano, por ela sofrido. (DINIZ, 2000, p. 10).

Após esse período de retaliação individual, o passo seguinte foi a busca pela composição. Nessa fase, constatou-se que era desvantajoso o revide do dano com um outro dano, pois gerava a duplicação dos lesados. Assim, começou-se a privilegiar a reparação pecuniária, ainda que não houvesse conjecturas acerca da culpa ou do abandono total do modelo fundado na vingança. Por sua vez, o legislador começou a interferir nesse modelo de composição privada ao definir as hipóteses sujeitas à reparação, e ao estatuir as tarifas devidas por cada tipo de prejuízo causado. (GONÇALVES, 2005, p. 4).

Desse modo, as autoridades passaram a exercer, juntamente com o poder de estabelecer as causas ensejadoras do dever de indenizar, o poder punitivo, tendo em vista que os efeitos do prejuízo perpetrado a um indivíduo não se restringe a este, mas afeta a coletividade como um todo, pelo desequilíbrio instaurado no meio social. Verifica-se, portanto, uma evolução da justiça punitiva para a redistributiva.

¹ Anota Alvino LIMA (1999, pp. 19-20) que, à época, dominava a “vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”.

A partir desse momento, o Estado assume o monopólio da punição e, concomitantemente a essa atuação das autoridades, surge a ação de indenização à disposição do ofendido. Assim, “a responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal.” (MAZEAUD & MAZEAUD *apud* GONÇALVES, 2005, p. 5).

Com a *Lex Aquilia de damno*, datada de 286 a.C., consolidou-se a indenização pecuniária do dano sofrido e, ainda, foram traçadas as primeiras linhas sobre a exigência da verificação da culpa do ofensor, para que a vítima pudesse pleitear o direito à reparação de seu prejuízo. (DINIZ, 2000, p. 10)².

A *Lex Aquilia*, segundo boa parte da doutrina, contribuiu decisivamente para o desenvolvimento do estudo da responsabilidade civil, mormente, porque possibilitou a visualização do dano como uma figura autônoma, ensejando a responsabilização extracontratual, motivo pelo qual essa espécie de responsabilidade é também conhecida como aquiliana. (VENOSA, 2003, p. 18).

O direito francês contribuiu de maneira relevante para o desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil, notadamente, porque extinguiu o critério de enumeração dos danos sujeitos à indenização, ao estabelecer um princípio geral da responsabilidade civil. Desde esse momento, emergiram paradigmas que influenciariam várias outras nações, a título de exemplo: o direito à indenização sempre que houvesse culpa, separando-se definitivamente a responsabilidade civil da penal; a aceitação da culpa contratual, que decorreria da conduta negligente ou imprudente do ofensor; dentre outros. (GONÇALVES, 2005, p. 6).

A consagração da contribuição francesa para a consolidação da teoria da responsabilidade civil ocorreu com o Código Napoleônico que, ao estatuir a responsabilidade baseada na culpa, veio a inspirar a maioria das legislações elaboradas sobre a temática, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916. (TEPEDINO, 2006, p. 804)³.

² Anota Marcelo Kokke GOMES (2001, p. 22), todavia, que a doutrina diverge sobre o real surgimento da noção de culpa no contexto da *Lex Aquilia*. Ressalta o referido autor: “(...) em verdade, a noção de culpa e sua identificação somente se dão de maneira plena no século XVIII. A *Lex Aquilia* inicia a construção da responsabilidade extracontratual, tendo dentre seus fundamentos o *damnum injuria datum*, que consistia na destruição ou deteriorização da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido a coisa *corpore et corpore*, sem direito ou escusa legal (injúria), tendo em vista a reparação do dano (...)”.

³ Gustavo TEPEDINO (2006, p. 804) aduz que: “sob a inspiração do Código Napoleão, o CC1916 fundou o seu sistema de responsabilidade no ato ilícito, que tem a culpa *lato sensu* como elemento nuclear. Assim, para que nascesse o dever de indenizar, fazia-se imprescindível que a vítima conseguisse demonstrar o comportamento culposo do agente causador do prejuízo”. (2006, p. 804).

Com o estabelecimento da noção inicial de culpa, e com o desenvolvimento da responsabilidade subjetiva, constatou-se que esse modelo era adequado ao contexto social em que surgiu. Pois, as relações baseavam-se na pessoalidade e o meio de produção preponderante era o artesanal. (GOMES, 2001, pp. 22-23). No entanto, essa conjuntura restou modificada com a Revolução Industrial, que possibilitou o incremento da produção e a especialização do trabalho.

No decorrer do período de afirmação do modelo liberal de Estado, estipulou-se que este deveria assumir uma postura abstencionista, para permitir uma organização natural da sociedade. As Constituições do século XVIII exprimiam essa concepção e colimavam “garantir os direitos individuais e a separação dos poderes, a submissão de todos tão-somente perante a lei que é expressão da vontade geral e a organização e limitação do Estado, a fim de garantir a liberdade de cada um.” (GOMES, 2001, pp. 23-24).

No entanto, os resultados da ampla industrialização e da vulneração da sociedade, decorrentes de um modelo capitalista de produção, tornaram-se patentes. Os riscos a que estavam sujeitos os trabalhadores das indústrias e os consumidores de produtos manufaturados não tardaram a se revelar com a verificação de vários danos. Notou-se a necessidade de que os danos provocados fossem reparados. Todavia, a indenização devida restou condicionada a penosos critérios de verificação da culpa e que dificilmente seriam satisfeitos por um operário ou por um simples cidadão frente ao potente industrial⁴. Esse momento ficou conhecido como a era da *prova diabólica*. (GOMES, 2001, p. 24).

Contudo, essa conjuntura crítica adquiriu proporções cada vez maiores e passou a exigir uma reformulação do próprio Estado. Esse modelo abstencionista não mais satisfazia aos interesses da sociedade, que clamava por soluções para os problemas trazidos pelo grande desenvolvimento industrial. Assim, nasce o Estado Social, voltado para uma maior interferência social e econômica.

Os riscos oriundos da sociedade industrial, bem como o advento dessa nova feição estatal concorreram para o desenvolvimento de aspectos inovadores na teoria da responsabilidade civil.⁵ A responsabilização baseada somente na culpa não mais supria os anseios sociais. Assim,

⁴ Gustavo TEPEDINO ressalta, citando Raymond Saleilles, que “em determinados casos, como nos acidentes de trabalho, exigir da vítima a prova da culpa equivalia a não responsabilizar o provocador do dano.” (TEPEDINO, 2006, p. 804).

⁵ Segundo o escólio de Carlos Roberto GONÇALVES (2005, p. 6): “O surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas.”

houve uma mudança de foco na teoria da responsabilidade civil, e a culpa deixou de ser o critério único a gerar o direito à reparação. Nessa senda, aduz Gustavo TEPEDINO (2006, p. 805):

“A evolução social fez com que a tradicional responsabilidade subjetiva, informada pela teoria da culpa e por um princípio de imputabilidade moral, se mostrasse insuficiente para a tutela das relações jurídicas na sociedade de massa. Na nova realidade social, a reparação da vítima não poderia depender da prova quase impossível que identificasse quem, de fato, agiu de forma negligente”.

Nesse contexto social que se desenvolveu a responsabilidade objetiva, baseada no risco que o exercício de determinadas atividades, naturalmente, geram, ensejando a reparação dos prejuízos perpetrados, independentemente da comprovação de que o ofensor tenha agido com culpa.

Destarte, renunciou-se à antiga concepção de que a responsabilização somente ocorreria com a verificação da atuação culposa do lesante. Emerge um novel modelo, forjado com bases em ideais de solidariedade social, no qual o foco volta-se para o ofendido e para a miríade de riscos aos quais a sociedade hodierna está sujeita, em decorrência da evolução industrial e tecnológica.

Hodiernamente, não se pode afirmar que vige uma ou outra teoria da responsabilidade civil, com efeito, o modelo subjetivista subsiste ao lado do objetivista. Nos casos de atividades de riscos, em que a verificação da conduta culposa geraria um desgaste elevado à vítima, tem-se preferido a teoria da culpa presumida ou da responsabilidade objetiva, com o escopo de evitar que o prejuízo reste sem reparação.

1.2. Conceito

Traçados os primados históricos da responsabilidade civil, empreende-se, agora, breve delimitação conceitual desse instituto jurídico. Essa questão foi amplamente discutida pela doutrina, contudo, não se obteve uma definição uníssona. A seguir, serão mencionadas as principais contribuições doutrinárias para a conceituação da responsabilidade civil.

Parcela da doutrina ressalta a importância de que a responsabilidade seja definida em razão da obrigação atribuída ao infrator de indenizar o prejuízo perpetrado em função do descumprimento de um dever de conduta, com a finalidade de que se busque restabelecer ao

ofendido o seu *status quo ante* ao da referida violação⁶. Sérgio CAVALIERI FILHO (2001, p. 20), por sua vez, conceitua a responsabilidade civil como “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um outro dever jurídico”. Esse tipo de definição desconsidera, entretanto, os casos de incidência da responsabilidade objetiva, em que, mesmo se perfilhando uma conduta consoante o ordenamento jurídico ou as prescrições contratuais, na eventual ocorrência de dano, este deverá ser indenizado, ainda que não se verifique a existência de ato culposo⁷.

Destaque-se que - com a difusão da teoria do risco, bem como das hipóteses de responsabilização objetiva - a necessidade da culpa, como requisito para que surja o dever de reparar, foi relativizada.

Assim, cumpre identificar outros caracteres aptos a definir o instituto da responsabilidade civil. Importa salientar que a maioria dos estudos voltados para essa problemática menciona a relação que há entre responsabilidade e obrigação, inclusive referindo-se àquela como ramificação desta. Por esse motivo, a responsabilidade é associada a uma contraprestação. José de Aguiar DIAS (1973, p. 8), por seu turno, vincula a concepção de responsabilidade à repercussão obrigacional que emerge das inúmeras atividades humanas. Desse modo, diversas podem ser as responsabilidades, uma vez que várias são as possibilidades de atuação do ser social⁸.

Segundo a lição de Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 10), na ânsia de se buscar um conceito adequado para a responsabilidade civil, não devem ser excluídas dessa definição as suas modalidades subjetiva e objetiva, porque ambas possuem o objetivo de proporcionar a justa indenização à vítima pelo prejuízo sofrido. Anota o autor:

“Em termos assim genéricos, o conceito não assume nenhum compromisso com as duas correntes que disputam as preferências: a teoria subjetiva da culpa e a teoria objetiva da

⁶ Maria Helena DINIZ (2000, p. 33) ensina: “Se ele agir de conformidade com a norma ou com seu dever, seria supérfluo indagar da sua responsabilidade, pois ele continuará responsável pelo procedimento, mas não terá nenhuma obrigação traduzida em reparação de dano, como substitutivo do dever de obrigação prévia, porque a cumpriu, de modo que o que nos interessa, ao nos referirmos à responsabilidade, é a circunstância da infração da norma ou obrigação do agente. A responsabilidade serviria, portanto, para traduzir a posição daquele que não executou o seu dever.”

⁷ Tal concepção é corroborada por Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina Bodin de MORAES (2007, p. 804), quando censuram parcela da doutrina que conceitua responsabilidade civil como um dever jurídico sucessivo, proveniente do descumprimento de um dever jurídico originário, em razão dessa ideia ser, atualmente, insuficiente devido à aceitação, em determinados casos, da teoria do risco e da responsabilização objetiva.

⁸ “A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social.” (AGUIAR DIAS, 1973, p. 9).

responsabilidade sem culpa. Uma noção abrangente não deve permanecer limitada. No desenvolvimento da matéria atinente à responsabilidade civil, não há motivo para que um conceito exclua qualquer delas. A rigor elas se completam e terão (ao menos durante algum tempo) de conviver uma ao lado da outra, visando ao mesmo objetivo que é a reparação do dano.”

Destarte, cabe mencionar o princípio sobre o qual a teoria da responsabilidade civil se fundamenta: “a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento.” (PEREIRA, 2001, p. 11).

Por fim, em síntese, a responsabilidade civil pode ser entendida como o dever de reparação que incumbe ao agente em decorrência de dano por ele gerado, por pessoa sob sua responsabilidade, ou por coisa ou animal que estivesse sob seus cuidados, e que tenha interferido, injustamente, no patrimônio jurídico de outrem. Ademais, é imprescindível enfatizar que a responsabilidade civil exsurge, ainda, como corolário do anseio da sociedade de realização da justiça, não se admitindo que o prejuízo perpetrado continue irreparado, eivando a ordem jurídica consolidada, e colocando em risco a harmonia social⁹.

1.3. Funções ressarcitória/compensatória, dissuasória e punitiva

Outra temática relevante, para uma melhor compreensão do desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil, diz respeito às funções que lhe são atribuídas, quais sejam, a ressarcitória/compensatória, a dissuasória e a punitiva.

A função tradicionalmente atribuída à responsabilidade civil é a reparatória (também conhecida como ressarcitória ou indenizatória), cujo objetivo visa garantir à vítima a reparação plena do prejuízo material sofrido, segundo o princípio da *restitutio in integrum*. Por sua vez, no que tange aos danos imateriais ou não patrimoniais, comumente, emprega-se o termo compensação, pois os referidos prejuízos são, por essência, irreparáveis. (FACCHINI NETO, 2003, p. 27).

Mais outras duas funções podem ser desempenhadas pelo instituto, quais sejam, a punitiva e a preventiva (ou dissuasória).

⁹ Como leciona Rui STOCO (2004, p. 118): “(...) a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria Justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar a outro, ou seja, o *neminem laedere*.”

A função punitiva, recorrente na antiguidade jurídica, havia perdido a sua relevância nos tempos modernos, com a delimitação dos campos pertinentes à responsabilidade civil e à responsabilidade penal. A esta última estaria relegada a função punitiva. No entanto, quando teve início a aceitação da compensabilidade dos danos extrapatrimoniais, notou-se, naquele momento, a noção de uma função punitiva da responsabilidade civil. Assim, para os familiares da vítima de um homicídio, por exemplo, a obtenção de uma compensação econômica paga pelo causador da morte representa uma forma estilizada e civilizada de vingança, pois no imaginário popular está-se também a punir o ofensor pelo mal causado quando ele vem a ser condenado a pagar uma indenização. Atualmente, com a propagação da tutela jurídica (inclusive por meio de mecanismos da responsabilidade civil) dos direitos da personalidade, ressurgiu a ideia de penas privadas. Daí pode-se vislumbrar um retorno à função punitiva, tendo como antecessores os sistemas jurídicos da *Common Law*, por meio dos denominados *punitive e exemplary damages*, cujo objetivo, em síntese, é “punir” o causador do dano por algum ato praticado, que tenha ofendido gravemente o sentimento ético-jurídico preponderante em certa comunidade. (FACCHINI NETO, 2003, p. 27).

Por sua vez, a função dissuasória distingue-se da anterior por não se referir a uma conduta passada, mas pela busca da prevenção de condutas lesantes. Desse modo, por intermédio da responsabilização civil, colima-se desestimular a prática de atos considerados reprováveis do ponto de vista ético-jurídico. Isso não quer dizer que as funções reparatória e a punitiva não produzam esse efeito preventivo, individual e geral. Mas, essa finalidade é secundária, não efetivamente almejada. Com a função dissuasória, porém, o escopo de prevenção geral, de desestímulo ou de orientação de condutas a serem perseguidas, revela-se como o objetivo primordial. No entanto, a maneira de atingi-lo consiste na condenação do responsável à reparação/compensação de danos individuais. (FACCHINI NETO, 2003, p. 28).

Segundo ressalta Fernando NORONHA (1999, p. 31), há uma aproximação entre a função sancionatória da responsabilidade civil e a finalidade retributiva do Direito Penal. Observando, assim, a influência do grau de censurabilidade da conduta do agente causador do dano no valor fixado para o ressarcimento da vítima, aproximando a indenização, por vezes, da pena privada. Já no que se refere aos danos extrapatrimoniais constata a evidente finalidade de punição ao autor do prejuízo. Ainda, afirma que, muitas vezes, a noção penal de punição está atrelada ao fim reparatório, para estimular o devedor e, ao mesmo tempo, coagi-lo a reparar o

dano, como ocorre com a aplicação das multas cominatórias ou penas pecuniárias. Ademais, aduz que a responsabilidade civil possui a finalidade de dissuadir não somente o lesante da prática de atos danosos, mas a coletividade.

Por seu turno, Maria Celina Bodin de MORAES (2005a, p. 326), em sua obra intitulada “Danos à Pessoa Humana - uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais”, posiciona-se contrariamente à admissibilidade do caráter punitivo da responsabilidade civil, argumentando que “nosso sistema não deve adotá-lo, entre outras razões, para evitar a chamada loteria forense; impedir ou diminuir a insegurança e imprevisibilidade das decisões judiciais; inibir a tendência hoje alastrada da mercantilização das relações existenciais”.

Ademais, percebe-se que as referidas funções, quando tratadas pela jurisprudência, são associadas aos danos morais¹⁰, o que diferencia a maneira como a temática é abordada no direito pátrio em comparação aos países da *Common Law*. Pois, na tradição anglo-saxã, as prestações punitivas/dissuasórias (*punitives/exemplary damages*¹¹) são aplicadas a determinadas condutas mais fortemente não toleradas socialmente, equivalendo ao valor excedente àquele devido em decorrência dos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais, portanto, não se identificando ou subsumindo em nenhum desses danos. (VAZ, 2009, p. 75).

Por fim, segundo Eugênio FACCHINI NETO (2003, p. 28), no Brasil, as análises doutrinárias e jurisprudenciais sobre as funções punitiva e dissuasória da responsabilidade civil são escassas e, muitas vezes, superficiais. De fato, as explanações sobre o tema são realizadas de maneira mais densa e sistemática pelo Direito Comparado. (VAZ, 2009, p. 75).

¹⁰ Já anotam MARTINS-COSTA e PARGENDLER que, hodiernamente, coexistem três teorias sobre a função da indenização do dano moral, seguidas pela doutrina e jurisprudência, sendo a última delas - a mista - adotada majoritariamente: 1) a compensação da vítima; 2) a punição do autor do dano; 3) tanto a compensação da vítima como a punição do autor do dano (2006, p. 16).

¹¹ As funções punitiva e dissuasória da responsabilidade civil são referidas pela doutrina, na maioria das vezes, como *punitive damages* tendo como tradução: danos punitivos, indenização punitiva, pena privada, indenização exemplar e, atualmente, prestações punitivas ou dissuasórias. Contudo, ressalte-se que, não obstante o tratamento generalizado, a função da prestação punitiva distingue-se da exemplar, apesar de o valor a ser pago pelo causador do prejuízo, além da indenização/compensação, seja único, estabelecido para ambas as finalidades. Desse modo, comumente, a doutrina nomeia de *punitive damages* a quantia devida pelo lesante não apenas a título de punição, mas, outrossim, englobando a parcela dissuasória. (VAZ, 2009, p. 40).

1.4. Espécies de responsabilidade civil

Tratando-se da responsabilidade civil, vários são os critérios de classificação utilizados pela doutrina a fim de promover uma melhor organização e, conseqüentemente, aplicação dos institutos jurídicos correlatos.

Para os fins deste trabalho, mostra-se relevante a análise das espécies principais da responsabilidade civil, classificadas pelo fundamento da responsabilidade (hipótese em que será subjetiva ou objetiva) e, sob outro aspecto, segundo seu fato gerador, caso em que a responsabilidade será contratual ou extracontratual, sendo a última também conhecida como aquiliana.

1.4.1. Responsabilidade subjetiva e objetiva

A responsabilidade subjetiva desenvolveu-se baseada na teoria da culpa, outrossim, conhecida como teoria clássica. Por esse modelo subjetivista de responsabilização, a verificação da culpa é condição indispensável para que haja o dever de reparar o prejuízo causado; desse modo, pela teoria subjetiva, não há dano indenizável se inexistir a comprovação de que o suposto lesante atuou culposamente. A culpa, no sentido adotado, deve ser compreendida no sentido amplo, ou seja, englobando a culpa *strictu sensu*, assim como o dolo. CAVALIERI FILHO (2001, p. 27).

A teoria subjetiva é adotada pelo ordenamento brasileiro, como se observa da leitura dos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil (CC) de 2002, que assim preceitua:

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

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

Destarte, o dever de reparar o dano emerge quando se verifica a conduta omissiva, negligente ou imprudente do ofensor. Além disso, o art. 186, acima transcrito, fornece os elementos caracterizadores da responsabilidade subjetiva e que serão analisados em momento oportuno, quais sejam: a conduta culposa, o nexo causal e o dano.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu artigo 14, § 4º, prevê que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”.

Com a disseminação da teoria do risco, em decorrência do desenvolvimento industrial e tecnológico já mencionado, a culpa deixou de constituir o critério único de configuração da responsabilidade civil. Para resolver os casos em que não havia culpa de nenhum dos protagonistas, lançou-se a idéia da responsabilidade objetiva, descartando-se a necessidade de uma culpa subjetiva. Afastou-se, então, a pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. Segundo a teoria objetiva, a culpabilidade do autor do dano revela-se irrelevante, basta a ocorrência do dano e a existência do nexo de causalidade, para que haja a obrigação de indenizar o prejuízo causado. (FACCHINI NETO, 2003, p. 24).

Numa breve análise da evolução pela qual passou a teoria objetiva da responsabilidade civil, menciona-se, primeiramente, o advento da culpa presumida, segundo a qual, apesar de não ser dispensável a comprovação da culpa, presumia-se a ocorrência desta em favor da vítima, devido às peculiares circunstâncias em que se deu o dano ou em razão da atividade de risco desenvolvida pelo causador do dano. Assim, incumbia a este, caso almejasse, com fulcro na inversão do ônus da prova, elidir a presunção de culpa que havia em seu desfavor. Já se observa neste modelo uma situação mais favorável para o ofendido, pois este somente ficaria sem direito à reparação caso restasse provado “alguma das causas de exclusão do nexo causal.” (CAVALIERI FILHO, 2001, p. 143).

A partir da consolidação da teoria objetiva, a ocorrência da culpa torna-se irrelevante, sequer se perquire da culpabilidade do agente causador do dano, sendo suficiente a existência do prejuízo e o nexo de causalidade, para que nasça o dever de indenizar. Desse modo, a responsabilidade se funda no risco da atividade desenvolvida e “prescinde totalmente da prova da culpa”. (GONÇALVES, 2005, p. 22).

Os modelos de responsabilização civil objetiva baseiam-se, mormente, nas noções de garantia, eficiência e risco. A primeira espécie refere-se à obrigação do devedor de cumprir com a

prestação assumida, portanto, devendo, garanti-la¹². Já para a segunda, com aplicação em casos excepcionais, importa investigar, dentre as partes envolvidas, qual a que poderá arcar com o prejuízo “com menos sacrifício de seu bem-estar ou da utilidade de algum bem.” (LOPES, 2006, p. 336).

Contudo, o paradigma de maior desenvolvimento e aceitação é aquele alicerçado no risco, cuja responsabilidade de reparar atribui-se ao ofensor, em decorrência do risco por ele assumido em sua atividade de interesse (JOSSERAND, 1941, p. 60). Essa teoria não representa o abandono do aspecto subjetivo da responsabilidade civil, atribuindo-se de maneira indiscriminada o dever de reparar ao ofensor, pelo contrário, o caráter subjetivista evidencia-se na própria opção feita por determinada atividade e, conseqüentemente, pelos riscos dela oriundos¹³.

Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 270), em poucas palavras, descreve as características principais das teorias que embasam a responsabilidade objetiva:

“(...) surgiram, em torno da idéia central de *risco*, configurações que se identificam como certas modalidades ou especializações. Assim é que, para alguns, responsável é aquele que tira *proveito*, raciocinando que onde está o ganho aí reside o encargo – *ubi emolumentum ibi onus*. Esta concepção batizou-se com o nome de *risco proveito*. Para outros o que prevalece é o *risco profissional*, considerando-se o dever de indenizar quando o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Num outro sentido, dá-se realce à idéia segundo a qual a reparação é devida quando o dano é conseqüência de um *risco excepcional*, que escapa da craveira comum da atividade da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça. No campo do direito público, e enfocando a responsabilidade civil do Estado, enfrentou-se a teoria da culpa e do mau funcionamento do serviço público (teoria do acidente administrativo) que assumiu as preferências, inclusive ganhando o nosso direito positivo constitucional (...) tomou maiores proporções a teoria do *risco integral*, como o meio de repartir por todos os membros da coletividade os danos atribuídos ao Estado.”

Para o referido jurista, todavia, a teoria que melhor se coaduna à realidade social contemporânea é a do risco-criado. Considerando-se que, pelo mero fato do agir humano, emergem riscos potenciais de dano para os outros. Por isso, é justo que o ofensor suporte os ônus correspondentes. Nesta teoria, a responsabilidade não decorre necessariamente da obtenção de um proveito ou lucro particular, mas se vincula ao exercício de qualquer atividade humana que

¹² Othon LOPES (2006, p. 336), sobre o modelo de responsabilidade pela garantia, enfatiza: “dentro do sistema de garantia, a pessoa responsável tem a obrigação de assegurar que pessoas sob a sua dependência não ocasionem danos a terceiros ou, de outra parte, que produtos e serviços postos no mercado ofereçam a utilidade de forma segura. A obrigação de assegurar a terceiros e sua extensão é que dará a configuração do dever e fixará o âmbito de responsabilidade”.

¹³ Como anota Othon LOPES (2006, p. 329), “A teoria do risco não significa de modo algum a mera responsabilidade por acontecimentos, totalmente desvinculada de qualquer nexos voluntário. Ela é apenas a superação dos estritos limites da responsabilidade por ato em que se atribui a sanção a alguém com vistas ao passado”.

seja potencialmente danosa à esfera jurídica alheia. Destarte, ocorrendo prejuízos à vítima, surge a obrigação do lesante de indenizar.

No direito brasileiro, a responsabilidade objetiva abrange casos expressamente previstos em lei, como as normas referentes à exploração das estradas de ferro, primeira hipótese de previsão legal da responsabilidade objetiva no direito brasileiro, prevista no art. 26 do Decreto n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912; os casos de indenização por acidente de trabalho; a responsabilidade civil do Estado e das concessionárias de serviço público, definida no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal; bem como as hipóteses de danos nucleares, com disposição expressa no artigo 21, inciso XXIII, da Constituição Federal.

Com efeito, as hipóteses citadas não são exaustivas. Há no ordenamento jurídico pátrio a previsão de outras circunstâncias que ensejarão a devida reparação independentemente da verificação da culpa. Nesse sentido, vale mencionar uma relevante inovação contida no art. artigo 927 do CC de 2002, que assim estatui: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Esse preceito promove uma intensa mudança no sistema de responsabilidade civil objetiva vigente no direito brasileiro, pois expande as suas hipóteses de incidência, ademais possibilita “ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável.” (GONÇALVES, 2005, p. 25). No entanto, a redação desse dispositivo revela-se extremamente ampla, englobando inúmeros casos concretos, tendo em vista ser impossível definir, precisamente, a totalidade das atividades que possam representar risco ao direito de outrem. Assim, incumbirá à doutrina e à jurisprudência estabelecer os limites dessa relevante inovação legal, de tal maneira a não ofender os princípios gerais do direito, bem como ao bom senso.

Por fim, vale ressaltar que, atualmente, vigora no direito brasileiro, um sistema dual de responsabilidade, com a teoria subjetiva constituindo a regra, sem afastar as hipóteses, previstas em lei, de aplicação da teoria objetiva, em decorrência da complexidade das circunstâncias em que a teoria da culpa não seria capaz de garantir o devido direito à indenização pelos danos perpetrados.

1.4.2. Responsabilidade contratual e extracontratual

Outra espécie classificatória da responsabilidade civil é aquela concernente ao seu fato gerador, diferenciando-a em contratual e extracontratual, esta, outrossim, denominada aquiliana. A primeira emerge quando o prejuízo advém de um inadimplemento contratual, e a segunda, quando o dano se origina de alguma conduta violadora de um dever legal.

A doutrina moderna considera irrelevante essa distinção, uma vez que a responsabilidade civil deve ser examinada sob seu aspecto unitário, não havendo argumentos que fundamentem a separação entre a responsabilidade oriunda da inexecução de um contrato ou a decorrente de um inadimplemento normativo. São os seguidores da teoria monista¹⁴, que “criticam essa dicotomia, por entenderem que pouco importam os aspectos sobre os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, já que seus efeitos são uniformes.” (CAVALIERI FILHO, 2001, p. 27).

De fato, os princípios norteadores da responsabilidade contratual e da extracontratual são, em síntese, os mesmos, pois a responsabilidade propriamente dita é una. (STOCO, 2004, p. 137).

Contudo, embora haja forte tendência doutrinária de se admitir a unidade da responsabilidade civil no que tange ao seu fato gerador, a maior parte das codificações de todo o mundo, incluindo a brasileira, ainda prefere o modelo dualista. O Código Civil de 2002, a título de exemplo, trata, genericamente, da responsabilidade civil aquiliana nos arts. 186 a 188, e 927 e seguintes, e dispõe sobre a responsabilidade contratual nos arts. 395 e seguintes, e 389 e seguintes, sem, no entanto, estabelecer qualquer diferenciação entre os dois modelos. (GONÇALVES, 2005, p. 26).

Entretanto, ainda que se reconheça não haver possibilidades de uma distinção ontológica entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, podem ser citados alguns aspectos de diferenciação.

Assim, em linhas gerais, a responsabilidade civil extracontratual decorre do descumprimento de um preceito normativo, em que o vínculo que une o causador do prejuízo e a

¹⁴ Para os monistas, dentre os quais se destacam BRUN, LEFEBVRE, GRAND-MOULIN, SAVATIER e AUBIN, a responsabilidade extracontratual absorve a contratual, “por força da idéia dominante de que toda inexecução de contrato representa um delito, o que importa na destruição da responsabilidade contratual em favor da responsabilidade extracontratual” (SERPA LOPES, 1995, p.181).

vítima é o próprio evento danoso. Não há liame contratual anterior que origine essa relação. Nesse caso, o ônus probatório incumbe ao autor da ação, em regra, que deverá demonstrar a conduta culposa do ofensor.

No que tange à responsabilidade contratual, esta deriva da autonomia da vontade, da liberdade das partes de pactuarem direitos e deveres. Quando ocorre descumprimento do contrato, emerge o dever de indenizar. Será obrigada a reparar os danos a parte da relação contratual que descumpriu com os deveres anteriormente ajustados.

Ademais, tratando-se de responsabilização contratual, o *onus probandi* cabe ao devedor. Ao credor, incumbirá demonstrar o inadimplemento do contrato. Se o devedor, por seu turno, conseguir comprovar a ocorrência de alguma excludente de responsabilidade, restará isento do dever de indenizar. (GONÇALVES, 2005, p. 28).

1.5. Obrigação de meios e obrigação de resultado

Uma distinção geralmente mencionada pela doutrina é aquela que contrapõe as obrigações conhecidas como de meios às de resultado. A obrigação de meios corresponde ao dever de desempenho de uma atividade contratada com esmero, ou com a utilização da técnica mais adequada, para se alcançar a finalidade perseguida. Assim, o contratado não garante a ocorrência do resultado, apenas atua na intenção de que ele aconteça. Segundo a lição de Rui STOCO:

“Significa, também, que a sua obrigação é de meios, quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título e com os recursos que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado (2004, p. 480)”.

Destarte, cabe ao credor provar a conduta ilícita do devedor, demonstrando que este, na atividade realizada, não agiu com o zelo necessário para o idôneo cumprimento do contrato.

Na obrigação de resultado, por sua vez, o devedor se obriga a atingir um objetivo determinado. Observa-se, por conseguinte, o inadimplemento contratual se o resultado ajustado não se verificar, podendo o contratado ser responsabilizado. O contrato de prestação de serviço de pintura de parede, onde o pintor se compromete à realização completa do trabalho acordado, é exemplo comum dessa espécie de obrigação. (SANSEVERINO, 2002, p.185).

Desse modo, ao credor prejudicado incumbe provar o descumprimento do contrato, devido ao fato de não ter sido alcançado o resultado ajustado, restando ao devedor responder por perdas e danos.

Essa distinção tem especial relevo ao se tratar da natureza jurídica da obrigação assumida pelo facultativo: ao realizar uma cirurgia estética embelezadora (quando o paciente é saudável e o objetivo a ser alcançado é apenas melhorar a sua aparência), com efeito, há posicionamentos dissonantes na doutrina e jurisprudência; no que tange à cirurgia estética reparatória (a qual visa corrigir lesões congênitas ou adquiridas), há consenso, que a obrigação é de meios. Tal questão será mais bem abordada no próximo capítulo.

1.6. Elementos constituintes da responsabilidade civil

Para que haja o dever de indenizar, não é suficiente a verificação de um dano, é necessária a ocorrência de uma conduta lesiva por parte do ofensor. Segundo a lição de Maria Helena DINIZ (2000, p. 37):

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

Assim, consoante a definição citada, o ofensor poderá responder por uma conduta comissiva ou omissiva. A ação refere-se ao ato ofensivo propriamente dito, à prática de uma conduta contra a lei ou contra o contrato, gerando prejuízos a outrem. Por outro lado, há uma omissão, quando o causador do dano não observa determinado ato imprescindível por disposição legal ou em razão do acordado em contrato.

Além disso, a conduta do agente há de ser voluntária¹⁵. Significa afirmar que são excluídos “do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou um demente.” (GONÇALVES, 2005, p. 36). Com efeito, ainda que deva reparar o prejuízo aquele que, diretamente, lhe deu causa, haverá casos em que um indivíduo será responsabilizado pelo fato de um terceiro, de uma coisa ou de um animal que possua.

¹⁵ Essa concepção está mudando, em virtude da corrosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, conforme será analisado, adiante, neste trabalho.

Na primeira hipótese, de responsabilidade por ato ou fato de terceiro, a lei definirá os casos de responsabilização do agente em decorrência dos danos causados por seu filho, pupilo, curatelado, empregado, dentre outros. No ordenamento jurídico brasileiro, essa possibilidade está prevista no art. 932 do CC de 2002, que dispõe sobre a responsabilidade solidária entre o real lesante e aquele que, devido à conduta deste, será responsabilizado. Tal responsabilidade não depende de culpa, mas vincula-se aos riscos assumidos pelo responsável de outrem. Como anota Carlos Roberto GONÇALVES (2005, p. 131):

“A idéia de risco é a que mais se aproxima da realidade. Se o pai põe filhos no mundo, se o patrão se utiliza do empregado, ambos correm o risco de que, da atividade daqueles, surja dano para terceiro. É razoável que, se tal dano advier, por ele respondam solidariamente com os seus causadores diretos aqueles sob cuja dependência estes se achavam.”

Do mesmo modo, no caso de responsabilidade pelo fato da coisa. Nessa hipótese, o dono ou o guardião do bem será responsabilizado pelos prejuízos gerados, ao avocar para si os riscos pelo uso de certa coisa para angariar algum proveito. Essa responsabilidade é presumida, podendo ser afastada se restar comprovado que o prejuízo decorreu de culpa exclusiva da vítima ou de caso fortuito. (GONÇALVES, 2005, p. 237).

Por sua vez, o dano é considerado como elemento imprescindível à configuração da responsabilidade civil, porque não se pode conceber a responsabilização, seguida do dever de indenizar, sem que se constate a ocorrência real de um prejuízo. Ademais, no momento atual de transformações do instituto da responsabilidade civil, de valorização da vítima e de socialização do dever de reparar, o dano é o requisito que melhor demonstra a necessidade de indenização do mal causado, em razão, outrossim, da relativização da diferenciação entre responsabilidade subjetiva e objetiva, e entre ato lícito e ilícito. (STOCO, 2004. p. 1178).

Portanto, no âmbito cível, ao contrário do que se verifica na esfera penal, a responsabilização do ofensor somente ocorrerá se, de fato, a sua conduta lesiva ensejar prejuízo. Assim, ainda que venha a atuar de maneira culposa, sem observar as prescrições legais ou as pactuadas em um contrato, inexistindo dano que seja atribuível ao comportamento do agente, não deverá ser exigido deste qualquer tipo de indenização¹⁶.

No mais, o dano pode ser definido como a “a lesão, ou redução patrimonial, sofrida pelo ofendido, em seu conjunto de valores protegidos no Direito, seja quanto à sua própria pessoa

¹⁶ Nesse sentido, Rui STOCO (2004, p. 1180) afirma que, “no âmbito civil, (...) sem o dano poderá existir ato ilícito, mas não nascerá o dever de indenizar, de sorte que só a conduta que contrarie a norma preexistente – a conduta antijurídica – não é suficiente para empenhar obrigação”.

- moral ou fisicamente - seja quanto a seus bens ou aos seus direitos.” (BARROS JÚNIOR, 2007, p. 49).

O dano patrimonial sujeito à reparação abrangerá o que se perdeu, bem como o que se deixou de auferir. Assim, cumpre mencionar o dano emergente e os lucros cessantes, disciplinados no art. 402 do CC de 2002. Deveras, o objetivo perseguido com a indenização é restaurar o *status quo ante*, por intermédio de uma indenização específica. Esse escopo, contudo, dificilmente poderá ser concretizado, de fato, raros são os casos em que é possível restabelecer a condição anterior ao momento em que ocorreu o prejuízo. Desse modo, a reparação assumirá, na maioria das situações, o papel compensatório de determinado dano por meio pecuniário. (STOCO, 2004, p. 1183).

O dano extrapatrimonial ou moral pode ser definido como a dor, angústia ou qualquer outro tipo de padecimento suportado pela vítima. Podem ser citados, ainda, dois aspectos deste dano imaterial: o objetivo e o subjetivo. O primeiro pode ser observado quando o infortúnio afeta a imagem da pessoa no meio social em que vive; Já o segundo refere-se ao sofrimento íntimo do ofendido. (LOPEZ, 2004, p. 24).

Além disso, segundo Sérgio CAVALIERI FILHO, o dano moral pode ser considerado, ainda, como a violação do direito à dignidade, não se restringindo, necessariamente, a alguma reação psíquica. (2007, pp. 76-78).

No concernente ao dano moral há grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da fixação do *quantum* indenizatório. (GURGEL FILHO; FERNANDES, 1996, p. 31). Atualmente, é estreme de dúvidas a possibilidade de indenização do dano exclusivamente moral, como já consagrada na própria CF, artigo 5º, inciso V. Ocorre que diferentemente do dano patrimonial, cuja reparação permite uma equivalência entre o mal sofrido e a quantia paga, não é aferível em pecúnia o agravo moral, assim o valor estipulado é realizado por arbitramento, visando a uma mera compensação, um consolo, na tentativa de amenizar o sofrimento suportado pelo ofendido. Nesse sentido, o fato de ser impossível estabelecer uma soma exata não significa que o magistrado deva abster-se de obrigar o ofensor a arcar com os custos indenizatórios ou, ao revés, justifica a concessão de um montante exorbitante. (BARROS JÚNIOR, 2007, pp. 56-57).

Destarte, adverte José de Aguiar DIAS (1997, p.32): “a reparação do dano moral não deve gerar nem enriquecimento, nem empobrecimento, mas apenas compensação razoável do prejuízo”.

Ademais, constatado o evento danoso de ordem moral, emerge o dever de compensar, sendo desnecessária a prova do dano, presentes os pressupostos legais da responsabilidade civil.

Há, ainda, outro tipo de dano extrapatrimonial: o dano estético. Este consiste em qualquer modificação na aparência externa do indivíduo que lhe cause deformidade e, conseqüentemente, vergonha e humilhações. (BARROS JÚNIOR, 2007, p. 58). Para a maioria dos doutrinadores brasileiros e internacionais, são irrelevantes para a caracterização do prejuízo estético a durabilidade do dano. (BARROS JÚNIOR, 2007, p. 61).

No mais, conforme entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (Súmula nº 37). E, ainda, “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (Súmula nº 387).

Incumbe salientar, ainda, que o dano a ser reparado deve ser certo e atual. Não enseja indenização o dano meramente hipotético, limitado ao plano das ideias, pois este escapa ao âmbito de atuação da responsabilidade civil.

Contudo, não é suficiente a conduta lesiva ou o infortúnio decorrente de um dano para que surja o dever de indenizar. É necessária a existência de um vínculo entre esses dois elementos. A esse liame dá-se o nome de nexos causal, cuja verificação é essencial para que se configure, enfim, a responsabilidade civil do agente ofensor¹⁷. Na hipótese de responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, todavia, exige-se, para que nasça o dever de indenizar, somente a comprovação do nexos de causalidade, porque poderá haver responsabilização ainda que o prejuízo advenha de uma conduta lícita.

A delimitação da causa geradora de um dano seria mais simples se não fossem as conturbações da vida contemporânea, em que, na maioria das vezes, são observados fatores diversos engendrando um único dano. Assim, havendo concausas a ensejar o evento lesivo, mais complexa tende a ser a fixação do nexos causal. Desse modo, diversas teorias foram desenvolvidas com o escopo de facilitar a consecução dessa empreitada, sobressaindo-se, dentre elas, a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato.

A primeira, outrossim, denominada de teoria da *conditio sine qua non*, não distingue as várias condições que concorreram para a efetivação de um mesmo resultado. Esta teoria visa

¹⁷ Essa concepção está mudando, em virtude da corrosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, conforme será analisado, adiante, neste trabalho.

nitidamente salvaguardar os interesses da vítima, já que qualquer condição, ainda que não seja idônea para a ocorrência do evento danoso - caso seja uma *conditio sine qua non*, ou seja, uma condição sem a qual o prejuízo realmente não se concretizaria -, basta para que se atribua a responsabilidade ao ofensor. Tal teoria, ao tratar simplificarmente de um assunto intrincado, acarreta inconvenientes, como, por exemplo, considerar como agente causador do dano todos que tenham figurado na relação de causalidade, possibilitando uma regressão quase infinita. (STOCO, 2004, p. 146).

Por sua vez, a teoria da causalidade adequada determina que “‘causa’ será o antecedente não só necessário, mas, ainda, adequado à produção do resultado.” (STOCO, 2004, p. 146). Segundo esta teoria, “a causa adequada à produção do dano é examinada em abstrato, ou seja, indaga-se se tal fato teria acarretado tal efeito em quaisquer condições, não no caso concreto.” (TEPEDINO, 2007, p. 736). Tal teoria também se revela insuficiente na delimitação do nexos de causalidade, já que se restringe a uma análise de probabilidade a ser realizada abstratamente, assim seria considerada causa qualquer condição apta a ensejar certo evento danoso.

No concernente à teoria do dano direto e imediato, conforme entende a doutrina, foi essa a perfilhada pelo ordenamento pátrio, como se depreende do art. 403 do CC de 2002¹⁸, que estabelece o dever de indenizar somente diante de danos decorrentes direta e imediatamente da inexecução contratual do devedor. Segundo esta teoria, observada a interrupção no nexos causal, elidida estará a responsabilidade do autor de uma primeira causa. A problemática desta teoria estaria na desconsideração dos danos remotos, que são admitidos pela legislação, tal como o dano em ricochete, categoricamente, disciplinado no art. 948, inciso II, do CC de 2002¹⁹.

Além disso, cumpre salientar que, no século XX, principalmente, na esfera do direito penal, as dificuldades encontradas pelas teorias naturalísticas, para elucidar o nexos de causalidade, abriram espaço para o advento da teoria da imputação objetiva, em que o resultado é atribuído ao agente causador do dano em razão de aspectos normativos de razoabilidade, risco e perigo. Destarte, se determinado bem juridicamente protegido é sujeito a um perigo inadmissível,

¹⁸ É o entendimento adotado por Carlos Roberto GONÇALVES (2005, p. 540), ao ensinar: “Das várias teorias sobre o nexos causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária”.

¹⁹ “Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

ou se o fato lesivo decorre de ato adotado pelo ofensor consoante um risco proibido, ser-lhe-á imputado objetivamente o resultado normativo antevisto²⁰.

Como exposto, as teorias naturalísticas do nexos causal guardam inconsistências em sua aplicação. Por seu turno, a teoria da imputação objetiva revela sua superioridade ao estatuir o resultado juridicamente relevante, não somente naturalístico, e ao apreciar a contribuição da vítima para a efetivação do resultado normativo, proporcionando ao magistrado mais segurança na prestação jurisdicional, o que possibilita a prolação de decisões mais justas no caso concreto.

1.7. A CRISE DO SISTEMA CLÁSSICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DA CULPA À SOCIALIZAÇÃO DOS RISCOS

1.7.1. A corrosão dos filtros da responsabilidade civil

Como já mencionado, a responsabilidade civil, alicerçada na concepção liberal, tem conceitualmente a sua gênese associada ao modelo subjetivo de responsabilidade, o qual preceituava que o dever de reparar estava vinculado estritamente à violação voluntária (embora não necessariamente intencional) de um dever de conduta anteriormente estatuído.

Destarte, a vítima de um dano em busca de seu direito à indenização precisava, necessariamente, além de demonstrar seu dano, provar a culpa do ofensor e o nexos de causalidade entre a conduta lesante e o infortúnio sofrido. Estes dois últimos obstáculos receberam a denominação de *filtros de reparação*, por exercerem a função de barreiras úteis para selecionar as demandas que deveriam merecer acolhida jurisdicional. (SCHREIBER, 2008, p.746).

No entanto, a responsabilidade civil começou a passar por profundas mudanças, a partir do desenvolvimento do capitalismo industrial, com a ampliação dos danos decorrentes das atividades sociais essenciais como o transporte coletivo ou a operação do maquinário industrial, o que exigiu uma alteração na maneira de visualização da responsabilidade civil não somente como

²⁰ Como anota Othon LOPES (2006, p. 310), “a imputação objetiva investiga se a conduta do agente aumentou o risco não-permitido para o bem jurídico, materializando o perigo no âmbito do tipo”. Segundo o autor, a teoria em exame, porém, “exclui a imputação: a) se houver uma redução do risco para o bem jurídico, b) se o agente não houver aumentado o risco para o bem, c) se o risco era permitido d) se esse risco não se materializar no resultado típico, e) se o resultado, na forma como ocorrido, não se incluir no alcance do tipo.” (LOPES, 2006, pp. 310-311).

um instrumento de imputação do dever indenizatório a quem *deve* reparar um prejuízo, porém a quem *pode* repará-lo.

Reiterando, a função da culpa no direito contemporâneo tem perdido, progressivamente, a sua relevância pela expansão da responsabilidade objetiva – iniciada, no direito brasileiro, por leis de setores específicos (ferrovias, atividade nuclear), ampliada consideravelmente pelo Código de Defesa do Consumidor, e consagrada peremptoriamente pelo CC de 2002, com sua cláusula geral aplicável às consideradas atividades de riscos (art. 927, parágrafo único).

Assim como ocorreu com a prova da culpa, a prova do nexos causal tende a sujeitar-se, no seu papel de filtro de responsabilidade civil, a uma corrosão cada vez mais visível. Obviamente que a relevância da culpa e do nexos causal na estrutura elementar da responsabilidade civil não se extingue, mas se observa uma gradativa mudança de foco, “que abandona a culpa e o nexos causal em direção ao dano.” (SCHREIBER, 2008, p.750)²¹.

A transferência ou a supressão do peso da prova da culpa e a relativa perda da importância da prova do nexos causal diante de sua flexibilização (ao conceder uma maior discricionariedade ao juiz na apreciação da relação de causalidade) vêm sendo adotadas na prática jurisprudencial com a finalidade de garantir à vítima alguma indenização²².

1.7.2. A distribuição do dever reparatório

Atualmente, verifica-se uma tendência entre os magistrados, quando da aplicação do instituto da responsabilidade civil, de dar menos importância à busca de um responsável que esteja vinculado (pela sua culpa ou atividade) ao prejuízo, e mais concentrar os seus esforços para garantir, por qualquer expediente disponível, a plena reparação dos danos sofridos pelo ofendido. Ainda, segundo Maria Celina Bodin de MORAES (2005b, p. 55): “Ressarcíveis não são os danos *causados*, mas sim os danos *sofridos* pela vítima”.

²¹ Nesse sentido, ressalta Anderson SCHREIBER (2008, p. 747): “Vive-se um momento de *erosão dos filtros da reparação*, no qual a prova da culpa e a prova do nexos causal vêm perdendo, gradativamente, seu papel de contenção do ressarcimento.”

²² Ainda, leciona Marco Fábio MORSELLO (2006, p. 14): “A par das funções desempenhadas pela responsabilidade civil, é curial que atualmente a indenização do dano é considerada o objetivo essencial daquela, deslocando o papel central desempenhado pela culpa até o final do século XIX.”

Todavia, essa transformação jurisprudencial, que visa adequar a responsabilidade civil, instituto individualista em sua origem, ao ditame constitucional da solidariedade social, na busca pelo resultado mais justo no caso concreto, pode propiciar o risco de se gerar outra injustiça, qual seja, a atribuição do dever de reparar a um único réu, que terminaria assumindo sozinho um encargo que incumbiria a qualquer outro integrante de determinado setor econômico ou, em alguns casos, a totalidade da sociedade. (PÜSCHEL, 2005, p. 94).

Destarte, urge trazer à discussão outros mecanismos de distribuição do ônus reparatório entre os vários causadores de danos que contribuem tanto quanto, ou por vezes, mais que o próprio ofensor para a ocorrência do prejuízo, além dos já existentes meios de ampliação do pólo passivo como, por exemplo, a dilação das hipóteses de responsabilidade solidária. (SCHREIBER, 2008, p.751).

O imperativo constitucional da solidariedade social não se limita a exigir a redução do rigor individualista de requerer a demonstração dos pressupostos do dever de reparar (notadamente, a culpa e o nexo de causalidade). Nem tampouco se restringe à ratificação da responsabilidade objetiva (sem culpa), que facilita a condenação do ofensor. A novel essência solidarista, vai além: impõe que sejam instituídos mecanismos para distribuir o dever indenizatório, entre todos os envolvidos na atividade potencialmente danosa; e, ainda, reclama que se reparta entre esses o gasto com a implementação de ações aptas a evitar ou reduzir o número de danos gerados.

Diante desse contexto, a ordem jurídica reconhece outros mecanismos, diversos da responsabilidade civil, aptos a combater os danos. Assim, fala-se em *prevenção* e *precaução* de danos. Por *prevenção*, entende a doutrina ser qualquer medida adotada para evitar ou minimizar os prejuízos gerados por uma atividade claramente perigosa, ensejadora de *risco atual*. Por sua vez, o conceito de *precaução* estaria vinculado à incerteza sobre a periculosidade da coisa ou atividade, ou seja, pretende-se controlar um *risco potencial*. No mesmo sentido, mais recentemente, tem-se falado em *risk management*, como uma técnica que, aliada à responsabilidade civil, auxiliaria a identificar as situações de risco nas estruturas organizacionais e a suprimi-las antes da ocorrência de prejuízos. (SCHREIBER, 2009, p. 220).

Com efeito, *prevenção*, *precaução* e as demais técnicas de administração de risco seguem o mesmo princípio de que o potencial dano precisa ser controlado, tanto quanto o próprio dano.

No mais, segundo Anderson SCHREIBER (2009, p. 220), a supressão prévia dos riscos de dano é levada a efeito por meio de normas legais ou regulamentares que estabelecem deveres de conduta aos agentes econômicos, sobretudo os de maior potencial ofensivo, com o reforço de uma fiscalização eficiente do Estado.

1.7.3. Seguro de responsabilidade civil

Por muito tempo, o seguro e a responsabilidade civil eram considerados como instrumentos inconciliáveis, até mesmo, opostos. Deveras, a responsabilidade civil, baseada na concepção de censura moral do ofensor, revela-se contrária à transferência do dever de indenizar a uma companhia seguradora.

No entanto, o próprio desenvolvimento da responsabilidade civil possibilitou uma influência crescente da técnica securitária na sua área de atuação. Primeiramente, a necessidade premente de desestimular as condutas culposas e, posteriormente, o escopo de salvaguardar a reparação integral do ofendido demandavam quantias vultosas, com as quais os lesantes não podiam ou se negavam a assumir. Com a recente mudança de perspectiva da responsabilidade civil, com a gradual superação do objetivo de reprimir a conduta do agente lesante em proveito, primeiramente, da proteção dos interesses da vítima, foram suprimidas as barreiras ideológicas que dificultavam a transferência do “ônus econômico da reparação a um terceiro inocente.” (SCHREIBER, 2009, p. 222).

Assim, o seguro de responsabilidade civil tem se expandido amplamente. Por intermédio deste amparo, o segurado contrata uma seguradora para assumir as obrigações econômicas, pelas quais poderia ser compelido a pagá-las, em decorrência de eventual responsabilização pela prática de sua atividade. (MARENSI, 1995, p. 5). Essa difusão tende a abranger todos os casos em atividades excessivamente oneradas pela aplicação do instituto da responsabilidade civil. Nessa senda, observa Anderson SCHREIBER (2009, p. 223):

“como ocorre, nos Estados Unidos, com a prática médica onde o incremento do valor das indenizações em virtude dos *punitive damages* estimulou, apenas entre 2000 e 2002, um aumento de 15% no valor dos prêmios pagos por médicos em geral, com elevação ainda maior para certas especialidades, como ginecologistas (22%) e cirurgiões gerais (33%).”

No Brasil, há uma expansão incontestável do mecanismo securitário, como reconhece o CC de 2002, no art. 787, que conceitua o seguro de responsabilidade civil como o contrato por

intermédio do qual “o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”. Nos parágrafos do dispositivo há preceitos que evidenciam algumas preferências do legislador como a que veda ao segurado “reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador” (art. 787, § 2º, do CC de 2002). Contudo, observa-se certa preocupação em não se admitir que o seguro de responsabilidade civil impeça a indenização plena do ofendido, como se presume da declaração contida no art. 787, § 4º, a qual afirma persistir “a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente”²³.

Ademais, o seguro possui um mecanismo de funcionamento elaborado que evidencia o seu relevante interesse social. Primeiramente, vale enfatizar, não é a empresa seguradora quem, por si só, assume o risco de pagar indenização pelo sinistro, mas somente atua como intermediária, recebe os prêmios (prestações pecuniárias) pagos por um conjunto de segurados, estes submetidos aos mesmos riscos, e utiliza desta quantia para saldar as eventuais reparações. Portanto, há na relação securitária uma mutualidade de segurados. Assim, quando a seguradora paga uma indenização não usa somente a contribuição do segurado responsabilizado, mas do grupo de segurados por ela amparados. Desse modo, “as habituais defesas inflamadas da responsabilidade subjetiva e da concepção individualista da responsabilidade civil convertem-se, atualmente, em batalhas teóricas que a prática tende, gradativamente, a ignorar.” (SCHREIBER, 2009, p. 225).

No mais, a atividade securitária não se desenvolve de maneira aleatória e desorganizada, mas precisa ser bem planejada, pois, caso contrário, poderia ser confundida com o jogo e a aposta, nos quais há somente a transferência de riscos entre os contratantes. É por meio de cálculos de probabilidades realizados pelos atuários – profissionais especializados – que a seguradora fixa o valor do prêmio²⁴, possibilitando uma atuação competitiva e eficiente da empresa, garantindo o pagamento de todas as indenizações e, outrossim, proporcionando a geração de lucro operacional, no montante suficiente para a manutenção e administração de sua estrutura organizacional.

²³ No entanto, quando o magistrado determinar a quantia devida pelo lesante, a título indenizatório, deverá excluir desta o montante coberto pelo seguro, conforme dispõe a Súmula nº 246 do Superior Tribunal de Justiça: “O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada”.

²⁴ “Analisando o comportamento do mercado por vários anos, os atuários calculam as probabilidades de eventos, avaliam o risco e fixam os prêmios, indenizações, benefícios e reservas técnicas capazes de permitir a repartição proporcional das perdas globais entre os segurados.” (KRIGER FILHO, 2000, p. 16).

Deveras, atualmente, o desenvolvimento da atividade securitária encontra-se estreitamente vinculado à evolução da concepção de acidente, que, diante da complexidade da vida moderna, não mais é considerado uma desventura ou fato extraordinário ensejador de danos na vida dos indivíduos e das empresas, transformando-se em um acontecimento do cotidiano de atividades socialmente úteis. (KRIGER FILHO, 2000, p. 15). Assim, já se admite que “na época contemporânea, a responsabilidade civil não pode ser pensada fora da noção de seguro.” (SCHREIBER, 2009, p. 224).

1.7.4. *Seguridade social*

O distanciamento crescente da responsabilidade civil de um objetivo de imputação moral, vinculado à censura ao ato culposos, possibilitou uma aproximação entre a responsabilidade e a seguridade social em prol da função comum a ambos os institutos, qual seja, a reparação dos danos.

Segundo Anderson SCHREIBER (2009, pp. 229-230), o sistema ideal para alcançar essa finalidade seria a criação de um seguro social amplo e universal. A superioridade do referido modelo sobre a prática individualista da responsabilidade civil tradicional é inegável: evita-se o conflito entre o ofensor e a vítima e, conseqüentemente, facilita o êxito da última na busca pela reparação e, ainda, elimina-se o perigo de insolvência do causador do dano, porque esse seguro social amplo tende a ser administrado pelo Estado utilizando-se de seus incontáveis recursos; a troca da incerteza da responsabilização civil pela segurança do ressarcimento ao ofendido; a fixação da indenização, muitas vezes, em um momento em que os efeitos futuros do dano sobre a vítima ainda são incertos - como ocorre na responsabilidade civil - cede espaço, no sistema de seguridade social, à reparação gradativa e variável no tempo, guardando mais coerência entre prejuízo e ressarcimento.

Essas e outras vantagens da seguridade social para a indenização dos danos levaram, em alguns países, à supressão das ações de responsabilidade civil. A Nova Zelândia, por exemplo, um dos primeiros a instituir o seguro obrigatório para acidentes de trabalho (1900) e acidentes de trânsito (1928), implementou um sistema de seguridade social para reparação de danos, em 1972, o qual pretendeu substituir, totalmente, as ações reparatorias. Esse modelo neozelandês, atualmente, em vigor, já passou por vários avanços e recuos, como acontece com

qualquer inovação. Entretanto, apesar das críticas ao sistema, mormente, no concernente aos seus elevados custos mantidos, em sua maioria, pelos trabalhadores da ativa, a experiência neozelandesa, de criação de um sistema substitutivo à responsabilidade civil, pode ser considerada vitoriosa.²⁵ (SCHREIBER, 2009, p. 230).

Tal empreitada, todavia, requer condições políticas e econômicas peculiares, dificilmente encontradas em países em desenvolvimento. Por isso, a maioria dos Estados utiliza-se da seguridade social apenas subsidiariamente ao sistema da responsabilidade civil e para setores essencialmente lesivos, em decorrência de periculosidade evidente, ou de relevante pressão política²⁶.

No entanto, em vários países onde se buscou a construção de um sistema de seguridade social ampliado - financiado somente por meio de tributos ou, ainda, combinado com recursos privados - ocorreram crises orçamentárias, não somente naqueles emergentes, mas também em tradicionais Estados assistencialistas, desestimulando a adoção de projetos de ampliação do mecanismo.

Assim, diante desse aparente fracasso das políticas públicas, a responsabilidade civil restou sobrecarregada. Os tribunais adquiriram uma função assistencialista, “e as ações de responsabilidade civil passaram gradativamente a representar menos o recurso a uma técnica de solução de conflitos individuais e mais uma oportunidade, quiçá a única, de realização da justiça distributiva.” (SCHREIBER, 2009, p. 232).

Desse modo, numa tentativa de se escapar do endividamento público, da excessiva burocratização, e da possibilidade de corrupção que tendem a incidir sobre um instrumento securitário administrado pelo Estado, teve início a busca por outro meio de repartição dos danos desvinculado do poder público. Daí surge a defesa dos chamados seguros privados obrigatórios.

²⁵ Inicialmente, o sistema da socialização dos riscos neozelandês agravou o déficit governamental e mitigou a adoção de atitudes voltadas para a prevenção de danos, ao não implementar medidas de freio às condutas de risco. Mas, “observa-se que, na própria Nova Zelândia, paulatinamente, o instituto da responsabilidade civil passou a ter caráter complementar (...)”.

²⁶ “É o que comprova a experiência italiana mais recente, com relação às vítimas de terrorismo ou de crime organizado (Lei nº 302, de 20 de outubro de 1990), ou às vítimas de vacinações obrigatórias e de transfusões de sangue infectado (Lei nº 210, de 25 de fevereiro de 1992, modificada pela Lei nº 238, de 25 de julho de 1997).” (SCHREIBER, 2009, p. 231).

1.7.5. Seguros privados obrigatórios

Com a instituição de seguros obrigatórios de responsabilidade civil para o exercício de determinadas atividades ou exigidos de proprietários de alguns bens, objetivou-se favorecer tanto às vítimas de danos, que prontamente receberiam a indenização pelo prejuízo sofrido, quanto ao agente causador, o qual teria o seu patrimônio protegido na hipótese de ser obrigado a ressarcir os danos que viesse a provocar. (KRIGER FILHO, 2000, p. 143).

Impunha-se que se buscasse uma solução jurídica célere e eficaz para resolver os conflitos interpessoais, cada vez mais freqüentes, gerados pela evolução tecnológica, solução esta não encontrada nos limitados princípios da responsabilidade civil subjetiva.

Com a adoção da doutrina da responsabilidade pelo *fato da coisa*, pela sistemática legal, tornou-se possível solucionar a problemática da reparação civil gerada pelos acidentes de circulação, corroborando a tendência seguida há tempos pela doutrina francesa, no sentido de ser mais justo que o proprietário da máquina suporte o prejuízo do que a vítima dos danos.

No entanto, no ordenamento brasileiro foi somente com a implementação do seguro obrigatório, no direito pátrio, que se internalizou a noção de “não ser justo que a vítima suporte o prejuízo causado pelo fato da coisa no lugar de seu proprietário.” (KRIGER FILHO, 2000, p. 144).

Desse modo, pode-se afirmar que, com o Decreto-Lei n.º 73 de 1966, restou introduzido, no Brasil, o seguro obrigatório de responsabilidade civil para aquelas atividades cujo interesse coletivo demandava uma maior socialização dos danos, tendo em vista os vários problemas sócio-estruturais gerados pelo desenvolvimento do país, à época.

Nos termos do artigo 20 do referido decreto, são obrigatórios os seguintes seguros:

- “a) de danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais;
- b) de responsabilidade civil do proprietário de aeronaves e do transportador aéreo;
- c) de responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbana por danos à pessoas ou coisas;
- d) de bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras públicas;
- e) de garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis;
- f) de garantia do pagamento a cargo de mutuário da construção civil, inclusive obrigação imobiliária;
- g) de edifícios divididos em unidades autônomas;
- h) de incêndio e transporte de bens pertencentes a pessoas jurídicas situadas no país ou nele transportadas;
- i) de crédito rural;
- j) de crédito à exportação;

- k) de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não;
- l) de responsabilidade civil dos transportadores terrestres, marítimos, fluviais e lacustres, por danos à carga transportada”.

Esses seguros possuem uma sistemática caracterizada: pela fixação de uma tarifa de prêmios acessíveis à população em geral; e pelo tabelamento das indenizações relativas aos diferentes tipos de prejuízos em seus limites máximos. (KRIGER FILHO, 2000, p. 145).

Conforme disposto no art. 21 do Decreto Lei nº 73 de 1966, o sujeito contratante do seguro denomina-se estipulante, sendo beneficiários todos aqueles prejudicados pela utilização do bem objeto do seguro ou do exercício de determinada atividade, podendo, outrossim, ser beneficiado o próprio estipulante, a exemplo do que se observa com o seguro obrigatório de veículos automotores - DPVAT, “em que advindo o acidente, o proprietário do veículo tem direito à indenização por morte, invalidez ou de despesas hospitalares até o limite legalmente instituído, independentemente de sua culpa ou de ter recolhido prêmio no prazo oportunizado.” (KRIGER FILHO, 2000, p. 145).

Assim, pode-se afirmar que duas são as características essenciais desta modalidade de seguro: a primeira - imposição legal - não contratado o amparo pelo estipulante haverá impedimento, por exemplo, para circulação veicular, transporte de bens ou mercadorias, concessão de crédito ou escrituração de incorporação ou construção de imóveis; a segunda, natureza puramente indenizatória, ou seja, ocorrendo o dano, a vítima receberá a indenização estabelecida em lei, independentemente da verificação da culpa do estipulante na ocorrência do prejuízo.

Ademais, os seguros privados obrigatórios estão sujeitos ao controle público por meio de agências reguladoras ou de outros modelos administrativos que permitam a fiscalização da atividade das companhias seguradoras. Por outro lado, esse instrumento securitário não exige a mesma interferência do Poder Judiciário, observada nas ações de responsabilidade civil, “vez que a questão central passa a ser a existência ou não de dano, e não a perquirição de culpa ou outros fatores que tornam tão conflituosa a identificação do responsável.” (SCHREIBER, 2009, p. 234).

No entanto, uma crítica comum dirigida ao sistema de seguros privados obrigatórios é a de que estes - e todos os sistemas securitários de maneira geral - poderiam diminuir o grau de cuidado médio por cada pessoa, porque o dever reparatório, em última análise, incumbiria à

seguradora, e não ao causador do dano, o qual ficaria livre de qualquer afetação patrimonial. Nesse sentido, a lição de Fernando NORONHA (2004, p. 547):

“Como o causador do dano passa a ser mero responsável nominal, a responsabilidade civil deixa de exercer sua importante função, a de prevenção de danos, pela natural diligência a que obrigaria as pessoas, quando agissem sabendo que teriam de suportar os prejuízos eventualmente causados. Se quem tem de pagar é a companhia seguradora, as pessoas serão menos cuidadosas, com o que se multiplicarão os acidentes.”

Todavia, com a adoção de algumas medidas, esse juízo desfavorável poderá ser superado. Em primeiro lugar, o dever reparatório é apenas supostamente transferido à seguradora, porque o valor total das indenizações pagas repercute, certamente, sobre o preço dos seguros. Destarte, mormente, no concernente aos seguros restritos a um tipo de risco, com elevado potencial danoso e que seja gerado por um grupo limitado de agentes - como, por exemplo, observa-se no seguro por dano decorrente do uso de material nuclear -, os efeitos de uma reparação é percebido rapidamente por todos os segurados. Assim, uma postura coletiva mais cuidadosa torna-se imprescindível a médio prazo. (SCHREIBER, 2009, p. 234).

Além disso, o mercado de seguros já utiliza instrumentos de incentivo à conduta cautelosa, os quais são perfeitamente aplicáveis aos seguros privados obrigatórios. A título exemplificativo, há os bônus e alíquotas diferenciadas de acordo com o histórico lesivo de cada segurado, prática adotada nos seguros automobilísticos voluntários. No mais, a escolha de um indivíduo por um comportamento cuidadoso resulta de elementos muito mais complexos que uma mera análise de custo e benefício.

Por fim, a adoção dos seguros privados obrigatórios não elimina as ações de responsabilização, mas diminui os seus efeitos negativos e permite a distribuição do custo reparatório entre todos os autores lesivos em potencial²⁷.

²⁷ Desse modo, assevera Anderson SCHREIBER (2009, p. 236): “(...) atende-se, com isto, de forma transparente, àquilo que a atuação jurisprudencial já alcança de forma sub-reptícia – a proteção da vítima – e ao que o mercado vem estimulando como subproduto desta atuação dos tribunais – a diluição dos custos da indenização por meio de seguros voluntários de responsabilidade civil. Tudo de forma mais justa, mais direta e mais eficiente.

CAPÍTULO 2 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

No capítulo inicial deste trabalho, já foram delineados os aspectos gerais da responsabilidade civil, a partir da análise de conceitos que, embora possam ser alvos de várias críticas hodiernamente, são relevantes por corresponderem ao modelo clássico de desenvolvimento do mencionado instituto jurídico. O passo seguinte será analisar a responsabilidade aplicada ao exercício profissional do médico.

2.1. ESCORÇO HISTÓRICO

Como anota Delton CROCE (2002, p. 6), nos primórdios da humanidade, no concernente à punição pelo mau resultado médico, não se pode afirmar, com convicção, que havia preceitos que regulamentavam especificamente o dano, a lesão e o homicídio culposo, pois vigorava o princípio geral do castigo físico sem limites, como resposta imediata ao prejuízo. Portanto, naquele momento histórico, não se cogitava em responsabilidade sistematizada.

Com o passar do tempo, a Medicina foi logrando cada vez mais relevância no meio social e, assim, as antigas civilizações iniciaram um processo de elaboração de normas sobre o exercício profissional dos facultativos. É exemplo desse movimento o Código de Hamurabi, datado de, aproximadamente, 1780 a.C., que passou a disciplinar no art. 218, a pena de Talião (§ 196 - quem um olho furou, que lhe seja furado um olho; § 200 - quem fez perder dentes, dentes lhe sejam arrancados). Ainda, esse regramento influenciou a feitura da Lei das XII Tábuas, datada de 452 a.C., a qual, por seu turno, em seus arts. 219 e 226, impunha penas rigorosas (como a amputação da mão) aos cirurgiões, se em decorrência de sua atuação, um paciente, livre, perdesse a visão ou falecesse. Por sua vez, se a vítima fosse escrava, o médico deveria, como punição, apenas pagar ao senhor daquele o valor que ele havia expendido com sua aquisição.

Da mesma forma, outros regramentos, como o Código de Ur-Nammu, o Código de Manu, o Cho-King dos chineses, a Lei de Zoroastro, de uma época em que a reparação econômica de voluntária tornou-se obrigatória, passaram a impor aos cirurgiões a obrigação de pagar certa quantia para cada tipo de dano que tivessem gerado. (CROCE, 2002, p. 7).

Já os judeus seguiam as instruções do *Talmude* (livro que engloba a lei e os costumes daquele povo, compilados pelos doutores hebreus), o qual substituiu a pena de Talião pela

aplicação de multa, encarceramento e castigos físicos e, em vez da imposição da pena de morte, instituiu-se a prisão perpétua para o médico, sem trabalhos forçados, no caso de morte do paciente.

Segundo Miguel KFOURI NETO (2007, p. 50), não obstante, no antigo Egito, os médicos pertencerem a uma alta classe social e serem até considerados sacerdotes, havia um livro com todas as normas da ciência médica deixadas pelos sucessores mais notáveis de Hermes. Assim, se os médicos observassem todos esses preceitos estariam isentos de qualquer interpelação judicial, ainda que o paciente viesse a sucumbir, porém, na hipótese de descumprimento de suas regras, o profissional seria imediatamente castigado com a pena de morte, independentemente, se de seu erro resultasse um dano de menor gravidade ou o falecimento da vítima.

Por sua vez, a prática adotada entre os visigodos era o não pagamento dos honorários devidos ao facultativo, se o paciente falecesse devido a uma assistência mal sucedida. Ainda, se a atuação malfadada do facultativo ocasionasse uma lesão, este deveria reparar o infortúnio com cem soldos de ouro. No entanto, se a vítima viesse a morrer, o profissional seria punido pelos familiares dessa da maneira que lhes aproovessem; se o assistido fosse servo e ficasse com sequelas devido a uma sangria desastrosa, o médico deveria entregar outro servo em pleno estado de saúde ao senhor daquele que restou debilitado. (CROCE, 2002, p. 7).

Na Grécia antiga, segundo relatos de Plutarco, Alexandre ordenou a crucificação de Glaucus, facultativo em Ephestion, por ter sido negligente ao abandonar seu assistido enfermo para ir ao teatro, o qual veio a sucumbir. (KFOURI NETO, 2007, pp. 50-52).

Enquanto na Roma antiga, retirou-se do cidadão o direito de punir, instituindo a reparação patrimonial, por meio da ação de indenização, por iniciativa da vítima, essa foi a norma que passou a ser aplicada. Assim, com a Lei *Aquilia* estatuíram-se os fundamentos, para os ordenamentos modernos, no que tange à responsabilidade dos médicos: ao impor aos profissionais o dever de indenizar, no caso da morte de escravos sob os seus cuidados; e ao extinguir a pena de morte, em seu lugar, estabelecendo o exílio ou a deportação do facultativo condenado por negligência ou imperícia no exercício da medicina.

Ademais, os romanos estabeleceram a “distinção entre os *delitos públicos* e ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem, e os *delitos privados*” quanto aos primeiros, a pena

econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos; no que tange aos segundos, a pena em dinheiro caberia à vítima. (MAZEAUD & MAZEAUD *apud* CROCE, 2002, p. 8).

Na Idade Média, como preleciona Delton CROCE (2002, p. 8): “penas severas eram aplicadas aos médicos que ocasionavam eventos letais. E não raras vezes, imputava-se como culpa o que era apenas atestado de precariedade da arte de curar”

No século XIX, os arts. 1.382 e 1383, do Código Civil Francês, baseados na noção de culpa *in abstracto* e na distinção entre a culpa *delitual* e a *contratual*, estatuíram o princípio de que qualquer ato humano, ensejador de danos a outrem, obriga o autor do prejuízo a repará-lo, tal preceito, outrossim, aplica-se ao médico acusado de erro profissional, por negligência ou imprudência. (CROCE, 2002, p. 9).

Entretanto, em 1829, quase desapareceu, no referido país, a obrigatoriedade de o facultativo indenizar o dano causado por imperícia, pois a Academia de Medicina em Paris proclamou a exclusiva responsabilidade moral dos médicos. Assim, a instituição pretendia que apenas nos casos de falta grave e inescusável, por imprudência ou imperícia, oriundas de erro grosseiro, deveria ser aplicada a pena pecuniária. Ulteriormente, com o progresso científico, houve uma mudança no tratamento dessa temática, a composição material passou a ser fixada mesmo que o prejuízo resultasse de falta leve. (CROCE, 2002, p. 9).

No mais, a partir de 1825, uma grande mudança na jurisprudência francesa, sobre responsabilidade médica, começou a se consolidar, influenciada pela atuação em um processo do Procurador-Geral da Câmara Civil da Corte de Cassação de Paris, André Marie Jean-Jacques Dupin. O caso, em síntese, ocorreu do seguinte modo:

“O Dr. Hèlie de Domfront foi chamado às seis horas para dar assistência ao parto da Sr. Foucault. Somente lá se apresentou às nove horas. Constatou, ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como consequência, a criança nasceu e sobreviveu ao tocotraumatismo. Diante de tal situação, a família Foucault ingressa em juízo contra o médico. Nasceu daí um dos mais famosos processos submetidos à justiça francesa.

A sociedade dividiu-se. A Academia Nacional de Medicina da França pronunciou-se a favor do médico e, solicitada pelo Tribunal, nomeou quatro médicos, dos maiores obstetras da época. O resultado do laudo foi o seguinte: 1. Nada provado que o braço fetal estivesse macerado; 2. Nada provado que fosse impossível alterar a versão manual do feto; 3. Não havia razões recomendáveis pra a amputação do braço direito e, muito menos, do esquerdo; 4. A operação realizada pelo Dr. Hèlie deverá ser considerada como uma falta grave contra as regras da arte.

Apesar da imparcialidade do laudo, a Academia o impugnou e outro é emitido por outros médicos, que chegam à conclusão contrária à primeira manifestação dos Delegados da Academia.

O Tribunal de Domfront condenou o Dr. Hèlie ao pagamento de uma pensão vitalícia anual de 200 francos” (KFOURI NETO, 2007b, p. 53).

Pronunciou-se, então, o Procurador-Geral Dupin, cujo parecer possui relevante valor histórico e jurídico. Ademais, seus ensinamentos, ainda, revelam-se atuais:

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

Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção; basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto, inescusáveis. Em circunstâncias raras, que podem, porém, apresentar-se às vezes, se o médico é levado ante os tribunais, não se deve dizer que sua reputação está sem garantias. Somente seus atos são submetidos à sua apreciação, como são as ações de todos os outros cidadãos, quaisquer que sejam os seus estados ou as suas condições.

Na responsabilidade, tal como se pode entender da lei civil, não se trata de capacidade, mais ou menos ampla, ou do talento mais ou menos brilhante, mais ou menos sólido, senão somente da garantia contra a imprudência, a negligência, a pressa e uma ignorância crassa a respeito daquilo que se devia necessariamente saber e praticar em uma profissão.

Os tribunais estão ali para apreciar os feitos, e nesta apreciação não devem perder de vista estes princípios: para que um homem possa ser considerado responsável por um ato em sua profissão, é necessário que haja uma falta em seu ato, que haja sido possível, com uma vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos, garantir-se contra ela; o que no feito se espera é que a falta seja de tal natureza, que se torne completamente inescusável o havê-lo cometido.

Desde o momento em que os feitos médicos reprovados, que por sua natureza estão exclusivamente reservado às dúvidas e discussões da ciência, saem da classe médica; desde que eles se compliquem de negligência e ignorância de coisas que se devem necessariamente saber, então a responsabilidade de direito comum existe, e a competência da justiça está aberta.

(...) Aos tribunais corresponde aplicar a lei com discernimento, com moderação, deixando para ciência toda latitude de que se necessita, dando, porém, à justiça e ao direito comum tudo o que lhe pertence

(...) Que os médicos se confortem: o exercício de sua arte não está em perigo; a glória e a reputação de quem a exerce com tantas vantagens para a Humanidade não serão comprometidas pela falta de um homem que falhe sob o título de doutor. Não se sacam conclusões e dificilmente se conclui partindo do particular ao geral, e de um fato isolado a casos que não oferecem nada de semelhante. Cada profissão encerra, em seu meio, homem dos quais ela se orgulha e outros que ela renega” (NÉRIO ROJAS *apud* FRANÇA, 2007, pp.223-224).

2.2. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil do médico (ou seja, daquele que tem diploma universitário e exerce a Medicina com habitualidade, sobrevivendo de seu ofício) tem como pressuposto o ato médico, violador de um dever, imposto pela lei, pelo costume ou pelo contrato, exercido com culpa, gerador de um dano injusto, material ou imaterial (AGUIAR JÚNIOR, 2001, p.137).

No mais, a responsabilidade do facultativo será elidida pela culpa exclusiva da vítima ou por caso fortuito ou de força maior, pois atuam como excludentes (nessas hipóteses, há rompimento donexo causal entre o ato médico e o dano sofrido pelo paciente). Por sua vez, a culpa concorrente da vítima não elimina a responsabilidade do profissional, mas pode atenuá-la, a título exemplificativo: quando o assistido não observar devidamente as prescrições do facultativo ou, ainda, abandonar o tratamento sem o seu consentimento.

2.2.1. Deveres de conduta do Médico

O facultativo tem o dever de atuar com diligência no seu exercício profissional, consoante as condutas impostas pelos avanços da ciência e consagradas pela prática médica.

Segundo, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR as obrigações implícitas no contrato médico podem ser decompostas em deveres de: 1) conselhos; 2) cuidados; 3) abstenção de abuso ou desvio de poder (2001, p.140).

Por *dever de informação*, entende-se a incumbência atribuída ao facultativo de esclarecer o seu paciente sobre a sua enfermidade, tratamento recomendado, riscos possíveis. Ao contrário da prática anteriormente seguida, adota-se, atualmente, a recomendação da *escola americana*, qual seja, informar o paciente sobre o seu real estado de saúde (CHAMMARD, G.; MONZEIN, P. *apud* AGUIAR JÚNIOR, 2001, p.141)

Ademais, leciona Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR (2001, p.141):

“Quando os prognósticos são graves, é preciso conciliar esse dever de informar com a necessidade de manter a esperança do paciente, para não levá-lo à angústia ou ao desespero. Se a perspectiva é de desenlace fatal, a comunicação deve ser feita ao responsável (art. 34 do Código de Ética). O prognóstico grave pode ser compreensivelmente dissimulado; o fatal, revelado com circunspeção ao responsável. Em se tratando de risco terapêutico, o médico deve advertir dos riscos previsíveis e

comuns; os excepcionais podem ficar na sombra. Na cirurgia, porém, muito especialmente na estética, a informação deve ser exaustiva, bem assim quanto ao uso de novos medicamentos. Tais esclarecimentos devem ser feitos em termos compreensíveis ao leigo, mas suficientemente esclarecedores para atingir seu fim, pois se destinam a deixar o paciente em condições de se conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta”.

O dever de informação, muitas vezes, combina-se a outra obrigação, qual seja, a do *consentimento do paciente* para indicação terapêutica e cirúrgica (art. 22 do Código de Ética Médica²⁸). Mais precisamente, é imprescindível, mormente, nas hipóteses de procedimentos arriscados, a presença do *consentimento esclarecido*, somente dispensável nos casos urgentes e nas intervenções compulsórias. Essa exigência decorre da liberdade do paciente para decidir sobre o seu estado de saúde, sopesar os riscos a que pretende se submeter com o tratamento ou procedimento cirúrgico e aceitar ou não a indicação do médico. (BAUAB, 1991, p.97).

No entanto, a ausência de informação, isoladamente, não enseja prejuízo: “(...) pelo que é preciso distinguir: se a intervenção era indispensável e causou dano, a falta de informação adequada não pode ser levada em conta, a não ser para uma indenização por dano moral; se dispensável, sim, porque o paciente poderia ter decidido não correr o risco” (PENNEAU *apud* AGUIAR JÚNIOR, 2001, p.142).

Destarte, incumbe ao magistrado, munido do conjunto probatório trazido aos autos, avaliar a existência ou não do consentimento esclarecimento e, em hipótese afirmativa, se seria indispensável no caso concreto. Daí a relevância do médico, precavido, obter declaração escrita do paciente ou de seu representante.

Nessa senda, Georges Boyer CHAMMARD e Paul MONZEIN *apud* Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR (2001, p.142):

“referem o caso do paciente com pequeno nódulo na face interna do braço, com diagnóstico benéfico e previsão de cirurgia simples; na operação, verificou-se a existência de um tumor maligno, que foi atacado, com secção do nervo radial, afetando o movimento do braço. A Corte entendeu culpado o cirurgião e procedente a demanda. Nos Embargos Infringentes n. 208/90, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu a liceidade da conduta do cirurgião que ampliou a cirurgia e extirpou o lobo direito da tireóide, sem o consentimento do doente. Mas o voto vencido, com irrecusável acerto, acentuou que o posterior exame laboratorial comprovou que o tecido extraído era sadio e que não havia perigo de vida na interrupção da cirurgia, para aguardar o resultado da biópsia”.

²⁸ Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931, de 17 de setembro de 2009.

Quanto ao *dever de cuidado*, este engloba tanto as necessidades básicas de zelo (não confundir, na hora da extração, o membro sã com o doente; não tombar o paciente; não esquecer instrumentos na incisão do operado, etc.), como as precauções próprias da profissão no que tange: ao diagnóstico, à indicação terapêutica, à intervenção cirúrgica e ao prognóstico. (AGUIAR JÚNIOR, 2001, p.137).

Como anota Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR (2001, p.143), o erro de diagnóstico (compreendido como a fase de avaliação da doença), geralmente, não acarreta responsabilidade, exceto na hipótese de erro manifesto e grosseiro.

Na indicação *terapêutica*, o facultativo tem liberdade para optar pelo tratamento que melhor lhe aprouver, ponderando os riscos e a eficácia das medidas a serem adotadas. (AGUIAR JÚNIOR, 2001, p.143).

Ademais, as regras de *higiene* devem ser obedecidas, comuns a todos os profissionais de saúde, podendo acarretar a responsabilidade do médico, quando não observadas, na hipótese de dano ao paciente.

No mais, além dos deveres mencionados, ainda, outros devem ser observados pelo facultativo, são eles: a) *sigilo*²⁹, previsto nos arts. 73 a 79 do Código de Ética Médica; b) *não abusar do poder*, submetendo o paciente a experiências, vexames ou tratamento incompatíveis com a situação (art. 14 do Código de Ética Médica); c) *não abandonar* paciente sob seus cuidados, salvo caso de renúncia ao atendimento, por motivos justificáveis, assegurada a continuidade do tratamento (art. 36 do Código de Ética Médica); d) no impedimento eventual, garantir sua *substituição* por profissional habilitado; e) *não recusar* o atendimento de paciente que procure seus cuidados em caso de *urgência*, quando não haja outro em condições de fazê-lo (art. 33 do Código de Ética Médica).

²⁹ Além disso, a violação de segredo profissional constitui conduta criminosa (Código Penal, art. 154). No entanto, a regra do sigilo médico não possui caráter absoluto, a revelação é permitida, quando há: justa causa, dever legal ou autorização expressa. (BAUAB, 1991, p. 97). Primeiramente, o facultativo tem o dever legal de comunicar à autoridade competente a ocorrência de doença cuja notificação seja compulsória, por disposição de lei, decreto ou portaria do Ministério da Saúde. A inobservância de tal preceito configura o crime de omissão de notificação de doença (Código Penal, art. 269). Na segunda hipótese, a autorização expressa do paciente retira o impedimento de exposição de seu estado de saúde, com efeito, a vontade do assistido é decisiva no relacionamento médico-paciente. Por último, o estado de necessidade e a legítima defesa são exemplos de justa causa. Conforme dispõe a Resolução nº 999/80, do Conselho Federal de Medicina, nos casos não previstos em lei, o médico, consoante seu entendimento ético, pode decidir se há justa causa na situação a ele apresentada (art. 5º, *caput*).

2.2.2. Erro médico e outros resultados adversos

O descumprimento dos referidos deveres de conduta do facultativo pode gerar o chamado *erro médico* ensejando o dever de indenizar. Este pode ser um mau resultado involuntário, oriundo de falhas estruturais atribuídas às más condições de trabalho e à insuficiência de recursos materiais para o adequado exercício da Medicina, ou uma consequência danosa ao paciente decorrente de uma ação ou omissão culposa do profissional³⁰. (DINIZ, 2009, p.673).

Por *imperícia* entende-se como a falta de aptidão, prática ou teórica, para a realização de uma tarefa técnica. Assim, o médico pode ser considerado imperito caso opere seu paciente, causando-lhe lesões, por não possuir suficiente domínio da técnica utilizada. Mas, como preleciona Genival Veloso de FRANÇA (2007, pp. 251-255), se o facultativo não observar uma técnica ou, ainda, tentar aplicá-la, não a dominando completamente, gerando danos à saúde de seu assistido, a hipótese a ser considerada será de negligência ou imprudência, por tratar-se de um profissional habilitado. Assim, esse tem o dever de sempre estar atualizado no que tange às novas técnicas e possibilidades de tratamento, participando de cursos e congressos para esse fim.

Por sua vez, a *imprudência* caracteriza-se pelo exercício profissional sem o cuidado devido, em modalidade hiperativa afoita. Destarte, “o cirurgião que, podendo realizar uma operação por um método conhecido, abandona essa técnica e, como consequência, gera para o paciente um resultado danoso comete imprudência, e não imperícia.” (FRANÇA, 2007, p. 238).

Já a *negligência* consiste na omissão, na inércia, na inobservância aos deveres assumidos profissionalmente pelo facultativo. A título de exemplo, configuraria a negligência médica:

“o abandono do paciente, deixando de atendê-lo quando preciso (Código de Ética Médica, art. 36); a omissão de tratamento (Código de Ética Médica, art. 7º); o ato de deixar de realizar cesariana para salvar o feto (RT,729:290); a extração desnecessária de ovários (RT, 774:236); a omissão de informações sobre o quadro clínico do paciente ao

³⁰ Algumas medidas poderiam ser adotadas para diminuir a incidência de erros médicos, entre elas: a) integração das faculdades de Medicina com o Sistema Único de Saúde (SUS) e a sociedade; b) avaliação contínua e global das escolas médicas; c) promoção de atualização e aperfeiçoamento científico por intermédio do ensino médico continuado; d) atuação efetiva dos Conselhos Regionais e Federal de Medicina; e) investimento em infra-estrutura adequada às atividades acadêmicas; f) revisão de grade curricular, com incentivo ao estudo interdisciplinar, e a introdução de disciplinas - que abordem temáticas atuais, técnicas mais avançadas -, tendo como escopo a valorização da dignidade humana; g) fornecer remuneração adequada, e melhores condições de trabalho aos profissionais de saúde; h) investir no desenvolvimento de uma relação médico-paciente mais amistosa. (DINIZ 2007, p. 671).

médico substituto (Código de Ética Médica, art. 84); ausência de exame pré-anestésico (RJTAMG, 46:287); o ato de deixar o plantão, supondo que seu substituto seria pontual; a prática ilegal de auxiliar que exerce ato sob suas ordens ou instruções; a falta de tomada de providência investigativa para averiguar sintomas anormais após lipoaspiração, que levou paciente ao óbito em razão de perfuração da alça intestinal (TJSP, 5ª Câ. D. Priv. Ap. Cível 165.946-4/6, Rel. Dimas Carneiro, j. 1-2-2006); não realização de exames e não encaminhamento do paciente, portador de câncer de próstata, a especialista, diante de sintomas apresentados e agravamento do estado de saúde, provocando sua morte (TJSP, 6ª Câ. D. Priv. “A”, Ap. Cível 239.084-4/5, Rel. Des. Rubens H. Arai, j. 20-5-2005); o erro de diagnóstico por não ter examinado o paciente; o uso de letra indecifrável na receita médica, dando margem a troca de medicamentos (Código de Ética Médica, art. 11); a não constatação, por erro de diagnóstico e pelo não uso de todos os meios hospitalares, de fratura de coluna vertebral (BAASP, 2563:1483); o esquecimento de compressas nas cavidades abdominais do paciente em cirurgia, ou de agulha de sutura no tórax (RT, 719:229; RJ, 231:148), provocando supuração, hemorragia etc³¹. É conveniente lembrar que, se o erro médico for oriundo de falhas estruturais, o profissional de saúde não poderá ser responsabilizado por culpa, mas deverá denunciar essa situação ao CRM, pois seu silêncio implicará conivência e omissão.”³² (DINIZ, 2007, pp. 670-671).

Vale ressaltar que, por vezes, o dano atribuído ao erro médico, na verdade, pode ser atribuído a outros resultados adversos pelos quais não respondem o facultativo, são eles: *lesão iatrogênica, acidente profissional ou complicação*.

A lesão iatrogênica ocorre quando o médico causa um dano físico ou psíquico no paciente para salvar-lhe a vida como, por exemplo, a amputação de perna para tratar de gangrena. Ademais, há procedimento que o prejuízo é necessário para a própria terapia, a incisão cirúrgica, exemplifica esta hipótese. Assim, são eventos que, apesar de serem previsíveis, isentam o profissional de qualquer culpa, pois decorrem de fatores do próprio assistido. (DINIZ, 2007, p. 671).

³¹ No entanto, em caso de cirurgia de urgência, o fato de um material estranho ter sido deixado no corpo do paciente, por si só, não enseja o dever de indenizar, consoante se depreende do Recurso Especial nº 902.537/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, do STJ, julgado em 17 de março de 2008, com a ementa: “CIRURGIA. URGÊNCIA. FRAGMENTO DE MATERIAL CIRÚRGICO DEIXADO NO ORGANISMO DO PACIENTE. NECESSIDADE. RISCO DE MORTE. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA.

1. Age com culpa o médico que esquece parte do material cirúrgico no organismo do paciente. Os danos advindos desse ato ilícito, sejam materiais, sejam morais, devem ser indenizados.

2. A ilicitude desaparece quando, antevendo risco de morte do paciente em caso de prolongamento de cirurgia urgente, o médico encerra o procedimento, mesmo sabendo que fragmento de agulha cirúrgica se perdeu, acidentalmente, no organismo do enfermo.

3. Não sofre danos morais paciente que, tão logo se recupera da cirurgia de urgência, é informado de que parte de material cirúrgico foi deixado em seu organismo e, conscientemente decide não realizar simples intervenção para extrair o fragmento.

4. Os danos morais não precisam de prova, porque são presumidos. Mas a presunção não é absoluta e cede quando a prova convence o juiz de que é improcedente o pedido de reparação” (grifo nosso).

³² As referências aos artigos foram adequadas ao novo Código de Ética Médica, Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931, de 17 de setembro de 2009.

Já no acidente profissional há um dano à integridade do paciente provocado por caso fortuito ou força maior durante a atividade médica, pode ocorrer tanto no diagnóstico como no tratamento, insuscetível de ser evitado por não poder ser previsto, como nas seguintes hipóteses: o rompimento de tecido, em virtude de sua fragilidade, no decorrer de uma intervenção cirúrgica realizada de maneira habilidosa e com o uso de técnica adequada; quando o diagnóstico possível não permite absoluta certeza, podendo levar o profissional a atuar equivocadamente; nos casos em que a assistência foi realizada corretamente, na medida das limitações de conhecimento do médico sobre a real situação do paciente, tendo em vista as omissões de informações do assistido ou, até mesmo, pela sua falta de cooperação no processo de diagnóstico ou de tratamento. Assim, o erro verificado é escusável, pois inerente às falhas da ciência e à própria natureza do paciente, não podendo ser atribuído ao profissional. (FRANÇA, 2007, p. 238).

No que tange à complicação, compreende-se como aquele resultado incontrollável que advém de uma situação grave e inexorável, da própria evolução da moléstia, a qual a ciência médica hodierna não dispõe de meios para impedir, p.ex., exposição de vísceras que se verifica em paciente subnutrido após cirurgia abdominal. (DINIZ, 2007, p. 671).

Destarte, a lesão iatrogênica, o acidente profissional e a complicação não acarretam responsabilidade médica, pois nesses eventos não se atribui culpa ao profissional pela ocorrência de dano ao paciente.

Por fim, Irany Novah MORAES (2003, pp. 445-446) menciona, ainda, outro tipo de excludente de responsabilidade do médico, qual seja: o *inconformismo*. Este advém do paciente ou de seus familiares, que se recusam a aceitar as limitações da Medicina e a própria evolução natural da doença, por vezes, insuperável. Por isso, o dever de informação sobre a enfermidade e dos riscos da terapia empregada é imprescindível para evitar ou, pelo menos, diminuir a incidência de tal situação conflitante.

2.2.3. Apuração da responsabilidade civil do médico

Assim na hipótese de ocorrência de um erro médico, a responsabilidade civil do médico será verificada mediante a comprovação da conduta culposa do agente ofensor (art. 951 do CC de 2002). Tratando-se de obrigação de meio, o descumprimento do dever contratual deve ser provado por meio da demonstração de que o médico agiu com imprudência, negligência ou

imperícia. O CDC, no seu artigo 14, § 4º, manteve a regra de que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”. Esse mesmo ônus que existe na relação contratual, tratando-se de obrigação de meios, também existe na responsabilidade extracontratual³³.

De qualquer forma, são inúmeras as dificuldades para a produção de provas, quando se está diante de um caso cuja responsabilidade do médico está sendo questionada:

“Em primeiro lugar, porque os fatos se desenrolam normalmente em ambientes reservados, seja no consultório ou na sala cirúrgica; o paciente, além das dificuldades em que se encontra pelas condições próprias da doença, é um leigo, que pouco ou nada entende dos procedimentos a que é submetido, sem conhecimentos para avaliar causa e efeito, nem sequer compreendendo o significado dos termos técnicos; a perícia é imprescindível, na maioria das vezes, e sempre efetuada por quem é colega do imputado causador do dano, o que dificulta e, na maioria das vezes, impede a isenção e a imparcialidade. É preciso superá-las, porém, com determinação, especialmente quando atuar o corporativismo.” (AGUIAR JÚNIOR, 2001, p.146).

Por isso, o juiz deve utilizar-se de todos os meios válidos de prova: o depoimento das testemunhas, registros sobre o paciente existentes no consultório ou no hospital, laudos fornecidos e, principalmente, perícias. Assim, a exibição do prontuário (que todo médico deve elaborar, art. 87 do Código de Ética Médica) é uma das formas de realizar a prova dos fatos mais relevante, e a cujo acesso o paciente tem direito (art. 88 do Código de Ética Médica). Outrossim, em juízo, cabe o pedido de exibição; a recusa permitirá ao juiz admitir como verdadeiros os fatos que se pretendia provar, se não houver a exibição ou se a recusa for considerada ilegítima (art. 355 e 359, do Código de Processo Civil de 2002).

Já, no Brasil, cabe ao autor da ação o ônus processual de fazer prova da culpa do facultativo nas relações contratuais e delituais de natureza privada (art. 333, I, do CC de 2002). Incumbe à vítima o dever de:

“provar objetivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis, nisto consistindo o incumprimento do contrato. Dir-se-á que isto é o mais difícil de conseguir. E é. Mas em todo o caso, é diferente ter de provar a verificação de um erro de técnica profissional, com recurso às leis da arte e da ciência médica, ou ter de provar que aquele médico, naquelas circunstâncias, podia e devia ter agido de maneira diferente (...).”(AGUIAR JÚNIOR, 2001, p. 148).

Por sua vez, se a obrigação for de resultado, caberá ao autor da ação fazer prova do inadimplemento contratual por parte do prestador dos serviços médicos, demonstrando que o objetivo prometido não foi realizado.

³³ Exemplifica esse tipo de responsabilidade: quando o facultativo, por circunstâncias da vida, vê-se na incumbência de socorrer alguém como, por exemplo, ao encontrar um ferido em via pública.

A título de exemplo, são consideradas obrigações de resultado: “vacinação, transfusão de sangue, realização de exames biológicos³⁴ de execução corrente e simples, a execução pessoal e em hora determinada de certo ato médico (visitas etc.), a segurança dos instrumentos que se usa na prática do ato médico.” (AGUIAR JÚNIOR, 2001, pp. 148-149).

Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já tem admitido a inversão do ônus da prova, favorecendo a defesa da vítima de erros médicos. Com efeito, o fato de o médico ser profissional liberal, sendo a sua responsabilidade subjetiva (art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor), não afasta essa possibilidade. Ademais, a inversão do ônus processual não faz supor a procedência do pedido, mas apenas significa que o juiz, em razão dos elementos de prova trazidos aos autos e da condição dos litigantes, considerou presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência). Assim, incumbe ao facultativo demonstrar ter seguido às orientações técnicas aplicáveis e ter adotado as devidas precauções. Ademais, o médico somente será responsabilizado se comprovada a sua culpa, ao revés do que aconteceria caso se tratasse de responsabilidade objetiva, em que seria suficiente a demonstração do nexo de causalidade³⁵.

³⁴Nesse sentido, cumpre mencionar os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que restaram, assim, ementados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. DIAGNÓSTICO DE GESTAÇÃO GEMELAR. EXISTÊNCIA DE UM ÚNICO NASCITURO. DANO MORAL CONFIGURADO. EXAME. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I - *O exame ultrassonográfico para controle de gravidez implica em obrigação de resultado, caracterizada pela responsabilidade objetiva.*

II - *O erro no diagnóstico de gestação gemelar, quando existente um único nascituro, resulta em danos morais passíveis de indenização.*

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 744.181/RN, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 26/11/2008, grifo nosso).”

³⁵ “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 165 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação aos arts. 165 e 535 do Código de Processo Civil.

2. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes deste Tribunal.

3. A verificação da presença dos requisitos estabelecidos art. 6º, VIII, do CDC (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência), implica reexame de matéria de fato vedado pela Súmula 7.

Outros questionamentos emergem da definição jurídica da cirurgia estética ou corretiva, quando o paciente é saudável e o objetivo a ser alcançado é apenas melhorar a sua aparência; diferente da intervenção reparadora, a qual visa corrigir lesões congênicas ou adquiridas, cuja obrigação, por consenso, é considerada de meios.

Na França, atualmente, o entendimento predominante, na doutrina e na jurisprudência, admite que a obrigação do cirurgião plástico não destoa daquela imposta aos demais cirurgiões (qual seja, a de meios), pois sujeita-se aos mesmos riscos. A peculiaridade de obrigação com fins estéticos seria uma exigência maior quanto aos deveres de informação, a qual deve ser exaustiva, e de consentimento, claramente manifestado, esclarecido, determinado. (PENNEAU *apud* AGUIAR JÚNIOR, 2001, p.149).

Já no Brasil, a doutrina e a jurisprudência, majoritariamente, assentam que se trata de uma obrigação de resultado. No entanto, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR discorda:

“O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, - sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, - assumindo a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis são as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se

4. À caracterização do dissídio jurisprudencial, nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, é necessária a demonstração da similitude de panorama de fato e da divergência na interpretação do direito entre os acórdãos confrontados.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 969.015/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 28/04/2011, grifos nossos).

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO E HOSPITAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS - MATÉRIA DE FATO E JURISPRUDÊNCIA DO STJ (REsp. Nº 122.505-SP).

1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a "responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa" (art. 14, § 4º).

2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa" dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3. Recurso especial não conhecido”.

(REsp 171988/RS, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/05/1999, DJ 28/06/1999, p. 104).

aventura à prática da cirurgia estética que tinha chances reais, tanto que ocorrente, de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios.

Na cirurgia estética, o dano pode consistir em não alcançar o resultado embelezador pretendido, com frustração da expectativa, ou em agravar os defeitos, piorando as condições do paciente. As duas situações devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou a imperícia do médico que provoca a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indício sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta” (2001, p.150).

Com efeito, ainda que se trate de cirurgia estética meramente embelezadora, qualquer procedimento cirúrgico nunca está isento de eventos fortuitos. Por isso, durante a apuração da responsabilidade do médico, devem ser analisadas as singularidades do caso concreto.

2.2.4. RESPONSABILIDADE MÉDICA COLETIVA

Primeiramente, urge distinguir os tipos de atos médicos: a) aquele propriamente dito, que somente pode ser realizado pelo facultativo (diagnóstico, indicação terapêutica, cirurgia, prognóstico), pelo qual ele pode ser responsabilizado; b) os realizados por auxiliares mediante a sua direta supervisão, ou por profissionais qualificados que seguem suas instruções, pelos quais também responde³⁶; c) os derivados do contrato de hospedagem, vinculados à administração hospitalar, como o dever de guarda do doente, estes isentam o médico de responsabilidade; c) os relacionados ao tratamento em hospital ou em farmácia, como, são exemplos, a dosagem errada de medicamentos e a injeção mal aplicada, pelos quais o médico não responde. (AGUIAR JÚNIOR, 2001, pp.151-152).

Cumpra esclarecer que o hospital não possui personalidade jurídica - constitui uma universalidade de fato, formado por um conjunto de instalações, instrumentos médicos e cirúrgicos destinados ao tratamento da saúde. A este estabelecimento relaciona-se uma pessoa

³⁶ Desse modo, decidiu a Colenda Corte Superior ao apreciar o Recurso Especial nº 200.831/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, da Quarta Turma, julgado em 08 de junho de 2001:

“ (...) - Dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, o médico-chefe pode vir a responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que esteja diretamente sob suas ordens.

Hipótese em que o cirurgião-chefe não somente escolheu o auxiliar, a quem se imputa o ato de acionar o pedal do bisturi, como ainda deixou de vigiar o procedimento cabível em relação àquele equipamento.

- Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem. Recurso especial não conhecido”.

jurídica (seja sociedade, seja associação, seja fundação) que será responsabilizada pela prestação dos serviços médico-hospitalares. (FRANCISCO, 2001, p.184). Mas, para os fins deste trabalho, quando se mencionar hospital, entenda-se a pessoa jurídica que o mantém.

Assim, o nosocômio realiza, com o paciente sob os seus cuidados, um contrato assumindo a obrigação de meios, que consiste em: fornecimento de hospedagem (alojamento, alimentação) e serviços paramédicos (medicamentos, instalações, instrumentos, pessoal de enfermagem, etc.); sendo responsabilizada pelos atos administrativos de seus funcionários (como diretores, supervisores, entre outros); se possuir uma equipe de médicos, seus empregados, também pode ser responsável pelos serviços médicos, propriamente ditos, como previsto nos seguintes artigos do CC de 2002:

“932. São também responsáveis pela reparação civil: (...) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

E, ainda, segundo o disposto no art. 14, *caput*, do CDC:

“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.

Entretanto, o hospital não será responsabilizado, objetivamente; ou seja, ainda que se trate de dano produzido por profissional integrante de seus quadros, é preciso provar a culpa de seu subordinado. (AGUIAR JÚNIOR 2001, p. 154)³⁷.

³⁷ Nessa senda, cumpre mencionar o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça, sobre a responsabilidade do nosocômio, o qual restou, assim, ementado:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento.

Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.

2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva.

No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o

Além disso, no concernente aos médicos que integram o quadro clínico da instituição, não sendo a esta subordinados, é necessário que se façam algumas observações: se o paciente, ao procurar o hospital, for atendido por membro do quadro clínico, ainda que não empregado, o nosocômio responde pela conduta culposa do profissional, em solidariedade com este; se o enfermo procura o facultativo e este o encaminha ao hospital, a relação contratual efetiva-se com o profissional, a instituição hospitalar não será responsabilizada pela ato culposo deste, ainda que seja de seu corpo clínico, somente pela má prestação dos serviços hospitalares. No primeiro caso, o dever de indenizar, devido à ação de membro integrante do quadro, justifica-se porque a responsabilidade por ato de outro, prevista no art. 932, inciso III, do Código Civil alcança, outrossim, aqueles casos, nos quais não haja uma relação de emprego, sendo suficiente que a pessoa jurídica utilize a força laboral de outrem por meio de um vínculo que gere o estado de subordinação. (AGUIAR JÚNIOR 2001, p.153).

No mais, à instituição hospitalar cabe o dever de indenização pelo dano produzido pelos instrumentos e assemelhados utilizados na prestação de seus serviços: “Ao dono da coisa incumbe, ocorrido o dano, suportar os encargos dele decorrentes, restituindo o ofendido ao *status quo* ideal, por meio da reparação. Essa presunção não é irrefragável. Mas ao dono da coisa cabe provar que, no seu caso, ela não tem cabimento” (AGUIAR JÚNIOR 2001, p.153).

Já quando um paciente não consegue atendimento em um hospital, há duas hipóteses a serem consideradas: a primeira, a mera recusa em receber o paciente decorrente de vício da administração (ausência de plantão ou de serviços necessários para atender a uma emergência previsível), enseja a responsabilidade da instituição; a segunda, a transferência justificada do enfermo a um hospital de referência, por exemplo, por falta de equipamento necessário para o tratamento, por este ato não deve ser atribuída a responsabilidade³⁸.

hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.

3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.

4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. Provido”.

(REsp 908.359/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 17/12/2008).

³⁸ “Em tese, o médico que ordenar o reencaminhamento de paciente por falta de leito ou condições de atendimento age com diligência e não deve ser considerado culpado. Da mesma forma, o hospital não pode ser obrigado a se preparar para todos os casos de emergência, sendo certo que todos são aparelhados com unidades de pronto-socorro, o que elide a culpa e, mais, inviabiliza a técnica da presunção da culpa, que seria uma eterna responsabilização. Ademais, não é a atividade hospitalar responsável por todos os infortúnios da vida.” (FRANCISCO, 1991, p. 190).

A jurisprudência pátria tem reconhecido a responsabilidade do hospital: “por falta de plantão (8.^a CCTJRJ, 1981, RT 556/190), por efetuar diagnóstico inadequado (6.^a CCTJSP, 1981, RT 549/72) e por demorar no atendimento cirúrgico que se fazia necessário (TJSC, Ap. 19.672, 1986).” (AGUIAR JÚNIOR, 2001, p.155).

Quando uma *equipe cirúrgica* é formada, é o chefe do grupo quem responde por eventuais danos aos assistidos, tanto pelas condutas de seus médicos-assistentes, como pelos serviços dos auxiliares de enfermagem (exceto quando os atos sob suspeita são grosseiros, pelos quais responde o hospital). (AGUIAR JÚNIOR, 2001, p.155).

Como ensina SANT’ANA (1991, pp. 142-143), a responsabilidade decorrente do ato anestésico pode alcançar ou não o cirurgião, a depender: se este não tiver praticado nenhum ato ou dado ordens contrárias ao recomendado pelo anestesista não deve ser responsabilizado; mas, se foi ele quem escolheu o anestesista, poderá responder pela culpa *in eligendo*. Ainda, o hospital poderá responder solidariamente com o anestesista, se este integrar o corpo médico do hospital. No mais, sustenta-se que o anestesista assume uma obrigação de resultado, haja vista a responsabilidade do facultativo de anestesiá-lo o paciente e, logo após, recuperá-lo, devolvendo-lhe por completo todos os sentidos, dentro de suas condições normais, como se encontrava antes do ato anestésico, desde que tenha tido a oportunidade de examinar o paciente antes da cirurgia e tenha julgado haver condições de realizar o procedimento com êxito (1991, p.138)³⁹.

³⁹ Sobre a responsabilidade decorrente de ato anestésico, esclarecedor é o entendimento esposado na ementa do Recurso Especial nº 605.435/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, do STJ, julgado em 22 de setembro de 2009:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA PLÁSTICA. ERRO MÉDICO. DEFEITO NO SERVIÇO PRESTADO. CULPA MANIFESTA DO ANESTESISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CHEFE DA EQUIPE E DA CLÍNICA.

1. O Tribunal a quo manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes.

2. Em regra, o cirurgião chefe dirige a equipe, estando os demais profissionais, que participam do ato cirúrgico, subordinados às suas ordens, de modo que a intervenção se realize a contento.

3. No caso ora em análise, restou incontroverso que o anestesista, escolhido pelo chefe da equipe, agiu com culpa, gerando danos irreversíveis à autora, motivo pelo qual não há como afastar a responsabilidade solidária do cirurgião chefe, a quem estava o anestesista diretamente subordinado.

4. Uma vez caracterizada a culpa do médico que atua em determinado serviço disponibilizado por estabelecimento de saúde (art. 14, § 4º, CDC), responde a clínica de forma objetiva e solidária pelos danos decorrentes do defeito no serviço prestado, nos termos do art. 14, § 1º, CDC.

5. Face as peculiaridades do caso concreto e os critérios de fixação dos danos morais adotados por esta Corte, tem-se por razoável a condenação da recorrida ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.” (grifos nossos).

Contudo, segundo preleciona Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR (2001, p.156):

“(...) a área a que estão submetidos o anestesista e seu paciente não é diferente das demais situações enfrentadas pela medicina, razão pela qual não deixa de ser uma obrigação de meios, ainda que se imponham ao profissional alguns cuidados especiais na preparação do paciente, na escolha do anestésico, etc. Dele se exige acompanhamento permanente, não podendo se afastar da cabeceira do paciente durante o ato cirúrgico, até a sua recuperação”.

Nos vínculos entre o médico generalista e o especialista, há algumas hipóteses de imputação da culpa: a) deve ser responsabilizado o generalista que deixa de convocar um especialista, quando era necessário e possível; b) o generalista fica isento de responsabilidade, quando este segue as recomendações do especialista escolhido pelo assistido, e o prejuízo é atribuível ao especialista; c) mas, se decidir por outra terapia, o generalista responde pelos prejuízos (AGUIAR JÚNIOR, 2001, p.157).

O facultativo ao solicitar algum exame deve advertir o assistido dos riscos a que estará sujeito, a falta do aviso enseja a responsabilidade do médico. Mas, essa responsabilidade não isenta a do profissional encarregado de realizar o exame, pois este deve ou deveria saber, com mais propriedade, da periculosidade dos instrumentos, substâncias ou técnicas utilizadas, cabendo-lhe, também, avisar o paciente dos riscos do procedimento. (AGUIAR JÚNIOR, 2001, p.158).

O uso de instrumentos perigosos, que acarretem prejuízos aos pacientes, ensejam a responsabilidade do médico, se ele próprio os tiver manipulado ou seu subordinado. (AMBIALET *apud* AGUIAR JÚNIOR, 2001, p.158).

No entanto, se o dano decorrer de defeito de fabricação, responde o fabricante, independentemente da prova de culpa (responsabilidade pelo fato do produto), como prevê o art. 12 do CDC:

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

Tecidas essas considerações acerca das possibilidades de responsabilização individual ou solidária - devido à ocorrência de danos oriundos do exercício médico, ou de falhas imputadas ao próprio aparato perigoso -, a seguir, serão estudadas outras espécies de atribuição de

responsabilidade, se o vínculo entre paciente e o profissional for indireto, via hospital público, ou entidades privadas de assistência médica.

2.2.5. RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE SAÚDE

O entendimento jurisprudencial não é unânime quanto à natureza da responsabilidade do Estado por atos danosos praticados por seus servidores (médicos, enfermeiros entre outros), nos hospitais públicos, mas, majoritariamente, admite-se a responsabilidade objetiva. Nessa esteira:

“(…) O Tribunal Regional Federal da 1.^a Região (Brasília) possui diversos julgados admitindo a responsabilidade objetiva dos hospitais mantidos pelo INAMPS (ApCív. 89.01.221268-MG, de 17.09.1990; ApCív. 89.01.226480-AM, de 12.09.1990: ‘As pessoas jurídicas respondem pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros (art. 27, § 6.^o, CF), sendo de natureza objetiva a responsabilidade, somente elidível por prova exclusiva da parte contrária; ApCív. 92.01.32316-6-MG, de 03.03.1993).

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, na ApCív. 76.340-1, 5^a Câmara Civil, de 23.04.1987, considerou indispensável a prova da falta anômala do serviço”. (AGUIAR JÚNIOR, 2001, p.163).

Diante dessa divergência, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR (2001, p.163) defende um entendimento mediano, segundo o qual: deve-se atribuir ao Estado a responsabilidade pelos prejuízos sofridos pelo paciente, quando estes decorrerem do mau funcionamento de seus serviços de saúde, no entanto, poderá isentar-se, de tal responsabilidade, comprovando a regularidade da assistência médica-hospitalar oferecida, sendo a causa do mau resultado atribuída às condições próprias do paciente.

2.2.6. RESPONSABILIDADE DAS ENTIDADES PRIVADAS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA

A entidade privada de assistência à saúde, que associa interessados por meio de planos de saúde e sustenta hospitais ou credencia outras instituições para o fornecimento dos serviços, aos quais se obrigou por contrato, responde solidariamente pela reparação dos prejuízos oriundos da má assistência médica-hospitalar de seus credenciados⁴⁰.

⁴⁰ Corroborar tal assertiva, o aresto prolatado nos autos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 495.306/DF, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, da Terceira Turma, do STJ, julgado em 25 de junho de 2004, com a ementa:

Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR (2001, p.166) observa, ainda, que, quando não é condicionada a escolha de médicos e hospitais nos contratos de planos de saúde, e no que tange aos seguros-saúde, cuja finalidade limita-se a reembolsar o paciente pelos gastos realizados em seu tratamento, em ambas as situações, as pessoas jurídicas que mantêm os referidos planos de saúde e garantem os seguros-saúde estarão isentas de responsabilidade, pelas falhas profissionais dos eleitos pela vítima.

2.2.7. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU DE SOBREVIVÊNCIA

Como já tratado neste trabalho, a resolução do tema da causalidade, em se tratando de responsabilidade médica, tem sido sempre um tormento para a doutrina, e também para os tribunais, uma vez que a ação médica se faz presente em situações peculiares, provocando reações orgânicas e psíquicas às vezes imprevisíveis e de conseqüências sérias. Daí a dificuldade de explicitar qual realmente foi a causa posta pelo médico. Ainda mais se agrava a questão quando interferem condições supervenientes, com a participação de outras pessoas, médicos ou não; nesses casos, não há a responsabilidade do que primeiro atuou se o resultado decorreu de fato novo e alheio, que por si só causou o resultado.

Para vencer a dificuldade da prova do nexo de causalidade, a jurisprudência francesa adota a teoria da *perda de uma chance de cura ou de sobrevivência*, a qual é aplicável na hipótese de erro médico por ação ou omissão, fazendo com que o paciente perca, efetivamente, a chance do não agravamento da doença ou perca a chance de eliminação do sofrimento desnecessário. Ou, ainda, perca a chance de retardar a morte, com preservação de razoável (possível) qualidade de vida do paciente. Evidentemente que não se trata de reparar a álea, mas o prejuízo concretamente sofrido, em decorrência da falha profissional. (SEBASTIÃO, 2003, pp. 71-73).

Em um julgamento de 1965, a Corte de Cassação admitiu a responsabilidade médica, porque um erro de diagnóstico levou ao tratamento indevido, privando a vítima de uma chance de

“PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO DECIDIDO EM CONFORMIDADE COM A REITERADA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DA COOPERATIVA. LEGITIMIDADE PASSIVA.

- Cooperativa que mantém plano de assistência à saúde tem legitimidade passiva em ação indenizatória movida por associada contra erro médico cometido por médico cooperativado”.

cura. De fato, de acordo com essa teoria, o juiz não tem certeza de que o evento teria ocorrido pela ação do médico, mas a sua omissão facilitou a ocorrência do resultado.

Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR (2001, p.177) menciona as seguintes considerações de juristas franceses sobre a teoria:

“O Professor François Chabas critica a solução, pela qual se faz a abstração do laço de causalidade, presumindo-se a sua existência, e preconiza o retorno à teoria clássica da culpa com nexos causal. Jean Penneau também a critica, mas Chammard e Monzein consideram que a atual orientação da Corte francesa, diante da evolução atual da Medicina, é uma necessária solução de equidade.”

No Brasil, a teoria da perda de uma chance, utilizada como fundamento para que surja o dever de indenizar, ainda é insipiente. Contudo a tendência é de que seja, cada vez mais, adotada, pelas Cortes.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já reconheceu a perda de uma chance como fator de responsabilização do médico. Segundo acórdão relatado pelo Desembargador Araken de Assis, após uma cirurgia, um paciente foi liberado prematuramente e algum tempo depois, queixando-se de febre alta, foi orientado pelo médico a utilizar-se de antipirético. Com a saúde agravada, o paciente foi internado na Unidade de Terapia Intensiva, vindo a falecer. “Liberando o paciente e retardando seu reingresso na instituição hospitalar, o apelante fê-lo perder chance razoável de sobreviver, embora a virulência estatística da doença.” (KFOURI NETO, 2002, 67).

CAPÍTULO 3 - MUTUALIZAÇÃO DO RISCO MÉDICO

3.1. SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

3.1.1. *Considerações gerais*

Conforme analisado no capítulo introdutório deste trabalho, a responsabilidade civil começou a passar por profundas mudanças. A partir do desenvolvimento do capitalismo industrial (com o incremento dos acidentes decorrentes das atividades sociais essenciais), teve início uma gradual superação do escopo de reprimir a conduta do agente ofensor em benefício, primeiramente, da proteção dos interesses da vítima. Desse modo, foram suprimidas as barreiras ideológicas que dificultavam a transferência do dever reparatório a um terceiro, assim houve um processo de expansão dos seguros de responsabilidade civil.

Semelhante transformação, outrossim, observa-se no que tange à responsabilidade civil do médico, conforme será examinada a seguir.

Nesse sentido, enfatiza Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR (2001, p.177) que, hodiernamente, há uma mudança de foco na teoria da responsabilidade civil, do autor do ato ilícito para a vítima do dano:

“o que aconteceu a partir do trabalho de Boris Starck e hoje constitui sua mais forte tendência. ‘A responsabilidade que mira a vítima é, a nosso juízo, a verdadeiramente jurídica’. Lambert-Faivre publicou artigo na *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1987, p. 1), com o sugestivo título ‘A evolução da responsabilidade civil de uma dívida de responsabilidade a um crédito de indenização’, e ali analisou duas recentes leis francesas (a da circulação de veículos, de 05.07.1985; e a de indenização por atos de terrorismo, de 09.09.1986), em que mostra que o *pivot* da responsabilidade civil, antes centrado no sujeito responsável, hoje está na reparação do dano à vítima, ficando marginalizada a pessoa do agente.”

Ainda, ensina ALVIM (2000, p. 214) que:

“Não causa espécie, nem aos mais ortodoxos civilistas, que também a responsabilidade civil, enquanto expressão e resultado do comportamento social, deva buscar um novo perfil, fora da camisa-de-força a ela imposta pela culpa subjetiva, adaptando-se a um mundo diferente daquele que assistiu ao seu longo reinado, infelizmente não condizente com a noção de uma justiça comutativa e, muito menos, de uma justiça distributiva.”

No Brasil, essa mudança de paradigmas foi observada, por exemplo, com a primeira Lei de Acidentes do Trabalho (de 1919). Antes de sua vigência, o empregado era seriamente

prejudicado, muitas vezes, devido às insuperáveis dificuldades de se provar a culpa do empregador no evento danoso. Tal injustiça começou a incomodar os juristas, os quais passaram a defender a substituição da teoria da culpa pela do risco da atividade, na verificação da responsabilidade patronal. Assim, o legislador percebeu que esta seria a melhor maneira de amparar o trabalhador desprotegido, sem acesso à Justiça. (FRANÇA, 1982, p. 106).

Com efeito, os riscos criados pelas atividades humanas lícitas devem ser suportados por todos que por intermédio delas também são beneficiados, pois a socialização do risco é a única maneira, até então, encontrada para que haja recursos para a reparação dos danos. (ALCÂNTARA, 1971, p. 203).

Por sua vez, é inegável que a atividade médica, por sua própria natureza, gera riscos de danos a outrem. Nenhum facultativo, por mais inexperiente que seja, ou paciente, por mais ingênuo que possa parecer, desconhece os riscos envolvidos na tentativa de preservar uma vida ou restabelecer a saúde de um doente. Mesmo um ato médico considerado simples e corriqueiro é passível de erros. Desse modo, o infortúnio médico constitui um evento, na maioria das vezes, inesperado e inafastável, sendo as suas causas de difícil determinação.

É preciso ressaltar que o exercício da antiga Medicina era limitado, solitário, quase espiritual, impossibilitado de grandes feitos, por isso, certamente, oferecia menos danos, porque envolvia riscos menores. (FRANÇA, 1982, p. 107).

Atualmente, a ciência médica tem a sua disposição um grande arsenal tecnológico que proporciona ao ser humano imensuráveis benefícios. No entanto, essa evolução não foi suficiente para impedir o surgimento de prejuízos oriundos do exercício profissional, com o uso de substâncias de efeitos colaterais, às vezes, imprevisíveis e de técnicas invasivas, a grande probabilidade de ocorrência de falhas é uma realidade incontestável.

Destarte, o Poder Judiciário tem reconhecido que como é injusto o médico ter de responder pela imprevisibilidade da ciência ou por suas próprias limitações humanas, mais injusto seria permitir que o paciente suportasse todos os danos advindos de um mau resultado. (FRANÇA, 1982, p. 106).

Obviamente, o facultativo ao exercer seu mister visa auxiliar o paciente nas suas necessidades. Mas, ainda que todos os cuidados sejam empregados, o infortúnio poderá sobrevir. Desse modo, anteriormente, um médico somente seria obrigado ao pagamento de uma indenização diante de erro grosseiro ou na hipótese de inescusável negligência. Contudo, hoje, a

jurisprudência tem se firmado no sentido de somente excluir a responsabilidade do profissional: na ausência de nexo de causalidade; por motivo de força maior; pela atuação de terceiros; ou por culpa exclusiva da vítima. (FRANÇA, 1982, p. 107).

De fato, a responsabilidade civil do médico vem assumindo um caráter eminentemente político-econômico, cujo princípio norteador é salvaguardar a harmonia social, no caso de uma falha profissional gerar danos a algum membro da coletividade.

Nessa senda, Hermes Rodrigues de ALCÂNTARA (1971, P. 204) defende a adoção da teoria do risco na hipótese de erro médico, assim como ocorreu no acidente de trabalho:

“(...) a teoria do risco substituiu a teoria da culpa no acidente de trabalho e o momento oportuno, ainda não se considerou até agora, para a mesma transformação na responsabilidade civil do médico. Talvez estejamos vivendo aquele instante de transição já que a teoria do risco vem sendo paulatinamente aceita em outras áreas da responsabilidade civil até há pouco, território inexpugnável da teoria subjetiva.”

Deveras, ainda que a relação facultativo-assistido seja fundada em um contrato de meios e não de resultados, via de regra, “o equilíbrio só será restituído se o paciente, vítima de um acidente médico, pudesse ser ressarcido do seu dano (sic)”. Assim, a tendência contemporânea, no concernente à repercussão civil do infortúnio médico, é substituir a noção de culpa pela de risco. (FRANÇA, 1982, p. 107).

Ademais, há a irrefragável ampliação do número de reclamações administrativas e de demandas judiciais fundadas na culpa atribuída à ação médica: “seus valores, no Brasil, são relativamente baixos, mas nos EUA chegam a milhões, assim também no Canadá, onde a empresa seguradora Loyds de Londres chegou a dizer: ‘Mudem a responsabilidade civil ou a maneira de indenizar; se não, nós vamos, porque não é rentável’”. (AGUIAR JÚNIOR, 2001, pp.177-178).

Assim, médicos e juristas, que têm analisado a temática, sustentam a necessidade de distribuição econômica dos riscos que envolvem o exercício da Medicina:

“Mlle. Viney já demonstrara sua necessidade, diante das modernas características da atividade técnica. O Professor Andre Tunc, no seu trabalho ‘L’assurance tous risques medicaux’, considera melhor substituir a responsabilidade civil individual do médico pelo seguro.” (AGUIAR JÚNIOR, 2001, p. 178).

Anota, ainda, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR (2001, p.177):

“o futuro se encaminha para alguma forma de repartição dos riscos através do seguro, depois de resolvidas as seguintes questões: a definição de profissional; a definição da responsabilidade profissional; a determinação das técnicas de distribuição do risco profissional; os limites do seguro”.

No Brasil, facultava-se à classe médica e aos estabelecimentos hospitalares celebrarem contratos com empresas seguradoras, as quais oferecem apólices específicas para a indenização de danos advindos da responsabilidade civil profissional.

Entretanto, Miguel KFOURI NETO (2007, p. 28) constata que a procura por tal seguro facultativo é pequena entre os médicos. Entre as principais justificativas para a consolidação dessa situação, observa o autor: o fato de muitos profissionais serem assalariados; e a crença desses de ser ínfima a possibilidade de sofrerem um processo e, conseqüentemente, as possíveis implicações jurídico-financeiras decorrentes da condenação por falhas.

Contudo, essa realidade está mudando. Sobre a temática, Eduardo Vasconcelos dos Santos DANTAS (2000) ressalta:

"Não é da tradição brasileira a contratação de seguros de responsabilidade civil pelo médico ou pelos hospitais, talvez pelo fato dos montantes das indenizações impostas pelo Judiciário ainda não representarem uma ameaça à atividade profissional. Deve-se ter em linha de conta, é bem verdade, o aumento vertiginoso da litigiosidade na experiência brasileira da última década, prenúncio de uma alteração nesse estado de coisas. Já se verifica nos grandes centros, particularmente em São Paulo, ainda que sem um controle estatístico preciso, a difusão dos seguros profissionais na área médica (...)"

Por sua vez, anota Roberto Lauro LANA (s.d.) que:

"Só em época mais recente, especialmente após o advento do Código de Consumidor, tem sido os facultativos convocados a comparecer perante os órgãos julgadores para justificar suas condutas. Por outro lado, este tipo de ocorrência, usual e bastante comum em muitos países desenvolvidos, parece estar diretamente relacionado com o grau de desenvolvimento das artes médicas e a extensão dos seus benefícios a um maior número de cidadãos da comunidade, hoje em franca expansão em nosso país, principalmente através do incremento de programas abrangentes de saúde pública, expansão da rede de hospitais e postos de saúde, maior formação de médicos, enfim uma maior demanda de serviços pela população em geral, representando o fenômeno da universalização da assistência à saúde".

Além disso, como divulgado no endereço eletrônico do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ (2009), a quantidade de processos versando sobre a responsabilidade médica, em tramitação no Superior Tribunal de Justiça, cresceu, consideravelmente, nos últimos anos. Esse incremento tem sido atribuído, entre outras causas, a um ensino acadêmico deficiente e à precariedade das instalações hospitalares:

"O número de processos por erro médico recebidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) mais que triplicou nos últimos seis anos. De 2002 até o fim do ano passado, o volume de ações passou de 120 para 398, segundo a assessoria de imprensa do tribunal. Atualmente, tramitam no STJ 471 casos, a maioria questionando a responsabilidade exclusiva do médico e não das instituições. O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp) admite que a má-formação profissional dos médicos e a falta de condições de trabalho são alguns dos fatores que estão por trás das estatísticas.

Para Lúgia Bahia, médica e vice-presidente do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes) do Rio de Janeiro, não houve aumento na incidência de casos, mas sim uma evolução da população brasileira, que está mais consciente e vem perdendo o medo de denunciar. Em sua opinião, a estatística ainda está muito aquém da realidade. ‘No Brasil há um sub-registro de erros médicos, a gente só vê a ponta do iceberg’.

A vice-presidente do Cebes explica que as ocorrências não chegam a ser registradas muitas vezes por faltar um sistema nacional de regulamentação técnica. ‘Temos péssimos prontuários, os registros da enfermagem não são padronizados, o diagnóstico muitas vezes é passado oralmente e não por escrito e, assim, não é possível provar que houve erro médico’. Ela também acrescenta que a alta rotatividade dos profissionais da saúde, como enfermeiros e auxiliares, dificulta o registro das etapas do tratamento do paciente.”

Assim, a expansão do seguro configura-se como um fruto dessas recentes demandas sociais. (NACIF, 2004, p. 04). Nesse sentido, afirma o professor Irany Novah MORAES (2007, p. 570): “não há dúvidas de que o seguro médico ou, mais corretamente, o seguro de responsabilidade civil do médico, será uma realidade dentro em breve por ser uma necessidade social”.⁴¹

3.1.2. Vantagens e desvantagens da adoção do seguro

A contratação do seguro, todavia, vem sendo alvo de algumas críticas, mormente, de entidades vinculadas aos médicos⁴², essas argumentam que o instrumento de proteção tenderia a

⁴¹ Para corroborar tal assertiva, anota Miguel KFOURI NETO (2002, p. 409): “(...) não se pode perder de vista que algumas teorias objetivistas têm encontrado adeptos em nossos tribunais - v.g., a ‘perda de uma chance’ e aquela que possibilita a atribuição dinâmica da carga probatória - indícios de que o Judiciário tende a aumentar o rigor na apreciação da culpa médica. (...) É inegável que o seguro de responsabilidade civil lentamente, vai se ampliando”.

⁴² Conforme informação disponibilizada no sítio eletrônico da ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA (2003): “(...) a Associação Médica Brasileira, o Conselho Federal de Medicina e as duas entidades sindicais da época - Federação Nacional dos Médicos e Confederação Médica Brasileira - posicionaram-se oficialmente contra o seguro de responsabilidade civil, considerando-o ‘terapia ineficaz’, conforme o documento abaixo.

As entidades médicas, ao final subscritas, vêm conscientizar os médicos a respeito da sua posição contrária à contratação do seguro de responsabilidade civil dos médicos.

Os seguros disponíveis no mercado brasileiro apresentam uma apólice com cobertura limitada, principalmente no que se refere ao dano moral, não eximindo o profissional de colocar em risco seu patrimônio, caso seja condenado ao pagamento de importância acima do que fora contratado. Assim, a quitação mensal desse produto torna-se uma despesa permanente e exclusiva do médico, que não tem condição de repassar esse ônus nos seus honorários.

Em virtude da morosidade do sistema processual vigente, as ações indenizatórias por erro médico tramitam no Poder Judiciário por um longo período. Ademais, a garantia do pagamento do prêmio do seguro ao final da demanda, além de poder ser insuficiente, também depende das condições financeiras da seguradora contratada.

Experiências internacionais têm demonstrado que a aquisição desse seguro pela classe médica contribui para o aumento do número de ações, que muitas vezes se baseiam em pedidos quase sempre emitidos, destemperadamente, por pacientes mal orientados, ou ainda envolvendo interesses financeiros de terceiros.

Outros países apontam que a escalada dos seguros ocasionou o desinteresse de médicos em atuar em determinadas especialidades de maior risco de envolvimento em processos, deixando a população desassistida. Isto se deve ao fato

incrementar o número de ações indenizatórias; e a elevar as despesas dos médicos, sem haver condições de repassá-las, desestimulando, assim, os facultativos a atuarem em especialidades com maiores riscos de falhas. Além disso, ressaltam que o seguro oferece uma cobertura limitada das eventualidades profissionais e, ainda, para a sua efetivação depende das condições financeiras da seguradora.

No entanto, Roberto Lauro LANA (s.d.) acredita na eficácia do mecanismo como um meio de administração dos riscos da atividade médica, nos seguintes termos:

“Tais alegações salvo melhor juízo, não procedem, uma vez que o mesmo poderia ser alegado em qualquer das modalidades atualmente existentes de responsabilidade de acidentes, veículos transporte e contra furtos, em geral. O que se deseja realmente é implantar um saudável gerenciamento do risco, a exemplo do que já se faz com relação a numerosas atividades consideradas de risco, com o objetivo de evitar que fatos danosos ocorram com grande freqüência.

No âmbito da própria Medicina, a Saúde Pública e a Medicina do Trabalho já vêm utilizando, com sucesso, este tipo de monitoração ambiental e profissional. No caso da Medicina em geral, esta postura envolve, entre outros, a melhoria do ensino médico e do ensino mais consistente da ética médica, pós-graduação e habilitação profissional para a prática da medicina mediante exames de ordem, controle permanente dos riscos de infecção hospitalar, fiscalização rigorosa das instituições de saúde públicas e privadas pelos órgãos competentes, e de modo geral, uma ação reguladora e, principalmente, disciplinadora mais efetiva dos Conselhos de Medicina, hoje numa posição quase meramente cartorial e contemplativa”.

Ademais, é despropositada a afirmação de que a adoção do seguro deixaria o médico indiferente a sua responsabilidade, pelo simples fato de possuir uma garantia de redução de impactos em seu patrimônio. (TRENNEPOHL, 2006, p. 58)

Com efeito, pensar assim é ignorar a consciência do homem e do profissional e, ainda, a perda de prestígio decorrente do estigma de uma eventual sentença condenatória por falhas.

de que esses profissionais não têm condições financeiras de arcar com o custo do seguro ou, até mesmo, as próprias seguradoras deixam de comercializá-los.

Esses seguros atendem apenas a questão financeira discutida na demanda, de forma parcial, e não afastam as questões morais envolvidas no processo judicial contra o médico, além de não isentá-lo das penalidades disciplinares previstas no Código de Ética Médica.

Diante dessas considerações, entendemos que o seguro de responsabilidade civil do médico praticado no país é uma terapia ineficaz. Parece-nos muito válido, portanto, investir seriamente na prevenção do estabelecimento deste tipo de ações indenizatórias.

Associação Médica Brasileira
Conselho Federal de Medicina
Federação Nacional dos Médicos
Confederação Médica Brasileira”

Além disso, na hipótese de erro médico, o facultativo estará sujeito, além da responsabilidade civil, às punições administrativas e criminais (SEBASTIÃO, 2003, p. 291).

A punição administrativa incumbe ao Conselho Regional de Medicina⁴³, ao qual está subordinado o facultativo. Essa sanção será aplicada se o médico deixar de observar uma gama de normas de conduta profissional, de proibição ou de obrigação, previstas no Código de Ética Médica, entre outras normatizações emanadas do Conselho Federal de Medicina⁴⁴, ainda que o paciente não tenha sofrido nenhum dano material ou moral. Nesse âmbito corporativo, não se atinge diretamente a esfera patrimonial; assim, o seguro não poderá minimizar os danos sofridos.

Por sua vez, a punição criminal ocorrerá se o médico praticar delitos inerentes a sua profissão ou crimes comuns decorrentes da atividade médica⁴⁵. Essa reprimenda é pessoal e intransferível, não podendo ser coberta por nenhuma espécie de mecanismo securitário.

Outra questão, suscitada por opositores da disseminação do seguro, diz respeito à possibilidade de incremento do número de demandas judiciais e, conseqüentemente, de condenações a médicos - sob o fundamento de que a seguradora é quem pagará a indenização, e não o profissional -, dando origem à chamada “indústria das indenizações”, a exemplo do que se verifica nos Estados Unidos. (NEMETZ, 2005).

Como anota Miguel KFOURI NETO (2007, p. 29):

“(...) Volvamos ao exemplo americano. Lá, as fundações que mantêm gigantescos hospitais recebem doações elevadas, os planos de saúde estipulam contribuições substanciais e em contrapartida, remunera-se adequadamente os profissionais da saúde. Em 1990, houve 18 milhões de processos judiciais nos Estados Unidos. O Judiciário consumiu recursos na ordem de 80 bilhões de dólares. Parte significativa dessas ações está representada por indenizatórias (...)”.

Por seu turno, acrescenta Eduardo Vasconcelos dos Santos DANTAS (2001):

“Um fator adicional que agrava seriamente a ameaça da responsabilidade encarada pelos providenciadores de cuidados de saúde é a alta recompensa que pode ocorrer

⁴³Consoante o disposto no art. 22 da Lei n.º 3.268 de 1957, e no art. 17 do Decreto n.º 44.045 de 1958, as penalidades aplicáveis devido às falhas éticas são as seguintes: *advertência confidencial* em aviso reservado; *censura confidencial* em aviso reservado; *censura pública* em publicação oficial; *suspensão* do exercício profissional até trinta dias; *cassação* do exercício profissional, a ser referendada pelo Conselho Federal de Medicina.

⁴⁴ Cujas incumbências, por delegação do Estado, é disciplinar e regulamentar a atividade médica, como profissão liberal, por meio de resoluções normativas, para adequá-la aos constantes progressos científicos verificados na área da saúde e às exigências da sociedade e do Estado.

⁴⁵ Entre as espécies delituosas próprias dos médicos podem ser citadas: violação de segredo profissional (CP, art. 154); omissão de notificação de moléstia (CP, art. 269); e exercício ilegal da medicina (CP, art. 282). No que tange aos crimes comuns, que podem ter origem na atividade médica, são exemplos: omissão de socorro (CP, art. 135); lesão corporal (CP, art. 129); e homicídio (CP, 121).

imprevisivelmente em um único caso. A má prática anualmente produz uma das duas ou três maiores recompensas jurídicas em todo o sistema legal americano (...).”

Entretanto, como leciona Márcia Moraes Rêgo de SOUZA (2000), o aumento na quantidade de ações questionando a responsabilidade médica deve-se a: “(...) maior conscientização dos cidadãos para a reivindicação de seus direitos, razão pela qual se tem procurado o Poder Judiciário em busca de Justiça, seja esta alcançada de forma patrimonial (indenização financeira) ou não (condenação penal).”

No mesmo sentido, afirma Fábio Torres de SOUSA (2003) que: “Felizmente não se verifica no Brasil a indústria de indenização existente nos EUA, mas a cada dia as demandas contra médicos aumentam, na exata proporção do conhecimento do direito pelo paciente e do aumento de profissionais médicos”.

E, ainda, Magda Matuk FERREIRA (s.d.) assevera que:

“Embora cresçam no País as ações que visam indenizações milionárias por danos morais de infinitas espécies, nossos Julgadores, em sua grande maioria, são bastante criteriosos na apuração da culpa do agente causador do dano e, da mesma maneira, na aferição do *quantum* pecuniário visado para reparação do prejuízo sofrido pela vítima; de modo a coibir aqueles que tentam transformar a Justiça em instrumento para seu enriquecimento desmotivado, imoral e nefasto”.

No mais, a busca pela reparação dos prejuízos, por meio do instituto da responsabilidade civil, gera um grande dispêndio de recursos financeiros e humanos. Durante o julgamento, para apurar a culpa do profissional, torna-se imprescindível a reconstrução de um evento danoso que, muitas vezes, ocorreu há anos, assim o processo jurisdicional revela-se intrincado e longo⁴⁶. Ademais, esse momento, geralmente, é permeado por constrangimentos e

⁴⁶ No Brasil, já há notícias de processos por erros médicos que perduraram por vinte anos. (DINIZ, 2009, p. 678). Para corroborar tal assertiva, cumpre trazer à colação a ementa prolatada nos autos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 834.609/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 18 de março de 2008: “PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. REVISÃO DO QUANTUM. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL. ART. 20, § 4º, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. Versam os autos sobre ação de indenização ajuizada em face da União pelos danos moral e material sofridos pelo genitor dos agravados, com base na responsabilidade civil do estado, em razão de tratamento médico inadequado, que culminou com a perda do seu braço direito e posterior falecimento. **O evento danoso aconteceu em 24 de junho de 1979, tendo a ação de ressarcimento sido ajuizada em 1982 e julgada em 2002, perdurando o sofrimento por 20 (vinte) anos.** O juízo a quo julgou parcialmente procedente o pleito, condenando a ré ao pagamento da reparação por danos morais no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a ser repartido entre os sucessores da vítima e excluindo o dano material em razão da morte da vítima. Dessa decisão, a União apresentou recurso apelatório que não foi provido, mantendo-se os termos da sentença. Em sede de embargos, foi alterado o

desgastes físico-emocionais - tanto durante a oitiva de testemunhas conflitantes entre si sobre a versão de fatos complexos de se apurar, quanto no decorrer das discussões acerca do procedimento médico que seria adequado. Tal situação acontece, porque a compensação à vítima de falhas está condicionada à verificação de negligência, imperícia ou imprudência do facultativo.

Ainda, Luzia Chaves VIEIRA (2001, pp. 153-154) afirma que:

“(...) o sistema de responsabilidade civil inflige ou impõe aos médicos sanções tangíveis e não seguradas para a maioria dos médicos cujo grau de cuidado está geralmente correto, mas cujos pacientes tiveram que procurar esse caminho legal para garantir restituição financeira para os seus graves danos.”

Além disso, na prática, não haverá punição civil, se o prejuízo suportado pelo ofendido for de menor proporção, pois a maioria dos pacientes não se sentirá estimulada a contratar um advogado ou, até mesmo, buscar auxílio da defensoria pública, porque dar início a um processo, ainda que superado o dispêndio pecuniário, requer disponibilidade de tempo e, outrossim, gera muitos outros inconvenientes, como os já mencionados.

termo inicial dos juros mora para a data da citação. No recurso especial, alegou-se o malferimento dos arts. 535, II, e 20, § 4º, do CPC; 1.533 do CC; 5º, incisos LIV e LV, e art. 93, inciso IX, da CF/88. O TRF da 2ª Região negou seguimento ao apelo extremado por esbarrar em óbices sumulares: a) relativamente à ofensa aos dispositivos constitucionais, incidência do verbete de n. 126/STJ;

b) no que se refere a fixação dos honorários, aplica-se o teor dos enunciados 389/STF e 7/STJ; e c) por fim, a revisão do quantum indenizatório demandaria reexame de prova (enunciado 7/STJ). O agravo de instrumento lastreou-se no equívoco da aplicação da Súmula 126/STJ, pois foram interpostos tanto recurso especial quanto recurso extraordinário, além de apontar a desnecessidade do reexame de provas a fim de verificar o desacerto na fixação dos honorários advocatícios. Indeferimento do recurso em decisão monocrática desta relatoria por esbarrar em óbice sumular desta Corte.

2. O decisum atacado destacou a jurisprudência assente desta Corte no sentido de que a revisão do valor indenizatório constitui uma excepcionalidade restrita aos casos em que a importância fixada seja exorbitante ou insignificante, em clara ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Diante das circunstâncias existentes, ou seja, em razão do flagrante descaso no trato com a vítima que não recebeu os cuidados adequados, o que levou à amputação do membro superior e até com o ‘falecimento precoce da vítima, haja vista ter indubitavelmente debilitado ainda mais o paciente já portador de diabetes’, dentre outros elementos, revelam inexistir desproporcionalidade no quantum indenizatório, que se mostra em conformidade com a lesão sofrida.

3. Em relação à divergência jurisprudencial, na espécie, a indenização não se apresenta desmesurada, haja vista que resultante de um tratamento inadequado recebido pelo de cujus. Em casos análogos, esta Corte manteve os valores arbitrados pela instância de origem ao apreciar os contornos fáticos dos autos, haja vista não evidenciarem desproporcionalidade ou fixação desmesurada e por demandarem reexame do substrato probatório. Dissenso interpretativo não-configurado.

4. Não se mostra viável, nesta instância especial, aferir a existência ou não de uma maior ou menor complexidade na demanda, até mesmo em razão do longo tempo de tramitação do feito - 20 (vinte) anos. Incidência da Súmula nº 07/STJ.

5. Agravo regimental não-provido.” (grifo nosso).

Contudo, o seguro de responsabilidade civil do médico oferece cobertura para os prejuízos dos assistidos independente de serem de pequena ou grande monta. Assim, este instrumento cumpre duas finalidades: indenizar a vítima pelos danos sofridos; e reduzir o impacto econômico no patrimônio do segurado. (NACIF, 2003, p. 17).

Ademais, atualmente, observa-se que para a cobertura de alguns riscos há uma mutualização insuficiente, por não ser possível alcançar uma quantidade crítica de segurados para manter o sistema securitário. Por isso, é premente, estatuir, para determinados riscos, uma mutualização ampliada, pois se somente as pessoas mais suscetíveis aos eventos danosos resolvessem contratar um seguro, o valor do prêmio seria muito alto, impraticável. Tal situação é claramente perceptível no que tange àqueles voltados para algumas especialidades médicas mais demandadas judicialmente. Destarte, “por meio dos regimes e das coberturas obrigatórias, o seguro conserva sua finalidade individual (proteger seu patrimônio), mas adquire também uma dimensão social.” (VARELLA, 2006, pp. 69-70).

De fato, o Estado, cada vez mais, está intervindo na gestão dos riscos, tanto na regulamentação das atividades das seguradoras, como no desenvolvimento de sistemas de solidariedade. Mormente, a ingerência do legislador é imprescindível para estabelecer as condições de indenização das vítimas nos casos de danos de difícil atribuição de responsabilidade, como na hipótese de prejuízos decorrentes dos atos médicos. (VARELLA, 2006, p.72)⁴⁷.

Nessa esteira, não assiste razão àqueles que afirmam que a criação de um seguro obrigatório seria uma ofensa ao direito fundamental do livre exercício profissional do médico (art. 5º, inciso XIII, da CF). Com efeito, incumbe ao Poder estatal, por imperativo constitucional, salvaguardar, outrossim, o direito fundamental à saúde, por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196 da CF).

⁴⁷ Deveras, o Poder Público não pode ficar inerte diante das graves implicações geradas pelas atividades humanas potencialmente danosas. Primeiramente, devido à grande expectativa da sociedade por uma atuação das autoridades públicas. Em segundo lugar, para assistir as vítimas de um prejuízo, cujo ofensor não possua recursos financeiros, ou seja desconhecido.

Assim, tratar-se-ia de uma aparente colisão entre dois princípios constitucionais que, comumente, é solucionada, pelos tribunais, com a aplicação do postulado da concordância prática ou da harmonização (LIMA, 2002), como consectário lógico do princípio da unidade constitucional⁴⁸. Conforme esse método, deve-se buscar a otimização entre os direitos e valores em jogo, com o escopo de se alcançar uma harmonização, que deve gerar uma ordenação proporcional dos direitos fundamentais e/ou valores fundamentais em colisão, ou seja, colima-se o melhor equilíbrio possível entre os princípios em conflito⁴⁹.

Desse modo, a interferência do Estado, limitando essa liberdade, é justificada em prol de um maior equilíbrio econômico e social, amiúde, abalado por eventos danosos decorrentes de erros médicos⁵⁰. Além disso, a imposição deste instrumento securitário compulsório pode tanto proporcionar ao paciente maior proteção para sua saúde, bem como ao facultativo mais segurança e melhores condições para desempenhar seu ofício⁵¹.

A esse propósito, Luzia Chaves VIEIRA (2001, pp.159-160) propõe a criação de um seguro obrigatório, a exemplo dos previstos no Decreto-lei n.º 73 de 1966, que ofereça cobertura imediata dos prejuízos decorrentes de erros dos profissionais de saúde, tendo em vista os

⁴⁸ Com efeito, como corolário do princípio da unidade da Constituição, afigura-se inadmissível a existência de normas constitucionais antinômicas (inconstitucionais), ou seja, totalmente incompatíveis, conquanto possa haver tensão entre elas, ou melhor, tal assertiva aplica-se àquelas oriundas do poder constituinte originário, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal já admitiu a possibilidade de normas constitucionais emanadas do poder constituinte derivado eivadas de inconstitucionalidade (ADIn 939), desde que estas maculem as garantias de eternidade (cláusulas pétreas) enumeradas no §4º, do art. 60, da CF.

⁴⁹ E, ainda, segundo a lição de Ingo Wolfgang SARLET *apud* George Marmelstein LIMA (2002): “Em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas”.

⁵⁰ Nesse sentido, observa, oportunamente, Irany Novah MORAES (2003, p. 482) que: “Há uma estimativa segundo a qual, no Brasil, 5% dos leitos hospitalares estejam sendo ocupados por pacientes em tratamento de complicações decorrentes de uso inadequado de medicamentos, de uso exagerado de drogas e de operações mal feitas”.

⁵¹ Alguns membros do Legislativo já têm percebido essa necessidade. Primeiro, o Senador Nelson Carneiro ao propor um seguro obrigatório para os estabelecimentos onde fossem realizadas cirurgias com anestesia geral. Críticas, todavia, foram dirigidas ao projeto. A principal delas: não contemplar os danos emergentes de tratamentos médicos-cirúrgicos com anestesia local. Segundo, o Deputado Nelson do Carmo que pretendia acrescentar alínea ao art. 20 do Decreto-Lei n.º 73 de 1966 - o qual instituiu seguro obrigatório de responsabilidade civil para aquelas atividades cujo interesse coletivo demandava uma maior socialização dos danos -, tornando obrigatório o seguro contra erros médicos e infecções hospitalares; este amparo seria contratado pelo paciente. Tal assertiva foi, outrossim, objeto de censuras: somente o paciente que dispusesse de elevado poder aquisitivo conseguiria pagar prêmio elevado para garantir cobertura vultosa; as seguradoras poderiam recusar a contratação de tal seguro, quando se tratasse de intervenção de alto risco ou incerto diagnóstico; não restou definido o tipo de erro médico indenizável, assim havendo conflitos, o pronunciamento do Judiciário seria indispensável. Contudo, ambos os projetos apresentavam soluções incompletas e foram, posteriormente, arquivados. (KFOURI NETO, 2007, pp. 225-226).

transtornos enfrentados pelo paciente ou seus sucessores para provar em juízo a culpa do causador do infortúnio. Ainda, afirma que o amparo ocasionaria uma diminuição nos gastos do Estado, pois haveria menor demanda pelos recursos da Previdência Social. Ademais, assevera a necessidade de salvaguardar o patrimônio do facultativo, pois no exercício médico, indubitavelmente, os riscos estão presentes, ainda que se atue com zelo, nem sempre as condições de trabalho são ideais para oferecer uma assistência adequada ao paciente⁵².

Além disso, também estariam sendo beneficiados com a instituição desse seguro aqueles que integram a classe médica, na medida em que poderão ser evitados vários pedidos de indenizações com amparo na legislação civil, que, muitas vezes, se caracterizam por absurdas esperas de decisões judiciais imprevisíveis. (VIEIRA, 2001, p. 160).

Ainda, o seguro deveria ser visto como um instrumento estimulador de aperfeiçoamento para os profissionais da saúde. Pois, “o mecanismo de estímulo é mais eficiente do que o de condenações. É mais extenso e mais profundo o aprimoramento pela motivação do que o gerado pelo temor.” (MORAES, I., 2003, 409).

Assim, a posse de títulos de especialização, participações em congressos, cursos, grupos de estudo, atendimentos médicos voluntários, a publicação de textos em periódicos nacionais e estrangeiros, enfim, a realização de quaisquer atividades que ampliem os conhecimentos do facultativo, atualize-os, e de alguma forma contribuam com medidas preventivas de doenças, para a expansão do acesso à assistência médica de qualidade, tanto no atendimento aos pacientes, quanto no tratamento de suas enfermidades, deveriam ser consideradas para efeito de redução do valor do prêmio do seguro. (MORAES, I., 2003, 571).

Nos Estados Unidos, essa prática de estímulos já é adotada: “(...) os médicos que participam de cursos, programas de prevenção e gerenciamento de riscos pagam menos por seus seguros, por serem potencialmente de menor riscos (sic).” (KFOURI NETO, 2002, p. 409).

⁵² No mais, Jerônimo ROMANELLO NETO entende ser “necessária a criação de um seguro para médicos e hospitais que venha, efetivamente, cobrir os danos e prejuízos causados a pacientes por erros decorrentes de tratamentos, intervenções cirúrgicas, diagnósticos, aparelhos médicos, etc. É a forma mais prática de poder o médico prosseguir o seu trabalho com maior tranqüilidade; e poder o paciente, em caso de sofrer dano ou prejuízo, ser real e efetivamente ressarcido. Entretanto, ressaltamos que a lei para esse tipo de seguro deverá conter disposições mais específicas e mais rígidas do que as destinadas aos seguros existentes atualmente em nosso país, pois, do contrário, poderiam as companhias seguradoras eximir-se de sua obrigação de pagar o sinistro ou questioná-las” (1998, pp. 178-179).

3.2. SOCIALIZAÇÃO DOS RISCOS MÉDICOS

Vários obstáculos verificados no âmbito da responsabilidade médica, relacionados ao número crescente de sinistros (decorrentes dos avanços tecnológicos da Medicina), à tênue fronteira entre o ato culposos e aquele atribuído ao acaso, e ao alto custo dos procedimentos jurisdicionais, têm levado os Estados a instituírem procedimentos de indenização que envolvem uma mutualização ampliada.

3.2.1. *Do Direito Estrangeiro*

3.2.1.1. Modelo francês

Na França, a Lei de 4 de março de 2002 estabeleceu, inicialmente, a obrigação dos médicos e estabelecimentos hospitalares de celebrarem contrato de seguro para a cobertura de danos pelos quais pudessem ser responsabilizados por conduta culposa, com duas exceções, que independiam da comprovação de culpa⁵³: pelos prejuízos provocados por instrumentos com defeitos; e infecções hospitalares, a não ser que as instituições de saúde conseguissem provar causa externa. Restou atribuído ao Escritório Nacional de Indenização dos Acidentes Médicos, das Afecções Iatrógenas e das Infecções Nosocomiais (ONIAM) - financiado pelo seguro contra as doenças (Lei 1142-22, do Código de Saúde Pública) - o dever de reparar os prejuízos decorrentes de acidentes médicos independentes de culpa⁵⁴.

⁵³ Ademais, diversos textos legislativos dispõem sobre outras hipóteses de responsabilidade sem culpa, entre elas: “responsabilidade dos centros de transfusão de sangue e do Instituto Francês do Sangue, disciplinadas pela Lei n.º 61-846, de 2 de agosto de 1961; responsabilidade do Estado em matéria de vacinações obrigatórias (Lei n.º 64-643, de 1º de julho de 1964); responsabilidade dos promotores das pesquisas biomédicas em matéria de pesquisas biomédicas sem benefício individual direto (Lei n.º 88-1138, de 20 de dezembro de 1988). Regimes jurisprudenciais de responsabilidade sem culpa continuam, além disso, sendo aplicáveis ao serviço público hospitalar: o regime de responsabilidade sem culpa aplicável aos colaboradores ocasionais (voluntários ou requisitados), que se aplicam aos hospitais públicos; o regime de responsabilidade sem culpa por causa dos danos provocados pelos doentes mentais, no momento de uma saída vigiada.” (VARELLA, 2006, p. 115).

⁵⁴ O ONIAM garante a indenização à vítima, quando o responsável pelo prejuízo não é segurado ou se o seguro não oferece a cobertura plena do prejuízo. (VARELLA, 2006, p.82). Ademais, há um fator determinante para que o órgão assumas as consequências danosas de um acidente médico: “o decreto de 24 de abril de 2003 envolve a solidariedade nacional para os danos resultando num grau de incapacidade permanente de pelo menos 24% (ou seja, quase o máximo de 25% fixado pelo legislador), ou correspondendo a certos critérios de gravidade.” (VARELLA, 2006, p.114).

No entanto, “os estabelecimentos de saúde e os seguradores se sentiram como sendo *perdedores*.” (VARELLA, 2006, p.197). Após meses de crise, agravada pela retirada de muitos seguradores do mercado⁵⁵, por meio da Lei de 30 de dezembro de 2002, buscou-se restabelecer as condições de segurança para a atividade securitária dos acidentes médicos: o ONIAM passou a assumir a reparação dos prejuízos graves decorrentes, outrossim, de infecções hospitalares.

Nessa esteira, segundo a lição de Marcelo Dias VARELLA (2006, pp. 196-197), o seguro médico exemplifica as limitações da ação interventiva do poder público na atividade securitária do setor privado:

“É mais fácil, para os poderes públicos, impor regimes particulares de responsabilidade e certa socialização dos riscos aos atores públicos do que obrigar atores privados a tomar a iniciativa de organizar um sistema baseado numa solidariedade ampliada da qual garantem, por uma parte predominante, o equilíbrio ou a regulação”.

Ademais, esse mecanismo francês de indenização das vítimas de acidentes médicos, por ser considerado moroso, é criticado. Primeiramente, há uma fase transacional, dirigida pelas Comissões Regionais de Resolução e Conciliação (CRCI⁵⁶), imbuídas da função de auxiliar na busca pela solução amistosa das lides relacionadas aos acidentes médicos, às afecções iatrógenas, as infecções nosocomiais, bem como de outros litígios envolvendo pacientes, profissionais, estabelecimentos, fornecedores de produtos, todos atuantes na área da saúde. Os pareceres da CRCI vinculam o ONIAM ou o segurador, dependendo do tipo de acidente médico, que devem fazer uma proposta de indenização. No caso de solução amigável, incumbe a CRCI permitir a reparação das vítimas de acidentes médicos.

No entanto, a comissão somente é competente para atuar quando se tratar de acidentes graves⁵⁷. Desse modo, essa condição faz do contencioso civil a única alternativa para o apaziguamento de conflitos envolvendo danos de menor gravidade. Tal situação termina por representar um contrassenso, pois, geralmente, os prejuízos menos ofensivos tendem mais

⁵⁵ O momento seguinte caracterizou-se, ainda, pela fragilidade do setor de seguros hospitalares, os seguradores não voltaram, imediatamente, às suas atividades. Assim, o mercado de serviços securitários restringiu-se às companhias de seguros mútuos profissionais e a alguns seguradores generalistas maiores. Ainda, na tentativa de suprir o *déficit* da oferta de seguros, foi criado o *Groupement Temporaire d'Assurance Médicale* (GTAM). Assim, com esta iniciativa, há uma tendência de retorno gradativo à normalidade. (VARELLA, 2006, p.198).

⁵⁶ A CRCI, além de seu presidente (magistrado da ordem administrativa ou judicial), tem pelo menos vinte membros: “representantes dos profissionais e estabelecimentos de saúde, representantes dos seguradores, representantes dos usuários, como também quatro personalidades qualificadas.” (VARELLA, 2006, p. 2002).

⁵⁷ A gravidade aqui considerada é a mesma referida acima para os acidentes cuja obrigação de reparar incumbe ao ONIAM.

facilmente a uma solução amistosa. Nessa senda, posiciona-se Marcelo Dias Varella (2006, p. 202):

“Se *a priori* não é chocante que um nível mínimo de gravidade determine o direito da vítima de ser indenizada pela solidariedade nacional, é mais lamentável que ele condicione também a competência da CRCI, até mesmo no caso de responsabilidade por parte de um estabelecimento de saúde. Adaptações de limites deveriam ocorrer, pelo menos nas competências das CRCI”.

Ademais, o ONIAM elabora, desde 2003, um referencial (tabela) de indenização a partir do exame dos valores das reparações fixados pelo juiz ou propostos pelos seguradores, com o escopo de se buscar o equilíbrio entre os valores transacionais e jurisdicionais, “porque se elevado demais, seria uma fonte de inflação para os primeiros e de custos importantes para a comunidade; e se baixo demais, poderia ser desqualificado pelos segundos. O objetivo perseguido é “garantir a transparência dos princípios de indenização das vítimas (...)”. Contudo, essa tabela não possui caráter imperativo, apenas fornece orientações que, eventualmente, podem ser afastadas em razão da situação particular de cada vítima. (VARELLA, 2006, p. 217).

Por fim, vinculado ao ONIAM funciona um espécie de “observatório dos riscos médicos”, cuja atribuição consiste em: “colher os dados relativos aos acidentes médicos, afecções iatrógenas e infecções nosocomiais e sua indenização, bem como publicar periodicamente uma análise dos dados coletados.” (VARELLA, 2006, p. 217).

3.2.1.2. Modelo sueco

Por sua vez, em 1975, na Suécia, foi firmado um acordo entre a Federação dos Conselhos dos Condados (responsável pelo controle do sistema de saúde pública) e os representantes das grandes companhias de seguros, instituindo um sistema de indenização que independe da verificação de culpa do facultativo e dos procedimentos jurisdicionais, para a reparação dos prejuízos sofridos pela vítima de acidente médico. Desse modo, operou-se uma dissociação da problemática da indenização vinculada à responsabilidade civil subjetiva. (VARELLA, 2006, p. 187).

Essas seguradoras, reunidas em consórcio, administram uma mutualização bastante ampla cobrindo as diversas especialidades médicas, e gerem um fundo de indenização dos pacientes - mantido com recursos dos prêmios do seguro de responsabilidade civil do médico pagos pelas organizações dos profissionais, e também por uma parcela das taxas locais. O consórcio indeniza integralmente os danos suportados pelas vítimas, por meio de um procedimento administrativo não contencioso e célere⁵⁸. Contudo, não são todos os prejuízos médicos que são indenizáveis, existem algumas restrições relativas à natureza do infortúnio, à possibilidade de precaução, e à gravidade que deve ser excepcional. Além disso, o procedimento indenizatório não isenta o profissional de sofrer ações regressivas do fundo, na hipótese de culpa e, outrossim, e as sanções disciplinares dos órgãos de classe.

Ademais, uma lei de 19 de junho de 1996 consagrou o sistema com o resultado das mais relevantes diretrizes do acordo coletivo colocado à prova durante o período de vinte anos de experiências, no decorrer dos quais este sofreu diversas adaptações. No mais, o regramento dispõe, ainda, sobre a possibilidade de recurso contencioso por culpa e, considerando os custos suportados pelo procedimento, estabeleceu uma franquia e um teto. (VARELLA, 2006, p. 187).

Vale ressaltar que outros países do norte da Europa, notadamente, a Noruega, a Finlândia, a Dinamarca e a Islândia acompanharam o modelo sueco, no que tange à reparação do acaso médico dissociado da responsabilidade, com a adoção de um procedimento administrativo. No entanto, cada país tem suas peculiaridades: condições que ensejam a indenização, regras probatórias com maior ou menor rigor e indenizações mais ou menos robustas. (VARELLA, 2006, p. 188).

Essa alternativa sueca, para solucionar os transtornos decorrentes dos erros médicos, reduz a possibilidade de conflitos entre profissionais e pacientes, permite uma indenização mais

⁵⁸ O pedido de indenização é processado por um escritório central, responsável pelo fundo em Estocolmo, no qual, após ser apurado que o reclamante, realmente, sofreu um dano coberto por este amparo, os administradores fixam o montante do valor a ser concedido à vítima. Ainda, é facultado ao paciente, na hipótese de discordância da quantia ofertada, contestá-la diante da Comissão de Indenização, formada por sete membros: presidida por um juiz em atividade ou honorário, três representantes dos pacientes, um perito médico, um representante dos seguradores, um perito em administração hospitalar - representante do governo. Seus pareceres são apenas recomendações, mas geralmente são acatados. Segundo apurações realizadas entre 1º de janeiro de 1975 e 31 de dezembro de 1999, numa soma total de 140.000 procedimentos, somente 7.223 casos foram analisados pela citada comissão. Destes, em apenas 10% dos pedidos os pareceres emitidos divergiram dos emitidos pelos seguradores. Por último, há uma Comissão de Arbitragem em Apelação, escassamente solicitada, composta por um juiz assistido por peritos médicos. (VARELLA, 2006, pp. 187-188).

rápida e, ainda, faculta à vítima o acesso ao Judiciário, se não concordar com a quantia fixada. (KFOURI NETO, 2002, p. 227).

Entretanto, segundo a opinião de Marcelo Dias VARELLA (2006, pp. 189-190):

“Não é evidente que um modelo do tipo sueco, como o descrito acima, seja facilmente implantado num país como o nosso. A diferença de grandeza (Suécia tem 9 milhões de habitantes⁵⁹) e a parte preponderante de setor público, no setor médico (90%) é acompanhada por uma grande diferença de cultura administrativa, pois o modelo sueco supõe, notadamente, a relativa independência, diante da administração do sistema de indenização, da sua flexibilidade (o sistema sueco foi, frequentemente, adaptado desde sua criação), como também o trabalho comum dos parceiros públicos e privados”

De fato, um modelo, que se proponha a distribuir o dever reparatório dos danos oriundos da atividade médica, deverá adaptar-se às condições sociais e econômicas do Estado brasileiro. Tal necessidade será analisada no tópico a seguir.

3.2.2. Proposta de criação de um modelo brasileiro

Hermes Rodrigues de ALCÂNTARA (1971, p. 214), sendo acompanhado por Genival Veloso de FRANÇA (2007, p. 258) e por Maria Helena DINIZ (2009, p. 679), defende a implementação de um seguro obrigatório de erros médicos, cuja administração não fique a cargo da iniciativa privada, mas do Estado ou de representantes da classe médica.

Como anota Genival Veloso de FRANÇA (2007, p. 259):

“(…) Em vez dos possíveis lucros passarem às mãos ávidas das empresas particulares⁶⁰, seriam utilizados em benefício da própria classe médica, com a instituição da assistência mutuária, da assistência judiciária, da previdência médica, do estímulo à pesquisa médica-científica, do aprimoramento profissional, de *taxas módicas de seguro*, entre outros.

Em todos os países onde o sistema securitário falhou, estavam as empresas de seguro nas mãos de grupos particulares, que não conhecem os limites de ter lucro nem resistem à tentação de aumentá-lo”. (grifo nosso).

⁵⁹ Informações relativas ao ano de 2006.

⁶⁰ Nesse sentido, corrobora Wilson Melo da SILVA (1974, pp. 174-175): “Nos contratos particulares de seguro, quem o diz é Savatier, cerca de dois terços do total dos prêmios são absorvidos pelos impostos, propagandas, comissões etc.. Ora, face ao Estado segurador, tal não sucederia. Toda a renda auferida com os prêmios seria, por bem dizer, diretamente invertida nessas finalidades específicas. A margem dos lucros (e nós sabemos, por ser fato público e notório, as cifras astronômicas dos lucros líquidos alcançados pelas empresas seguradoras) que, no negócio, pudesse existir, em proveito da coletividade mesma se reverteria, e não de uns tantos ou quantos particulares apenas.”

Ademais, as seguradoras privadas tendem a dificultar o recebimento da indenização devida às vítimas de erros médicos. Com efeito, o ofendido, geralmente, precisa sujeitar-se a inúmeros procedimentos e a investigações minuciosas antes de ser beneficiado. Semelhante dificuldade já era percebida, quando o seguro de acidentes do trabalho podia ser gerido pela iniciativa privada⁶¹. De fato, as seguradoras não reconhecem a relevância social desses tipos de seguros.

Além disso, como a socialização dos riscos tem sido a maneira mais justa de resolver os graves conflitos nos acidentes de trabalho, seria esta a fórmula ideal para evitar o desequilíbrio social e sanar o dano sofrido pelo paciente, através da reparação por um instrumento estatal de seguro⁶². (FRANÇA, 2007, p. 259).

Assim, para a efetivação desses objetivos, deveria ser instituído um seguro obrigatório de erros médicos com participação ampla dos interessados, para que fossem delineados os prováveis efeitos sociais e econômicos do instrumento securitário, entre eles: especialistas do ramo de seguros; representantes dos facultativos e das vítimas de erros médicos (como a AVERMES)⁶³; membros das três esferas do Poder Estatal e do Ministério Público. Desse modo, com essa pluralidade de agentes, haveria maiores garantias de que os diversos interesses seriam ponderados, beneficiando a sociedade como um todo.

No mais, seria imprescindível a realização de análises estatísticas rigorosas sobre eventuais riscos e lucros do instrumento securitário e, ainda, de outros estudos para delimitar, entre outras questões pertinentes: o ato médico indenizável; os tipos de danos a serem cobertos; a quantia a ser paga para cada espécie de prejuízo; o valor das contribuições.

Deveria, outrossim, ser criado um fundo de incentivo à prevenção de danos, a partir de determinada percentagem do valor arrecadado para custear as indenizações, para ser utilizado,

⁶¹ Essas seguradoras não conseguiam ou não tinham o interesse em compreender a função social do instrumento de proteção do trabalhador, ao não diferenciá-lo de qualquer outro seguro contra danos materiais, como o de roubo de carros, por exemplo. Assim, permitiam o surgimento de enormes incongruências, pois, neste caso, se um segurado não recebesse, prontamente, a indenização teria de utilizar outro meio de transporte para se locomover; no entanto, o trabalhador, vítima de algum acidente que lhe reduzisse a capacidade laboral, enquanto não recebesse a quantia indenizatória, poderia ficar sem condições de manter a si e a sua família. (ARAÚJO, 1997, p. 17).

⁶² A instituição de um seguro social parte de uma iniciativa estatal, “circunstância posta hodiernamente em relevo pela inclusão, nas constituições políticas dos Estados modernos, da previdência social como um dos direitos dos cidadãos e da faculdade de legislar a respeito como uma das prerrogativas privativas dos Governos centrais”. (ASSIS, 1963, p. 127).

⁶³ Fundada em 08 de janeiro de 1991, a ASSOCIAÇÃO DAS VÍTIMAS DE ERROS MÉDICOS (2005) oferece assistência nas áreas jurídica e social - intervindo nas ações que versem sobre omissão de socorro, lesões corporais e maus tratos a pacientes - com o escopo de garantir os direitos do infortunado e auxiliar na prevenção de novos danos.

por exemplo, na promoção de atividades de aprimoramento dos médicos, gerando, assim, a redução do número de acidentes indenizáveis, incremento do lucro, mais investimento em políticas preventivas e, conseqüentemente, maior proteção para os pacientes.

Por ato indenizável, poderia ser considerado todo aquele *mau resultado involuntário*, oriundo de falhas estruturais, quando as condições de trabalho e os equipamentos forem inidôneos para um satisfatório atendimento, ou de *trabalho médico danoso* ao paciente, que possa ser caracterizado como *imperícia, imprudência ou negligência*. (DINIZ, 2009, p.673).

Destarte, em síntese, mesmo quando não restasse provado o ato culposo do profissional, em caso de dano decorrente da assistência médico-hospitalar, havendo nexos causal entre a conduta e o prejuízo, o ofendido deveria ser indenizado, por meio de um procedimento administrativo célere⁶⁴.

Entretanto, para que seja ampliado o número de vítimas indenizadas e, ao mesmo tempo, não se estimulem atitudes displicentes por parte dos facultativos (devido a uma maior cobertura dos danos pelo seguro), algumas medidas precisariam ser tomadas: aumento do valor da contribuição, nas hipóteses de reincidências em falhas (por outro lado, os médicos que investissem em cursos de aperfeiçoamento deveriam ser favorecidos com descontos no valor a ser pago pelo seguro); ajuizamento de ação regressiva em desfavor do profissional, nos casos considerados de evidente desrespeito às normas de conduta-padrão, a exemplo do que ocorre com o seguro de infortúnios do trabalho⁶⁵.

⁶⁴ Pois, “(...) se cabe à vítima, em princípio, trazer a prova da culpa, a evolução da jurisprudência mostra uma recorrência cada vez maior, seja da inversão do ônus da prova, ou da presunção irrefragável de culpa. Entretanto, em matéria médica, o problema é frequentemente menor em relação ao ônus da prova do que a possibilidade de poder provar qualquer coisa”. (VARELLA, 2006, p. 110).

Nesse sentido, aduz Walter BLOISE (1997, p. 96): “ser quase impossível caracterizar a imprudência, negligência ou imperícia médica, quando ocorre morte ou lesões físicas aos pacientes.”

⁶⁵ “Prevê a Lei nº 8.213/91, em seu art. 120, que, agindo o empregador contrariamente às normas de segurança e medicina do trabalho, sobrevivendo acidente de trabalho com seu empregado, poderá a Previdência Social propor ação regressiva contra aquele primeiro, com o intuito de ressarcir o INSS das despesas havidas com o pagamento de benefícios decorrentes desta situação”. (SANCHEZ, 2009, p. 113). Vale dizer, com a adoção da teoria do risco social pelo Direito Previdenciário brasileiro, a análise da conduta do segurado não é necessária para a outorga da cobertura social, tampouco se condiciona o reconhecimento do direito aos serviços e benefícios previstos em lei ao acidentado à prova de culpa do empregador. A investigação da culpa - da vítima ou do agente - em tese seria questionada para fins de responsabilização civil, a teor do que dispõe a Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XXVIII, ser direito do trabalhador: “o seguro de acidente de trabalho, a cargo do empregador, *sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.*” (grifo nosso). Ademais, segundo a Súmula n.º 229 do Supremo Tribunal Federal, a culpa a que se refere o legislador constituinte é aquela mais próxima do dolo, ou seja, a grave.

Os danos passíveis de indenização pelo seguro obrigatório seriam os patrimoniais. Quanto aos danos extrapatrimoniais, *a priori*, deveriam ficar excluídos do instrumento de proteção, por depender a fixação da quantia reparatória de avaliação subjetiva (sendo o valor do montante, consideravelmente, variável de caso para caso), o que poderia dar azo a incrementos no valor da contribuição, ocasionando, por sua vez, uma elevação no preço dos serviços médicos, o que se pretende evitar. Ainda, que se cogitasse na hipótese de tarifação dos danos imateriais⁶⁶, tal medida precisaria ser objeto de análises e discussões com o fito de se dimensionar os riscos para o equilíbrio do sistema⁶⁷.

No que tange ao custeio do seguro, todos os possíveis beneficiados com a socialização dos riscos médicos deveriam contribuir: os facultativos; os pacientes; as instituições de saúde públicas e privadas⁶⁸; as entidades fornecedoras de planos e seguros de saúde⁶⁹; e o

Nessa esteira, a lição de Marco Fábio MORSELLO (2006, p.19): “A socialização dos riscos, como instituto exclusivo, comporta exame, *cum grano salis*, sendo premente, *e.g.*, a viabilização de mecanismos facilitadores do ajuizamento de ação regressiva em face do causador do evento, ou de seu segurador privado.”

⁶⁶ Edmilson de Almeida BARROS JÚNIOR (2007, p. 158) defende a tese de que o dano moral deve ser indenizado segundo bases objetivas, individualizadas e flexíveis, da seguinte maneira: “(a) todo trabalho médico presume-se oneroso e por este motivo qualquer profissional é remunerado de forma direta ou indireta (pelo SUS ou pelo plano de saúde, por exemplo). Todo procedimento tem o seu valor monetário. Esta quantia recebida pelo profissional médico – pessoa física e não a equipe – passaria a ser, ao mesmo tempo, base de cálculo e piso de reparação; (b) com base no STJ, a tabela da reparação ficaria variando entre a base de cálculo até o teto máximo de quinhentas vezes a base de cálculo; (c) o Magistrado, uma vez comprovado o ato médico culposo, fixaria, com base em seu prudente arbítrio, em exclusivo para o dano moral, um valor compreendido entre os extremos, sem prejuízo à cumulação com o dano material, (d) para evitar que todo pedido indenizatório seja feito com base no teto, os magistrados deveriam implementar, na prática, os institutos da sucumbência recíproca e da litigância de má-fé; e (e) em casos de trabalho médico gratuito, a base de cálculo seria o valor do procedimento previsto pela tabela do serviço público (tabela do SUS) que o facultativo faria jus se o mesmo fosse oneroso.

⁶⁷ “(...) o seguro não pressupõe forçosamente que a necessidade seja atendida em sua plenitude. E no seguro social o atendimento parcial é quase axiomático. Crescem, portanto, neste, os motivos que levam a restringir-se o porte da prestação, estipulada com o singelo propósito de compensar, quando possível e convinhável, e atenuar, quase sempre, a carência gerada pelo acontecimento imprevisto. Quer dizer, a prestação será sempre concedida em peso e medida predeterminados, segundo estalões de ordem social” (ASSIS, 1963, p. 84). Ou seja, “(...) o amparo ou a reposição são tarifados (princípio da limitação)” (SANTOS, 2008, p. 148), pré-fixados em tabelas (SEBASTIÃO, 2003, p. 51).

Ensina, ainda, Marco Fábio MORSELLO que: “Afigura-se necessário, portanto, aferir o ponto de equilíbrio em cada sociedade, fixando-se seguro obrigatório em patamar que, celeremente, possa propiciar a manutenção da dignidade humana às vítimas, o que não elide o ajuizamento de demandas, visando à obtenção de valor a maior, sem qualquer limitação prévia” (2006, p.19).

⁶⁸ As entidades públicas, somente seriam obrigadas a arcar com os custos das indenizações por incapacidade física ou mental e por falecimento do paciente, sendo excluídas, via de regra, as despesas relativas à assistência médica-hospitalar. (BLOISE, 1997, p. 96).

⁶⁹ Miguel KFOURI NETO (2002, p. 414) afirma: “(...) os próprios planos de saúde e cooperativas de serviço médico - responsáveis solidários pelos erros profissionais de seus médicos credenciados - terão interesse em participar dos custos dessa cobertura.”

Estado (mediante valores que seriam arrecadados com os incentivos fiscais às empresas particulares⁷⁰, as quais se dispusessem a destinar recursos para o financiamento do instrumento).

Ademais, os representantes dos contribuintes deveriam participar da administração e da fiscalização do seguro, divulgando periodicamente os dados relativos aos erros médicos e ao procedimento indenizatório⁷¹. Com efeito, como ocorre com o seguro de acidentes do trabalho, sob a gerência direta do Estado, o controle estatístico das informações referentes aos eventos danosos não é eficiente, acarretando sérias consequências: por um lado, dificulta a mensuração dos riscos, imprescindível, para a fixação de uma contribuição social adequada e o necessário estudo de medidas preventivas; de outro, facilita as fraudes envolvendo servidores com a missão de garantir a lisura de todo o procedimento indenizatório. (ARAÚJO, 1997, p. 16).

Além disso, para facilitar o recebimento das notícias sobre a ocorrência de danos oriundos de erros médicos, seria necessário otimizar a comunicação entre: os Conselhos Regionais de Medicinas; as instituições de saúde; os facultativos; e os pacientes.

Ainda, a mediação⁷², conciliação⁷³ e arbitragem⁷⁴, métodos de solução de litígios alternativos ao processo judicial tradicional⁷⁵, poderiam ser estimulados para dirimir eventuais

⁷⁰ Leciona Antônio Celso Nunes NASSIF (s.d.), ex-presidente da Associação Médica Brasileira: “em várias ocasiões e através de artigos publicados, defendemos essa tese. Existem inúmeras pessoas com recursos, empresários, indústrias nacionais e estrangeiras sensíveis a essa prática, desejosos em colaborar. Quem sabe, agora que a situação da saúde em nosso país é crítica, sem perspectivas de novos recursos orçamentários, possam os membros do Congresso Nacional viabilizá-la por meio de texto legal, abrindo, assim, um novo caminho, ainda não trilhado, para tentar solucionar este gravíssimo problema social”.

⁷¹ Essa participação de todos os contribuintes possui, outrossim, a vantagem de popularizar o seguro social, o que é desejável, pois a observância de seus objetivos está vinculada à ideia que dele participem aqueles a quem ele se destina, e, principalmente, à confiança depositada no instrumento securitário, pelas pessoas diretamente envolvidas. (ASSIS, 1963, p. 129).

⁷² A mediação é uma forma de autocomposição de conflitos, com o auxílio de um terceiro imparcial, que não profere decisão, mas apenas auxilia as partes na busca de uma solução. (BUIIONI, 2006). Dessa forma, a mediação utiliza-se de um terceiro para auxiliar as partes na busca de uma solução satisfatória para ambas, sem contudo opinar diretamente sobre a lide em questão, utilizando-se de técnicas que propiciem oportunidades para que as mesmas possam tomar decisões, auxiliando de forma construtiva o restabelecimento do diálogo entre elas aproximando-as de tal modo que a decisão tomada seja do agrado de todos, preservando as relações que existiam antes do conflito. (NAZARETH, 1998). Na sessão de mediação será expedido um termo que, homologado pelo juiz competente, terá validade de título executivo judicial.

⁷³ A conciliação tem definição similar à da mediação, por se tratar de um esforço das partes para a resolução e controvérsias, utilizando-se do auxílio de um terceiro conciliador de forma imparcial na condução de uma solução ao conflito, opinando soluções quando as partes não conseguirem um entendimento. A diferença básica é a intervenção do conciliador na proposição da solução, o que não ocorre na mediação, onde as partes propõem as soluções. No método conciliatório, no entanto, as partes não perdem a sua autonomia no processo decisório, podem concordar ou não com a solução proposta, pois o conciliador apenas propõe saídas, quem decide são as partes como melhor lhes convier. Obtido o acordo será lavrado termo que, submetido à homologação do juiz competente, terá validade de título executivo judicial.

conflitos envolvendo pacientes, médicos, instituições de saúde e, outros interessados. Essa prática já é adotada em vários países - como o Tribunal de Mediação, Conciliação e Arbitragem Médico e de Saúde, na Argentina, sob os auspícios do Tribunal Internacional de Conciliação e Arbitragem do Mercosul. (FRANÇA, 2007, p. 272).

Desse modo, com a adoção deste seguro obrigatório de erros médicos, inúmeros seriam os benefícios, entre eles: um maior número de infortunados receberia indenização e por meio de um procedimento administrativo mais célere; o facultativo teria seu patrimônio protegido de uma eventual ruína financeira; o término das protelações das seguradoras, na tentativa de furtar-se a obrigação de reparar os prejuízos das vítimas; com a mutualização ampla, o valor das contribuições seria módico; diminuição dos conflitos na relação médico-paciente; disponibilidade de recursos para investir na prevenção de danos.

Com efeito, não existe um modelo perfeito de socialização dos riscos médicos. As experiências estrangeiras, citadas neste trabalho, demonstram que existem barreiras técnicas, sociais, e econômicas a serem superadas. Mas, outrossim, há práticas a serem seguidas e adaptadas à realidade brasileira – que, impreterivelmente, associem mutualização ampliada, responsabilização subsidiária do ofensor, entre outras medidas preventivas -, para a criação de um seguro obrigatório para a cobertura das eventualidades médicas.

⁷⁴ Segundo MOORE (1998, p. 23), a arbitragem caracteriza-se por ser um: “processo voluntário em que as pessoas em conflito delegam poderes a uma terceira pessoa, de preferência especialista na matéria, imparcial e neutra, para decidir por elas o litígio”. Dessa forma, fica claro que as partes escolhem quem decidirá por elas a lide, assim, a nomeação decorre da vontade dos envolvidos no processo, minimizando o impacto negativo da solução que vier a ser adotada pelo árbitro nomeado. A decisão do árbitro, denominada de sentença arbitral, tem efeitos de sentença judicial.

⁷⁵ O instrumento legal que norteia os procedimentos e regras para os meios alternativos de solução de conflitos é a Lei 9.307/1996. Dentre os principais benefícios desses mecanismos, destacam-se: a celeridade e efetividade das soluções para os conflitos, a diminuição do desgaste emocional e dos custos financeiros do processo, a garantia da privacidade e de sigilo, a facilitação da comunicação e promoção de ambientes cooperativos entre as partes. (MENDONÇA, 2003, p. 34).

CONCLUSÃO

As mudanças dos tempos, suas novas exigências, o uso cada vez maior de máquinas e as consequências danosas daí decorrentes (tais prejuízos, muitas vezes, anônimos, não decorrentes de condutas individuais específicas, mas vinculados diretamente às atividades potencialmente lesivas) revelaram que a tradicional responsabilidade subjetiva (fundada na culpa) era insuficiente para tutelar várias espécies de relações jurídicas próprias da sociedade industrializada, ensejando a reformulação da teoria da responsabilidade civil, humanizando seus limites.

Com essa flexibilização do instituto da responsabilidade civil ocorreu a substituição do “ideal inquisitório da responsabilização do ofensor pela perspectiva (solidarista) de reparação da vítima, independentemente da individualização de qualquer conduta culposa.” (MORAES M., 2009, p. 879). Assim, a responsabilidade civil adotou a teoria do risco. Passando-se a considerar que toda pessoa no exercício de uma atividade pode gerar riscos de danos a outrem. Por isso, deve repará-los, ainda que não tenha agido com culpa.

Destarte, atualmente, pode-se afirmar que os tribunais, quando da aplicação da responsabilidade civil, vêm concentrando os seus esforços, menos na identificação de um agente responsável que se vincule (por ato culposo ou pela sua atividade) ao prejuízo, e mais na busca de salvaguardar, por qualquer meio possível, a integral reparação dos danos suportados pela vítima.

Contudo, essa revolução jurisprudencial, que tende a adequar o instituto da responsabilidade civil, de origem individualista, ao princípio constitucional da solidariedade social, em benefício do ofendido, termina gerando outra injustiça, qual seja, a atribuição do dever de indenizar a um único agente. Portanto, a aplicação da teoria do risco, por si só, mostra-se, em certos casos, insuficiente.

Nessa esteira, para não deixar a vítima de danos sem reparação e, ao mesmo tempo, evitar a excessiva penalidade de apenas um ofensor, é imprescindível a diluição do dever indenizatório entre os vários potenciais causadores de danos. Um dos instrumentos aptos para a realização dessa finalidade é a contratação de seguro de responsabilidade civil, tal como restou evidenciado neste trabalho.

Entretanto, esse seguro facultativo não possibilita uma mutualização suficiente para aquelas atividades de elevados índices de produção de danos acidentais como ocorre, por exemplo, com o exercício profissional do médico, principalmente, no concernente às especialidades cirúrgicas. Por isso, mostramos que este mecanismo tem sido objeto de críticas por parte de representantes da classe médica. Emerge, portanto, a utilidade da socialização efetiva dos riscos, por meio da imposição de seguro obrigatório.

A esse propósito, ousamos indicar aspectos relevantes que deverão ser observados quando da elaboração de lei criadora de seguro obrigatório para danos oriundos de procedimentos médicos⁷⁶.

Deveria haver o engajamento massivo dos interessados, para que fossem avaliadas as possíveis repercussões sociais e econômicas do mecanismo securitário, entre eles: especialistas do ramo de seguros; representantes dos facultativos e das vítimas de erros médicos; membros das três esferas do Poder Estatal e do Ministério Público. Assim, com essa diversidade de atores, evitar-se-ia a prevalência dos interesses de um ou de poucos, em prejuízo das reais necessidades sociais.

Ademais, seria indispensável a realização de análises estatísticas minuciosas sobre possíveis riscos e lucros do novo seguro e, além disso, pesquisas para definir: o ato médico indenizável; os tipos de danos a serem cobertos; os contribuintes obrigatórios; uma tabela de valores indenizatórios contemplando cada espécie de prejuízo. E, ainda, impenderia determinar: a criação de um fundo de incentivos à prevenção de danos, com parte dos recursos arrecadados para o pagamento das indenizações, para financiar o desenvolvimento de várias atividades voltadas para o aperfeiçoamento dos facultativos; a adoção de medidas para evitar a reiteração de condutas de risco devido a sensação de proteção oferecida pelo seguro (aumento no valor da contribuição, ajuizamento de ações regressivas em desfavor do contribuinte, entre outras); a coleta e divulgação periódica dos dados relativos aos erros médicos e seu procedimento indenizatório.

⁷⁶ Ainda, por mais relevante que seja o papel exercido pelo magistrado, a fim de estabelecer os limites da responsabilidade civil, inclusive de maneira, às vezes, ousada, a dosagem entre a responsabilidade e a socialização dos riscos depende, de uma escolha coletiva que, sobretudo ao envolver a solidariedade nacional, incumbirá ao legislador.

No concernente ao custeio do seguro, todos os possíveis beneficiados com a socialização dos riscos médicos deveriam contribuir: os facultativos; os pacientes; as instituições de saúde privadas e públicas; as entidades privadas fornecedoras de planos e de seguros de saúde; e o Estado.

Além disso, os representantes dos contribuintes deveriam participar da administração e da fiscalização do seguro, para coibir a ocorrência de fraudes no procedimento indenizatório e salvaguardar os diversos interesses em jogo, garantindo, assim, uma maior credibilidade da sociedade no mecanismo securitário.

No mais, poderiam ser adotadas as práticas da mediação, conciliação e arbitragem, métodos de solução de litígios alternativos ao processo judicial tradicional, para auxiliar na solução de conflitos entre pacientes, facultativos, instituições de saúde, e outros interessados.

Assim, com a implementação deste seguro de erros médicos, tendo o Estado como segurador, várias seriam as vantagens; entre elas: um maior número de vítimas receberia indenização e por meio de um procedimento administrativo mais célere do que o tradicional processo judicial; o facultativo teria seu patrimônio assegurado de um eventual impacto financeiro; o término das protelações das seguradoras, na tentativa de furtar-se a obrigação de reparar os prejuízos das vítimas; com a solidariedade ampliada, o valor das contribuições seria irrisório; redução dos desgastes na relação médico-paciente; a constituição de fundo de investimento para prevenção de danos.

Por fim, não há uma solução cabal para a socialização dos riscos médicos. Nos modelos vivenciados nos Estados estrangeiros citados nesta pesquisa, observam-se dificuldades técnicas, sócio-econômicas, entre outras, a serem vencidas. Contudo, outrossim, há experiências, com resultados promissores, a serem reproduzidas e ajustadas ao contexto social brasileiro - que conjugam, necessariamente, uma solidariedade ampliada (sem excluir a possibilidade de ajuizamento de ações regressivas em desfavor do agente causador do dano⁷⁷), e medidas preventivas⁷⁸. Tais circunstâncias demandam estudos mais aprofundados e elucidativos para a

⁷⁷ Nessa senda o escólio de Marco Fábio MORSELLO (2006, p. 20): “Patente, pois, a insubsistência prática do sistema da ampla e exclusiva socialização dos riscos (...) Em última análise, os seguros sociais estariam fulcrados em patamar-limite, sem suprimir, destarte, a responsabilidade civil e suas funções preventiva e compensatória, ainda que em caráter complementar quanto ao último aspecto.”

⁷⁸ As responsabilidades objetiva, subjetiva e a socialização dos riscos coexistem, havendo entre elas uma complementaridade necessária e uma tensão constante. Impende encontrar um ponto de equilíbrio que leve em

elaboração de uma lei que institua um seguro obrigatório. O primeiro passo é suscitar o debate sobre a necessidade contemporânea de socialização das eventualidades de grandes repercussões sociais e de difícil atribuição de responsabilidade, como as atribuídas à atividade médica. Esperamos ter contribuído nessa caminhada.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado. Responsabilidade civil do Médico. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. *Direito & Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. pp. 133-180.
- ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. *Responsabilidade médica perante o paciente, o médico, o jurista, o seguro*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1971.
- ALVIM, J.E. Carreira. Reflexões sobre a responsabilidade médica. A Tutela antecipatória na ação de reparação. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. *Direito & Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. pp. 214-215.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *Seguro de acidentes de trabalho no Brasil: caminhada à privatização*. In: Revista do IRB, v.58, n.279, p.15-17, jul./dez., 1997.
- ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de seguro social: teoria geral, legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963.
- ASSOCIAÇÃO DAS VÍTIMAS DE ERROS MÉDICOS (AVERMES). [Home Page]. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: < <http://www.avermes.com.br/>>. Acesso em: 15 fev. 2011.
- ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. *Seguro médico: entidades são contra*. Disponível em: < http://www.amb.org.br/seguro_medico.php3>. Acesso em: 08 jan. 2011.
- BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.
- BAUAB, José D'amico. A ação do médico e a sua responsabilidade em consulta, tratamento, operação, internação e manutenção do paciente em hospital. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991. pp. 87-106.
- BLOISE, Walter. *A responsabilidade civil e o dano médico: legislação, jurisprudência, seguros e o dano médico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 171988/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 24 mai. 1999, D.J. de 28 jun. 1999. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 14 mar. 2011.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 200.831/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 08 jun. 2001, D.J. de 20 ago. 2001. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 09 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 495.306/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 25 mai. 2004, D.J. de 14 jun. 2004. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 09 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 902.537/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 17 mar. 2008, D.J. de 13 jun. 2008. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 14 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 834.609/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 18 mar. 2008, D.J. de 09 abr. 2008. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 09 jun. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 908.359/SC, Segunda Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 27 ago. 2008, D.J. de 17 dez. 2008. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 09 jun. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 744.181/RN, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 11 nov. 2008, D.J. de 26 nov. 2008. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 22 mai. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 605.435/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22 set. 2009, D.J. de 16 nov. 2009. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 13 mai. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 969.015/SC, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 07 abr. 2011, D.J. de 28 abr. 2011. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 14 mar. 2011.

BITTONI, Ademir. *A ilusão do normativismo e a mediação*. In: Revista do Advogado, São Paulo, n. 87, pp.109-114, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CROCE, Delton. *Erro médico e o direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *O seguro de responsabilidade civil e profissional: a falsa profilaxia do erro médico*. In: Informativo jurídico Consulex, v.16, n.20, p.4-7, 20 maio, 2002.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

- _____. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FACCHINI NETO, Eugênio. *Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo código*. In: Revista Jurídica, São Paulo, v.51, n.309, pp.23-32, jul., 2003.
- FERREIRA, Magda Matuk. *Responsabilidade civil do médico por erro em cirurgia plástica estética*. Disponível em: <<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/011.doc>>. Acesso em: 22 abr. 2011.
- FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Responsabilidade civil de hospitais, clínicas e pronto-socorros*. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991. pp. 177-212.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Socialização do risco médico*. In: Revista forense, v.78, n.277, p.105-111, jan./mar., 1982.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico: à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 2005.
- GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GURGEL FILHO, Milton; FERNANDES, Marcus Frederico B. *Dano moral e o seguro de responsabilidade civil*. In: Revista do Advogado, n.47, p.30-32, mar., 1996.
- HUMENHUK, Hewerston. *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 6 jun. 2011.
- JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. In: Revista forense, v.38, n.86, pp.548-559, abr./jun., 1941.
- KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *O contrato de seguro no direito brasileiro*. São Paulo: Labor Juris, 2000.
- LANA, Roberto Lauro. *A Responsabilidade médica e o novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.consultaja.com.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=816>. Acesso em: 12 fev. 2011.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- LIMA, George Marmelstein. *A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2625>>. Acesso em: 22 mai. 2011.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil. vol. V: Fontes acontratuais das obrigações - responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LOPEZ, Tereza Ancona. *O dano estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARENSI, Voltaire. *Responsabilidade civil no seguro*. In: Correio Braziliense, Brasília, caderno Direito e Justiça, n.11.724, 05 jun.1995, p.5.
- MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*. Porto Alegre: Revista da AJURIS. v. 32, n. 100, 2005.
- MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. *Introdução aos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias*. Brasília: CACB/SEBRAE/BID, 2004.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. *Processos por erro médico triplicam, 2009*. Disponível em: <<http://www.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=737%2002/12/2010>>. Acesso em: 12 fev. 2011.
- MOORE, Cristopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. *Deveres parentais e responsabilidade civil*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. v. 31, 2005.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas* – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira. TEPEDINO, Gustavo; FACCHIN, Luiz Edson (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 847-881.

MORSELLO, Marco Fábio. *A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava*. In: Revista da Escola Paulista de Magistratura, v. 2, pp. 13-22, 2006.

NACIF, Eveline Silva. *O seguro de responsabilidade civil médica é uma nova proposta de socialização do risco médico*. In: Informativo Jurídico Consulex, v.18, n.9, p.4-5, 1 mar., 2004.

_____. *O seguro médico, a especialização e a relação médico-paciente*. In: Informativo jurídico Consulex, v.17, n.51, p.4-5, 22 dez., 2003.

NASSIF, A.C.N. *Incentivos fiscais para a saúde*. Disponível em: <http://www.escolasmedicas.com.br/art_det.php?cod=158>. Acesso em: 20 jan. de 2010.

NAZARETH, E.R. *Mediação, um novo tratamento do conflito*. In: *Nova realidade do direito de família*, tomo I, COAD, Rio de Janeiro, 1998.

NEMETZ, Luiz Carlos. *Seguro obrigatório de responsabilidade civil para profissionais médicos – a quem interessa?* Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, nº 141, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=766>> Acesso em: 4 jul. 2010.

NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*. In: Revista dos Tribunais. v. 761, p. 31-44, mar.1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PÜSCHEL, Flavia Portella. *Funções e princípios justificativos da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil*. In: Revista direito GV, v.1, n.1, p.91-107, maio, 2005.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. *Responsabilidade civil dos médicos doutrina, legislação brasileira e estrangeira, jurisprudência, procedimentos práticos*. São Paulo: Jurídica Brasileira 1998.

SANCHEZ, Adilson. *A contribuição social ambiental: direito ambiental do trabalho: SAT, NTEP, FAP, aposentadoria especial*. São Paulo: Atlas, 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANT'ANNA, Guilherme Chaves. Responsabilidade civil dos médicos anestesistas. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *Acidente do trabalho entre a seguridade social e a responsabilidade civil: elementos para uma teoria do bem-estar e da justiça social*. São Paulo: LTr, 2008.

SCHREIBER, Anderson. A responsabilidade civil como política pública. In: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira*. TEPEDINO, Gustavo; FACCHIN, Luiz Edson (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 743-755.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica: civil, criminal e ética: comentários, referências ao direito positivo aplicável à doutrina e à jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOUSA, Fábio Torres de. *Responsabilidade civil do médico*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 152, 5 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4523>>. Acesso em: 28 mar. 2011.

SOUZA, Márcia Moraes Rêgo de. *A responsabilidade civil do médico*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1868>>. Acesso em: 04 mai. 2011.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TRENNEPOHL, Natascha Dorneles. *O seguro de responsabilidade civil profissional*. In: Consulex: revista jurídica, v.10, n.234, p.58-59, out., 2006.

VARELLA, Marcelo Dias. *Responsabilidade e socialização do risco*. tradução, Michel Abes; revisão do texto em português, Amabile Pietrotti e Rândala M. de M. N. Y. Rocha. – Brasília: UniCEUB, 2006.

VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, Luzia Chaves. *Responsabilidade civil médica e seguro: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
