

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

EVERTON HENRIQUE MACHADO DOS SANTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO EM
VIRTUDE DE ERRO MÉDICO**

MARÍLIA
2016

EVERTON HENRIQUE MACHADO DOS SANTOS

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO EM
VIRTUDE DE ERRO MÉDICO

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mestre Roberto da Freiria Estevão

MARÍLIA
2016

SANTOS, Everton Henrique Machado dos.

Responsabilidade civil extracontratual do Estado em virtude de erro médico. Everton Henrique Machado dos Santos; orientador: Roberto da Freiria Estevão, Marília, Brasil: [s.n.], 2016.

70 f.

Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

1. Responsabilidade civil 2. Médico 3. Estado 4. Risco administrativo 5. Hospital Público.

CDD: 342.156



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Everton Henrique Machado dos Santos

RA: 52008-1

Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado em Virtude de Erro Médico.

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: Dez

ORIENTADOR(A): 
Roberto da Freiria Estevão

1º EXAMINADOR(A): 
Tayon Soffener Berlanga

2º EXAMINADOR(A): 
Maria Julia Gabrigna Rosa

Marília, 01 de dezembro de 2016.

*Dedico este trabalho à minha família,
minha Mãe, minha Namorada e minha
Irmã, pelo esforço que todos desempenham na
minha formação, tanto pessoal quanto
profissional.*

*A todos os meus professores, desde o
ensino básico, pois todos foram de suma
importância para chegar até aqui em minha
vida profissional.*

*Por fim, aos amigos que sempre nos
motivam a conquistar uma vida melhor e mais
“animada”*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a **Deus** pelo dom da vida.

A minha querida e amada Mãe, **Edna Regina Silvério Machado**, por tudo o que fez e faz por mim, pelo seu infinito amor, carinho e amizade que me proporcionou durante todos os dias da minha vida, pelos cuidados, pela presença carinhosa em minha vida e também pela paciência.

A minha irmã, **Dayanne Monique dos Santos**, amiga e companheira, parceira de todas as horas, pelo apoio e carinho, pela alegria com que tem incentivado na minha caminhada.

A minha namorada e futura esposa, **Jéssica Navarro de Oliveira**, mulher amiga, guerreira e companheira, maior incentivadora, sempre estando ao meu lado em todos os momentos, notadamente decisiva para a conclusão dessa jornada.

Aos meus avós, aos meus tios, a minha tia **María Aparecida Silvério Machado** e minha prima **Roberta**, que com alegria me apoiou e incentivou ao longo dos anos.

A minha avó, **María Corsi Machado**, *in memoriam*, pessoa extremamente importante na minha vida, da qual trago recordações e valores que levarei para toda vida.

À **Márcia Martins Postigo**, por todo carinho, amizade, paciência e apoio prestado por esses longos cinco anos.

Ao **Prof. Me. Roberto da Freiria Estevão**, meu orientador, pela sua compreensão, dedicando horas de seu tempo, pelo seu auxílio seguro e oportuno, aliados à experiência intelectual e profissional que foram imprescindíveis para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho.

Aos **professores** dessa Instituição, pelos ensinamentos e experiências compartilhadas.

Por fim, a todas as pessoas que estiveram ao meu lado, contribuindo para minha formação.

Deus, pastor dos homens

“O Senhor é meu pastor, nada me faltará.

Em verdes prados me faz repousar.

Conduz-me junto às águas refrescantes,

restaura as forças da minha alma.

Pelo caminho reto ele me leva,

por amor do seu nome.

Ainda que eu atravessasse o vale escuro,

nada temerei, pois estais comigo.

Vosso Bordão e vosso báculo. São meu amparo.

Preparais para mim a mesa à vista de meus inimigos.

Derramais o perfume sobre minha cabeça, e

transborda minha taça.

A vossa bondade e misericórdia hão de seguir-me

por todos os dias da minha vida.

E habitarei a casa do Senhor por longos dias”

(Salmo 23).

DOS SANTOS, Everton Henrique Machado. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado em virtude de erro médico**. 2016. 70 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo de estudo, responsabilidade civil extracontratual do Estado em virtude de erro médico, utilizando-se assim o método dedutivo, abordando o instituto da responsabilidade civil que se faz presente em diversos sistemas jurídicos. No que tange o ordenamento jurídico brasileiro a regra é que aquele que causar dano a outrem tem o dever de indenizar o prejuízo causado. A responsabilidade médica está baseada na mesma regra, ficando o médico obrigado a indenizar o paciente pelos danos sofridos. Em nosso país foi adotado a teoria da responsabilidade civil objetiva, na modalidade risco administrativo. O particular uma vez lesado pela ação/omissão do Estado, ao buscar o judiciário, deverá demonstrar que o dano por ele experimentado decorreu da atividade do Estado. Assim, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal do Brasil, em ações por erro médico a legitimidade passiva é do Estado cuja responsabilidade é objetiva. E responde o médico, como funcionário público, comprovada a culpa (responsabilidade subjetiva), em ação de regresso movida pelo Hospital Público.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Médico; Estado; Risco administrativo; Hospital Público.

DOS SANTOS, Everton Henrique Machado. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado em virtude de erro médico**. 2016. 70 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

ABSTRACT

This work aims to study, tort state because of medical error, thus using up the deductive method, addressing the liability institute that is present in many legal system. Regarding the Brazilian legal system the rule is that those who harm others has a duty to compensate the damage caused. Medical liability is based on the same rule, getting the doctor obliged to compensate the patient for damages. In our country we have adopted the theory of strict liability in administrative risk mode. The particular once injured by the action / State omission to seek the judiciary should demonstrate that the harm he experienced was the result of state activity. Thus, in accordance with art. 37, § 6 of the Federal Constitution of Brazil in action for malpractice passive legitimacy is the State whose responsibility is objective. And he answers the doctor, as a public official, proven guilt (subjective responsibility) in return action filed by the Public Hospital.

Keywords: Civil responsibility; Doctor; State; Administrative risk; Public Hospital

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. - artigo

c.f. - conforme

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

CREMESP – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

NCPC – Novo Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I - NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
1.1 Evolução histórica da responsabilidade civil.....	14
1.2 Conceito.....	17
1.3 Elementos da responsabilidade civil (ato próprio)	18
1.3.1 Conduta humana	19
1.3.2 Culpa ou dolo	20
1.3.3 Dano ou prejuízo	21
1.3.4 Nexo causal	23
1.4 Sistema jurídico da responsabilidade civil	25
1.4.1 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva	25
1.4.1.1 Teoria da responsabilidade subjetiva.....	25
1.4.1.2 Teoria da responsabilidade objetiva	26
1.4.2 Responsabilidade contratual e extracontratual	28
CAPÍTULO II – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO	30
2.1 Teorias civilistas	31
2.1.1 Teorias publicistas	33
2.2 Responsabilidade civil extracontratual do estado.....	35
2.3 Teoria da culpa administrativa ou anônima.....	36
2.4 Teoria do risco integral.....	36
2.5 Teoria do risco administrativo.....	37
2.6 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade e excludentes do nexu causal	40
2.7 Da reparação do dano	41
CAPÍTULO III - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	42
3.1 Conceito.....	42
3.2 A ética profissional do médico	42
3.3 Deveres do médico	43
3.4 Atos praticados pelo médico não autorizados pelo paciente	44
3.5 Experiência em seres humanos sem autorização	44
3.6 Natureza jurídica da relação contratual médico – paciente	45
3.7 Médico - obrigação de meio e obrigação de resultado	48
3.7.1 Negligência.....	49
3.7.2 Imprudência	50
3.7.3 Imperícia.....	50
3.8 Responsabilidade em anestesia.....	51
3.8.1 Anestesia - obrigação de meios ou de resultado?	51
3.8.2 Responsabilidade civil extracontratual do estado em virtude de erro médico	52
3.9 Responsabilidade médica e o código de defesa do consumidor	53
3.10 Obrigação contratual e aquiliana	55
3.11 Seguro contrato médico	56
3.12 Cláusula de não indenizar.....	57
3.13 Culpa subjetiva e sua prova	57

3.14 Efeitos jurídicos	59
3.15 Legitimidade para ação de ressarcimento do dano material e moral.....	61
3.16 Limitações ao direito de indenização estabelecidas pela jurisprudência.....	62
3.17 Cálculo da indenização	62
3.18 Danos estéticos e danos morais puros	63
3.19 Reparação de danos	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa investigar o instituto da responsabilidade civil do Estado, sendo assim, estudada no âmbito dos três poderes que o formam: Executivo, Legislativo e Judiciário. Esse Instituto se constitui de uma fundamental ferramenta de defesa do cidadão face ao Estado, uma vez que, por meio dele, a sociedade busca soluções e a tutela de seus direitos, resultando em reparação de algum dano sofrido.

Neste trabalho, busca-se uma exposição do instituto da responsabilidade civil do Estado da forma mais didática possível, levando assim ao leitor uma compreensão deste tema, que se mostra complexo, mas de extrema importância para o intérprete, operador de direito e mais especificamente ao cidadão, de ter assegurado que todo dano a direito seu, ocasionado pela ação ou omissão de qualquer agente público no desempenho de suas funções, será prontamente ressarcido pelo Estado.

Deve-se dizer, desde logo, que a responsabilidade estatal não se confunde com a de seu agente, pois este, no exercício de suas funções, em ação ou omissão, pode causar dano tanto a bens do Estado quanto a bens de particulares. Nos dois casos deverá ressarcir os prejuízos causados. Contudo, o terceiro lesionado tem que cobrar esse prejuízo do Estado, que responderá sempre que estiver presente o nexo de causalidade entre o ato de seu agente e o dano sofrido pelo terceiro, conforme se verá do decorrer deste trabalho.

Observa-se que a responsabilidade civil contratual é a responsabilização proveniente do contrato; a indenização é um substituto da prestação contratada. Nesta monografia tratar-se-á sobre a responsabilidade civil extracontratual, também denominada como responsabilidade aquiliana, que decorre do ilícito extracontratual.

Neste trabalho pretende-se apresentar a definição da responsabilidade civil do Estado, seus elementos e algumas de suas espécies. Igualmente relevante é o estudo da evolução histórica da ideia de responsabilidade civil do Estado, passando pela Teoria da Irresponsabilidade do Estado, consagrada pela máxima, do inglês “the king can do no wrong”, à efetiva responsabilização.

Faz-se necessário, em seguida, uma análise da evolução do tema em nosso ordenamento jurídico pátrio, estudando-se de forma criteriosa o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, que é a regra; mas existem exceções.

Adiante, abordar-se-á as causas excludentes da responsabilidade civil e também a excludente de nexo causal, uma vez que este elemento é fundamental para ser possível a

responsabilidade civil do Estado, pois se for rompido o nexo de causalidade sequer nascerá o dever de indenizar.

Por fim, serão apresentadas as teorias, os principais aspectos concernentes à responsabilidade civil do Estado; dentre outros pontos, destacar-se-á a evolução histórica do instituto e seu tratamento na atualidade, a possibilidade de o Estado denunciar a lide ao seu agente, tendo em vista a grande divergência doutrinária e jurisprudencial que paira sobre tal assunto. Para enriquecer a pesquisa serão analisados diversos casos concretos julgados por nossos tribunais, uma vez que essa análise torna o tema mais tangível e palpitante.

O tema despertou interesse, pois conforme se discutirá no presente trabalho uma responsabilização desmedida pode resultar em prejuízos para toda a coletividade, permitindo constatar a complexidade das relações sociais e que exige uma visão holística do fenômeno jurídico.

Para a pesquisa adotou-se o método dedutivo, e referenciais bibliográficos, artigos científicos, monografias e acórdãos de Tribunais a fim de valorizar a pesquisa, além de doutrinas acerca do tema.

CAPÍTULO I - NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade sempre se fez presente na vida humana. Por vezes, essa responsabilidade se apura na esfera criminal, com possível imposição de pena ou medida de segurança (aos penalmente maiores) ou medida socioeducativa (aos adolescentes em conflito com a lei), vale dizer, ela traz uma sanção, um castigo. A responsabilidade penal surge no caso dos delitos previstos pela lei penal. As normas penais têm caráter subjetivo, pois asseguram a defesa da sociedade pela aplicação da pena entendida como extracontratual. Outras vezes, a responsabilidade atinge a esfera civil, com a possível indenização por ato ou negócio ilícito. Outrossim, fala-se na responsabilidade administrativa, dentre outras.

A responsabilidade civil independe da penal, todavia, mesmo que as ilicitudes civis e penais sejam distintas, existem casos que geram efeitos nos dois campos jurídicos.

Neste capítulo, buscar-se-á expor os vários aspectos teóricos relativos à responsabilidade civil.

1.1 Evolução histórica da responsabilidade civil

A responsabilidade civil se apresenta numa evolução multidimensional já que sua expansão se deu por meio de fatores primordiais.

Alude Diniz (2014, p. 27), que “sua expansão se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, à sua extensão ou área de incidência [número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade] e à sua profundidade ou densidade [exatidão de reparação]”.

A evolução da responsabilidade civil se deu desde os primórdios da civilização humana, não se cogitava o fator culpa, pois um dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido, sem limitações ou regras na forma de reparar, visto que ainda não imperava o direito.

Denominava-se inicialmente a vingança privada, de forma primitiva, era uma reação espontânea e natural contra o mal sofrido, sendo a solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal (lei de talião). Passou-se de uma reação conjunta do grupo, para uma reação individual, onde os homens faziam a justiça com as próprias mãos, sendo este o princípio da Lei de Talião, da compensação do mal pelo mal, sintetizados nas expressões “olho por olho, dente por dente”, tal princípio já denotava uma forma de reparação

de dano, de natureza humana em que se fundava na reação de qualquer mal injusto perpetrado, contra a pessoa, a família ou ao grupo social.

O poder público interveio para estabelecer limites de tempo e as condições do direito de retaliação pela vítima, para evitar abusos, podendo o lesado produzir na pessoa do lesante, um dano idêntico ao que experimentou. Subsistia como fundamento ou norma do dano sofrido, pois não se cogitava culpa.

Surge a Lei das XII Tábuas, período intermediário com resquícios do talião, espalhou pelo critério da tábua VII, da Lei 11^a, retratando a noção de culpa para a reparação, sintetizadas nas formas; “quem com ferro fere, com ferro será ferido”, se alguém fere a outrem que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo, era a responsabilidade objetiva, pois independia de culpa.

Sucedese o período de composição, quando o autor da ofensa repara o dano mediante prestação da pena em troca do perdão do ofendido. Vulgarizada a composição voluntária, o legislador vai sancionar o uso. À vítima é vedado fazer justiça com as próprias mãos, reservando-se à autoridade o poder de fixar a composição.

Para tanto, vislumbra Pereira (1998, p. 06):

Esta equivalência [*talio*] da punição do mal com o mal [lei de Talião] esboça a perspectiva de uma composição entre a vítima e o ofensor, uma vez que ao membro quebrado se faça o mesmo no causador do dano (*talio esto*) na falta de um acordo [*ni cum eo pacit*]. Ai já se apresenta uma composição voluntária, inserida na solução transacional: a vítima, ao invés de imposição de igual sofrimento ao agente, recebia, a título de poena, uma importância em dinheiro ou outros bens.

Nesse período da composição, a reparação era o pagamento em certa quantia em dinheiro, a critério da autoridade pública, no caso de delitos públicos e a critério do lesado no caso de delitos privados passando a composição de voluntária para obrigatória. Sendo um dos fatos mais sensatos da evolução, pois a retaliação não reparava o dano, ocasionando na verdade duplo dano, tanto na vítima e o de seu ofensor depois de punido.

O marco decisivo no estudo da responsabilidade civil foi a Lei Aquilia, cuja importância histórica está na concepção primeira da responsabilidade civil, refere-se à reunião de disposições anteriores dispersas, agora agrupadas em bloco.

Segundo Venosa (2013, p. 19):

A *Lex Aquilia* foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o

direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens.

É uma lei de circunstância, destinada a proteger os plebeus dos prejuízos causados pelos patrícios, nos limites de suas propriedades. Compunha-se de três capítulos que especificavam as espécies de reparação de danos, bem como as multas de ressarcimento. Tal lei teve importância para a empregabilidade da culpa na obrigação de reparar, deu origem a responsabilidade extracontratual, também denominada “responsabilidade aquiliana” no qual a conduta do agente que causou o dano é medida pelo grau de culpa com que atuou. No regime da Lei Aquilia, é introduzido um novo delito civil, o *damnum iniuria datum*, isto é, prejuízo causado a coisa alheia, empobrecendo a lesão, sem enriquecer o lesante (DINIZ, 2014, p. 28).

Mantendo-se no Direito Romano, com o caráter de “pena privativa” e “reparação”, tendo composição econômica sem nítida distinção de responsabilidade civil e penal. Havia apenas a distinção entre delitos públicos e delitos privados, constando nos delitos públicos, que a pena econômica era imposta ao réu, consistia o recolhimento aos cofres públicos e nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima.

À medida que se afirma a autoridade do Estado, a primitiva assimilação da pena pela reparação vai cedendo lugar à distinção entre responsabilidade civil e penal, só ocorrendo na Idade Média, por insinuação do elemento subjetivo culpa, subsistia na indenização o caráter de pena, impondo ao Estado o poder de assumir a função de punir. Dá-se uma evolução da rigidez de uma norma geral à flexibilidade da própria vida, graças ao papel dos pretores e juristas da época, para a qual concorreram de forma notória, com isto a responsabilidade civil se encontrou no mesmo patamar da responsabilidade penal.

A legislação moderna busca seu modelo na França, o direito francês aperfeiçoou as ideias romanas, estabelecendo princípios gerais de responsabilidade civil, o Código de Napoleão nos artigos 1382 e 1383, definiu a ideia de que a responsabilidade civil tem como fundamento a culpa.

O direito português sofreu influências dos visigodos, dos germanos e também do cristianismo. Mais tarde dos árabes e também do direito consuetudinário. A responsabilidade civil se expandiu, no que diz respeito a sua extensão ou área de incidência, aumentando o número de pessoas responsáveis pelos danos, de beneficiário da indenização e de fatos que ensejam responsabilidade civil.

1.2 Conceito

Ao passar dos séculos, paralelamente à evolução da sociedade, o homem adquiriu novas posturas diante de fatos adversos, inerentes ao progresso, aos avanços tecnológicos e fenômenos das ciências. Antes, a violação da dignidade da pessoa humana, da saúde, da vida, e do patrimônio era atribuída à fatalidade e ao destino; hoje, não mais são toleradas essas violações de forma passiva.

Busca-se no ordenamento jurídico a compensação ou ressarcimento dos prejuízos, que são decorrentes da convivência entre as pessoas, ou em outras palavras, da vida em sociedade. Então, como cabe ao Estado a jurisdição - a máxima “*ubi societa, ibi jus*” (onde estiver a sociedade, estará o direito) -, é mediante normas que o Direito pretende obter o equilíbrio social, impedir a desordem, ressarcir os danos causados a outrem. Mas de quem é essa responsabilidade? Quem deverá ressarcir o dano causado?

A palavra “responsabilidade” é originária da raiz latina *spondeo*, maneira por meio da qual se vinculava o devedor nos contratos verbais, no Direito Romano (Stolze, 2011, p. 44), origina-se também do verbo latino *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir (Gonçalves, 2010, p. 41).

A doutrina mais recente é unânime em conceituar a responsabilidade civil como obrigação de reparar, de suportar as consequências de danos causados, fundamentando-se, assim, a responsabilidade por ato próprio.

É o que afirma Stolze (2011, p. 45):

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada-um dever jurídico sucessivo- de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação do danos e/ou punição do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Segundo Savatier (1939) *apud* Rodrigues (2001, p. 06), a responsabilidade civil vem definida como “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”. Nesse ínterim, o autor não restringe a responsabilidade do agente aos atos por ele mesmo praticado. Antes, alcança os fatos, coisas ou pessoas que dela dependam.

Gonçalves (2010, p. 24) explana que:

Responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

No entender de Lopes (1995, p. 160), a “responsabilidade civil significa a obrigação de reparar um prejuízo quer seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que justifique, como culpa presumida, ou por circunstancia meramente objetiva”. Complementa esse autor, a ideia de responsabilidade sem culpa, ou seja, a responsabilidade subjetiva.

Enfatiza Diniz (2014, p. 50) que:

A responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

A responsabilidade civil busca restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico até então existente, reconduzindo a vítima ao seu *status quo ante*. Tal recondução só se faz possível mediante o pagamento pelo causador do dano de uma indenização, a qual deve levar em conta o princípio da *restitutio in intregum*. Assim, tal indenização deve ser fixada de forma que cubra todos os prejuízos alcançados pela vítima (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 13).

1.3 Elementos da responsabilidade civil (ato próprio)

O dever de reparar o prejuízo gerado pelo ato do agente, de acordo com a teoria clássica, assenta-se na conjugação necessária de alguns elementos básicos, quer seja:

- a) Conduta Humana;
- b) Culpa ou Dolo;
- c) Dano ou prejuízo;
- d) Nexo Causal.

Urge ressaltar que se pode ter responsabilidade civil decorrente inclusive de um ato lícito, necessário muitas vezes em se tratando de matéria de responsabilidade civil do Estado, portanto, não é sempre necessária a comprovação de que o agente atuou contrariando o ordenamento jurídico, o fundamental é que exista um nexos de causalidade entre o dano

sofrido e a conduta em análise, ou seja, uma relação de causa e efeito, “de sorte a poder-se concluir que o dano proveio do fato do agente” (BITTAR, 1990, p. 12).

1.3.1 Conduta humana

Entende-se como conduta humana a ação humana, voluntária e objetivamente imputável, consciente, comissiva ou omissiva, voltada a uma finalidade, que pode se manifestar de forma lícita ou ilícita, do próprio agente, de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado (DINIZ, 2014, p. 56). Compreende-se de tal conceito que tanto a ação lícita quanto a ação ilícita podem gerar responsabilidade, assim sendo, se a responsabilidade se origina de ato ilícito consiste na ideia de culpa (é a responsabilidade aquiliana consagrada no Código Civil brasileiro nos artigos 186, 187 e 188). Em contrapartida a responsabilidade sem culpa se apresenta como uma conduta de risco.

Insta destacar que a conduta é gênero, do qual são espécies a comissão e a omissão. A omissão pode ser interpretada como um “nada”, um “não fazer”, uma simples abstenção, no plano jurídico, este tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado pelo mesmo (STOLZE, 2011, p. 71). A comissão se manifesta na exteriorização da conduta do agente, é um comportamento que a sociedade como um todo está obrigada a não efetuar, é abster de atos que causem danos a outrem. Constitui-se, portanto, em um movimento corpóreo positivo como por exemplo a destruição de uma coisa de alguém. Já a omissão revela-se pelo comportamento negativo do agente, é a simples abstenção, o agente deixa de fazer o que a lei determina, ou seja, é a simples abstenção, esta ocorre, por exemplo, com os pais, pela omissão alimentar dos filhos, nascida das relações de família, respondendo civil e criminalmente, pois cabe a eles o dever legal de alimentá-los; e ainda, só o médico pactuando contratualmente com o paciente, responde pela ausência desse atendimento, pois assumiu a posição de garante.

Isto posto, tem-se o binômio da conduta, valendo-se da consciência e da vontade. Consciência é a capacidade de separar os próprios atos, dos atos dos demais. A vontade significa o elemento subjetivo da conduta. A conduta, por sua vez, deverá ser voluntária no sentido de constituir-se no que é dominável pela vontade do homem, e para haver vontade basta que os atos exteriores, positivos ou negativos, sejam provenientes de um querer ativo

íntimo livre, manifestação da sua liberdade, é a prática de atos corpóreos em busca de uma finalidade.

Decorre, que tais atos, os praticados sem existência da vontade, os chamados atos reflexos, são reações motoras secretoras ou fisiológicas de órgãos humanos (não são controláveis) como nos casos de sonambulismo, hipnose e narcolepsia; ou no caso da coação física irresistível, onde o agente é usado como objeto, estarão excluídos da responsabilidade pela ausência do elemento vontade (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 63).

Por conseguinte, a indenização decorre de uma ação ou omissão do agente que infringe um dever social, legal, contratual/extracontratual.

1.3.2 Culpa ou dolo

Vigora no ordenamento jurídico brasileiro a regra geral de que o dever de indenizar pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente.

Conforme artigo 186 do Código Civil brasileiro, o ato ilícito ocorre quando o agente viola o direito ou causa dano a outrem. A culpa é sempre entendida em sentido amplo, que abrange o dolo e a culpa *stricto sensu*.

A conduta reprovável compreende duas projeções: o dolo, onde se identifica a vontade direta, intencional, consciente de querer praticar o resultado ou assumir o risco de produzir; e a culpa *latu sensu* que abarca o dolo (intenção de praticar o resultado), culpa essa, caracterizada pela falta de diligência, falta de cuidado, falta de prevenção, esta sim elemento essencial da culpa.

Frisa-se que a negligência, imprudência e a imperícia não são espécies de culpa, mas sim, formas de exteriorização da falta de diligência. Por negligência entende-se que o agente deixou de fazer algo que deveria, conduta omissiva, o médico que não toma os devidos cuidados na realização de uma cirurgia, ou por exemplo, quando esquece a pinça no abdômen do paciente, é negligente. Na imprudência o agente não teve prudência, cuidado necessário na hora de praticar o ato, é uma conduta positiva. A imperícia por seu turno é o não domínio da arte ou ofício, erro grosseiro do médico também exemplifica a imperícia. A “*ação ou omissão voluntária*” posta no artigo 186 do Código Civil primeira parte é o dolo, e na segunda parte referindo-se à culpa; “*negligencia ou imprudência*”.

Para Gonçalves (2010, p. 314), agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação de direito. O agente seria capaz de ter optado por outra forma de agir diante das circunstâncias em um caso concreto.

A diferenciação entre dolo e culpa não é relevante para apuração da responsabilidade aquiliana, na ponderação de Amaral Neto (s.d., p. 354-355) *apud* Diniz (2014, p. 59). O agente responde de modo igual pelo resultado de sua conduta. Há, no entanto, hipóteses de responsabilidade contratual, no qual esta distinção se faz necessário para apuração da responsabilidade. É o que acontece com matéria de acidente de trabalho (empregado avança sinal vermelho e causa dano), onde a empresa será responsabilizado se o empregado, no exercício da função, agir com culpa, mas não o será se este atuar com dolo. Não obstante, a responsabilidade emana-se ora com culpa, ou ora dolo (CC, art.392).

1.3.3 Dano ou prejuízo

A doutrinadora Diniz (2014, p. 77), assim analisa o dano:

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

Dano é um dos requisitos fundamental, seja qual for a espécie de responsabilidade, e que se manifesta como resultante da conduta humana em um efetivo prejuízo experimentado pela parte, por isto só haverá a obrigação de indenizar se existir uma lesão ao interesse juridicamente tutelado. Para alguém ser responsabilizado civilmente é imprescindível a prova real e concreta do dano, o ato ilícito só terá repercussão na esfera do direito civil se causar prejuízo a outrem.

Nesse sentido, leciona Stolze (2011, p. 78): “[...] poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo a **lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator**”.

Alguns pressupostos se fazem necessários para o dano ser indenizável: a) violação de um interesse (patrimonial ou não) juridicamente tutelado de uma pessoa física ou jurídica; b) certeza de dano tem que ser real e efetivo, não pode ser um dano hipotético, precisa ser

demonstrado em juízo; c) subsistência do dano, o dano deve existir no momento de sua exigibilidade em juízo.

Há de se ressaltar, a existência do dano patrimonial (ou material) que se refere à lesão a bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular, ou seja, que são aferíveis economicamente (CC, art. 402) associa-se essa concepção de dano ao patrimônio, visto que este se fundamenta numa universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa.

Dano patrimonial compreende o dano emergente e o lucro cessante. Este corresponde ao que a vítima razoavelmente deixou de lucrar por força do dano, aquele o que efetivamente se perdeu, diminuição no patrimônio da vítima.

Igualmente importante destacar sobre o dano moral ou extrapatrimonial (não material), ocorre da lesão a direito cujo conteúdo não é econômico, ou seja, qualquer conduta que ofenda direitos da pessoa.

Diniz (2014, p. 108-109) conceitua dano moral como sendo:

O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica [CC, art. 52; Súmula 227 do STJ], provocada pelo fato lesivo. Qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse, por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério da distinção não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse [...].

Já na visão de Stolze (2011, p. 97):

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniária, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa [seus direitos da personalidade], violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Portanto, na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência como no dano material, mas sim desempenha concomitantemente a função satisfatória e a de pena. Vislumbra-se que o dano moral não possui conteúdo moral, mas dor n'alma, na emoção, na afronta, na aflição física e moral, ou melhor, na sensação dolorosa experimentada pela vítima.

A obrigação de indenizar decorre pois, da existência da violação de direito e do dano, ao mesmo tempo (GONÇALVES, 2010, p. 55).

A obrigação de reparar o dano moral se encontra em primazia no ordenamento jurídico pátrio, com o advento da Constituição Federal de 1988, que dispõe expressamente indenizações por dano moral em seu artigo 5º, V e X, trilha seguida como não poderia deixar de ser no Código Civil brasileiro.

Tem-se mais três espécies de dano, dano pela perda de uma chance, aonde o direito vem reparar a chance perdida. Não é exatamente o que a pessoa iria ganhar, mas aqui se tutela a possibilidade real, séria (não pode ser uma possibilidade abstrata) do que poderia auferir algum benefício ou evitar algum prejuízo que não se concretizou em virtude da conduta lesiva, por exemplo, transporte para concurso público, veículo quebra e a pessoa não consegue fazer o concurso, não quer dizer que se chegasse lá iria passar no concurso, mas como estava habilitado para isso é considerado um percentual “real” de chance para ter a indenização.

A outra espécie de dano é o dano reflexo ou em ricochete, são prejuízos sofridos por terceiro, titulares das relações jurídicas, afetadas pelo fato danoso, vítimas que estão suportando o dano, é o exemplo de quando o avião cai, os tripulantes sofrem diretamente o dano causado pelo piloto. As famílias sofrem o dano reflexo (dano moral), se alguém estivesse viajando para uma negociação, o terceiro sofre dano reflexo (lucro cessante, chance perdida, depende).

Por derradeiro, o dano estético, que se configura quando a pessoa sofre uma modificação em relação ao que ela era, concretiza-se na deformidade visível, causando degradação e repulsa. O dano estético viola a imagem retrato do indivíduo, por exemplo, queimaduras, é um dano visível ou que afeta sua reintegração, o dano estético é um dano autônomo, independe do dano moral.

Demonstrado o terceiro elemento da responsabilidade civil, estuda-se no subtítulo seguinte, sobre o quarto e último elemento, isto é, o nexo de causal.

1.3.4 Nexo causal

É o elemento referencial, é a ligação, o vínculo, o liame jurídico entre a conduta do agente e o resultado danoso, é a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano produzido. Com o intuito de explicar melhor o nexo de causalidade, surgiram algumas teorias, dentre as quais a teoria da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a do dano direto ou imediato.

A primeira, formulada por Maximiliano Von Buri, surgiu no final do século XIX e não trouxe qualquer distinção entre condição e causa. Pela teoria da equivalência das condições é considerada causa, cada evento que contribui para o resultado danoso, as condições são equiparadas às causas, todas são vistas como tendo a mesma importância.

Pondera Gonçalves (2010, p. 54):

Relação de causalidade – É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

A crítica feita à teoria ora em análise é no sentido de que não tem fim a imputabilidade, é o exemplo clássico de responsabilizar o fabricante da arma pelo homicídio, tudo o que aconteceu antes e contribuiu para o ato danoso é considerado causa para a responsabilidade civil, tudo mesmo. Então, quem atirou quem fez a arma, quem fez o chumbo para a bala, etc., não foi para frente porque essa teoria traz para a imputabilidade um número infinito de pessoas, essa teoria é muito conhecida, mas não é a aplicada.

A teoria da causalidade adequada, por sua vez, representa uma crítica a teoria anterior, afirma-se aqui que causa é aquela potencialmente apta/adequada para produzir o resultado danoso. O fato tem que ser adequado para o dano causado. Olha-se para a conduta e analisa se a conduta poderia causar tal dano.

Nos dizeres de Cavalieri (2004, p. 79):

A segunda, teoria da causa adequada, individualiza ou qualifica as condições. Causa, para ela, é o antecedente não só necessário, mas também, adequado à produção do resultado; nem todas as condições serão causa, apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento; considera-se como tal aquela que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea para gerar o evento.

Exemplificando-se quando duas pessoas brigam e um dá um leve tapa e o outro cai, bate a cabeça no chão e morre, o tapa foi leve e aconteceu o evento morte porque a vítima tinha um crânio fraco, portanto, o tapa não foi apto para produzir o resultado e sim a fragilidade biológica da pessoa, logo não tem como fazer o nexo de causalidade entre a conduta do agente com o resultado, afinal um leve tapa não mataria.

Por fim, a teoria do dano direto e imediato. Para essa teoria o dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito direto e imediato de certa causa, investiga a situação causa e

efeito, como por exemplo, quando alguém atira e mata alguém, qual é a causa? Resposta: quem disparou; qual é o efeito? Resposta: morte da pessoa, a apreciação do nexos causal não deve ser feita em abstrato, como ocorre na teoria anterior, mas sim no caso concreto, busca verificar o que efetivamente causou o dano, se não fosse a conduta do agente não haveria o dano.

Crítica que se faz a teoria do dano direto e imediato é quanto aos danos indiretos, também passíveis de reparação, como se pode verificar no artigo 948, inciso II do Código Civil. Essa é a teoria mais adotada hoje, pela doutrina, em se tratando de nexos causal.

Vistos os elementos básicos e a definição de responsabilidade civil, conforme doutrina brasileira passa-se à análise de suas espécies.

1.4 Sistema jurídico da responsabilidade civil

1.4.1 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

1.4.1.1 Teoria da responsabilidade subjetiva

Precipuamente, vale destacar que não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano. Demonstra Carlos Roberto Gonçalves, que a teor da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade, essa teoria também denominada de teoria da culpa ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil, motivo pelo qual, não havendo culpa não haverá responsabilidade.

Como regra geral, a responsabilidade civil se caracteriza quando o evento danoso é resultante de uma conduta dolosa ou culposa, e por isso, a responsabilidade civil é subjetiva, exatamente porque pressupõe essa culpa *lato sensu*; a prova da culpa do agente se faz necessária neste caso para que surja o dever de indenizar o dano.

No entendimento do doutrinador Gonçalves (2010, p 48):

Diz-se, pois, ser “subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Nesse mesmo sentido, disserta Diniz (2014, p. 150) que será responsabilidade subjetiva “se encontrar sua justificativa na culpa ou no dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa”

De tal modo, é a responsabilidade civil subjetiva, aquela que decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo, isto é, a culpa, por possuir natureza civil, caracterizar-se-á quando a agente causador do dano, atuar com negligencia ou imprudência, conforme entendimento majoritário da doutrina, por meio de uma interpretação da primeira parte do art. 159 do Código Civil de 1916, regra mantida pelo art. 186 do Código Civil de 2002 (STOLZE, 2011, p. 55).

Ante o exposto, dispõe o art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, §4º, expressamente se refere ao profissional liberal, imputando-lhe a responsabilidade por culpa, mas que, somente se aplica nos casos de responsabilidade oriunda de um acidente de consumo.

Visto, então, uma breve análise acerca da responsabilidade civil subjetiva, estuda-se a seguir, sobre a responsabilidade civil objetiva.

1.4.1.2 Teoria da responsabilidade objetiva

A responsabilidade subjetiva, para Gonçalves, subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, previstas em dispositivos vários e esparsos do Código Civil brasileiro (GONÇALVES, 2010, p. 50).

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, basta que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

O fundamento da responsabilidade objetiva, excepcionalmente admitida pelo legislador, em alguns casos, está na teoria do risco, significa que aquele que cria um risco de dano a outrem, obriga-se a repará-lo, independentemente de culpa. Tem como postulado que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, não há de se falar em culpa para que fique caracterizado a necessidade de indenizar o lesado pelos prejuízos de qualquer ordem que porventura tenha sofrido.

Sobre esse assunto Stolze (2011, p. 169):

O Novo Código Civil, por sua vez, afastando-se da orientação da lei revogada, consagrou expressamente a teoria do risco e, ao lado da responsabilidade subjetiva [calcada na culpa], admitiu também a responsabilidade objetiva consoante se infere da leitura do seu art. 927.

O Código Civil (2002), assim consagra a responsabilidade civil objetiva:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano independente de culpa, nos casos especificamente em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O parágrafo único, do art. 927, do Código Civil, deixa claro a obrigação do agente, mesmo pela prática de atos lícitos, pode uma pessoa estar sujeita a pagar indenização, pois independe da culpa, devendo ser aplicado nos casos expressamente especificados em lei ou quando por sua natureza já oferecerem risco a outrem. Pode-se citar como exemplo, um acidente é causado por culpa da rua da prefeitura, a responsabilidade civil é objetiva da prefeitura. Se comprovada que a culpa foi mesmo da rua estar esburacada, o Município responde objetivamente, ou ainda, em um acidente de avião, a empresa aérea tem responsabilidade civil objetiva de pagar os danos.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Venosa (2013, p. 14), assim, considera:

A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize ou no julgamento do caso concreto, na forma facultada pelo parágrafo único do art. 927. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é ainda a regra geral no direito brasileiro.

Gonçalves (2010, p. 51), sintetizando a matéria, afirma que a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus justos limites. O mesmo doutrinador cita o jurista Miguel Reale, que coordenou a reforma do Código Civil brasileiro de 2002, assim, manifestou-se: “Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam”. Determina a responsabilidade subjetiva como norma, e a responsabilidade objetiva, atendendo a estrutura dos negócios (GONÇALVES, 2010, p. 51).

1.4.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

Observa-se uma distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual. A responsabilidade civil contratual fundamenta-se na preexistência de uma relação jurídica entre os sujeitos, nascendo o dever de indenizar quando ocorrer o descumprimento ou inadimplemento negocial por parte de um deles, causando prejuízo aos outros contratantes.

Destaca-se que o ato ilícito contratual se diferencia do extracontratual pela existência de um vínculo negocial, e não de um contrato, como o nome pode sugerir. Assim, o dever de indenizar nasce não necessariamente de uma violação contratual, mas sim de um descumprimento de uma obrigação firmada negocialmente.

A responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana refere-se aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado reparar o dano. Pois como já visto, o artigo 186, do Código Civil, disciplina, de forma genérica as consequências resultantes da responsabilidade aquiliana. Logo, a responsabilidade surge quando há o descumprimento, que pode ser de um dever legal (violação da lei ou princípio geral do direito) ou de um vínculo contratual.

Frisa-se que na responsabilidade contratual antes de existir a obrigação de indenizar, o que existe deriva do acordo. Já na responsabilidade aquiliana, antes da indenização, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima, só existirá a obrigação de indenizar a partir do momento que o ato for praticado.

Assim, observa Stolze (2011, p. 58-59):

[...] se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual [...]. Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual.

Nesse sentido, esboça Venosa (2013, p. 22):

Na culpa contratual, porém, examinamos o inadimplemento como seu fundamento e os termos e limites da obrigação. Na culpa aquiliana ou extranegocial, levamos em conta a conduta do agente e a culpa em sentido lato.

Na responsabilidade civil contratual ou extracontratual, vários pressupostos são comuns. No que tange à existência do dano experimentado pela vítima ou pelo outro contratante, nota-se que a indenização na responsabilidade extracontratual, substitui por valor pecuniário, aquilo que aproximadamente se calcula tenha sido o prejuízo da vítima do ato ilícito. Na responsabilidade contratual, a indenização, em muitas situações, quando possível é avaliada pela prestação não cumprida, abrangendo o prejuízo efetivo e também o proveito que razoavelmente o contratante poderia ter tido.

Não será necessário na responsabilidade contratual, de o contratante inocente, provar a culpa do inadimplente, basta demonstrar o fato do inadimplemento e o contratante é que devera provar não ter tido agido com culpa em sentido lato. Ou seja, o contratante inadimplente é que fica com o ônus de provar as excludentes de responsabilidade civil, que são caso fortuito ou força maior.

Já o que acontece com a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana é que a mesma é fundada na ideia de que a culpa do agente causador do dano, cabe a vítima ou a parte lesada provar essa culpa (dolo ou culpa em sentido estrito), portanto o ônus da prova incube ao autor do ilícito fora do contrato, é necessário provar culpa do agente responsável do ato ilícito sendo a teoria da responsabilidade objetiva, fundada na ideia de culpa do autor do ato ilícito.

Em outras palavras, define Stolze (2011, p. 59): “tradicionalmente, o nosso Direito Positivo adotou essa classificação bipartida, consagrando regras específicas para as duas espécies de responsabilidade, com características próprias”.

Diante do exposto, e visto o esboço histórico, conceito, elementos e espécies da responsabilidade civil, segundo a legislação e doutrina, estudar-se-á no próximo tópico, a responsabilidade civil do Estado.

CAPÍTULO II – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

A teoria da irresponsabilidade, própria dos Estados absolutos do continente europeu, foi elaborada por Bossuet (Séc. XVII) e excluía a responsabilidade civil do Estado sob o fundamento da “soberania”, ou seja, o Poder Público não respondia por qualquer tipo de prejuízo causado a terceiros.

Segundo Di Pietro (2006, p. 619), o Estado possui uma autoridade incontestável perante o súdito, razão pela qual qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.

Essa fase teve seu auge na época do absolutismo no continente europeu e encontra-se bem representada pelo princípio de que “o rei não pode errar jamais” (*the king can do no wrong*); ou “o rei não pode fazer mal” (*le roi ne peut mal faire*), bem como pelo que estabelece que “tudo o que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*).

Nos dois principais Estados que adota o *Common Law*, a teoria da irresponsabilidade foi abraçada até a década de 1940, tendo sido abandonada nos Estados Unidos por meio do *Federal Tort Claims Act de 1946* e na Inglaterra por meio do *Crown Proceeding Act de 1947*.

Os Estados Unidos passaram a adotar a teoria da responsabilidade subjetiva, outorgando ao particular lesado a possibilidade de acionar o funcionário e, em alguns casos, até mesmo o próprio Estado diretamente, desde que comprovada à culpa.

O estado Inglês também passou a responder pelos danos causados pelos seus funcionários. Entretanto, ainda há limitações à responsabilidade do Estado, pois não se aplica aos entes locais nem as empresas estatais, conforme observa Di Pietro (2006, p. 619).

Muito embora durante o período absolutista fosse impossível a responsabilização do Estado, admitia-se a responsabilização direta de seus funcionários. Isso se dava porque Estado e funcionário eram pessoas diversas, de forma que se este último agisse abusando de seus poderes tal fato não obrigava aquele. Todavia, por vezes a incapacidade econômica do funcionário frustrava a ação de indenização. Mister era, pois, buscar um mecanismo mais eficaz ao ressarcimento da vítima.

2.1 Teorias civilistas

Muito tardou para que o indivíduo pudesse poder acionar o Estado de modo análogo a que se acionava um particular.

O período da responsabilidade civilista do Estado pode ser dividido em dois momentos: o da culpa provada e o da culpa presumida.

Num primeiro momento, a responsabilidade estatal muito se assemelhou à do preponente pelos atos do preposto, de modo que era indispensável à demonstração da culpa (em sentido estrito) do funcionário público para deduzir-se a responsabilidade da entidade pública. Vale dizer que o Estado só respondia pelos prejuízos causados por seus funcionários se acaso fosse provada a culpa ou dolo destes.

Frisa-se que as bases da responsabilidade civil do estado foram lançadas ao final do século XIX, fruto da Revolução Industrial, que fizera surgir a figura do Estado empresário. Distinguiu-se, assim, para fins de responsabilidade, os atos de império dos atos de gestão.

Segundo Di Pietro (2006, p. 619-620):

[...] os atos de império são aqueles praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes. E prossegue a renomada administrativista definindo os atos de gestão como aqueles praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

Nota-se, portanto, que o Estado apenas respondia civilmente pelos prejuízos causados a terceiros quando fossem decorrentes de atos de mera gestão. Se decorrentes de atos de império a responsabilidade estatal ficava afastada. Nas palavras de Di Pietro (2006, p. 620), distinguia-se a pessoa do Rei (insuscetível de errar – *the king can do no wrong*), que praticava atos de império, da pessoa do Estado, que praticava atos de gestão, por meio de seus prepostos.

Separou-se a atividade estatal em atos de império e atos de gestão, para obrigá-lo a reparar os danos causados no desempenho destes últimos em relação aos serviços públicos, por se entender que nesses casos a sua atuação se assemelhava a dos particulares.

Entretanto, muitas vezes os conceitos de atos de império e de atos de gestão se entrelaçavam, acarretando a impossibilidade de se distinguir entre as duas espécies no caso concreto. Nesses casos, o indivíduo ficava irressarcido. A responsabilidade estatal, nos termos em que admitida, colocava o particular em situação de grande desvantagem.

Não se pode deixar de lado o fato de que, mesmo que fosse possível o enquadramento da hipótese em ato de império ou de gestão, o particular tinha a obrigação de comprovar a culpa do agente administrativo (preposto), o que raro se tornava inviável.

Somava-se a esses impedimentos o advento do liberalismo pós revolucionários do final do século XVIII. De fato, algumas legislações, dentre elas a francesa, instituíram, durante o século XIX, a necessidade de uma autorização previa do órgão a que pertencia o funcionário ou de seu superior hierárquico para que fosse acionado. Tal exigência fundava-se em uma radical interpretação do princípio da Separação dos Poderes, que não admitia a interferência do Judiciário sobre o Executivo. Foi nesse período que foram instalados os tribunais administrativos, separados dos judiciários

Entretanto, essa dificuldade em acionar o Estado conflitava com os ideais iluministas que, por meio da doutrina dos direitos naturais, pregavam a imitação dos poderes do Estado. Os cidadãos queriam ver seus direitos protegidos de forma mais ampla possível da indevida ingerência estatal.

Não se pode esquecer, ainda, da incidência do princípio da legalidade. Ora, se ao agir o particular fica vinculado às leis, não é razoável que o próprio Estado, ao executá-la não esteja subsumido às mesmas.

Assim, o Estado passou a tronar-se responsável pelos atos ilegais praticados por seus funcionários e que causem danos a particulares, exceto quando ficasse provado que não agiu com culpa. Em outras palavras, estava construída a teoria da culpa presumida do Estado, que invertia, em benefício da vítima, o ônus da prova.

Portanto, somente quando se passou a enxergar o funcionário público não como um mero particular, mas como órgão do Estado, é que foi elaborada a teoria da responsabilidade do Estado pelo ato culposo de seu agente, visualizou-se, no caso, a teoria do órgão, segundo a qual a atividade de um determinado funcionário é a atividade da própria pessoa jurídica de direito público.

Aos poucos a responsabilidade estatal evoluiu de uma concepção individualista, que exigia a efetiva demonstração da culpa de determinado agente público, para a chamada culpa anônima, também denominada de *faute du service* (culpa no serviço).

Conforme assevera Di Pietro (2006, p. 621):

A teoria da culpa do serviço, também chamada de culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, procura desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público.

A culpa anônima se caracteriza naquelas situações em que não é possível identificar o funcionário responsável pela lesão causada a terceiros, considerando-se, então, que o serviço funcionou mal.

A doutrina vislumbra três hipóteses nas quais podemos considerar que o serviço funcionou mal, quais sejam, quando o serviço não funcionou, quando o serviço funcionou tardiamente e quando o serviço funcionou de forma defeituosa. Frisa-se apenas que, na ocorrência de qualquer dessas hipóteses, não há que se falar em verificação da culpa do funcionário.

Insta destacar que a doutrina costuma tratar da teoria da culpa anônima como sendo uma das teorias publicistas. Data vênua prefere-se abordá-la dentre as teorias civilistas, haja vista que, embora o particular prejudicado esteja dispensado de provar a culpa do funcionário, terá que demonstrar que o dano decorreu de culpa anônima estatal, vale dizer, deverá provar que o serviço não funcionou, funcionou tardiamente ou funcionou mal. Em outras palavras, o Estado responde sim com base no conceito da culpa.

Conforme lições de Meirelles (2010, p. 682):

Exige-se, também, culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de *culpa administrativa*. Esta teoria ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a *falta do serviço* para obter indenização.

Contudo, para a vítima, a adoção dessa teoria dificultava a comprovação da culpa, conseqüentemente, à responsabilização. Logo, tal teoria foi superada, dando lugar à teoria publicista da culpa do serviço, o que examinar-se-á no próximo tópico, segundo doutrinas sobre o assunto.

2.1.1 Teorias publicistas

A terceira e última fase de evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado é denominada de fase da responsabilidade objetiva, na qual o Estado, que anteriormente

respondia com base no conceito de culpa, continua a responder pelos prejuízos causados a terceiros, só que agora com base no conceito de nexo de causalidade

O denominado nexo causal representa a relação de causa e efeito existente entre o fato ocorrido e as consequências dele resultantes.

Dessa forma, sempre que se verificar um liame entre o fato ocorrido e as consequências por ele provocadas, torna-se possível o ajuizamento de uma ação em face do Estado para a recomposição dos prejuízos, independentemente da comprovação da culpa ou dolo.

A teoria da responsabilidade objetiva se funda na chamada teoria do risco, a qual:

[...] baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofrido por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público (DI PIETRO, 2006, p. 621).

Essa modalidade de responsabilidade pode se apresentar sob duas variantes, quais sejam, a do risco integral e a do risco administrativo, ambas apresentando como pressuposto a caracterização do nexo de causalidade.

Entende-se por risco integral aquela situação em que o Estado responde por qualquer prejuízo causado a terceiros, ainda que não tenha sido responsável por ele, o que faz com que, uma vez acionado, não possa invocar em sua defesa as denominadas excludentes ou atenuantes de responsabilidade.

Isso porque responde por qualquer prejuízo causado a terceiros, pouco importando saber se foram eles originários de eventos provocados pela natureza, pelo homem ou mesmo se resultado de culpa exclusiva ou concorrente de quem o experimentou.

Ainda que o dano sofrido pelo particular seja decorrente de sua culpa ou dolo, a Administração tem o dever de indenizá-la (MEIRELLES, 2010, p. 683).

Por sua vez, a modalidade de risco administrativo surge como sendo aquela em que o Estado só responde por prejuízos que tiver ocasionado a particulares, podendo ter sua responsabilidade atenuada ou afastada nas hipóteses em que o dano foi causado por eventos da natureza, pelo homem ou por culpa exclusiva da vítima.

Em outras palavras, o Estado, uma vez acionado, poderá invocar em sua defesa as chamadas excludentes ou atenuantes de responsabilidade.

Nesse sentido, cita-se Meirelles (2010, p. 683):

Advirta-se, contudo, que a teoria do *risco administrativo*, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o *risco administrativo* não se confunde com o *risco integral*.

Assim, para a teoria do risco administrativo, a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos ou omissivos de seus agentes é de natureza objetiva, ou seja, dispensa a comprovação de culpa. A atividade Estatal é uma atividade de risco, sendo possível que gere dano ao particular.

2.2 Responsabilidade civil extracontratual do estado

Atualmente, a temática encontra-se disciplinada no art. 37, §6º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedeceu aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [Redação dada pela Emenda Constitucional nº19, de 1998].

[...]

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

A responsabilidade civil da administração é a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Não se confunde com a responsabilidade criminal, nem com a responsabilidade civil, podendo, entretanto, com ambas coexistir (MEIRELLES, 2010, p. 680).

Historicamente, constata-se uma evolução doutrinária no conceito da responsabilidade civil da Administração Pública. Inicialmente o Estado não se responsabilizava pelos danos causados a terceiros; sucedeu-se a fase da responsabilidade com culpa, e finalmente a responsabilidade pública, sem culpa, na qual nos encontramos. Resta,

portanto, “a teoria da responsabilidade sem culpa como a única compatível com a posição do Poder Público perante os cidadãos. A fixação dessa responsabilidade deve ser norteada pelos princípios do Direito Público (MEIRELLES, 2010, p. 681).

A doutrina do Direito Público propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa ou fundados numa culpa especial do serviço público quando lesivo a terceiros. Nessa tentativa, surgiram as teses, entre elas a da culpa administrativa, a do risco administrativo e a do risco integral, todas elas identificadas no tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública, admitindo variantes dessas correntes, nos seus fundamentos e na sua aplicação.

2.3 Teoria da culpa administrativa ou anônima

Essa teoria tem sido utilizada nos casos em que os danos causados pela atividade estatal se materializaram pela omissão do Estado e a responsabilidade civil é subjetiva.

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Essa teoria ainda pede muito da vítima que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização, falta esta que pode apresentar-se sob três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço.

2.4 Teoria do risco integral

Por essa formula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resulte de culpa ou dolo da vítima. É usada em casos de acidentes nucleares, a responsabilidade é objetiva, basta mostrar o nexo de causalidade com o dano e a atividade poluidora, não interessa se é ação ou omissão.

Tal teoria não admite excludentes. Vale destacar que em danos ambientais ainda há divergências, pois o meio ambiente é um bem difuso (pertence a um número indeterminado de

peças): poluiu o meio ambiente, pagou. Não tem discussão, tem que recuperar e tem que pagar, tenta-se recuperar a lesão ambiental e pagar a multa, não admitindo excludentes.

2.5 Teoria do risco administrativo

A teoria do risco administrativo é a mais aplicada. Diz-se que responde na forma objetiva por ação ou omissão, não importa qual situação está de ação ou omissão, o Estado vai responder objetivamente, exemplificando-se no caso de um detento que comete suicídio, o Estado será responsabilizado, cabendo posteriormente direito de regresso contra o presidente da penitenciária. Mesmo que tudo esteja correto.

Consiste na obrigação de indenizar o dano proveniente apenas do ato lesivo e injusto causado a vítima pela Administração. Basta a lesão, sem concurso do lesado. Enquanto na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço, na teoria do risco administrativo, é suficiente, o fato do serviço. Naquela, a culpa da falta administrativa é presumida, nesta, é inferida do fato lesivo da Administração. Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes; basta que vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Lucia Valle Figueiredo, vai dizer que empenha responsabilidade do Estado a ação lesiva ao administrado, independentemente dolo ou culpa (FIGUEIREDO, 2001, p. 267).

Tal teoria, como o nome indica, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar danos a certos membros da comunidade, importando-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, por intermédio do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual em merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez 1946, art. 194 da Constituição Federal. A Constituição de 1988, manteve a posição anterior, fixando no art.37, §6º, o dever de as pessoas jurídicas de serviços público indenizar as vítimas pelos danos causado por seus agentes.

Assim, dispõe o art. 37 da Constituição Federal vigente, no § 6º:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos de seus agentes,

nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Também, o Código Civil brasileiro, no artigo 43:

As pessoas jurídicas de público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalva direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Os prejudicados deverão, tão somente, fazer prova da existência do dano e de um nexo de causalidade entre este e a ação dos responsáveis (BASTOS, 1994, p. 194)

Figueiredo numa síntese, afirma que a responsabilidade do Estado é objetiva e a do funcionário é subjetiva, haja vista a culpa ou o dolo do funcionário serem as condicionantes do art. 37, §6º, em casos de ação regressiva. Afirma a autora, que quanto ao funcionário, a responsabilidade só ocorrerá na hipótese de tais pressupostos (FIGUEIREDO, 2001, p. 267).

A nova diretriz constitucional, mantida na carta vigente, art37 §6 harmoniza os postulados da responsabilidade civil da Administração com as exigências sociais contemporâneas, em face do complexo mecanismo do Poder Público, que cria risco para o administrado e o amesquinha nas demandas contra a Fazenda, pela hipertrofia dos privilégios processuais, acrescenta Bastos (BASTOS, 1994, p. 186).

Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa a esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância

Assim, pessoas internadas em hospitais públicos, que venham a sofrer algum dano enquanto estejam sob a guarda imediata do Poder Público, tem direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma excludente daquela responsabilidade estatal (STF, RT 733/130)

Essa questão não é prática. Tem havido divergências de entendimento na doutrina e na jurisprudência em torno da aplicação do art. 125, II, do NCPC/15 (70, III, do CPC/73) que determina seja feita a denúncia da lide, àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder na demanda.

Cahali (1995, P.186) distingue entre duas hipóteses:

1) Quando se trata de ação fundada na culpa anônima do serviço ou apenas na responsabilidade objetiva decorrente do risco, não cabe a denúncia, pois o denunciante

estaria incluindo novo fundamento na ação: a culpa ou o dolo do funcionário, não arguida pelo autor;

2) Quando se trata de ação fundada na responsabilidade objetiva do Estado, mas com arguição de culpa do agente público, a denunciação da lide é cabível como também é possível o litisconsórcio facultativo, ou a propositura da ação diretamente contra o agente público. A propósito, Cahali menciona acórdão do STF (in RT 544/260), em que o Tribunal Pleno entendeu não trazer prejuízo a propositura da ação a um só tempo contra a Administração e o funcionário.

Essa dubiedade de entendimento vai desdobrar em outra questão. Em que momento será proposta a ação regressiva contra o agente público culpado.

Para Bastos (1944, p. 195), a ação de regresso será cabível depois de ter havido a condenação dos Poderes Públicos ou concessionários. A vítima não pode acionar diretamente os servidores. Argumenta que a Constituição diz claramente que as pessoas acionáveis pela vítima são as de direito público.

Em posição diversa Cahali, entende que havendo culpa ou dolo do agente público, a ação pode ser proposta em litisconsórcio passivo. É possível a propositura da ação a um só tempo contra a Administração e o funcionário.

Bastos (1994, p. 197) combate, afirmando que não se deve e não se pode denunciar da lide o funcionário, uma vez que a Constituição Federal de 1946 tornou superada no direito magno positivo a responsabilidade solidária do Estado e do seu agente, ao introduzir em parágrafo próprio, o tratamento da ação regressiva contra funcionário causador do dano, uma vez que apurada a sua culpa.

Outra questão colocada, diz respeito à obrigatoriedade da ação de regresso. Os poderes Públicos têm o dever de mover ação de regresso em havendo indícios de culpa ou dolo do agente?

Caso assim não proceda, esclarece Bastos (1994, p. 196), tem-se um caso de ilegalidade administrativa a ser combatido pelos meios normais de controle da Administração.

A responsabilidade do Estado é, portanto, objetiva, de natureza patrimonial, extracontratual e tem seus fundamentos assentados nos princípios jurídicos republicanos, dos quais decorrem outros, como o da igualdade de encargos perante a administração pública, e democrático, sob o qual os seus sustentáculos, que são os princípios da legalidade, da isonomia e da responsabilidade (BASTOS, 1994, p. 199)

A interpretação de Bastos (1994, p. 199), a respeito do artigo 37, §6º da Constituição, é mais favorável à vítima, agilizando o processo.

2.6 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade e excludentes do nexu causal

Causas excludentes da responsabilidade civil devem ser entendidas como toda a causa que ataca um dos pressupostos (elementos) da responsabilidade civil e rompe com o nexu causal, colocando fim a qualquer possibilidade de pleito indenizatório. A responsabilidade civil do Estado deixa de ser configurada ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, não sendo a única causa. São apontadas pela doutrina como causas da responsabilidade a força maior e a culpa da vítima.

Di Pietro (2006, p. 624) entende por força maior:

[...] é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexu de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.

E, quando ficar provada a culpa da vítima, há que se distinguir se é culpa exclusiva ou concorrente, com a do poder público.

Já na culpa exclusiva da vítima, conceitua Diniz (2014, p. 134):

[...] caso em que se exclui qualquer responsabilidade do causador do dano. A vítima deverá arcar com todos os prejuízos, pois o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo falar em nexu de causalidade entre a sua ação e a lesão (DINIZ, 2014, p.134).

A doutrina fala em culpa concorrente ou causa concorrente, isto é, quando a atuação da vítima também contribui ou favorece para a ocorrência do dano somando-se ao comportamento causal do agente. Se tal situação ficar comprovada a indenização deverá ser reduzida na proporção da contribuição da vítima para o evento danoso (ver art. 945 CC).

No primeiro caso não se configura a responsabilidade do Estado, e este, em consequência não responde civilmente. No segundo caso (culpa concorrente) atenua-se a sua responsabilidade, que se reparte com a da vítima (DI PIETRO, 2006, p. 625).

Dessa forma, na análise da responsabilidade civil da Administração Pública, há que se considerarem as excludentes da Administração. Tais excludentes afastam o nexu de causalidade, impossibilitando a responsabilização do Estado.

2.7 Da reparação do dano

A reparação do dano causado a terceiros pode se dar no âmbito administrativo ou por meio de ação de indenização proposta pelo prejudicado. Ocorrera administrativamente se a Administração reconhecer sua responsabilidade e houver entendimento sobre o valor da indenização. Caso contrário, não restará alternativa quanto à necessidade da proposição da ação judicial.

Na esfera federal, a Lei nº 4.619/65 estabelece normas sobre a ação regressiva da União contra seus agentes, atribuindo aos Procuradores da República, à sua titularidade.

A Lei nº 8.112/90 determina, no artigo 122, §2º que se tratando de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva, afastando quer a denúncia à lide quer o litisconsórcio.

No estado de São Paulo, a Lei nº 10.177/98, que regula o processo administrativo, no âmbito da Administração Pública Estadual, prevê um procedimento de reparação de danos na esfera administrativa (art. 65 e 66). O mesmo diploma legal estabelece normas sobre a reparação do dano pelo agente público responsável. Dessa forma, verifica-se que a legislação infraconstitucional permite a aplicação plena do art. 37, § 6º da Lei Maior (BRASIL, 1988).

CAPÍTULO III - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

3.1 Conceito

A responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico tem como regra que aquele causar dano a outrem, tem o dever de indenizar pelos prejuízos causados. E a responsabilidade civil do médico está baseada nesta mesma regra. O médico deve indenizar, em casos de o paciente ter se submetido a tratamento médico, sofrer um prejuízo de ordem material ou imaterial, patrimonial ou não patrimonial e moral.

3.2 A ética profissional do médico

Sabendo que o homem é um ser dotado de valores filosóficos e morais, pode ter reações impulsivas de valores, tendo a regra ética, o significado da conduta humana no mundo cultural e dos valores, sendo esta a regra jurídica uma norma ética.

No que diz respeito à ética com ciência, decorre da moral e dos costumes do mundo do dever e do ser, observando o modo de agir, ser, fazer dentro do grupo social, para tanto existindo uma ética profissional, e conseqüentemente uma ética médica.

O médico como profissional liberal tem a norma fundamental do Código de Ética Médica, que é demonstrada no Capítulo I, em seu art. I “A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza”

Segundo Venosa (2013, p. 153),

A medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa, racial, política ou social, e colaborar para a prevenção da doença, o aperfeiçoamento da espécie, a melhoria dos padrões de saúde e de vida da coletividade.

O artigo supracitado não pode cair no esquecimento do profissional de medicina, ao exercer sua profissão, porque faz parte do juramento de sua graduação. Como também não poderá esquecê-lo o julgador, tendo em conta essa orientação para julgar a responsabilidade civil do médico

O artigo 82 do Código de Ética Médica estabelece que o médico deve colaborar com a Justiça, quando nomeado como perito, não podendo esconder a verdade. Não se pode deixar

de mencionar, que reside o médico justamente a realização da prova pericial para saber efetivamente a respeito do ocorrido, possibilitando a reparação de dano. Assim, não paira dúvidas que a ética médica é essencial para se chegar na conclusão de que o médico é responsável pelos danos causados a um paciente.

3.3 Deveres do médico

Para que ocorra a atribuição da responsabilidade ao médico por um ato danoso, é necessário que ele tenha deixado de cumprir com seus deveres, que são: o dever de informar e aconselhar, o dever de assistir e o dever de prudência.

O dever de informar e aconselhar são as formas que o médico determina ao paciente as condições de pagamento, a prestação de serviço, determinados tipos de convênio, o valor estipulado pelo seu serviço entre outros aspectos de mesma relevância. É dever do médico esclarecer as condições para que o paciente possa escolher ou não a contratação de seus serviços. Também é dever do médico explicar ao paciente sua especialidade, qual seu estado de saúde em linguagem simples e acessível. Se houver omissão nas informações necessárias e precisas ao paciente, acarretará responsabilidade profissional levando em conta, que quanto mais arriscada a intervenção profissional, torna-se mais necessária às advertências e informações ao paciente.

O paciente ou a pessoa que estiver lhe representando, ao ser informado do diagnóstico, deverá dar o consentimento para que o médico proceda de forma adequada e necessária. Sabendo que na relação contratual é expresso e tácito o consentimento da vítima, porém, há casos, mesmo havendo sua relação contratual o médico deverá proceder sem o consentimento do paciente, ou seja, quando ocorrem situações de emergência, com iminente risco de morte.

O dever de assistir é a segunda fase, no qual o médico deverá prestar os serviços contratados da melhor forma possível, atendendo aos chamados do paciente. Também tem que dar informações a quem de direito (familiar ou representante) a respeito das condições de saúde do paciente durante seu tratamento, informar o paciente os lugares em que poderá encontrá-lo, com facilidade nos casos de urgência. Para que não haja ocorrência de caracterização de abandono e falta de assistência médica, gerando a responsabilidade civil do médico, têm que ser cumpridas as exigências acima citadas.

O dever de prudência é uma das fases em que o médico deve agir com toda cautela possível, não podendo, por exemplo, realizar uma cirurgia que envolva enorme risco de morte, mesmo que o paciente ou familiares autorizem, pois, o médico prudente deve tomar todas as precauções necessárias.

3.4 Atos praticados pelo médico não autorizados pelo paciente

O paciente, em casos de negar-se a realização de determinadas intervenções, por via de regra o médico deverá delimitar-se a sua realização, salvo em casos de iminente perigo de vida. Portanto, em casos de vida ou morte o profissional se encontrará em circunstâncias delicadas.

Em nossa legislação este não é o melhor entendimento, sendo que o direito a vida é indisponível, não podendo colocar em risco aleatoriamente por ninguém. Conforme se observa no Código Penal, que possibilita ao médico, o dever de agir da melhor forma possível, mesmo se for contra o consentimento do paciente de seus familiares.

Dispondo o art. 146, § 3º, inciso I, do Código Penal brasileiro não será considerado constrangimento ilegal, quando ocorrer intervenção médica ou cirúrgica, em casos de iminente perigo de vida, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Entretanto na área civil, a responsabilidade civil do médico, será analisada em casos concretos, levando em conta a urgência e o perigo do procedimento utilizado (BRASIL, 1940).

A autorização feita pelo paciente ou seus familiares é importante para a realização de cirurgia ou intervenções médicas, não implicando em culpa em casos justificados, tendo o exemplo, das pessoas pertencentes a tipos de religiões ou credos, que não autorizam a transfusão de sangue em seus seguidores ou parentes enfermos. Nestes casos, quando ocorrer tempo hábil, caberá ao médico pedir autorização judicial para que faça a transfusão de sangue. O médico poderá realizar a transfusão, mesmo se não houver tempo, tendo como justificativa, o iminente perigo de morte.

3.5 Experiência em seres humanos sem autorização

Os médicos são proibidos de realizar experiências em seres humanos, sem a autorização destes, ainda quando o tratamento oferece mais benefícios do que risco. Só serão

possíveis essas experiências quando o paciente autorizar ser “cobaia”, para algum procedimento que favoreça a medicina. No qual o profissional de medicina deverá atuar dentro dos limites expostos no Código de Ética Médica.

No entanto, o médico não poderá realizar intervenções ou tratamentos que demandem grande risco em detrimento da pequena vantagem a ser alcançada, independentemente da autorização, para que caracterize abuso de poder, previsto no artigo 61, II, alínea f, do Código Penal Brasileiro: “[...] ter o agente cometido o crime com abuso de autoridade ou prevalecendo-se das relações domésticas, de coabitação ou de hostilidade” (BRASIL, 1940).

3.6 Natureza jurídica da relação contratual médico – paciente

Há controvérsias no tocante a natureza da relação contratual médico - paciente. Das correntes mais aceitas pela doutrina e pela jurisprudência é a semelhança com o contrato de locação de serviços e contrato *sui generis*.

Seria esperar que a relação jurídica médico-paciente, pelo fato de se classificar como contratual e também por ser contemplada pelo Código do Consumidor, pudesse ser classificada como objetiva. Não é o que ocorre. Sua responsabilidade é, em regra, subjetiva, e baseada na culpa.

Confira-se Denari (1991, p. 95) *apud* Kfourri (2013, p. 232), em seus comentários ao diploma acima:

[...] os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em quaisquer das suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

No mesmo sentido, afirma Kfourri (2013, p. 44):

A responsabilidade do profissional da medicina – tirante poucas exceções – não poderá jamais se divorciar do conceito tradicional de culpa, no intuito de indenizar. A objetivação da responsabilidade, tão a gosto de considerável parcela da doutrina jurídica hodierna, aqui não pode caber.

Referindo-se a possibilidade da responsabilidade médica ser considerada objetiva, afirma Kfourri (2013, p. 45) “isso faria com que se equiparassem o médico estudioso, atento e diligente, com o profissional descuidado, que nunca mais abriu um livro de medicina desde sua formatura”.

A natureza jurídica da relação contratual médico - paciente é uma relação *sui generis*, não se enquadrando na relação de prestador de serviços vinculado a CLT, não se adapta totalmente ao CDC por seu caráter subjetivo.

Segundo Avecone (1981, p. 11-12) *apud* Kfourri (2013, p. 43) “a culpa profissional do médico constitui, um dos problemas científicos e deontológicos, antes que jurídico, mais antigos, objeto de debates potencialmente infinitos, dada a natureza particular da atividade médica”.

O juízo sobre a culpa profissional individual do médico apresenta dificuldade, uma vez que se torna sempre necessário referir-se ao caso concreto para uma avaliação do erro médico. Isto porque, segundo Kfourri (2013, p. 43):

Do organismo humano, com suas particularidades, ligadas às condições subjetivas e genéticas, à idade, ao sexo, aos fatores climáticos e topográficos, aos efeitos excepcionais da moderna farmacopéia e, também, à inteligência e capacidade do médico, extrai-se a ilação de que o absoluto no campo da medicina quase não existe. É extremamente difícil exarar juízo sobre a culpa profissional individual. A certeza, quase sempre, é substituída por avaliação probabilística.

A dor, a doença, a morte e as alterações da saúde constituem algo inerente a natureza humana. Não é risco que nasça da atividade médica, ao contrário, o trabalho do médico, em todo o mundo, visa o alívio de sofrimentos, em remediar a enfermidade e a restauração da saúde (KFOURI, 2013 p. 45).

Uma vez que o próprio doente traz consigo um risco, derivado da sua patologia, não é o médico quem a provoca. Por isso, o médico não pode assumir obrigação de cura, isto é, de resultado. Poderá, em regra, assumir obrigação de meio, que consiste no dever de assistir devidamente o paciente, empregar no tratamento o melhor de sua técnica, ou nos procedimentos cirúrgicos as conquistas atualizadas da ciência e da tecnologia; o cuidado, a atenção, enfim, tudo que a ciência médica, oferece em termos de progresso e atualização.

Do contrário, afirma Kfourri, (2013, p. 46) dar cobertura a todo risco de doença ou morte, em atividade médica, corresponderia a obrigar o médico a dar saúde ao doente, a

prolongar-lhe a vida, ultrapassando as suas potencialidades, enquanto homem, para transformá-lo num Deus.

Daí, então, afirmar a maior da parte doutrina brasileira que a obrigação do médico, em regra, é de meio e não obrigação de resultado.

Kfourri (2013, p. 83) ainda acrescenta que “apesar de o Código Civil brasileiro colocar a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar a responsabilidade médica com *ex contractu*”.

Veja-se o disposto no art. 186 do Código Civil brasileiro: “art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”

Desse dispositivo deduzem certos juristas ter sido consagrada, em nosso Direito, a responsabilidade de tais profissionais como sendo de natureza extracontratual

Segundo Kfourri (2013, p. 81), o elemento de referência para apuração da responsabilidade médica, no Brasil, é a análise da culpa individual do médico, com o ônus da prova a cargo do ofendido. A aferição do elemento culpa é inafastável. Portanto, a regra é a da responsabilidade subjetiva.

Também, a jurisprudência francesa tem adotado, a partir de 1965, em casos de danos corporais indenizáveis, para proteger a vítima e obviar os inconvenientes na formação da culpa, a teoria da perda de uma chance de sobrevivência ou de cura. Admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente. Pouco importa que o juiz não esteja convencido de que a culpa causou o dano. Os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre culpa e dano, pois que a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades ao doente. Milita uma presunção de culpa contra o médico. Essa teoria é chamada de “*la perte d’une chance*” ou doutrina da perda de possibilidade de sobrevivência, e por vezes é usada pelos tribunais brasileiros.

Nesse sentido, há acórdão citado por Kfourri (2013, p. 78), relatado pelo Desembargador Araken de Assis, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Em conclusão, o elemento de referência para apuração da responsabilidade médica no Brasil, é a análise da culpa individual do médico, e o ônus da prova a cargos do ofendido. A aferição do elemento culpa é inafastável. Portanto, a regra é a da responsabilidade subjetiva.

3.7 Médico - obrigação de meio e obrigação de resultado

O médico, ao contratar com um paciente, assumirá diante dele uma obrigação que pode ser de meio ou de resultado, tudo dependendo de sua natureza e do tratamento a ser realizado.

A obrigação de meio é aquela que o contratado não fica comprometido como objetivo determinado e específico. Em regra geral, os médicos possuem obrigação de meio, agindo com o dever de admitir com perícia e prudência, sua técnica e conhecimento, com o objetivo primordial de recuperar a saúde do paciente. No contrato de prestação de serviço, sendo verbal ou escrito, o médico tem uma prestação mais abrangente, incluindo um resultado positivo.

A responsabilidade civil do médico, como obrigação de meio não é igual aos outros profissionais liberais, porque lida com a saúde humana, que são ditados por conceitos não exatos, e também não explicados pela ciência. Tendo o médico de cuidar do paciente de forma prudente e com cautela, utilizando todos os recursos possíveis para a cura do paciente, o médico não pode chegar ao resultado final, sendo que na obrigação de meio não exige este resultado.

Como exceção à regra (obrigação de meio), nota-se a obrigação de resultado, baseada no compromisso do contratado com um resultado específico e determinado. Deve-se atingir um objetivo delimitado, um resultado certo para satisfazer o que se obrigou com o contratante. Quando não atingir este resultado predeterminado presume-se que o contratado agiu com culpa.

A obrigação de resultado ocorre quando se tem as chamadas cirurgias estéticas, conhecida como “plástica”. O paciente nessa obrigação de resultado não está com doença alguma ao contratar o médico, não precisando de cuidados para a sua saúde. Nesse caso, existe um paciente saudável, que por vaidade ou qualquer outro motivo, decide modificar características do corpo, não ocorrendo intervenção para salvamento de vidas ou eliminação de dor.

Venosa (2013, p. 154) assenta em sua obra:

O desajuste psíquico é conceito dúctil. O médico deve ser convenientemente responsável no aconselhar ou desaconselhar cirurgia plástica estética. Um aleijão no rosto de uma jovem causa evidente problema psíquico. Uma cicatriz em musculoso lutador de boxe poderá não sê-lo. O caso concreto dará a solução.

Todavia, se o médico não conseguir garantir, ao paciente, que após uma determinada cirurgia terá a sua aparência, no mínimo igual à anterior, não poderá realizá-la, pois na obrigação de resultado, o médico tem que alcançar o objetivo almejado pelo paciente. Comparando com uma cirurgia de emergência, em que se objetiva o prolongamento da vida, é válido correr riscos, para conseguir salvar o enfermo. Sendo esta uma das justificativas em que diferencia a obrigação de resultado, pois uma cirurgia estética tem de ser realizada, no mínimo quando esses riscos forem em virtude de visar somente a aparência física, num corpo sadio.

A diferença entre estas duas espécies de obrigações é importante em relação ao ônus da prova, sendo que na obrigação de meio, a prova deverá ser produzida pelo próprio paciente, desde que sofra algum dano da conduta culposa do médico, e se obrigação for de resultado, o médico tem culpa assumida, ou seja, não há necessidade da vítima do dano, demonstrar sua culpa, que só será ilidida se o médico provar sua inocência. Se ocorrer a obrigação de resultado, estará na regra da teoria objetiva.

3.7.1 Negligência

O médico que acaba agindo de forma negligente incorrerá em culpa *in omittendo*, pelo fato da negligência consistir em uma atitude passiva do médico no cumprimento de seus deveres, sobrevivendo como consequência danos que não resultariam, se o próprio médico houvesse conduzido com mais atenção aos seus deveres

Existe também a negligência vicariante, no qual o médico entrega suas próprias funções exclusivas, a outro colega de profissão, sendo que este não cumpre sua obrigação, O exemplo de negligência vicariante, é quando o médico deixa o plantão antes de acabar seu turno, deixando para outro médico, sendo que este não cumpre a obrigação deixada pelo seu colega.

Não se pode confundir negligência e imperícia, enquanto naquele o médico se omite em observar as regras exigíveis para sua profissão; neste há a carência de conhecimento necessária para o exercício da profissão médica.

3.7.2 Imprudência

Enquanto na negligência, o médico tem a conduta omissiva, ou seja, não age com as exigências da profissão, já na imprudência ocorre o contrário o médico conhece as regras que tem de se submeter, mas por precipitação, age e causa danos ao seu paciente.

Segundo Kfoury Neto (2013, p. 108):

É o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista, principia ele mesmo a aplicação da anestesia e o paciente morre de parada cardíaca. Imprudente também é o médico que resolve realizar em 30 minutos cirurgia que, normalmente, é realizada em uma hora, acarretando dano ao paciente.

A imprudência surge da imprevisão do médico, isto é, quanto às consequências do seu ato, existe culpa comissiva, tem-se pleno conhecimento do risco (ignorando a ciência médica) e mesmo assim o faz. Exemplificando-se o caso da alta precipitada, agir sem ter a devida cautela.

3.7.3 Imperícia

A imperícia é a ausência de observação, ou seja, uma deficiência de conhecimento técnicos da medicina, a falta de preparo.

A imperícia se caracteriza quando o médico tem a sua frente um paciente com todos os sintomas de uma determinada doença (claramente conhecida no meio), porém prescreve tratamento diverso desta, causando incômodo ao paciente e não levando a cura ou a um tratamento benéfico ao caso.

Em relação a obrigação de indenizar não reconhecendo seu próprio erro, responderá pelos danos causados civilmente.

Segundo França (2003, p. 26) *apud* Kfoury Neto (2013, p. 110), “diagnóstico errado não é sinal de imperícia, dadas as circunstâncias que envolvem a análise dos sintomas, às vezes confusas. Ocorreria aí o chamado “erro honesto”.

Já Savatier (1951, p. 358) *apud* Kfoury Neto (2013, p. 111) “colhe na jurisprudência exemplo de imperícia: médico que emprega meio de tratamento anteriormente utilizado, mas abandona mais tarde”

3.8 Responsabilidade em anestesia

A responsabilidade em anestesia merece destaque, por ser ramo da medicina moderna que tem que ter a chamada especialização, sendo que se ocorrer erros, estes são irreparáveis que tem de ter a chamada especialização, sendo que se ocorrer erros, estes são irreparáveis e irreversíveis. Nesta modalidade tem que haver o consentimento do paciente, fazer todos os exames antes da cirurgia. Quando ocorre uma cirurgia de emergência, não se tem o consentimento do paciente, sendo que a anestesia pode ser mais perigosa do que a própria cirurgia.

A atividade do médico anestesista ocorre primeiramente antes da cirurgia, no qual o paciente tem de ser examinado, ou seja, tem de ser feito uma pesquisa sobre sua saúde para que não ocorra nada de grave. É necessário que este procedimento seja feito pelo médico, para que não proceda a conduta culposa deste. Podendo também haver a rejeição do medicamento aplicado ao paciente, causando o chamado choque anafilático. Tendo de ser analisado nesse caso a diligência e a previsibilidade do profissional.

A responsabilidade em anestesia, não só responsabiliza o anestesista, mas também as equipes cirúrgicas, sendo esta uma obrigação de meio.

O médico anestesista tem o dever de monitorar o paciente em todo procedimento cirúrgico (do início até o fim). Sobre os danos causados em relação ao paciente, tem que se examinar se culpa do próprio anestesista ou do cirurgião, devendo toda equipe médica responder solidariamente dentro dos parâmetros do Código de Defesa do Consumidor.

3.8.1 Anestesia - obrigação de meios ou de resultado?

Do conteúdo das obrigações positivas, onde se exige do devedor um comportamento comissivo de fazer ou dar, são reconhecidas duas modalidades de obrigações: a de meios e a de resultado. Nesta, a prestação do serviço tem um fim definido. Não havendo o resultado esperado, há inadimplência e o devedor assume o ônus por não satisfazer a obrigação que prometeu.

Já na obrigação de meios existe o compromisso da utilização de todos os recursos disponíveis para se ter um resultado, sem, no entanto, a obrigação de alcançar esse êxito tão legítimo. Melhor dizendo, existe na responsabilidade contratual civil do médico uma

obrigação civil de meios ou de negligências, onde o próprio empenho do profissional é o objeto do contrato, e não o êxito do resultado.

3.8.2 Responsabilidade civil extracontratual do estado em virtude de erro médico

Na análise do caso concreto, o fato de o anesthesiologista ter sido imposto pelo hospital ou ser parte integrante da equipe médico - cirúrgica adquire relevância, esclarece, Kfoury (2013, p. 187). A responsabilidade será do hospital, que os indicou, por culpa *in elegendo*, se da atuação desse resultar dano. O anesthesiologista torna-se responsável solidariamente pelos atos de seus auxiliares, se os escolhe.

Diferentemente acontece nos hospitais públicos, suas fundações ou autarquias as quais são abrangidos pelo Direito público, particularmente pelo Direito Administrativo.

Em caso de hospital público sempre responderá o Estado. Existe acórdão do Tribunal Regional Federal, afirmando que o Sistema único de Saúde (SUS) é sucessor do INAMPS. Consequentemente, qualquer hospital a ele credenciado, exercendo atividade delegada pelo poder público, responde o Estado, estendido a União, Estado ou Município. Nesse caso, a demanda em face do hospital deriva do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, que assim dispõe: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988).

Surgem aí duas novas noções jurídicas importantíssimas: a da responsabilidade objetiva e a de direito de regresso. Responde o ente público, a pessoa jurídica de direito público interno, que mantém aquela instituição hospitalar, independentemente da necessidade de provar a culpa. Bastam os requisitos do dano e do nexos de causalidade. Havendo culpa do anestesista, este responderá em ação de regresso, devolvendo ao ente público, a indenização paga à vítima.

Nesse sentido, tem-se a seguinte jurisprudência, na qual teve como Relator o Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, em 11 de outubro de 2004:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO (“*EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES*”) E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO (BRASIL, 2004).

Do exposto, conclui-se que para se estabelecer a legitimidade do sujeito passivo da relação jurídica, envolvendo ações com o médico, há que ser observada a natureza jurídica do nosocômio (hospital). Se público ou particular. Em se tratando de hospitais públicos ou os conveniados ao SUS, postula-se em face do Estado, sem a necessidade da prova da culpa. Bastam a prova do dano e o nexo de causalidade, o que facilita para o postulante, o qual não terá que provar a culpa do médico.

3.9 Responsabilidade médica e o código de defesa do consumidor

Primeiramente, o que se levanta é, se o exercício da medicina, ou seja, a relação médico-paciente pode ser caracterizada como verdadeira relação de consumo, e assim, estar sujeito à aplicação das regras contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, é necessário conhecer quais as definições legais para consumidor, fornecedor, no Código de Defesa do Consumidor

O artigo 2º do mencionado diploma legal define o consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”

O fornecedor, por sua vez, é definido no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor:

Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização ou prestação de serviços (BRASIL, 1990).

Assim considerados, temos que o paciente é consumidor, para o qual se presta um serviço (o ato médico de forma geral; uma consulta, uma intervenção ou qualquer outro tipo de procedimento), e o fornecedor é aquele que desenvolve sua atividade, de forma remunerada.

O artigo 14, § 1º, fornece o significado do serviço prestado com defeito, e o §2º acrescenta que o serviço não é defeituoso quando se inclui novas técnicas, sendo que estas devem ser aprovadas pelo próprio paciente quando não aceita pela comunidade médica. O defeito que ocorre na prestação de serviço do médico, no âmbito do consumidor, por produto ou serviços prestados, sendo analisados os danos causados dentro dos parâmetros do Código Defesa do Consumidor em seu art.14, § 1º, assim dispõe:

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
I - o modo de seu fornecimento;
II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
III - a época em que foi fornecido.

Referido Código relaciona como consumidor aquele que utiliza serviços, rescindindo assim a atuação do profissional médico dentro de suas normas

Discorre Venosa (2013, p. 164) que:

A lei do consumidor veio, portanto, facilitar sobremaneira os reclamos de maus serviços médicos, matéria que ainda não ganhou dimensão esperada nos julgados justamente porque o acesso à Justiça era sumamente dificultado pela manutenção dos princípios tradicionais da responsabilidade civil subjetiva.

Todavia, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor permitiu novo horizonte na busca da responsabilidade civil do médico.

Ocorre a possibilidade de alteração do ônus da prova que gera uma novidade processual, ao indicar que poderá caber ao médico a prova de sua não responsabilidade.

Portanto, deve-se destacar que a responsabilidade do médico dependerá sempre de prova de culpa, consoante ao: “art. 14, § 4º: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa” (BRASIL, 1990).

Dispõe, ainda, o art. 14, § 4º, do CDC, em relação aos profissionais liberais, que a verificação da culpa é pressuposto para a responsabilidade. Assim sendo, esses profissionais serão responsabilizados por danos, quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em quaisquer das suas modalidades (BRASIL, 1990).

Benjamim (1991, p. 79-80) *apud* Kfourri (2013, p. 232), em comentário sobre o CDC, posiciona-se no sentido de que:

[...] em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilização objetiva para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais – dentre eles o médico-, para os quais se manteve ‘o sistema tradicional baseada na culpa’.

Esta exceção, a que se refere Benjamim (1991, p. 79-80) *apud* Kfoury (2013, p. 232), não atinge as pessoas jurídicas “[...] se o médico trabalha para um hospital, responderá ele apenas, por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente”.

A responsabilidade médica, dada a singularidade do serviço prestado, não se coaduna com a responsabilidade objetiva: curar os enfermos, salvar vidas. Se o serviço prestado pelo hospital, cujas praticas são subministradas por médicos, o que se põe em exame é o próprio trabalho médico, como atividade especializada e restrita aqueles previamente credenciados pelo Conselho Regional de Medicina. O médico e o hospital poderão ser responsabilizados no caso de o médico ter agido com culpa.

3.10 Obrigação contratual e aquiliana

A obrigação contratual é aquela que consiste na obrigação assumida entre as partes, feita por um contrato, podendo ser escrito ou verbal, sendo que o paciente tem a opção de eleger o médico de sua preferência, e se este aceitar o encargo e concordarem no tipo de serviço prestado e a forma de pagamento e encargos contratual, serão irrelevantes a onerosidade e a prestação de serviços.

Já a obrigação aquiliana ou extracontratual decorre do dever geral ou ainda um dever legal. O artigo 951 do Código Civil ministra: “O dispositivo nos arts. 948, 949, 950, aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilita-lo para o trabalho”. O artigo 948 trata do homicídio, o artigo 949 da lesão ou ofensa a saúde e, no artigo 950 trata do defeito que impede a pessoa de exercer seu ofício ou sua profissão, ou diminuindo a sua capacidade na profissão (BRASIL, 2002).

Aguiar (1979, 282) *apud* Venosa (2013, p. 146) entende que:

[...] a responsabilidade médica é de natureza contratual, sem qualquer dúvida, mas acaba por concluir que as duas ações, contratual e extracontratual, conduzem ao mesmo resultado; a confusão entre as duas espécies do mesmo gênero é falta meramente venial. Ora, se é escusável a confusão entre as duas modalidades de responsabilidade no tocante aos

médicos, venial como diz o autor, é porque tal responsabilidade situa-se ora num campo ora noutro.

Entretanto, há várias controvérsias sobre o assunto, as doutrinas afirmam que a responsabilidade civil do médico surge de um vínculo contratual entre médico e o paciente.

Sendo a obrigação contratual ou aquiliana, surge a obrigação de indenizar o paciente por danos causados pelo médico. Todavia, feito um contrato entre médico e paciente (se surgir algum dano) tem de se saber o tipo de obrigação que foi assumida. A obrigação sendo de meio, terá que indenizar se provada a culpa do médico pelo paciente, se for obrigação de resultado, no qual o médico assume a um determinado fim, a obrigação de indenizar só estará presente se o médico não provar que tem nenhuma culpa, sendo que o paciente esta em posição mais favorável em relação a ônus da prova.

3.11 Seguro contrato médico

O seguro dá a ideia de segurança a sociedade, sendo o mesmo uma transparência da responsabilidade civil de uma pessoa jurídica ou física, para uma instituição a qual dispõe de maiores recursos econômicos para pronto atendimento das indenizações pleiteadas. A criação de seguro por erros decorrentes de tratamento, intervenção cirúrgicas, diagnósticos, aparelho médicos e demais fatores.

Todavia, esses seguros, transmitem para a sociedade uma segurança, devido os numerosos casos judiciais, em que se discute a questão da responsabilidade civil, transmitindo para o agente causador do dano. Com a responsabilidade do seguro, o paciente se sentirá protegido e os médicos, que concordam com esse contrato, estarão garantindo que não ocorra a diminuição de seu patrimônio.

Os seguros não incluem danos estéticos, atos e intervenções proibidas por lei, conveniência ou favorecimento como terceiro reclamante, tratamento radiológico, quebra de sigilo profissional e outros. Este contrato pode oferecer cláusulas abusivas.

A classe médica se encontra em controvérsia em relação ao contrato médico como um seguro, entretanto, uma parte da classe considera como uma previa incompetência profissional e um reconhecimento de incapacidade, e outra parte considera como um meio de prevenção, para que ocorra uma diminuição em seu patrimônio, quando eventualmente ocorrer um dano ao paciente.

3.12 Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar é aquela que a parte contratante tem com a outra parte a sua concordância, não tendo nenhuma responsabilidade com o dano experimentado, resultante na execução ou inexecução do contrato. Se não houvesse a cláusula teria de ocorrer o ressarcimento do dano. A atuação da cláusula de não indenizar, é um contrato, por envolver uma estipulação e uma convenção, tendo uma transferência de reponsabilidade, tendo a cláusula o risco que é transferido para uma vítima (paciente).

Alguns contratos têm a previsão de cláusulas abusivas, que são inseridas pelos médicos com o intuito de se prevenirem contra eventual ação de reparação de danos. Estes contratos são escritos e firmados com seus pacientes, contendo na cláusula de não indenizar, que o paciente ou seu representante legal, comprometa-se independentemente de algum erro cometido durante determinado tratamento ou cirurgia, não acionando a justiça contra o profissional que lhe causar danos.

A cláusula citada não é admissível em nosso ordenamento jurídico, sendo nula, pois o corpo humano é indisponível juridicamente, portanto são inválidas. Deve-se ter respeito pelo ser humano, com qualquer tentativa de isentar a responsabilidade civil do médico em cláusulas abusivas.

3.13 Culpa subjetiva e sua prova

O profissional de medicina que descumprir, com seus deveres, de aconselhar, assistir e de prudência, a este será atribuído uma responsabilidade sobre um ato danoso. Para que ocorra a culpa, o médico tem de violar os deveres impostos a ele e para a caracterização da culpa, deverá ter uma conduta de negligência e imperícia.

Ocorre a falha médica, quando se comprova a culpa do médico, que consiste no dever de indenizar, no qual envolve os danos morais e materiais, em diversos graus de intensidade e valoração, de acordo com critérios estabelecidos por lei.

Em nossa legislação, a responsabilidade civil é definida no artigo 186, do Código Civil, considera como responsabilidade subjetiva aquela que depende de algum elemento subjetivo, que pode ter decorrência de dolo (quando o agente atua ou omite intencionalmente), ou por culpa (quando o agente não tem ação de atuar indevidamente, mas em razão de inaptidão ou descuido) (BRASIL, 2002).

Em nosso direito processual brasileiro, o ônus da prova incumbe à pessoa que alega, todavia, a prova caberá a vítima, sendo que o médico tem melhores condições de prova do que o paciente, pois detém melhor conhecimento técnico e possui acesso mais fácil dos exames dos pacientes (prontuários).

Todavia, pode inverter, o ônus da prova, transferindo ao médico a incumbência de provar que agiu sem culpa, sendo que o paciente tem o encargo de provar que o serviço não tem o êxito que deveria ter tido. A inversão da prova, só é realizada nos casos especiais, devido à dificuldade do paciente de provar a culpa do médico.

A exceção da responsabilidade subjetiva é a cirurgia estética, sempre enquadrada em obrigação de resultado, já existindo a presunção de culpa, por não ter ocorrido o resultado previsto. Nessas situações há inversão do ônus da prova, sendo necessário provar a inverdade do que é imputado ao acusado.

De acordo com Kfoury Neto (2013, p. 271), “a circunstância de se considerar a obrigação contraída pelo implantodontista como sendo de meios implica, sem dúvida, o abrandamento da sua responsabilização”.

O médico poderá eximir do dever de indenizar na responsabilidade subjetiva, se demonstrar ausência de culpa ou ruptura do nexo causal, e na responsabilidade objetiva, será eximido do dever de indenizar, quando for provada a interrupção do nexo causal.

A prova da ausência de culpa, na responsabilidade civil subjetiva, implica na demonstração de que o dano é inevitável ou imprevisível. É estabelecido quando o médico tem conduta médica irrepreensível, agiu de acordo com os procedimentos da ciência médica, todavia produziu o efeito danoso. Ocorrendo o nexo causal entre a conduta do médico e o resultado danoso, porém não se pode afirmar que a conduta foi motivada por ele. O nexo causal pode ser desfeito, quando a culpa for exclusiva da vítima, quando for fato de terceiro, não imputável ao médico ou caso fortuito.

Para que se caracterize culpa da vítima é necessário que o comportamento da vítima seja adequado com a produção do resultado danoso, tendo como exemplo a culpa do paciente canceroso, por este ser fumante. Podendo ser a ruptura do nexo causal, total ou parcial, pois no caso do fumante, o médico não é responsável, mas é relevante que o médico prescreva um tratamento e notifique o paciente, e caso este não pare de fumar o médico não é o responsável.

Em casos de terceiros, não é imputável ao médico, ocorre quando o paciente interrompe o tratamento e procura outro médico para dar continuidade da terapia, por exemplo, nesse caso o primeiro médico não terá culpa, se ocorrer desenvolvimento

superveniente da enfermidade. Somente em casos, que o abandono, por constatar que o tratamento estava agravando seu estado de saúde ou haja confiança no médico.

O chamado “caso fortuito” ocorre quando o dano for produzido por circunstancia imprevisível e inevitável, atual e inimputável ao médico. Para determinar se eram ou não imprevisíveis e inevitáveis as circunstâncias, analisará pela generalidade de médicos. Sendo admitido o resultado danoso, nessas circunstâncias, levando em conta o aparelhamento e meios disponíveis existentes na medicina, e que de modo algum, possa imputar requisito culposo, estar-se-á diante do caso fortuito.

Nos casos de responsabilidade objetiva ocorrerá quando não ocorrer culpa presumida do médico, tendo como exemplo uma obrigação de resultado, em que o paciente faz uma cirurgia estética, em seguida não retorna ao médico, fazendo outras consultas em outros médicos, sem a indicação do médico que fez a cirurgia. Ocorrendo uma lesão no pós-operatório, o médico que realizou a cirurgia não será culpado devido à argumentação de abandono sem justa causa.

3.14 Efeitos jurídicos

A reparação, como consequência da responsabilidade por um direito violado, sempre foi preocupação dos povos, tanto em tempos remotos quanto nos tempos modernos. A reparação tem atualmente, caráter pecuniário. A vítima que teve seu direito violado faz jus à indenização, pelos prejuízos sofridos, conforme dispõe a Constituição Federal do Brasil, que no artigo 5º, V e X, assegura a indenização por dano material e moral (BRASIL, 1988).

Basta que fiquem caracterizados o dano, a culpa ou dolo do agente e o nexo de causalidade, para que estejam presentes os pressupostos da responsabilidade aptos a gerar indenização.

Considerando que a relação médico-paciente é contratual, tem-se no artigo 389 do Código Civil a previsão que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

O artigo 927 do Código Civil brasileiro estabelece que “todo aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Constam ainda do citado código os artigos 948, 949, 950 que tratam respectivamente da indenização por homicídio, lesão ou outra ofensa à saúde; e o artigo 951 ao referir-se aos

citados artigos, acrescenta que tais dispositivos são aplicados no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

A indenização será fixada a partir da avaliação dos danos materiais ou morais.

O sofrimento moral ou físico do paciente bem como a morte de menor que não exercia atividade econômica tem sido considerado na apuração da responsabilidade civil do médico.

Neste trabalho, será verificada a reparação pelo evento morte, não obstante o direito civil disponha sobre a reparação por eventos outros.

Ocorrendo homicídio, diz o artigo 948, a indenização consistirá no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, bem como na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Cabe acrescentar que no sistema jurídico brasileiro, a culpa não é presumida. Compete ao cliente ao pleitear qualquer indenização o ônus de provar a culpa do médico. Nem mesmo o Código de Defesa do Consumidor, que consagra a teoria da responsabilidade objetiva, desviou-se desta regra.

Não é fácil ao paciente provar a culpa do médico, a menos que o erro seja grosseiro. Muitos direitos dos pacientes restam frustrados dadas as dificuldades da prova.

Em palestra proferida por Kfoury Neto (2013), em encontro regional do CREMESP (Conselho Regional de Medicina das Regiões Sul e Sudeste), realizado no Rio de Janeiro, ano 2002, o ilustre palestrante diz que a questão sobre o ônus da prova, ponto fundamental na apuração da responsabilidade médica, tem sido substituída pelas cargas probatórias dinâmicas, teoria importada da Argentina e Alemanha, que vem sendo utilizada no Rio Grande do Sul, onde o juiz pode solicitar ao médico que prove a sua não-culpa. Nestas circunstâncias, a obrigação de provar a culpa passa da vítima para o acusado.

Outro dado levantado, na mesma oportunidade pelo professor Kfoury (2013) é o da dificuldade na quantificação do dano moral, porque não há legislação a respeito. O juiz considerada a gravidade do dano, a situação socioeconômica do ofendido e do ofensor para fixar prudentemente um teto. Isto porque o dano moral não pode ser forma de enriquecimento nem um achincalhe, ofendendo a pessoa que o sofreu. O STF estabelece a possibilidade de intervir, quando a fixação se faz de modo arbitrário.

O fato de a legislação omitir-se na fixação de limites para o ressarcimento do dano moral pode resultar em discriminação das vítimas menos favorecidas economicamente.

A natureza jurídica da reparação é controvertida, tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para a atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem (GONÇALVES, 2010, p. 395).

Cahali (1980, p. 42) *apud* Gonçalves (2010, p. 396) manifesta-se sobre o assunto afirmando que no dano patrimonial se busca a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a reconduzir ao ofendido o seu patrimônio anterior ao dano. Diversamente a sanção por dano moral não se resolve numa indenização propriamente dita; sua reparação se faz por meio de uma compensação e não de um ressarcimento. Impõe-se ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, agravando o patrimônio daquele e proporcionando a este uma reparação satisfativa.

Não contando nosso país com o critério da tarificação, mas do arbitramento pelo juiz do quantum das indenizações. O lado negativo deste sistema é o de não possibilitar o efetivo controle de sua justiça ou injustiça.

3.15 Legitimidade para ação de ressarcimento do dano material e moral

São titulares da ação de ressarcimento do dano material tanto o lesado quanto aos seus dependentes econômicos (cônjuge, descendentes, ascendentes, irmãos).

O ressarcimento do dano material pode ocorrer em forma de pensão. Nestes casos, os beneficiários são limitados aos economicamente dependentes da vítima. Presume-se em relação ao cônjuge e aos filhos menores. E em relação aos demais é exigida a prova dessa dependência.

Já o dano moral, em caso de morte da vítima é indenizável de uma só vez e não se restringe aos dependentes econômicos.

Se o progenitor era credor de indenização, seja reconhecida judicialmente, seja com o direito de pleiteá-la, vindo a falecer, o direito de exigir a reparação é transmitido aos herdeiros.

3.16 Limitações ao direito de indenização estabelecidas pela jurisprudência

A jurisprudência tem fixado em 65 anos a idade da vítima para a exoneração da obrigação de indenizar. Idade esta que já não condiz com a realidade do Brasil, uma vez que a expectativa média de vida do brasileiro, referente ao ano 2014 está em 75,2 anos de idade, segundo a Tábua de Mortalidade anual do IBGE, publicados pela Folha de São Paulo, 01/12/2015 (Caderno Mercado). O limite de 65 anos não é satisfatório, afirma Gonçalves (2003, p. 539), quando morre pessoa saudável que já se aproximava de tal idade ou já a ultrapassava. Nestes casos, a jurisprudência tem considerado uma sobrevida de cinco anos.

Também tem sido observada a idade máxima de 25 anos do herdeiro; idade provável do seu casamento. Presume-se que com o casamento, quem indeniza estaria desobrigado de fazê-lo. Dessa forma, os descendentes só fazem jus à indenização por morte do genitor, que os sustentava, pelo período da menoridade e até 25 anos de idade.

Em relação à viúva, o pagamento da pensão é devido enquanto esta se mantiver em estado de viuvez. Caso viva em concubinato com outro homem, não faz jus a pensão mensal. Também não faz jus à indenização por abalo moral. Cabe-lhe, entretanto, o ressarcimento pelo despendido com os funerais e com a construção do túmulo.

Os pais também têm direito à pensão por morte do filho menor que já trabalhava e contribuía para a renda familiar.

Se o menor ainda não trabalhava, a indenização devida aos pais configura modalidade de reparação de dano moral (cf. Súmula 491 do STF), que dispõe: “É indenizável o acidente que cause a morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

Em relação aos deficientes e excepcionais, menores impúberes, os portadores de arteriosclerose a doutrina parece unânime em afirmar que há titularidade para o recebimento do dano moral, pois de acordo com Diniz, o dano moral deve ser indenizado objetivamente pelo direito à reparação de um bem jurídico violado.

3.17 Cálculo da indenização

A indenização sob forma de pensão é calculada com base na renda auferida pela vítima, descontando-se um terço, correspondente às despesas próprias da vítima, caso esta estivesse viva. Soma-se a essa importância as despesas com construção de jazigo, funeral e luto. As verbas terão correção monetária, independentemente de pedido inicial. O quantum

apurado deve ser efetivamente convertido em salários mínimos pelo valor vigente ao tempo da sentença, ajustando-se às variações ulteriores, como preceitua a súmula 490 do STF.

Incumbe aos titulares da ação e beneficiários da pensão o ônus de provar os rendimentos do falecido. Caso este tivesse mais de uma fonte de renda, somam-se os valores em 2/3 do total comprovado. Na hipótese de a vítima não contar com rendimentos fixos ou não foi possível prova-lo, não obstante sustentava a família, a pensão será fixada em 2/3 de um salário mínimo (ganho presumível).

No caso de morte de esposa que só cuidava dos afazeres domésticos, a indenização do prejuízo material corresponderá ao montante necessário para o pagamento de outra pessoa que supra sua falta nos mesmo serviços. Poderá ser pleiteada, cumulativamente a pensão por danos morais, a ser arbitrada em verba única.

No cômputo da indenização paga sob a forma de pensão mensal, devem ser incluídas, também, as horas extras, desde que habituais (GONÇALVES, 2010, p. 440).

Há também a possibilidade de reversão para os demais que não tenham perdido o benefício, da quota-parte do pensionamento, daquele que tenha completado a idade limite, ou se casado.

3.18 Danos estéticos e danos morais puros

A ilustre Diniz (2014, p. 99-100) conceitua que:

O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.

Nesse sentido, a qualificação da lesão, é delicada devido à dificuldade de ser avaliada, portanto a beleza tem um conceito subjetivo. Fazendo uma comparação, uma cicatriz permanente, deixada em um jovem modelo, não trará consequências iguais ao um lutador de vale tudo. Não há um critério para a diminuição estética, levando-se em conta, para a qualificação da lesão, a extensão do dano, onde ocorreu sua localização, a possibilidade da remoção do dano parcial ou total, o tipo de sexo da vítima, estado civil, a possibilidade de retorna a vida social e entre outros.

A lesão estética constitui dano moral, em outros casos constitui danos patrimoniais, em caso de modificação estética, pode deixar a vítima sem condições de trabalho. Sendo que dano estético pode se acumular com o dano puramente moral e com o dano patrimonial.

Danos morais puros são aqueles que estão representados pela vergonha da vítima, pelo seu sofrimento, angustia, a vítima se sente inferior em seus sentidos íntimos. A maioria dos doutrinadores entende que a indenização desses danos é decorrente de ato doloso do médico, e a minoria entende que a indenização tem de ocorrer quando o médico agiu com culpa.

É cabível a cumulação de danos estéticos juntamente com danos morais e com danos patrimoniais desde que ocorra uma lesão definitiva na vítima, causando a ela sofrimento, vergonha entre outros sentimentos, dificultando a capacidade de trabalhar, e também afetando seu patrimônio.

3.19 Reparação de danos

A reparação de danos é determinada de modo do conteúdo da reparação, tendo que delimitar o conteúdo da relação obrigacional, tendo que ressarcir o prejuízo causado ao agente, podendo este dano ser irreversível ou reversível, como no caso de sequelas que leva o paciente até a morte.

O médico que agir com culpa em alguma circunstância, que deverá indenizar seu paciente, podendo este dano ser classificado em: danos físicos, materiais e morais.

Os danos morais podem ser divididos em danos puramente morais e em danos estéticos. Os danos estéticos são aqueles voltados para fora, atingindo o corpo, desfigurando a beleza, correspondente ao patrimônio da aparência. Os danos puramente morais afetam os sentimentos, torturam a alma, chega ao domínio das emoções, afetam o ânimo intelectual da vítima.

Os danos físicos são perdas, causadas de forma total ou parcial dos órgãos, sentido ou função, atingindo o estado patológico do paciente. Os materiais, também conhecidos como patrimoniais, decorrem danos físicos, sendo lucros cessantes e danos emergentes, como despesas com médico, hospital, contratação de enfermeiros e até a impossibilidade de trabalhar, devido à doença.

O fundamento para o pedido da reparação deve ter como base qualquer dano produzido, com existência de culpa do agente nos fatos ocorridos, com direitos civis ou penais e no risco da atividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil pode ser conceituada como aplicação de medidas voltadas à reparação do dano moral ou patrimonial causado a terceiros.

Para tanto, devem ficar caracterizados os seguintes pressupostos: ação ou omissão do agente, dolo ou culpa, dano e nexo de causalidade. São admitidas as excludentes do caso fortuito, da força maior, da culpa exclusiva da vítima e de terceiros.

As espécies de responsabilidade civil estudadas podem ser classificadas em contratual, extracontratual, subjetiva e objetiva. As duas primeiras reportam-se às fontes da obrigação: nascem no contrato ou na lei; as últimas reportam-se à perquirição ou não da culpa do agente.

A responsabilidade contratual abrange as obrigações de meio e de resultado, ao passo que a extracontratual diz respeito às obrigações de resultado.

O tema ora estudado envolve a responsabilidade da Administração Pública, a qual vem regulada pelo artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Doutrinariamente, enquadra-se na teoria do risco administrativo, gerando a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público, suas autarquias e concessionárias, sendo a responsabilidade do médico subsidiária em caso de culpa ou dolo, cabendo ação de regresso.

A responsabilidade civil profissional da Medicina deriva da culpa no sentido amplo. Portanto, responsabilidade subjetiva é matéria de extrema dificuldade formular juízo sobre a culpa profissional individual, a menos que o erro seja grosseiro. Torna-se sempre necessária a análise do caso concreto para uma avaliação do erro médico. São admitidas as excludentes de responsabilidades como caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

A responsabilidade médica, na maioria dos casos, é de origem contratual caracterizando obrigação de meio. Não está descartada, porém, em determinadas situações, a responsabilidade extracontratual, nem as obrigações de resultado, esta última própria de algumas especialidades.

O dano causado ao paciente, seja patrimonial, de ordem financeira, seja amoral, de ordem emocional, podem ser cumuláveis, no momento da reparação.

Presente o dano, imprescindível é a análise do nexo de causalidade, sendo imperativo verificar se a lesão foi causada por ação ou omissão do médico e se este agiu com culpa.

A aferição da responsabilidade médica obedecerá então a uma equação com três incógnitas: ação ou omissão culposa + relação de causalidade + dano = responsabilidade.

A obrigação do médico anestesiológista em hospitais públicos é de meio; sua responsabilidade há que ser apurada abrangendo o antes, o durante e o depois da cirurgia. Seus deveres são regulados: pela Constituição Federal, pelos Códigos Civil e Penal, pelo Código de Defesa do Consumidor e ainda pelas resoluções dos Conselhos Regional e Federal de Medicina.

Vinculado a hospitais públicos, responderá subsidiariamente em ação de regresso, uma vez que a responsabilidade do hospital é objetiva.

Muitas incertezas permeiam o estudo desse tema. O objetivo a medicina é diminuir a dor, salvar, curar. Não obstante, o erro médico é uma realidade. Independentemente de erro médico, o resultado da intervenção médica pode não ser a desejada, dadas as intercorrências do próprio organismo do paciente, condicionado a outras determinantes. Daí a classificação da obrigação do médico anestesiológista como obrigação de meio. O objeto desse contrato não é a cura, mas o empenho do profissional para atingir a cura, a aplicação dos conhecimentos e técnicas adequadas, os cuidados e a seriedade que o caso requer.

Há dificuldades na caracterização da responsabilidade civil do médico, por parte do Poder Judiciário, principalmente em relação à questão probatória. Na dúvida, as ações são julgadas improcedentes. Porém, visando a um aprimoramento no julgado das demandas, tem sido utilizada a teoria das cargas probatórias dinâmicas, resultando positivamente na apuração da culpa, contribuindo para o equilíbrio do ônus da prova. O poder judiciário, conta com legislação farta quanto à responsabilidade civil, não deve, entretanto, desconhecer a realidade socioeconômica, que limita as condições de trabalho dos médicos.

Ainda que não exista uma fórmula mágica e infalível para evitar ao erro médico, há que se envidar esforços no sentido de que sejam criadas condições e mecanismos capazes de contribuir de forma efetiva pelo menos para a minimização desses maus resultados.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho (1943)**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

BRASIL. **Código Civil (1916)**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: Acesso em: 01 set. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Revogado pela Lei 13.105 de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor (1990)**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro (1940)**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 4.619 de 28 de abril de 1965.** Dispõe sobre a ação regressiva da União contra seus Agentes. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4619.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

SÃO PAULO. **Lei nº 10.177 de 30 de dezembro de 1998.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. **Súmula 490 – Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 01 set. 2016.

BRASIL. **Súmula 491 – Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 01 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário AI n. 455846/RJ.** Responsabilidade Civil Objetiva do Estado - Dano Causado em Hospital Público (Transcrições). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 11 de outubro de 2004. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo364.htm>>. Acesso em: 20 out. 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Programa de responsabilidade civil.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Responsabilidade civil. 28. ed. São Paulo, Saraiva, 2014. v. 7.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 19. ed. São Paulo, Atlas, 2006.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2011. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. IV.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995. (Biblioteca Jurídica Freitas Bastos).

_____. **Curso de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. V.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. Malheiros Editores, São Paulo, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

STOLZE, Pablo. **Novo curso de direito civil**. 9. ed. Responsabilidade Civil. Saraiva, 2011. v. 3.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo, Atlas, 2013. v. 4.