

**FACULDADE DO VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO**

VANESSA CARMINATI

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO DECORRENTE DO ERRO

JUÍNA-MT

2020

FACULDADE DO VALE DO JURUENA

CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO DECORRENTE DO ERRO

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito, da AJES - Faculdade do Vale do Juruena, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof Eder de moura paixão.

JUÍNA-MT

2020

AJES – FACULDADE DO VALE DO JURUENA

BACHARELADO EM DIREITO

CARMANATI, Vanessa. **Responsabilidade civil do médico decorrente do erro.** Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – AJES – Faculdade do Vale do Juruena, Juína – MT, 2020.

Data da defesa: 01/07/2020.

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientador: Prof. Eder de moura paixão

AJES.

Membro Titular: Prof. Douglas Willians da Silva dos Santos

AJES.

Membro Titular: Prof. Igor Felipe Bergamaschi

AJES.

Dedico este trabalho a toda minha família, meus colegas e todos que de uma forma direta ou indireta me auxiliaram nesta caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me conceder saúde, alegria de vida e disposição para lutar até o fim dessa batalha.

Agradeço ainda aos meus familiares, em especial a meus pais Walcos João Carminati e Jovilde Balicki pelo incentivo e apoio nos momentos de turbulência e aflição.

Á minha única irmã Valéria Carminati que deu forças nos momentos de cansaço e desânimo.

Á meu filho Amado João Vitor Carminati Silva, que me compreendeu a todo momento principalmente a minha ausência em que tiver ou deixei de dedica-lo a ele em busca dessa conquista.

Á meu esposo Sebastião Bernardo da Silva, pela paciência nos momentos de tensão, me acalmando compreendendo e ajudando nas dificuldades enfrentando juntos noites mal dormidas em busca da realização desse sonho.

Á todos os cunhados e cunhadas em especial a Evandra Cabral de Jesus José de Jesus Cabral, que em todo momento esteve presente com suas orações.

Aos todos professores e mestres pelo brilhantismo na transmissão do conhecimento nessa jornada de dez (10) semestres, em especial a meu orientador Eder de Moura Paixão, pela orientação, paciência, apoio e confiança.

“Até aqui me ajudou o Senhor”!

(I Samuel 07:12)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o instituto da responsabilidade civil do médico em decorrência do erro. A partir do desenvolvimento de uma sociedade industrial que, passo a passo, se tornou cada vez mais complexa, avançada e perigosa, o surgimento de novos danos propiciou um repensar referente à matéria que começou a se preocupar mais com a lesão da vítima do que com a sua fonte, em especial o ato ilícito. Devido à gravidade em várias ocasiões onde ocorre negligência, imprudência ou imperícia do médico, sendo o resultado final alguma debilidade física ou até mesmo o resultado morte, a falta de punibilidade para tais atos, pode ser muito prejudicial. A discussão acerca da responsabilidade médica pelos danos sofridos por um paciente ganhou grande destaque na mídia e na população em geral. Além disso, em anos recentes houve aumento relevante de demandas judiciais pela busca da reparação civil e penal decorrente da perda de um ente querido. Assim, cabe ao Estado, via Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, visando a atuar o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses e com o fim de assegurar a paz social, através do processo, que é o instrumento essencial à jurisdição, fazer com que ocorra uma prestação jurisdicional efetiva.

Palavras-chaves: Dano. Responsabilidade Civil. Erro médico.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the doctor's civil liability institute due to the error. As a result of the development of an industrial society that, step by step, became increasingly complex, advanced and dangerous, the emergence of new damages led to a rethinking of the matter that began to be more concerned with the victim's injury than with its source, in particular the illegal act. Due to the severity on several occasions where negligence, imprudence or malpractice of the doctor occurs, with the end result being some physical weakness or even the death result, the lack of punishment for such acts, can be very harmful. The discussion about medical responsibility for the damage suffered by a patient has gained great prominence in the media and in the general population. In addition, in recent years there has been a significant increase in legal claims for seeking civil and criminal reparations for the loss of a loved one. Thus, it is up to the State, via the Judiciary, to exercise its jurisdictional function, aiming to act the objective law in the composition of conflicts of interests and with the aim of ensuring social peace, through the process, which is the essential instrument to jurisdiction, make effective judicial provision take place.

Keywords: Damage. Civil responsibility. Medical error.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I	
DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
1.1 RESPONSABILIDADE JURÍDICA, MORAL E SOCIOPOLÍTICA.....	22
1.2 RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL OU COLETIVA.....	24
1.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE JURÍDICA.....	24
1.4 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL.....	25
1.5 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA.....	28
1.6 DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE.....	31
1.6.1 Conduta.....	31
1.6.2 Culpa.....	33
CAPÍTULO II	
DO DANO	35
2.1 NEXO CAUSAL.....	39
2.1.1 Teorias da causalidade.....	43
2.1.2 Teoria da equivalência das condições.....	44
2.1.3 Teoria da causalidade eficiente.....	46
2.1.4 Teoria do dano direto e imediata.....	47
2.2 DANO MORAL.....	49
2.3 DANOSO COM CULPA (CONDUTA CULPOSA)	51
2.4 DANOSO SEM CULPA (CONDUTA NÃO CULPOSA)	53

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO DECORRENTE DO ERRO...	56
3.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – DANO ESTÉTICO.	61
3.2 DA PROVA DO ERRO MÉDICO.....	67
3.3 REPARAÇÃO E INDENIZAÇÃO.....	69
3.4 HIPOSSUFICIÊNCIA E VEROSSIMILHANÇA.....	69
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS.....	75

INTRODUÇÃO

O que é direito? Onde está o Direito? No dizer corriqueiro, o Direito poderia ser conceituado como a realização do bem comum em sociedade; ou a disposição das pessoas em exigir que as demais respeitem suas liberdades, mais a reverência de cada um em resposta às aspirações alheias. Poder-se-ia dizer, também, tratar-se de ciência social dedicada às normas coercitivas dirigidas à coordenação das relações sociais.

No dizer corriqueiro, o Direito poderia ser conceituado como a realização do bem comum em sociedade; ou a disposição das pessoas em exigir que as demais respeitem suas liberdades, mais a reverência de cada um em resposta às aspirações alheias. Poder-se-ia dizer, também, tratar-se de ciência social dedicada às normas coercitivas dirigidas à coordenação das relações sociais.

A responsabilidade civil sempre foi um dos temas mais fascinantes do Direito Privado, mas limitada a sua aplicabilidade ao campo do dano material. Porém, o chamado dano não patrimonial ganha importância a partir da análise de velhos códigos, de antigas civilizações, a exemplo de Hamurabi.

A discussão acerca da responsabilidade médica pelos danos experimentados por qualquer paciente que obteve nos últimos anos grande repercussão na mídia e nos indivíduos de uma forma em geral. Ademais pode-se observar que em anos recente um crescente em relação a demandas judiciais visando a reparação civil e penal decorrente da perda de um ente querido, ou de um procedimento mau executado, ou em alguns casos quando ocorre o dano estético.

O ordenamento não garante o direito a uma vida eterna. Não há como o legislador editar uma emenda constitucional dizendo que a partir de hoje ninguém mais irá morrer, já que não teria a menor eficácia. Portanto, o direito à vida impõe ao Estado o dever de respeitá-lo e protegê-lo contra agressões ilícitas de terceiros.

E o faz porque a vida é o mais importante direito fundamental do homem, por tratar-se de condição necessária para a existência de todos os demais. Sem a vida, não se pode sequer falar em liberdade, igualdade e propriedade. Logo, quando a Constituição Federal, em seu art. 5º, garante a inviolabilidade do direito à vida,

deve ser interpretada como um direito a não ter a vida agredida por qualquer conduta humana que tenha por base uma ação ou omissão ilegítima.

Como é tratada a responsabilidade civil decorrente do erro médico?

A discussão acerca da responsabilidade médica pelos danos sofridos por um paciente ganhou grande destaque na mídia e na população em geral. Além disso, nos últimos anos houve aumento significativo de demandas judiciais pela busca da reparação civil e penal decorrente da perda de um ente querido.

Verifica-se que grande parte dessas demandas são propostas em face do profissional de saúde que prestou o atendimento, imputando ao médico a culpa pelo dano sofrido, ou questionando os procedimentos por ele adotados.

Com isso, o profissional da medicina tem sido alvo de questionamentos, dúvidas, e muitas vezes busca-se responsabilizá-lo pelos resultados diversos dos almejados pelos pacientes ou familiares. Esse aumento de demandas judiciais propostas contra os profissionais da medicina ocorre principalmente pelo despertar da cidadania, isto é, pelo fato da população nos dias atuais ter maior acesso aos meios de informação, que lhes proporcionam consciência de seus direitos e lhes incentiva a questionar e apurar as responsabilidades.

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDADE CIVIL

Parte-se do pressuposto de que a responsabilidade se encontra no âmago da ética e, portanto, refere-se aos relacionamentos que se estabelecem entre o sujeito ético e o Outro, assim entendido como tudo aquilo que não é o próprio sujeito. A responsabilidade corresponde à capacidade, presente em todos os seres vivos, de dar respostas aos estímulos que recebem do ambiente, capacidade esta que é mais elaborada nos seres humanos em razão da complexidade de seu organismo e da consciência da precariedade de sua própria existência. Nesse sentido, a ética é uma questão de sobrevivência, pois é a qualidade das respostas que determina o destino dos indivíduos e das espécies: a sobrevivência ou o extermínio.

A maneira como se trata o Outro determina o que se é, enquanto indivíduos e enquanto sociedade. A responsabilidade jurídica encontra sua fonte primaz nessa ideia de responsabilidade ética. As pessoas são aptas a apresentar respostas aos estímulos que recebem do mundo, mas em certos casos essas respostas podem ser exigidas como condutas obrigatórias impostas pelo direito, como deveres aos quais a pessoa não pode se furtar, sob pena de sofrer sanções.

A responsabilidade civil é uma das modalidades de responsabilidade jurídica que não refoge ao sentido ético de apresentar respostas diante do Outro. Nos primórdios da modernidade, houve uma tendência geral à síntese e à objetivação em todas as áreas do conhecimento e o direito como um todo não ficou infenso a esse movimento. Houve um processo de discriminação do direito em relação às demais áreas do saber, assim como uma especificação interna de cada um de seus diversos institutos.

A responsabilidade civil adquiriu autonomia, distinguindo-se da responsabilidade penal e dos demais institutos jurídicos, mas nesse processo sua definição foi reduzida ao dever de reparar os danos causados em razão de culpa.

A responsabilidade civil é um instituto jurídico moderno que adquire autonomia junto com as codificações oitocentistas, embora deite suas raízes históricas na vingança privada, que precede à formulação do direito romano. No

entanto, desde sua emancipação a responsabilidade civil vem sofrendo seguidas modificações, que correspondem aos desdobramentos da modernidade. No ambiente individualista que marcou a primeira fase da modernidade, a responsabilidade civil se baseava exclusivamente na culpa civil. Na segunda fase, sobreveio a teoria do risco a respeito dos danos causados pelas atividades industriais, ao que se seguiu uma tendência ao gerenciamento dos riscos e à socialização dos danos. No momento atual, a responsabilidade civil se depara com danos metaindividuais, como é o caso dos danos ambientais, que não podem ser relacionados a alguma atividade específica. Ao lado destes, há os danos sociais, de causalidade múltipla, difusa ou indeterminada, relacionados ao modo de vida nas sociedades contemporâneas.

A modernidade, que teve início como um projeto de estruturação e ordenação racional do mundo, vem se desdobrando em fases marcadas pela aceleração e pelo consumismo e, mais recentemente, pela fragmentação das estruturas e virtualização da realidade. Esse processo conduziu a um estado de desilusão, de perplexidade e de incerteza que repercute sobre o como se deve agir.

O conceito básico de responsabilidade pressupõe a atividade danosa do ser humano, agindo inicialmente de forma lícita vindo a lesionar uma norma jurídica preexistente.

Barboza ensina que o vocábulo responsabilidade (do latim *respondere*) tem sentido equivocado. No seu entender, “é por este motivo que o significado do termo não é pacífico. Afirma, assim, que responsabilidade é, na acepção jurídica do termo, o dever jurídico de recomposição do dano”.¹

Assim, a responsabilidade civil é decorrente da violação de um interesse particular, podendo o dano ser à integridade física, aos sentimentos ou aos bens de uma pessoa, obrigando, dessa forma, o infrator ao pagamento de uma indenização quase sempre pecuniária a vítima, caso não seja possível a reposição anterior de coisas.

¹BARBOZA, Jovi Vieira. **Dano moral:** o problema do *quantum debeatur* nas indenizações por dano moral. Curitiba: Juruá, 2008, p. 125.

A responsabilidade é um dado relacional que se passa no plano das relações do sujeito com o Outro. Ser responsável é assumir um estado de responsabilidade que requer uma capacidade de empatia por parte do sujeito em relação à vulnerabilidade do Outro. Isso significa que a responsabilidade é inerente e indissociável da ética, não se podendo supor uma sem a outra.

Responsabilidade civil é o dever de reparação de uma pessoa que causou dano ou em decorrência de dano de terceiro por quem se responda, quer pela prática de conduta ilícita, quer de conduta lícita, a ser prestada à vítima do dano material, moral ou estético, sem que entre ambos (agente e vítima) haja, necessariamente, uma prévia relação obrigacional. O ser humano em sua conduta diária realiza diversas ações práticas que produzem efeitos jurídicos, o denominado ato jurídico.

Não sem razão, Elena Tănăsescu escreve que a responsabilidade é um preceito ético com status de princípio geral equivalente ao da liberdade e da igualdade, relacionado à consciência e cuidado do agente com as consequências de suas ações. A ética cristã, que orientou a humanidade durante toda a Idade Média, tem como fundamento os mandamentos da Igreja Católica, amai a Deus sobre todas as coisas e ao próximo como a ti mesmo, os quais se desdobram em vários outros, como não cobiçar a mulher do próximo, não desejar as coisas alheias etc. Porém, não se trata de uma ética voltada para as realizações terrenas, nem para a dignificação do homem, mas para a salvação da alma após a morte. ²

Por sua vez, a ética moderna tem bases puramente racionais e, enquanto parte das estruturas da modernidade, é posta a serviço do progresso da humanidade e da valorização do indivíduo em face do poder estatal. A indagação como se deve agir? Encontra resposta no imperativo kantiano da moralidade: “Age de maneira tal que a máxima da tua conduta possa ser considerada uma lei universal”. ³

Observa-se imediatamente que esse mandamento ético é puramente racional, livre de qualquer interferência da religiosidade, bem como que é

²SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Responsabilidade Civil por Dano Enorme**. Cuiabá: Juruá, 2018, p. 61.

³JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

antropocêntrico, nem tanto pela literalidade do enunciado, mas pelas ideias que o alimentam e pelo que consta do seu correlato, o imperativo da dignidade humana: “Age de maneira tal que tu e tua dignidade jamais sejam utilizados como um meio, mas sempre como um fim”.⁴

Não se encontra em Kant uma máxima que corresponda exatamente a um imperativo de responsabilidade, mas é provável que, se tivesse pensado em tal comando, seu enunciado seria semelhante ao seguinte: Age de maneira tal que a máxima da tua conduta não possa ser considerada danosa.

Hans Jonas aponta a insuficiência do imperativo categórico kantiano e propõe, em seu lugar, um novo imperativo capaz de fazer face às exigências éticas da contemporaneidade: “Aja de modo que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra” ou “Aja de modo que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade de uma vida futura”.⁵

A bem da verdade, o imperativo proposto por Jonas não derroga nem substitui o imperativo kantiano, mas apenas inclui uma nova pauta ética, consistente em praticar ações que sejam boas tanto para o presente quanto para o futuro.

Ademais, o imperativo categórico de Hans Jonas volta-se clara-mente para a questão da responsabilidade, isto é, para a necessidade de se dar uma resposta diante do Outro. A circunstância de que o Outro esteja situado no futuro tem a ver com as preocupações do autor, relacionadas com as gerações futuras, mas não retira o sentido do imperativo de responder a indagação ética sobre como se deve agir.

Edgar Morin propõe uma ética do gênero humano ou antropeútica, que leva em conta a condição humana no processo de hominização dos seres humanos e da humanidade, os quais, em última análise, são visceralmente dependentes da biosfera terrestre. Nessa perspectiva, um princípio de responsabilidade se baseia na condição humana de seres dependentes do ambiente em que vivem. O agente deve

⁴KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 51.

⁵Ibidem, p. 54.

ter consciência de si mesmo e dos reflexos de sua ação sobre as outras pessoas, os animais, o meio ambiente, o planeta e a própria humanidade.⁶

A responsabilidade surge a partir do desejo de alcançar a alteridade absoluta e inalcançável do Outro, o qual expõe sua face e desperta a necessidade inexorável de uma resposta. Na ética levinasiana, o Outro é sempre transcendental porque não pode ser reduzido a um Mesmo e não participa da circunstância do Eu.

É como um estrangeiro na pátria do Eu, que mostra seu exílio e sua indignação no rosto, a reclamar uma resposta. O Eu não pode alcançar a alteridade absoluta do Outro, mas tem o poder de dar uma resposta: responsabilidade. É por meio da responsabilidade que o Eu se identifica como tal e entra em contato com a alteridade absoluta do Outro. É a responsabilidade que atribui sentido à existência do Eu.

Zygmunt Bauman, aborda o tema sob a perspectiva dos desdobramentos da modernidade, cujas promessas se mostraram insuficientes e resultaram em um processo de descrença e de fragmentação das estruturas modernas. Diante da desestruturação da modernidade, mostra-se impossível estabelecer códigos universais de condutas, bem como instituir alguma autoridade que possa assumir a responsabilidade pelas consequências dos atos das pessoas.⁷

No entanto, Bauman não afasta o problema da responsabilidade nesse ambiente de ética fragmentária. Ao contrário, a ausência de um código universal de condutas e de uma autoridade que se responsabilize pela responsabilidade, já que se é diretamente responsáveis pelas próprias escolhas. O sujeito pós-moderno está mais preocupado em realizar a própria felicidade, mas isso não significa o abandono do Outro, pois fazer o bem sem esperar reciprocidade tem a ver com a construção do Eu pós-moderno.⁸

Bauman, rejeita a ideia moderna de uma ordem moral fundada em princípios garantidos por uma autoridade. O bem agir, na perspectiva pós-moderna,

⁶MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 10 ed. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. Revisão técnica de Edgar de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2005, p. 47.

⁷BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 51.

⁸Ibidem, p. 52.

teria fundamento na consciência moral, que é inerente a todos os seres humanos e tem por substrato a liberdade de escolha e a responsabilidade moral.⁹

Em face dessas considerações, devemos compreender que a tentativa de formulação de um princípio geral de responsabilidade esbarra no cenário de fragmentação que caracteriza estes tempos pós-modernos.

Por isso, qualquer ideia de responsabilidade deve ter em vista a precariedade e a provisoriedade dos relacionamentos humanos e das relações dos seres humanos com o mundo. Além disso, as soluções éticas devem ser pontuais ou no máximo setoriais, em face das circunstâncias e da complexidade dos relacionamentos, portanto sem pretensão de validade universal e necessária, como os imperativos categóricos kantianos.

Em que pesem esses aspectos que caracterizam a pós-modernidade, a ética não se despe de seu conceito ancestral nem se afasta de seu objeto, qual seja o como se deve agir. O homem não deixou de agir no mundo e, por conseguinte, a ação humana permanece enquanto objeto de reflexões por parte da ética. O que se impõe, neste momento de fragmentação das estruturas modernas e de virtualização da realidade, é a necessidade de repensar os contornos da ética.¹⁰

Diante da fragmentação e das incertezas que caracterizam a fase atual da modernidade, desaparecem os ideais de uma sociedade racionalmente ordenada, de um código de normas universalmente aceito e de uma autoridade que se responsabilize pelas consequências das condutas individuais.

Porém, não desaparece o dever de se conduzir bem a vida, o qual também é fragmentário, uma vez que não corresponde a uma ação programada e sim a uma ação estratégica, que possa ser redirecionada a qualquer momento em face das circunstâncias e das mudanças de rumo que caracterizam os tempos atuais. Não havendo autoridade responsável pelas nossas escolhas, cada um assume seu estado de responsabilidade, não por força de uma ordem universal, mas por dever de consciência em face da fragilidade do Outro.¹¹

⁹BAUMAN, Zygmunt. Op. Cit., p. 53.

¹⁰Ibidem, p. 53.

¹¹Ibidem, p. 54.

Nesse sentido, o agir humano também deve ser fragmentário e pontual, baseado no binômio consciência e responsabilidade morais que, de acordo com o autor, são inerentes aos seres humanos.

Na etimologia da palavra responsabilidade, podemos buscar a elucidação de Aguiar Dias, segundo o qual “a palavra contém a raiz latina *spondeo*, fórmula conhecida, pela qual se ligava solenemente o devedor, nos contratos verbais do direito romano”.¹²

Observa-se, portanto, que o vocábulo responsabilidade traduz ideia de obrigação. Gramaticalmente, quando se diz que “Fulano é responsável por algo”, a ideia é a de que essa pessoa (Fulano) é obrigada a zelar pela coisa (algo) sob sua responsabilidade.

A Responsabilidade Civil é o ramo que mais cresce no direito, não só em demanda, mas no próprio imaginário da comunidade jurídica, como forma de compensação de vários dos anseios e objetivos dos profissionais que lidam com o direito, bem como dos cidadãos em geral.

Não é raro verificar-se que grande parte das demandas que tramitam em juizados especiais, em varas comuns ou federais ou mesmo na justiça especializada do trabalho dizem respeito a alguma espécie de pleito de ressarcimento ou compensação por prejuízo sofrido.

E a razão disso é muito simples: o crescimento populacional e o aumento do acesso aos bens de consumo, em massa, contribuem sobremaneira para a geração de danos ou prejuízos. Tudo isso, aliado a uma completa ausência de política para fomentar a prevenção desses danos, culmina por desaguar em forte sensação de insegurança, não apenas jurídica, como também no mundo dos fatos.

A responsabilidade civil é decorrente da violação de um interesse particular, podendo o dano ser à integridade física, aos sentimentos ou aos bens de uma pessoa, obrigando, dessa forma, o infrator ao pagamento de uma indenização quase sempre pecuniária a vítima, caso não seja possível a reposição anterior de coisas.

¹²DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 10.

Quando o ato praticado tem como consequência um distúrbio qualquer na intimidade ou no ambiente particular de outro indivíduo, nasce conseqüentemente, a responsabilidade civil (senão criminal, ou ambas).

Com efeito, na conceituação de Assis Neto, responsabilidade é a “obrigação de responder pelos seus atos ou pelos de outrem”.¹³

Daí se deduz, portanto, que, ao se tornar responsável por algo, o cidadão se torna obrigado a agir de acordo com aquilo a que se responsabilizou. Tais premissas autorizam concluir que a responsabilidade civil, enquanto parcela da ciência jurídica, enquadra-se no Direito das Obrigações, pois é em obrigação que a responsabilidade se transforma, como se observou acima. Necessário frisar, entretanto, que a responsabilidade, enquanto fenômeno social, não se limita à responsabilidade civil, nem se destina apenas a criar vínculos obrigacionais entre pessoas.

A responsabilidade moral, assim como a obrigação natural, não gera efeitos para o ordenamento jurídico, entretanto, impõe ao sujeito determinadas normas de conduta, como, por exemplo, o dever religioso de respeitar os pais independentemente da idade do filho.¹⁴

Há que se lembrar, também, da responsabilidade penal, não como contraponto à responsabilidade civil, mas como consequência diversa de um ato ilícito e, por vezes, cumulativa à própria responsabilidade civil.

Neste passo, importante frisar o conceito de ato ilícito, atentando-se somente à noção genérica de responsabilidade acima exposta. Portanto, se a responsabilidade é a obrigação de agir de acordo com aquilo a que o agente se responsabilizou, será ato ilícito toda conduta em desacordo com tal proposta.

Assim, se o dever civil impõe, por exemplo, que o cidadão dirija prudentemente, para que não cause prejuízo ao veículo de outrem, o ato somente será ilícito, para efeito de responsabilidade civil, se a imprudência der causa efetiva a prejuízo a algum veículo (ou outro bem ou direito qualquer) de outrem.

¹³ASSIS NETO, Sebastião José de. **Manual de Responsabilidade Civil**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 23.

¹⁴CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 54.

No entanto, se o dever penal, de forma semelhante, impõe, que o cidadão não trafegue em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de locais como escolas, hospitais etc., para que não gere perigo de dano, basta a simples inobservância da conduta para que se configure a responsabilidade penal, ou seja, basta o perigo do dano, e não o dano efetivo.

Outros exemplos há em que, pelo contrário, de um mesmo ato origina-se responsabilidade civil e não a responsabilidade criminal (como em caso de envio do nome de um devedor a órgãos de proteção ao crédito, depois de paga a dívida) e outros, em que, de um ato só, tem-se a incidência das duas modalidades (como no homicídio do arrimo de família), entretanto, o objetivo das explanações acima é o de fixar, de forma bem eficaz, um conceito de responsabilidade civil e uma principal diferença entre esta e a as demais formas de responsabilidade (penal, moral, administrativa etc.), qual seja, a de que, para haver responsabilidade civil, é necessário que haja prejuízo.

Assim, da noção genérica de ato ilícito, acima exposta conduta em desacordo com a proposta de agir conforme aquilo a que a pessoa se responsabilizou, pode-se evoluir para a noção de ato ilícito para efeito de responsabilidade civil, qual seja, a de todo ato que cause prejuízo a alguém. Ou seja, para a responsabilidade civil, o ato ilícito não é, simplesmente, o ato contrário à lei mas, apenas e tão somente, o ato que causa prejuízo, independentemente de violar expressamente algum comando legal, até mesmo porque o simples causar prejuízo a outrem já é contra a lei, conforme veremos, adiante, na transcrição do art. 186 do Código Civil.

Os desenvolvimentos alcançados pelos teóricos do direito ambiental repercutem incisivamente sobre a teoria da responsabilidade civil, exigindo e impondo o alargamento de seus contornos, principalmente no que tange à incorporação das funções precatória e preservatória, em acréscimo à tradicional função ressarcitória. Não bastasse, o direito ambiental introduz uma discussão a respeito da relação jurídica que se estabelece entre o causador e a vítima, os quais não podem ser reduzidos a entes individualizados, mas antes compreendidos como dimensões complexas.¹⁵

¹⁵GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19 ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 165.

O dano enorme se assemelha aos danos ambientais exatamente em razão da multiplicidade, difusão ou indeterminação de suas causas, bem como da transindividualidade de suas consequências, ao que se acrescenta o fato de ser relacionado ao modo de vida nas modernas sociedades tecnológicas. Nesse ambiente, a causalidade serve como mecanismo de conexão entre o dano e algum sistema de responsabilidade que conduz, na maior parte das vezes, à absorção dos custos pela própria sociedade. Então, a responsabilidade civil se torna reflexiva. Eis as razões pelas quais impõe-se o redimensionamento da teoria geral da responsabilidade civil, a fim de proporcionar tratamento adequado aos casos caracterizados como dano enorme.

Na atualidade, a responsabilidade civil médica tornou-se, em todo o mundo, um tema que desperta muito interesse da sociedade, da área jurídica e, diretamente, da classe médica, que deve pautar sua conduta profissional com humanidade, dedicação e ética, a fim de resguardar, cuidadosamente, a integridade psicofísica e a vida de seus pacientes, de acordo com os avanços e as disponibilidades da ciência.¹⁶

O fato é que o médico, ao exercer seu ofício, estará sujeito a tomadas de decisões das quais podem advir sérias consequências: desde a deformidade física até a morte do paciente.

A inexistência do dano implica no reconhecimento de que o ato ilícito, nos moldes traçados pelo Código Civil brasileiro em vigor, não eclodiu. A responsabilidade civil encontra seu fundamento em um princípio geral de direito, próprio dos ordenamentos jurídicos das nações civilizadas, pelo qual aquele que causa um dano a outrem tem o dever de repará-lo.

Todo ato tem um agente: aquele que o pratica. Tem, também, uma consequência, que pode ser positiva, negativa ou neutra, em relação ao direito de outrem. Se um ato praticado por qualquer pessoa viola “direito” alheio, abre-se o portão da responsabilidade civil e estampa-se a obrigação de indenizar.¹⁷

¹⁶GABURRI, Fernando. **Direito Civil para Sala de Aula** - Responsabilidade Civil. Curitiba: Juruá, 2014, p. 29.

¹⁷BARBOZA, Jovi Vieira. Op. Cit., p. 128.

Entende-se, porém, que o dano não é necessariamente elemento constitutivo do ato ilícito, embora possa ser uma consequência deste, mas sim, é pressuposto do dever de reparação, o que não é difícil de ser compreendido quando se tem em mente que nem todo ato ilícito causa dano e nem todo dano é fruto de ato ilícito.

O exercício regular de um direito, portanto, ato lícito, sob certas circunstâncias, pode causar prejuízo a alguém, mas, nem sempre subsiste o dever de repará-lo.

O Código consumerista trata da responsabilidade por danos no capítulo IV, dividido em cinco seções, buscando proteger desde a saúde e segurança do consumidor até a garantia de desconsideração da personalidade jurídica, com o fim de tornar efetiva a proteção. É no art. 12, do Código, que vamos encontrar o dispositivo legal que estabelece ser objetiva a responsabilidade civil na defesa do Direito do Consumidor.¹⁸

Portanto, séria e importante modificação no ordenamento jurídico pátrio nos chega com a vigência do Código de Defesa do Consumidor ao se estabelecer a responsabilidade objetiva do fornecedor, pois não há necessidade de se provar a culpa deste para que se possa obter a reparação do dano, bastando, que seja demonstrado o prejuízo e o nexo causal que liga o consumidor ao fornecedor.

Observemos um castelo de areia construído à beira-mar. Uma fotografia efetuada imediatamente após sua construção o registrará de forma íntegra, sem qualquer estrago. Com o passar das horas, a ação do vento, da chuva ou qualquer outra intempérie poderá modificá-lo. Mas, imaginemos que uma pessoa cometa qualquer ato que promova um estrago na forma do castelo, como, por exemplo, um golpe com a mão ou um objeto qualquer. Esse suposto ato, sem qualquer justificativa, causará um dano ao castelo imaginário.¹⁹

Qualquer problema ou algo que venha estragar esse castelo imaginário deverá ser considerado um dano causado à vítima, passível de obter indenização pelo instituto da responsabilidade civil.

O dano material consiste no prejuízo financeiro sofrido pelo paciente até se reabilitar dos efeitos dos danos decorrentes do erro médico. Neste caso, os

¹⁸BARBOZA, Jovi Vieira. Op. Cit., p. 129.

¹⁹Ibidem, p. 129.

responsáveis pelo dano devem indenizar todas as despesas até o fim da convalescença do paciente, consoante os Artigos 949 e 950 do CC:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez. Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.²⁰

Por fim, também há o dano reflexo, ou lesão em ricochete, que se resume no dano moral ou material sofrido pelo pai ou mãe, por consequência da morte do filho, vítima do erro médico, ou vice-versa. Ou ainda o dano sofrido pelo cônjuge virago decorrente da lesão sofrida pelo cônjuge varão, sendo a recíproca verdadeira.

Na questão da responsabilidade, é preciso encarar a controvérsia da liberdade do ser humano, isto é, o direito de um limita a liberdade de outro. Essa limitação nem sempre é respeitada no que tange à ação humana, na busca pela satisfação de suas necessidades, tanto materiais, quanto morais.

1.1 RESPONSABILIDADE JURÍDICA, MORAL E SOCIOPOLÍTICA

A responsabilidade é indissociável da personalidade, a qual não é estanque, mas, ao contrário, projeta-se ao exterior, nas mais diversas formas de relacionamentos estabelecidos pela pessoa por meio de ações. A pessoa é um ser que age no mundo, realizando escolhas e assumindo responsabilidades. No âmbito da ética, as ações humanas são chamadas de condutas, porque são finalísticas, na

²⁰BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

medida em que visam alcançar alguma finalidade, que sempre corresponde à realização de algum valor.

Miguel Reale explica que há cinco modalidades de conduta ética: religiosa, afetiva, moral, costumeira e jurídica. Além disso, o autor faz referência à conduta econômica e à conduta política, que dizem respeito respectivamente às relações do homem com a riqueza e com o poder.²¹

As ações da pessoa podem esbarrar – e frequentemente esbarram – nas atribuições éticas negativas às quais nos referimos acima: deveres e restrições. Em razão disso, podemos entender que a ética se refere às relações entre o sujeito e o legislador ético, que pode ser o Estado, a coletividade ou o próprio eu, conforme cada campo da atividade ética.

Em face dessas considerações, podemos estabelecer que os campos de abrangência da ética são de três dimensões: jurídica, moral e sociopolítica. As condutas jurídicas se caracterizam pela heteronomia e pela coercitividade estatal, razão pela qual não se confundem nem compreendem nenhuma outra modalidade.

No plano da moral, estariam compreendidas as condutas religiosas e afetivas que não são coercitivas e dependem somente do juízo valorativo do próprio agente. No plano político-social, estariam as condutas costumeiras e as políticas, que se referem às regras de convívio social, não coercitivas, mas cujo julgamento está a critério da coletividade. A cada um desses campos corresponde um tipo de responsabilidade: jurídica, moral ou sociopolítica. A responsabilidade jurídica submete o agente às sanções previstas no ordenamento jurídico que é estabelecido e imposto pelo Estado, em uma relação heterônoma quanto ao sujeito.

A responsabilidade moral diz respeito ao próprio sujeito que é, ele mesmo, o juiz da própria conduta. Por fim, a responsabilidade sociopolítica que submete o agente ao julgamento pela coletividade. Miguel Reale se refere às regras de cavalheirismo e cortesia que se estabelecem no convívio social, cujo descumprimento impõe ao agente a censura social, heterônoma, porém destituída de coercitividade.²²

²¹REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 378.

²²Ibidem, p. 379.

Nesse conceito se pode encaixar também a responsabilidade política, em que o agente fica sujeito ao mesmo tipo de censura.

1.2 RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL OU COLETIVA

Considerando a singularidade ou a pluralidade de sujeitos-agentes, a responsabilidade pode ser individual ou coletiva. Tendo em vista a relação necessária entre responsabilidade e personalidade, é certo que cada pessoa deve responder pelas consequências de seus próprios atos, conforme os deveres e restrições que lhe são atribuídos pelo legislador.

Assim, se a atribuição ética negativa for direcionada a uma só pessoa, esta será responsável por seus efeitos – responsabilidade individual; se for dirigida a várias pessoas, todas serão solidariamente responsáveis – responsabilidade coletiva.

1.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE JURÍDICA

Sob o prisma do ambiente normativo ao qual se submete, a responsabilidade pode ser jurídica, moral ou sociopolítica. A jurídica corresponde a uma das dimensões da ética, que impõe condutas coercitivas e submete o sujeito às sanções previstas no ordenamento estabelecido de maneira heterônoma pelo Estado. Nos primórdios do direito romano, a responsabilidade jurídica era pessoal e não se fazia distinção entre responsabilidade civil e penal.

A patrimonialização ou despersonalização da responsabilidade, assim como a dicotomia entre responsabilidade civil e penal, são resultados de um longo processo de evolução que só se consolidou com o direito codificado moderno. Ocorre que os mais recentes desenvolvimentos da ciência jurídica resultaram na especialização dos ramos do direito, com previsão de sanções mais específicas,

conforme as várias modalidades de conduta e o interesse jurídico que se pretende tutelar.²³

Em vista disso, pode-se dizer que hodiernamente, de acordo com a natureza das sanções que podem ser impostas aos sujeitos, a responsabilidade jurídica pode ser civil, criminal, administrativa-disciplinar ou política em sentido estrito. Na responsabilidade civil prevalece um viés reparatório e preventivo, pois se almeja a prevenção ou a reparação dos danos morais e materiais.²⁴

Na responsabilidade penal ou criminal prevalece a natureza punitiva que implica a imposição de pena ao ofensor. Na responsabilidade administrativa e disciplinar prepondera a proteção ao interesse público e a natureza também é punitiva, pois implica a imposição de sanção administrativa ou disciplinar ao infrator.

Por fim, a responsabilidade política em sentido estrito também tem natureza punitiva e implica a restrição de direitos àqueles que abusam do poder político. É indispensável destacar que um mesmo fato ou conduta pode ensejar a imposição de sanções de várias modalidades, de acordo com a natureza do dano causado.

Por exemplo, um acidente de trânsito pode gerar responsabilidade civil, consistente no dever de reparar os danos; responsabilidade penal, se do fato resultou lesão corporal ou a morte de alguém; responsabilidade administrativa-disciplinar, se o motorista era funcionário público na condução de um veículo oficial. Outro exemplo: um desfalque ao patrimônio público pode gerar o dever de indenizar, mas também a cassação do mandato eletivo do agente público.

1.4 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

O dever de indenizar pode ter como fonte, ou fato gerador, o inadimplemento de uma obrigação negocial, ou então a lesão de um direito subjetivo. Deste modo, diz-se que, quanto ao seu fato gerador, a responsabilidade civil pode ser contratual e extracontratual. Essa distinção foi abandonada pelo

²³PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 17.

²⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14 ed. São Pulo: Saraiva, 2019, p. 32.

Código de Defesa do Consumidor – CDC, que trata de maneira idêntica a responsabilidade contratual e a extracontratual.

A tendência é que essa distinção, com o passar do tempo, perca sua importância. Mas, por enquanto, ainda deve ser estudada, já que o tratamento de ambas é feito de maneira distinta na legislação civil.

O dever de indenizar pode ter como fonte, ou fato gerador, o inadimplemento de uma obrigação negocial, ou então a lesão de um direito subjetivo. Deste modo, diz-se que, quanto ao seu fato gerador, a responsabilidade civil pode ser contratual e extracontratual.²⁵

A responsabilidade extracontratual advém de uma lesão a um direito subjetivo, pois, inexistente qualquer relação jurídica entre o ofensor e a vítima, emanando a lei o dever jurídico do agente. Considera-se tal ilícito como aquiliano ou absoluto. Acerca dessa dicotomia criada pela doutrina Cavalieri Filho nos ensina:

Tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e do dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como os contratos estabelecem um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual há uma relação jurídica preexistente entre as partes. Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou ordem jurídica.²⁶

Ressalta-se que em relação a tal separação entre responsabilidade contratual e extracontratual, existe uma ligação entre tais espécies, já que as regras dispostas no Código Civil são similares para ambas as responsabilidades (contratual e extracontratual).

No caso da responsabilidade contratual, preexiste uma relação jurídica entre autor do dano e vítima; e no caso de não existir, até o momento do dano, nenhuma relação jurídica entre seu autor e a vítima, diz-se que a responsabilidade é extracontratual. Álvaro Villaça Azevedo explica que, se “A” e “B” concluem um

²⁵GABURRI, Fernando. Op. Cit., p. 14.

²⁶CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit., 16.

contrato para reger determinada relação jurídica entre ambos, esse contrato faz lei entre eles.²⁷

O descumprimento de qualquer cláusula daquele contrato ensejará para o inadimplente uma responsabilidade, de cunho contratual. Já aquele que descumpra a norma legal de não lesar a ninguém – *neminem laedere* – acarreta ao transgressor responsabilidade extracontratual, pois aqui, o que se descumpriu não foi um contrato, mas uma lei.

Ensina Orlando Gomes que, em ambos os casos, o dever de indenizar é o mesmo, porém diferem quanto ao fundamento, à razão de ser e ao ônus da prova, o que será mais bem analisado ao longo do presente tópico.²⁸

Em Roma, a responsabilidade contratual e a extracontratual eram disciplinadas de forma genérica, sob a noção de *obligatio*, negando-se a oposição entre *obligationes ex contractus* e *obligationes ex delicto*. A tendência atual, como dito anteriormente, é de desaparecimento dessa distinção. Segundo Orlando Gomes, a sanção para aquele que comete um ato ilícito é a indenização.²⁹

E aduz que, em sua feição externa, a indenização se afigura como uma relação obrigacional, pois o agente causador do dano é devedor e a vítima, credora. Mas ressalta que a obrigação de quem praticou um ato ilícito não é contraída voluntariamente, como quem contrata.

Pode suceder que um mesmo evento constitua inadimplemento contratual e ilícito civil, caso em que haverá um concurso entre responsabilidade contratual e extracontratual. O prejudicado poderá então intentar demanda com base em uma ou em outra. Logicamente que, se optar pela responsabilidade extracontratual, deverá, via de regra, provar a culpa do agente causador do dano; já, se optar pela responsabilidade contratual, deverá provar apenas a existência do título e de seu inadimplemento. Um outro importante ponto distintivo entre ambas as espécies reside justamente na possibilidade de redução, ou de afastamento, da indenização em caso de responsabilidade contratual, conforme pactuado entre as partes.

²⁷AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 277.

²⁸GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 338.

²⁹Ibidem, p. 338.

Na responsabilidade contratual com pluralidade de devedores não há presunção de solidariedade, conforme resulta expresso do art. 265 do CC⁴⁰, ao passo que, se a ofensa *delitual* (extracontratual) tiver mais de um autor, todos são considerados solidariamente responsáveis, nos termos da 2ª parte do art. 942 do CC.

Um importante ponto distintivo entre ambas as espécies reside juntamente na possibilidade de redução, ou de afastamento, da indenização em caso de responsabilidade contratual, conforme pactuado entre as partes. Gaburri Lembra que na responsabilidade contratual com pluralidade de devedores não há presunção de solidariedade, conforme resulta expresso no art. 265 do CC, ao passo que, se a ofensa delitual (extracontratual) tiver mais de um autor, todos são considerados solidariamente responsáveis, nos termos da 2ª parte do art. 942 do CC.³⁰

Para Gonçalves “na responsabilidade contratual o inadimplemento presume-se culposos. O credor lesado (empregado) encontra-se em posição mais favorável, pois só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida, sendo presumida a culpa do inadimplente (empregador)”.³¹

Logo, pelo fato de a responsabilidade de indenizar dano moral decorrente da relação de emprego ser de origem, como adiante se demonstrará, cabe ao empregado provar ato faltoso do empregador, e a este a prova da inexistência de culpa, sendo esta presumida.

1.5 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

Quanto ao fundamento, ou critério, de imputação do dever de reparação, a responsabilidade pode ser classificada em subjetiva e objetiva. Que as condições podem ser consideradas diferentemente, segundo se tenha por fundamento da responsabilidade *la faute ou le risque*.

³⁰GABURRI, Fernando. Op. Cit., p. 42.

³¹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 98.

Segundo Orlando Gomes, a doutrina da responsabilidade civil tem por fim a determinação do devedor da obrigação de indenizar quando um dano é produzido. A necessidade dessa determinação decorre do fato de que a obrigação se impõe a quem quer que cause dano a outrem e, também, da circunstância de que nem todos os danos são indenizáveis.³²

Daí consigna ser preciso traçar o quadro da responsabilidade civil, fixando-se o critério a ser seguido para que se possa saber em que circunstância é devida a reparação do dano. Arremata dizendo que são dois os critérios de imputação de responsabilidade civil, o da responsabilidade subjetiva e o da objetiva. De antemão, é necessário esclarecer ao estudioso que a nota distintiva da responsabilidade subjetiva e objetiva está na conduta do agente causador do dano.

33

Se a reparação depender de consulta culposa violadora de direito (dolo ou culpa), a responsabilidade será subjetiva; se para a reparação de dano com violação de direito bastar a conduta, sem que seja necessário investigar se houve ou não culpa (dolo ou culpa), a responsabilidade será objetiva.

A responsabilidade subjetiva é baseada na culpa do agente que, com sua conduta, causou o dano. Para que se configure a culpa, genericamente considerada (culpa em sentido lato), indaga-se se o sujeito, autor do dano, agiu dolosa ou culposamente (culpa em sentido estrito). Como essa indagação prende-se diretamente ao sujeito, essa responsabilidade é conhecida pela doutrina por subjetiva.

A culpa, em sentido estrito, verifica-se no comportamento do agente, quer comissivo, quer omissivo, que não observa o necessário dever de cuidado imposto ao homem de entendimento mediano.

Fala-se então que o comportamento culposo pode se dar por negligência, imprudência e imperícia. Explica Gaburri que,

Negligência é inobservância das normas que ordenam operar com atenção, capacidade, solícitude, discernimento. Já a imprudência consiste na

³²GOMES, Orlando. Op. Cit., p. 380.

³³Ibidem, p. 380.

precipitação, no procedimento considerado, sem cautela, na afoiteza no agir.³⁴

Apesar de o art. 186 do CC não se referir à imperícia, esta pode ser considerada uma espécie de imprudência, tomada no sentido técnico-profissional. Então, imperícia é a conduta profissional imprudente, que não observou as normas técnicas de procedimento, ou a conduta do profissional (médico, dentista, advogado) que não atuou com a habilidade que lhe é peculiar.

A responsabilidade objetiva surge da pressão das necessidades práticas, consagradas pelas leis de infortunistas. “Explicando mais detalhadamente, o operário acidentado no trabalho tinha direito à indenização, desde que provasse a culpa do empregador, com base na então consagrada regra da responsabilidade subjetiva”.³⁵

Contudo, normalmente a única prova com a qual poderia demonstrar aquela culpa seria o depoimento testemunhal de seus colegas de trabalho que, temerosos de sofrerem represálias do patrão, eram evasivos, confusos, quando não omissos em seus depoimentos.

Com isso, a carga do dano era suportada unicamente pela vítima. Para driblar a necessidade de prova da culpa, mas sem dela se descurar como fundamento de imputação da responsabilidade civil, desenvolveu-se a teoria da culpa presumida, solução intermediária (transacional) pela qual a culpa não perderia o status de pressuposto da responsabilidade civil, embora já aflorem traços de sua “degradação como único elemento etiológico de fundamentação do dever de reparação, e aflorem, outrossim, fatores de consideração da vítima como centro da estrutura reparatória”.³⁶

A responsabilidade com culpa presumida permanece subjetiva, porém com inversão do ônus da prova da culpa, que, ao se afastar da regra geral, deixa de estar a cargo da vítima e passa a pesar sobre o ofensor, quem deverá provar sua não culpa.

³⁴GABURRI, Fernando. Op. Cit., p. 39.

³⁵Ibidem, p. 43.

³⁶Ibidem, p. 47.

Dessa forma, ao se tratar de responsabilidade objetiva, há posicionamento doutrinário no sentido de que inexistindo a culpa do agente na conduta realizada, não poderá o ato, a rigor ser considerado, ilícito. Logo, a maior diferença entre a responsabilidade subjetiva e objetiva estaria na ilicitude ou licitude da conduta do agente, podendo ser possível haver a figura da responsabilidade civil em condutas ilícitas ou lícitas.

Segundo Cardoso:

A teoria avançou mais do que outras, pois alcançava acidentes provindo de caso fortuito. A explosão de uma caldeira, a ruptura de um volante desafia precauções minuciosas, sendo impossível impedir os danos decorrentes, era o raciocínio básico.³⁷

De outro lado, contudo, esta teoria afastava a hipótese de indenização nos casos de acidentes e enfermidades do trabalho em que os objetos de uso do empregador (ferramentas, maquinários etc.) não tivessem intervindo, ou contribuído para a lesão ou doença. Seriam, exemplificadamente, os casos de hérnia, varizes, acidente *in itinere*, quedas sofridas pelos operários em superfícies de pouca altura etc.

1.6 DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

1.6.1 Conduta

A conduta é o primeiro pressuposto da responsabilidade civil. Considera-se conduta um gênero, em que são espécies a ação e a omissão do agente. Segundo o doutrinador Sergio Cavalieri Filho, ao conceituar conduta, assim esclarece:

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão do agente, produzindo

³⁷CARDOSO, Lília Aparecida Medeiros. **Concessão de auxílio-acidente aos segurados portadores de distúrbios osteomoleculares relacionados ao trabalho – DORT**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Lilia%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2020.

consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo. ³⁸

Para Santos, “a conduta além de ser classificada como ação e omissão, considera-se também ato lícito ou ilícito, voluntário e objetivamente imputável do agente, terceiros”³⁹, fato animal ou coisa inanimada que possa vir gerar dano a outrem.

A ação, também chamado de conduta comissiva, é a maneira mais comum de exteriorização da conduta, pois, “as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que geram lesão ao próximo, posto que a violação do dever geral de abstenção se obtém através de um fazer”.⁴⁰ Pode-se dizer que é um comportamento comissivo, a lesão corporal causada a outrem.

Em se tratando da omissão do agente, caracteriza-se pela inércia, ou seja, ausência de uma conduta esperada. Ressalta-se que a omissão só possui relevância jurídica quando o agente é responsável por uma conduta, e tem um dever jurídico de agir, com a finalidade de impedir certo resultado.

Desse modo, Cavalieri Filho registra:

Só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver em uma situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência de um resultado. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante, e conseqüentemente, todos teriam contas a prestar com a Justiça. ⁴¹

Tendo em vista que a conduta comissiva ou omissiva do agente poderá ser realizada com ou sem a presença do elemento culpa, a doutrina dividiu a responsabilidade em objetiva e subjetiva.

³⁸CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit. 16.

³⁹SANTOS, Elaine Cler Alexandre dos. **Ordem econômica e meio ambiente do trabalho: busca da justiça social.** Disponível em: <http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/d5944d4d34ca1ed70e5523f94a65a278.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁴⁰Ibidem, p. 03.

⁴¹CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit., p. 25.

1.6.2 Culpa

A responsabilidade subjetiva tem como fundamento o elemento culpa. Assim, aquele que sofreu um dano deverá, obrigatoriamente, provar que o agente causador agiu com dolo ou culpa, para fazer surgir o dever indenizatório.

Partindo da ideia de culpa e com o desenvolvimento da ciência jurídica, bem como a melhoria tecnológica, surgem simultaneamente às responsabilidades: subjetiva, a subjetiva com presunção de culpa e a objetiva. A inspiração para a teoria subjetiva da culpa foi o Código Civil Francês que trouxe a noção de culpa, usada como alicerce da responsabilidade civil.

O liame entre dano e responsabilidade é fundamental para a existência da obrigação de reparar, vista aquela sob o ângulo subjetivo. Logo, é imprescindível a presença do elemento culpa, vínculo de caráter interno a demonstrar a imputabilidade do resultado ao agente, gerando o dever de restabelecer a situação anterior ao prejuízo. É a chamada responsabilidade subjetiva ou com culpa, modalidade adotada com destaque pelo ordenamento jurídico pátrio, embora não exclusivamente dedicado a ela e aberto às mais diversas exceções. Essa espécie é dita subjetiva porque estratificada na convicção de que está presente, no caso concreto, “a ligação psíquica do agente com o resultado danoso, de modo que este quer diretamente produzir o efeito que de fato veio a ser constatado, ou, no mínimo, porta-se de modo a aceitar como perfeitamente viável a ocorrência do evento a partir da conduta realizada.”⁴²

A responsabilidade civil subjetiva importa na violação do dever de não lesar direito alheio, que se deu por culpa na conduta do agente. Desta singela definição percebem-se dois elementos da culpa: um, objetivo, que consiste na violação de dever legal de não lesar a ninguém, e um subjetivo que está relacionado à potencialidade de o agente compreendera ilicitude de sua conduta (imputabilidade).

A culpabilidade investiga a relação entre o querer do agente e o ato praticado. Se o agente quis o ato, bem como suas consequências previsíveis, diz-se que o ato é doloso. Se quis praticar o ato, mas desprezou suas consequências sem que tenha atuado com a diligência necessária para que elas não se produzissem, o ato é culposos.

⁴²MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Advogado**. São Paulo: LTr, 2014, p. 38.

Por imprudência entende-se a falta de cuidados básicos, de cautelas ordinárias que necessariamente deveriam ter sido tomadas em dado caso particular, durante o agir do sujeito. É atuação irrefletida, intempestiva, como a de conduzir veículo que se sabe sem freios, ultrapassar propositadamente semáforo com sinal vermelho, ou se o médico inicia cirurgia sem ter equipamento básico para tanto em caso sem urgência. Negligência é a falta ou a omissão de diligência, a ausência de atenção em momento próprio, o desleixo injustificado, como quando um médico esquece algum instrumento na cavidade abdominal do paciente durante cirurgia. Não se deseja e nem se aceita psicologicamente o advento do resultado danoso, mas ele sobrevém por força da falta de precauções ativas do indivíduo. Por fim, imperícia se vislumbra na conduta produzida à margem de conhecimentos suficientes, ou com má aplicação dos que foram adquiridos. É deficiência na formação do profissional, que leva a um resultado nocivo, ou, simplesmente, incompetência na prática profissional por falta de substrato técnico, como acontece quando o médico toma um Órgão por outro, intervindo naquele quando deveria fazê-lo em relação a este.⁴³

Classicamente, só haveria responsabilidade civil se o agente obrasse com culpa, de tal modo que, se não houvesse a culpa, forçava-se a inserção do fato no caso fortuito ou na força maior.

⁴³MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Op. Cit., p. 38 – 39.

CAPÍTULO II

O DANO

O Direito é fruto da imaginação humana; é uma ideia. Ele não é palpável, não pode ser extraído da natureza, não existe sem os seres humanos. A natureza é regida pelas leis da física e um balanço delicado de interação entre espécies. Portanto, ao olharmos para o Direito, é possível concluir que ele se consubstancia em crenças dos seres humanos, em ideias coletivas em determinado momento do tempo e do espaço, que permitem a coexistência de grandes grupos humanos. Toda a tecnologia jurídica, da noção de propriedade até a busca pela democracia, só existe porque o Direito é criado pelo homem e só encontra limites nas leis universais da física e da biologia.

Segundo Gofredo Telles Junior, o denominado “Direito Natural”, o qual ele denomina “Direito Quântico”, é, em essência, a consolidação normativa de um sistema ético, vigente em determinado momento do tempo em uma determinada sociedade, sendo resultado da inteligência humana.

Vejamos: O Direito Quântico é o Direito que resulta do processo de organização do humano. É o Direito nascido de suas fontes bióticas. É o Direito a que chegou o imemorial processo de inumeráveis mutações. É o Direito destilado nos engenhos da seleção natural. É o Direito que exprime, em linguagem humana, o indefectível controle genético. Esse Direito é o que brota da “alma” do povo, como se costuma dizer. É o Direito que exprime o “sentimento” ou “estado de consciência” de uma classe, de um segmento social ou de um agrupamento conjuntural estável. É o Direito que se inspira em convicções profundas e generalizadas. É o Direito que reflete a índole de uma coletividade.⁴⁴

Pontes de Miranda afirma que:

A regra jurídica foi a criação mais eficiente do homem para submeter o mundo social e, pois, os homens, às mesmas ordenação e coordenação, a que ele, como parte do mundo físico, se submete. Mais eficiente

⁴⁴TELLES Júnior, Gofredo. **O Direito Quântico**: Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 428.

exatamente porque foi a técnica que mais de perto copiou a mecânica das leis físicas.⁴⁵

O fato de ser ideal não é uma fraqueza, mas sim a verdadeira beleza do Direito, que permite ao ser humano a superação dos instintos primitivos com a finalidade coletiva de criação de um ambiente cada vez mais propício para a coabitação.⁴⁶

O dano é elemento preponderante na responsabilidade civil, pois sem ele não haveria o que reparar, mesmo a conduta sendo ilícita. Sem o dano, não há que se falar em indenização, pois se assim fosse, importaria em enriquecimento ilícito. Pode ser conceituado como sendo a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral. Ao contrário do que ocorre com o direito penal, que nem sempre exige um resultado danoso para estabelecer a punibilidade do agente, no âmbito civil é a extensão ou quantum do dano que dimensiona a indenização. Portanto, não havendo dano, não haverá obrigação de indenizar, pois o dano é considerado como pressuposto da obrigação de indenizar.⁴⁷

É próprio da responsabilidade civil restabelecer tanto quanto possível o equilíbrio destruído pelo dano e repor a vítima na situação em que ela se encontraria se o ato lesivo não se tivesse produzido. Daí a necessidade, verificando-se poucas exceções, ao princípio de que a responsabilidade está por ele condicionada. Tais exceções se encontram nas situações em que o dano, não preenche as condições anotadas por Caio Mário, quais sejam “certeza, atualidade e subsistência”.⁴⁸

A atualidade diz respeito ao momento de sua ocorrência, devendo existir ou já ter existido, há, porém, hipótese de reparação de dano futuros quando a ocorrência de tal prejuízo se der em virtude de dano atual e houverem elementos suficientes para avaliação do prejuízo.⁴⁹

⁴⁵PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, p. 49.

⁴⁶ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica geral e do Brasil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 115.

⁴⁷Ibidem, p. 116.

⁴⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p. 39.

⁴⁹Ibidem, p. 39.

Para a ação de responsabilidade não pode haver um pedido de reparação de um dano meramente eventual, ou seja, aquele que pode vir a não se concretizar, portanto, deve ser certo. A certeza do prejuízo não quer dizer que este deve ser sempre atual, pois pode-se apurar se o dano terá um desenvolvimento no futuro, daí a distinção entre dano eventual e dano futuro.⁵⁰

O exercício regular de um direito, portanto, ato lícito, sob certas circunstâncias, pode causar prejuízo a alguém, mas, nem sempre subsiste o dever de repará-lo. Uma conduta ilícita, de outro lado, pode perfeitamente não causar prejuízo a ninguém, como se dá, por exemplo, com o empregador que não cumpre norma legal que exige o fornecimento e a fiscalização do efetivo uso de equipamentos de proteção individual pelos seus empregados (EPIs), capazes de evitar graves acidentes de trabalho. Pode ser que, embora não fornecidos os EPIs, o que é uma conduta ilícita (por omissão), nenhum acidente ocorra, nenhum dano haja. Nada restará, então, a ser reparado.⁵¹

Uma análise da significação do direito divide-o em direito objetivo e subjetivo. Em sentido objetivo pode-se dizer que direito é o conjunto de normas que regulam a vida humana em sociedade, como o direito civil, penal e do trabalho. Essas normas possuem caráter geral e são de observância obrigatória por todos. Segundo Clóvis Bevilacqua, o direito como regra social obrigatória é o que se denomina de direito objetivo, que expressa às necessidades dos grupos sociais, sob a forma de preceitos coativos.⁵²

O direito positivo é também conhecido como norma *agendi*, segundo a qual as pessoas devem satisfazer certas pretensões impostas pelo Estado, a exemplo da legislação eleitoral, a qual impõe aos cidadãos a participação ativa no processo eleitoral, como um dever de comportamento sem contraprestação.⁵³

Como bem adverte Caio Mário da Silva Pereira, o direito objetivo não se exprime por meio de conselhos ou normas facultativas, mas sim como determinação impositiva, pela qual se alcança a obrigatoriedade do preceito. Normalmente vem

⁵⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p. 41.

⁵¹PAROSKI, Mauro Vasni. **Dano Moral e sua Reparação no Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 45.

⁵²BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2 ed. Campinas: Servanda, 2015, p. 12.

⁵³Ibidem, p. 13.

acompanhado de uma sanção, em caso de descumprimento, para punir o transgressor e coibir novas inobservâncias.⁵⁴

O dano moral resulta, pois, reconhecido pelo direito positivo, pela doutrina e pela jurisprudência. Apesar de a legislação pátria ter introduzido o instituto do dano moral expressamente no ordenamento jurídico brasileiro apenas com a constituição de 1988, o que foi ratificado pelo legislador do Código Civil de 2002, a definição de tal instituto ainda se faz precária, por envolver questões extremamente subjetivas atinentes a cada indivíduo.

Muitas vezes, tem-se a figura do dano moral, que pode resultar do mesmo fato que produziu o dano material, ou pode vir isoladamente. E nesse ponto que se precisa buscar uma definição clara do que seja o dano moral. Uma maneira de fácil compreensão para tal é a análise por exclusão do dano patrimonial, isto é, se há dano, e este não provoca reflexo patrimonial, trata-se de dano moral: Dano moral é aquele sem qualquer repercussão patrimonial. Nele não ocorrem as características do dano patrimonial. E o sofrimento psíquico ou psíquico ou moral.

A reparação pelos danos causados de forma pecuniária não significa que o sentimento da pessoa voltará ao mesmo do início, de antes de o dano ser causado, mas compensará de alguma forma pelo mal que lhe foi causado.

Conforme evolui a sociedade e os direitos de cidadania, também evolui o aparato protetivo do homem nesse meio. O próprio conceito de dano é a confirmação dessa evolução, que passou do simples ressarcimento pelo desfalque material concreto, para abranger também os lucros cessantes, os danos emergentes e os danos imateriais (não patrimoniais). O conceito de dano, portanto, passou a ser considerado como qualquer lesão a um bem jurídico reconhecido. Nisto se incluem os direitos da personalidade, ou seja, os direitos assegurados à pessoa, que necessitam ser sancionados, mesmo quando envolvam consequências não patrimoniais (imateriais).

⁵⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p. 39.

2.1 NEXO CAUSAL

O nexo de causalidade, ou nexo causal, é o segundo pressuposto essencial da responsabilidade civil. Conforme demonstrado, a essencialidade da conduta humana, culposa ou não, pode dar azo à responsabilidade civil, porém cabe ao nexo causal um papel de relação de causa e efeito entre a conduta e o dano. Assim sendo, antes mesmo de apurarmos a culpa do agente, a causalidade tem o propósito de apurar se o suposto autor deu ou não causa ao resultado danoso.

Importante salientar que nem sempre a conduta do agente foi a determinante para produzir o dano, deste modo, assim como existe causas para a configuração do nexo de causalidade, existem também as excludentes, pois, como vamos ver adiante, nem sempre o agente será o responsável pelo dano causado, não havendo assim a soma entre a conduta e o dano.

Assim, entre a conduta danosa, omissiva ou comissiva, e o dano verificado, deve haver um liame causal, vale dizer, uma relação de causa e efeito para que surja o dever de indenizar. Assim, o liame de causalidade é um elemento indispensável da responsabilidade civil, cuja função é a de colocar em relação outros dois elementos constitutivos da responsabilidade, a saber, a conduta e o dano.

A noção aparentemente simples enfrenta diversas complexidades, porque da mesma maneira que a culpa, o nexo de causalidade vem sofrendo algumas modificações com o desenvolvimento da disciplina da responsabilidade civil:

O nexo causal é a “esfinge” da responsabilidade civil. Aqueles que não podem responder o seu enigma, se bem que não sofrerão um destino bem típico dos contos e história mitológicas – sendo mortos e totalmente devorados por esses monstros vorazes –, infelizmente serão excluídos da possibilidade de prosseguir na trajetória desta matéria para aquilo que propõe a complexidade dos nossos tempos.⁵⁵

O nexo causal não é um fenômeno propriamente jurídico, ele decorre essencialmente da realidade natural. Se há um resultado, há uma causa. Seguindo essa lógica é possível perquirir, em etapas, a sequência de fatos que deu origem ao

⁵⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 455.

resultado e, nesse percurso, apurar os agentes do processo. Imaginemos uma formação rochosa como a Chapada dos Guimarães, em Mato Grosso.

Essas pedras costumam ter formatos atípicos, com inclinações não tão comezinhas e que até aparentam desafiar a gravidade, encontrando-se espécies rochosas típicas de áreas marinhas em pleno cerrado central brasileiro. Se aplicarmos a lógica do nexo de causalidade à geologia, chegaremos a algumas explicações do fenômeno, como o deslocamento dos continentes, o recuo do mar onde outrora foram áreas alagadas, o deslocamento do vento em velocidades e intensidades diferentes, moldando os formatos arredondados das pedras. O que hoje pode-se observar é o resultado da natureza, um *act of God* na sua essência plena.

Da mesma forma em que os resultados podem ser explicados por fenômenos naturais, a lógica se aplica na apuração das eventuais causas humanas. Ainda socorrendo-se de exemplos geológicos, podemos citar o caso de um grupo de adolescentes ingleses que causou destruição a uma formação rochosa que levou aproximados 320 milhões de anos para ser formar.⁵⁶

As pedras, que repousavam de forma extraordinária, empilhando-se em ângulos que podem ser considerados “quase impossíveis”, foram postas abaixo. Em poucos minutos, um grupo de adolescentes decidiu empurrar os pedregulhos, que, ao colapsarem com o solo, foram destruídos. Nesse caso, é possível, através do nexo de causalidade, apurar a culpa dos adolescentes pela destruição da formação geológica e a constituição desse novo e muito menos interessante formato geológico que passou a existir.

Luiz Roldão de Freitas Gomes aponta que para concretizar-se “a responsabilidade é indispensável que se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido”⁵⁷, de sorte a poder-se afirmar ter havido o dano porque o agente procedeu de modo contrário ao direito.

⁵⁶BRESLIN, Sean. 320-Million-Year-Old Rock Formation Destroyed by Vandals in England. The Weather Channel. Estados Unidos da América. 15 jun. 2018. Disponível em: <<https://weather.com/news/news/2018-06-15-vandals-destroy-brimham-rocks-england>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁵⁷GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 67.

Trata-se de elemento objetivo indispensável, embora hoje flexibilizado para a eclosão do dever de reparar, seja na responsabilidade civil de natureza subjetiva, seja naquela de natureza objetiva. Dessa maneira, sem que o suposto autor do dano tenha efetivamente contribuído para o seu surgimento, não pode ser responsabilizado civilmente.

Todavia, assim como a culpa, enquanto pressupostos do dever de reparar, vêm sofrendo um processo de erosão, considerando que muitas vezes o responsável pela indenização nem sempre é o autor do dano, como nas hipóteses de responsabilidade transubjetiva elencadas nos incisos do art. 932 do Código Civil, ao mesmo tempo em que também, em variadas hipóteses, alguém poderá ser responsabilizado pela reparação sem ter de qualquer modo contribuído para o dano, a exemplo das hipóteses de responsabilidade objetiva embasada no risco integral, entre outras hipóteses em que se verá oportunamente.⁵⁸

O nexo de imputação se sobrepõe à causalidade direta ou indireta do dano quanto ao responsável por imputação meramente legal. A imputação obrigará a quem é o causador do prejuízo, mas também em muitas ocasiões a quem não o foi, por imperativo de lei e de justiça na reparação do dano. Por exemplo, observem-se as hipóteses de um proprietário de um determinado veículo automotor que responde pela reparação de um dano causado por outrem, de forma solidária até com este, que não guarde relação de transubjetividade na forma do art. 932, anteriormente citado, por ter emprestado esse bem sem qualquer relação de trabalho, emprego ou preposição com o causador do evento.

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto trazem uma importante reflexão sobre a adequada análise do nexo de causalidade e a aplicação da justiça:

Hoje chegamos ao ponto de sustentar com naturalidade que o surgimento da obrigação de indenizar não é tributária de um ilícito ou de uma conduta culposa, sendo suficiente a relação de causalidade entre uma atividade de risco desenvolvida pelo agente e o dano injusto (art. 927, parágrafo único, CC). Nada obstante a sua essencialidade, tanto na teoria subjetiva como na objetiva da responsabilidade civil, o nexo causal é manejado pelos nossos juízes e tribunais com intensa subjetividade e desprezo à boa técnica

⁵⁸CABRAL, Marcelo Marques. **Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 156.

jurídica. Magistrados adotam teses opostas para justificar a investigação do nexo e a existência de uma obrigação de indenizar com base no “bom senso”, eximindo-se de uma busca de juridicidade e cientificidade. Teorias são citadas não pelo seu conteúdo intrínseco, mas apenas para conferir uma aparência de legitimidade às escolhas emocionais e presunções dos julgadores, normalmente destinadas a favorecer vítimas incapazes de demonstrar o nexo causal. O nexo causal imita a vida em todo o seu caos, desordem e incerteza. Por isto, apesar da doutrina ter se encarregado de um hercúleo ofício de criar várias teorias sobre a relação de causalidade, nenhuma delas recebeu adesão total ao ponto de descartar a aplicação das demais.⁵⁹

Portanto, a apuração do nexo causal é indispensável em quaisquer hipóteses de responsabilização e seu abandono poderá facilmente dar azo à injustiça:

Como se percebe, aí está um pressuposto que não pode jamais ser afastado do instituto da responsabilidade civil, sob pena de esta se transformar em um jogo de azar, numa cega loteria. É, talvez, de todos os pressupostos da responsabilidade civil, o mais de perto ancorado na perspectiva moral da ação humana, pois indica, primariamente, que se responde pelo dano injusto que se causa.⁶⁰

A aplicação do nexo de causalidade também não é idêntica nas responsabilidades subjetiva e objetiva, visto que a culpa é elemento diferenciador entre elas, sendo essencial para aquela e dispensado nesta. Afirma Flávio Tartuce:

De início, na responsabilidade subjetiva pode-se afirmar que o nexo de causalidade – cano, ponte ou fio – é formado pela culpa lato sensu, que é justamente o elemento encontrado entre a conduta humana e o prejuízo causado. (...) Já na responsabilidade objetiva, o nexo é constituído pela lei, que qualifica a conduta, ou por uma atividade de risco desempenhada pelo autor do dano. A conclusão é retirada do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, o qual define, em termos gerais, as duas possíveis origens da responsabilidade sem culpa.(...) Dessa forma, percebe-se que, mesmo nos casos de responsabilidade objetiva, o nexo de causalidade deve estar presente para que surja o dever de indenizar.⁶¹

Na maioria das hipóteses de responsabilidade objetiva, à exceção daquelas calcadas na teoria do risco integral, a exclusão do nexo de causalidade

⁵⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Op. Cit., p. 456.

⁶⁰Ibidem, p. 457.

⁶¹TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil.** 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 370.

pelo caso fortuito, a força maior, a culpa de terceiro e a culpa exclusiva da vítima configuram verdadeira tábua de salvação para exclusão do dever de indenizar. Em razão da complexidade envolvida na apuração do nexo de causalidade e da sua relevância na disciplina da responsabilidade civil, desenvolveram-se diversas teorias no sentido de regulá-la.

2.1.1 Teorias da causalidade

Conforme dito, a noção de um nexo de causalidade, existe no mundo natural. É o vínculo que permite investigar a relação de causa e efeito. Flávio Tartuce apresenta uma fácil alegoria para explicá-lo, afirmando que “pode-se imaginar o nexo de causalidade como um cano virtual, que liga os elementos da conduta e do dano”.⁶²

Não obstante, a ficção jurídica do direito não espelha necessariamente o estado de natureza e, portanto, precisa diferenciar as causas que realmente dão origem aos efeitos de forma ficcional, para que se possa limitar a extensão do nexo causal:

De fato, reconhece-se, há muito, que o nexo de causalidade natural ou lógico se diferencia do jurídico, no sentido de que tudo que, no mundo dos fatos ou da razão, é considerado como causa de um evento pode assim ser considerado juridicamente. A vinculação da causalidade à responsabilização exige uma limitação do conceito jurídico de causa, sob pena de uma responsabilidade civil amplíssima. É o que revela, de forma eloquente, a sempre lembrada passagem de Binding, que alertava para os perigos de se responsabilizar, como partícipe do adultério, o próprio marceneiro que fabricou o leito no qual se deitou o casal amoroso.⁶³

Se no passado a culpa funcionava como um freio à responsabilização indevida, a sua erosão e conseqüente perda da essencialidade, o nexo causal foi elevado a um patamar mais relevante, em especial, diante do fato de – em muitos casos – ser a única hipótese de limitação da responsabilidade civil:

⁶²TARTUCE, Flávio. Op. Cit., p. 371.

⁶³SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 55.

Chega-se, hoje, a afirmar que o juízo de responsabilidade, nos casos de responsabilidade objetiva, “acaba por traduzir-se no juízo sobre a existência de nexos de causalidade entre fato e dano”. E os tribunais têm mesmo declarado, com algum exagero, que “o nexo causal é a primeira questão a ser enfrentada na solução de demandas envolvendo responsabilidade civil e sua comprovação exige absoluta segurança quanto ao vínculo entre determinado comportamento e o evento danoso.”⁶⁴

Uma miríade de teorias se apresenta na tentativa de trazer segurança à fixação do nexo de causalidade, porém, conforme veremos, nem a doutrina, nem a jurisprudência defendem exclusivamente uma única teoria da causalidade, sempre oscilando. Essencialmente, labora-se de forma mais minuciosa sobre aquelas que consideramos mais relevantes, quais sejam: (i) a teoria da equivalência das condições; (ii) a teoria da causalidade adequada; (iii) a teoria da causalidade eficiente; e (iv) a teoria da causa direta e imediata.

2.1.2 Teoria da equivalência das condições

Também conhecida como teoria da equivalência dos antecedentes ou como teoria da *conditio sine qua non*, essa teoria não faz distinção entre causa, que é aquilo que uma coisa depende quanto à sua existência, e condição, que é o que permite à causa seus efeitos positivos ou negativos.

Portanto, causa é qualquer condição sem a qual o resultado não teria se materializado, não se analisando a sua relevância para o resultado. Essa teoria surge do pensamento de Thomas Hobbes, em *Elements of law: natural and politics*, que afirma que é causa o evento sem o qual o resultado não ocorre, e de John Stuart Mill, que escreve que todas as causas indispensáveis para a produção do dano devem ser estabelecidas como causas do evento.

Von Buri, no âmbito do direito penal, desenvolveu a teoria, equiparando a causa a todas as condições necessárias para a produção do resultado e que, além do nexo causal natural, deveria ser considerada “a intenção do agente durante todo o desenvolvimento causal que ensejou o dano”.

⁶⁴SCHREIBER, Anderson. Op. Cit., p. 55.

Segundo Pablo Malheiros da Cunha Frota, A teoria da equivalência das condições é a que mais se aproxima da causalidade fática ou natural, tendo em vista que o nexos causal é demonstrado por meio de todos os eventos considerados condições necessárias "*conditio sine qua non*" para o dano, a viabilizar a responsabilização do agente. Isso porque cada condição por si só não é eficaz para vincular evento danoso e dano.⁶⁵

Por meio de um processo mental, segundo a teoria, deve-se excluir determinada condição que levou ao resultado. Se o resultado não se materializaria sem aquela condição, não há que se falar em causa, logo, se o mesmo resultado ocorreria, trata-se de causa. A teoria da equivalência das condições sofre profunda crítica, porque permitiria, em tese, retroagir até o infinito do nexos causal. Exemplifiquemos: imaginemos que alguém foi vítima de homicídio perpetrado por outrem.

Segundo a teoria da equivalência das condições, também seriam responsáveis pelo resultado os pais do homicida, o dono da loja de armas, o fabricante de armas, o fornecedor de matérias primas, o inventor da arma de fogo, o inventor da pólvora, recuando infinitamente até chegar a Deus ou ao Big Bang.

Apesar desse problema, que poderia levar à responsabilização ao infinito, a teoria da *conditio sine qua non*, não é sem utilidade, encontrando acolhimento no art. 13, caput e parágrafo único, do Direito Penal. Isso ocorre porque, naquele ramo do Direito aplica-se o Princípio da Tipicidade, excluindo do nexos causal todo aquele que não cometeu ato atípico. Assim, no nosso exemplo, se todos os demais cometeram atos atípicos, apenas aquele que disparou a arma de fogo deverá ser responsabilizado.⁶⁶

Até poder-se-ia idealizar um sistema em que a teoria da equivalência das condições fosse aplicada no Direito Civil, porém, seria necessário que o Código Civil arrolasse, de forma *numerus clausus*, as hipóteses de indenização, da forma como ocorre no Direito Penal e já ocorreu na responsabilidade embrionária. Esse modelo, no entanto, seria por demais restritivo nos dias atuais, visto que seria impossível que o legislador arrolasse todas as possíveis hipóteses de indenização, o que resultaria

⁶⁵FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 72.

⁶⁶Ibidem, p. 74.

em grande injustiça pela negativa de reparação. Portanto, a teoria da equivalência das condições não deve ser aplicada em sede de responsabilidade civil.

2.1.3 Teoria da causalidade eficiente

A teoria da causalidade eficiente surgiu para combater a subjetividade, fruto das teorias da equivalência das condições e da causalidade adequada, que coloca sob o jugo do magistrado o reconhecimento do nexo de causalidade, segundo sua opinião, largamente desvinculada de critérios certos. Segundo essa teoria, buscando fugir da incerteza, os antecedentes não seriam apurados em abstrato, mas em concreto, avaliados de forma qualitativa e quantitativa, para se determinar a verdadeira causa do evento.

Entre os antecedentes causais, os defensores desta teoria destacavam: (i) a causa que produz o resultado; (ii) a condição que não produz o resultado, mas de alguma forma remove o obstáculo para a atuação da causa; e (iii) a ocasião que favorece a operatividade da causa eficiente.⁶⁷

Segundo Pablo Malheiros da Cunha Frota, essas premissas ensejaram o surgimento de padrões para viabilizar a concretização da teoria da causa eficiente:

(i) quantitativo (Karl Von Birkmeyer) – entre as condições necessárias para o dano, há uma cristalina diferença de eficácia entre elas, qual seja, será a condição eficiente aquela que em uma análise quantitativa tenha produzido o dano. Questionamentos foram feitos a esta percepção: a) a culpabilidade não pode se embasar em uma relação tão estreita com a causalidade; b) a teoria não pesquisa os princípios físicos e os jurídicos para propor a eficácia na prática, sendo necessário conhecer qualitativa ou quantitativamente as condições para apontar a contribuição de cada uma para a produção do efeito, a torná-la ineficaz; c) mesmo se dividindo materialmente o resultado, a dificuldade persiste, em razão das múltiplas causas que podem ser eficientes para a produção do dano. Essas críticas são rebatidas com a afirmação de que, mentalmente, não é difícil analisar a condição eficiente para produzir o dano e, na impossibilidade de fazê-lo, todas as condições serão equiparadas como eficientes para tal mister; (ii) qualitativo (Kohler e Mayer) – distingue entre condições estáticas, dinâmicas e forças impulsionadoras, com estas últimas sendo consideradas as causas eficientes pelo fato de o dano depender delas para acontecer (ou não); com

⁶⁷CRUZ, Gisela Sampaio da Cruz. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 55.

as outras duas primeiras sendo apontadas como meras condições. Dessa maneira, a causa eficiente seria a de maior eficácia, por meio de uma qualidade intrínseca no processo causal de acordo com o desenlace normal dos acontecimentos (...), esta também de difícil mensuração em um caso concreto.⁶⁸

Afirma ainda o autor que outros, em especial Stopatto e Catherein, se propuseram a distinguir causa, condição e ocasião na busca de aperfeiçoamento da teoria, dado que todas concorrem para o evento danoso sem, no entanto, serem sinônimas.⁶⁹

A condição é um elemento que permite a atuação da causa, por exemplo, abrir a janela durante o dia não é a causa de um ambiente se iluminar, porém é uma condição para que a luz possa nele penetrar; a ocasião é uma condição que auxilia na configuração do resultado, porém não é inerente a ele, como a noite constituir um período do dia que facilita a ocorrência de furtos e de roubos em uma região.

2.1.4 Teoria do dano direto e imediata

Por fim, diante das críticas dirigidas às três teorias apresentadas até esse ponto, ganhou destaque a chamada teoria da causalidade direta e imediata, que considera causa apenas o evento que se conecta diretamente com o dano, sem interferência de condições sucessivas, consideradas meras concausas.

Tal teoria, ao menos aparentemente, fundamenta-se em um fator mais objetivo que suas concorrentes, prescindindo de noções abertas como “eficiência causal” ou “normalidade social”. Além disso, sob o ponto de vista da sua extensão, a teoria da causalidade direta e imediata, também chamada teoria da interrupção do nexo causal, tem o condão de restringir a relevância do comportamento humano, para fins de responsabilização, aos acontecimentos mais próximos da geração do prejuízo, o que evita injustiças flagrantes como aquelas já suscitadas na análise da teoria da equivalência das condições.⁷⁰

Apesar de não haver unanimidade na doutrina, a teoria da causalidade direta e imediata teria sido positivada pelo art. 1.060 do Código Civil de 1916 e pelo

⁶⁸FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Op. Cit., p. 58.

⁶⁹Ibidem, p. 58.

⁷⁰SCHREIBER, Anderson. Op. Cit., p. 60.

art. 403 do Código Civil de 2002, que dispõe: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.⁷¹

Apesar de se tratar de um dispositivo relativo ao inadimplemento de obrigação, vem sendo aplicado à responsabilidade civil, sendo norma que tende à unificação do sistema dualista de responsabilidades.

É, de fato, na vida real, onde os acontecimentos pulsam, que se sente o termômetro da Responsabilidade Civil, verdadeira mola propulsora, nos dias atuais, até mesmo de consideráveis parâmetros de regulação da própria economia, tendo em vista a inclusão, no patrimônio passivo de grandes empresas e de instituições públicas, das obrigações indenizatórias advindas de decisões judiciais em processos pelas mais diversas formas de reparação.

Teoria da ação ou da causa humana A teoria da ação ou da causa humana foi desenvolvida pelo jurista italiano Francesco Atolisei e visa a valorização de um conjunto de forças que cada indivíduo domina nas relações em que o resultado danoso possa ser causado por ele, excluindo-se apenas aquilo que pode ser considerado excepcional. Segundo Pablo Malheiros da Cunha Frota, na relação causal há um fato positivo e outro negativo, com o primeiro significando a atividade humana como uma condição para o atingimento do resultado; o segundo evita que o resultado advenha de fatores excepcionais com eficácia decisiva em sua essência (...). Essa teoria confere uma relevância singular às excludentes que irrompem com o nexa causal.⁷²

Sebastian Soler, jurista argentino, diferencia a ação e a causalidade, “cujo foco é a concatenação material a ser atingida pela vontade do ser humano, considerada como ‘força produtora supercausal’, sendo equivocado tratar do problema da causalidade sob o viés naturalístico”.⁷³

O doutrinador entende que a vontade humana subverte a causalidade natural pela ação – este elemento próprio daquela – é criadora de resultados, mas

⁷¹TARTUCE, Flávio. Op. Cit., p. 311.

⁷²FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Op. Cit., p. 58.

⁷³Ibidem, p. 59.

não é causa deles. Segundo tal inteligência, o juiz, ao apreciar cada um dos eventos e danos casuisticamente, deverá analisar a ação humana para constatar toda a reflexão realizada pela pessoa “como força produtora supercausal, levando em consideração o cálculo, a probabilidade e a possibilidade, a ensejar uma causalidade intelectualizada”.⁷⁴

A aferição desta teoria passa pelo seguinte questionamento: “o sujeito é autor de determinado resultado? Pesquisa-se a probabilidade concreta de a atuação do sujeito produzir o resultado danoso”.

A teoria da ação é acolhida pelo direito brasileiro na medida em que o nexos de causalidade adequada é fixado a partir da leitura de razoabilidade da ocorrência do resultado, estando – nessa perspectiva – abarcada pela teoria da causalidade adequada.

2.2 DANO MORAL

O dano moral é um tema que tem sido motivo de diversos estudos e extensos trabalhos acadêmicos. De fato, o assunto é bastante problemático, ensejando discussões homéricas e debates memoráveis, advindos de momentos ainda anteriores ao Direito Romano, passando pelo germânico e francês e, posteriormente, no Brasil, encontrando bastante resistência, até que se consolidasse como tendência jurisprudencial e, por fim, legislativa, de ordem constitucional e infraconstitucional.

Para muitos, o *pretium doloris* era imensurável e, portanto, não indenizável, irreparável, sem possibilidade de ressarcimento. Felizmente, muitos juristas se pautavam pelo impulso inovador e, a despeito da tímida construção legislativa anterior ao atual ordenamento constitucional, já consideravam existente e indenizável o dano moral.

O Poder Constituinte elevou o dano moral à categoria de lesão totalmente reparável, podendo, inclusive, como veremos adiante, serem indenizáveis, pelo mesmo fato, o dano moral e o patrimonial.

⁷⁴FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Op. Cit., p. 59.

Não há por que falar em indenização se o prejuízo não se constatar. E o prejuízo deve afetar o lado não patrimonial da pessoa, como classifica Pontes de Miranda no texto a seguir:

Objeto de direito é tudo que pode ser matéria de relação jurídica. O objeto de direito, como o sujeito de direito, é o que pode ser atingido pela eficácia do fato jurídico. Nos direitos reais, é o substrato mesmo deles, e diz-se coisa; nos direitos de crédito, é promessa. Nos outros direitos, é a vida, a liberdade, o nome, a honra, a própria pessoa, ou a pessoa de outrem, ou outro direito.⁷⁵

O dano moral resulta, pois, reconhecido pelo direito positivo, pela doutrina e pela jurisprudência. Apesar de a legislação pátria ter introduzido o instituto do dano moral expressamente no ordenamento jurídico brasileiro apenas com a constituição de 1988, o que foi ratificado pelo legislador do Código Civil de 2002, a definição de tal instituto ainda se faz precária, por envolver questões extremamente subjetivas atinentes a cada indivíduo.

O que se pode demonstrar é que o requisito básico do dano é o prejuízo. “Assim, no dano moral, como no estético, ou no dano à imagem, o prejuízo é moral, isto é não há qualquer reflexo no patrimônio da vítima, exceto por lucros cessantes”.

⁷⁶

Muitas vezes, tem-se a figura do dano moral, que pode resultar do mesmo fato que produziu o dano material, ou pode vir isoladamente. E nesse ponto que se precisa buscar uma definição clara do que seja o dano moral. Uma maneira de fácil compreensão para tal, é a análise por exclusão do dano patrimonial, isto é, se há dano, e este não provoca reflexo patrimonial, trata-se de dano moral: Dano moral é aquele sem qualquer repercussão patrimonial. Nele não ocorrem as características do dano patrimonial. E o sofrimento psíquico ou psíquico ou moral.⁷⁷

A reparação pelos danos causados de forma pecuniária não significa que o sentimento da pessoa voltará ao mesmo do início, de antes de o dano ser causado, mas compensará de alguma forma pelo mal que lhe foi causado.

⁷⁵ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 65.

⁷⁶BARBOZA, Jovi Vieira. Op. Cit., p. 141.

⁷⁷Ibidem, p. 142.

2.3 DANOSO COM CULPA (CONDUTA CULPOSA)

Ato danoso, como se observa, é todo ato que cause prejuízo a alguém. À sua conceituação bastariam tais palavras, todavia, é necessário que se explique qual a razão da preferência desta expressão “ato danoso”, em detrimento daquela consagrada, qual seja, ato ilícito. É que, conquanto já se tenha definido, em doutrina, que ato ilícito é aquele que cause prejuízo, existem os partidários de que o ato ilícito se vincula fundamentalmente ao conceito de culpa, como o fez Aguiar Dias *apud* Assis Neto, em um primeiro momento, afirmando que:

Para nos inteirarmos da noção de culpa, cumpre partir da concepção do fato violador de uma obrigação (dever) preexistente. Esse fato constitui o ato ilícito, de que é substratum a culpa. Esta o qualifica. A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável.⁷⁸

Isto ocorre porque muitos dos doutos, costumam atribuir a esse vocábulo um sinônimo mesmo de responsabilidade civil. Tratam-na não como um elemento subjetivo, mas como a própria inobservância de um dever, seja ele contratual ou extracontratual.

A noção de culpa, portanto, para os autores franceses, estava arraigada nos conceitos romanos de delito e quase-delito, somente, ou seja, de que a violação do dever, quando dolosa, gera delito, quando culposa, gera quase-delito. Embora a culpa fosse aspecto subjetivo do ato ilícito (para nós, da responsabilidade civil), não havia preocupação em se conceituá-la de modo objetivo, mas apenas e tão somente, quanto à perspectiva de derivar ou não da vontade do agente (dolo e culpa).

Este é, portanto, sob o ponto de vista adotado neste estudo, o verdadeiro conceito de culpa, qual seja, aquele que a entende como manifestação da ação (ou omissão) humana que será qualificada como: a) DOLO: quando houver ação ou omissão voluntária e conscientemente contrária ao preceito (contratual ou extracontratual), dirigida para o resultado danoso. Considera-se também como dolo

⁷⁸ASSIS NETO, Sebastião José de. Op. Cit., p. 42.

gerador da obrigação de indenizar aquele a que se refere a lei quanto aos defeitos do negócio jurídico, pois, da leitura dos arts. 145 a 160, o negócio eivado de dolo (indução da outra parte a erro sobre a pessoa, o negócio ou seu objeto) autoriza não só a sua anulação, mas também a satisfação das perdas e danos; b) CULPA: quando houver ação ou omissão voluntária que cause o resultado danoso, não diretamente pela vontade, mas através de imprudência (falta de cuidado na ação) ou negligência (emprego de esforço insuficiente para se evitar o prejuízo).⁷⁹

O Código Civil, em seu já transcrito art. 186, afirma que o ato será ilícito quando resultar de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, dando à culpa, portanto, exatamente, a conceituação que se acaba de adotar.

A visualização da culpa como puro elemento subjetivo, mas conceituado de forma plena, ou seja, com a extensão de seu conteúdo e levando em conta seus elementos caracterizadores, ajuda a distinguir, como se verá adiante, a adoção da teoria da responsabilidade objetiva, pois, a nosso ver, a conceituação de culpa (enquanto elemento da responsabilidade civil) como mero descumprimento de um dever (intencional ou não) configura indisfarçada tautologia, já que a própria noção de responsabilidade impõe o descumprimento do dever como elemento a caracterizá-la. Em outras palavras, a culpa é consequência imediata da adoção da vontade como elemento centralizador das relações jurídicas.⁸⁰

A vontade, com efeito, na conceituação de culpa, está presente em ambas as suas modalidades, seja o dolo, que exige vontade de praticar o ato e de querer o resultado, seja a culpa *stricto sensu*, que exige a vontade apenas de praticar o ato, mas não de querer o resultado danoso, que, no caso, não foi previsto pelo agente, em função de sua imprudência ou negligência.

Esta adoção da culpa, portanto, como elemento integrado da vontade, tem inspiração eminentemente iluminista/liberal e exerceu grande influência a partir de sua consagração no art. 1.382 do Código de Napoleão.

⁷⁹ASSIS NETO, Sebastião José de. Op. Cit., p. 43.

⁸⁰Ibidem, p. 44.

2.4 DANOSO SEM CULPA (CONDUTA NÃO CULPOSA)

Viu-se como é difícil conceituar a culpa, máxime porque, para alguns, ela seria a própria responsabilidade. As lesões decorrentes de contrato caracterizavam culpa contratual; as decorrentes de relações não contratuais caracterizavam culpa extracontratual.

Estando, pois, tão arraigada a ideia da culpa na responsabilidade civil, era necessário, primeiro, delimitar a extensão de seu conceito, como se fez acima, para, só então, poder considerar a existência de responsabilidade sem culpa. Quando se afirma que existe e é aceita a teoria da responsabilidade objetiva, não se quer dizer que esta se contraponha à da responsabilidade subjetiva.⁸¹

Não há que se fixar nem um nem outro critério como regra geral. Ocorre que, em determinados casos, a responsabilidade seguirá exigindo a demonstração de que o ato danoso foi praticado com culpa do agente; em outros casos, isto não se exige. As explicações acerca da necessidade de surgimento de uma teoria que desvencilhasse, em certos casos, a necessidade de demonstração de culpa nos atos danosos. Urge, no entanto, tecer algumas considerações sobre a necessidade de verificação da culpa nas duas modalidades de responsabilidade civil, ou seja, na contratual e na aquiliana.

Começando pela responsabilidade contratual, podemos dizer, de logo, que, contrariando, explicitamente, a expressão culpa contratual, não há que se falar em verificação de culpa para a sua caracterização. Em verdade, repita-se, responsabilidade é uma das consequências da inexecução de uma obrigação. Se esta é contratual, o simples descumprimento da prestação, pelo devedor, já autoriza o credor a invocar o direito que resulta do art. 389 do Código Civil.⁸²

Muito embora a doutrina, em grande parte, e a própria lei estabeleça ser a responsabilidade contratual fundada na culpa, somente se pode admitir tal fundamento, sob o prisma aqui adotado, se se aceitar a concepção de culpa acima refutada, qual seja, a de que, em sentido lato, seria a simples violação de um dever preexistente, seja intencional (dolo) ou não intencional (culpa stricto sensu). Com

⁸¹ASSIS NETO, Sebastião José de. Op. Cit., p. 44.

⁸²Ibidem, p. 45.

efeito, se atentar ao conceito objetivado de culpa, no sentido de que resulta de dolo (intenção e consciência da ilicitude) ou culpa *stricto sensu* (imprudência ou negligência), pode-se concluir, com tranquilidade, que tais elementos não são exigidos para caracterização da erroneamente chamada culpa contratual.

Caio Mário da Silva Pereira, embora arrole a culpa como elemento da responsabilidade contratual, também constata que “o descumprimento que sujeita o devedor às perdas e danos é originário de uma falta sua, entendida a expressão em senso largo, abrangente de qualquer infração de um dever legal ou contratual”.⁸³

Aguiar Dias afirmou que “o Código Civil brasileiro adotou a distinção entre culpa contratual e culpa extracontratual”.⁸⁴

Se admitir, portanto, que existem dois conceitos de culpa, um para a responsabilidade contratual, outro para a aquiliana, pode-se aceitar a tautologia de se denominar a culpa como simples inobservância de dever preexistente. No entanto, o que ocorre é que, na responsabilidade contratual, esta culpa denominada pela doutrina acaba por ser presumida, incumbindo ao devedor, portanto, demonstrar que o inadimplemento não se deu por fato a ele imputável.

Aguiar Dias, não concorda com esta afirmação, argumentando que, em muitos casos de responsabilidade extracontratual, de igual forma, também é presumida a culpa e que, ademais, isto se trata de matéria referente à prova civil e não à teoria da culpa.⁸⁵

Expediente definitivamente esclarecedor a este respeito é o de se recorrer à distinção entre mora e inexecução total da obrigação. Em caso de mora, não há que se falar, obviamente, em culpa, porquanto basta que o devedor deixe de efetuar sua prestação no tempo, lugar e forma que o contrato estabelecer para que possa responder pelos prejuízos (Código Civil, art. 395).

Em caso de inadimplemento absoluto, pode ocorrer que ele se dê por perda do objeto da prestação. Se esta perda se dá por culpa do devedor, incidirá ele na responsabilidade contratual. Se não, estarão presentes as hipóteses de caso fortuito ou de força maior.

⁸³PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p. 309.

⁸⁴DIAS, José de Aguiar. Op. Cit., p. 419.

⁸⁵Ibidem, p. 419.

Observa-se, portanto, que a moderna doutrina afasta a necessidade de demonstração de culpa na responsabilidade contratual. Já na responsabilidade extracontratual, isto nem sempre é possível. Disto resulta concluir, em primeira análise, que a responsabilidade aquiliana pode se fundar, ou não, na culpa. Quando temos responsabilidade extracontratual fundada na culpa, diz responsabilidade subjetiva.

Genericamente, tem-se a responsabilidade aquiliana fundada na culpa, porquanto o preceito da responsabilidade objetiva, é a existência de risco na atividade. Cabe, então, observar se existe risco na atividade. Caso haja, a responsabilidade será objetiva, sem necessidade de demonstração da culpa do agente causador do prejuízo. A responsabilidade subjetiva, portanto, é residual, aplicando-se aos casos em que não se verificar o risco.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO DECORRENTE DO ERRO

A responsabilidade pelo dano material provocado pelos profissionais liberais (médicos, dentistas, advogados e outros que exercem atividade econômica de caráter intelectual) está no art. 951 do Código Civil: O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Observa-se que a responsabilidade do profissional liberal está baseada na culpa, o que se observa, inclusive, no Código de Defesa do Consumidor: “Art. 14, § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.⁸⁶

Sobre este tema, Antônio Chaves escreveu com muita propriedade:

As possíveis faltas dos médicos dividem-se em duas grandes classes: relativas aos deveres de humanidade, e de técnica médica. Entre as primeiras apontam-se: a) recusa de socorrer um doente em perigo; b) abandono do doente; c) falta do dever de instruir o cliente sobre seu estado e obter seu consentimento; d) falta do dever de salvaguarda; e) violação do segredo profissional. Com relação às segundas, os erros profissionais são divididos em seis espécies: a) erros de diagnóstico; b) faltas relativas ao tratamento, sendo impróprio ou mediante instrumentos ou remédios inadequados; c) faltas por ocasião de uma operação ou intervenção; d) erros de prognóstico; e) falta de higiene f) erros cometidos por radiólogos e outros especialistas, especialmente anestesistas.⁸⁷

As situações descritas acima são todas passíveis de acarretar dano moral. As relativas aos deveres de humanidade pelo tratamento desumano que acarreta ao lesado, ofendido em seu direito à saúde, garantido pelo art. 196 da Constituição Federal.

⁸⁶ASSIS NETO, Sebastião José de. Op. Cit., p. 414.

⁸⁷HAVES, Antônio. Responsabilidade civil das clínicas, hospitais e médicos. **Revista Jurídica Síntese**, Porto Alegre: Síntese, n. 159, 1991.

As de técnica médica pelas lesões provocadas na pessoa que, a par de traduzirem danos de ordem patrimonial, acarretam também danos morais. A responsabilidade há de ser considerada sob vários ângulos. A falta de humanidade caracteriza relação não contratual, enquanto que o erro técnico configura o vínculo convencional, eis que o paciente está em posição de contratante com o médico, hospital ou clínica.

A doutrina consagrou, no entanto, que a responsabilidade do médico se baseia na culpa quando se tratar de obrigação de meio, pois aí o profissional não assumiu o ônus de atingir um certo resultado. Tratando-se de obrigação de resultado, tem-se que a responsabilidade do médico é objetiva, uma vez que não se cogita de exigir a culpa para que seja ele compelido a indenizar os danos resultantes do não atingimento desse resultado esperado.⁸⁸

Conquanto se tenha evitado falar em presunção de culpa, o Superior Tribunal de Justiça chegou a essa mesma conclusão, considerando, no entanto, que, por se tratar de responsabilidade contratual, a obrigação de resultado do médico conduz à presunção de culpa quanto aos danos causados.

Como visto, a responsabilidade civil de modo geral apresenta a ideia de que quem causa um dano a outrem deve repará-lo, não se podendo perder de vista, portanto, os pressupostos da obrigação de indenizar: conduta, dano e nexos de causalidade, todos previstos no art. 927 do Código Civil.

Uma relação à envolver médico e paciente que tenha por resultado um atendimento não satisfatório, pode gerar um conflito e levar as partes ao Judiciário, evidentemente, com o objetivo de saná-lo, pois, quando as partes não transigem extrajudicialmente e não sanam o conflito, inevitavelmente optam pela solução judicial, disto surgindo uma nova ação, um novo processo judicial, o qual culminará com uma decisão judicial.

Para apresentar um conceito para erro médico, vale-se da doutrina de Salamacha, para quem o erro médico pode ser entendido como “uma falha no

⁸⁸ASSIS NETO, Sebastião José de. Op. Cit., p. 415.

exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional”.⁸⁹

O que se percebe é um movimento muito mais acentuado de mudança de postura em relação ao que se tinha por aceitável. Atualmente não há mais omissão, não há mais motivo para que uma dor seja suportada na solidão.

A perda de um ente querido por suposta falha no exercício profissional de um facultativo deve no mínimo ser investigada para que possa efetivamente ser comprovada.

É impossível crer que alguém que se submete a uma cirurgia de joelho, adentre bem um centro cirúrgico e de lá retorne com diagnóstico de morte cerebral. Interessante colocação é feita pelo autor no que respeita ao erro médico: a verdade tem três aspectos – a do paciente, a do médico e como ela realmente é. Repousa nas mãos do juiz encontrar o ponto justo da questão.

Há deveres médicos, os quais, uma vez violados, acarretam a responsabilidade do profissional. Estes deveres se classificam em: Dever de conselho: a) orientação a respeito do tratamento – o médico tem o dever de orientar o enfermo ou as pessoas de cujo cuidado este depende, acerca do procedimento correto para que o doente recupere a saúde ou apresente, conforme o seu estado, pelo menos, um quadro estável, sem sofrimento e desconforto.⁹⁰

Cabe a orientação, não só quando esteja internado o paciente, como também quando o tratamento seja ambulatorial ou domiciliar; b) indicação, quando necessário, de especialista ou cirurgião – é muito importante que o médico indique o especialista ou o cirurgião em tempo oportuno, pois, sendo feito tardiamente, as consequências poderão ser graves ou irreversíveis; c) informação acerca dos riscos do tratamento ou do ato cirúrgico – esse dever circunscreve-se à informação sobre os riscos mais comuns, os que muito raramente ocorrem,

Dispensam enumeração, a não ser em se tratando de cirurgia puramente estética ou do chamado risco residual, o qual pode ser evitado, quando o

⁸⁹SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico** - Inversão do Ônus da Prova - Edição Revista e Atualizada de Acordo com a Lei 13.105 de 16.03.2015 - Novo Código de Processo Civil. Curitiba: Juruá, 2016, p. 93.

⁹⁰Ibidem, p. 94.

paciente houver sido alertado sobre a possibilidade de sua ocorrência; d) informação quando se trate de doença grave, sobre o estado real do paciente e a evolução da doença, ainda que exista um prognóstico de irreversibilidade do quadro apresentado.⁹¹

Dever de assistência e cuidado:

a) abstenção de abusos e desvios de poder – constituem-se os abusos, mediante a realização de experiências médicas em pacientes, sem o seu consentimento, tratamentos arriscados e cujo êxito seja duvidoso; b) abandono do doente – o não atendimento a chamado, por exemplo, nem sempre configura situação de abandono do doente, desde que o médico não atenda a domicílio.⁹²

Trata-se de questão de fato, a ser examinada caso a caso,

c) vigilância pré e pós-operatória – é necessária esta vigilância, pois, durante estas fases, riscos existem e acidentes podem ocorrer, como, por exemplo, acidentes respiratórios, problemas cardíacos etc.; d) permanente atualização. Do art. 5º do Código de Ética Médica, depreende-se que o médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.⁹³

É absolutamente necessário falar toda a verdade ao doente, explicando inclusive as palavras técnicas que aparecerem nos exames, de modo a esclarecê-lo sobre sua situação.

No que concerne às complicações em virtude de ato do cirurgião, implica apontar o despreparo do mesmo. Já as complicações oriundas do método, decorrem da evolução da Medicina, com o abandono de determinadas técnicas (que não mais devem ser utilizadas), que pareciam ser adequadas em uma época, deixando de ser num outro momento. Nestes dois casos, se comprovada a negligência, imperícia ou imprudência, responsabilizado será o cirurgião.

Os elementos de distinção que podem permitir a caracterização do tipo de uma obrigação, se de meio ou se de resultado, vêm de dados tais quais a vontade

⁹¹SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. Op. Cit., p. 94.

⁹²Ibidem, p. 94

⁹³Ibidem, p. 94.

das partes, a natureza da obrigação envolvida, o fator álea, a coparticipação do interessado e a noção de equidade.

A rigor não se espera que o médico, profissional dedicado a saúde, possua a vontade deliberada de ocasionar algum mal ao paciente.

Há toda uma lógica para que seja dado tratamento jurídico diferenciado aos profissionais liberais. Não se pode exigir cumprimento do contrato médico ou advocatício, para mencionar dois exemplos, como se fosse um contrato de empreitada, de depósito, de transporte ou outro qualquer. Na atividade médica ou advocatícia, o resultado final almejado não depende apenas da capacidade, conhecimentos e empenho do profissional, porque fatores externos e aleatórios interferem na concretização do contratado. Por mais que o advogado seja competente, a vitória ou derrota no processo dependerá de fatores os mais diversos, a começar pelo entendimento e valoração que o magistrado atribua às provas. Quanto ao médico, por mais consciencioso que seja, não pode se responsabilizar pela cura total do doente, mormente se a doença for grave, porque cada organismo pode reagir diferentemente a um mesmo tratamento ou medicamento, dentre outras inúmeras variáveis que podem interferir na cura.⁹⁴

Todo esse quadro encaminha para o estudo da responsabilidade civil por deficiência, imprecisões e erros ao prestar serviços médico-hospitalares que, para uma compreensão melhor, deverá ser averiguado sob dois ângulos dessemelhantes: “quando prestada pessoal e diretamente pelo médico, como profissional liberal; e, quando prestada de forma empresarial através dos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios e planos de saúde”.⁹⁵

Pode-se assim dizer que a responsabilidade civil subjetiva exige os seguintes requisitos legais: conduta (dolosa ou culposa), resultado (dano moral ou material) e nexa causal (vínculo entre a conduta e o resultado).

Atualmente, as doenças ocupacionais decorrentes do acidente do trabalho anormal, tomam conta os institutos de previdência, tendo em vista as consequências assustadoras da incapacidade laboral geradas por tais enfermidades.

Ao se propor uma ação, deve-se ter em mente que a petição inicial é uma peça de fundamental importância no processo, e a lei processual enumera alguns

⁹⁴MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 96.

⁹⁵Ibidem, p. 96.

requisitos para a sua aptidão. A falta de algum destes requisitos pode ensejar a sua inépcia, o que impede o prosseguimento do processo.

Dentre estes requisitos, está a “prova dos fatos” em que se fundamenta um pedido em uma determinada ação. Nas ações que envolvem relação entre médico e paciente, muitas vezes a prova é extremamente difícil de ser produzida. E, como já se salientou, o ônus da prova incumbe em regra a quem alega um determinado fato, até mesmo em sede consumerista, não obstante a adoção da teoria objetiva.

No que respeita aos profissionais liberais, o CDC estabelece a responsabilidade subjetiva. Desse modo, independe o tipo de responsabilidade, isto é, se objetiva ou subjetiva, para dar-se a inversão do ônus da prova. Essa, diga-se, é operada com base nos critérios estabelecidos naquela Lei, e não automaticamente.

3.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – DANO ESTÉTICO

A par do conceito clássico de dano moral puro, o dano estético talvez seja o primeiro bem jurídico extrapatrimonial a ter a sua autonomia reconhecida pela doutrina e jurisprudência. Marli Aparecida Saragiotto explana, em sua tese de doutoramento, em que defende a autonomia do dano existencial, que o dano estético – apesar de ter o seu reconhecimento recente – já se encontrava previsto na Lei das XII Tábuas romana. Tal lei previa três lesões puníveis com multa: a injúria, que seria uma lesão leve; o *fractum*, que correspondia a fratura de algum osso; e o *membrum ruptum*, que significava a mutilação de membro. Os dois primeiros delitos eram punidos com pena pecuniária, ao passo que o terceiro, o *membrum ruptum*, submeteria o ofensor à pena de Talião, sendo opção da vítima a sua substituição por indenização pecuniária.⁹⁶

Ainda que não se trate propriamente de responsabilidade civil, fica evidente que a integridade física é um valor protegido pelo Direito desde os tempos antigos. A possibilidade de celebração de acordo, por sua vez, já indica a

⁹⁶SARAGIOTO, Marli Aparecida. **O dano existencial como modalidade autônoma de dano imaterial**. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade Autônoma de Direito, 2017, p. 156.

disponibilidade do direito da personalidade, adotando contornos de reparação civil ao adotar a reparação pecuniária da vítima, ainda que se trate de causa de extinção da punibilidade, por afastar a pena de Talião.⁹⁷

No Brasil, o Código Civil de 1916, nos §§ 1º e 2º do Art. 1.538, permitia a elevação do valor da indenização no caso de o ferimento experimentado pela vítima resultar em aleijão ou deformidade, admitindo até mesmo a constituição de um dote se a vítima fosse “mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar”, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do evento e a gravidade da lesão.

Veja que o dispositivo não cuida das hipóteses de lucros cessantes ou de dano emergente em razão da deformidade, mas de efetiva tutela da aparência, o que fica extremamente evidente no disposto no § 2º, ao relacionar a indenização diretamente com eventual dificuldade de contrair núpcias da mulher. Supreendentemente, apesar da expressa referência na Constituição Federal de 1988, que assegurou a indenização do dano à imagem, o Código Civil de 2002 não possui norma expressa tratando do dano estético.

Se por um lado isso significa a superação do ideal machista de beleza insculpido no § 2º do art. 1.538 do Código Civil, a adoção da uma cláusula geral de dano do art. 944 do Código Civil de 2002 serve como uma porta aberta para o reconhecimento de novas espécies de danos.

O dano estético consiste numa espécie autônoma de dano extrapatrimonial, que lesa a integridade física da pessoa natural, ao passo que o dano moral agride a incolumidade da mente.

O médico, cirurgião plástico, quando se compromete a prestar o serviço relacionado à cirurgia estética, assume a obrigação de resultado, por isso tem responsabilidade civil objetiva, consoante a jurisprudência:

Responsabilidade Civil. Erro médico. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Presunção de culpa em caso de lesão ao paciente que implica dever do cirurgião de comprovar as razões da lesão. Dever do médico de informar ao paciente o risco específico da cirurgia. Dano moral. Indenização mantida, considerados o dano e a natureza da lesão. Recurso improvido. (TJSP - 9220493-80.2008.8.26.0000 — Apelação - Relator(a): Hamid Bdine - Comarca: Santo André - Órgão julgador: 8R Câmara de Direito Privado –

⁹⁷VIEIRA, Jair Lot. **Código de Hamurabi**: Código de Manu (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2011, p. 128.

Data do julgamento: 29/02/2012 - Data de registro: 30/03/2012 – Outros números: 994080429543).

Responsabilidade Civil. Erro médico. Cumulação de Dano Moral e Dano Estético. Possibilidade. Operação de joelho sadio. Dano material. Ocorrência. Vencido. Há erro médico inescusável quando profissional opera joelho sadio ao invés do seu par doente. O custo das sessões de fisioterapia de reabilitação compõe o dano material oriundo do erro médico. É possível a cumulação das indenizações relativas aos danos estéticos e moral quando for possível distinguir, com precisão, a motivação de cada espécie destes. A indenização por dano estético a consubstancia forma de compensação da vítima dos danos que a deformidade física causa na sua autoestima e em sua aceitação perante a sociedade. Indeniza-se, em verdade, a harmonia pertinente às formas físicas de determinado indivíduo, a qual lhe causa constrangimento perante terceiros e mau julgamento sobre si mesmo. O dano moral consiste na sensação de ofensa, humilhação perante terceiros. Consiste este, como sabido, na dor psíquica sofrida experimentada pela vítima do dano ou em sua consequência. O ilícito que redunde em cicatrizes no joelho de jovem estudante redunde em dano estético indenizável. Recurso não provido. Não restando comprovado que a deformidade física da apelada foi capaz de transformar a sua aparência, causando impressão penosa ou desagradável que justifiquem constrangimentos a mesma, impossível indenização a título de danos estéticos. (Desa. Electra Benevides). (TJMG — Processo Apelação Cível 1.0434.07.008993-4/001 89934-47.2007.8.13.434 - Relator(a) Des. (a) Cabral da Silva - Órgão Julgador! Câmara - Câmaras Cíveis Isoladas/loa CÂMARA CÍVEL - Comarca de Origem - Monte Sião - Data de Julgamento - 13/10/2009 - Data da publicação da súmula 30/10/2009).⁹⁸

Mas, na hipótese de cirurgia plástica “reparadora”, nos casos de deformação por acidente, queimadura ou outras alterações que precisem operação, o cirurgião plástico tem obrigação de meio, pois não está vinculado ao resultado de embelezamento. Neste caso, sua responsabilidade civil é subjetiva:

Responsabilidade Civil. Erro médico. Cirurgia plástica reparadora. Obrigação de meio. Dano estético. Incorrência. Contra indicações. Sequelas. Danos morais. I - Não havendo indícios de que a parte esteja incapacitada para o trabalho, improcede o pedido de pensionamento vitalício. II – Não se concebe a transferência dos gastos de cirurgia que pode ser feita gratuitamente através do SUS, pois o desejo de ser operada em clínica particular revela, na verdade, mero capricho da parte, o que, à evidência, não merece tutela. III – Ficou demonstrado que o procedimento cirúrgico não provocou nenhuma deformidade ou assimetria no corpo da paciente. IV – Além disso, a permanência do abdômen em avental não guarda relação com a falta de zelo dos médicos, que, salvo melhor juízo, despenderam todos os esforços possíveis para minimizar o problema. É o que basta para eximir a responsabilidade das rés, nesse particular, pois a cirurgia plástica reparadora encerra obrigação de meio. Portanto, não há dano estético a ser indenizado. V – Por outro lado, vislumbra-se nexos de causalidade entre os danos sofridos pela apelante e a conduta dos prepostos do INPS (nesse caso, sucedido pela União) e da FESO, que, respectivamente, autorizaram e realizaram, em circunstâncias inadequadas,

⁹⁸VIANA, Thiago Henrique Fedri. **Erro médico**: responsabilidade civil do médico, hospital e plano de saúde. Campinas: Millennium, 2012, p. 33 – 34.

o procedimento cirúrgico que deu causa às sequelas descritas no laudo pericial. A responsabilidade das rés, portanto, é solidária. VI. Os transtornos sofridos pela autora certamente são capazes de interferir no equilíbrio psicológico do homem comum. Basta ver que, a par do sofrimento físico, a autora experimentou a angústia de ficar incapacitada de prover o próprio sustento por um longo período. E passados mais de vinte e cinco anos, a autora se vê obrigada a passar por nova intervenção -a terceira -para corrigir as sequelas com que têm convivido desde a primeira cirurgia. VII – A intangibilidade do corpo e da mente são valores fundamentais da personalidade, cuja lesão não comporta a recondução do prejudicado ao estado anterior. Admite-se, por isso, compensação pecuniária. VIII – Na espécie, a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) afigura-se suficiente para tranquilizar o espírito da autora, abalado por tantas intempéries, sem, contudo, proporcionar enriquecimento indevido às custas das rés. IX – Recurso conhecido e parcialmente provido (399606 RJ 1989.51.01.026473- 5, Relator: Desembargador Federal Mauro Luis Rocha Lopes, Data de Julgamento: 26/03/2008, quinta turma especializada, Data de Publicação: DJU - Data: 17/04/2008 - Página: 196).⁹⁹

Verifica-se que o cirurgião plástico, dependendo do serviço médico prestado, terá obrigação de resultado ou de meio, logo a responsabilidade ora é objetiva ou subjetiva; assim, a teoria do risco é aplicada à cirurgia estética e, por sua vez, a teoria da culpa rege a responsabilidade civil decorrente dos atos médicos voltados à cirurgia reparadora.

É evidente que o dano estético não tutela a beleza por si própria, até mesmo porque esse conceito é tão efêmero e subjetivo, que é praticamente impossível se atingir qualquer consenso. Não é por menos que existe o adágio popular “quem ama o feio, bonito lhe parece”, que entre nós é tão difundido ao ponto de constar das linhas de Machado de Assis, em Dom Casmurro. Muito bem aponta Marli Aparecida Saragiotto ao afirmar que o instituto do dano estético ainda se encontra em construção, não gozando de conceito pacífico, inclusive, justamente em razão da complexidade da definição de beleza, que muitas vezes é considerada como requisito da constituição do dano.¹⁰⁰

O dano estético se configura pela mutilação das características físicas individuais da vítima, que é fulminada em seu sentimento de autoestima, ao ver-se transformada de “perfeita” em “imperfeita”. O conceito talhado por Tereza Ancona Lopez nos parece apropriado: “Definiríamos o dano estético [...] como qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um ‘enfeamento’ e lhe causa humilhações e

⁹⁹VIANA, Thiago Henrique Fedri. Op. Cit., p. 34 – 35.

¹⁰⁰SARAGIOTO, Marli Aparecida. Op. Cit., p. 157.

desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral”.¹⁰¹

Em síntese, trata-se de uma lesão a um direito da personalidade, qual seja, o direito à integridade física. Assim, cumpre assinalar que a existência de uma beleza socialmente reconhecida é absolutamente dispensável para a configuração do dano, sendo possível que até mesmo pessoas consideradas não dotadas de beleza pelo julgador sejam vítimas de dano estético.

Tão somente é necessário que a relação da vítima com a sua própria aparência seja atingida de maneira relevante. Não cabe, portanto, ao magistrado o julgamento daquilo que seria o belo, mas apreciar se aquela modificação física atingiu o patrimônio imaterial do indivíduo.

Importante frisar que, a fim de configurar o dano estético, não é preciso que a deformidade seja grave. Para que haja a responsabilidade civil, basta que tenha ocorrido “qualquer modificação” na aparência física da pessoa, ainda que esta reste coberta pelas suas roupas e não sejam visíveis publicamente.

Em sede de responsabilidade civil, não há que se tecer qualquer paralelo com a responsabilidade penal, que diferencia a gradação entre a lesão simples (art. 129 do Código Penal) e a lesão grave (§§ 1º e 2º do art. 129 do Código Penal). Se o dano for transitório, de fácil reparação, não há que se falar na configuração do dano estético, convertendo-se em dano material, configurado pelo custeio dos tratamentos pelo causador do dano, para a restituição da vítima a seus *status quo*.

Não obstante, a reparação *in natura* precisa ser integral. A reparação do dano estético também não afastará a reparação de eventual dano moral puro, caso a vítima também venha a experimentá-lo.

O dano estético, por sua vez, já goza – ainda que recente – de reconhecimento pela jurisprudência pátria e da edição, pelo Superior Tribunal de Justiça, da Súmula 3874, que reconhece a sua autonomia em relação ao dano moral puro e a cumulatividade entre ambas espécies de dano.

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o dano estético é resultado de uma alteração físico-morfológica do corpo da vítima, ao passo que o

¹⁰¹LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 46.

dano moral é a dor psíquica, de foro íntimo, que traz sofrimento à vítima. A edição dessa súmula pavimenta o caminho para o reconhecimento autônomo de novos danos, além dos clássicos dano material e moral, visto que admite a cumulação de prejuízos extrapatrimoniais.

Ainda que matéria se encontre até mesmo sumulada pelo Tribunal da Cidadania, há ainda doutrina e jurisprudência que negam a cumulatividade do dano estético e do dano moral, sustentando tratar-se de verdadeiro *bis in idem*.

Admitir a cumulação de dano moral e dano estético, mesmo derivado do mesmo fato, é outorgar *bis in idem*, pois não existe um terceiro gênero de indenização. Ou alguém sofre dano moral (aí incluído o estético), ou sofre lesão patrimonial, ou ambos, como já afirmado neste trabalho. O que não é de ser admitido é que alguém seja indenizado três vezes, pelo mesmo e idêntico fato. Se a lesão estética repercute no espírito, mortificando-o, não se vá concluir que a vítima sofreu três lesões autônomas, passíveis de gerar três indenizações.¹⁰²

Em posição mais temperada, mas no mesmo sentido, Rui Stoco reconhece que o dano estético é espécie do gênero dano moral, porém, afirma enfaticamente que “seria impróprio e uma *contradictio in terminis* e até mesmo verdadeiro *bis in idem* falar-se, na hipótese, em reparação do dano estético e do dano moral separadamente, considerando que aquele está inserido neste último, não obstante severa divergência jurisprudencial”.¹⁰³

Com a devida vênia, compreendemos que o entendimento dos autores esbarra na limitação de vislumbrar o dano extrapatrimonial, constitucionalmente referido como dano moral, como uma espécie e não um gênero, que comporta diversas divisões. Assim, visando afastar o suposto *bis in idem*, deve a indenização ser fixada por cada um dos danos experimentados pela vítima e apurados durante a instrução processual, não devendo o magistrado fixar uma verba única sob a rubrica “dano moral”, mas indenizações específicas a título de dano emergente, lucro cessante, dano moral e dano estético, sem prejuízo de outros danos apurados.

¹⁰²SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 398.

¹⁰³STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.865.

Por fim, o dano estético precisa ser configurado no caso concreto. Se eventual marca não tiver repercussão no patrimônio moral da vítima, não há que se falar em dano estético pela simples inexistência de dano.

Concluindo esse tópico, pode-se dizer que para a caracterização do dano estético, é imperiosa a prova, que deve ser obtida por meio de perícia médica, a qual deverá servir de referência para a fixação do quantum indenizatório. A partir daí, será apurada se a lesão foi leve, moderada, grave ou gravíssima, bem como cogitadas cinco consequências: a) se há ou não modificação no aspecto exterior da pessoa; b) se há redução na eficiência psicofísica; c) se há redução da capacidade social; d) se há redução na capacidade laborativa; e, por fim, e) se há perda de oportunidade de trabalho ou diminuição na liberdade de escolha da profissão.

3.2 DA PROVA DO ERRO MÉDICO

Toda afirmação feita em juízo, pelas partes, consiste, em última análise, em deduzir determinadas consequências jurídicas da existência de alguns fatos que se dizem acontecidos no passado. O juiz, porém, aquém tais informações se dirigem, nada sabe daqueles fatos; é necessário, portanto, dar-lhe a possibilidade de formar uma opinião sobre a verdade ou falsidade do que foi afirmado. Este é, precisamente, o objetivo das provas. Para as partes, provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência de fatos relevantes no processo. Para o juiz, a atividade probatória tem por fim chegar ao conhecimento da verdade a respeito daqueles fatos. As provas são os meios destinados a conseguir tal escopo.

A comprovação do erro médico pode se dar por documentos, testemunhas, perícia, confissão e todos os demais meios legitimamente autorizados pelo Código de Ritos.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em precedente (MC 7625), considerou a gravação de conversas de médicos como prova do erro médico. “Considerando que o Juiz não detém conhecimento técnico sobre as ciências

médicas, muitas vezes, deverá recorrer ao perito médico, a fim de esclarecer um erro médico”.¹⁰⁴

Mas ao valorar os laudos periciais, o juiz sempre deverá firmar seu convencimento com base no princípio da persuasão racional, nos moldes do Artigo 436 do Código de Processo Civil. Em julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi acolhido o laudo do assistente técnico, ao invés do perito oficial:

Responsabilidade Civil. Adoção do laudo dos assistentes-técnicos. Aplicação dos artigos 131 E 436, ambos do CPC. Dano moral. Negligência médica. A convicção do julgador esta condicionada as regras jurídicas, de experiência, da lógica e do bom senso, nos termos do que dispõem os artigos 131 e 436, ambos do CPC. O fato de se adotar entendimento de laudo do perito indicado pela parte de modo algum compromete a imparcialidade da decisão. Primeiro, por que o Tribunal não está adstrito ao laudo oficial. Segundo – e isso é assaz importante - porque é errôneo supor que o perito oficial tem maior autoridade e é mais digno de fé só por essa qualidade. O que deve contar é a sua qualificação profissional e, acima de tudo, o mérito racional de convencimento constante no laudo. Não é admissível que se procure uma Clínica que se propõe a atender emergências, com um sintoma tão evidente, perceptível até a um leigo, de problemas cardíacos e, al burocrática e negligentemente, seja medicada como se estivesse diante de um simples estado gripal. E, mais, medicada com remédio inadequado a moléstia que sofrida, agravando-a. Ademais, mesmo após ter retomado, continuou a negligência no atendimento, já que somente foram diagnosticar o problema cardíaco quando do seu óbito. Poucas vezes se vê um processo com tantas provas clamando pela culpa dos prepostos da Ré que causaram dano irreparável aos Autores.¹⁰⁵

A prova técnica jamais poderá acobertar o ato médico errôneo, sob pena de violação do Artigo 422 do Código de Processo Civil o perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido.

O ônus da prova, em regra, é de quem alega o fato. Mas na eventualidade de responsabilidade civil por erro médico é absolutamente aceitável a inversão do ônus da prova, conforme o Artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, “tendo-se em vista a hipossuficiência do paciente frente ao médico ou a verossimilhança das alegações”.¹⁰⁶

Assim sendo, quando se apontar o erro médico, o clínico deverá provar que agiu de forma correta.

¹⁰⁴VIANA, Thiago Henrique Fedri. Op. Cit., p. 59.

¹⁰⁵Ibidem, p. 59 – 60.

¹⁰⁶Ibidem, p. 60.

3.3 REPARAÇÃO E INDENIZAÇÃO

Se o dano for reparável, por meio de outro ato médico, como no caso da cirurgia, a reparação deve ser específica no sentido de restabelecer o estado anterior do paciente.

Embora ocorra essa reparação, o paciente deve ser indenizado nas hipóteses e circunstâncias legais e, assim, o Artigo 944 do Código Civil estabelece que o valor da indenização se mede com base na extensão do dano.

O quantum debeat, a título de dano material, deve ser comprovado pelos meios de provas admitidos pelo Código de Processo Civil, a fim de demonstrar todos os prejuízos e lucros cessantes oriundos do erro médico.

107

Os danos morais e estéticos são arbitrados pelos Magistrados, considerando a extensão do dano em cada caso, valendo-se de laudo de psicólogo forense, quando for necessário e pertinente.

3.4 HIPOSSUFICIÊNCIA E VEROSSIMILHANÇA

Quando se fala em hipossuficiência e em verossimilhança, se está como que a dizer: o que se objetiva em verdade é facilitar a defesa do consumidor em juízo. Se este dispõe de meios para provar suas alegações, a inversão é de todo desautorizada.

Na verdade, não há uma inversão do ônus probatório, mas a isenção do consumidor/paciente de provar o nexo causal, uma vez que a contraprova desse nexo sempre ficará ao encargo do fornecedor/médico, quer se aplique o art. 6º, VIII, quer não. Para essa autora, trata-se tão somente de distribuição do encargo probatório.¹⁰⁸

¹⁰⁷VIANA, Thiago Henrique Fedri. Op. Cit., p. 61.

¹⁰⁸MELO, Nehemias Domingos de. Op. Cit., p. 101.

Deste modo, para que não venha a surgir uma decisão dissociada da realidade que pode gerar consequências dramáticas, visto que há vida nas páginas de um processo, é fundamental que o julgador chegue o mais próximo possível da verdade real, ou simplesmente da 'verdade', e aqui a grande importância que se dá aos poderes instrutórios do juiz, pois pacificar conflitos de interesses é o objetivo da jurisdição que só se perfaz com uma composição justa dos interesses conflitantes. Para isso, não é suficiente a busca tão somente da verdade formal.

Sintetizando, duas são, portanto, as possibilidades de se inverter o ônus da prova no caso de uma ação indenizatória em decorrência do chamado erro médico: caso haja a verossimilhança da alegação ou caso seja verificada a hipossuficiência do consumidor.¹⁰⁹

A primeira situação – da verossimilhança – ou “alegação verossímil”, considera aquelas argumentações que verdadeiramente trazem um elevado grau de proximidade da verdade ao juiz da causa. Assim, na hipótese de os fatos declarados pelo paciente serem confiáveis, pode o juiz inverter o ônus da prova, de tal forma que ao médico incumbirá provar sua inocência.

Na segunda hipótese, a inversão do ônus da prova considera a averiguação da hipossuficiência conforme as normas ordinárias de conhecimento, isto é, os casos em que o consumidor for a parte mais fraca econômica ou tecnicamente.

¹⁰⁹RABELLO, Thiago Simões. O erro médico e o direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2455>. Acesso em: 17 mar. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Provavelmente nunca houve, antes do século XX, uma sequência tão ampla de fatos, que levaram à eleição de valores (na acepção não jurídica) em escala mundial. As duas guerras mundiais, a corrida armamentista, a corrida ao espaço, a guerra fria, entre outros, foram situações tão universais que não permitiram que nenhuma nação permanecesse insular. Diferentemente do que ocorreu no passado, não havia mais segurança na distância geográfica. Nenhuma grande civilização do passado conseguiu atingir tantas pessoas como os eventos ocorridos no século XX.

Segundo o pensamento de Heráclito, não se pode entrar em um mesmo rio duas vezes, porque quando se nele entra novamente, não se encontra as mesmas águas. O mesmo se dá com o ser humano, que não se repete, mas constrói sobre a experiência do passado uma estrutura em constante mudança e aperfeiçoamento. A amplitude dos eventos históricos do século XX, por sua vez, teve papel fundamental na difusão de valores que colocaram o homem em papel de destaque, forçando o reconhecimento de direitos inerentes à própria natureza humana que, acredita-se, devem ser inafastáveis.

Com o passar dos anos, o ato de cuidar da saúde e o de promover a cura passaram por um processo de profissionalização e, ao mesmo tempo em que obtiveram grande aumento da eficiência por meio do desenvolvimento técnico-científico, o procedimento com os enfermos tornou-se mais distante, dificultando a comunicação entre pacientes e médicos. Com o distanciamento e a impessoalidade do atendimento médico, a eficácia do diagnóstico correto fica comprometida, uma vez que o médico não conhece o paciente suficientemente bem para fornecer o diagnóstico seguro.

Aliado a isso, verifica-se que as constantes ingerências das operadoras de planos de saúde no trabalho do médico, tais como recusa e imposição de limites no número de exames, além de ferirem a autonomia do médico, contribuem sobremaneira para o cometimento de erros de diagnóstico e de tratamento, uma vez

que impossibilitam o diagnóstico preciso da doença. Ademais, as difíceis condições nas quais o trabalho médico é realizado esbarram nos limites estruturais colocados pelos sistemas públicos de saúde.

Problemas como falta de vagas, superlotação, falta de investimentos públicos na área da saúde, falta de insumos básicos, equipamentos e medicamentos, baixa remuneração, dificultam a realização de um trabalho de qualidade, gerando insatisfação, estresse e contribuindo para a vulnerabilidade do médico no cometimento de erros.

Não se ignora o fato de que os erros são cometidos por pessoas, a partir de suas escolhas orientadas pela manipulação de elementos de seu universo cognitivo. Porém, mesmo estas escolhas, tidas como pessoais, são influenciadas por uma série de fatores externos, sendo que se houvessem mecanismos sociais de controle e critérios na escolha dos elementos mobilizadores da ação, os riscos de erro seriam minimizados.

Neste sentido, o caráter liberal do trabalho e a ética profissional, que responsabiliza individualmente o sujeito da ação, bem como as condições de trabalho que dificultam a comunicação nas atividades cooperativas, faz com que as decisões tomadas solitariamente. O erro médico, na esfera dos fenômenos de erros em processo de trabalho é de difícil mensuração e percepção, porém percebe-se que parte importante de suas causas estão envoltas em questões referentes à forma como o trabalho é realizado e, portanto, passível de intervenção e de prevenção.

Saliente-se inclusive, que os erros médicos e as falhas no exercício da medicina são pontuais e que os profissionais da saúde cumprem o encargo superando as dificuldades da falta de estrutura dos hospitais, bem como a falta de recurso financeiro para exames que possibilitariam diagnósticos precisos.

Com relação aos processos judiciais envolvendo discussão sobre o erro médico, observou-se que a fundamentação jurídica dessas ações se baseia na responsabilidade civil, penal e também nas disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor.

O grande problema se revela no fato de o juiz, enquanto operador do direito, não possuir conhecimentos técnicos e específicos da área médica e, portanto, o juiz se valerá apenas de seus conhecimentos do Direito, que muitas

vezes se revelam insuficientes para análise de casos tão específicos, como o da Medicina.

Ademais, a natureza jurídica da relação entre médico e paciente é muito importante para a caracterização da responsabilidade do médico, motivo pelo qual se verifica a divergência doutrinária quanto a essa relação ser contratual ou extracontratual; em quais casos a responsabilidade do médico deve ser aferida objetiva ou subjetivamente e, quanto ao fim, em quais especialidades médicas a obrigação do médico pode ser de meio ou de resultado. Ao exercer suas atividades junto ao paciente, a intenção do médico é beneficiá-lo.

Na atualidade, é seguro afirmar que, via de regra, a responsabilidade civil do médico é tida unanimemente como responsabilidade contratual, ressalvados os casos de responsabilidade civil extracontratual.

Existindo contrato, é no âmbito de seus limites que será apurado o descumprimento da prestação, aflorando o dever de indenizar, em caso de ser comprovada a culpa, tendo em vista a peculiaridade da obrigação do profissional médico, que é de meios, inadmitindo-se, por isso, a presunção de culpa do profissional.

No papel de assegurar os direitos dos indivíduos, o instituto da responsabilidade civil desempenha papel nuclear, em especial na sua conformação contemporânea, calcada na dignidade da pessoa humana, reconhecida por grande número de nações que colaboram na construção do seu conteúdo material, que está em constante modificação. Isso fica claro ao nos depararmos com os avanços da responsabilidade civil no Brasil, desde o Código Civil de 1916.

O diploma, fortemente inspirado pelo ideário liberal-individualista do Código Civil francês, de Napoleão, focava seus esforços sobre os danos materiais. Ao longo de sua vigência, antes do advento da CRFB/1988, a humanização da legislação, doutrina e jurisprudência tiveram papel essencial no reconhecimento dos danos morais e da responsabilização objetiva, que foi então abraçada com intensidade ímpar em 5 de outubro de 1988. A culpa, em diversas situações, se colocava como verdadeiro escudo do autor do dano, tamanha era a dificuldade (ou impossibilidade) da sua prova.

No movimento de assegurar a indenizabilidade das vítimas, a culpa, que tinha papel principal em sede de responsabilidade civil, foi sendo relativizada e, em algumas situações, dispensada. O desenvolvimento da teoria do risco, como fundamento de responsabilidade da culpa, deu origem à dispensa da necessidade de culpa para a indenização dos danos injustos. Inicialmente prevista em legislações esparsas, a teoria do risco gradativamente foi crescendo até a sua expressa adoção na Constituição, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, entre outros diplomas.

O enfraquecimento da culpa e a relativização do nexo causal deslocaram o foco da responsabilidade em direção ao dano, compatibilizando-se com a eleição constitucional de primazia do indivíduo, fundada na dignidade da pessoa humana. O clássico dano material se viu ladeado pelo dano moral.

Se na origem o dano moral exigia a ocorrência de um dano material para que pudesse ser indenizado, sendo aquele reconhecido apenas de maneira reflexa, hoje em dia o dano imaterial goza da mais ampla autonomia, sendo reconhecida não apenas a sua independência do dano material, mas também a sua cumulatividade com ele.

REFERENCIAS

ASSIS NETO, Sebastião José de. **Manual de Responsabilidade Civil**. Curitiba: Juruá, 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOZA, Jovi Vieira. **Dano moral: o problema do *quantum debeat* nas indenizações por dano moral**. Curitiba: Juruá, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2 ed. Campinas: Servanda, 2015.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRESLIN, Sean. 320-Million-Year-Old Rock Formation Destroyed by Vandals in England. The Weather Channel. Estados Unidos da América. 15 jun. 2018. Disponível em: <https://weather.com/news/news/2018-06-15-vandals-destroy-brimham-rocks-england>. Acesso em: 18 mar. 2020.

CABRAL, Marcelo Marques. **Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2016.

CARDOSO, Lilia Aparecida Medeiros. **Concessão de auxílio-acidente aos segurados portadores de distúrbios osteomoleculares relacionados ao trabalho – DORT**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Lilia%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CRUZ, Gisela Sampaio da Cruz. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Salvador: JusPodivm, 2014.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

GABURRI, Fernando. **Direito Civil para Sala de Aula - Responsabilidade Civil**. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19 ed. Niterói: Impetus, 2017.

HAVES, Antônio. Responsabilidade civil das clínicas, hospitais e médicos. **Revista Jurídica Síntese**, Porto Alegre: Síntese, n. 159, 1991.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a**

civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2013.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 10 ed. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. Revisão técnica de Edgar de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2005.

NOGUEIRA, Manoela Ribeiro Borges. **Plano de saúde**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46664/plano-de-saude>. Acesso em: 17 mar. 2020.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Dano Moral e sua Reparação no Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.

RABELLO, Thiago Simões. O erro médico e o direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2455>. Acesso em: 17 mar. 2020.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica geral e do Brasil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico** - Inversão do Ônus da Prova - Edição Revista e Atualizada de Acordo com a Lei 13.105 de 16.03.2015 - Novo Código de Processo Civil, Juruá, 2016.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANTOS, Elaine Cler Alexandre dos. **Ordem econômica e meio ambiente do trabalho: busca da justiça social**. Disponível em: <http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/d5944d4d34ca1ed70e5523f94a65a278.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2020.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Responsabilidade Civil por Dano Enorme**. Cuiabá: Juruá, 2018.

SARAGIOTO, Marli Aparecida. **O dano existencial como modalidade autônoma de dano imaterial**. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade Autônoma de Direito, 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TELLES Júnior, Gofredo. **O Direito Quântico: Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

VIANA, Thiago Henrique Fedri. **Erro médico: responsabilidade civil do médico, hospital e plano de saúde**. Campinas: Millennium, 2012.

VIEIRA, Jair Lot. **Código de Hamurabi**: Código de Manu (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2011.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.