

HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI



**OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO NA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

Curitiba

1996

HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI

OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO
NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, na área de Direito das Relações Sociais do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:

Professor Doutor Luiz Edson Fachin
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 25 de novembro de 1996

AGRADECIMENTOS

Ao meu ilustre orientador, Professor Doutor Luiz Edson Fachin - mestre abnegado, detentor de conhecimento jurídico invejável e exemplo de vida - agradeço pelos preciosos ensinamentos, pelas horas dispendidas e pelo aconselhamento, sempre pautado no seu bom senso e experiência.

Registro, igualmente, a valiosa contribuição do Professor José Antônio Peres Gediel, materializada em diálogos e empréstimo de livros, o que veio robustecer o corpo do presente trabalho.

Por último, um agradecimento especial aos colegas com os quais iniciei o Curso de Mestrado e com os quais o encerrarei: Marcelo Domanski e Aluísio Pires de Oliveira. A colaboração recebida durante esses quatro anos foi tão preciosa quanto a amizade que nos uniu.

PREMISSAS

O presente trabalho resulta do sentimento de dois tipos diferentes de responsabilidade.

O primeiro diz respeito ao dever de retribuir - de alguma maneira - à sociedade, como um todo, os benefícios usufruídos no ensino de uma universidade pública.

Por isso mesmo, a óptica social está inserida como preocupação básica na metodologia dos Cursos de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná e, como tal, é desenvolvida e estimulada com intensidade e frequência nos seus alunos.

Por segundo, a vivência auferida nos tempos da juventude na área e no ambiente médico, aliada ao contato com o conhecimento jurídico adquirido na meia-idade, foram os demonstrativos imperiosos a indicar que tendo palmilhado pela duas searas não se poderia e não se deveria eximir de uma parcela de contribuição e que esta, preferentemente, englobasse as duas áreas.

Os setores médico e jurídico, com os quais se imbrica a sociedade, são dois desconhecidos entre si - como se habitantes fossem, de universos isolados.

Com o presente trabalho, fruto modesto da vivência e convivência com os dois setores, espera-se deixar - ainda que de uma forma ínfima - pequena contribuição para ambas as searas, na expectativa de que o futuro, dentro da dinâmica dos fatos sociais, venha atenuar seus isolamentos, mediante o estabelecimento de um diálogo contínuo entre dois saberes que podem e devem ter um estatuto epistemológico de convivência.

SUMÁRIO

PREMISSAS.....	
RESUMO.....	XII
RESUMÉ.....	XIII
ABSTRACT.....	XIV
RESUMEN.....	XV
INTRODUÇÃO.....	1
I BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	
I.1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	5
I.1.1 A responsabilidade civil até o século XVIII.....	6
I.1.1.1 Israel - as primeiras normas.....	8
I.1.1.2 A responsabilidade na Roma antiga.....	9
I.1.1.3 O direito canônico - expressiva contribuição.....	13
I.1.1.4 A Revolução Industrial - efeitos	14
I.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS SÉCULOS XIX E XX.....	14
I.2.1 Razões do movimento de extensão.....	15
I.2.2 Reflexos na prática.....	16
I.3 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	17
I.3.1 A prática da Medicina na Antiguidade.....	17
I.3.1.1 Os Códigos de HAMURABI e MANU. O Egito	18
I.3.1.2 A situação dos médicos na Roma antiga.....	19
I.3.2 A prática da medicina e a responsabilidade nas Idades Média e Moderna. Breves notícias.....	20
I.3.2.1 A influência do direito canônico na responsabilidade médica.....	20
I.3.2.2 Consequências nefastas do empirismo.....	22
I.3.3 Influência do direito francês na determinação da respon- sabilidade civil do médico.....	23

I.3.3.1	O direito esposando o fato social.....	24
I.3.3.2	O parecer do Procurado-Geral DUPIN.....	24
I.3.3.3	A responsabilidade moral dos médicos.....	26
I.3.3.4	A noção de imprudência e negligência associada ao ato médico....	27
I.4.	A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA.....	28
I.4.1	Considerações gerais.....	28
I.4.2	Um instituto em mutação: fatores.....	29
I.4.2.1	Um instituto em crise ou o encadeamento dos fatos sociais?.....	31
I.4.2.2	Necessidade de repensar o instituto.....	32
I.4.3	Análise do valor das funções da responsabilidade civil frente às demandas da vida contemporânea.....	33
I.4.3.1	Prevenção do comportamento anti-social.....	33
I.4.3.1.1	Formas de prevenção e seu valor discutível.....	34
I.4.3.2	A indenização da vítima.....	36
I.4.3.3	Diluição dos encargos do dano.....	37
I.4.3.3.1	Os limites da diluição.....	39
I.4.3.4	Garantia dos direitos do cidadão.....	40
I.4.4	A urgência de uma modernização do instituto.....	41
II	PREMISSAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	
II.1.	CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	43
II.2.	CONCEITOS, DEFINIÇÕES, PRESSUPOSTOS.....	44
II.2.1	Principais pressupostos da responsabilidade civil.....	45
II.2.1.1	Ação ou omissão do agente.....	45
II.2.1.2	Culpa do agente.....	46
II.2.1.3	Relação de causalidade.....	47
II.2.1.4	Dano experimentado pela vítima.....	47
II.3	CLASSIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	48
II.4.	TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	51

II.4.1	Responsabilidade subjetiva.....	51
II.4.2	Responsabilidade objetiva.....	53
III	A CULPA: UMA CATEGORIA FUNDANTE	
III.1	CONCEITUANDO A CULPA.....	56
III.1.1	O elemento vontade.....	59
III.1.2	O elemento padrão. Apreciação da culpa in concreto e in abstracto.	59
III.2	A MANEIRA CONTEMPORÂNEA DE VER A CULPA.....	63
III.2.1	O lugar legítimo da culpa no direito moderno.....	64
III.3	A CULPA COMO CRITÉRIO DE RESPONSABILIDADE: ARGUMENTOS A FAVOR.....	65
III.3.1	A força da lógica.....	65
III.3.2	O valor moral.....	65
III.3.3	O valor social.....	65
III.3.4	A responsabilidade do homem.....	66
III.4	ARGUMENTOS CONTRA A CULPA COMO CRITÉRIO DE RESPONSABILIDADE.....	66
III.4.1	Argumentos do século XIX.....	66
III.4.1.1	Compensação de danos.....	67
III.4.1.2	Capacidade de suportar os danos.....	67
III.4.1.3	Multiplicação dos danos acidentais.....	68
III.5	OS ARGUMENTOS CONTEMPORÂNEOS.....	68
III.5.1	O lugar atual da culpa na indenização dos danos.....	68
III.5.2	A isenção legal e a prática da responsabilidade.....	69
III.6	RESPONSABILIDADE SEM CULPA.....	70
III.7	INDENIZAÇÃO DE DANO SOFRIDO POR PRÓPRIA CULPA.....	71
IV	CULPA E RESPONSABILIDADE MÉDICA	
IV.1	CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	73
IV.2	TIPOS DE CULPA MÉDICA.....	74
IV.2.1	Peculiaridades da culpa médica.....	76
IV.3	MODALIDADES DE APARECIMENTO DA CULPA MÉDICA.....	78

IV.4	A RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	82
IV.4.1	A responsabilidade civil do médico pelo fato de outrem.....	84
IV. 4.2	Responsabilidade pelo fato da coisa.....	88
IV.5	NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	89
IV.6	TIPOS DE CONTRATO MÉDICO.....	89
IV.6.1	Mandato.....	90
IV.6.2	Locação de obra.....	90
IV.6.3	Locação de serviços.....	91
IV.6.4	Contrato sui generis.....	92
IV.6.5	Multiforme ou proteiforme.....	92
IV.6.6	Contrato de trabalho.....	92
IV.6.7	Contrato de assistência médica.....	93
IV.7	CASOS EM QUE A RESPONSABILIDADE MÉDICA PODE SER VISTA COMO EXTRACONTRATUAL.....	94
IV.8	CARACTERÍSTICAS GERAIS DO CONTRATO MÉDICO.....	97
IV.9	IRRESPONSABILIDADE MÉDICA: CASOS DE EXCLUDÊNCIA DA RESPON- SABILIDADE.....	100
IV.9.1	Considerações gerais.....	101
IV.9.2	Excludentes da responsabilidade médica.....	102
IV.9.3	Previsibilidade e imprevisibilidade.....	104
V.	ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A CAUSA	
V.1	CONCEITO DE CAUSA - INTERPRETAÇÃO FILOSÓFICA. A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DA CAUSA PARA OS FILÓSOFOS.....	107
V.2	A PRIMEIRA FORMA DA NOÇÃO DE CAUSA: PLATÃO.....	109
V.3	O ESTUDO DA CAUSA NA IDADE MÉDIA.....	111
V.4	A CAUSA NO RENASCIMENTO.....	112
V.5	A CAUSA NAS FILOSOFIAS DAS IDADES MODERNA E CONTEMPORÂNEA.....	114
V.6	O EFEITO DO TEMPO.....	118

V.7	O EFEITO PRESENTE NA CAUSA.....	121
V.8	A AÇÃO ESTÁ NO PACIENTE.....	122
V.9	CONCEITO DE CAUSA. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	123
V.10	CAUSA: IMPORTÂNCIA E COMPLEXIDADE.....	124
V.11	ANTICAUSALISTAS E CAUSALISTAS.....	125
V.12	CONCEITO DE CAUSA.....	127
V.12.1	Causa e motivo.....	129
V.12.2	Causa e condição.....	130
V.12.3	Causa e razão.....	130
V.12.4	A causa na física moderna.....	131
V.13	NATUREZA DAS CAUSAS.....	131
V.14	INEXISTÊNCIA DE CAUSA.....	132
V.15	CAUSAS ABSOLUTAMENTE INDEPENDENTE, ACESSÓRIA, CONCOMITANTE, EFICIENTE E FINAL.....	133
V.16	TEORIAS DA CAUSA.....	134
V.16.1	Teoria da equivalência das causas - uma teoria objetiva.....	134
V.16.2	Teoria da causalidade adequada - uma teoria subjetiva.....	136
V.16.3	Reflexões comparativas entre as duas teorias.....	138
V.16.4	O desejável meio-termo.....	139
VI	BREVÍSSIMO QUESTIONAMENTO.....	141
VII	O NEXO DE CAUSALIDADE	
VII.1	O NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA E O DANO.....	144
VII.2	SUJEITOS DO NEXO.....	145
VII.3	ESPÉCIES DE NEXO.....	146
VII.4	O ÔNUS DA PROVA.....	146
VII.5	NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO MÉDICO E O DANO.....	147
VII.6	A INFLUÊNCIA DO ESTADO DO DOENTE SOBRE A ANÁLISE DA CAUSALIDADE.....	148

VII.7	CONCLUSÃO SOBRE OS ARESTOS DA CORTE DE CASSAÇÃO DE FRANÇA	
	SOBRE CULPA MÉDICA E A ANÁLISE DO NEXO CAUSAL.....	149
VIII	DIMENSÕES E PROJEÇÕES DO VÍNCULO OBRIGACIONAL	
VIII.1	NOCÕES GERAIS.....	151
VIII.2	OBRIGAÇÃO. CONCEITO.....	152
VIII.3	O CONCEITO DE OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO.....	153
VIII.4	CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE AS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE	
	RESULTADO.....	157
VIII.4.1	Critério advindo da análise do objeto da obrigação.....	158
VIII.4.2	Critério fundado na interpretação da vontade das partes.....	159
VIII.4.3	A oportunidade e a equidade como critérios.....	160
VIII.5	OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO NA RESPONSABILIDADE	
	CIVIL DO MÉDICO.....	161
VIII.5.1	Noções gerais.....	161
VIII.6	OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO: INADEQUAÇÃO DE USO.....	162
VIII.6.1	Delimitação da obrigação de meio. Inadequação da expressão	
	"obrigação de resultado".....	165
VIII.7	CASOS DE EXCEÇÃO: QUANDO A OBRIGAÇÃO DO MÉDICO SERÁ	
	DE RESULTADO.....	171
VIII.8	A VISÃO BRASILEIRA: O ARTIGO 1.545 DO CÓDIGO CIVIL.....	173
VIII.8.1	O artigo 1.545 do Código Civil.....	175
VIII.9	A OBRIGAÇÃO DO MÉDICO VISTA PELO CÓDIGO DE PROTEÇÃO DO	
	CONSUMIDOR.....	177
VIII.9.1	Produtos e serviços.....	177
VIII.9.2	A teoria do risco permitido.....	179
VIII.9.3	As duas órbitas da proteção ao consumidor.....	180
VIII.9.4	A periculosidade inerente.....	180
VIII.9.5	A atividade do médico no Código do Consumidor.....	182

VIII.9.6	A periculosidade inerente da atividade médica.....	183
IX O NORMAL E O PATOLÓGICO		
IX.1	BREVES CONSIDERAÇÕES.....	185
IX.2	A COMPLEXIDADE DA "MÁQUINA" HUMANA.....	185
IX.3	A SAÚDE E A DOENÇA.....	186
IX.4	A IMUNIDADE.....	188
X A CIRURGIA PLÁSTICA		
X.1	CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	190
X.2	BREVÍSSIMO HISTÓRICO DA CIRURGIA PLÁSTICA.....	191
X.3	O CIRURGIÃO PLÁSTICO, O CLIENTE, A RESPONSABILIDADE, A OBRIGAÇÃO....	193
X.4	UM ESPAÇO VAZIO: A FALTA DO ELEMENTO INTERMEDIÁRIO.....	194
X.5	QUANDO INEXISTE RESPONSABILIDADE FRENTE A UM RESULTADO DIFERENTE DO ESPERADO.....	198
XI RISCO E ERRO		
XI.1	O RISCO. A NECESSIDADE DE INFORMAÇÃO.....	200
XI.2	O ERRO. BREVES CONSIDERAÇÕES.....	204
XI.3	O ERRO MÉDICO. CONCEITO.....	205
XI.4	O ERRO DO PACIENTE.....	205
XI.5	ERRO DE DIAGNÓSTICO E ERRO DE CONDUTA.....	206
XI.6	ERRO ESCUSÁVEL OU ERRO PROFISSIONAL.....	207
XII DA NECESSIDADE DE ADAPTAR O DIREITO		
XII.1	CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	209
XII.2	JUS EX FACTO ORITUR.....	210
XII.3	IN MEDIO VIRTUS.....	213
	CONCLUSÃO.....	214
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	218

RESUMO

A reparabilidade de danos gerados pelo exercício profissional do médico constitui - à luz da configuração contemporânea do direito - campo fértil para revelar que os fatos sociais não convivem com respostas jurídicas monolíticas, antes abrem-se para um campo de investigação plural, poroso à integração com os dilemas da sociedade e atento à uma realidade que reclama transformações. O direito tem em si uma parte que é cambiante para melhor adaptar-se às mudanças desencadeadas pelos fatos sociais. A responsabilidade civil insere-se nessa característica, tendo se modificado através dos séculos acompanhando o homem na sua caminhada. Assim como a profissão, também a responsabilidade civil do médico sofreu alterações e evoluiu. No plano geral, a responsabilidade civil com base na culpa tem seus argumentos contra e a favor. haja vista que há, igualmente, uma responsabilidade sem culpa. No que diz respeito ao médico, a caracterização da culpa sob as vestes da imperícia, da imprudência, da negligência ou do erro será a determinante da sua responsabilidade. Será ele responsabilizado se entre o seu agir e o resultado danoso houver o liame da causalidade. Estudar a causa sob as luzes da filosofia ajuda a melhor compreendê-la sob o enfoque jurídico, vez que os juristas, para bem conceituá-la, buscaram os filósofos. A obrigação, nas modalidades de meio e de resultado, foi introduzida no início do século para, entre outros, ajudar a solucionar problemas novos relativos ao transporte de pessoas e coisas e advindos do constante aumento da velocidade dos veículos. Destinava-se, especialmente a obrigação de resultado, a áreas onde o fator álea não estivesse presente. A proximidade com que, às vezes, se apresentam o normal e o patológico demonstra não só a subjetividade, a complexidade e a imprevisibilidade do organismo humano, como a inadequação do uso de caracterizar como sendo de resultado uma obrigação em uma seara onde o fator álea será uma constante. Sente-se, pois, a falta de um elemento intermediário para bem caracterizar uma obrigação, que se não é de meio, entende-se que também não seja de resultado. Se o direito se modifica em função dos fatos sociais, necessária se faz, na área jurídica, pesquisa no sentido de criar e introduzir aquele termo médio que virá caracterizar uma obrigação mais ampla que a de meio, visando um determinado resultado, mas competindo, sempre, com a imprevisibilidade. O que aqui se expõe é um retrato do mutante século XX, com foco direcionado para a responsabilidade civil do médico. A experiência haurida das formulações pretéridas e a pesquisa no presente darão sua contribuição no mister de resolver as complexas relações entre o direito e a vida em sociedade, nas quais ainda há mais interrogações que respostas.

RÉSUMÉ

La possibilité de réparation des dommages provoqués par l'exercice professionnel du médecin constitue - à la lumière de la configuration contemporaine du droit - un champ fertile qui relève que les faits sociaux ne sont pas soumis à des réponses juridiques monolithiques; au contraire, ils s'ouvrent à un champ d'investigation pluriel, susceptible de s'intégrer aux dilemmes de la société, attentif à une réalité qui réclame des transformations. Le droit a, en lui, une partie mouvante pour mieux pouvoir s'adapter aux changements entraînés par les faits sociaux. La responsabilité civile, qui s'est modifiée tout au long des siècles selon le chemin emprunté par l'homme, s'insère dans cette caractéristique-là. Tout comme la profession, la responsabilité civile du médecin a, elle aussi, subi des transformations, ce qui lui a permis d'évoluer. Sur le plan général, la responsabilité civile basée sur la faute présente des arguments pour et contre, vu qu'il y a, également, une responsabilité sans faute. En ce qui concerne le médecin, la caractérisation de la faute due à l'inhabilité, à la imprudence, à la négligence ou à l'erreur déterminera sa responsabilité. Etudier la cause à la lumière de la philosophie aide à mieux la comprendre du point de vue juridique, vu que les juristes, pour bien la définir, ont fait appel aux philosophes. L'obligation, dans les modalités du moyen et du résultat, a été introduite au début du siècle pour, entre autres, aider à solutionner des problèmes nouveaux concernant le transport de personnes et de choses, provoqués par la constante augmentation de la vitesse des véhicules. Elle était destinée à juger, surtout l'obligation de résultat, les événements dont le facteur aléa était absent. La proximité avec laquelle, quelquefois, le normal et le pathologique se présentent, démontre non seulement la subjectivité, la complexité et l'imprévisibilité de l'organisme humain mais aussi l'inadéquation de l'utilisation de l'obligation de résultat à un champ dans lequel le facteur aléa est une constante. On ressent donc le manque d'un élément intermédiaire qui pourrait caractériser cette obligation qui, n'étant pas liée au résultat, ne l'est pas non plus au moyen. Si le droit se modifie en fonction des faits sociaux, il est nécessaire, dans le champ juridique, qu'on fasse des recherches en vue de créer et d'introduire cet élément intermédiaire qui caractérisera une obligation plus large que celle liée au moyen, visant un certain résultat, mais comptant, toujours, sur l'imprévisibilité. On dresse ici le portrait du mutant XX^{ème} siècle, du point de vue de la responsabilité civile du médecin. L'expérience puisée dans les formulations du passé et la recherche au présent contribueront à rendre plus simples les rapports entre le droit et la vie en société, dans lesquels il y a plus de questions que de réponses.

ABSTRACT

The reparability of damage caused by the professional practice of a physician may be considered - in the light of contemporaneous configuration of law - a fertile field of reveal that the social facts are not able to have a close relation with monolithic juridical answers, but are opened for a plural investigation field which is porous to the integration of the society dilemmas and is heedful to a reality that claims for changes. The law has itself a part which is changing for a better adaptation to the shifts unleashed by the social facts. The civil responsibility is included in this characteristic, although it had changed as the century went by, following the human being on his way. In the same way that the profession had modifications and evolved, the civil responsibility of the physician also changed. In general, the civil responsibility based on the guilty has its pros and cons arguments, there is, as shown by likewise, responsibility without guilty. As far as the physician is concerned, the characterization of guilty will be the determining under the inexperience, recklessness, negligence or mistake clothing. He will be responsible if between his procedures and the damaging result there is the bond of causality. Study the cause under the lights of philosophy helps to understand it better under the juridic focus since the jurists to estimate it well, searched for the philosophers. The obligation, in the mean and result modality, was introduced in the beginning of the century among other reasons, to help to solve new problems related to the transportation of people and things as a consequence of the constant speed rising of the cars. It was destined, especially the result obligation, to areas where **alea** factor was no present. The closeness that sometimes exists between the normal and the pathologic demonstrates that not only the subjectivity, the complexity and the unpredictability of the human body but also the inadequateness of the characterizing use as of result an obligation in a field where the **alea** factor will be constant. It is felt, therefore, the lack of an intermediary element to well characterize an obligation, which if is not of mean, it is understood that is not of result either. If law modifies according to social facts, it is essential that in juridical area a survey is made to create and to introduce in the juridical area that medium term that will characterize a broader obligation than the one of mean, seeking a determined result, but always competing with unpredictability. A portrait of a changing century XX was exposed here, focused on the civil responsibility of the physician. The drained experience of the past formulations and the survey in the present will give its contribution in the duty of solving the complex relations between law and life in society in which there are more queries than replies.

RESUMEN

La reparación de danos generados por el ejercicio profesional del médico constituye - a vista de la configuración contemporánea del derecho - campo fértil para rebelar que los hechos sociales no conviven con respuestas jurídicas monolíticas. Al contrario, se ofrecen a un campo de investigación múltipla, poroso a la integración con los dilemas de la sociedad y atento a una realidad que reclama transformaciones. El derecho tiene en si mismo una parte que es variable para adaptarse mejor a los cambios desencadenados por los hechos sociales. La responsabilidad civil se incluye em esa característica, la cual sufre cambios a través de los siglos acompañando al hombre en su caminada. Asi como la profesión, también la responsabilidad civil del médico sufrió alteraciones y evolucionó. En el plano general, la responsabilidad civil con base en la culpa tiene sus argumentos contra y a favor, notando que también hay una responsabilidad sin culpa. En lo que se refiere al médico, la caracterización de la culpa bajo las condiciones de falta de pericia, de imprudencia, de negligencia o del error constituyen factores que van a determinar su responsabilidad. El será responsabilizado si entre su acción y el resultado danoso hubiera el eslabón de la causalidad. Estudiar la causa bajo las luces de la filosofía ayuda a comprenderla mejor bajo el enfoque jurídico, ya que los juristas para bien conceptuarla, recurrieron a los filósofos. La obligación, en las modalidades del medio y del resultado, fue introducida en el inicio del siglo para, entre otros, ayudar a solucionar problemas nuevos relativos al transporte de personas y cosas provenientes del constante aumento de la velocidad de los vehiculos. Se destinava, especialmente la obligación del resultado, a las áreas donde el factor "álea" no estuviese presente. La proximidad con que, a veces, se presentan lo normal y lo patológico demuestra no solamente la subjetividad, la complejidad y la imprevisibilidad del organismo humano, como el uso inadecuado de caracterizar como siendo de resultado una obligación en una seara donde el factor "álea" será una constante. Se siente, pues, la falta de un elemento intermediario para bien caracterizar una obligación, que si no es de medio, entiendese que también no sea de resultado. Si el derecho se modifica en función de los hechos sociales, necesaria se hace, en la área jurídica, investigación en el sentido de crear y introducir aquel término médio que vendrá a caracterizar una obligación más amplia que la de medio, visando un determinado resultado, pero compitiendo, siempre, con la imprevisibilidad. Lo que aqui se expone es un retrato del mutante siglo XX, con el enfoque direccionado hacia la responsabilidad civil del médico. La experiencia oriunda de las formulaciones pretéritas y la investigación en el presente darán su contribución en el mister de resolver las complejas relaciones entre el derecho y la vida en sociedad, en las cuales todavia hay más preguntas que respuestas.

INTRODUÇÃO

O tema "obrigação de meio e de resultado" ocupa, na literatura jurídica, o curto espaço de uns poucos parágrafos. Pouco se tem escrito no Brasil a respeito, a despeito da relevância do tema e de suas origens.

A classificação das obrigações como sendo de meio e de resultado - ainda que tenha suas raízes deitadas no direito romano -, foi posta em prática no início deste século, na França, com a intenção dirigida a solucionar certos tipos de novos problemas obrigacionais, especialmente os referentes aos transportes de coisas e pessoas. Com o crescente aperfeiçoamento da indústria automobilística e a velocidade e potência cada vez maiores dos veículos, bem como os acidentes daí decorrentes, situações jurídicas inéditas se criaram, demandando soluções.

A obrigação de resultado serviu, então, para caracterizar aquele tipo de prestação onde o caso fortuito e a força maior poderiam justificar não ser alcançado o resultado avençado.

No Brasil, à semelhança de outros países, é utilizada a obrigação de meio para caracterizar a prestação do médico clínico, do cirurgião geral e do cirurgião plástico reparador; todavia, as obrigações do cirurgião plástico estético e do anestesiológista são tidas como de resultado, posicionado-se neste pensar parte dos doutrinadores e uma parcela da corrente jurisprudencial. Aqueles que divergem de tal postura o fazem com base na parcial imprevisibilidade do organismo humano e

frente a presença do fator álea, espelhando-se, assim, na escola francesa.

Considerando-se a escassez do que se tem escrito a respeito daqueles dois tipos de obrigação, o presente trabalho tem como objetivo analisar com um pouco mais de profundidade o que sejam tais obrigações e se elas se amoldam ou não para a caracterização de determinadas prestações.

As mudanças sociais são céleres e o direito faz sua adequação de maneira progressiva, porém, em regra, lenta; como resultante tem ele, às vezes, de se servir de figuras próximas e analógicas, as quais nem sempre se apresentam com uma apropriação satisfatória. Sob este enfoque é vista e analisada a apropriação ou não do uso das obrigações de meio e de resultado na caracterização da prestação obrigacional dos médicos, questionando-se se apenas aqueles dois tipos de obrigação são suficientes para cumprir satisfatoriamente o seu propósito.

O estudo é feito, comparativamente, com o que se passa na área, em França.

O Direito tem uma parte que é cambiante e assim é para melhor se amoldar ao fatos sociais. A responsabilidade civil é um instituto em plena mutação e, para tal demonstrar, o presente trabalho faz uma breve análise dos referenciais históricos da responsabilidade civil, apontando as mudanças ocorridas em seu seio, desde que o homem iniciou sua existência como ser de direitos e deveres.

Os temas dos capítulos iniciais foram tratados dentro de um duplo enfoque, ou seja, de maneira geral dizendo respeito ao homem e, logo em seguida, pela via específica do profissional

médico. Assim, foi analisada a responsabilidade civil e a responsabilidade médica; a culpa genérica e a culpa médica.

Procurou-se entender a causa - antes - sob o ponto de vista filosófico, já que embasamento necessário para entendê-la enquanto jurídica e essencial para o estudo do nexu causal.

Passou-se, então, ao tema "obrigações", procurando - de uma maneira mais específica - delimitar quando e como utilizar-se da conceituação de obrigação de meio e de resultado, para, em seguida, analisá-las dentro do referencial da responsabilidade médica. De igual maneira, sob a óptica do Código de Defesa do Consumidor.

O normal e o patológico - sendo as vezes tão próximos a ponto de se confundirem -, foram apontados como exemplos demonstrativos da complexidade do organismo humano.

A cirurgia plástica é comentada dentro de suas modalidades, analisando-se as respectivas posturas do cirurgião nas situações de risco e de erro e seus tipos.

Por último, o enfoque para a necessidade de inovar aquela área do Direito que é passível de sê-lo, o que se justifica e se explica não só porque é de sua natureza a mudança, como é preciso adaptar-se às novas situações que a cada dia surgem na rotatividade frenética da vida contemporânea.

Sallienta-se a importância da pesquisa e do estudo e a necessidade do preenchimento de lacunas que, no presente trabalho, se evidenciam na forma daquele elemento intermediário entre os termos obrigação de meio e de resultado, tendo por função caracterizar uma obrigação outra, onde um resultado deve ser querido, esperado e até exigido, mas levando-se em conta a presença importante e determinante do fator álea.

I - BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Considera-se que a análise aqui feita sobre a evolução histórica da responsabilidade civil seja um preâmbulo necessário para uma melhor compreensão de seu perfil mutável, uma das características marcantes do instituto.

O movimento permeia a vida, diria HOBBS - dentro da sua filosofia mecanicista - o que é de fácil averiguação, quando se observa a dinâmica dos fatos sociais, alterando os costumes estabelecidos e introduzindo novas roupagens a personagens já conhecidos.

"Tomar conhecimento de uma coisa é convertê-la em objeto, é colocá-la diante do espírito, é julgá-la em função do passado, isto é, da experiência da História e em função do futuro, quer dizer, dos ideais e dos valores que aspiramos realizar", consoante reflexão de Roland CORBISIER¹. O que vale dizer que o conhecimento ofertado pela História pode ser válido, não apenas para a programação do devir, como para propiciar uma maior compreensão do presente, seja a partir dos acertos, ou, mesmo, dos insucessos.²

¹ CORBISIER, Roland. **Autobiografia filosófica**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1978, p. 132.

² Gustave COUBERT (1819-1877), pintor francês - considerado o líder da moderna escola realista -, na carta que lhe trouxe quase tanta fama quanto seus quadros, assim se expressou: "O dever do espírito humano é trabalhar sempre no que é novo, sempre no presente, começando com resultados adquiridos. Ninguém deve jamais reiniciar, mas prosseguir de síntese em síntese, de conclusão em conclusão... O belo, como a verdade, vincula-se ao tempo em que cada um vive e ao indivíduo capaz de percebê-lo." **In Mestres da Pintura**. Paul Cézanne. Série. São Paulo: Abril Cultural, 1977. p. 7. Sem dúvida, esse

Transferindo tal pensar para a área jurídica cabe inserir nesse **introitu** as palavras de Castanheira NEVES: "o direito é essencialmente histórico. E isto porque é ele mesmo historicidade e faz história. Ele é histórico, não porque o seu tempo é o passado, mas porque o seu tempo é o futuro a precipitar-se e a moldar o presente".³

I.1. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As sociedades cognominadas primitivas, que ainda podem ser observadas nos dias atuais, não devem trazer um paralelismo muito grande com o que foram, na sua origem, as atuais sociedades modernas, pois, sem dúvida o desenvolvimento destas últimas foi complexo e não linear, haja vista a heterogeneidade que apresentam os diversos povos.

Novas descobertas têm também demonstrado que o desenvolvimento histórico ocorreu de uma maneira menos lógica do que se pensava até então. Por essa razão, cada vez mais se rejeita a idéia de que as sociedades ditas "primitivas" de hoje possam demonstrar o quê - e como - tenham sido elas no tempo passado.

No que diz respeito, porém, aos fatos relativos à responsabilidade civil descritos por historiadores, sociólogos e etnólogos, o que pode ser observada - em função de sua

pensamento pode referir-se não apenas à seara artística, mas a todo o campo do conhecimento humano.

³ NEVES, Antonio Castanheira. **Questão de fato - questão de direito** ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 906, v. 1.

similitude -, é uma progressão mais ou menos constante daquela nas diferentes sociedades estudadas.

De uma maneira sumária seria então possível distinguir dois períodos distintos, compreendendo o primeiro, uma análise da responsabilidade civil até o século XVIII e, num segundo tempo, os séculos XIX e XX.

I.1.1. A responsabilidade civil até o século XVIII

No seu início, a responsabilidade parecia ter seu perfil determinado por duas áreas distintas, ou seja, a penal e a religiosa; as sanções, que consistiam de sacrifícios e penitências, mostravam-se totalmente desprovidas de um caráter indenizatório: não se propunham a mais que punir o prejuízo ou a ofensa ao ser social ou ao deus que o simbolizava.

Mais tardiamente, por meio da vingança privada ou familiar e, depois, por uma composição pecuniária ou penas privadas, é que se pode falar em primeiras manifestações de uma reparação civil.

Tais sanções, ainda que híbridas, apresentavam um caráter às vezes repressivo em razão de seu perfil vindicatório e expiatório, mas também restitutivo, na medida que aproveitavam à vítima. Reparavam, dessa forma o dano sofrido, ao mesmo tempo em que puniam o responsável dando assim lugar e nascimento a uma forma de responsabilidade mista.⁴

⁴ A esse respeito, Patrice JOURDAIN comenta que a lei germânica dos francos sálicos (pagamento de multa da qual uma parte ia para o rei e a outra para a vítima) e a lei romana das XII Tábuas (pagamento de um múltiplo do dano) continham inúmeros exemplos de composições e penas privadas que permitiam ao responsável evitar o exercício do direito de vingança da vítima. JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 2e. éd. Paris: Dalloz, 1994. p.8.

Pode-se, então, concluir que a gênese da responsabilidade civil se liga ao desenvolvimento de certos pressupostos da responsabilidade penal, que a absorveu por um longo tempo. Tal libertação deu-se lenta e gradativamente e ocorreu pela necessidade, cada vez maior, de um efetivo individualismo. Quando aquele que representava a autoridade central alcançou um poder superior ao dos chefes de clãs e tribos, também os delitos receberam um tratamento diverso: a vítima não era a única a punir, e, com o correr do tempo, esta função acabou por caber exclusivamente ao poder central, portanto, ao Estado (ou ao que poderia ser considerado como tal). Com esta "publicização" da responsabilidade penal, a pena privada sucumbiu e a responsabilidade mista se desdobrou.

A partir do momento em que uma responsabilidade exclusivamente penal, pública e laica se firmou, a noção do dano individual se destacou daquela de prejuízo social: todo um campo novo se abriu à responsabilidade civil que pode então ganhar sua autonomia.

Apontou-se que uma das características da responsabilidade civil era o seu caráter religioso. Tal assertiva mostra-se facilmente comprovável quando se examina a história de duas sociedades antigas cuja farta documentação chegou até nossos dias: Israel e Roma.

Ainda que pareçam ser extremamente anciãs, há que se levar em consideração que tais sociedades situam-se, em realidade, no final de um período da evolução humana, período este compreendido desde a Pré-História até a época em que o homem não só já se havia organizado em grupos, como deixava o registro de seus principais atos e fatos.

I.1.1.1 Israel - as primeiras normas

Tendo a responsabilidade civil da Antiguidade estreita ligação com o setor religioso, mister se faz uma menção, ainda que superficialmente, do conteúdo daquelas que teriam sido as primeiras normas codificadas de Israel e que são encontradas no Livro de Êxodo, retratando circunstâncias e acontecimentos ocorridos, segundo os historiadores, aproximadamente, no XV século antes de Cristo.⁵

De conformidade, pois, com o Velho Testamento, o desconhecimento de uma lei pelo homem, em Israel, era essencialmente um pecado e, ao mesmo tempo, um crime e um ato de responsabilidade civil pelo qual um castigo deveria ser imposto, castigo este de uma severidade crescente na correspondência direta da dignidade do pecador.⁶

Ignorar uma lei de natureza religiosa criava *per si* uma responsabilidade coletiva, já que além da ofensa em relação a Deus havia o problema da sua resultante, ou seja, o que Aquele poderia fazer contra Israel por causa daquela ofensa.

Todavia, a idéia de responsabilidade individual não tardou a se efetivar e é, também, no Velho Testamento⁷ que vai

⁵ Destaca André TUNC que tal livro não deve ter sido elaborado senão quatro séculos mais tarde, sofrendo modificações, provavelmente, até o fim do século VI a.C. Mesmo estudando profundamente o Livro de Êxodo ou as primeiras leis romanas, ainda resta uma incerteza muito grande do que se produziu ou do que ocorreu nos primeiros noventa e nove séculos de história do homem. TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2e. éd. Paris: Économica, 1989. p. 52.

⁶ Vide, como exemplo, o Livro de Levítico, capítulo primeiro, versículos 1 a 35.

⁷ Em Deuteronômio, 24:16, lê-se: "Os pais não serão mortos em lugar dos filhos, nem os filhos em lugar dos pais; cada qual será morto pelo seu pecado." Em Jeremias 31.29-30: "Naqueles

se encontrar o registro daquela que se convencionou denominar Lei de Talião⁸.

Ainda que bastante dura, tal lei pode já ser vista como um abrandamento do direito primitivo, quando o castigo era mais importante que o dano, e, muitas vezes, constituindo-se em seu múltiplo.⁹

I.1.1.2 A responsabilidade na Roma antiga

Em Roma, antes da adoção da Lei das XII Tábuas a responsabilidade era, igualmente, de natureza religiosa. À maneira de Israel, também a Lei de Talião - em caso de dano corporal -, representou um abrandamento das antigas formas de castigo.

No decurso da evolução, o Estado tomou para si o intervir em um número cada vez maior de infrações: no início, apenas os casos referentes aos prejuízos a interesses comuns, depois, prejuízos às pessoas e que se constituíam, igualmente, em séria ameaça à ordem social. Sem dúvida, a intervenção do Estado conduziu, aos poucos, à distinção entre castigo e indenização, modificando, como consequência, a soma de dinheiro destinada à vítima.

Entretanto, conforme salienta TUNC, aquilo que pode

dias já não se dirão: 'os pais comeram uvas verdes e os dentes dos filhos é que se embotaram. Cada um, porém será morto pela sua iniquidade...'

⁸ Livro de Êxodo 21:23-24: "Mas se houver dano grave então darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé." De igual conteúdo, Levítico 24:17-22.

⁹ Livro de Gênesis, 4:15: "O Senhor porém lhe disse: 'Assim, qualquer que matar a Caim será vingado sete vezes...'" *Idem*, versículos 23-24.

parecer uma rápida evolução, razoavelmente ordenada, em verdade constituiu-se num processo infinitamente mais complexo. Por exemplo, desde o tempo da Lei das XII Tábuas, as conciliações voluntárias e a perseguição pública em caso de homicídio coexistiam com a Lei de Talião. Por outro lado, durante o período clássico, e mesmo durante a época bizantina, a vingança privada poderia ocorrer em alguns casos de flagrante delito e não poderia ser interrompida, a não ser por acordos voluntários.¹⁰

No ano de 287 a.C., surgiu em Roma a Lei Aquília, proposta pelo tribuno da plebe Lúcio Aquílio, a qual, inicialmente, visava proteger os interesses dos plebeus no tocante ao prejuízo que lhes causavam os patrícios nos limites de suas propriedades.

Tal lei, segundo informa Álvaro Villaça AZEVEDO, teria sido aprovada em plebiscito e criou uma forma pecuniária de indenização do dano, estipulando o valor deste e constituindo-se, ainda, num marco, pelo propósito de agrupar, sob tratamentos específicos, várias espécies de dano, obrigando à indenização deste, aquele que lhe dera azo.¹¹

A Lei Aquília mostrou-se como uma regra renovadora, no sentido de trazer medidas mais humanas para as relações sociais, eliminando a rudeza das penas capitais, do jugo do devedor ao seu credor e introduzindo idéias que podem ser consideradas como as precursoras da moderna teoria de

¹⁰ TUNC, p. 53.

¹¹ A responsabilidade civil e a correção monetária. In **Estudos de direito civil**. CHAVES, Antonio (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 218.

indenização por perdas e danos.

A referida lei teria surgido por manifesta influência das idéias gregas e de seus filósofos acerca da noção de culpa como basilar na reparação de danos. Tal é a idéia de vários autores, entre eles, Wilson Melo da SILVA¹². Informa ainda que dúvidas lavram a respeito desse antecedente histórico como sendo aquele que se tenha constituído no marco inicial do reinado da culpa nos domínios da responsabilidade civil, carecendo tal assertiva de maior cunho de veracidade, uma vez que, segundo ele, de culpa ainda não se cogitava nesse diploma legal dos romanos, pelo menos não no sentido subjetivo do vocábulo.¹³

Para SILVA, na literalidade de seu contexto, a noção de culpa introduzida no direito romano seria a resultante - mais propriamente - do direito pretório e da jurisprudência, do que da própria Lei Aquília. A famosa frase *In lege Aquilia et levissima culpa venit*, não teria efeito senão de simples interpolação.¹⁴

Independente de preciosismos romanísticos o que se tem de real e objetivo é que tal lei, ao experimentar transformações substanciais através do tempo, deixou de estar restrita apenas aos danos inferidos *corpore corpori* sendo aplicável tão somente

¹² SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 17.

¹³ Aloisio SURGIK, professor de Direito Romano, da Universidade Federal do Paraná, a respeito da questão formulou idêntico parecer, ou seja, que os romanos teriam uma maneira objetiva de ver a culpa, a saber, seria responsabilizado aquele que fugisse dos padrões de comportamento, representado pelo *bonus pater familiae*. A culpa, como elemento subjetivo, tal qual se a vê hoje, teria deitado suas raízes à época do direito Justinianeu. Consulta particular efetuada em 23 jun. 1996.

¹⁴ Apud SILVA, p. 17-8.

in factum para, no direito justiniano, atingir o máximo de sua amplitude dizendo respeito a toda e qualquer espécie de dano extracontratual e mesmo *non corpori*, conforme explica Alvino LIMA.¹⁵

Foi desse modo, e sob o influxo dos pretores e da jurisprudência, aponta SILVA,¹⁶ que a noção de culpa acabou por deitar raízes na própria Lei Aquília, o que justificou algumas das passagens famosas, posteriores, com tanta frequência citadas: "In lege Aquilia et levissima culpa venit" (Ulpianus, pr.44 *Ad Legem Aquilia*, IX, II); "Impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum comittit" (Gaius, *Institutiones*, III,211).¹⁷

A evolução da responsabilidade extracontratual se operou, no direito romano, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa, contra o objetivismo do direito primitivo e, segundo LIMA, decorrendo de tal uma substituição da idéia de pena pela de reparação do dano sofrido.¹⁸

¹⁵ "A teoria clássica da culpa, que é a armadura da responsabilidade civil extracontratual das legislações modernas, recebeu do direito justiniano a célula *mater*, da qual nasceu o princípio genérico daquela responsabilidade, cristalizado no preceito do artigo 1382 do Código Civil de Napoleão." LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1938. p. 27. O artigo 1382 determina que todo o fato praticado pelo homem e que venha, por sua culpa, causar dano a outrem, obriga àquele a repará-lo.

¹⁶ SILVA, p. 19.

¹⁷ "Qualquer culpa imputável ao agente é o suficiente". "Impune está aquele que causou dano a outrem sem culpa ou dolo". Trad. pela autora.

¹⁸ LIMA, p.16.

Impende observar que eram bem outras as condições sociais dos tempos dos velhos senhores do mundo; não conheciam eles, ainda, os cruciais problemas da sociedade moderna, resultantes da técnica progressista que inaugurou o império da máquina, e, com ele, todo um universo de consequências econômicas, políticas e jurídicas, onde os elementos culpa ou não-culpa passariam a ter tanta ingerência.

I.1.1.3 Direito canônico - expressiva contribuição

Diz-se que se há no direito um **substractum** que é imutável e eterno, há nele, também, uma parte cambiante, variável no tempo, estruturada pelas condições sociais do próprio meio social.

Com base nessa assertiva mister se faz citar nesta análise cronológica da responsabilidade civil a influência advinda do direito canônico.

Deve-se a tal direito uma expressiva contribuição para o desenvolvimento da análise do papel da intenção, e, de acordo com TUNC,¹⁹ mais amplamente, para a adaptação da norma jurídica à moralidade do autor do dano, adaptação esta que terminou por colocar o conceito de culpa numa posição de destaque.

¹⁹ TUNC, p. 54.

I.1.1.4 A Revolução Industrial - efeitos

O conjunto de transformações técnicas, econômicas e políticas, designado como Revolução Industrial,²⁰ ocorrido a partir de 1760, viria alterar por completo o comportamento, os costumes e as relações sócio-jurídicas, demandando conceitos novos e novos arranjos no sentido de manter a ordem social dentro do desejável.

A participação da máquina na vida cotidiana e a concepção de acidente acabaram por introduzir noções até então desconhecidas na maneira de ver a responsabilidade civil. Isso, basicamente, porque a maioria das máquinas era por si perigosa, o trabalho humano não podia mais se efetivar sem elas, e por último, todo o maquinário dependia de ser manuseado diretamente pelo homem, especialmente no final do século XIX.

I.2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS SÉCULOS XIX E XX

A partir da segunda metade do século XIX, fomentado pela doutrina, registrou-se um vasto movimento de extensão da responsabilidade civil que se prolongou por todo o século XX.

JOURDAIN²¹ aponta que um duplo fenômeno ocorreu alterando a evolução do processo: "l'objectivation et la collectivisation"²² da responsabilidade. Para ele, as causas

²⁰ A invenção da máquina a vapor por James WATT (1736-1819) teve profundas consequências sociais e econômicas, sendo o aperfeiçoamento daquela e suas inúmeras possibilidades de uso um dos gestos da Revolução Industrial.

²¹ JOURDAIN, p. 10.

²² No sentido de tornar mais objetiva a responsabilidade, centrando-a dentro de um espírito coletivo.

e as manifestações de uma tal alteração na evolução devem ser bem precisadas para que se compreenda tal **bouleversement**.²³

I.2.1. Razões do movimento de extensão

A primeira causa, comenta o autor supracitado, diz respeito à transformação radical da sociedade, no transcurso do século XIX. A Revolução Industrial, mencionada anteriormente, trazendo em seu bojo a mecanização das atividades humanas engendrou uma formidável multiplicação e agravação de danos.

Como seria de esperar, a evolução técnica verificada no século XX só fez ampliar uma situação já existente: com a máquina por todo lugar, cada vez mais o homem poderia ser vítima dos defeitos e efeitos daquela. Tal evolução trouxe consigo problemas novos que o direito deveria gerir: a noção do prejuízo accidental, ou seja, aquele anônimo ou essencialmente fortuito, mas que conheceu um desenvolvimento de ordem tal que se tornou impossível não levá-lo em conta.

Em segundo plano, pode-se constatar o fato que embora cresça o número de atividades perigosas, o homem aceita cada vez menos a fatalidade. Há uma postura de recusa na aceitação de fatos negativos tendo como consequência uma tendência cada vez maior para demandar reparação quando danos são sofridos.

A valorização da pessoa humana levou a um conceito de cobrança de um Estado-previdência. A necessidade de segurança e o crescente costume de uma proteção e de uma assistência têm

²³ Não se tem no idioma pátrio uma expressão que se adapte tão bem à situação descrita por JOURDAIN como **bouleversement**; por tal razão ela ficou na língua original. Se traduzido ter-se-ia "comoção, confusão, transtorno, desordem" e nenhum destes vocábulos transmitem realmente a idéia do que seja **bouleversement**.

tornado o homem cada vez mais exigente: a reparação de um dano firma-se de modo mais evidente.

Em terceiro plano, e como consequência do anterior, a comisseração social que antes aproveitava apenas aos responsáveis de suas próprias e diretas faltas, voltou-se, subitamente, para o lado da vítima. A culpa, como fundamento único da responsabilidade civil, pareceu, então, pobre e insuficiente.

Começou a se firmar a função indenizatória da instituição, enfraquecendo, em contrapartida, o fundamento espiritual e individualista daquela, culminado com o fato de que no final do século XIX começasse a se insinuar a possibilidade de substituí-la pela idéia de risco: alguém não seria responsável somente por suas faltas e erros, mas, igualmente, pelos riscos criados. ²⁴

I.2.2 Reflexos na prática

A tendência de uma desvalorização da função da culpa na responsabilidade civil levou a um questionamento mais objetivo daquela, refletindo-se tal postura tanto na área jurisprudencial quanto de legislação.

Como decorrência, em 1885 a Corte de Cassação, na França, admitiu a responsabilidade objetiva pelos danos causados pelos animais, limitando, apenas, a possibilidade de exoneração do proprietário ou guardião em caso de força maior. ²⁵

²⁴ JOURDAIN, p. 10-1.

²⁵ JOURDAIN, p. 11.

O legislador procurou fazer a sua parte neste processo evolutivo, editando uma série de leis, desde o final do século passado até os dias atuais: um regime especial de responsabilidade sem culpa foi adotado em áreas onde os riscos de acidentes eram possíveis ou elevados, firmando-se a teoria do risco como consequência da responsabilidade objetiva.

I.3. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Coerente ao método escolhido de análises paralelas, vista a evolução da responsabilidade civil, passa-se ao estudo desta, porém, dirigido para a área do profissional médico.

Dentro das diferentes nuances acordes com a época e a evolução da medicina, os médicos tiveram de suportar as consequências prejudiciais de suas falhas e de seus erros, assim, a responsabilidade civil daquele profissional surgiu, historicamente, com as mais primitivas legislações.

I.3.1. A prática da medicina na Antiguidade

Na Antiguidade, a prática da medicina mostrava-se muito restrita, além de estar intimamente ligada à religião. A maioria dos fatos era atribuído às divindades: saúde, doença, riqueza, pobreza, o sucesso ou não nas colheitas e, até, o destino da pátria.

Imbuídos de uma tal religiosidade, os povos norteavam por ela a sua conduta, e, muitas vezes, dentro desse universo místico, o médico era visto como intérprete dos deuses. Não obstante, em certos períodos da História, a responsabilidade médica chegou a ter um caráter particularmente rigoroso, em

função da consideração mínima que gozava a profissão.

I.3.1.1. Os códigos de HAMURABI e MANU. O Egito

O Código de HAMURABI (2394 a.C.) já previa penas para médicos ou cirurgiões que cometessem lesões corporais ou matassem um homem livre ou um escravo. Dedicou nove artigos à atividade médica e às obrigações dela decorrentes.²⁶

Referindo-se ao artigo 218²⁷, BOUZON comenta: "Se o médico não tiver sucesso em sua intervenção cirúrgica e o paciente morrer ou ficar cego e esse paciente for um **awilum**,²⁸ nesse caso será aplicada contra o órgão considerado culpado - a mão do médico -, a pena de talião. Esta era, sem dúvida, uma maneira drástica de evitar outras intervenções desastrosas desse médico."²⁹

O Código de MANU, surgido dez séculos após o de HAMURABI e destinado ao povo indiano, refere-se igualmente à responsabilidade médica no seu artigo 695.³⁰

²⁶ Artigos 215 a 223. BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi**. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 188-9.

²⁷ "Artigo 218 - Se um médico fez em um **awilum** uma operação difícil com um escapelo de bronze e causou a morte do **awilum** ou abriu a **nakkaptum** de um **awilum** com um escapelo de bronze e destruiu o olho do **awilum**, eles cortarão a sua mão." BOUZON, p. 189.

²⁸ **Awilum** - é o termo usado para designar o "homem livre, com todos os direitos de cidadão". BOUZON, p. 32.

²⁹ BOUZON, p. 189.

³⁰ Artigo 695: "Todos os médicos e cirurgiões que exercerem mal a sua arte merecem uma multa; ela deve ser de primeiro grau para o caso relativo a animais; de segundo, relativo ao homem". Apud YUNGANO, Arturo Ricardo. **Responsabilidad profesional de los médicos - cuestiones civiles, penales, médico-penales, deontológicas**. Buenos Aires:

Quanto ao Egito, informa Wanderby Lacerda PANASCO, lá os médicos gozavam de alta posição social porque se confundiam as suas funções com as de sacerdote, mas, ainda assim, deviam nortear-se por regras básicas constantes de um livro. Respeitadas as regras, mesmo que o paciente viesse a falecer, não sofreriam punição, o que não ocorria em caso da não observância àquelas.³¹

I.3.1.2. A situação dos médicos na Roma antiga

Em Roma, nos tempos mais primitivos, era comum que médicos fossem escravos ou libertos e suas funções tinham um caráter servil, já que todas as grandes famílias possuíam um médico dentre o numeroso quadro de servidores, assim como dispunham de um poeta, um gramático ou um músico.

A Lei das XII Tábuas, adotada em Roma por volta do ano 452 a.C. trazia, na Tábua VII - Dos Delitos - princípios gerais de responsabilidade e, mais tarde, no império de Augusto (27 a.C.) a profissão médica começou a ser vista de uma maneira diferente, alcançando já algum prestígio, consoante informação de Hélio GOMES.³²

Admitia-se, então, ser a relação médico-paciente uma forma de arrendamento de serviços, um contrato consensual. Quando surgiu a Lei Aquília, vieram com ela os primeiros

Editorial Universidad, 1982. p. 28.

³¹ PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 37.

³² GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 21. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. p. 18.

rudimentos da responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou a deportação do médico culpado pelo cometimento de um erro profissional.

É interessante notar que são coetâneas as admoestações de PLÍNIO, no sentido de reclamar de impunidades médicas, tendo em vista a dificuldade da tipificação legal de uma falta.³³

I.3.2. A prática da medicina e a responsabilidade nas

Idades Média e Moderna. Breves notícias

Da Idade Média, o documento mais antigo de que se tem notícia data do século XIII e consta de uma sentença do Júri dos Burgueses de Jerusalém, a qual declarava determinado médico dever uma indenização pela morte de um doente.³⁴

Em termos de legislação, conforme comenta GOMES,³⁵ são também desta época dados que revelam uma participação mais direta do médico em matéria jurídica. Assim, a lei sálica, a lei germânica e as Capitulares de Carlo Magno contém detalhes de anatomia sobre ferimentos e sobre a reparação devida às vítimas, conforme o local e a gravidade daqueles.

Com base nas informações que a História oferece há que se entender que a medicina, inicialmente, era exercida por sacerdotes, feiticeiros, escravos, curandeiros, magos e, depois, por barbeiros, sendo que dentre eles, como é fácil concluir, muito poucos possuíam reais conhecimentos sobre a

³³ PANASCO, p. 38.

³⁴ OLIVEIRA, João Baptista de; COSTA JÚNIOR. **Aspectos médico-legais da anestesia**. São Paulo: DGSB São Camilo, 1962. p. 369.

³⁵ GOMES, p. 18.

matéria ou estavam realmente habilitados a exercer tal profissão. Foi somente em 1335, por edito do rei de França, JEAN I, que o exercício da medicina restringiu-se aos diplomados em universidades.

I.3.2.1. A influência do direito canônico na responsabilidade médica

Também na análise da evolução da responsabilidade civil do médico pode-se aduzir, como anteriormente, que o direito canônico (1200 a 1600) trouxe benéficas influências, já que sob a égide do cristianismo modificaram-se tanto o direito civil quanto o criminal.

Provas diretas eram exigidas contra os acusados e o exame minucioso dos fatos era julgado necessário nas investigações médico-legais.

É de 1278 uma Carta patente de FELIPE, o Audaz, onde se alude a cirurgiões juramentados junto à pessoa do rei. Crescia, portanto, a responsabilidade daqueles profissionais.³⁶

O fato, porém, mais importante deste período, assinala GOMES, foi o aparecimento do Código Criminal Carolino, de EDUARDO V, promulgado pela Assembléia de Ratisbona, em 1532, e constituindo-se numa espécie de constituição do império germânico.

Tal lei exigia o exame e parecer de cirurgiões e parteiras, antes das decisões dos juizes, nos casos de ferimentos, assassinatos, abortos e infanticídios. Intentava

³⁶ GOMES, p. 19.

com isso uma mais conveniente e justa aplicação da pena.³⁷

O exercício prático da medicina legal estava inaugurado em caráter oficial.

I.3.2.2. Consequências nefastas do empirismo

Com o decorrer do tempo, o exercício de uma profissão baseada apenas em conhecimentos empíricos³⁸ trouxe como consequência um descrédito para a classe: os profissionais eram julgados severamente por seus erros, especialmente pela opinião

³⁷ GOMES, p. 19.

³⁸ A tal ponto eram empíricos a profissão e os conhecimentos ligados à área médica que Richard GORDON relata em seu livro que até o século XVII imaginava-se que o sangue saía e entrava, como as marés. Em 1628, William HARVEY (1578-1657) demonstrou que ele percorria um caminho circular, assim expressando-se sobre o assunto em seu **Exercitatio Anatomica de Motu Cordis et Sanguinis in Animalibus**: "É bem possível que o movimento do sangue no corpo se processe desse modo. Todas as partes devem ser alimentadas, aquecidas e ativadas pelo sangue, perfeitamente vaporoso, mais quente e, por assim dizer, nutriente. Por outro lado, em certas partes o sangue precisa ser resfriado, espessado e figurativamente usado. Dessas partes ele volta ao ponto de partida, ou seja, o coração, como para a sua fonte ou o centro de economia do corpo, para ser restaurado ao seu estado anterior de perfeição. Então, com o calor natural, poderoso e abrasador, uma espécie de armazém de vida, ele é reliquefeito e impregnado com espíritos e (se posso dizer assim), adoçado. Do coração ele é redistribuído. E tudo isso depende do movimento do coração."

Um pouco mais tarde, em 1771 o Dr. Tobias Smollett assim se expressaria referindo-se, obviamente, aos micróbios: "Existem armadilhas para nossas vidas em tudo que comemos e bebemos. O próprio ar que respiramos está carregado de contágio. Não podemos nem mesmo dormir sem correr o risco de uma infecção." In GORDON, Richard. **A assustadora história da medicina**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995. p. 15-17-23.

Felizmente em 1822 nascia Louis PASTEUR, o brilhante pesquisador que determinou os contornos e as diretrizes da ciência que viria a se chamar microbiologia e que tanto interferiu na qualidade de vida do ser humano desde então.

pública.³⁹

Em contrapartida, a partir do século XVII, começaram a surgir algumas manifestações no sentido de proteger os médicos: os tribunais se mostravam menos rigorosos, mas os praticantes da "arte", salvo poucas exceções, ainda não eram merecedores de grande consideração.⁴⁰ Os cirurgiões, os barbeiros e os boticários formavam uma mesma "família científica".

I.3.3. Influência do direito francês na determinação da responsabilidade civil do médico

Na época moderna, pode-se dizer que foi no direito francês que se estabeleceram as primeiras normas codificadas da responsabilidade médica, assentando as bases de uma jurisprudência que se substanciaria com o decorrer do tempo.

O famoso aresto de 20 de maio de 1936, da Corte de Cassação francesa influiu de maneira expressiva para que, a partir de então, o trabalho médico fosse visto como uma obrigação de cunho contratual, ainda que sob as vestes de um contrato *sui generis*.

De igual modo, o não menos famoso parecer do Procurador-geral DUPIN veio igualar os atos nefastos dos médicos aos de qualquer outro cidadão, no que concerne à responsabilização pelos mesmos, como se demonstrará adiante.

³⁹ São dessa época as peças teatrais de MOLIÈRE (1622-1673) e que refletem este estado de coisas, entre elas *Le médecin malgré lui* e *Le malade imaginaire*.

⁴⁰ Apud MOREAU, Alfred. *La responsabilité médicale*. Bruxelles: B.C. Éditeurs, 1891. p. 9.

I.3.3.1. O direito esposando o fato social

A evolução da idéia de responsabilizar o médico não se deu de maneira nem rápida, nem ordenada, pois, conforme se tem notícia, os casos de responsabilidade médica eram escassos; vez por outra punia-se o médico faltoso, outras vezes declarava-se a sua irresponsabilidade. Porém, em 1596, o Parlamento de Bordeaux condenou um médico a pagar 150 francos de indenização por dano a um cliente.⁴¹

Em 1696, o Parlamento de Paris declarou que os médicos e cirurgiões não eram responsáveis por faltas decorrentes do exercício profissional, mas, em contrapartida, novamente o Parlamento de Bordeaux responsabilizou um cirurgião, imputando-lhe pagamento de pesada indenização.⁴²

Em 1768 o Parlamento de Paris, submetendo-se aos fatos, mudou seu parecer pronunciando-se, então, pela interdição do exercício da profissão para os médicos incriminados por falta profissional.⁴³

No período que compreendeu os anos de 1825 a 1833 ocorreram casos de erros médicos que tiveram o poder de mobilizar a opinião pública, e com ela, o legislador.

I.3.3.2 O Parecer do Procurador-Geral DUPIN

Em 1832, o eloquente enunciado de um parecer do Procurador-Geral DUPIN, da Corte Civil do Tribunal de Cassação de Paris, motivou uma revisão do que se pensava até então,

⁴¹ PANASCO, p. 38.

⁴² *Ibidem, idem*, p. 38.

⁴³ *Ibidem, idem*, p. 38.

acabando por constituir-se em um marco e abrindo novos rumos para a corrente jurisprudencial.

Destarte, o parecer de DUPIN tem para a questão da responsabilidade civil médica, não só da França, mas para todo o direito comparado, um extraordinário valor doutrinário, tanto histórico como jurídico.

Ele se apresenta como o pioneiro de todos os julgados e arestos posteriores, no entender de PANASCO.⁴⁴

Sua posição era de que os atos médicos deveriam ser submetidos aos tribunais como todos os atos dos demais cidadãos, no sentido de fugir da intocabilidade e de procurar dar uma garantia contra a imprudência, a negligência e a ignorância de conhecimentos técnicos, conhecimentos esses que um médico - como qualquer outro profissional -, deveria ter.⁴⁵

⁴⁴ PANASCO, p. 109.

⁴⁵ Segundo o parecer de DUPIN, "o médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso sem afastar-se dessa noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão.

Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção: basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto, inescusáveis."

E termina dizendo:

"Que os médicos se confortem: o exercício de sua arte não está em perigo; a glória e a reputação de quem a exerce com tantas vantagens para a humanidade não serão comprometidas pela falta de um homem que falhe sob o título de doutor. Não se sacam conclusões e dificilmente se conclui partindo do particular ao geral e de um fato isolado a casos que não oferecem nada de semelhante. Cada profissão encerra, em seu meio, homens dos quais ela se orgulha e outros que ela renega." Apud FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 4. ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk, 1987. p. 193-4.

I.3.3.3 A responsabilidade moral dos médicos

Em 1829, a Academia de Medicina de Paris proclamou a exclusiva responsabilidade moral dos profissionais da arte de curar. Daí em diante, a doutrina, em sua maior parte, e a jurisprudência francesa, aderiram a essa tese, sustentando, entre alguns pontos, os seguintes:

- a) porque nas questões médicas há uma pluralidade de critérios, tais como diagnóstico, prognóstico, tratamento, intervenção cirúrgica, tudo se tornando opinável ou conjectural;
- b) só se poderia responsabilizar, assim, os médicos com base em uma culpa material - não em uma culpa médica - ou seja, ele responderia por falta igual àquela que qualquer homem comete, mas não por uma especificamente decorrente do agir médico;
- c) que a culpa médica é excusável devido às dificuldades existentes no exercício da medicina;
- d) que poderá haver responsabilidade desde que ocorra uma culpa grave, inexcusável, um erro grosseiro ou elementar;
- e) que ao doente incumbe provar os erros ou descuidos do médico;
- f) que o laudo dos peritos médicos deve ser decisivo no assunto, pois que conhecedores da ciência médica, podendo emitir uma opinião autorizada.⁴⁶

⁴⁶ Conforme MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad civil del médico. In *Seguros y responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979. p. 67-8.

Mesmo ficando patente que o enfoque da responsabilidade estava voltado mais para o lado moral da questão, já se vislumbrava um progresso no sentido de responsabilizar o profissional faltoso.

I.3.3.4. A noção de imprudência e negligência associada ao ato médico

Em 1850, o Tribunal de Colmar e, em 1861, o de Metz empregaram pela vez primeira as expressões "imprudência e negligência" e "esquecimento das regras gerais de bom senso e prudência".⁴⁷

Como consequência desse novo enfoque, o Tribunal de Dijon, em 1868, considerou que "fora umas questões profissionais exclusivamnete reservadas pela sua natureza às dúvidas e às controvérsias da ciência, o médico é - como todo cidadão -, responsável pelo prejuízo causado pela imprudência, leviandade ou imperícia notória, numa palavra, por sua falta pessoal."⁴⁸

Como é de fácil constatação, houve um recrudescimento gradativo na conceituação da responsabilidade médica pelos tribunais, em face do aumento do número de processos, número este que se avolumava a cada ano. Com tal postura, a França não

⁴⁷ TOURDES, em 1854, analisava: "os médicos são responsáveis, sem dúvida alguma, não pelo resultado de suas prescrições e de sua prática, mas pelos prejuízos que puderem causar por sua negligência ou sua imperícia. Se a imprudência de um indivíduo que maneja acidentalmente uma arma de fogo pode, acidentalmente, torná-lo culpável de um homicídio voluntário, o médico tem constantemente entre as mãos armas não menos perigosas." Apud PANASCO, p.45.

⁴⁸ CHAMMARD, Georges Boyer; MONZEIN, Paul. *La responsabilité médicale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1974. p. 76.

só saiu na frente dos demais países quanto à responsabilidade civil e penal daquele profissional, como serviu de escola e parâmetro para o direito comparado de muitas nações, que foram buscar na sua experiência e pioneirismo o direcionamento para seus respectivos julgados e doutrinas.

I.4. A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

I.4.1. Considerações gerais

Pelo demonstrado, poder-se-ia pensar que a responsabilidade civil - tendo sido a resultante de uma evolução quase tão longa quanto a da própria humanidade -, restasse agora com suas funções bem estabelecidas e claramente definidas, contudo, não é esse o panorama que se vislumbra nos dias que correm.

Em que pesem as grandes modificações ocorridas em seu seio, conforme comenta BUERES⁴⁹, sente-se que muitas há que ainda devem ser efetivadas, pois urge que o direito venha a despir-se de suas vetustas roupagens dos séculos anteriores para assumir as vestes contemporâneas, sob pena de não atingir seus reais objetivos.

Apontou-se ter havido através dos séculos uma certa

⁴⁹ A propósito das transformações dos pressupostos da responsabilidade civil na era atual e referindo-se a prejuízos, comenta o autor que hodiernamente se ressarcem não só os danos que repercutem nos direitos absolutos da vida, da integridade corporal e da propriedade, bem como protege-se os direitos de crédito e os interesses econômicos em geral, se amplia a gama dos direitos personalíssimos e se admite o dano moral com sentido ressarcitório e em sua mais ampla dimensão. BUERES, Alberto J. **Responsabilidade civil de los médicos**. Derechos de daños en la actividad médica. Lineamentos doctrinales y jurisprudenciales. 2. ed. act., cor. y ampl. 1ª reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, 1994, p. 57. v. 1.

variação de importância entre as funções da responsabilidade civil, mas, de uma maneira geral elas estiveram sempre presentes e estreitamente interligadas, a saber: castigo para o culpado, vingança e ou indenização da vítima, restabelecimento da ordem social e prevenção dos comportamentos anti-sociais.

I.4.2. Um instituto em mutação: fatores

A experiência quotidiana demonstra que os objetivos da responsabilidade civil continuam inspirando homens e juristas no sentido da busca do equilíbrio social.

Segundo TUNC, três fatores vieram colaborar para o enfraquecimento da pirâmide formada pelas funções daquela.⁵⁰

Para esse autor, o *primeiro* fator responsável seria o reconhecimento do fato que o homem não é capaz de julgar o homem e, portanto, não tem o poder de lhe impor um castigo. Tal conclusão foi à que chegaram as pesquisas de criminologistas do século XIX e estudos contemporâneos.

TUNC aponta que tal reconhecimento - lógico, senão psicológico -, leva ao desaparecimento de duas das funções tradicionais da responsabilidade civil: o castigo do autor do dano e o restabelecimento da ordem social. Dentro de tal evolução, a vingança da vítima perderia também sua justificativa, conservando o instituto, dessa maneira, apenas duas funções: a indenização e a prevenção.

Como *segundo* fator, aponta o crescimento dos danos oriundos de acidentes e o aumento dos seguros. Para o autor supracitado, em caso de dano acidental, o castigo do autor do

⁵⁰ TUNC, p. 134.

dano ou o restabelecimento da ordem social perdem seus fins legítimos, já que o primeiro problema é de assegurar a indenização à vítima. Aqui também a prevenção, que tem importante papel social, ficaria diluída, pois não se pode atingi-la pela simples obrigação de o autor do dano pagar uma indenização, porque - com base no seguro -, o autor efetivo do dano, raramente, será aquele que pagará a indenização.

Conclui ainda que a própria indenização, a qual em caso de dano acidental seria o fundamento essencial da responsabilidade, apresentar-se-ia aqui com um aspecto diverso do seu tradicional, razão pela qual TUNC⁵¹ propõe que a indenização não deveria vir de um indivíduo apenas, mas de uma fonte coletiva, evitando assim que a responsabilidade civil se constituísse em uma geratriz de diluição dos danos. Para aquele autor tal assertiva já é uma realidade: "La fonction de dilution des dommages accidentels est devenue une de ses principales fonctions."⁵²

Por *terceiro*, aponta ele, o desejo de segurança do ser humano cresce na medida em que o valor de cada homem é mais fortemente sentido e talvez, também, porque ele, homem, se sente mais do que nunca ameaçado pela atividade de seu próximo. O direito à segurança é, na atualidade, proclamado constitucionalmente pela maioria das nações e explica o porquê de teorizar-se que a função da responsabilidade civil seria a de garantir o direito dos cidadãos.

Para TUNC tal função estaria implícita em todas as

⁵¹ TUNC, p. 134.

⁵² "A função de diluição dos danos acidentais transformou-se em uma de suas principais funções". Trad. pela autora.

outras: indenização, prevenção, diluição de riscos.

I.4.2.1 Um instituto em crise ou a decorrência do encadeamento dos fatos sociais?

Observa-se que, contemporaneamente, e em especial nos países industrializados, a figura do instituto da responsabilidade civil apresenta um perfil dicotomizado: de um lado constata-se um aumento considerável do número de ações indenizatórias de diferentes tipos, com um aumento em seus valores pecuniários. De outro, mudanças radicais têm sido promovidas nas regras que a governam, especialmente frente à incrementação do uso de seguros, alterando o seu perfil e suas funções, como se demonstrará adiante. Cada vez mais o homem se afasta da noção de fatalidade.

Em acordância com o exposto, pode-se concluir que os princípios e as funções da responsabilidade civil estão, atualmente, sendo pesados e repensados. TUNC⁵³ chega mesmo a levantar a questão de que a utilidade da própria instituição, ao menos em certos domínios, pode ser contestada. Explicando o porquê de tal pensar, pondera ele: "Dans l'Etat-providence, les blessures et autres dommages corporels sont plus au moins compensés par la securité sociale. De plus, dans les sociétés riches, les dommages corporels d'un certain nombre de citoyens sont couvertes par l'assurance personnelle qu'ils ont prise. Dans ces conditions, les besoins de la responsabilité civile est moindre qu'il n'était."⁵⁴

⁵³ TUNC, p. 6-7.

⁵⁴ "No Estado-previdência, as lesões e outros danos corporais são mais ou menos compensados pela seguridade social. Cada vez mais, nas sociedades ricas, os danos corporais de um certo número de cidadãos são cobertos pelo seguro pessoal feito por eles próprios. Nessas condições, a necessidade da responsabilidade civil diminui consideravelmente (ou, é menor que nunca)". Trad. pela autora.

O instituto da responsabilidade civil, conclui o citado autor, encontra-se em um estado de "crise": num momento quando ocupa uma importância sem precedentes ele está, também, cercado e penetrado por instituições outras que modificam profundamente suas funções tradicionais, questionando-as, bem como ao seu campo de ação.

Sob determinada óptica o homem é mais responsável que nunca: seu poder de causar danos é tão grande quanto sua possibilidade de ajudar seu próximo, em função do progresso da ciência e da tecnologia. Ocorre que, em consequência do aumento dos diversos tipos de seguro, sua responsabilidade em algumas áreas está em declínio.⁵⁵

Não obstante, antes de concluir que o instituto está em crise, melhor seria entender que - em sendo mutável -, ele está se adaptando às necessidades dos fatos sociais.

I.4.2.2. Necessidade de repensar o instituto

Por tais razões entende-se o porquê da necessidade de uma análise profunda e objetiva do instituto da responsabilidade civil, pois, à primeira vista como visto linhas atrás, parece existirem domínios onde ele deva sobreviver, outros onde já seria dispensável, sendo de igual maneira importante a avaliação da sua função dentro das possibilidades que a seguridade oferece hoje.

O jurista iugoslavo Borislav BLAGOJEVIC manifestou seu pensamento a respeito do problema dizendo que "si la tendance de la responsabilité pénale était vers l'individualisme et le

⁵⁵TUNC, p.7.

subjectivisme, la tendance de la responsabilité civile était vers l'indemnisation et l'objectivité."⁵⁶

I.4.3. Análise do valor das funções da responsabilidade civil frente às demandas da vida contemporânea

Em termos genéricos poder-se-ia dizer que a história da responsabilidade civil repousou sobre a busca de um equilíbrio entre a segurança do homem e a sua liberdade de ação e que o instituto tem se modificado para atender às prerrogativas da vida social, observando-se que como consequência de tal, hoje, mais que nunca, suas funções são discutidas.

De acordo com André TUNC⁵⁷, uma análise contemporânea vem demonstrar que suas antigas cinco funções (castigo, vingança, indenização, restabelecimento da ordem e prevenção) transformaram-se em quatro, a saber: prevenção do comportamento anti-social, indenização da vítima, diluição dos encargos do dano e garantia dos direitos dos cidadãos.

I.4.3.1 Prevenção do comportamento anti-social

A função preventiva da responsabilidade civil, uma das mais antigas, continua plenamente válida para as sociedades contemporâneas, mesmo levando-se em conta que erros ou faltas continuarão a ser cometidos e que algumas pessoas os efetivam conscientemente na expectativa de que não serão responsabilizados ou punidos.

⁵⁶ "Se a tendência da responsabilidade penal está na direção do individualismo e do subjetivismo, a tendência da responsabilidade civil está no sentido da indenização e da objetividade". Apud TUNC, p. 21. Trad. pela autora.

⁵⁷ TUNC, p. 134.

I.4.3.1.1 Formas de prevenção e seu valor discutível

A teoria moderna distingue duas formas de prevenção: uma dita *específica*, que seria aquela resultante da ameaça de uma sanção que pesaria sobre uma determinada atividade, e outra, qualificada de *geral*, que seria aplicável apenas numa economia de mercado e diria respeito à atividades criadoras de riscos.⁵⁸

Dentro da prevenção específica poder-se-iam inserir os erros ou danos acidentais, a prevenção de acidentes e a própria reeducação do faltoso.

Ocorre, porém, que não há como ignorar o caráter inevitável do erro ou da falta cometida. As falhas humanas na idade da máquina alteram a vida, a integridade corporal e a riqueza dos indivíduos e, uma maneira de reduzi-las será através de regras de conduta, cujo desrespeito poderá gerar a responsabilidade civil. Exemplificando, nenhuma ameaça representada por uma norma fará com que um motorista dirija durante um certo número de horas sem cometer algum erro ou ter algum tipo de desatenção, ainda que momentâneo. Mas, ele está ciente do que poderá advir, caso opte por um comportamento imprudente.

Do mesmo modo, outros profissionais que são submetidos a horas consecutivas de tensão e de trabalho estarão sujeitos a cometer erros ou falhas de maior ou menor gravidade sem que esta tenha sido sua intenção.

Um questionamento válido seria perguntar-se até que ponto a responsabilidade civil pode mudar o comportamento do

⁵⁸ As denominações de "geral e específica" foram dadas por Guido CALABRESI, citado por TUNC, p. 135.

indivíduo com base numa perspectiva de vir a ser responsabilizado civilmente.⁵⁹

Uma vez mais, portanto, é necessário observar que há casos em que a responsabilidade civil, com função preventiva, adapta-se e é necessária, entretanto, outros há em que tal função mostra-se discutível.

De qualquer modo, conclui-se que se a norma não evita que um indivíduo cometa erros ela pode ter uma influência sobre a escolha das atitudes daquele mesmo indivíduo.

Ao volante, talvez o motorista não tenha como não cometer falhas, mas lhe é dado escolher o digirir de uma maneira prudente ou de uma maneira perigosa, ainda que em ambos os casos ele esteja dentro de uma situação de risco.

A seu turno, o profissional médico também não está isento de falhas, especialmente depois de horas consecutivas de trabalho tenso e desgastante; o que, porém, lhe será pedido a responder é por aquele tipo de falha ou erro, ocorrido como resultante de uma imprudência, negligência ou imperícia, que ele próprio poderia ter evitado em analisando conscientemente as suas possibilidades no momento da ação, ou da omissão.

⁵⁹ André TUNC comenta que a experiência, já antiga, dos países escandinavos, mostra que o comportamento humano não é fundamentalmente modificado quando a responsabilidade civil é abolida em vários setores. Também a experiência recente da Nova Zelândia criando uma forma de seguro coletivo para acidentes de trânsito mostrou ser positiva. Por outro lado, nos Estados Unidos, ao invés de encarar um risco, o medo da responsabilização por um erro faz com que os médicos se munam de uma quantidade muito grande de exames complementares antes de iniciar qualquer tratamento ou efetuar cirurgia, dificultando e encarecendo a medicina. Para TUNC, se os dirigentes de uma sociedade se sentissem ameaçados de ser responsabilizados cada vez que uma decisão sua se mostrasse ineficaz ou errada, sem dúvida eles não se arriscariam, levando a gerar um sociedade que vegetaria antes de se deteriorar progressivamente. *Ibidem*, p. 137.

Quanto à possibilidade de reeducação do faltoso por intermédio da função preventiva da responsabilidade civil, ela não é vista senão como um objetivo secundário já que, em matéria de danos acidentais, o acidente por si já se transforma numa pesada advertência, seja para o motorista, o trabalhador, o profissional ou o fabricante.

I.4.3.2. A indenização da vítima

A indenização da vítima é, sem dúvida, uma das funções fundamentais da responsabilidade civil. Se esta deve, por um lado, desencorajar os comportamentos anti-sociais, deve, por outro, assegurar a indenização daqueles que sofreram a resultante de tais comportamentos.

Viu-se que por um processo gradativo a falta civil se destacou do crime, ou da idéia de pecado, adquirindo sua própria identidade, com o que a indenização foi conseqüentemente ganhando campo, acabando por se transformar num dos elementos fundamentais para a reposição da ordem social.

Dentro do espírito do necessário questionamento sobre o instituto, e mesmo reconhecendo na indenização uma função indiscutível e fundamental, não há, contudo, como negar que sob certos aspectos ela se apresenta *limitada e difícil* de ser posta em prática.

É limitada porque, segundo informa TUNC, a maior parte dos danos não é indenizada pela responsabilidade civil, quer aqueles resultem de falta, culpa ou acidente.

É difícil de ser posta em prática porque quando se trata de recolocar a vítima (na medida do possível), no estado em que

se encontrava antes da ocorrência do fato danoso, vê-se que - na maioria dos casos - é uma possibilidade que está fora da realidade.

Um grande número de danos não pode ser reparado, isto é, mostra-se impossível restaurar integralmente um estado anterior; como exemplo, na área médica, as lesões corporais, os ferimentos. Quanto aos danos materiais não há dizer que a vítima foi indenizada devidamente, mas, sim, que recebeu uma determinada compensação pelo dano sofrido.

Tanto nos danos físicos como nos materiais ainda há, paralelamente, todo um envolvimento emocional, além da perda de tempo e de energia, elementos que uma indenização pecuniária dificilmente poderia compensar a contento. Qual soma seria o equivalente monetário a um membro ou função perdidos, ou mesmo a um ente familiar desaparecido?

Mesmo tida como fundamental, a função indenizatória da responsabilidade civil mostra-se fraca e, às vezes, até inadequada, já que a soma a ser recebida, em certos casos, nada mais é que uma pálida compensação.

O que é efetivamente importante, e não pode ser ignorado, é a sua contribuição como desencorajadora de comportamentos anti-sociais, além de ser por seu intermédio que se alcança o apaziguamento da vítima e que, bem ou mal, se realiza justiça.

I.4.3.3. Diluição dos encargos dos danos

SAVATIER ponderou que o risco se coletiviza e a responsabilidade se socializa.⁶⁰

⁶⁰ Apud SILVA, W.M., p. 169.

Às vezes podem ocorrer circunstâncias ou situações em que seria injusto colocar-se o fardo de culpado ou responsável apenas sobre os ombros do autor do dano. Exemplo de tal, ocorre quando alguém é vitimado pela atividade de outrem, fazendo-se necessária uma indenização.⁶¹

A diluição do encargo dos danos pressupõe a sua divisão entre a coletividade,⁶² sem contudo confundi-la com a teoria segundo a qual aquele que desenvolve uma atividade deve suportar os riscos por ela criados. Assim, exigir dos condutores e proprietários de veículos que indenizem sua vítimas não caracterizaria uma diluição de encargos.

No que concerne aos danos corporais, os principais instrumentos de diluição são os serviços de saúde pública e a seguridade social.

A responsabilidade civil, por sua vez, pode dar condições a uma diluição de encargos, tanto através dos seguros quanto diretamente: cada vez que o instituto está coberto por um seguro, ele vai funcionar como um canal para um instrumento de diluição. O segundo caso ocorre quando a responsabilidade diz respeito não a um indivíduo, enquanto tal, mas a uma pessoa em

⁶¹ Pode acontecer que ao praticar um esporte tal qual o *football*, um garoto involuntariamente arremesse areia aos olhos de seu companheiro. Deveria chutar a bola, mas errou o alvo e aconteceu o acidente. Se uma indenização se fizer necessária, o que seria justo, seria, contudo, injusto responsabilizar apenas o autor do dano involuntário; assim, a tendência atual da responsabilidade civil caminha na direção da diluição do encargo dos danos como um dever para a sociedade como um todo.

⁶² Em SILVA, W.M., lê-se o seguinte: "Sábida é a advertência de Salas quando afirma que se é do evidente interesse social que todos os danos se reparem, de não menor interesse é, também, que se não faça sucumbir ao peso de desproporcionadas indenizações àquele apenas que, no caso, culpa tivesse, como se, em culpa não incorrêssemos todos nós, em cada instante e em cada dia." *Op. cit.*, p. 169.

relação a uma coletividade ou ao público, e que se encontra, assim, em situação de redistribuir o encargo que se coloca sobre ela.⁶³

I.4.3.3.1. Os limites da diluição

A diluição dos encargos do dano tem seus limites, pois, se ela não entra em conflito com uma política de indenização, o mesmo não se pode dizer em relação a uma política de prevenção e às exigências da justiça. Nem uma, nem outra, permitiriam que todas as consequências de nossos atos recaíssem sobre ombros alheios, do que decorre que o campo próprio e específico da diluição é o dos danos acidentais, sendo, portanto, incompatível para casos de dano intencional.

Os outros limites seriam de natureza econômica: uma perda diluída é mais facilmente suportada.⁶⁴ É o que ocorre nos países industrializados no que concerne aos encargos sociais da indústria e do comércio e efetiva-se por meio de um tipo de imposto suplementar.

A importância da diluição dos encargos dos danos se faz sentir quando se reconhece que é por intermédio de tal técnica que é possível indenizar as milhares de vítimas de acidentes de trabalho que a cada ano ocorrem, bem assim as de acidentes de

⁶³ Exemplo disso é a responsabilidade civil das empresas que pode ser redistribuída entre os compradores de seus produtos a um custo infinitesimal para cada um.

⁶⁴ Nova Zelândia instituiu o princípio de uma indenização geral pública destinada à totalidade dos danos corporais acidentais. TUNC, p. 197.

O mesmo sistema de seguridade social generalizada funciona na Suécia com tão bons resultados quanto os da Nova Zelândia. É o que JOURDAIN chama de socialização dos riscos. JOURDAIN, p. 14.

trânsito.

I.4.3.4. Garantia dos direitos do cidadão

O direito de responsabilizar o indivíduo que causou um dano tende a ultrapassar a responsabilidade por culpa pois é, antes de tudo, uma reação emocional diante de um acontecimento nefasto. Este é o pensamento de TUNC, ponderando, ainda, o fato de já ser uma longa tradição que a vítima de uma perda acidental mereça receber uma compensação.⁶⁵

Desta forma, como resposta sentimental a uma infelicidade, a idéia de garantir os direitos do cidadão desempenhou um papel incontestado no desenvolvimento da responsabilidade civil, papel esse que continua a se alargar, constituindo-se em uma de suas funções.

A idéia contemporânea parece caminhar no sentido de ser essa função o fundamento sobre o qual a responsabilidade civil deveria estar alicerçada e ser construída. Destarte, o ponto de partida do instituto seria o princípio afirmativo que qualquer que tenha sofrido um dano, por fato de coisa ou ato de outrem, tem o direito de demandar compensação.

Todavia, o princípio segundo o qual cada um deve responder por suas atividades ou por suas coisas também comporta certos limites: o empresário, o industrial não escapam a prejudicar a seus concorrentes; o cirurgião não se exime de provocar lesões em seus pacientes (uma cicatriz é uma lesão).

Importante é, pois, que se precisem os limites e as reservas do princípio, pois a experiência demonstra que

⁶⁵ TUNC, p. 150.

qualquer coisa pode, por acidente, ser fonte de dano.

Por outro lado, existem certos tipos de dano contra os quais ainda não há proteção legal, pela simples razão de serem eles a consequência natural e inevitável do exercício que alguém faz de um direito ou do uso de sua própria liberdade individual.⁶⁶

Por certo essas liberdades e esses direitos também têm um limite já que o mau exercício dos mesmos pode levar seu autor a ser considerado em falta e passível de ser responsabilizado.

Outra é a situação quando se trata de danos físicos a pessoas ou a bens, pois contra eles o direito prevê proteção, garantindo a cada cidadão sua integridade pessoal e a de seus bens. Por conseguinte, todo atentado a qualquer desses elementos demanda uma indenização, mesmo se o autor do dano estava a exercer um direito ou uma liberdade.⁶⁷

I.4.4. A urgência de uma modernização do instituto

Não há como negar que a introdução do sistema de seguros na vida do homem alterou alguns setores da responsabilidade civil, e, como são alterações relativamente recentes, não se efetivou ainda, uma total adaptação por parte da órbita jurídica à nova situação.

Na maioria dos países industrializados, com poucas

⁶⁶ Cada indivíduo tem o direito de iniciar uma nova empresa, de publicar uma crítica desfavorável seja a um livro, uma peça teatral, uma teoria, uma obra de arte; tem o direito de tocar seu instrumento musical, não importa o quanto isso venha a incomodar seus vizinhos de apartamento.

⁶⁷ Cada cidadão é livre para conduzir seu veículo conforme as leis de trânsito, mas deve ter condições de se responsabilizar pelo dano causado por seu automóvel, a menos que aquele tenha resultado por exclusiva culpa da vítima.

exceções, como Nova Zelândia (mesmo que não possa ser incluída como modelo), o direito está em atraso em relação às necessidades e às possibilidades que se abrem através do seguro.⁶⁸

Um direito moderno, no entender de TUNC, demanda uma completa revisão da responsabilidade civil como instrumento de regulamentação social e de indenização, dentro do universo ofertado pelo seguro pessoal e pela seguridade social. Para ele um tal direito exige uma simplificação radical, já que a complexidade presente perdeu toda a justificação, vez que a maior parte dos responsáveis são representados pelas empresas e pelos segurados, além do que, um seguro está ao alcance, a qualquer hora, tanto do autor quanto da vítima.⁶⁹

Hoje, uma visão crítica sobre a matéria se faz necessária e, quem sabe, por intermédio de esforços conjuntos no direito comparado, possam ser vislumbrados novos rumos oferecendo uma resposta satisfatória ao assunto.

⁶⁸ TUNC, p. 160.

⁶⁹ *Ibidem, idem*, p. 160.

II - PREMISSAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

II.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Viu-se que a responsabilidade civil caminhou junto ao homem na sua marcha evolutiva; é, por conseguinte, o reflexo da própria evolução do seu direito.

Contemporaneamente, pode-se inferir que ocorrerá a responsabilidade civil quando uma pessoa, tendo causado dano⁷⁰ a outrem, encontrar-se na situação de dever repará-lo; por força da lei, surgirá uma obrigação na qual o responsável tornar-se-á devedor e a vítima, credor.

Segundo Orlando GOMES, a finalidade da doutrina da responsabilidade é determinar quem é o devedor da obrigação de indenizar, quando um dano é produzido, sendo que 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.⁷¹

O fato, porém, de um dano não ser indenizável, não quer dizer que seu autor não deva ser responsabilizado. É por tal razão que a responsabilidade civil procura, através de sua doutrina e teorias, recompensar o homem por suas perdas, quer materiais, quer físicas ou morais.

⁷⁰ Entende-se dano como sinônimo de perda, alteração negativa, malefício, infelicidade ou adversidade suportado pela pessoa ou coisa, resultante de uma ação nociva.

⁷¹GOMES, Orlando. **Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 346.

II. 2. CONCEITOS, DEFINIÇÕES E PRESSUPOSTOS

Como conceito, entende-se que responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado a outrem, apresentando-se como relação obrigacional cujo objeto é a prestação de ressarcimento. Decorre de fato ilícito, praticado pelo agente responsável (fato próprio), ou por pessoa por quem ele responde (fato de terceiro), ou por alguma coisa a ele pertencente (fato da coisa), ou de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).⁷²

Como definição, diz-se que responsabilidade civil é a expressão usada na linguagem jurídica, em distinção à responsabilidade criminal ou penal, designando uma obrigação de ressarcimento de um dano resultante da ofensa ou da violação do direito que redundou em prejuízo⁷³ a outrem.

A responsabilidade civil é a que se apura a fim de se exigir a reparação civil, pena imposta ao agente ou responsável pelo ato ilícito.⁷⁴

G. MARTON define-a como uma reação necessariamente

⁷² AMARAL NETO, Francisco dos Santos. In **Enciclopédia Saraiva do direito**. FRANÇA, Limongi (Coord.) São Paulo: Saraiva. 1977, v. 65, p. 347. Verbete "responsabilidade civil".

⁷³ Prejuízo pode ser entendido, também, no sentido de dano, ou seja, uma diminuição sofrida pelo sujeito de direito na esfera moral ou material de seu patrimônio.

⁷⁴ Conforme SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Ed. Universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 125, v. 3. Observe-se, contudo, que atos lícitos também podem vir a gerar danos, comportando reparação civil, conforme se comentará no capítulo II.4.1.

provocada pela infração a um dever preexistente.⁷⁵

II.2.1. Principais pressupostos da responsabilidade civil

Na avaliação da responsabilidade civil, Silvio RODRIGUES⁷⁶ aponta como seus pressupostos:

- a) a ação ou omissão do agente;
- b) culpa do agente;⁷⁷
- c) relação de causalidade;
- d) dano experimentado pela vítima.⁷⁸

II.2.1.1. Ação ou omissão do agente

Todo aquele que, praticando uma ação ou omitindo-se de praticá-la, infringir um dever legal - e, portanto, um preceito social ou moral e, com esse seu agir, prejudicar uma terceira pessoa -, tem como obrigação reparar o prejuízo que lhe causou.

Tal obrigação também se concretiza quando o agente, embora sem infringir dispositivo legal, extrapola de suas atribuições e, por seu comportamento, acaba por acarretar danos a outrem, como nos casos de atos abusivos de direito.

⁷⁵ Apud DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 95.

⁷⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil - Responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 14. v.4.

⁷⁷ Há, igualmente, uma responsabilidade sem culpa.

⁷⁸ COSTA cita um quinto elemento, representado pela ilicitude e consistindo esta na infração de um dever jurídico. p. 370. Não deixa, contudo, de apontar a possibilidade da responsabilidade por atos lícitos, ou seja, quando a obrigação de indenizar resulta de uma conduta lícita do agente, como o estado de necessidade e a passagem forçada, por exemplo. p. 423. COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1979.

II.2.1.2. Culpa do agente

A ação, ou omissão do agente, pode ser a resultante de sua negligência, imperícia ou imprudência e, ainda pela vontade consciente de causar o dano, agindo, desse modo, dolosamente.

Na teoria da culpa, o dano causado decorre de uma falha no procedimento do agente, que não fez uso da devida cautela, de seus conhecimentos abalizados ou do cuidado que lhe eram, no ato, indispensáveis. Aqui evidencia-se a culpa em sentido estrito, pois a violação de preceito legal foi ocasionada por uma ação negligente, imperita ou imprudente⁷⁹ por parte do sujeito ativo da relação jurídica.

No sentido *lato*, a culpa compreende o dolo, que se caracteriza pela ação ou omissão do agente, deliberadamente dirigida para a produção do evento danoso.

O encargo de provar a culpa, imposto à vítima, torna-se, às vezes, tão difícil de ser atingido que a sua pretensão de ser indenizada - na prática -, se inviabiliza, devido à dificuldade de produção de prova da culpa, restando aquela irresarcida. Então RODRIGUES entende que decorre daí o recurso a muitos procedimentos para atenuar os ônus probatórios, indo até a última medida representada pela teoria do risco ou da responsabilidade objetiva.⁸⁰

Para GOMES, "toda violação imputável de um dever jurídico, intencional ou não, é comportamento culposo".⁸¹

⁷⁹ As noções sobre perícia, imprudência e negligência serão abordadas no capítulo IV.3.

⁸⁰ RODRIGUES, p. 17.

⁸¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 541.

A aferição da negligência, imprudência ou imperícia é verificada comparando-se o agir do agente causador do dano com o procedimento de um homem médio, comum, no mesmo tipo de ação. Recorre-se, portanto, ao modelo do **bonus pater familiae**, sinônimo de homem prudente e diligente.

II.2.1.3. Relação de causalidade

Para que haja uma reparação efetiva do dano, mister se faz a existência de um nexos causal entre a atitude do agente e o fato lesivo, isto é, que este tenha sido gerado por aquela.

Tal pressuposto é de fundamental importância pois, mesmo que exista um dano, mas não ficar provado que este decorreu da atitude do agente, não haverá fundamento jurídico para o pedido de indenização; igual situação se caracterizará quando a conduta da vítima tiver contribuído ou for a única responsável pela concretização do prejuízo. Ou, por último, quando restar provada a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Segundo Mario Júlio de Almeida COSTA, "o nexos de causalidade entre o fato e o dano desempenha, conseqüentemente, a dupla função de pressuposto da responsabilidade civil e de medida da obrigação de indenizar"⁸².

II.2.1.4. Dano experimentado pela vítima

O ato ilícito só virá repercutir na órbita do direito civil se tiver causado prejuízo a alguém, podendo estar tal dano refletido no seu físico, na sua psique, no seu patrimônio material ou moral, sendo conseqüência da conduta de quem o

⁸² COSTA, p. 399.

produziu.

À guisa de fecho, apontam-se as quatro exigências que, para DIAS, são comuns a todos os casos de responsabilidade, a saber:

- a) o dano, que deve ser certo e pode ser material ou moral;
- b) a relação de causalidade, laço ou relação direta de causa e efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano;
- c) a força maior e a exclusiva culpa da vítima, vez que esses fatores suprimem o laço entre causa e efeito;
- d) as autorizações judiciárias e administrativas não constituem motivo de exoneração de responsabilidade.⁸³

II. 3. CLASSIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A classificação da responsabilidade pode variar segundo o fundamento que lhe sirva de base. Como a própria responsabilidade, as suas definições e classificações foram se modificando no tempo, de acordo com a teoria de onde provieram.

Entre as que ainda resistem, pela força de sua doutrina, citam-se a responsabilidade contratual, a extracontratual, a responsabilidade pela culpa e a pelo risco. Os pontos de

⁸³ DIAS, 6. ed., p.119.

divergências, comenta Antonio Lindebergh C. MONTENEGRO,⁸⁴ se fazendo notar mais na forma do que no fundo. Explica aquele autor que as classificações analíticas sempre contaram com a simpatia dos autores europeus, já que procuraram refletir todos os ângulos da responsabilidade civil e, dentro de tal enfoque, foi no direito alemão com ENNECCERUS-LEHMANN⁸⁵ que essa orientação ganhou dimensão ideal. Sua classificação analítica apresenta-se na seguinte ordem:

- a) ato ilícito que pressupõe a culpa;
- b) inadimplemento culpável;
- c) comportamentos legítimos, mas, particularmente perigosos;
- d) subsistência de obrigação de garantia prevista em lei;
- e) intromissão consentida na esfera jurídica alheia;
- f) injustificado exercício das próprias razões;
- g) sacrifício voluntário de valores patrimoniais no interesse alheio;
- h) errôneas declarações da vontade;
- i) casos especiais em que a responsabilidade emerge de exigências de um sentido particular de equidade.

Posteriormente, tal classificação sofreu alterações, sendo as mais significativas as elaboradas por autores como ESSER, com uma pluralidade de critério de imputação, através de elementos objetivos e subjetivos, colocando de um lado a

⁸⁴ MONTENEGRO. Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Anaconda, 1986. p. 20.

⁸⁵ MONTENEGRO, p. 20-1.

responsabilidade pelo ato ilícito e, do outro, a pelo risco. Em seguida, Karl LARENZ, dentro da mesma linha de pensamento, considerou as responsabilidades pelo risco e por intromissões lícitas; já, BONVICINI, agrupou-as em quatro ramos em atenção às categorias de obrigação por dano, segundo as reações do ordenamento jurídico.⁸⁶

Em que pesem diferenciações, o elemento comum a todas, como não poderia deixar de sê-lo, é a existência de um fato danoso, relevante para o direito.

Dentro dessa tônica, em 1941, WILBURG⁸⁷ presenteou o mundo jurídico com sua tese de um sistema de responsabilidade civil unitário, porém móvel, mobilidade esta que, por seu intermédio, o juiz analisaria o caso concreto com base na culpa ou no risco.

Os autores de um modo geral reconhecem as dificuldades em classificar as diferentes fontes da responsabilidade civil; ao menos é esta a forma de entender de MONTENEGRO, e é por isso, segundo ele, que as classificações tenderiam a tornar possível um método de estudo onde se faria uma melhor exposição das diferentes espécies de acordo com os problemas que lhes fossem específicos.⁸⁸

⁸⁶ Apud MONTENEGRO, p.21.

⁸⁷ Ibidem, idem, p. 21.

⁸⁸ Ibidem, idem, p. 21.

II.4. TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As principais teorias que justificam a existência da responsabilidade civil são duas, a saber, a teoria da responsabilidade subjetiva e a teoria da responsabilidade objetiva.

Álvaro Villaça AZEVEDO, referindo-se ao tratamento dispensado pelo Código Civil brasileiro à responsabilidade civil, afirma que este a regula "sem rígida sistematização, acolhendo, como norma geral dessa disciplina, a culpa, e admitindo, em poucas oportunidades, a teoria objetiva ou do risco".⁸⁹

Ainda que elaborado e promulgado numa época em que se encontrava em plena efervescência a idéia de um novo tipo de responsabilidade sem culpa, o nosso Estatuto Civil preferiu, em tese, acolher o princípio da culpa. Contudo, o que se observa, modernamente, é que o direito excepcional, complementar ou subsidiário, representado pelas leis avulsas, vem dispensando generosa acolhida à tese da causalidade objetiva.

II.4.1. Responsabilidade Subjetiva

Para que se efetive uma reparação, mister se faz que o respectivo fato gerador seja passível de ser imputado ao seu autor, querendo com tal assertiva afirmar-se que o ato, em si, deve ter tido origem na vontade determinada do agente ou em uma sua atividade consciente.

É, pois, a teoria clássica e tradicional da culpa, o

⁸⁹ AZEVEDO, p. 228.

alicerce sobre o qual se assenta a base da teoria da responsabilidade subjetiva, ou seja, esta encontra-se ligada ao comportamento do sujeito, sendo necessário provar sua culpa para que surja o dever de indenizar.

A referida teoria pressupõe sempre a existência do elemento culpa, seja em seu sentido lato, abrangendo o dolo - pleno conhecimento do mal e objetiva intenção de o praticar -, seja em seu sentido estrito, ou culpa simples, para alguns autores - violação de um dever que o agente podia conhecer e acatar -, mas que por negligência, imperícia ou imprudência não o fez, ou assumiu o risco de produzi-lo.

O artigo 159^º do Código Civil brasileiro está assente no princípio adotado pela teoria subjetiva. Determina ele que a reparação de um dano tenha como pressuposto a prática de um ato ilícito, violador de direito ou causador de um prejuízo, oriundo de uma ação ou omissão voluntária, de negligência ou de imprudência de outrem.

Pode ocorrer que um ato lícito também dê azo à responsabilidade, o que vem previsto no artigo 160^º do mesmo diploma legal e diz respeito a situações tais como estado de necessidade, exercício regular de um direito reconhecido, ou quando um bem é danificado para evitar perigo iminente.

^º Artigo 159 - "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

^º Artigo 160 - "Não constituem atos ilícitos:
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente".

II.4.2. Responsabilidade objetiva

Os acidentes originados nos meios rodoviários e ferroviários e mais os acidentes de trabalho foram o ponto de partida para que um outro tipo de responsabilidade viesse a se evidenciar como necessária, no final do século XIX.

A idéia não era nova, os romanos já faziam suas considerações em torno da responsabilidade objetiva e São TOMÁS DE AQUINO também discorreu sobre a responsabilidade sem culpa, justificando-a em nome do bem comum que traduz, dentro de certos limites, o próprio bem social.⁹²

Na responsabilidade objetiva a noção de culpa do agente não é pressuposto fundamental, diferentemente da teoria acima e anteriormente vista. Aqui, o elemento culpa é substituído pela idéia de risco-proveito.

Comentando o assunto, PANASCO⁹³ diz que para a teoria objetiva da responsabilidade estabeleceu-se a existência não de uma culpa, mas de um risco determinando a noção de dano, onde não interessa nem a idéia da culpa, nem a sua natureza, nem escusar o agente do dano, mas, sim permitir um reparo às condições lesivas existentes antes da ação ou da omissão.

Pode-se concluir então que, se mantida apenas a idéia clássica da culpa, estar-se-ia frente a muitos casos de injustiça, vez que não se poderia pleitear ressarcimento de um dano pela impossibilidade de comprovação efetiva da existência de uma culpa, e, conseqüentemente, de um culpado a ser responsabilizado.

⁹² Apud SILVA, p. 151.

⁹³ PANASCO, p. 55.

Quando da tentativa de implantação da nova teoria, juristas de renome e abalizada capacidade postaram-se contra e, no entanto, conforme já apontado, os primeiros a pensar em tal possibilidade sequer eram contemporâneos, já que foram os romanos que a gestaram, séculos atrás.

A responsabilidade objetiva abrange também os danos derivados de circunstâncias fortuitas ou de força maior, haja vista que seu principal objetivo é proteger o lesado de qualquer prejuízo.

Quanto ao agente, não se questiona de sua intenção, apenas da natureza do dano que sua atitude originou, podendo a mesma estar ligada a ele indiretamente, ou seja, quando a ação é causada por um seu preposto ou auxiliar. O fato em si já gera um dever para o agente de reparar o erro, ainda que cometido por estes últimos.

De acordo com a teoria da responsabilidade objetiva, o lesado terá sempre direito à indenização com base na presunção de que todo aquele que por seus atos cria um risco de dano para terceiros deve repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento estejam isentos de qualquer culpa. Seria uma contrapartida das vantagens auferidas do exercício de tal atividade.

Assim, entende-se que nesse caso o dever de indenizar não resulta, forçosamente, de um ato ilícito do responsável, mas, tão somente de uma sua conduta perigosa.

Conforme pondera COSTA,⁹⁴ certas atividades humanas envolvem o risco de causar prejuízos a terceiros, mas a lei não

⁹⁴ COSTA, p. 405.

as proíbe por serem socialmente úteis, ou não reprovadas pelo consenso geral. Entretanto, responsabilizam-se as pessoas que as exercem pelos danos que eventualmente venham a produzir, mesmo sem culpa.⁹⁵

⁹⁵ Comentando o Código de Proteção do Consumidor, Antonio Hermen de Vasconcelos e BENJAMIN assim se expressa: "um produto ou serviço pode, com efeito, ser considerado perigoso, não obstante esteja absolutamente em conformidade com a regulamentação em vigor". In **Comentários ao Código de proteção do consumidor**. OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1991. p. 49.

III - A CULPA: UMA CATEGORIA FUNDANTE

Assentando-se a teoria da responsabilidade subjetiva na noção de culpa e havendo uma responsabilidade sem culpa - conforme prevê a teoria objetiva -, mister se faz uma análise do que seja ela e quais são suas características, já que o direito tem na culpa uma categoria fundante.

III.1. CONCEITUANDO A CULPA

A culpa, entendida de uma maneira genérica, vem a ser o fundo animador do ato ilícito, da injúria, da ofensa ou da má conduta imputável. Assim, como requisito do fato lesivo do direito de outrem, assume o papel de elemento específico, favorecendo a passagem para a seara da responsabilidade civil a violação do direito de outrem, causadora de um dano.

Na culpa, conforme a teoria clássica, podem ser identificados dois elementos: o objetivo - expressado pela iliceidade, pela lesão do direito de outrem - e o subjetivo -, representado pelo mau procedimento imputável, ou o fato de prever ou ter podido prever o atentado ao direito de outrem.

Verificou-se que a conduta reprovável, por sua vez, pode compreender duas facetas: o dolo, no qual se identifica a vontade direta e consciente de prejudicar (configurando a culpa no sentido amplo) e a simples negligência (**negligentia, imprudentia, ignavia**), em relação ao direito alheio e que vem a ser a culpa no sentido estrito.

Culpa, portanto, é o fato pelo qual a pessoa capaz de

ofender, comete infração prejudicial a outrem, operando sem malícia, mas com negligência não escusável em relação ao direito alheio, conforme ensinamento de Aguiar DIAS.⁹⁶ É um erro de conduta, um desvio da normalidade no agir ou no abster-se de agir.

Num sentido lato, culpa é lesão imputável do direito de terceiro, ou qualquer fato ou violação de um dever jurídico, no entender de Alvino LIMA.⁹⁷

Numa tentativa de resumir tantos conceitos, poder-se-ia dizer que culpa é aquilo que se imputa ao agente por lesionar direito alheio. Tal direito pode ser a resultante de uma obrigação contraída ou advir por força da própria lei. Assim definida, parece simples a compreensão daquela, entretanto, muitos mestres já negaram até a possibilidade de defini-la com precisão, enquanto RIPERT⁹⁸ chega a sustentar que não há definição legal de culpa, não se podendo mesmo tentar formulá-la.

Dentre os autores que pensam ser possível conceituá-la, e numa tentativa de melhor compreendê-la, buscou-se o ensinamento de SAVATIER, para o qual a culpa (*faute*)⁹⁹ define-se como a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever - podendo ser conhecida e evitada -, é

⁹⁶ DIAS, p. 109.

⁹⁷ LIMA, p. 31.

⁹⁸ **Apud** DIAS, p. 109.

⁹⁹ **Faute:** falta, culpa, erro, falha. Trad. pela autora.

involuntária, constitui-se na culpa simples.

Para esse autor, também, a culpa comporta dois elementos, ou seja, um mais caracterizadamente objetivo, representado pelo dever violado e, o outro, de caráter subjetivo - a imputabilidade do agente -. Entende SAVATIER ser impossível definir culpa sem partir da noção de dever, ponderando, a seguir que¹⁰⁰ habilidade não quer dizer procedimento irrepreensível.

Tentar conceituar a culpa em sentido amplo parece ser uma modalidade mais fácil de entendê-la, tal é o pensar de Henoch Dias AGUIAR,¹⁰¹ que a vê como toda a falta a um dever jurídico, consistindo, em primeiro lugar, em um agir sem direito; em segundo, um agir contra o direito alheio, executando-o com pleno conhecimento das consequências prejudiciais desse procedimento.

Vicente de AZEVEDO¹⁰² aponta que culpa é a inobservância de norma de conduta, tendo como efeito lesão não querida de direito subjetivo.

Divergindo um pouco desse contexto, mas concordando que conceituar a culpa é algo bastante complexo, Giovani SALAMI¹⁰³ entende que aquela não se esgota no simples domínio da falta de inteligência, de vontade ou de diligência, mas que apresenta uma relação entre psique e o ato lesivo,

¹⁰⁰ Em posição contrária, MAZEAUD & MAZEAUD, COLIN & CHAPITAIN e GENY entre outros que prescindem de tal elemento na conceituação da culpa. *Apud* DIAS, p. 114.

¹⁰¹ *Apud* DIAS, p. 115.

¹⁰² *Apud* DIAS, p. 115.

¹⁰³ *Ibidem, idem*, p. 115.

sendo tal relação a sua verdadeira essência. Para ele, a culpa se revela quando o fato externo lesivo de uma norma jurídica está relacionado com um estado psíquico que, embora seja considerado legítimo pelo agente, não o é pelo direito.

III.1.1. O elemento vontade

Também o elemento *vontade* estaria presente não só no dolo, como na culpa, ainda que caracterizada de modo diverso: no dolo, ela se prolongaria até a realização do efeito nocivo emergente do ato, enquanto que na culpa a vontade se limitaria ao exercício do ato querido e tido como legítimo, sem se estender às suas consequências. Assim, na culpa residiria a causa da lesão, o fato em si, não o efeito deste que é a lesão.

III.1.2. O elemento padrão. Apreciação da culpa *in concreto* e *in abstrato*

Quando se aceita que a culpa consiste em um erro de conduta, necessária se faz a existência de uma conduta-padrão com a qual a conduta do agente teria que ser comparada. O erro então se constataria e ocorreria como resultante de um procedimento não adotado ou diverso daquele previsto pela conduta-padrão.

Outra corrente, segundo DIAS,¹⁰⁴ sugere que o ato em si deva ser examinado em relação à consciência do agente, levando-se em conta se aquela reprova, ou não, o procedimento ocorrido. A apreciação da culpa *in concreto*, no entanto, seria um critério de difícil aceitação no momento de um julgamento,

¹⁰⁴ DIAS, p. 116.

pois a um juiz seria impossível sondar a consciência do autor do dano.¹⁰⁵

Por outro lado, para a apreciação da culpa *in abstracto* haveria a necessidade, conforme já salientado, de precisar-se um tipo-padrão que servisse como orientador numa confrontação de procedimentos, ou seja, o conceito de culpa - enquanto elemento distinto e específico do ato ilícito -, dependeria da fixação da conduta normal do homem adaptado à vida social e ao ambiente no qual vive.

Dentro de tal enfoque, os irmãos MAZEAUD¹⁰⁶ entendem que tal comparação não poderá ser tomada frente ao "homem prudente" ou "homem avisado", pois, no seu entender tal homem não passaria de um ente fictício e incondicionado, que não vive em época definida e que não pode se situar em nenhum meio.

De tal ponderação conclui-se pela impossibilidade de enquadrar reações humanas dentro de molduras ou perfis estereotipados, bem como da dificuldade de atribuir à culpa o fundamento único da responsabilidade civil, pois há que ser

¹⁰⁵ Na análise da culpa *in concreto* considera-se a consciência do autor e sonda-se o seu íntimo; na culpa *in abstracto* aprecia-se a conduta do agente em face da conduta normal dos indivíduos em geral, colocados nas mesmas circunstâncias em que o ato lesivo questionado se desenrolou. Outro não é o entender de Antunes VARELA, segundo quem, mede-se a culpa *in concreto* quando se afere a conduta do lesante, ou seja, quando se mede o grau de diligência que dele é exigível, da qual ele se revela habitualmente capaz; enquanto que a culpa *in abstracto* é determinada pelo modelo de um homem-tipo, pelo padrão de um sujeito ideal, considerado normal e medianamente sagaz, aquele que as leis têm em vista quando fixam os direitos e deveres das pessoas em sociedade. VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. rev. e act. Coimbra: Livraria Almedina, p. 567. v. 1.

¹⁰⁶ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. 4. éd. Paris: Sirey, 1947, p. 485.

analisado até que ponto não se torna injusto considerar culpado aquele indivíduo que apresentou reação que não pôde reprimir, reação esta que se desviou daquela considerada padrão.

Não se questiona que a falibilidade é uma das características da percepção humana, entretanto, de acordo com a teoria clássica da culpa parece não haver lugar - no mundo prático - para essa contingência da espécie; nem lugar, nem tolerância, uma vez que o tipo padrão previsto não pode nunca incorrer em culpa, ou, melhor dizendo, não pode afastar-se das normas de comportamento daquele tipo padrão que beira as raias da perfeição.

Analisando o problema Alvino LIMA aponta que todos têm uma obrigação legal de agir com prudência e diligência em todos os atos de sua atividade e que seria impossível fixar princípios e regras desse tipo de conduta ou determiná-los para cada indivíduo em particular, pois um tal sistema subjetivo de responsabilidade, além de insustentável e deficiente, traria dificuldades práticas insuperáveis.¹⁰⁷

Conclui o autor supracitado que na apreciação da culpa **in abstracto** não se tomam em consideração as condições especiais da pessoa, tais quais seu grau de compreensão, meios e possibilidades individuais, mas simplesmente se a compara a um ser abstratamente diligente, prudente e circunspecto. Ora, o homem ao qual deve o autor do dano ser comparado, não é ninguém mais, nem menos, que o homem normal, que vive entre nós e que age, sempre, em determinadas circunstâncias, de um modo

¹⁰⁷ LIMA, p. 38.

uniforme.¹⁰⁸

E o homem normal é passível de erros, de falhas, de culpa; não é aquele ente fictício e afastado da realidade, no dizer dos irmãos MAZEAUD.¹⁰⁹

Portanto, o princípio da aplicação da culpa **in abstracto** não pode ser feito de maneira absoluta, já que não se pode desprezar circunstâncias tais quais o meio, a classe social, usos, hábitos e costumes, pois o homem que deverá ser tido como padrão não pode se resumir a uma pura abstração.

Mais lógico seria concluir que o conceito de culpa - enquanto elemento distinto e específico do ato ilícito - deve depender da fixação da conduta normal do homem comum, não de um ser abstrato ou fictício, mas de um homem adaptado à sua vida social, ao seu ambiente, dentro das contingências das suas próprias limitações físicas e mentais.¹¹⁰

¹⁰⁸ *Ibidem*, *idem*, p. 138.

¹⁰⁹ MAZEAUD, p. 486.

¹¹⁰ PONTES DE MIRANDA comenta que os acidentes são, na maioria dos casos, resultado de distrações, do que os alemães denominam expressamente **Zerstreutheit**, ou seja, falta de ajustamento da consciência às circunstâncias do mundo que nos rodeia. Conclui o autor que tal fato ocorre pela discordância entre a percepção subconsciente e a ação subconsciente: aquela mais demorada, esta mais acelerada pela predisposição natural à repetição motora. O tipo mais simples de resposta motriz subconsciente é, para os psicólogos, a que consiste em praticar ação mais ou menos habitual, sem que se produza nenhuma impressão na consciência. MIRANDA, Pontes de. **Manual do Código Civil**. Direito das obrigações, 3ª parte, nº 54. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1927. p. 123.

III.2. A MANEIRA CONTEMPORÂNEA DE VER A CULPA

As mutações da vida demandaram um novo enfoque para a tradicional e clássica noção de culpa. Tal se fez necessário, uma vez que aquela não comportava mais solucionar os novos problemas surgidos nos domínios da responsabilidade civil. Veio como um corolário inevitável da nova era, resultante da mecanização e do conseqüente e prodigioso surto industrial.

A culpa, até o início do presente século, era tida como integrada por dois elementos distintos, ou seja, o subjetivo, representado pela imputabilidade do agente e o objetivo, materializado na violação da lei.

Na responsabilidade contratual sua constatação se dava pela inadimplência do avençado; na responsabilidade aquiliana, pela transgressão de um preceito que determinava ou vedava um ato. Entretanto, o problema que se punha era quando, extracontratualmente, um dano ocorria em situações não previstas.

Em 1905, PLANIOL¹¹¹ escreveu ser a culpa não apenas a violação de uma norma de deveres ou conteúdo determinados, mas "le manquement à une obligation preexistente",¹¹² distinguindo vários tipos de culpa, ou falta: falta contra a legalidade, falta contra os bons costumes e falta contra a diligência.

A culpa vista de uma tal forma passaria a ter maior

¹¹¹ Apud SILVA, p. 81.

¹¹² "Infração a, ou o não cumprimento de, uma obrigação pré-existente". Trad. pela autora.

amplitude e maleabilidade, o que levou Pierre de HARVEN¹¹³ a concluir que haveria ato ilícito toda vez que ocorresse a violação de uma obrigação legal ou extralegal, imposta pela técnica normal da vida em sociedade, no tempo e no lugar em que o ato em apreço se tivesse efetivado.

Portanto, o elemento objetivo do binômio da culpa clássica - ato danoso e imputabilidade - era agora o dever violado e não mais apenas o desrespeito ao fato autorizado ou previsto em lei.

À noção clássica da culpa justapunha-se um outro tipo de dever que poderia ser violado - o indeterminado -, resultando, anos mais tarde, na figura da responsabilidade sem culpa, ou teoria do risco.

III.2.1. O lugar legítimo da culpa no direito moderno

Hodiernamente o lugar da culpa está na dependência dos objetivos, dos meios e das funções da responsabilidade civil.

A idéia de que se deve responder pela consequência da falta cometida e que só se é responsável por tal falta, é, conforme já demonstrado, insuficiente.

Tendo por base um recente estudo de André TUNC (1989)¹¹⁴, far-se-á uma análise de argumentos em favor e contra a culpa como critério da responsabilidade.

¹¹³ Apud SILVA, p. 81.

¹¹⁴ TUNC, p. 98 e ss.

III.3. A CULPA COMO CRITÉRIO DE RESPONSABILIDADE:

ARGUMENTOS A FAVOR

Os argumentos a favor da culpa como critério da responsabilidade são, a saber: a força da lógica, o valor moral, o valor social e a responsabilidade do homem.

III.3.1. A força da lógica

Não é necessária uma demonstração de silogismo para entender-se que uma pessoa deva responder pelos danos causados por sua culpa. Por contra, o inverso do princípio também parece lógico, ou seja, que ninguém deva responder por um dano, cuja ocorrência não tenha advindo do seu agir.

III.3.2. O valor moral

A culpa, como critério da responsabilidade recebe um complemento de força advindo de seu aparente valor moral, pois entender e aceitar que se deva pagar uma indenização, por exemplo, pelo dano causado a outrem, parece ser uma exigência fundamental da justiça. A culpa, critério de responsabilidade, pode ser vista também - depois de séculos de evolução -, como um critério de justiça.

III.3.3. O valor social

A responsabilidade civil tem sido o instrumento que permite promover o equilíbrio entre a liberdade do homem e seus deveres na vida quotidiana e em sociedade. O dano, em si mesmo, não poderia ter essa característica, ou seja, ser tido como critério daquela, haja vista que ninguém vive sem, de alguma

maneira, prejudicar ou causar dano a outrem. Assim, a culpa, como critério, se apresentaria como uma exigência da vida social.

III.3.4. A responsabilidade do homem

A responsabilidade fundada sobre a culpa está ligada à dignidade do ser humano e possui um valor educativo. Formar tal critério é reconhecer a liberdade daquele ser, sua responsabilidade, sua capacidade de se comportar de uma maneira social ou anti-social e sua possibilidade de escolher entre o bem e o mal.

III.4. Argumentos contra a culpa como critério da responsabilidade

Ao apresentar os argumentos contra a culpa, TUNC o fez de uma maneira mais extensa, talvez porque, segundo seu próprio entender, o seu valor seja menos evidente¹¹⁵. Alguns desses argumentos datam do fim do século XIX, quando dos primeiros esforços para introduzir a indenização para as vítimas de acidentes de trabalho; outras, são mais recentes.

III.4.1. Argumentos do século XIX

Os argumentos do século XIX são: compensação de danos, capacidade de suportar os danos e a multiplicidade dos danos acidentais. No entender de TUNC¹¹⁶ ainda deveriam constar a distinção das responsabilidades civil e penal e a tendência à

¹¹⁵ TUNC, p. 100.

¹¹⁶ TUNC, p. 101-2.

socialização do Direito.

III.4.1.1. Compensação de danos

Sob a influência da escola positivista apresentou-se a idéia de que a responsabilidade civil não teria função outra a não ser tratar dos danos e de sua indenização. Tal assertiva pode ser, à primeira vista, justificada, mas não convence. Se assim fosse, não haveria razão efetiva para fazer da culpa critério de responsabilidade, já que não se prestaria a um julgamento moral do agente, mesmo levando-se em conta que o homem não seja capaz de julgar suas faltas.

Se tal teoria suprime uma razão decisiva de fazer da culpa um critério de responsabilidade, ou seja, o seu valor moral, por outro lado não fornece uma razão efetiva para o abandonar como tal.

III.4.1.2. Capacidade de suportar os danos

Desde o século XIX, a respectiva capacidade das partes de suportar os danos fortuitos era também apresentada como um argumento contra uma responsabilidade que fosse alicerçada exclusivamente na culpa. Demonstrou-se que em caso de acidente de trabalho seria tragicamente injusto deixar o prejuízo apenas para o operário, o que traria consequências terríveis para si e sua família; além disso, o empregador poderia incorporar a compensação do dano em suas custas, ou dividi-lo com os consumidores a um custo infinitesimal para cada um.

Tal demonstração consistiu, sem dúvida, em um avanço na escalada rumo a um direito mais social e mais humano. Assim, na seara dos acidentes de trabalho, o argumento foi admitido pelo

legislador no final do século XIX, conservando sua força e efetividade também em outros campos (acidentes de trânsito, responsabilidade pelo fato do produto, responsabilidade médica, entre outros mais).

III.4.1.3. Multiplicação dos danos acidentais

Assinalou-se que a questão dos acidentes de trabalho revelou o quanto seria injusto recusar uma indenização a um trabalhador ou a sua família, em caso de ter o prejuízo ou dano resultado de culpa sua. A recusa de uma indenização era injusta porque não levava em conta o caráter acidental da nefasta ocorrência na vida do trabalhador, bem como não distinguia entre culpa e erro. Portanto, aqui, também, o argumento não teria valor, especialmente no que diz respeito aos acidentes de trabalho.

III.5. OS ARGUMENTOS CONTEMPORÂNEOS

Se alguns argumentos apresentados no século XIX contra a culpa como critério de responsabilidade ainda conservam parte de seu valor, o crescente aumento de seguros e a seguridade social colocaram a discussão dentro de um contexto novo, no qual se percebe um tanto diluído o perfil da culpa, enquanto critério daquela.

III.5.1. O lugar atual da culpa na indenização dos danos

Quando se prevê que uma pessoa deva responder pelos danos causados por sua culpa, não há como não atentar para o fato de que um grande número de indivíduos escapam de toda a

responsabilidade, depois que cometem uma falta. A vida cotidiana traz inúmeros desses exemplos¹¹⁷, portanto, há culpas sem responsabilidade, ou culpas ignoradas, apesar da previsão da responsabilidade por culpa.

III.5.2. A isenção legal e a prática da responsabilidade

Mesmo quando as faltas aparecem à luz do dia, um surpreendente número delas não leva a nenhum tipo de responsabilidade.

De acordo com ensinamento de TUNC¹¹⁸, três categorias de pessoas escapam frequentemente àquela: as crianças, porque em função da idade o direito as declara irresponsáveis; os assalariados, os quais frequente e largamente escapam às consequências das falhas cometidas em seus empregos e, por último, pessoas que podem eximir-se da responsabilidade civil por culpas não intencionais, providenciando um seguro de responsabilidade. É o caso do motorista que dispõe de seguro total: sua responsabilidade mostra-se como nominal¹¹⁹. Se

¹¹⁷ Dentre os vários que poderiam ser citados: a má administração de uma empresa, prejudicando proprietários, empregados e usuários; contas abusivas dos restaurantes, onde o cliente, sem reclamar, acaba pagando mais do que devia; pequenos erros médicos, sejam de tratamento, sejam de diagnóstico (se a consequência não é muito evidente, o paciente sequer toma deles conhecimento); os atos de vandalismo dirigidos a objetos de utilidade pública, como meios de transporte e de comunicação; a poluição das águas, do ar, os salários insuficientes, o atos de violência e crimes em geral. Todas essas ocorrências geram dano, em maior ou menor proporção e, no mais das vezes, alguém paga por eles ou é responsabilizado?

¹¹⁸ TUNC, p. 104.

¹¹⁹ TUNC compara tal situação à daquele rico cidadão romano que costumava desacatar seus concidadãos enquanto passeava pelo **Forum**. Seguia-lhe bem de perto um escravo munido de muitos sertércios, cuja finalidade era a de compensar os

colidir seu carro com outro veículo ou atropelar um pedestre, ele, dispondo de seguro deve, no plano civil, apenas indicar o nome de sua seguradora, para que se dê início aos procedimentos visando ressarcimento do dano por ele causado.

Quando a Nova Zelândia, conforme visto, criou um fundo público de indenização das vítimas, trouxe para o problema dos danos acidentais uma resposta sem precedentes, mas, por outro lado, suprimiu toda a responsabilidade por esse tipo de dano.

III.6. RESPONSABILIDADE SEM CULPA

Afirmado que o culpado deve ressarcir o dano ao qual deu azo, seria exato, em contrapartida, concluir que não se é responsável pelo dano causado sem culpa? Ainda que atrativo, a História tem demonstrado que tal princípio jamais foi aceito.

Mesmo sendo a culpa o fundamento normal da responsabilidade haverá searas de responsabilidade sem culpa, seja por danos causados por certas coisas, seja - como é o mais comum -, por danos efetivados por pessoas sob a autoridade de uma outra. E sua importância e consequências práticas são crescentes, tanto no direito privado quanto no administrativo, sendo, justamente, a extensão das responsabilidades sem culpa que torna quase obrigatória a aceitação dos seguros.

Tal extensão tem se mostrado crescente no que concerne à responsabilidade pelo fato de outrem, pela simples constatação que o aumento de empregados cresce de uma maneira permanente, bem assim o número de danos que eles podem vir a causar. De

injuriados, já que havia uma multa previamente fixada para o desacato em público. p. 104.

igual modo, a responsabilidade pelo fato das coisas e atividades (que nos Estados Unidos da América é conhecida como responsabilidade das empresas).

III.7. INDENIZAÇÃO DE DANO SOFRIDO POR PRÓPRIA CULPA

Partindo-se do princípio que uma pessoa responda pelo dano causado a outrem por sua culpa, o corolário deveria ser que ninguém pudesse ser indenizado por dano sofrido em consequência de sua própria culpa e, aqui, novamente os fatos contradizem o princípio: o regime de acidentes de trabalho e os de seguridade social acabaram por fornecer uma proteção, ainda que parcial, à vítima de sua própria culpa.

Os seguros privados são considerados extremamente úteis, mas não há como negar que há casos - ainda que raros e sem explicação lógica -, onde seguros altíssimos são pagos a seus segurados, acabando por favorecer o enriquecimento ilícito.¹²⁰

Como conclusão pelo estudo feito, TUNC vem reforçar o que já foi comentado linhas atrás, ou seja, que o funcionamento prático do instituto da responsabilidade civil foi modificado, fundamentalmente, pelos seguros e pela seguridade social¹²¹.

Em alguns setores da responsabilidade, como por exemplo, em matéria de concorrência desleal, a culpa continua a exercer papel preponderante, entretanto, conclui aquele autor¹²², em

¹²⁰ Por contra, não há como ignorar ser verdade que muitas das vezes é o seguro que é caro e a indenização de pouca monta.

¹²¹ TUNC, p. 107.

¹²² *Ibidem idem*, p. 107.

numerosas outras searas ela não é mais que um dos fundamentos possíveis de responsabilidade, entre tantos outros.

O que se observa, então, é que está a ocorrer um declínio da responsabilidade individual em benefício dos meios coletivos de indenização. São os fatos sociais interferindo e criando situações novas dentro do direito.

IV. CULPA E RESPONSABILIDADE MÉDICA

Em concordância com o método escolhido, vistas a responsabilidade e a culpa no âmbito geral, serão ambas agora analisadas dentro do particular enfoque do médico.

IV.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Todo o profissional, independente da área à qual pertença, deve possuir os conhecimentos básicos, tanto práticos quanto teóricos, de sua profissão, no intuito de exercê-la de acordo com os princípios de uma conduta cautelosa, perita e eficiente. Isso lhe será útil no sentido de não prejudicar seus futuros clientes, bem como seu próprio nome, sua carreira e a classe profissional à qual pertence.

Do profissional médico é exigida uma conduta bastante rigorosa, vez que lida diretamente com bens cujo valor vai além da própria possibilidade de aferição, quais sejam, a vida, a saúde, a integridade psicofísica. Se, contudo, lhe é pedido zelo maior, nem por isso está ele inserido em algum tipo de derrogação do princípio unitário de individualização da culpa, nem é sua prática profissional considerada inimputável.

A culpa do profissional médico, perante o direito, é uma culpa comum e não uma culpa especial, como querem alguns, o que diferenciaria sua conduta dos demais indivíduos. Também a responsabilidade que lhe é atribuída é aquela idêntica para todos; diferente, apenas, é a natureza de ocorrência da culpa, pois esta resulta do exercício de uma profissão, da profissão

médica.

A responsabilidade médica, por sua vez, rege-se pelos mesmos princípios da responsabilidade civil em geral, segundo a qual quem pratica um ato em estado de sã consciência e capacidade, com liberdade, intencionalidade ou por mera culpa, tem o dever de reparar as consequências danosas do seu proceder.

Na responsabilidade médica, mister se faz, ao determiná-la, uma verificação efetiva se o dano ocorrido foi causado pelo ato do facultativo ou se adveio por evolução natural da enfermidade, para não ocorrer que a evolução prognóstica de um caso seja tido como a má resultante da interferência do profissional.

IV.2. TIPOS DE CULPA MÉDICA

As conhecidas divisões das quais resultam os mais diversos tipos de culpa não serão aqui analisadas, vez que interessam apenas aqueles inseridos na categoria denominada culpa médica.

Admitem alguns autores¹²³ a existência de dois tipos: a culpa comum - que tem igual tratamento que a culpa em geral, qualquer que seja o ato praticado -, e a culpa profissional, que consistiria na infração aos deveres médicos, cometida no exercício da medicina.

¹²³ Conforme ORSI, Luigi. **Riflessioni intorno al concetto di colpa professionale in la responsabilità medica**. Collana della Rivista Responsabilità Civile e Previdenza. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982. p.121.

Culpa profissional, portanto, no entender de ORSI¹²⁴ é aquela particular qualificação que a culpa civil (mas, também, penal) assume no âmbito das atividades profissionais, ocorrendo ou configurando-se quando o profissional descumprir com as obrigações inerentes a seu mister, agindo sem o cuidado, a diligência e a perícia que lhe impõem as regras de sua profissão.

Visto sob essa perspectiva, a culpa médica seria, então, uma espécie de culpa profissional, dela resultando a responsabilidade civil profissional que, como toda responsabilidade, emerge da transgressão de um dever jurídico pré-existente, consistindo na obrigação de ressarcir, por meio de uma indenização, o prejuízo causado a outrem e advindo de uma conduta anti-jurídica.

Se no campo teórico essa divisão é plausível, no campo prático entende-se não ser possível distinguir-se, na responsabilidade civil dos médicos, a culpa profissional da culpa comum, sendo os princípios gerais relativos à individualização da culpa aplicáveis - na íntegra -, à atividade profissional dos médicos.

A natureza de uma profissão não a faz diferente das outras no que tange aos ditames legais de violação do dever genérico de não causar danos a outrem; a culpa é uma só, apenas o que poderá variar são as classificações feitas de acordo com o modo como aquela se manifesta ou por quem foi praticada, seja por um profissional médico, advogado, engenheiro ou tabelião; daí dizer-se culpa médica, culpa de advogado e outras tantas.

¹²⁴ *Ibidem, idem*, p. 121.

IV.2.1. Peculiaridades da culpa médica

A culpa médica apresenta peculiaridades decorrentes das características técnicas das quais se reveste, tornando-a muitas vezes de difícil comprovação.

Os principais obstáculos que se antepõem a que ela possa ser determinada de maneira clara e acessível repousam nos seguintes fatores:

- a) natureza confidencial das relações médico-paciente.

Via de regra, todo o relacionamento entre profissional e cliente dá-se no recinto fechado de um consultório, sendo de natureza estritamente confidencial, sem testemunhas ou documentos. Quando o paciente pretende apresentar alguma prova material do seu descontentamento, dispõe apenas de uma receita, na qual foram prescritos alguns medicamentos e a maneira de usá-los.

- b) silêncio por parte dos que presenciaram ou participaram do ato médico.

Em um trabalho de equipe é bastante comum a existência de uma discricção solidária frente a um erro eventualmente cometido por um dos integrantes daquela. Uma sala de cirurgia é um espaço fechado, frequentado apenas pelos que estão juntos num determinado propósito, podendo haver entre eles, não só laços de hierarquia, que os há, como de amizade também.

- c) aspecto técnico da culpa médica.

Os juristas têm, muitas vezes, que se servir dos préstimos de um perito médico, o que pode trazer à tona o problema conhecido como **esprit de corps**, ou corporativismo, por conta do qual, o laudo pode vir a ser dado com um certo

favorecimento ao colega de profissão. Não pode se dizer que esta seja a regra, mas, de igual maneira seria inverídico dizer que tal não ocorre, ainda que a tendência de semelhante postura seja entrar em declínio.

Para determinar se o médico agiu ou não com culpa, FRADARA entende que o melhor seria comparar o seu comportamento com o de outro médico, da mesma categoria, ou seja promover a perquirição da culpa **in abstrato**.¹²⁵

Em tal apreciação, três fatores seriam de extrema relevância, a saber: não se esperar ou exigir que um médico radicado no interior tenha o mesmo conhecimento e se utilize das mesmas técnicas e práticas atualizadas que seriam exigidas de um seu colega que vivesse em centro urbano, dispondo de aparato hospitalar moderno e completo.

Em segundo, o erro de diagnóstico, visto de uma forma generalizada, não se constitui em culpa e, uma das razões, é que apenas uma pequena porcentagem da etiologia¹²⁶ das doenças é conhecida. Ou, porque, também, um mesmo sintoma pode estar ligado a várias etiologias, propiciando, assim, a possibilidade de ocorrer um falso primeiro diagnóstico.

Por terceiro, uma situação de emergência é uma atenuante de um certo valor, podendo modificar a avaliação de uma culpa. É diversa a situação do médico que teve tempo para refletir sobre o problema de seu paciente e erra, daquele que comete um

¹²⁵ FRADARA, Vera Maria Jacob. **Responsabilidade civil dos médicos**. Trabalho apresentado no seminário do Curso de Pós-graduação - Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1991. Cópia do original. p. 5.

¹²⁶ Etiologia - parte da medicina que trata da origem das doenças. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário** p. 591. Verbete "etiologia".

erro ao atender um acidentado com grave hemorragia ou uma parada respiratória.

IV.3. MODALIDADES DE APARECIMENTO DA CULPA MÉDICA

Obraria o médico com culpa quando o seu agir estivesse imbuído de falta de diligência e da inobservância das normas de conduta. Essa falta de diligência, de prevenção e de cuidado dá vida aos elementos essenciais que caracterizam a culpa, ou seja, a imperícia, a imprudência e a negligência.

Imperícia é a falta de habilidade para praticar determinados atos que exigem certo conhecimento. "É a ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imaestria na arte ou na profissão".¹²⁷ Os autores ora citados compartilham da controvérsia existente quanto ao fato de imputar-se imperito o médico, já que o mesmo tem em mãos diploma que lhe confere um grau superior e uma habilitação profissional e legal.

De igual parecer é Anibal BRUNO que analisando a matéria, afirma que "há um erro escusável, e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e regras da sua ciência, chega a uma conclusão falsa, podendo, embora, advir daí um resultado de dano ou perigo."¹²⁸

Entende a autora do presente trabalho que não se trata

¹²⁷ Sidney ZAMPIERI JUNIOR; Alessandra MOREIRA. Erro médico. Semiologia e implicações legais. **JEM - Jornal Brasileiro de Medicina**. v. 69, nº 1, julho/95, p. 117.

¹²⁸ BRUNO, Anibal. **Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 472. v.1. t.2.

exatamente de imperícia, mas de incapacidade,¹²⁹ pois se o médico está habilitado por um diploma, não quer dizer que o mesmo esteja capacitado para todas as demandas de uma profissão tão ampla quanto a medicina. Dispõe ele, sem dúvida, de um habilitação, mas anexada a uma presunção de capacidade.¹³⁰

Entende-se que o médico, ao se sentir incapacitado frente a um quadro clínico, seja por problemas pessoais, seja por falta de equipamento, deverá encaminhar o cliente para outro colega - habilitado como ele, porém melhor qualificado -, ao menos na especialidade que se faz necessária para resolver o problema do momento. Em não agindo assim, sem dúvida estará ele incorrendo numa atitude recriminável, à qual convencionou-se chamar imperícia.

Imprudência, por sua vez, consiste na precipitação, na falta de previsão, em contradição com as normas do procedimento sensato. Conforme ensina Aguiar DIAS, é a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que cada qual deve tomar com seus atos¹³¹.

¹²⁹ O termo "capacidade" é utilizado aqui em sentido diverso da interpretação jurídica que se relaciona com a "aptidão legal para adquirir e exercer direitos e contrair obrigações". No que diz respeito ao médico, o vocábulo é usado com a idéia de "habilidade, aptidão". FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário...**, p. 272. Verbetes "capacidade".

¹³⁰ **"MÉDICO - Responsabilidade civil - Quando ocorre - Ação improcedente.** A responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência, imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a possibilidade dos doutores em Medicina, em virtude, mesmo, da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares." Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro. Ementa. Apelação cível nº 17.613. Rel.: Des. Felisberto Ribeiro, 20 ago. 1981. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 558, p. 178-80, abr. 1982.

¹³¹DIAS, p. 120.

No campo prático, poder-se-ia usar como exemplo o caso de um cirurgião que opera sem o preparo adequado do paciente, ou o faz premido pela pressa frente a outros compromissos que o aguardam, advindo, tanto num caso como no outro, um mau resultado para o paciente.

Negligência, no parecer do mestre supra citado¹³², é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam agir com atenção, com capacidade, solicitude e discernimento. Relaciona-se, no mais das vezes, com a desídia, ocorrendo por omissão de precauções às quais o agente deveria se obrigar.

Como exemplo prático, a falta dos devidos cuidados com a assepsia ou com a escolha do material cirúrgico adequado, o que pode resultar em complicações no pós-operatório.

As três modalidades de culpa - imperícia, imprudência e negligência -, têm características próprias ainda que de limites tênues, e, com base nisso, pondera Aguiar DIAS que pode haver um momento em que "essas espécies se entrelaçam, verificando-se, então, a negligência revestida de imprevisão, a imprudência forrada de desprezo pela diligência e pelas regras de habilidade, a imperícia traçada de negligência".¹³³

Exemplificando, os casos de esquecimento de compressas e tesouras nas cavidades operatórias, durante o ato cirúrgico.

Noticia aquele autor que a tal ponto se misturam as

¹³² DIAS, p. 121.

¹³³ DIAS, p. 121.

noções das três modalidades que os autores alemães, procurando delimitá-las de uma maneira mais precisa, vão mais longe e reconhecem duas espécies de negligência: uma consciente (**bewusste Fahrlässigkeit**), configurada no ato daquele que, conhecedor da possibilidade de conduzir a sua atitude a um resultado danoso, ainda assim, levianamente a assume, na ilusão de que essa possibilidade não se apresente no caso, ou de que, ao apresentar-se possa ele evitar o resultado por sua habilidade pessoal. A negligência inconsciente (**unbewusste Fahrlässigkeit**) ocorre quando o agente não prevê as consequências que um bom pai de família ou um homem prudente poderia prever¹³⁴.

Na ocorrência de um ato médico falho é importante a análise do mau resultado - materializado seja como outro tipo de doença ou como seqüela -, em consequência da intervenção médica ou medicamentosa, pois o mesmo, não somente poderá dar nascimento a uma ação penal senão que, também, quando da ocorrência de dano que possa ser apreciado pecuniariamente, dará condições a que o mesmo possa ser ressarcido na área cível.

O Código Civil, conforme já mencionado, preceitua no seu artigo 159 que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". E ainda, no seu artigo 1.545: "os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiros e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais,

¹³⁴ DIAS, p. 121-2.

resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimentos.

A responsabilidade dos profissionais citados, ensina Clóvis BEVILÁQUA, "funda-se na culpa, e a disposição tem por fim afastar a escusa, que poderiam pretender invocar, de ser o dano um acidente no exercício de sua profissão; o direito exige que esses profissionais exerçam sua arte segundo os preceitos que ela estabelece e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto que deles zelem; e esse dever de possuir sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso que a lei repressiva lhe pune as infrações"¹³⁵.

IV.4. A RESPONSABILIDADE MÉDICA

Dentro do princípio que a ninguém é lícito prejudicar, Arturo Ricardo YUNGANO entende que responsabilidade médica é "a obrigação que tem aquele profissional de reparar e satisfazer as consequências de atos, omissões e erros voluntários ou involuntários, dentro de certos limites e cometidos no exercício de sua profissão"¹³⁶.

Para que ocorra a responsabilidade médica alguns elementos se fazem necessários, os quais, no entender de Hélio GOMES¹³⁷, são cinco, a saber: o agente (que é o médico); o ato profissional (ocorrido no exercício da profissão); a culpa

¹³⁵ Conforme ZAMPIERI JUNIOR & MOREIRA, p. 119.

¹³⁶ YUNGANO, p. 26.

¹³⁷ GOMES, p. 652.

(imperícia, imprudência ou negligência); o dano (que pode abranger desde o agravamento da doença, uma lesão, até a morte) e, por último, a relação de causa e efeito entre o ato e o dano (a ação ou omissão do médico que gerou o dano).

Logo, em caso de responsabilidade médica, o **agente** é o próprio profissional, legalmente habilitado; curandeiros e charlatões responderão por outro tipo de ilícito, já que os não habilitados não poderiam responder por atos que dizem respeito ao exercício de uma profissão que não é a sua.

Como consequência, o **ato médico** (comissivo ou omissivo), só poderá ser praticado pelo profissional habilitado e dirigido no sentido de prevenir, promover ou recuperar a saúde de seu paciente, devendo ele servir-se de técnicas e recursos atualizados e consagrados pela ciência médica.

A *culpa* diz respeito àquele tipo de erro de conduta, moralmente imputável, o qual não seria cometido por um de seus pares em idênticas circunstâncias. Em **lato sensu**, a noção de culpa vai abranger o dolo, mas a previsibilidade será o traço diferencial capaz de caracterizar uma e o outro.

O *dano* é o resultado prejudicial advindo da ação (ou omissão) do médico. Por imperícia, imprudência ou negligência, o profissional pode colocar a vida do paciente em risco, variando aquele dano desde uma pequena lesão, uma perturbação de qualquer etiologia e, até a morte.

Por último, a *relação causal* entre o ato e o dano é o indispensável nexó entre a causa e o efeito que deve existir entre o ato do médico e o prejuízo ocorrido, **conditio sine qua** para que aquele profissional possa ser responsabilizado.

Nessa avaliação é de grande importância saber se o dano

ocorrido foi resultante do ato médico, comissivo ou omissivo, ou se foi a consequência natural do estado de morbidez do próprio paciente, vez que já procurou o profissional porque algo de anormal estava a lhe ocorrer.

Outro não é o parecer de Flamínio FÁVERO¹³⁸: Não é excepcional que um dano apontado seja a continuação do próprio estado mórbido de consequências irreparáveis ou que uma preexistência mórbida despercebida e imprevisível, torne fatal, por exemplo, uma intervenção cirúrgica feita segundo todos os requisitos da ciência e da arte. Então não há imperícia, negligência ou imprudência. O dano surgido seria um simples acidente, um fato sucedido,

IV.4.1. A responsabilidade civil do médico pelo fato de outrem

O desenvolvimento das técnicas e o progresso da medicina na cirurgia, e em geral, acabou por determinar a necessidade de formação de equipes, abrindo campo para a incidência da responsabilidade pelo fato de outrem.

Dentro desse enfoque, duas situações há que serem analisadas: a substituição entre profissionais e a relação cirurgião-anestesiologista.

a) substituição entre profissionais

Entende-se existir uma responsabilidade contratual pelo fato de outrem cada vez que o devedor contratual subordina terceiro para a execução total ou parcial de sua obrigação.

A substituição entre médicos pode ocorrer de duas formas:

a.1. Um médico é substituído por outro, atuando de forma independente, diretamente vinculado ao doente. Em ocorrendo erro, não haverá responsabilidade para o primeiro, visto não

¹³⁸ FÁVERO, Flamínio. **Medicina legal**. 4ª ed. São Paulo: Martins Ed. S.A. 1963, p. 70.

haver nenhum tipo de relação entre os dois profissionais.

a.2. Um médico, necessitando valer-se de um colega de profissão, subordina a atuação deste à sua direção. Incidindo o colega substituto em culpa, resultará, para o primeiro, responsabilidade por fato de terceiro.

FRADARA indaga se tal situação não possibilitaria ser um médico considerado como preposto de outro no exercício da profissão, face ao disposto no artigo 8º do Código de Ética Médica¹³⁹ que assegura "liberdade profissional" aos que exercem a medicina.¹⁴⁰

Sob este enfoque a situação teria que ser analisada pelas duas vias, ou seja, primeiro admitindo o vínculo, ainda que contrariando o princípio da independência profissional e, segundo, não admitindo a subordinação.

No primeiro caso de substituição - e face ao princípio geral que rege a matéria da responsabilidade por fato de terceiro, qual seja o de que o encarregado de realizar algo por conta de outrem, acarretará para este a responsabilidade -, então, o responsável por eventuais danos que pudessem ocorrer ao paciente seria o médico substituto, já que preponente.¹⁴¹

Na segunda hipótese, isto é, quando não se admite a

¹³⁹ Artigo 8º: "O médico não pode, em qualquer circunstância ou sob qualquer pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, devendo evitar que quaisquer restrições ou imposições possam prejudicar a eficácia e correção de seu trabalho." CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1246/88. Código de Ética Médica.

¹⁴⁰ FRADARA, p. 10.

¹⁴¹ Segundo FRADARA, admite-se, hoje em dia, que um médico possa colocar-se sob a autoridade de outra pessoa para a organização e o aspecto administrativo de seu trabalho. Op. cit., p. 11.

subordinação entre médicos - frente ao que dispõe a norma de ética médica -, não existindo contrato entre paciente e o médico substituto, este responderá com base na responsabilidade aquiliana, pelos danos resultantes de sua má atuação.

Quanto ao pessoal auxiliar, que é necessário ao médico empregar com o objetivo de desempenhar sua atividade - como por exemplo auxiliares do hospital -, se a função deste pessoal integra o que ele, médico, deve ao paciente em virtude de contrato, então ele também responderá pela culpa de seus contratados.

b) relação médico-anestesiologista

A aparição das equipes médicas, salientado linhas atrás, é fato recente e resultante do progresso da ciência e da técnica médicas. O ato cirúrgico é um ato de extrema gravidade, já que se constitui em uma agressão à integridade física do paciente, podendo salvar vidas e, também, trazer sequelas irreparáveis, do que se deduz que uma equipe posta à serviço da cirurgia deva ser constituída por pessoas altamente especializadas.

A relação cirurgião-anestesiologista deve ser analisada dentro deste enfoque, já que há algumas décadas não havia a figura daquele último.¹⁴²

Por longo tempo o cirurgião foi visto pela doutrina e jurisprudência como o chefe de uma equipe e, portanto, único responsável pelos danos advindos ao paciente, via ato

¹⁴² As cirurgias eram feitas de forma precária, quase "artesanal" e, conforme mencionado no início deste trabalho, o cirurgião era também o barbeiro, por sua familiaridade com instrumentos propícios para a realização de incisões. Não havendo anestesia, o doente era imobilizado, à força, com a ajuda dos presentes ao "ato".

cirúrgico.

Tal concepção, explica FADARA, se funda em dois fatos: primeiramente, por ser o cirurgião a figura dominante dentro da equipe, a ponto de obscurecer todas as demais, sendo a própria equipe formada em função dele, personagem central, com o qual o paciente havia contratado. Segundo, não fora ainda atingido o alto grau de desenvolvimento e especialização médica que hoje se verifica e, assim, todas as ações dos membros da equipe eram controladas e coordenadas pelo cirurgião, incluindo as do anestesiológico.

Hoje, é a especialidade deste último, uma das que mais tem evoluído dentre as demais áreas médicas, tendo como consequência uma espécie de dissociação de responsabilidades entre a sua e a do cirurgião. Antes considerado como auxiliar do operador, trabalhando sob as suas ordens e sendo tal tarefa muitas vezes desempenhada por enfermeiras, passou, atualmente, o anestesiológico a ocupar posição de destaque no ato cirúrgico, em igualdade com o cirurgião.¹⁴³

O tratamento da problemática que envolve a relação entre os dois profissionais citados tem suscitado controvérsia e a jurisprudência francesa tem decidido no sentido de admitir a completa autonomia do anestesiológico no que concerne à preparação do paciente e aos cuidados pós-operatórios. Contudo, os danos sofridos por aquele, resultantes de falha na anestesia, no curso da realização da cirurgia, devem ser suportados por ambos os profissionais, pois entendem os Tribunais franceses que "a noção de direção e de

¹⁴³ FRADARA, p. 13.

responsabilidade do cirurgião não deve ser sistematicamente afastada".¹⁴⁴

IV.4.2. Responsabilidade pelo fato da coisa

No exercício da profissão, o médico, muitas vezes, para melhor desempenhar sua atividade, deve servir-se de instrumentos ou aparelhos. Tal decisão está inserida na liberdade que ele tem - segundo sua consciência e seus conhecimentos - de escolher o melhor tratamento ou o instrumento mais adequado para a cura ou melhora de seu paciente.

Haverá responsabilidade civil para ele, médico, quando fizer mau uso dessa liberdade, resultando disso um dano para o cliente.

Assim, se a má utilização de um instrumento - que o médico deveria saber como operar devidamente - for causa de dano para o paciente, dará azo à responsabilização, já que o uso do objeto confunde-se com o ato médico.

Outra hipótese é a de ocorrer um acidente, distinto do ato médico, cuja causa está ligada a vício ou defeito no mecanismo do aparelho. Neste caso também haverá responsabilidade do médico, independentemente de sua culpa, pois ao empregar aquele aparelho estava ele garantindo, contratualmente, ao seu cliente, a segurança do mesmo.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Apud FRADARA, p. 17.

¹⁴⁵ FRADARA, p. 14.

IV.5. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

A opinião dominante em relação à natureza jurídica da responsabilidade médica opta por sustentar que, em geral, os profissionais liberais estão unidos a seus clientes por um vínculo contratual.

A França tem sido o grande celeiro jurisprudencial sobre o tema "erro médico e sua responsabilidade"; é lá, também, que o direito comparado tem se espelhado para compor sua doutrina a respeito do assunto. Para as modernas posturas, de grande importância foi o acórdão de 20.05.36 da Câmara Civil que afirmou "se formar entre o médico e seu cliente um verdadeiro contrato..., que a violação mesmo involuntária desta obrigação contratual é sancionada por uma responsabilidade da mesma natureza, igualmente contratual".¹⁴⁶

Se a maioria dos doutrinadores aceita que a responsabilidade médica é, por natureza, contratual, o mesmo não ocorre quanto à individuação dos tipos de contrato que permeiam a espécie, onde, então, as diferenças de opinião aparecem e são bastante acentuadas.

IV.6. TIPOS DE CONTATO MÉDICO

Entre os tipos de contratos admitidos citam-se: mandato, locação de obra, de serviços, contrato **sui generis** - ou inominado ou, ainda, atípico -, contrato multiforme ou proteiforme, contrato de trabalho e, por último, contrato de

¹⁴⁶ Conforme PENNEAU, Jean. **La responsabilité du médecin**. Paris: Dalloz, 1992. p. 19.

assistência médica.

IV.6.1. Mandato

Autores há que entendem existir entre o médico e o paciente um contrato de mandato, o que é refutado por Alberto J. BUERES¹⁴⁷ ao dizer que o médico não representa o paciente, tendo o mandato, por objeto, a prática de atos jurídicos, enquanto que na relação médico-paciente visa-se a realização de atos inerentes ao exercício profissional da medicina.

Entende a autora do presente trabalho, que no relacionamento médico-paciente o que existe é a expressão da vontade e o consentimento livre deste último, autorizando, expressa ou tacitamente, o facultativo a praticar atos médicos que objetivem o restabelecimento de um estado de saúde, portanto, algo diverso de um contrato de mandato.

IV.6.2. Locação de obra

Uma corrente de pensamento postula ser essa a tipificação correta de um contrato médico, ainda que um setor da doutrina julgue que quem executa uma obra promete um resultado, e tal promessa só poderia ficar efetivamente configurada em áreas onde não existisse o fator álea.

De tanto, já se induz a inadequação, porque na relação médico-paciente o tipo de contrato que se estabelece entre as partes não pode comprometer-se a um resultado certo, já que se está jogando com o risco do imprevisível e com a falibilidade

¹⁴⁷ BUERES, Alberto J.. **Responsabilidad civil de los médicos**. Buenos Aires: Ed. Abaco, 1979. p. 47.

humana, fatores capazes de alterar qualquer processo normal na obtenção de um resultado.

IV.6.3. Locação de serviços

Parte da doutrina considera que no exercício das profissões liberais se configuraria uma verdadeira locação de serviços, com a particularidade, apenas, de tratar-se o trabalho realizado não de ordem manual, mas intelectual.

De um lado da relação jurídica surge aquele que promete a outrem uma prestação de um determinado serviço, sem levar em conta o seu resultado e, em contrapartida, fica para este outrem o compromisso de remuneração pelo serviço prestado. Nesse tipo de contrato, o que se promete é o trabalho em si mesmo. Assim, no entender de PANASCO¹⁴⁸, a natureza do contrato entre médico e paciente seria o de locação de serviços, existindo entre as partes contratantes um locador, que é quem fornece a coisa ou os serviços, e um locatário, que se utiliza da coisa ou dos serviços.¹⁴⁹

A não unanimidade de aceitação dessa teoria reside no fato da existência de uma subordinação do locatário frente ao locador, o que inexistente dentro do exercício da medicina na relação médico-paciente.

¹⁴⁸ PANASCO, p. 51.

¹⁴⁹ PANASCO aponta que "no consultório particular o médico sempre será o locador. Em relação ao hospital, será locador e o hospital locatário. Em relação ao paciente o hospital será o locador e o paciente o locatário. Nesse caso, o médico, em relação ao paciente, elabora um contrato 'sui generis', implicando ao locador (hospital) a responsabilidade dos danos apreciados. Na realidade ambos são credores e devedores. O médico é credor dos honorários e devedor do atendimento diligente. O paciente é devedor dos honorários e credor do atendimento diligente." Op. cit., p. 51.

IV.6.4. Contrato **sui generis**

Autores nacionais, estudiosos da área da responsabilidade médica entendem ser este o tipo de contrato que mais se adapta às características do exercício profissional daquele facultativo. Estão entre eles Hermes Rodrigues de ALCÂNTARA e José de Aguiar DIAS,¹⁵⁰ entendendo ambos que o médico é obrigado a agir com uma correção superior a um comum locador de serviços, já que confidente, conselheiro, protetor e guardião do enfermo.

Um contrato **sui generis**, ou inominado ou atípico é aquele contrato não disciplinado expressamente pela lei, mas que em virtude das crescentes relações humanas tem sido permitido, se lícito o seu objeto, para que produza efeito no mundo jurídico, tutelando-se, dessa maneira, a iniciativa da autonomia privada.

Os partidários dessa aceção entendem que a prestação dos serviços médicos não poderia estar inclusa na classificação jurídica dos contratos nominados, vez que suas normas não se enquadram nas daqueles previstos em lei e possuindo regulamentação jurídica própria.¹⁵¹

IV.6.5. Multiforme ou proteiforme

O contrato médico já foi apontado como pertencente à tal categoria, também denominada variável ou múltipla, em virtude das múltiplas situações que podem surgir entre médico e

¹⁵⁰ DIAS, p. 254.

¹⁵¹ A conotação de contrato **sui generis** foi também a orientação dada pelo famoso aresto de 20 de maio de 1936, da Corte de Cassação francesa, já mencionado nesse trabalho. Apud DIAS, p. 254.

paciente quando, em conformidade com o conteúdo da prestação, ainda poderia configurar locação de serviços ou de obra.

IV.6.6. Contrato de trabalho

Tem-se falado que a natureza jurídica da relação médico-paciente corresponderia a um contrato de trabalho, quando aquele relacionamento apresentasse características de subordinação jurídica e econômica. Tal situação, entretanto, não corresponde à realidade de uma relação médico-paciente; poderá ocorrer apenas em caso de o facultativo ter um vínculo junto à uma empresa ou pertencer a algum órgão assistencial, tendo para com aqueles uma relação de subordinação, recebendo salário, cumprindo horário e atendendo aos pacientes filiados àqueles órgãos.

Quando o relacionamento entre o médico e seu paciente dá-se fora do âmbito de convênios e institutos previdenciários não há o falar-se em subordinação, já que estão ambos em plano de igualdade na relação jurídica, modificando-se, apenas, os direitos e deveres para cada um.

IV.6.7. Contrato de assistência médica

Tal foi o nome proposto por Arturo Ricardo YUNGANO, e aceito, no Simpósio sobre Imperícia Médica, realizado em Buenos Aires, em 27/28 de outubro de 1979 e organizado pelo Conselho Federal de Entidades Médicas Colegiadas da Argentina.¹⁵²

Para YUNGANO¹⁵³, o contrato de assistência médica pode

¹⁵² YUNGANO, p. 96.

¹⁵³ YUNGANO, p. 110.

ocorrer por meio de vários tipos de relação, conforme os sujeitos intervenientes e o modo inicial de formação desse relacionamento.

Pela análise e interpretação do material coletado sobre as tão diversas propostas para tipificar a relação médico-paciente, entende a autora que o mais aproximado e adequado àquela relação é o contrato **sui generis**, por referir-se, como o próprio nome indica, a algo que difere de todos os demais tipos de contratos.

IV.7. CASOS EM QUE A RESPONSABILIDADE MÉDICA PODE SER VISTA COMO EXTRACONTRATUAL

Situações existem que, devido à sua peculiaridade, acabam por modificar a natureza da responsabilidade médica, transferindo-a para o terreno da extracontratualidade. Senão, veja-se:

10) Casos em que os serviços prestados pelo facultativo o sejam de forma espontânea, sem intervenção alguma da vontade do paciente. Por exemplo, quando o médico dá atendimento a vítima de acidente em via pública.¹⁵⁴

É indubitável que se o paciente está sem condições de doar seu consentimento, não há como conjecturar-se a existência de um contrato, já que neste se pressupõe um acordo de vontades coincidentes e exteriorizadas. Mais lógico seria conceituar tal situação como cumprimento de dever, ou do legítimo exercício de

¹⁵⁴ Para alguns autores brasileiros - e na França de maneira unânime -, tal situação caracterizaria *gestão de negócios*. Conforme PENNEAU, Jean. **La responsabilité médicale**. Paris: Sirey, 1977. p. 29.

um direito, ou, ainda, de um estado de necessidade e, como tal, é o pensamento de MOSSET ITURRASPE.¹⁵⁵

2º) O atendimento do médico a incapaz de fato, sem poder comunicar-se com seu representante legal a fim de obter a devida autorização.

3º) A atividade do facultativo desenvolvida contra a vontade do paciente, *verbi gratia*, nos casos de suicida que recebe assistência antes da consumação do ato.

4º) No caso de serviços médicos requeridos por pessoa distinta do paciente, sempre e quando aquela não se apresente como representante legal ou voluntária do paciente, o que obrigaria contratualmente ao último.

5º) Quando o feito médico configurar - sem prejuízo da ilicitude civil - um delito penal eivado de dolo. Como exemplo, uma mutilação inútil ou um experimento sem fim curativo.

6º) Quando o contrato celebrado entre facultativo e paciente for nulo - *lato sensu* - por carecer de alguns elementos essenciais ou pela presença de qualquer outro defeito ou vício.

7º) O atendimento por intermédio do serviço público patrocinado pelo Estado, e que caracteriza obrigação objetiva para a entidade, e extracontratual para o profissional.

8º) Uma outra situação é analisada por PENNEAU¹⁵⁶, qual seja a dos herdeiros quando se apresentam em nome próprio para reclamar reparação por prejuízo pessoal. Tratar-se-ia, então, de responsabilidade extracontratual em relação a

¹⁵⁵ MOSSET ITURRASPE, p. 354.

¹⁵⁶ PENNEAU, *La responsabilité médicale*, p. 27.

terceiros, o que guardaria uma certa similitude à situação apontada atrás, no item de número quatro.

90) BUERES refere-se, também, à responsabilidade por dano inflingido à vítima fora da órbita do contrato, apontando como exemplos os efeitos de um incêndio no consultório ou os prejuízos materiais ou morais que podem advir de uma visita médica.¹⁵⁷

Por último, postula-se, ainda, a idéia de que no momento em que o médico inicia o atendimento - dentro de qualquer das modalidades da extracontratualidade -, ele passa a ter, de imediato, uma obrigação contratual para com a pessoa atendida. No entender da autora, tal situação diria respeito mais a seus deveres morais e éticos do que a uma súbita contratualidade.¹⁵⁸

¹⁵⁷ BUERES, J. Alberto. *Responsabilidad ...*, 1994. p. 171. v. 1.

¹⁵⁸ PONZANELLI noticia que na Itália, não obstante uma relação contratual se firmar entre paciente e médico, as regras operativas são de proveniência da extracontratualidade. Nos últimos anos, informa o autor, o setor médico-hospitalar tem passado por um processo de evolução ainda a assentar-se e a confirmar-se, mas o movimento expressa uma passagem da responsabilidade por culpa para uma *responsabilidade presumida*, por simples defeito ou erro. A Corte de Cassação não aplica mais o modelo originário da culpa, reconhecendo, contudo, que há na responsabilidade médica um tipo específico de culpa. No entanto, mesmo afastando-se do modelo original da responsabilidade por culpa não faz uso da fórmula da responsabilidade objetiva, por entendê-la inadequada para a área. Sua intenção, optando pela responsabilidade presumida, é oferecer ao paciente que sofre dano uma maior tutela, com base na dificuldade inerente à prova da conduta culposa do médico. PONZANELLI, Giulio. *La responsabilità civile*. Profili di diritto comparato. Bologna: Mulino, 1992. p. 281-2.

IV. 8. CARACTERÍSTICAS GERAIS DO CONTRATO MÉDICO

Num contrato médico, as partes contratantes poderão apor cláusulas acordes com suas vontades, desde que observadas as disposições legais, as normas contidas no Código de Ética Médica ou em regulamentos que disciplinam a atividade daquele profissional.

Mesmo que o médico não tenha contratado com o enfermo - como nos casos de atendimento em pronto-socorro e hospitais da rede pública -, ao atendê-lo, obriga-se a empregar todo o seu conhecimento técnico, diligência e perícia com o fito de obter o seu restabelecimento, pois há princípios éticos e morais que lhe impõem uma conduta profissional proba e, acima de tudo, humana, para com o seu semelhante e paciente.

Tal contrato é, comumente, tácito ou verbal e se efetiva quando as partes realizam atos que fazem deduzir a sua existência, como submeter-se a um tratamento, a uma cirurgia e pagar honorários.

Independente das variações apresentadas pelo *tipo* da figura escolhida como sendo a correta e adequada para caracterizar o contrato médico, algumas particularidades podem ser destacadas como sendo constantes em todas elas, a saber:

- é um contrato *intuitu personae*, ou seja, um ato de confiança para as duas partes e, em especial, em relação à escolha do médico pelo paciente.¹⁵⁹ Mas também ao médico é

¹⁵⁹ Tal característica está um tanto diluída nos dias atuais, não só frente ao aumento do número de especializações, como pela socialização da medicina, já que na maioria das vezes e no que diz respeito ao atendimento via serviço público, o paciente acaba por se tornar um número na folha de requisição e o médico não é escolhido, mas o que sobrou, na interminável

dada a liberdade de escolher seus pacientes, já que lhe é lícito aceitar ou rejeitar um caso, seja por motivo de ordem pessoal, seja em razão de especialidade.

- da qualidade de ser *intuitu personae* deriva a característica da *rescindibilidade* do contrato médico-paciente, e tal diz respeito a ambas as partes. Ao médico lhe é facultado desistir livremente, contanto que sua atitude não traga prejuízo ao paciente e que a ele esteja assegurada a continuidade dos cuidados que lhe são necessários. Tal faculdade existirá sempre que a obrigação se encontre em curso, mas desde que não se tenha pré-fixado um resultado determinado e com data prevista. Caso contrário, se o profissional se obrigou a um ato específico, ou a um determinado tratamento, a ruptura unilateral e injustificada originará sua responsabilidade.

- é um *contrato contínuo*, já que na maioria dos casos realiza-se num espaço de tempo contínuo. Para a elaboração do diagnóstico, e o posterior tratamento, é necessário um determinado espaço de tempo o qual será mais, ou menos longo, conforme a maior ou menor gravidade específica de cada caso. Entretanto, também pelo fato de ser personalíssimo, o contrato poderá ser rescindido a qualquer hora e por qualquer das partes.

- *obrigações recíprocas* comporta, normalmente, o contrato médico. O facultativo compromete-se a dispender seus cuidados ao paciente, enquanto este se incumbe de lhe remunerar; tal, caracteriza um contrato sinalagmático e a título oneroso (o que fila para retirada daquela.

não impede que, em caráter nem sempre excepcional, o médico ofereça seus cuidados gratuitamente). Quando as condições, por eles estabelecidas, forem totalmente cumpridas extingui-se-á o contrato.

- a área de atuação médica, ou seja, o negócio médico, é *civil* e, tradicionalmente, o trabalho dos profissionais liberais é estranho à esfera do direito mercantil, já que exclui o caráter comercial do contrato médico.¹⁸⁰

- o contrato avogado é de *forma livre* e não formal, isso, entretanto, sem prejuízo das exigências que a lei possa vir a estabelecer em determinadas circunstâncias para a prova de existência daquele. Como exemplos, a retirada de órgãos e o implante dos mesmos.

Na extinção de um contrato médico note-se, todavia, que circunstâncias específicas outras terão o condão de extingui-lo e, segundo YUNGANO,¹⁸¹ seriam: ausência de efeito da relação, o que ocorre quando esta se estabelece com quem aparenta ser profissional sem sê-lo, ou ainda, quando é o próprio doente quem engana o médico, no intuito de obter certas vantagens; pelo falecimento de qualquer das partes; pela mudança de médico por decisão do paciente; por abandono do doente pelo médico e, por último, a já mencionada cura ou alta

¹⁸⁰ Esta é outra área em mutação frente aos grupos de interesse econômico que exploram o trabalho médico. Empresas como a Golden Cross, a Amil e outras, contratam os serviços do profissional por um salário fixo ou por valores de procedimentos pré-fixados, independentemente de quanto venham a lucrar com as mensalidades de seus associados. Já a Unimed optou por um sistema de cooperativa, assim quanto mais lucros ela tiver, melhor remunerado será o médico cooperado. FARIA, Paulo Roberto Fernandes. **Entrevista concedida pelo Diretor Presidente da Unimed/Umuarama**. Umuarama, 29 jul. 1996.

¹⁸¹ YUNGANO, p. 130.

hospitalar do paciente.

O objeto do contrato médico deverá ser sempre a prática de atos lícitos, de tratamentos e cirurgias permitidos pela lei e pelas disposições administrativas, morais e éticas que regulam a prática da medicina e disciplinam o relacionamento com o paciente.

O descumprimento das obrigações contratuais ou seu mal cumprimento, caracterizado pela ação culposa, conforme já mencionado, impõe ao infrator o dever de reparar a falta cometida, incorrendo em uma responsabilidade de natureza civil.

Entre as já citadas, o contrato médico apresenta, segundo PANASCO¹⁶², as seguintes características: é expresso, consentido, de objeto lícito, sinalagmático e oneroso. Para YUNGANO¹⁶³ ele é *intuitu personae*, bilateral, oneroso ou gratuito, de caráter civil, comutativo e aleatório, pertencente à categoria dos contratos principais, possuindo na sua formação, também, contratos acessórios e, por último, tem liberdade de conclusão.

IV.9. IRRESPONSABILIDADE MÉDICA: CASOS DE EXCLUDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE

Há situações especiais que por suas características próprias darão azo à excludência da responsabilidade do profissional médico.

¹⁶² PANASCO, p. 50.

¹⁶³ YUNGANO, p. 97.

IV.9.1. Considerações gerais

Nos dias atuais, o princípio da responsabilidade médica encontra-se consagrado tanto pela doutrina como pela jurisprudência, ou seja, será ele responsabilizado, quando agir com culpa, não só pelo que fez, mas também pelo que deixou de fazer; pelo que disse e pelo que deixou de dizer; igualmente o será pela oportunidade que escolheu para não fazê-lo, quando deveria ou poderia tê-lo feito.

Logo, será ele responsabilizado quando cometer erro grosseiro, erro tal que qualquer dos seu pares, em idênticas circunstâncias, não o cometeria; quando agir com imprudência, imperícia ou negligência e que desse seu agir venha a resultar dano para o paciente. Pode, ainda, ser responsabilizado por não agir, ou seja, por omissão.

Embora as áreas de responsabilidade mostrem-se razoavelmente delimitadas, este não era o pensamento corrente há alguns anos passados, conforme demonstrado, quando se chegou a sustentar a irresponsabilidade dos médicos¹⁶⁴, exceção feita aos casos nos quais se constatasse nítida intenção criminal.

A irresponsabilidade médica, exatamente, tem como fundamento jurídico a ausência de dolo em sua conduta, ao menos

¹⁶⁴ As razões para tal irresponsabilidade estavam basicamente assentes nos seguintes itens: a. o diploma de médico é prova de idoneidade, não justificando seja discutida, de novo, a capacidade do profissional a cada caso; b. o processo científico estaria em perigo se os médicos se sentissem ameaçados na sua atividade profissional; c. as faltas técnicas dos médicos não podem ser julgadas nos tribunais por magistrados advogados, sem o devido preparo científico para tanto; d. a medicina não é uma ciência exata, capaz de ser submetida a normas: é arte conjetural e em renovação contínua. Conforme ROJAS, Nerio. **Medicina legal**. 11. ed. Buenos Aires: Libreria El Ateneo Editorial, 1976. p. 428.

é este o pensamento de MOSSET ITURRASPE.¹⁶⁵ No seu entender, é aceitável para o homem, por uma lei natural, que ele possa dispor de seus membros até para ser neles lesionado, com o objetivo de obter algum proveito; por tal razão, não seria justo declarar delituosos atos de um dentista ou de um cirurgião, que, em seu mister, necessitassem intervir de maneira mais drástica, extraíndo ou amputando partes do corpo no intuito de cura ou de melhora para o enfermo.

Mas a verdadeira razão da inculpabilidade de tais atos, pondera MOSSET ITURRASPE¹⁶⁶ está precisamente em seu fim inocente, o que exclui o dolo, razão pela qual deve eliminar-se toda a idéia de criminalidade na atividade que realizam com o fim legítimo de livrar de uma enfermidade atroz, de uma deformidade ou de uma ameaça para a saúde, um ser humano.

Caracterizada a responsabilidade do médico, necessária se faz uma análise de como é vista a sua irresponsabilidade nos dias de hoje.

IV.9.2. Excludentes da responsabilidade médica

O facultativo poderá não ser responsabilizado por dano ao seu paciente se, no curso de sua atuação profissional, configurarem-se uma das excludentes de responsabilidade, a saber, o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima.

Aponta PANASCO¹⁶⁷ que funcionariam como excludentes da

¹⁶⁵ MOSSET ITURRASPE, p. 162.

¹⁶⁶ MOSSET ITURRASPE, p. 163.

¹⁶⁷ PANASCO, p. 68.

responsabilidade médica a conduta culposa da vítima, o fato de terceiros - caracterizado pela ação dolosa ou culposa de outrem que não o médico¹⁶⁸ -, o caso fortuito e a força maior, tais quais as anomalias imprevisíveis.

A culpa exclusiva da vítima libera o médico de toda e qualquer responsabilidade por dano experimentado pelo seu paciente.¹⁶⁹ Não havendo culpa médica, não há falar-se em dever de reparação por parte do profissional.

Havendo culpa concorrente da vítima e do médico não configuraria exclusão de responsabilidade, mas sim, de uma responsabilidade bipartida, onde cada uma das partes responderia pela parcela de culpa que lhe coubesse.

Por outro lado, apesar de a conduta do médico ser correta e adequada aos seus deveres profissionais, danos podem ocorrer como consequência de fatos estranhos, alheios ao proceder do médico e ao comportamento do paciente, não tendo, aquele profissional, condições nem de prevê-los, nem de impedi-los. Tal, diz respeito ao caso fortuito ou à força maior,

¹⁶⁸ O termo "terceiros" deve ser entendido como referindo-se a pessoas estranhas ao corpo médico, pois o profissional é tido, também, como responsável pelos seus prepostos, tais quais, enfermeiros, auxiliares e instrumentadores. O médico é visto como o chefe de uma equipe, e como tal, é responsável por ela. No que diz respeito à figura do anesthesiologista, a atual corrente jurisprudencial entende que com a evolução e o aprimoramento das técnicas médicas operou-se uma divisão de trabalho sendo a concepção unitária da operação cirúrgica conceito ultrapassado; assim, a noção de ato destacável está a encontrar plena receptividade na seara da responsabilidade médica.

¹⁶⁹ Se após uma cirurgia ortopédica o médico prescreve ao seu paciente, por um determinado tempo, o uso de muletas e exercícios fisioterápicos e aquele descumpra as determinações ou as faz errônea e desinteressadamente, as consequências negativas de uma cicatrização óssea indevida ou de uma atrofia não poderão ser imputadas ao facultativo.

ocorrências extraordinárias e excepcionais, alheias à vontade e à ação do médico, guardando as características da imprevisibilidade e da inevitabilidade.

Um médico não será responsabilizado se ao prescrever um medicamento de uso corrente, o resultado advindo for diferente do usual, ou se ao empregar um procedimento habitual que não ocasionou danos no passado, isso, inesperadamente, venha a ocorrer, bem como se advierem reações imprevisíveis, tais como alergia e hipersensibilidade, conforme ensinam CHAMMARD e MONZEIN.¹⁷⁰

IV.9.3. Previsibilidade e imprevisibilidade

O Ministério de Saúde e Consumo da Espanha, preocupado com o aumento de erros médicos incentivou uma pesquisa que levou o título **El médico ante el derecho**¹⁷¹, sendo publicado em Madrid, em 1990. Dentre seus inúmeros capítulos, um trata da previsibilidade e da imprevisibilidade e seus critérios de distinção, do qual comentar-se-á a essência do juízo.

Entendem os autores de tal trabalho¹⁷² que para um resultado, um insucesso ou acidente ser considerado imprevisível não basta que o indivíduo não o tenha previsto, ou que não possa ser para ele previsível, já que para outra pessoa, se colocada em seu lugar, o teria sido.

Portanto, para deduzir o conceito de imprevisibilidade, necessário se faz, primeiramente, delimitar o seu oposto, ou

¹⁷⁰ CHAMMARD e MONZEIN, p. 121.

¹⁷¹ ESPANHA. Ministerio de Sanidad y Consumo. **El médico ante el derecho**. Madrid: Mijan, 1990.

¹⁷² ESPANHA. Ministério de ... Previsibilidad, p. 91.

seja, o previsível e se possível, ir mais além e atingir o terreno do objetivamente previsível.

Um resultado é objetivamente previsível quando puder ser representado a uma pessoa posta no lugar do agente, antes do começo da realização da ação, fornecendo-lhe os dados referentes ao caso concreto conhecido pelo autor, dentro das possibilidades de conhecimento de uma pessoa inteligente.

Levando-se essa situação para o campo de atuação do médico, equivale dizer que um resultado prejudicial para o paciente seria objetivamente previsível se o tivesse sido para qualquer outro profissional da área, posto na situação do agente, conhecendo os antecedentes do caso e o estado atual da medicina ou da especialidade em questão.

Por outro lado, a **praxis** médica tem conhecimento que certas complicações ou acidentes na profissão se repetem dentro de um certo intervalo e com uma certa regularidade. Para os autores acima citados, tal repetição pode ser reduzida a cifras mediante uma porcentagem que faça referência à frequência com que aparecem as tais complicações.

Tal situação torna relativo o conceito de imprevisibilidade¹⁷³, deixando o conceito de absoluto ou estrito para aqueles acidentes que aparecem pela primeira vez, ou que não foram descritos na literatura científica, ou ainda, para os que são verdadeiramente excepcionais.

¹⁷³ É o caso das complicações que incidem na clínica ou na prática cirúrgica, com maior ou menor frequência, mas para as quais já há um registro estatístico confiável. Por exemplo, sabe-se que 6% das intervenções cirúrgicas de próstata comportam a produção de uma coagulação intravascular disseminada e que as intervenções em grandes ossos podem levar à embolia em 3% dos casos. *Ibidem, idem.* p. 91.

Conclui-se, então, que estará o médico isento de ser responsabilizado por aqueles insucessos que no transcorrer de sua atuação não puderam ser previstos ou que, mesmo previstos, foram inevitáveis.

V. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A CAUSA

O tema referente à causa é de capital importância para a responsabilidade civil, interessando tanto à teoria clássica da culpa quanto à teoria da responsabilidade sem culpa, já que não há efeito sem causa.

Quando existe uma ou várias causas para um mesmo efeito, o tema apresenta-se sem grande complexidade; entretanto, o panorama é outro quando as causas múltiplas são sucessivas, ou seja, são concausas.¹⁷⁴

V.1. CONCEITO DE CAUSA - INTERPRETAÇÃO FILOSÓFICA. A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DA CAUSA PARA OS FILÓSOFOS

Ao buscar um melhor conceito para causa, observou-se que, de uma maneira geral, os juristas e estudiosos iam buscar na filosofia os parâmetros para melhor definir ou conceituar aquela. Era a partir do estudo feito por filósofos que se procurava entender todo o sentido e a relevância de tal tema.

Na tentativa de ir à fonte, antes de formular uma

¹⁷⁴ Wilson Melo da SILVA apresenta a seguinte situação: se certo motorista atropela determinado pedestre, fraturando-lhe a perna, a relação de causa e efeito é nítida e se patenteia entre o fato do atropelamento e o dano. Entretanto, se esse mesmo pedestre, com a perna fraturada, é conduzido a um hospital a fim de ser atendido e sofre novo acidente - desta vez no interior da ambulância -, vindo a falecer em consequência do mesmo, **quid juris?**

Quem agora, em face da nova circunstância, haveria de, civilmente, responder pelos prejuízos decorrentes da morte da vítima? O motorista que primeiro a atropelou ou o autor do acidente que ao abalroar a ambulância propiciou-lhe a morte? p. 114.

proposição final, constatou-se o quanto o tema em questão foi motivo de preocupação e estudo para um grande número de filósofos - especialmente a partir de ARISTÓTELES-. Por tal razão, entendeu-se que o presente trabalho restaria incompleto se não dedicasse algumas páginas ao tema, embasadas no resultado do esforço daqueles que se dispuseram a entender a problemática da causa.

De início, pode-se dizer que o próprio sentido etimológico do vocábulo *causa* é incerto. Apresentava na Antiguidade, e também junto aos cartesianos, um significado mais amplo do que o atual, segundo informa André LALANDE.¹⁷⁵ Do latim, *cavere*,¹⁷⁶ - defender-se -, teria, primitivamente, um sentido jurídico, no que se iguala ao grego *aitia* (αἴτια), querendo este, porém, significar "acusação" ou "imputação", ou "pôr em causa". Assim, ambos os vocábulos teriam um sentido jurídico, ainda que opostos, pois num se destaca a imputação, o ataque, enquanto no outro, a defesa.

Com base nessas acepções, entende MORA¹⁷⁷ que já se podia perceber - ainda que vagamente -, um significado que logo seria considerado como característico da relação causal, ou seja, o passar de algo para algo. Comenta o autor citado que desde o momento em que se empregou a noção de causa, filosoficamente, se supôs que não havia tão somente "imputação"

¹⁷⁵ LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. Tradução Fátima Sá Correia et al. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 142.

¹⁷⁶ Do verbo *caveo*, no sentido de "me defendo", "interrompo o golpe", "tomo precauções", ou até, "não confio em ninguém". Cf. MORA, José Ferrater. **Diccionario de Filosofia**. Madrid: Alianza Editorial, 1990. p. 461. v.1.

¹⁷⁷ MORA, p. 461.

a alguém ou a alguma coisa, mas também - e especialmente -, a produção de algo de acordo com uma certa norma ou uma certa lei, que regeria todos os acontecimentos dentro de uma mesma espécie. Como a causa permite explicar porque um certo efeito se produziu, concluiu-se, de pronto, que a causa era, ou poderia ser, ela própria, uma razão ou o motivo da produção do efeito.¹⁷⁸

As idéias de causa, finalidade, princípio, fundamento, razão, explicação e outras similares têm-se relacionado entre si com muita frequência e com a mesma frequência se confundido, portanto, explica-se o interesse no estudo do assunto e que foi fundamental para a filosofia, desde os seus primórdios.

V.2. A PRIMEIRA FORMA DA NOÇÃO DE CAUSA: PLATÃO

Os pré-socráticos não analisaram a fundo a idéia da causa, mas a utilizaram em suas explicações da origem, princípio e razão do mundo físico.¹⁷⁹

A primeira forma da noção de causa, diz Nicola ABBAGNANO,¹⁸⁰ começou com PLATÃO, que a considerava como o princípio pelo qual uma coisa é, ou torna-se o que é. Mas foi, sem dúvida, ARISTÓTELES a fazer a primeira verdadeira análise da noção de causa.¹⁸¹ Afirmou ele, primeiramente, que conhecimento e ciência consistiam em ter em conta as causas e

¹⁷⁸ *Idem*, p. 462.

¹⁷⁹ MORA, p. 462.

¹⁸⁰ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução Alfredo Bosi et al. São Paulo: Mestre JOU, 1962. p. 117.

¹⁸¹ Cf. ABBAGNANO, p. 117; MORA, p. 462; Lalande, p. 142.

nada são fora disso. Entretanto, notou também ARISTÓTELES, que perguntar-se a causa significa perguntar o *porquê* de uma coisa; esse porquê, podendo ser diferente, concluiu que poderia haver várias espécies de causas.¹⁸²

Dessa maneira teve início a mais célebre e influente doutrina aristotélica a respeito do assunto, do que derivou a classificação das causas em quatro tipos, a saber: a *causa eficiente*, que é o princípio da troca: é a causa o que dá início ao movimento ou ao repouso (ex.: o autor de uma decisão é a causa desta); a *causa material*, ou aquilo do qual algo surge ou mediante o qual chega a ser (ex.: o bronze é causa da estátua); a *causa formal* que é a idéia ou o paradigma, ou ainda a essência necessária ou substância de uma coisa (ex.: é causa do homem, a natureza racional que o define) e, por último, a *causa final*, ou o fim, a realidade até a qual algo tende a ser ou a ser alcançada (ex.: a causa da prática de exercícios físicos é a saúde).¹⁸³

Estas quatro causas são exigidas pelo *dever*, no entender de Régis JOULIVET¹⁸⁴, constituindo uma divisão adequada, enquanto bastam para explicá-lo. Segundo o autor, intrinsecamente, dão conta do ser em *dever* quanto à potência (causa material) e quanto ao ato (causa formal), e, extrinsecamente, como princípio do ser (causa eficiente) e de fim de sua atividade (causa final).

¹⁸² ABBAGNANO, p. 117.

¹⁸³ Cf. ABBAGNANO, p. 117 e MORA, p. 462.

¹⁸⁴ JOULIVET, Régis. **Tratado de filosofia**. Metafísica. Trad. Maria da Glória Pereira Pinto Alcure. 2. ed. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1972, p. 295. v.3.

Permanecem em uso somente as expressões causa eficiente e causa final, consoante informação de MORA.¹⁸⁵

A doutrina de ARISTÓTELES demonstrou a estreita conexão entre a noção de causa e de substância, sendo a causa o princípio de inteligibilidade, porque compreendê-la significa compreender a articulação interna de uma substância, isto é, a razão pela qual uma substância qualquer - como o homem, ou Deus, ou a pedra - é o que é e não pode ser ou agir diferentemente. Exemplificando, se um homem é um "animal racional", o que ele é ou faz depende da sua substância assim definida, a qual opera como força irresistível para produzir as determinações do seu ser e do seu agir.¹⁸⁶

V.3. O ESTUDO DA CAUSA NA IDADE MÉDIA

No pensamento escolástico,¹⁸⁷ e em especial no tomista,¹⁸⁸ a doutrina aristotélica sobre a natureza da causa e suas espécies foi objeto de minuciosos estudos. São TOMÁS DE AQUINO classificou a causa de igual maneira à do

¹⁸⁵ MORA, p. 143.

¹⁸⁶ Apud ABBAGNANO, p. 118.

¹⁸⁷ "Escolástico: relativo à escolástica, doutrina teológico-filosófica dominante na Idade Média, dos séculos IX ao XII, caracterizada sobretudo pelo problema da relação entre a fé e a razão, problema que se resolve pela dependência do pensamento filosófico, representado pela filosofia greco-romana, à teologia cristã." FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 15. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 554, verbete "escolástico".

¹⁸⁸ "Tomista: relativo ao tomismo, doutrina escolástica de São Tomás de Aquino, teólogo italiano (1225-1274), adotada oficialmente pela Igreja Católica, e que se caracteriza, sobretudo, pela tentativa de conciliar o aristotelismo com o cristianismo." FERREIRA, p. 1386, verbete "tomista".

Estagirita, ou seja, em material, formal, eficiente e final, conceituando-a como aquilo de que procede algo de um modo específico.

Diferenciou, também, *causa de princípio*, dizendo que este último é aquilo de que advém alguma coisa de um modo qualquer, diferentemente da causa, que sugere um modo específico. Ambos, seriam, sob certo aspecto, "princípios", mas enquanto o princípio o é segundo o intelecto, a causa o é segundo a coisa ou a realidade.¹⁸⁹

Estabelecia-se a diferença entre a relação princípio-consequência e causa-efeito, de fundamental importância - no entender dos filósofos - no tratamento da noção de causa. De uma maneira geral os filósofos antigos e medievais tenderam a considerar a relação causa-efeito a partir de um ponto de vista predominantemente ontológico, ou seja, em relação à essência do ser.¹⁹⁰

V.4. A CAUSA NO RENASCIMENTO

Durante o Renascimento se acentuou o interesse pela noção de causa final, especialmente entre autores que desenvolveram uma concepção do mundo dentro do caráter organológico. O conceito aristotélico de uma ordem necessária ao mundo, no qual

¹⁸⁹ JOUVET chama princípio àquilo do qual uma coisa advém, independente do modo de procedência, do que conclui que toda causa é princípio, mas todo princípio não é causa porque tal termo só se emprega para designar aquilo do que uma coisa depende quanto à existência. O efeito seria o produto da ação causal e, por conseguinte, o que resulta do princípio. *Op. cit.*, p. 293.

¹⁹⁰ Cf. MORA, p. 464.

todos os eventos encontrem o seu lugar foi, então, ardorosamente defendido.¹⁹¹

Do que ensina ABBAGNANO¹⁹² depreende-se que esta noção (às vezes referida a Deus como a causa primeira), segundo o conceito neoplatônico e medieval, formou o pressuposto e a base para a primeira organização da ciência com COPERNICO, KEPLER e GALILEU.

Tal base, expressa em termos mecanicistas por HOBBS (1588-1679) e teológicos por ESPINOSA (1632-1677), guardou a mesma essência.¹⁹³

Na *Ética* de ESPINOSA¹⁹⁴, na Proposição XXIX, lê-se que "na Natureza nada existe de contingente¹⁹⁵, antes tudo é determinado pela necessidade da natureza divina a existir e a agir de modo certo".

¹⁹¹ Cf. ABBAGNANO, p. 118.

¹⁹² *Ibidem*, *idem*, p. 118.

¹⁹³ HOBBS julga que a relação causal se reduz à ação de um corpo sobre o outro e, portanto, a causa é o que gera ou destrói um certo estado de coisas em um corpo. A causa perfeita, ou seja, aquela à qual se segue infalivelmente o efeito, é o agregado de todos os acidentes ativos: com ela o efeito já está dado. A concatenação dos movimentos constitui a ordenação do mundo.

ESPINOSA, por sua vez, como vê em Deus a única substância, vê Nele também a única causa e da qual derivam com necessidade geométrica todas as coisas e os eventos do mundo, ou seja, os "modos" da Substância.

A necessidade causal que para HOBBS é uma concatenação dos movimentos é, para ESPINOSA uma concatenação de razões, isto é, de verdades que constituem uma cadeia ininterrupta. Cf. ABBAGNANO, p. 118-119.

¹⁹⁴ ESPINOSA, Baruch de. *Ética*. Trad. Marilena de Souza Chauí Berlinck. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p.113.

¹⁹⁵ Segundo CHAUÍ, "contingente" aqui deve ser entendido como o que pode existir ou deixar de existir sob qualquer ponto de vista. *Ibidem*, *idem*.

V.5. A CAUSA NAS FILOSOFIAS DAS IDADES MODERNA E CONTEMPORÂNEA

DESCARTES (1596-1650), definindo seu método como analítico, disse que por intermédio dele via como os efeitos dependiam das causas, o que seria o mesmo dizer que a causa é o que permite deduzir o efeito.¹⁹⁶ Portanto, nesse sentido, a causa é aquilo que faz a verdade de uma proposição, a premissa da qual se pode deduzi-la ou o fato de onde resultará logicamente outro fato, conforme ensina LALANDE.¹⁹⁷

A visão aristotélica da causa não se perdeu no tempo, ao contrário, serviu para embasar os conceitos das filosofias modernas e contemporâneas.

Segundo o pensar de LEIBNIZ (1646-1716), a natureza de uma "substância individual" basta para compreender e para fazer deduzir dela todos os predicados do sujeito ao qual é atribuída, ou seja, ele considera tal natureza como a razão ou a causa das características e da própria substância individual, as quais podem ser conhecidas *a priori*, ou seja, deduzidas daquela.¹⁹⁸ Tais são as informações de ABBAGNANO.¹⁹⁹

Já a identificação da causa como a atividade criativa do Eu infinito - que se explica e se realiza segundo uma necessidade racional - foi elaborada por FICHTE (1762-1814).

¹⁹⁶ Apud ABBAGNANO, p. 118.

¹⁹⁷ LALANDE, p. 143.

¹⁹⁸ Tal, nada mais é do que a "causa primeira" de ARISTÓTELES, a qual constitui o princípio da dedução de todos os seus efeitos possíveis.

¹⁹⁹ ABBAGNANO, p. 119.

HEGEL (1770-1831) considerou a causalidade como a própria substância "enquanto se reflete em si", isto é, internamente articulada na sua necessidade. A causa, assim vista, deve perder-se no seu contrário, no efeito; a atividade da substância causal perde-se no seu operar e, aquela, é a própria razão, isto é, a realidade na sua essência desenvolvida.

Nos séculos XVII e XVIII foi discutida intensamente a noção da natureza da causa no sentido de que as realidades são, propriamente, causas.²⁰⁰ Segundo KANT (1724-1804), a ciência natural (a física) não seria possível, a não ser pela suposição que os fenômenos só acontecem de acordo com a estrita relação de causa e efeito.

Diz ele perceber que "os fenômenos se sucedem, isto é, que num tempo há um estado de coisas contrário ao objeto que havia no estado precedente", do que conclui que "todas as mudanças acontecem segundo a lei da conexão de causa e efeito".²⁰¹

A causalidade não se encontra ou não pode encontrar-se na mesma realidade, mas também não está só na mente (subjetivamente). Para KANT, causa é o nome de um dos conceitos puros de entendimento ou categorias,²⁰² conceitos esses que

²⁰⁰ MORA, p. 465.

²⁰¹ KANT, Immanuel. **Critica da razão pura**. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p.128.

²⁰² Para KANT, categoria não é gênero de coisa, não é conceito geral, nem forma lógica. Não descreve a realidade, mas torna possível o aperceber-se dela. Assim, a categoria da causalidade não descreve nenhuma relação que possa haver entre as coisas, tal como estas são em si mesmas, mas permite ligar certos fenômenos a outros de modo tal que se possam formular leis universais e necessárias.

As categorias correspondem a formas lógicas de juízo, mas

se referem, **a priori**, a objetos da intuição em geral.²⁰³

A segunda forma que a noção de culpa assumiu na história da filosofia foi a de estar inserida dentro de uma previsibilidade certa.

Tal conceito levou a discussões e críticas.

Em HUME (1711-1776), vai-se perceber que o ponto fundamental de seu pensamento acerca do tema assenta-se na indedutibilidade do efeito, a partir da causa. Para ele, seria vão pretender predizer qualquer acontecimento individual, ou inferir alguma causa ou efeito sem o auxílio da observação e da experiência. Só a observação aliada à experiência da repetição tornariam possível a previsão.

"C'est seulement la causalité qui produit une connexion telle qu'elle puisse nous assurer l'existence ou l'action d'une objet qui fut suivie ou précédée par une autre existence ou une autre action".²⁰⁴

O critério utilizado por HUME para demonstrar a insuficiência da teoria clássica da causa é, pois, o da previsibilidade e, como tal, manteve-se na filosofia contemporânea, ou seja, a relação causal deve tornar previsível o efeito; entretanto, nenhuma dedução, **a priori**, pode tornar dedutível um efeito qualquer.

Para HUME, a repetição empiricamente observável de uma não são essas formas. Cf. MORA, p. 456.

²⁰³ KANT, p. 72.

²⁰⁴ HUME, David. *Traité de la nature humaine*. Trad. do inglês André Leroy. Paris: Ed. Aubier Montaigne, 1983, p. 146. "É somente a causalidade que produz uma conexão tal, capaz de nos assegurar a existência ou a ação de um sujeito ou objeto que foi seguido ou precedido por uma outra existência ou por uma outra ação". Trad. pela autora.

conexão entre dois eventos seria o único fundamento para afirmar uma relação causal. O modo como tal ocorreria é hoje o problema de base de todas as noções de causa, sejam elas de condicionamento, de indução ou de probabilidade.²⁰⁵

Depois de KANT proliferaram as doutrinas sobre a causalidade. SCHELLING (1775-1854) equiparou a noção de causa à de fundamento absoluto.²⁰⁶ SCHOPENHAUER (1788-1860) enunciou o que denominou de "princípio da razão suficiente do devir" afirmando que quando se produz um novo estado de um ou de vários objetos reais, é necessário que ele tenha sido precedido por um ou outro estado do qual regularmente resulta.²⁰⁷

De acordo com SCHOPENHAUER, "la causalidad en su completa generalidad se presenta bajo cuatro aspectos, como el fundamento o razón suficiente en todas las esferas del ser: en el ámbito del devenir, del conocer, del ser y del obrar".²⁰⁸

Esses quatro aspectos referir-se-iam, respectivamente, aos acontecimentos da natureza, à concatenação lógica dos juízos, ao reino dos entes matemáticos e, por último, à motivação dos atos voluntários do homem. São essas quatro faces da causalidade que constituem o que SCHOPENHAUER chama de "a quádrupla raiz do princípio da razão suficiente", segundo ele uma categoria universal, reguladora absoluta de todo o

²⁰⁵ Cf. ABBAGNANO, p. 121.

²⁰⁶ Cf. MORA, p. 467.

²⁰⁷ Cf. LALANDE, p. 148.

²⁰⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre la cuádruple raiz del principio de razón suficiente*. Trad. do alemão Vicente Romano Garcia. Buenos Aires: Aguilar Ediciones, 1967, p. 16.

conhecimento e garantia da essência fenomênica do universo.²⁰⁹

V.6. O EFEITO DO TEMPO

A noção clássica da causalidade, como não poderia deixar de ser, sofreu a ação do tempo. Assim, os progressos do cálculo das probabilidades, algumas teorias físicas (especialmente a da cinética dos gases) e a mecânica quântica acabaram por dar um lugar cada vez maior à noção de probabilidade, dando condições a que esta última apresentasse fortes tendências a substituir a noção de causa, tal qual a viam - e a julgavam indispensável - os cientistas e metodologistas do século passado.²¹⁰

A doutrina de Nicolau HARTMANN (1882-1950) parece ter sido a última manifestação filosófica da teoria clássica da causa que - embora já considerando a realidade dividida em planos estratificados e obedecendo cada um seu próprio determinismo -, modelou tal determinismo sobre a causa necessária, como negação de toda a possibilidade ou liberdade, conforma explica Nicola ABBAGNANO.²¹¹

O século XIX trouxe o reconhecimento do caráter antropomórfico do conceito de causa. Um de seus expoentes máximos, Friedrich NIETZCHE (1844-1900), opinou ser aquela nada mais que a transcrição simbólica da vontade de potência, isto

²⁰⁹ SCHOPENHAUER, p. 17.

²¹⁰ Cf. ABBAGNANO, p. 120.

²¹¹ *Ibidem, idem.*

é, do sentimento interno de força. Para ele, a condição que acompanha um evento - e que já é um efeito desse evento - é projetada como "razão suficiente" daquele.²¹²

No século atual pretendeu-se liberar um pouco a noção de causa de seus referenciais antropomórficos, tentativa esta já demonstrada, no passado, por Auguste COMTE (1798-1857). Na sua linha de pensamento ele via a causa como uma relação invariável de sucessão e de semelhança entre os fatos.

Tal noção, segundo ele, bastava para tornar possível a tarefa essencial da ciência que é a de prever os fenômenos com vistas a poder utilizá-los. Uma vez conhecida a relação constante e daí formulada em lei, tornaria possível prever um fenômeno. E, seria a própria previsão que possibilitaria agir sobre ele.²¹³

Dentro da indagação moderna esse conceito de previsão passou a aparecer como critério de solidez e de eficácia e daí, também, de alcance do próprio princípio de causalidade. Desde então a noção de causa e de previsão estiveram e permaneceram estreitamente unidas.

O tempo, entretanto, demonstrou que COMTE errou quando não colocou em dúvida o caráter de necessidade da causa e, conseqüentemente, o rigoroso determinismo que tal postura comportaria no mundo dos fenômenos naturais. A ciência

²¹² Em realidade, para NIETZCHE, toda a concepção mecânica do mundo não era senão uma linguagem simbólica para exprimir a luta e a vitória de certas quantidades de vontade. Como tal é o ensinamento de ABBAGNANO, p. 121.

²¹³ Cf. ABBAGNANO, p. 121.

contemporânea não tardou em pôr tal dúvida em evidência.²¹⁴

Em 1932, Jaros von NEUMANN (1903-1957), resumia a questão afirmando que em física macroscópica não havia nenhuma experiência que provasse o princípio da causa, pela simples razão que a ordem causal aparente de tal mundo não tinha outra origem fora da lei dos grandes números e, isto, de modo independente do fato que os processos elementares (que são os verdadeiros processos físicos) sigam ou não as leis da causa. Entende ele que só nos processos elementares que a causa pode ser realmente objeto de discussão.²¹⁵

Alguns anos mais tarde, Hans REICHENBACH (1891-1957), na sua Teoria da Probabilidade (1949) viria a afirmar que o desenvolvimento histórico da física levava ao resultado de que o conceito de probabilidade é fundamental em todas as asserções sobre a realidade e impossível se tornava qualquer tipo de afirmação acerca daquela, cuja validade pudesse ser afirmada com algo diferente da probabilidade.²¹⁶

Assim, o "conhecimento das causas", bandeira e base do

²¹⁴ Para corroborar tal assertiva, ABBAGNANO explica que "foi com o desenvolvimento da física sub-atômica e com a descoberta do **princípio da indeterminação**, em 1927, que o princípio clássico da causa sofreu o golpe decisivo.

A impossibilidade, estabelecida por aquele princípio, de medir com precisão uma grandeza sem detrimento da precisão na medida de uma outra grandeza coligada, torna impossível predizer com certeza o comportamento de uma partícula sub-atômica e autoriza somente previsões prováveis - fundadas em verificações estatísticas -, do comportamento de tais partículas. Em consequência disto, a física tende hoje a considerar as próprias relações de previsibilidade no campo dos objetos macroscópicos - que deram origem ao princípio da causa - como casos particulares de previsões prováveis". p. 122.

²¹⁵ ABBAGNANO, p. 122.

²¹⁶ *Ibidem*, *idem*, p. 122.

conceito de saber e da ciência, entrou em crise, abalando o princípio clássico e o moderno da causa. Como decorrência, vai-se formando, na época contemporânea, uma nova terminologia onde os termos *condição e condicionamento* vão tomando, pouco a pouco, o lugar do venerando conceito de causa.²¹⁷

V.7. O EFEITO PRESENTE NA CAUSA

O axioma acima referido aponta o princípio de união entre causa e efeito. Tal união implica não somente que o efeito pré-existe virtualmente na causa, mas, também, que pré-existe de uma maneira mais perfeita do que em si mesmo, ou seja, enquanto realizado em ato, conforme pensamento de Régis JOULIVET.²¹⁸ Segundo ele, a asserção de que o efeito pré-existe na causa é evidente e se demonstra pelo absurdo, pois se a causa não possuísse virtualmente toda a perfeição do efeito, este viria do nada o que equivaleria dizer que o ser procederia do não ser.

²¹⁷ No **Dicionário de Filosofia**, do autor citado, encontra-se, no verbete **condição**, a seguinte definição: "Em geral, o que torna possível a previsão 'provável' de um evento. A noção formou-se na Idade Moderna, primeiro através da tentativa de livrar a noção de causa das suas implicações antropomórficas, depois, pela exigência de livrá-la de seu caráter de necessitante. Claude BERNARD, que ainda acreditava em tal caráter, dizia: 'A obscura noção de causa deve ser confinada à origem das coisas: não tem sentido senão quando se fala da causa primeira ou da causa final. Na ciência, deve ceder lugar à noção de relação ou de condição'." ABBAGNANO, p. 158.

²¹⁸ JOULIVET, p. 302.

V.8. A AÇÃO ESTÁ NO PACIENTE

A ação aqui é entendida por JOULIVET no sentido de efeito produzido e, como tal, ela está na causa apenas como em seu princípio, pois, seu fim está no paciente, que recebe a modificação, enquanto o agente nada sofre.

Causar é, então, produzir uma nova forma de ser e a ação revela, apenas, uma ordem de origem, segundo a qual uma coisa procede de outra.²¹⁹

Analisando a afirmativa *actio est in passo*²²⁰, JOULIVET entende que não se deve conceber a ação como uma realidade intermediária entre a causa e o efeito, pois a ação só pode ter realidade no paciente, isto é "constitui com a paixão uma só realidade".²²¹

Ocorre, porém, que se ação e paixão designam uma só realidade, não deixam de se opor, formalmente, uma a outra, "pois a primeira significa uma relação com o paciente, enquanto a segunda, com o agente".

Para exemplificar tal assertiva, JOULIVET serve-se de um demonstrativo de ARISTÓTELES (III, *Phys.*, c.3), ou seja, o caminho de Atenas a Tebas é materialmente o mesmo que de Tebas a Atenas, mas ir de Atenas a Tebas não é o mesmo que ir de Tebas a Atenas.²²²

²¹⁹ *Ibidem, idem*, p. 302.

²²⁰ "A ação está na paixão". Trad. pela autora.

²²¹ *Ibidem, idem*, p. 302.

²²² JOULIVET, p. 302.

V.9. CONCEITO DE CAUSA - INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

O conceito de causa jurídica tem também uma longa história e suas raízes, como não poderia deixar de ser, assentam-se no pensamento clássico grego, mais especificamente em ARISTÓTELES.

O problema da causa está presente em qualquer tipo de relação jurídica, seja ela originária de uma forma legislativa ou de uma declaração de vontade, por isso, no entender de Silvio de MACEDO,²²³ pretender eliminar a causa do ato jurídico seria o mesmo que esvaziar o direito, sacrificando o essencial em função do accidental. Entretanto, autores há que pensam diferentemente como demonstrar-se-á a posteriori.

Dentre as quatro causas mencionadas por ARISTÓTELES, (material, formal, eficiente e final), já analisadas páginas atrás, estão em uso as duas últimas modalidades, sendo que é a causa final a que mais se adapta ao perfil de causa jurídica, já que esta deve apresentar as características de ser objetiva, final, axiológica, normativa e típica, de acordo com o ensinamento de MACEDO.²²⁴

É a causa final, típica, um dos elementos intrínsecos dos negócios jurídicos, sendo um componente autônomo, de significado teórico, mas de importância prática. Por isso MACEDO entende que ela, a causa, não poderia jamais ser um esquema abstrato, vez que se "insere nos suportes fáticos e

²²³ MACEDO, Silvio de. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 24, v. 14. Verbete "causa".

²²⁴ *Ibidem, idem*, p. 24.

desempenha uma função econômico-social, além da função normal".²²⁵

V. 10. CAUSA: IMPORTÂNCIA E COMPLEXIDADE

O estudo da causa tem se mostrado de extrema relevância, como aliás já ficou sobejamente demonstrado no presente trabalho. Se inúmeros filósofos se curvaram ao estudo do tema, não menor número de juristas tentaram entender e explicar os meandros do assunto.

Com base no pensamento de IHERING, Miguel Maria de Serpa LOPES²²⁶ entende que uma razão suficiente ou uma causa são elementos necessários à atuação da vontade, e isso, por tratar-se de uma lei natural, já que na natureza a causa das coisas inanimadas é mecânica (exemplo: há um *porquê* para a pedra que cai). Entretanto, no ser humano, o fim advém de uma manifestação de vontade criadora da obrigação; é a resposta à pergunta *para quê?*

Tamanha é a complexidade apresentada pelo estudo da causa dos atos jurídicos, que o mesmo tende a transpor as fronteiras do próprio direito para invadir o plano filosófico, razão pela qual, nesse trabalho optou-se por uma análise prévia daquela dentro do enfoque filosófico.

Em nenhum setor de investigação há tanto desencontro entre os jurisperitos, segundo MACEDO e, na tentativa de

²²⁵ MACEDO, In *Enciclopédia...*, p. 32.

²²⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2. ed. 1957, p. 476. v. 1.

explicá-la, as matizes doutrinárias vão desde a negação formal da causa como tema jurídico, até os mais preciosos e sutis conceitos.

Cita ainda, o referido autor, a comparação entre a causa jurídica e os órgãos do corpo humano, os quais não revelam a sua presença, a não ser quando estão doentes. De igual maneira a causa só seria levada em conta pelo direito quando ausente ou viciada.²²⁷

Entretanto, aparente ou não, a causa tem o seu lugar certo como sendo de suma importância, e códigos há que a incluem expressamente como condição essencial ou elemento dos contratos. Tal é o caso do Código de Napoleão que, no seu artigo 1.104, enumera as quatro condições consideradas como essenciais: consentimento da parte que se obriga; capacidade de contratar; objeto certo e, por último, uma causa lícita na obrigação.²²⁸

V.11. ANTICAUSALISTAS E CAUSALISTAS

Clóvis BEVILÁQUA entendeu que no Código francês o requisito *causa* havia penetrado por um lapso e, por isso, achou por bem não inseri-lo entre os demais elementos do artigo 84 de seu Projeto do Código Civil brasileiro. Assim, a despeito dos

²²⁷ MACEDO, In *Enciclopédia...*, p. 35.

²²⁸ Dentro desse mesmo critério: Código argentino, artigo 499; belga, artigo 1.108; chileno, artigo 1.145; cubano, artigo 1.261; italiano, artigo 1.325; uruguaio, artigo 1.287 e venezuelano, artigo 1.1412. Cf. CHAVES, Antonio. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. FRANÇA, Limongi (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1978, p. 37. v. 14., verbete "causa".

antecedentes latinos, acabaram por constar - como quesitos essenciais dos contratos - a capacidade do agente, o objeto lícito e a forma prescrita ou não proibida por lei, critério que foi mantido no artigo 102 do Projeto de 1975.

Nos dias que correm as opiniões estão profundamente divididas, tanto entre os autores nacionais, como entre os estrangeiros. A posição dos anticausalistas, cujas idéias centrais são explicadas por Serpa LOPES,²²⁹ assentam-se nas seguintes afirmações:

- a) impossibilidade para os causalistas de estabelecerem de maneira nítida o que é *causa* e o que é *motivo*;
- b) impossibilidade lógica, nos contratos sinalagmáticos, de uma obrigação ser causa da outra, o que suscitaria um círculo vicioso;
- c) o mesmo em relação aos contratos reais, pois a não-entrega da coisa torna o contrato inexistente, visto que ele se forma em razão da entrega da coisa;
- d) nos contratos a título gratuito, representa uma pura tautologia assentar sua causa na *intenção liberal*, pois seria o mesmo que afirmar ser a liberalidade a causa de uma liberalidade.

Para os causalistas, razões várias lhes sobram para embasar sua opinião, entre aqueles: Michele CARBONI, porque pensa ser a causa um elemento necessário nos contratos, de tal maneira que sendo uma entidade verdadeira, ainda que abstrata,

²²⁹ Apud CHAVES, In *Enciclopédia...*, p. 37.

poder-se-ia suprimir-lhe o nome, que ela ainda se manteria de igual modo.²³⁰

Para REGELSDERGER, não há ato jurídico sem causa, já que ele em si não é um fim, mas é concluído tendo como meta um fim determinado e é este que se designa sob o nome de causa.²³¹

Antes de definir causa, Cunha GONÇALVES²³² posiciona-se como causalista ao aceitar que nenhum homem consciente contrai uma obrigação sem visar um fim, bem como afirma que o consentimento não se apresenta sob uma forma abstrata, independentemente dos motivos determinados pela inteligência e pela vontade, pois toda a obrigação tem um *porquê*, uma razão de ser, e, é a esse *porquê*, que se dá o nome de *causa*.

Então, define ele a causa de um contrato como sendo o motivo ou o fim que leva o contraente a dar o seu consentimento; é o fato ou a circunstância *sine qua non*, ou seja, sem o qual o contraente não teria celebrado o contrato.²³³

V.12. CONCEITO DE CAUSA

Ao escrever sobre causa, Antonio CHAVES²³⁴ concluiu que não foram muitos os autores que, apesar de estudarem-na, se

²³⁰ Cf. CHAVES. In *Enciclopédia...*, p. 38.

²³¹ *Ibidem*, *idem*, p. 138.

²³² GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Max Limonad, 1958. p. 406, v. 4. t. 1.

²³³ GONÇALVES, p. 461.

²³⁴ CHAVES, In *Enciclopédia...*, p. 39 e ss.

aventuraram a dar uma definição da mesma. Reproduziu, então, algumas delas, a saber, a de Edmond GOBLOT: "causa, em geral, é o que produz um ser ou um fenômeno, aquilo sem o qual não seria, aquilo que é a sua condição necessária".

Para ENNECERUS, "é a intenção dirigida à consecução jurídica mediata de um negócio de enriquecimento (causa em sentido subjetivo)". Paulo Barbosa de CAMPOS FILHO entende que é "o interesse material ou moral, a cuja realização tende o agente e que, se conforme à ordem jurídica, legitima o resultado procurado".

Encerrando sua reprodução de conceitos, CHAVES aponta que, por adotar uma concepção objetiva, Cariota FERRARA define a causa como "a função prático-social do negócio, reconhecida de modo geral e preventivo pelo direito", esclarecendo ele que o direito entende a função objetiva daquele e, como tal, o sanciona e o reconhece. Faz ver, então, que a causa é um elemento do negócio, não da obrigação, porque esta brota daquele.

René SAVATIER²³⁵ pondera que "la causalité de tout événement est infiniment complexe. Plusieurs activités et plusieurs abstentions y sont immédiatement concouru. Chacun de ces faits était lui-même du à plusieurs autres et ainsi de suite. À mesure qu'on remonte dans le passé, croît donc, en progression géométrique, le nombre des causes de tout dommages".²³⁶

²³⁵ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, professionnel, procédural*. Paris: Pichon et Durand-Auzias, 1939. p. 3. v.2.

²³⁶ "A causalidade de todos os acontecimentos é infinitamente complexa. Várias ações e várias omissões concorrem ao mesmo tempo para isso. Cada um desses fatos é, ele mesmo, devido a inúmeros outros, e assim sucessivamente. À medida que se volta no tempo, cresce, em progressão geométrica, o número de causas de um dano". Trad. pela autora.

Em de Plácido e SILVA²³⁷ encontra-se uma definição de causa jurídica, como sendo "a razão de ser do ato a ser praticado ou do fato que se evidencia, mostrando-se, ainda, como o 'fim' que se tem em vista, na prática do ato ou na elaboração do contrato".

Em resumo, pode-se dizer que causa é o motivo, a razão, o princípio, o fundamento, ou ainda, tudo aquilo que possa motivar ou vir a fazer com que algo exista ou deixe de existir, ou que tal fato ocorra ou deixe de ocorrer.

V.12.1. Causa e motivo

Causa é a razão determinante da vontade e, no que tange aos negócios de conteúdo patrimonial, é o fundamento objetivo que justifica a atribuição patrimonial, sendo condição essencial para existência do negócio jurídico, sem a qual a vontade não seria, por si só, capaz de produzir o efeito pretendido.²³⁸

O motivo, por sua vez, diz respeito às causas impulsivas, individuais, subjetivas sendo a razão ocasional e accidental do negócio; embora não falte neste, não teria para o direito importância. FERRARA os identifica como aqueles elementos psíquicos que em cada caso concreto determinam a vontade do

²³⁷ SILVA, de Plácido e. **Dicionário Jurídico**. Ed. Universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 409. v. 1-2, verbete "causa".

²³⁸ A física quântica veio alterar em muito a noção de causa, conforme visto no capítulo V.6. Observa-se que na área jurídica, no direito alemão, há a abstração da causa nos negócios jurídicos patrimoniais, v. g. transferência de imóveis, sem que com isso tais negócios sejam considerados inexistentes.

declarante ou das partes.²³⁹

V.12.2. Causa e condição

No plano filosófico, conforme já visto, é amplo o debate no sentido de diferenciar ambas as figuras.

A causa teria sentido positivo, sendo aquilo que faz com que algo seja ou se realize, enquanto que a condição apresentaria um sentido negativo, ou seja, sendo aquilo sem o que uma coisa não seria ou não se realizaria.

No entender de outra corrente, entre causa e condição não existiria uma diferença essencial, sendo a causa um conjunto de condições. Quando o legislador brasileiro optou pela teoria da equivalência dos antecedentes, também conhecida como da **conditio sine qua non**, estava se posicionando dentro dessa corrente, ou seja, tudo quanto contribui **in concreto** para o resultado é causa.²⁴⁰

V.12.3. Causa e razão

Parece não haver uma distinção sensível que seja digna de nota entre os termos supracitados.

No entender de DESCARTES, ESPINOSA e LEIBINIZ causa e

²³⁹ CHAVES, entretanto, aponta casos nos quais o motivo teria, excepcionalmente, relevo, a saber: na doações, em relação ao mérito do donatário e nas liberalidades, onde a observância do uso é motivo que apresenta valor jurídico, no sentido de distingui-las do contrato de doação e de outras liberalidades. In **Enciclopédia...** p. 41-2. v. 14.

²⁴⁰ In **verbis**: "O projeto adotou a teoria chamada da equivalência dos antecedentes ou da **conditio sine qua non**. Não distingue entre causa e condição: tudo quanto contribui, **in concreto**, para o resultado, é **causa**." **Código penal**. Exposição de motivos, artigo 11.

razão se identificam, ou seja, razão e causa inteligível têm uma mesma identidade.²⁴¹

V.12.4. A causa na física moderna

Pode-se definir a causa como o ponto inicial de uma dedução em que o fenômeno será o ponto final, conforme pensamento de MEYERSON.²⁴² Assim, aduz ele, o conceito causa é dúplice, já que pertence ao mundo da razão e, em parte, ao mundo da vontade.

No pensar do físico alemão Max PLANCK, o princípio de causalidade está ligado às grandes conquistas da alma humana, já que dele estavam imbuídas as mentes de gênios, tais como ARISTÓTELES, KANT, LEONARDO, GOETHE, BEETHOVEN, DANTE ou SHAKESPEARE, no momento de seus mais elevados vôos ou de suas mais profundas e internas meditações. De alguma maneira estiveram todos eles submetidos ao *fiat causal*.²⁴³

V.13. NATUREZA DAS CAUSAS

Para que sua passagem pelo mundo jurídico seja de alguma maneira sentida, as causas devem portar consigo algum tipo de alteração que gere direitos e obrigações.

Dando origem a fatos jurídicos, as causas são ditas *eficientes*, e se prendem à lei da causalidade.

²⁴¹ Cf. MACEDO, In *Enciclopédia...*, p. 57.

²⁴² *Ibidem, idem*, p. 57.

²⁴³ Cf. MACEDO. In *Enciclopédia...* p. 58.

As que inspiram o querer, a conduta e o imperativo da norma, tendo como consequência a repercussão no comportamento humano, são ditas *causas finais*.

Os desígnios da natureza, por transcenderem ao plano humano, são reconhecidos como um fim em si mesmos, por outro lado, como o objetivo provoca a ação, destarte, no entender de ARISTÓTELES, o próprio fim se confundiria com a causa do agir.²⁴⁴

V.14. INEXISTÊNCIA DE CAUSA

Num negócio concreto realizado, indica CHAVES,²⁴⁵ existe sempre uma finalidade, há um motivo, mas a causa pode faltar.

Entende ele que tal pode ocorrer quando ela inexistente em absoluto, seja por não ser idônea, seja por se tratar de causa *falsa*, ou ainda, por se apresentar viciada.

Do primeiro caso dá exemplos tais como uma compra e venda cujo preço seja irrisório, ou quando a coisa já seja de propriedade do comprador; ou, ainda, uma transferência de coisa determinada a que não corresponda uma contraprestação, mas tratando-se, tão somente, de uma obrigação de retrotransferir ou de transferir posteriormente. Inexistiria causa idônea, igualmente, quando se perseguisse um interesse que não fosse digno de proteção.

Do segundo tipo, ou seja, causa falsa, aponta a

²⁴⁴ Cf. MACEDO, In *Enciclopédia...*, p. 62.

²⁴⁵ CHAVES, In *Enciclopédia...*, p. 43.

simulação²⁴⁸ da causa do negócio pelas partes.

Quanto ao terceiro, informa que a causa, além de faltar, pode ser viciada quanto à função; o vício, que consistiria na turbação, pode ser coetâneo ao negócio, ou seja, já existe desde o momento da realização daquele, mas está a operar de modo anormal devido à intervenção de situações outras que a desviam de sua normalidade.

V.15. CAUSAS ABSOLUTAMENTE INDEPENDENTE, ACESSÓRIA, CONCOMITANTE, EFICIENTE E FINAL

Alguns tipos de causa, *verbi gratia* os acima referidos, dizem respeito mais de perto à análise da responsabilidade civil do médico, merecendo, pois, que lhes faça menção.

A causa absolutamente independente, como o nome já o sugere, não tem qualquer relação com a vontade e com o agir do agente, vez que se desenvolve por conta própria e determina por si mesma o resultado final.

Em contrapartida, a causa acessória é a que não domina a feitura do ato, do fato ou do contrato, já que não é a principal. Ela existe apenas em razão desta ou da essencial.

A causa concomitante acompanha ou se manifesta simultaneamente à outra, concorrendo com ela.

De importância maior é a causa eficiente ou causa-mãe, ou, ainda, causa geradora da coisa. É de onde esta provém. E, por último, a causa final, em função de quê, e para o qual, a

²⁴⁸ A simulação está relacionada com a declaração enganosa da vontade, com o objetivo de produzir efeito diferente daquele que nela é indicado; vem regradada pelos artigos 102 a 105 do Código Civil.

coisa se produz.²⁴⁷

V.16. TEORIAS DA CAUSA

Pelo exemplo dado na nota de roda-pé nº 174, no início desse capítulo, deduz-se, de imediato, quão relevante é o tema da causa e quanta dificuldade pode trazer a tentativa de solucioná-lo a contento.

Na busca do equacionamento e da solução para a problemática da causalidade jurídica surgiram inúmeras teorias de autores vários, sendo que nesse mister o país que mais se destacou foi a Alemanha.

Dentre a pluralidade de teoria criadas tomaram corpo especialmente duas, a da *equivalência das causas* que foi rebatida pela da *causalidade adequada*, e, como sói acontecer, uma acabou sendo criticada como muito ampla e a outra como muito restrita, o que deu condições ao nascimento de uma terceira - a dos *danos diretos e imediatos*, que teria por escopo trazer o equilíbrio não atingido por suas antecessoras.

V.16.1. Teoria da equivalência das condições: uma teoria objetiva.

Tal teoria ficou conhecida também pelo nome de teoria da *conditio sine qua non* e deveu-se, na sua origem, ao penalista alemão Von BURI, que teria se inspirado nos ensinamentos do filósofo Stuart MILL.²⁴⁸

²⁴⁷ CHAVES, In *Enciclopédia...*, p. 44-5-6, 55. v. 14.

²⁴⁸ Cf. SILVA, W.M., p. 115.

Propõe a referida teoria que, na hipótese de dano resultante de causas múltiplas, sucessivas, poderiam aparecer como a verdadeira causa do dano, tanto todas elas em conjunto e ao mesmo tempo, como cada uma delas isoladamente.

O conteúdo de tal teoria foi tido como paradoxal estando sua parte crítica e vulnerável na expressão "ao mesmo tempo". Von LISZT reformulou-a, expurgando o que nela existia de inaceitável, sustentando, então, que as concausas é que se tornam todas igualmente necessárias para a produção de um determinado resultado e, mais, que uma relação de causalidade só pode verdadeiramente existir entre uma concausa e sua consequência quando for dado afirmar-se que tal consequência não teria tido lugar sem aquela causa, ou quando esta não pudesse ser eliminada sem prejuízo daquela.²⁴⁹

Para Von LISZT, igualmente, diferenciações já não mais se fariam entre causa e condição, portanto, passariam a assumir, de igual maneira, as funções de concausas.²⁵⁰

Não obstante a tentativa de reformulação, a teoria foi vista como uma possível geradora de injustiças por ser ampla demais no tocante a seus efeitos.

Se nenhuma restrição é feita ao estabelecimento de causa e efeito entre condições necessariamente dependentes umas das outras - mesmo que lógicas -, vai-se chegar, sem dúvida a resultados aberrantes, tais como, considerar o nascimento de um indivíduo (como o do exemplo citado atrás) a causa do acidente que o vitimou; ou ainda, que o fabricante de uma arma é co-

²⁴⁹ *Ibidem, idem*, p. 115.

²⁵⁰ *Ibidem, idem*, p. 115.

responsável pelo homicídio com ela perpetrado.

Entende Wilson Melo da SILVA que tal doutrina poderia ser justificável sob o ponto de vista filosófico, mas não o seria sob a óptica jurídica, já que - por inevitáveis transbordamentos -, acabaria por favorecer injustiças. Assim, depois de influenciar estatutos penais de alguns países, como a Noruega e a Itália, e ser considerada e acolhida como doutrina dominante, acabou por entrar em franco declínio.

A despeito da queda de seu conceito entre os penalistas de seu país de origem, tal fato não impediu que ultrapassasse fronteiras, obtendo entre notáveis civilistas uma boa receptividade.²⁵¹

V.16.2. Teoria da causalidade adequada - uma teoria subjetiva

Como reação à doutrina anteriormente citada, começou a ganhar corpo, na própria Alemanha, o que se convencionou chamar teoria da causalidade adequada, também conhecida como subjetiva, já que vinha em oposição à anterior, tida como objetiva.

De acordo com informação dada por SILVA,²⁵² a origem primeira de tal teoria foi devida a Von BAR, sendo melhor desenvolvida pelo filósofo Von KRIES, alguns anos mais tarde. Para este filósofo, quanto maior a probabilidade com que

²⁵¹ Segundo SILVA, W.M., citam-se entre aqueles: GOUVEIA, em Portugal; MAZEAUD e MAZEAUD, LALOU, DEMOGUE, MARTEAU, PLANIOL-RIPERT, em França e Henri de PAGE, na Bélgica, entre outros. p. 117.

²⁵² SILVA, W.M., p. 119.

determinada causa se presente, de geradora de um dano, tanto mais adequada pode ser ela considerada com relação àquele mesmo dano. Portanto, parte ele de considerações **in abstrato**, diferentemente da anterior teoria que analisava o núcleo do problema a partir de considerações **in concreto**.

Concludentemente, em primeiro lugar teriam de ser consideradas as condições que diriam respeito a um prejuízo dado. Quais delas, segundo o sentir do agente, poderiam ser tidas como aptas a gerar o dano? Esta pergunta inicial é individual e subjetiva.

Em segundo lugar indagar-se-ia se as causas apontadas pelo agente, em resposta à primeira questão, poderiam igualmente ser consideradas aptas a gerar o dano, segundo as leis naturais que regem a produção dos fenômenos. Aqui a pergunta já atinge o mundo da ciência e do saber objetivo.

A decorrência primeira desse tipo de análise é que a resultante da adequação ou não de determinada causa para a produção de determinado efeito, ficaria sempre subordinada à existência de condições e circunstâncias conhecidas apenas pelo agente do dano no momento em que se originou o fato do qual aquele resultou.²⁵³

²⁵³ O seguinte exemplo elucida com clareza o conteúdo de tal teoria: "A" dá ligeira pancada na cabeça de "B"; pancada essa insuficiente para ocasionar sua morte. Ocorre que "B", por uma deficiência orgânica tem uma formação óssea anômala de seu parietal, o que lhe confere uma maior fragilidade nessa área. Por causa de tal anormalidade, "B" vem a falecer em função da pancada.

Entende-se que, em casos normais e situações idênticas, tal ato não seria causa suficiente e necessária para tamanho resultado, o que, na teoria subjetiva, é o bastante para inocentar o autor pela morte da vítima. Pela teoria anterior, a objetiva, a pancada teria sido considerada a **conditio sine qua non** da morte de "B". Cf. SILVA, W.M., p. 119.

Como era de se esperar, a nova teoria de então veio suscitar inúmeras controvérsias e dúvidas sendo as mais pertinentes as que dizem respeito em como saber quais seriam, exatamente, as condições e circunstâncias que, no entender do autor do dano, poderiam ser consideradas como aquelas capazes de produzir o efeito. Apenas as que já conhecia por ocasião do evento como o preconizou Von KRIES? Ou todas as outras, já existentes à época do nefasto acontecimento, inclusive as que não eram do conhecimento do agente? Nesta última se insere o posicionamento de RUMELIN.²⁵⁴

Outra pergunta plausível seria indagar qual o tipo de homem que poderia ser utilizado como padrão para a aferição de tal conhecimento, ou seja, o que o agente poderia ou não saber, por ocasião da produção do dano.

Da dificuldade de responder convenientemente e com ponderação a questionamentos como esses, é que se deduz a complexidade que encerra o tema da causa.

V.16.3. Reflexões comparativas entre as duas teorias

A teoria da equivalência das condições (vista em primeiro lugar), se por um lado apresenta uma grande simplicidade de aplicação (por sua análise *in concreto*), uma maior probabilidade de reparação para a vítima e, como consequência, um mais intenso efeito preventivo na obstrução de danos, por outro, devido à sua abrangência, pode levar a exageros e aberrações.

Nessa perspectiva, ao tentar consertar as possibilidades

²⁵⁴ Cf. SILVA, W.M., p.120.

de transbordamento da teoria da *conditio sine qua non* - procurando estabelecer uma limitação à infinita série de antecedentes causais -, a teoria da causalidade adequada mostrou-se por demais filosófica, dificultando sua aplicação e favorecendo o aparecimento de múltiplas interpretações, sob a vestimenta de subdoutrinas.

A dissensão entre os próprios acolhedores de ambas as teorias só serviu para agravar o relevante problema da causalidade, vista na hipótese das causas múltiplas sucessivas ou das concausas.

V.16.4. O desejável meio-termo

Um mais razoável equacionamento para a questão da causa foi oferecido pela teoria da interrupção do nexu causal, de DUMOULIN e POTHIER,²⁵⁵ também conhecida como da relação causal imediata.

Segundo tal teoria, a interrupção do nexu causal ocorreria toda vez que, tendo um resultado como normal e certo na sequência dos acontecimentos, este resultado não se verificasse, em função do surgimento de uma outra circunstância.²⁵⁶ Essa circunstância outra, que passou a ser

²⁵⁵ Cf SILVA, W.M., p. 128.

²⁵⁶ Para melhor compreensão dessa teoria, SILVA, W.M., oferece, de PAULO, o seguinte exemplo: "se vêm a morrer de fome os escravos de um indivíduo porque o trigo que ele encomendara a um certo vendedor não chegou em tempo hábil, justo não é que se venha a culpar o vendedor pela morte dos escravos, já que tal se deu pela incúria de seu dono que não teve a necessária diligência para providenciar outra alimentação visto o atraso do trigo comprado."

A "causa estranha" estaria representada, pois, pela incúria do comprador. p. 129.

conhecida como *causa estranha* - e que seria responsável pela interrupção do nexu -, deu início à nova espiral de discussões em torno da exata extensão do que poderia ser tido como "causa estranha".²⁵⁷

Independente de tais desencontros, a teoria acabou por ser acolhida pelo Código de Napoleão, servindo também de paradigma para a maioria dos estatutos legais que tomaram aquele como base.

²⁵⁷ Para Adriano de CUPIS, causa estranha seria aquela que se ressentisse tão-somente da mácula da irregularidade. Para MOSCA, a causa estranha estaria em conexão com o ato ilícito de terceiros ou com o ato, irregular, do próprio devedor. Cf. SILVA, W.M., p. 129.

VI. BREVISSIMO QUESTIONAMENTO

Uma pausa se faz necessária, pois, à esta altura do trabalho é difícil esquivar-se de um questionamento, fruto da singela observação do que até aqui foi escrito, a saber: pelo histórico demonstrou-se as transformações pelas quais passou o instituto da responsabilidade civil, bem assim o da responsabilidade médica.

A visão clássica que se tinha da culpa, dentro do instituto, foi parcialmente demolida para ser reconstruída uma nova noção, com roupagens diversas e diferente feição. Passou ela, sob determinados aspectos, de elemento fundante, indispensável e integrante, a um componente descartável, já que pode haver uma responsabilidade sem culpa.

A causa, desde a quadripartite divisão de ARISTÓTELES até a física quântica do mundo contemporâneo, foi algumas vezes pulverizada e outras tantas remontada, sob formas as mais variadas.

E o direito? Nesse mundo hobbesiano de constante mutação e movimento, tem ele se moldado satisfatoriamente àquelas estupendas mudanças ocorridas, as quais se tentou demonstrar até o presente ponto deste trabalho?

Quando se faz referência a um substrato que é imutável no direito, está-se a referir ao elo de normatividade que deve emergir de seus *princípios*, os quais, desde os bancos escolares, aprendeu-se a respeitar como imutáveis. Entretanto, não será chegado o tempo de que até eles devam ser questionados na sua própria essência e que, ao invés de apenas uma parte

cambiante, o direito não deveria sê-lo todo, e com urgência?

Vive-se hoje um período de transição. O próprio trabalho aqui apresentado tem este cunho transitório, já que pretende demonstrar a insuficiência de duas figuras jurídicas para, num segundo passo, avançar na tentativa do preenchimento de tal lacuna.

Está-se a bater às portas do século XXI e, no entanto, a sociedade, como um todo, rege-se por normas codificadas acordes aos parâmetros dos séculos XVIII e XIX.

Nas palavras de FACHIN, numa reflexão sobre a distância entre o clássico direito privado e as relações fáticas da vida, encontra-se o seguinte: "Ocorre que o 'sentido privado', calcado no que a filosofia designa de personalismo, mantém larga presença nas mesmas estruturas, mais próximas do regime feudal que do ideal que povoa as tendências teóricas do final deste século".²⁵⁸

Pergunta-se, ainda: tão vetusto perfil caracteriza apenas a seara do direito civil ou diz respeito ao direito, como um todo? A resposta positiva impõe-se.

De certa forma, o individualismo do século XVIII foi deposto, contudo, resquícios seus, com vestes daquele sentido antigo, ainda estão em cena. No palco devem ficar apenas duas figuras: o homem global e a vida. E o direito deve estar a serviço desta, permeando-a, mas, dentro de uma atualidade real e condizente, não o espectro de uma figura fantasmagórica de um passado quimérico.

²⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. In **Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio**. Série. Curitiba: Juruá, 1994. p. 49. v. 172.

Mudar, é mudar a História, é fazê-la acontecer, mas, isto, só cabe ao homem; os fatos não são automáticos.

HEGEL assim se expressou: "Outras coisas acontecem nas grandes situações históricas. É precisamente onde se produzem as grandes colisões entre os deveres, as leis e os direitos existentes conhecidos e as possibilidades que se opõem a este sistema: lesam-no, minando-lhe o fundamento e a realidade, e oferecendo um conteúdo, que também pode ser bom, vantajoso no seu conjunto, essencial e necessário. Estas possibilidades tornam-se históricas e encerram em si o valor universal de outra natureza."²⁵⁹

O direito, como está posto, vem sofrendo impactos consideráveis, fruto das colisões entre si mesmo e as exigências da vida contemporânea, que tão rapidamente se modifica. Cabe aos estudiosos da área extrair do seu interior - com base nos referenciais dados pela História - esse outro valor, também universal, mas inserido nas respostas demandadas pelo hoje, com vistas ao amanhã.

²⁵⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. Filosofia da história. In **Textos didáticos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 48.

VII. O NEXO DE CAUSALIDADE

O nexu causal, consoante ensinamento de Elcir Castello BRANCO, "é a identidade que se estabelece entre as consequências e as suas causas determinantes. Por ele se ordenam as provas para inferir-se a existência da relação obrigacional. É o espelho das consequências."²⁶⁰

VII.1. NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA E O DANO

No pensamento de São TOMÁS de AQUINO, encontra-se que o fim é, com certeza, o último na ordem de execução dos atos, mas é o primeiro na intenção do agente, e neste sentido tem a condição de causa.²⁶¹

Há um liame entre o antecedente e o fim visado, ou seja, o nexu de causalidade entre o comportamento humano (ação em sentido amplo) e a modificação ocorrida no mundo exterior como resultante desse seu agir.

O nexu causal entre a conduta do agente e o dano ocorrido é um pressuposto necessário, do qual também depende, para ser caracterizada, a responsabilidade civil e, portanto, a obrigação de ressarcir, já que no direito entende-se não haver fato causal se este não acarretar algum tipo de consequência.

²⁶⁰ BRANCO, Elcir Castello. In *Enciclopédia...*, p. 206, v. 54. Verbete "nexu causal".

²⁶¹ São TOMÁS de AQUINO. *Suma teológica*, 1.2 q.1.a.1. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. p. 205. v. 54., verbete "nexu causal".

O nexu de causalidade é, de igual maneira, critério de imputação de resultados, ou seja, determina se estes podem ou não ser imputados a certa pessoa, já que ele funciona como um vínculo que une a causa imputável a um agente, seja por quebra de dever legal, seja por força de um fato com ele relacionado.

Nexo causal, pois, "é a relação de causa e efeito entre uma consequência e o evento que propicie a faculdade de exigir a reparação ou o cumprimento do dever inspirado na norma".²⁶²

A principal dificuldade para que se estabeleça uma relação causal é que um fato, no mais das vezes, não é produto de uma só causa claramente evidenciável, mas pode ser a resultante da concorrência de diversos e múltiplos fatores.

Foi devido a este tipo de dificuldade, e na busca de melhores soluções, que a doutrina tem proposto teorias e critérios diversos, conforme visto em capítulo anterior.

VII.2. SUJEITOS DO NEXO

Os sujeitos do nexu de causalidade são aquelas pessoas que se encontram nos extremos da relação jurídica, portanto, um sujeito ativo e um passivo.

O sujeito ativo é aquele que se encontra favorecido pelo nexu e, com base nele, tem o direito de exigir o cumprimento da obrigação resultante da ação ou da omissão do agente.

O sujeito passivo, por sua vez, é aquele que a resultante compelea adimplir a obrigação originada de sua ação ou omissão.

²⁶² BRANCO, Elcir Castelo. In *Enciclopédia...*, p. 206. v. 54. Verbete "nexu causal".

VII.3. ESPECIES DE NEXO

Dentro das dificuldades que dizem respeito à caracterização de um nexos causal - nem sempre claro e óbvio -, ainda deve ser levado em conta que há circunstâncias que têm o poder de realçar o nexos, enquanto outras o diluem ou o fazem desaparecer.

Com base em tal assertiva é possível distinguir que há um *nexo positivo*, ou seja, aquele que tem poder para gerar uma obrigação ou um dever, e, por outro lado, um *nexo negativo*, o qual pode ilidir a atributividade do direito.²⁶³

Entre os fatores que positivam um nexos, pode-se citar o exemplo das declarações de vontade formalizadas nos negócios jurídicos. Por sua vez, entre as causas negativas, incluem-se o perecimento da coisa sem culpa do devedor, o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima.²⁶⁴

VII.4. O ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova de existência de um nexos causal cabe ao sujeito ativo, ou seja, àquele que se arroga o direito de pedir satisfação e ressarcimento de consequências advindas do agir de outrem.²⁶⁵

²⁶³ BRANCO. In *Enciclopédia ...*, p. 206. v. 54.

²⁶⁴ BRANCO. In *Enciclopédia...*, p. 207. v. 54.

²⁶⁵ Quando se trata de obrigação considerada de resultado, ocorre a inversão do ônus da prova, cabendo, então, ao pretensor autor do dano provar que este não ocorreu por culpa sua, ou que entre o dano e a sua ação ou omissão, inexistente nexos causal.

Sendo elemento constitutivo da pretensão, o nexó deve ser comprovado, advenha ele de contrato ou de ato ilícito. Havendo um dano manifesto ou a violação ao direito de alguém, cabe demonstrar que é o sujeito passivo o responsável por tal prejuízo.

VII.5. NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO MÉDICO E O DANO

Visto o genérico, analisar-se-á o específico. No que concerne à culpa médica, determinar a causa e apontar o nexó causal é tarefa particularmente delicada e nem sempre de fácil constatação.

O facultativo trabalha dentro de um contexto biológico - portanto, lábil -, tratando, na maioria das vezes, com casos patológicos cuja afecção tem seus próprios riscos de evolução, podendo levar tanto à melhora satisfatória, à cura, quanto à morte ou à sequelas de maior ou menor gravidade.

Por tal razão, fica bastante difícil, mesmo para um perito médico, apontar como sendo culpa de um colega a verdadeira causa do dano sofrido pelo doente. Às vezes o erro é nítido e gritante, mas nem sempre é assim.

Por outro lado, fatores concorrentes diversos podem vir a interferir no resultado final sem que deles o médico tenha a menor responsabilidade; então, para que aquele seja responsabilizado, é necessário precisar clara e efetivamente que na inexecução da obrigação do profissional encontra-se a origem do dano.

Para tanto, é mister estabelecer, primeiramente, que foi a intervenção do médico que causou o dano, e que este não

surgiu como simples decorrência do estado de morbidez do paciente, estado este, aliás, que já foi a causa para que aquele procurasse o profissional da saúde; por segundo, que a prestação devida pelo médico foi mal executada.

VII.6. A INFLUÊNCIA DO ESTADO DO DOENTE SOBRE A ANÁLISE DA CAUSALIDADE

Quando um paciente tem um antecedente que pode favorecer uma complicação futura, a questão primeira que se coloca é saber se aquele antecedente contribuiu para o dano ou se foi o médico que cometeu falta em não tê-lo levado devidamente em consideração.²⁶⁶

Depreende-se que para executar corretamente sua obrigação de cuidados conscienciosos e atentos, o facultativo deve levar em conta o estado próprio de cada cliente, servindo-se dos exames necessários para alcançar este tipo de visão geral do seu paciente.²⁶⁷

Conduzindo-se de acordo com as normas de sua profissão, o

²⁶⁶ O fato de um doente ir a êxito letal devido ao seu estado de má saúde concorre como causa total ou parcialmente exoneratória da culpa médica. Entretanto, não servirá para inocentar o profissional o caso onde o dano, ou a morte, estão ligados nitidamente ao fato de ele não ter levado em conta aquele mau estado de seu paciente. Cf. THOUVENIN, Dominique. *La responsabilité médicale*. Paris: Flammarion, 1995. p. 41.

²⁶⁷ Uma das conclusões a que chegou THOUVENIN, na sua pesquisa sobre os dados estatísticos dos arestos da Corte de Cassação e do Conselho de Estado franceses, diz respeito ao exames pré-operatórios, ou seja, constatou que a apreciação dos juizes se faz sempre a partir do que a classe médica considera como normais e constitutivos de sua regras éticas. Não se coloca a questão em análise dentro de fatos gerais, mas dentro de um caso preciso, em relação a uma determinada pessoa. *Op. cit.*, p. 43.

médico poderá se exonerar de qualquer culpa quando algo imprevisível, ou diferente do esperado, venha a ocorrer ao doente.

VII.7. CONCLUSÃO DOS ARESTOS DA CORTE DE CASSAÇÃO DE FRANÇA SOBRE CULPA MÉDICA E A ANÁLISE DO NEXO CAUSAL

A totalidade dos dados estatísticos disponíveis dos arestos emitidos pela Corte de Cassação e Conselho de Estado franceses, entre os anos de 1984 e 1992, foram o substrato do qual se serviu Dominique THOUVENIN, resultando a obra *La responsabilité médicale*.

A França tem sido o celeiro onde o direito comparado vai buscar fundamento e doutrina para suas próprias interpretações, no que diz respeito à responsabilidade médica.

Em se tratando de um trabalho tão atual, como o de THOUVENIN (1995), suas conclusões podem fornecer o perfil de como julga e o que pensa, na atualidade, acerca da questão, o país que saiu à frente na análise do tema.

Deduzindo do que THOUVENIN²⁶⁸ explicou - que a Corte de Cassação não julga o comportamento dos profissionais da saúde, mas julga as decisões -, as informações tiradas de seus arestos informam as regras de direito que são aplicáveis na área da responsabilidade médica. Pode-se perceber, então, que, de uma maneira geral, aqueles profissionais são julgados pela aplicação de regras certas e estáveis, enquanto se observa uma grande regularidade nas soluções encontradas pela Corte de

²⁶⁸ THOUVENIN, p. 49.

Cassação frente às Câmaras Cíveis e Criminais.

De tal observação, a autora retrocitada concluiu que duas constatações podiam ser feitas:

- a) não é jamais a situação concreta em si que permite dizer como um médico será julgado porque, desde uma vez que ele está inserido num processo, a solução dependerá de como a demanda foi formulada.

Isto explica porque, em matéria de responsabilidade civil, não é levado em consideração o fato de se tratar de um médico e de um doente, mas da natureza da relação jurídica que se estabeleceu entre eles.

Tal relação pode ser uma demanda fundada sobre uma argumentação apoiada sobre uma ou mais regras jurídicas cíveis ou uma queixa contra o autor presumido de uma infração reprovável.

- b) tanto num caso quanto no outro - as regras aplicáveis sendo analisadas com grande atenção -, o trabalho dos juizes dirá respeito à análise das *atividades individuais*.

Isso os conduz a examinar com muita precisão em que a prestação devida não foi executada, ou em que o comportamento reprovado constituiu realmente uma infração, com base na análise do nexu causal.²⁸⁹

²⁸⁹ No que diz respeito aos arestos do Conselho de Estado, demonstra-se que quando a Organização predomina sobre a atividade individual, esta última não é levada em consideração. Isto ocorre porque, em França, o erro médico pode ser julgado civil, penal e administrativamente. Com efeito, a responsabilidade administrativa não pode ser regida pelos princípios estabelecidos pelo Código Civil. Aquela está, isso sim, ligada ao funcionamento do serviço público e, portanto, à

VIII. DIMENSÕES E PROJEÇÕES DO VÍNCULO OBRIGACIONAL

VIII.1. NOÇÕES GERAIS

As relações de cunho negocial efetivadas entre particulares são o objeto do estudo do direito das obrigações.

A finalidade de uma obrigação é a realização da prestação à qual se comprometeu o devedor por via de uma relação originária e, pelo inadimplemento da qual, verá ser submetido seu patrimônio ao cumprimento, ou seja, à obrigação do devedor em solver corresponde idêntico direito do credor em exigir, por ação própria, ou mediante ordem judicial, o seu cumprimento, sob pena de sujeição do respectivo patrimônio à satisfação dos interesses do titular do crédito, consoante informação de BITTAR.²⁷⁰

Aponta este autor que a obrigação desdobra-se em débito e responsabilidade, sendo que o primeiro constitui a obrigação de concretizar a prestação, enquanto a responsabilidade diz respeito à garantia, já que na hipótese de incumprimento, faz

responsabilidade objetiva.

A justiça administrativa em França não está dissociada da administração e esta é uma concepção especificamente francesa, que se constituiu progressivamente a partir da Assembléia Constitutiva de 1790. Quanto à aplicação das regras de direito, até a reforma de 1987, a Corte de Cassação avaliava os julgamentos, não apreciando os fatos, mas, a sua qualificação, e o Conselho de Estado julgava os litígios. Agora, este último também funciona como uma corte de cassação, embora conservando uma função jurisdicional diferente daquela. Cf. THOUVENIN, p. 49-50-1.

²⁷⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 10.

recair sobre o patrimônio do devedor os ônus de direito.²⁷¹

VIII.2. OBRIGAÇÃO. CONCEITO

O vocábulo obrigação é oriundo do latim, de **obligatio**²⁷², e no direito romano tinha o sentido de um vínculo de direito que ligava necessariamente alguém a outrem, para solver alguma coisa dentro das conformidades do direito civil.²⁷³

Após fazer considerações sobre inúmeras e incompletas conceituações acerca do que é obrigação, MONTEIRO²⁷⁴ a define como sendo "a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal e econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio".

A despeito de não mencionar a questão da responsabilidade

²⁷¹ *Ibidem, idem*, p. 10.

²⁷² **Obligatio** - donde **ob**, preposição: por causa de, diante de, para, por. **Ligo** - verbo transitivo: ligar, enfaixar, atar, amarrar. Da junção das duas palavras adveio **obligo** - verbo transitivo: ligar, atar, obrigar. Cf. BUSSARELLO, Raulino. **Dicionário básico latino-português**. Florianópolis: UFSC, 1991. p. 154.

²⁷³ "**Vinculum iuris quae necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iuris.**" Cf. BITTAR, p. 9.

²⁷⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito das obrigações. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 8. v.4.

do devedor inadimplente, ainda assim, DINIZ²⁷⁵ entende ser a de Clóvis BEVILÁQUA a definição mais completa, citando-a **in verbis**:

"Obrigação é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém, que, por ato nosso, ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão".

No direito português, conforme ensina VARELA, a obrigação é sinônimo de vínculo, conceituando-se através do próprio artigo 397º de seu Código Civil: "Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação".²⁷⁶

VIII.3. O CONCEITO DE OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

Na década de vinte, o jurista francês Jean DEMOGUE propôs classificar as obrigações em duas categorias, em função de seu objeto ou conteúdo, a saber, obrigação de meio e obrigação de resultado, conforme aponta JOURDAIN.²⁷⁷

Nesta última, o devedor se obriga a realizar um ato determinado, com resultado preciso (como exemplos, fornecer determinada coisa; efetuar um transporte; pagar uma soma em dinheiro). Por contra, na primeira, ele se compromete apenas a empregar os meios apropriados para a obtenção daquele resultado que o credor tem em vista (para exemplos, o médico que se

²⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral das obrigações. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 30. v. 2.

²⁷⁶ VARELA, *op. cit.*, p. 111.

²⁷⁷ JOURDAIN, p. 48.

obriga a cuidar de um doente, mas não a curá-lo; ou o advogado que se propõe a defender seu cliente, mas sem se comprometer a ganhar a causa).

Explica JOURDAIN que tal distinção entre as duas obrigações foi retomada por MAZEAUD que preferiu diferenciá-las como "obrigação determinada" e "obrigação geral de prudência e diligência", já que, no seu entender, a terminologia de DEMOGUE insistia apenas sobre o conteúdo do objeto da obrigação (resultado ou meio), enquanto a sua se apoiava sobre as características essenciais da obrigação (se determinada ou se geral).²⁷⁸

DEMOGUE estava com sua preocupação dirigida no sentido de tentar resolver os problemas surgidos com a transportação de pessoas e de mercadorias, já que os meios de transporte de então (1920), começavam a desenvolver uma maior velocidade, tendo como resultante a ocorrência de um maior número de acidentes. Assim, pela obrigação de resultado, no contrato de transporte, obrigava-se o responsável pela transportação a conduzir o passageiro, são e salvo, do ponto de embarque até o seu destino final, conforme comenta Washington de Barros MONTEIRO.²⁷⁹

Nessa modalidade de obrigação é exigido um resultado útil para o credor, não se tendo aquela por adimplida se não for atingido o resultado colimado. Assim, a simples verificação material do indimplemento seria razão bastante e suficiente para determinar a responsabilidade do devedor. Portanto, para

²⁷⁸ *Ibidem, idem*, p. 48.

²⁷⁹ MONTEIRO, p. 52.

pleitear-se uma indenização bastaria apenas evidenciar que o resultado esperado não fora atingido, exonerando-se, o agente, de ser responsabilizado somente pela ocorrência de caso fortuito ou força maior, o que caberia a ele, devedor, o ônus de provar, consoante os ensinamentos de MONTEIRO.²⁸⁰

Por outro lado, na obrigação de meios, o devedor obrigarse-ia a empregar toda a sua diligência e a conduzir-se com prudência, no intuito de atingir a meta previamente proposta, sem, no entanto, se vincular a obtê-la; no dizer de MENGONI²⁸¹, trata-se de um tipo de comportamento qualificado para a obtenção de um certo grau de conveniência ou utilidade - que é seu fim -, mas cuja realização não está, de *per si*, compreendida na órbita da relação obrigacional.

Verificada a inexecução, necessário seria examinar o procedimento do obrigado com o fito de averiguar se ele agira com culpa, cabendo ao credor demonstrar que a meta não fora atingida porque o devedor não usara da devida prudência e diligência, ao tentar se desincumbir de seu mister.²⁸²

A classificação de DEMOGUE tem como característica principal precisar a quem cabe o ônus da prova, pois enquanto na obrigação de meio esta cabe ao credor, na de resultado vai

²⁸⁰ MONTEIRO, p. 53.

²⁸¹ MENGONI, Luigi. *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*. Milano: Vallardi, 1954, p.6. Opina este autor que DEMOGUE serviu-se de uma linguagem um tanto rigorosa ao dar nomes aos *novos* tipos de obrigação, já que "sempre a obrigação tem por objeto a produção de um resultado". p. 4. Talvez, seja este parecer de MENGONI, a razão pela qual escolheu colocar no título de seu livro aquelas denominações entre aspas.

²⁸² *Ibidem*, *idem*, p. 53.

ocorrer a inversão de tal ônus, deslocando-se, portanto, para a pessoa do devedor.

Ao analisar ambas as obrigações, JOURDAIN²⁸³ conclui que quando a obrigação é de resultado, a culpa, a falta, ou erro (*faute*) consiste em não chegar ao resultado prometido; assim, ela se deduz da ausência de resultado (coisa não entregue, mercadoria não transportada, por exemplo).

À vítima, credora da obrigação, não cabe estabelecer a culpa, pois o resultado não atingido já a presume.

O devedor, por seu turno, não pode esperar se exonerar provando que ele se comportou de maneira irreprovável, pois, nesse caso, a prova de uma atitude prudente e diligente seria inoperante, vez que ele está engajado a uma obrigação de resultado.

O único meio de que disporia o devedor para escapar à sua responsabilidade seria comprovar que uma força maior, uma causa estranha ou um fato justificativo havia ocorrido, impedindo-o de atingir o resultado anteriormente proposto.

De igual pensar é CRÉPEAU²⁸⁴. *In verbis*: Ainsi, dans de cas de l'obligation de résultat, l'intensité du devoir est plus forte, plus exigeante, plus astreignante que celle d'une obligation de diligence, car il ne suffit pas au débiteur d'avoir agi en "bon père de famille", d'avoir pris les moyens raisonnables pour accomplir son obligation; il doit, pour s'exécuter, fournir le résultat que le contrat ou la loi lui avait imposé. Et, en cas d'inexécution de la prestation, il est présumé en faute et ne pourra s'exonérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère (cas fortuit ou force majeure, fait d'un tiers ou faute de la victime) imprévisible ou

²⁸³ JOURDAIN, p. 49.

²⁸⁴ CRÉPEAU, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique - ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Québec: Éd. Yvon Blais Inc., 1989, p. 12.

irrésistible".²⁸⁵

Por sua vez, quando a obrigação é de meio, a culpa consistirá em não ter lançado mão dos meios suficientes: em não ter se conduzido de maneira diligente, prudente e hábil ou, ainda, de não ter tomado as precauções que poderiam ter evitado o dano ocorrido (como no caso de um doente mal cuidado ou com o tratamento negligenciado). Nesse tipo de situação, compete à vítima provar a carência do devedor.

Comenta JOURDAIN²⁸⁶ que apesar de bastante criativa, a distinção de DEMOGUE foi discutida e criticada por muitos autores, sendo que a dificuldade mais séria que lhe foi imputada diz respeito à imprecisão dos critérios de seu emprego.

VIII.4. CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE AS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

A distinção das obrigações de meio e de resultado deve, antes de tudo, assentar-se sobre uma análise da vontade das partes contratantes: são elas que determinam o conteúdo e o

²⁸⁵ "Assim, no caso da obrigação de resultado, a intensidade do dever é mais forte, mais exigente, submete mais ao devedor que a obrigação de diligência, porque não é suficiente que ele tenha agido como um "bom pai de família", que tenha usado todos os meios razoáveis para cumprir sua obrigação; ele deve, para se desobrigar, fornecer o resultado que o contrato ou a lei haviam lhe imposto. E, em caso de inexecução da prestação, sua culpa é presumida e não poderá dela se exonerar a não ser frente a uma prova de causa estranha (caso fortuito ou força maior, fato de terceiro ou culpa da vítima) imprevisível ou incontrollável." Trad. pela autora. No texto, a referência à *obrigação de diligência* tem o mesmo sentido que obrigação de meio.

²⁸⁶ JOURDAIN, p. 51.

alcance de suas obrigações. Assim, segundo informa JOURDAIN²⁸⁷, a vontade das partes é o primeiro e o melhor critério de distinção.

Ocorre, porém, que nem sempre a vontade é devidamente expressa ou então, se o é, pode não apresentar a clareza e precisão necessárias. Assim, nos casos onde as obrigações são de origem legal, a vontade das partes perde a sua característica como valor de distinção.

Daí, então, a necessidade - para os julgadores -, de recorrer a outros critérios, mais ou menos objetivos. De acordo com o autor supracitado, os critérios auxiliares seriam:

- a) critério auferido a partir da análise do objeto da obrigação;
- b) critérios diretamente fundados sobre a interpretação da vontade das partes;
- c) critérios fundados sobre razões de oportunidade e de igualdade.

VIII.4.1. Critério advindo da análise do objeto da obrigação

O objeto da obrigação aparece como um critério assaz seguro, já que ele é fundado sobre a razão e hauri seu valor na força da lógica, entretanto, seu alcance é limitado. Assim, serão consideradas como sendo de resultado as obrigações cuja execução não estejam, de modo algum, suscetíveis a qualquer outro fator, ou seja onde não se concebe que o devedor possa se

²⁸⁷ JOURDAIN, p. 50.

engajar a fazer somente o seu possível.²⁸⁸

VIII.4.2. Critério fundado na interpretação da vontade das partes

Pondera JOURDAIN,²⁸⁹ que quando a análise do objeto não permite determinar satisfatoriamente qual devia ser a intenção das partes, deverá o julgador se dedicar à uma verdadeira pesquisa acerca daquela; para tanto, fará uso de dois critérios outros que acabam por se completar de maneira abrangente.

O primeiro diz respeito a *álea* na execução da obrigação. Presume-se que se a execução é de natureza aleatória, o devedor não haveria de querer se engajar em um resultado determinado, mas tentar chegar até ele, fazendo uso dos meios apropriados, sabendo o credor, por seu turno, que teria que aceitar algum tipo de risco.

As prescrições médicas, cujas consequências são aleatórias, podem bem ilustrar o caso.²⁹⁰

O segundo critério apóia-se sobre o papel ativo do credor na execução, já que a liberdade de ação da vítima tende a

²⁸⁸ JOURDAIN dá exemplos de obrigações nitidamente caracterizadas como de resultado, a saber: obrigação de dar; de transferir a propriedade da coisa vendida ou de pagar o preço estipulado. É, ainda, o caso das obrigações de não fazer qualquer coisa, como não exercitar a concorrência ou não vender determinado bem a alguém. *Op. cit.*, p. 51.

²⁸⁹ *Ibidem idem.*

²⁹⁰ Comenta JOURDAIN, que o médico não promete e o paciente não exige a cura, mesmo estando ambos a buscá-la. Mas, se, por outro lado, o resultado querido pelo credor pode ser atingido sem grandes dificuldades, presume-se que este resultado é que é o objeto da obrigação e que o credor não aceitou nenhuma *álea*. p. 51.

aumentar a álea. É natural supor, então, que o devedor não poderia se obrigar a um resultado determinado e que o credor aceitou certos riscos inerentes à atividade daquele.²⁹¹

VIII.4.3. Oportunidade e equidade como critérios

Tais critérios são ofertados pela jurisprudência e são úteis quando não se pode trabalhar com a interpretação da vontade das partes. Diz respeito às atividades potencialmente perigosas e aos casos onde os devedores fornecem ou utilizam coisas para o exercício de sua obrigação ou, ainda, quando eles exercem sua atividade sobre objetos que lhes são confiados.

A despeito da existência do fator álea os radiologistas e os anesthesiologistas são considerados como devedores de uma obrigação de resultado no que tange ao *material* e aos *produtos* utilizados, bem assim a transfusão de sangue, cujo elemento básico deve estar isento de qualquer vício.²⁹²

Por último, JOURDAIN²⁹³ observa que os contraentes de uma obrigação que, em princípio, é de meio, podem ter parte dessa obrigação transformada em obrigação de resultado, ou seja, aquela parte que não apresenta nenhum tipo de álea. É o caso dos cirurgiões-dentistas, cuja obrigação é de meio, no que

²⁹¹ No campo médico, JOURDAIN aponta que há certas áreas que não escapam de ser consideradas como inseridas na obrigação de resultado, a saber, aquelas onde são utilizadas técnicas confiáveis e aprovadas, **não apresentando nenhuma álea** (grifou-se). Tal é o caso de alguns tipos de exames em laboratórios de análises clínicas. p. 53.

²⁹² De idêntica maneira são, em princípio, consideradas como de resultado as prestações de serviço relativos à coisas frente aos seus clientes, tais como garagistas, restauradores, instaladores de alarme, entre outros. JOURDAIN, p. 53.

²⁹³ JOURDAIN, p. 54.

diz respeito aos cuidados que dispensam a seus clientes, entretanto, terão que se responsabilizar pelos vícios que venham a apresentar as próteses que lhes fornecerem.²⁹⁴

Da mesma forma, os donos de restaurantes e de cafés devem servir alimentos e bebidas que não exponham a saúde de seus clientes a correr algum risco.

VIII.5. OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

VIII.5.1. Noções gerais

Conceituando-se a responsabilidade médica como contratual²⁹⁵ e, cabendo ao demandante o ônus da prova nas obrigações de meio, é necessário, ainda, apreender que a atividade médica difere das demais em inúmeros aspectos e que o contrato médico guarda, igualmente, características que lhe são próprias. Que em matéria médica a prova de uma culpa não é fácil, sendo algumas vezes impossível.

No trato com seu paciente, circunstâncias as mais várias podem trazer àquele a sensação de que está só e desamparado, sendo que na maioria das vezes o que ocorre é que faltam-lhe conhecimentos ou a informação necessária sobre o mal que lhe aflige, pois nem sempre o médico o informa devidamente, seja

²⁹⁴ Essa postura é a dominante na França, diferentemente do Brasil onde a tendência é considerar a obrigação dos cirurgiões-dentistas como sendo de resultado. Vide DIAS, Aguiar. 10. ed. p. 284. v.1. n. 121.

²⁹⁵ "Entre le médecin et le malade, intervient un contrat." SAVATIER, t. II, ed. 1951, p. 375. "Entre o médico e o doente produz-se, incidentalmente, um contrato. Trad. pela autora.

por desídia, ou por entender ser melhor assim, para atingir um resultado final mais positivo.

A seu turno, os magistrados, iniciados que são, mais especificamente, na área jurídica e, portanto, estranhos à técnica e ao saber médico (salvo os juristas médicos e que são em número reduzidíssimo), dependem - para bem fundamentar seus julgados - do trabalho de peritos, estes também médicos, e o público tem a impressão - às vezes justificada²⁹⁶ -, de um certo favorecimento, por parte daqueles, aos colegas de profissão.

Entende-se, todavia, que se é necessário assegurar a defesa do paciente, por outro tanto é mister preservar a liberdade de iniciativa e trabalho do profissional da saúde.

Dificuldade maior se impõe ainda quanto a situar o que esteja enquadrado dentro de uma obrigação de meio ou que se caracterize como obrigação de resultado.

VIII.6. OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO: INADEQUAÇÃO DE USO

Apontou-se que é dado a Jean DEMOGUE, jurista francês, o mérito da divisão das obrigações, quanto ao conteúdo, em obrigação de meio e de resultado, embora outros autores já divisassem algo semelhante.²⁹⁷ Antes deles, também os romanos

²⁹⁶ Situação conhecida como **esprit de corps**, máfia de branco e, também, conspiração do silêncio.

²⁹⁷ Cf. PLANIOL. **Apud** COSTA, José Rubens. In Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito. **Cadernos de pós-graduação**. Belo Horizonte, 1972, p. 69.

já haviam intentado elaborar algo semelhante.²⁹⁸

Por meio de tal classificação, entendeu-se que uma obrigação pode ter por conteúdo uma prestação determinada - visando um resultado efetivo -, ou pode se limitar ao emprego de meios para atingir um fim.

Na obrigação de resultado, o devedor promete e se compromete a uma prestação determinada; na de meio, ele não se obriga, a não ser, a usar de todo seu empenho na realização do esperado e querido.

É mister que se saliente novamente (uma vez que fundamental para a meta do presente trabalho) que DEMOGUE ao enunciar sua classificação estava preocupado em resolver, dentre outros, problemas atinentes ao transporte de pessoas e de mercadorias (visto que com o crescente progresso da indústria automotiva, situações novas estavam se criando para o mundo jurídico).²⁹⁹

Como sói acontecer, o transporte de pessoas e coisas poderia estar sujeito a incidentes e acidentes, contudo, a sua causa estaria ligada a caso fortuito ou força maior e não ao

²⁹⁸ Fábio Konder COMPARATO, informa que na doutrina germânica do século XIX aparecia de forma explícita a diferenciação de obrigação de meio e de resultado. Segundo ele, BERNHOEFT escreveu que "toda a relação de obrigação implica numa vontade do devedor na direção de um certo resultado. Assim, a relação pode ser de tal natureza que o devedor é obrigado simplesmente a fazer o que está em seu poder para conseguir o resultado, e com isso é liberado, independentemente do conseguimento efetivo do escopo. Ou então, tem-se em vista o resultado em si mesmo, e aí a obrigação não se extingue, enquanto o resultado não é alcançado, salvo impossibilidade superveniente". Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultados e de garantia*. In *Revista dos tribunais*. Doutrina. São Paulo, dez. 1967. n. 386. p. 27-33. p. 28.

²⁹⁹ Observe-se que a década era a de 1920, conforme já assinalado.

fator álea. Por tal razão, aquela obrigação foi considerada de resultado, ou seja, onde não havia previsão de ocorrência de elemento aleatório.

Corroborando tal idéia, Henri LALOU assim se manifestou:

Chaque fois que le résultat cherché par les parties est envisagé par elles comme aléatoire, l'obligation est une simple obligation générale de prudence e diligence; si ce résultat est au contraire considéré comme devant être atteint sans aléa, l'obligation est déterminée.³⁰⁰

A distinção de DEMOGUE foi criticada, em parte, por ESMEIN³⁰¹, pois no seu entender toda obrigação tem por objeto um certo resultado, o que para MAZEAUD³⁰² não convence, já que naquela divisão a distinção repousa sobre o caráter determinado da prestação ou do fim visado. Assim, quando o fim último depende de uma álea, a obrigação é apenas de meio; se não depende, é de resultado.³⁰³

Preocupado com a possibilidade de a expressão "resultado" vir a gerar confusão no uso, devido a uma certa dubiedade por ela apresentada, MAZEAUD et MAZEAUD propuseram a divisão em "obrigação geral de prudência e diligência" e "obrigação

³⁰⁰ "Cada vez que o resultado buscado pelas partes é tido por elas como aleatório, a obrigação é uma simples obrigação geral de prudência e diligência; se este resultado é, ao contrário, considerado como possível de ser alcançado sem álea, então a obrigação é determinada." LALOU, Henri. **Traité pratique de la responsabilité civile**. 6. éd. Paris: Sirey, 1962. p. 279. v.1. Trad. pela autora.

³⁰¹ *Ibidem*, *idem*, p. 279.

³⁰² MAZEAUD, Henri. Essai de classification des obligations. In *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1936, t. 35, p. 24.

³⁰³ COMPARATO pondera que toda obrigação comporta naturalmente um resultado, o qual corresponde à sua utilidade econômico-social para o credor. *Op. cit.*, p. 31.

determinada", concorde o que já foi visto linhas atrás. Assim se expressaram os citados autores:

Pareille critique s'adresse plus à la terminologie dont s'est servi Demogue, qu'à la classification elle-même. Elle prend le term 'résultat' dans le sens de prestation due, mais la nature de cette prestation est bien différente selon qu'elle est de parvenir à un résultat déterminé, ou seulement d'essayer d'y parvenir par une conduite prudente et diligente.³⁰⁴

VIII.6.1. Delimitação da obrigação de meio. Inadequação do uso da expressão "obrigação de resultado"

Corretos estavam os autores franceses em seus temores, pois a obrigação de resultado tem sido empregada de maneira inadequada, ou seja, em áreas onde o fator álea está efetivamente presente.

Para tentar determinar com clareza a diferença entre as duas obrigações, Henri LALOU³⁰⁵ dá os seguintes exemplos: "Ainsi, le médecin n'est tenu que d'une obligation de moyen; au contraire le transporteur, d'une obligation de résultat".³⁰⁶

Não pairam dúvidas quanto ao fato de a obrigação do médico (clínico, cirurgião geral e plástico reparador) ser de meios, já que ele não se compromete com a cura, mas, sim, a

³⁰⁴ "Crítica semelhante se destina mais à terminologia da qual se serviu Demogue do que à classificação propriamente dita. Ela toma o termo 'resultado' no sentido de prestação devida, mas a natureza desta prestação é bem diferente, segundo ela deva atingir um resultado determinado, ou somente deva tentar atingi-lo através de conduta prudente e diligente." MAZEAUD et MAZEAUD. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. 4. éd. Paris: Sirey, 1947. p. 110. v. 1. Trad. pela autora.

³⁰⁵ LALOU, p. 279.

³⁰⁶ "Portanto, o médico está adstrito a uma obrigação de meio, ao contrário de uma empresa de transporte, cuja obrigação é de resultado." Trad. pela autora.

utilizar toda a sua potencialidade física e mental, de todos os cuidados conscienciosos e atentos, de toda a aparelhagem disponível e adequada para atingir o melhor resultado para seu paciente.

Pode-se entender, pois, que a respeito da obrigação de meio do médico:

- a) seu objeto de contrato não é a cura, mas a prestação de serviços e cuidados conscienciosos de acordo com os avanços científicos e tecnológicos;
- b) nada o obriga a restituir a saúde a um paciente, mas a conduzir-se com toda a diligência para atingir, dentro das possibilidades, tal objetivo;
- c) o profissional só será responsabilizado pelo insucesso em seu labor, se ficar provado que ocorreu dano ao paciente e que este se deu como resultante de erro, imperícia, imprudência ou negligência de sua parte, tanto sob as vestes da ação, quanto da omissão.

O conteúdo de sua obrigação é a própria atividade do devedor, portanto, a utilização de sua parte de todos os meios tendentes a produzir o fim almejado e, pressupondo a teoria da responsabilidade subjetiva a existência de culpa, o médico será responsabilizado quando:

- a) houver a existência de um dano para o paciente;
- b) existir relação de causalidade entre tal dano e o fato imputável ao agente;
- c) configurar-se a culpa do profissional.

Nessa modalidade incluem-se os clínicos e cirurgiões em geral, inclusive o cirurgião plástico que labuta na área

reparadora.³⁰⁷ Por outro lado, o problema começa e se agiganta, quando o tema é a cirurgia plástica cosmética ou embelezadora, que, no entender de inúmeros autores e parte dos julgadores, insere-se na modalidade *obrigação de resultado*.

Parece ter ficado patente que não só DEMOGUE, como todos os outros autores, especialmente os franceses - que se propuseram a comentar, estudar ou até criticar sua divisão -, foram unânimes em afirmar que a obrigação de resultado era adequada para todos os casos com uma prestação determinada, mas onde o fator álea não estivesse presente.

Daí entender-se inadequado considerar como de resultado uma obrigação cujo cumprimento se desenrola numa zona tão aleatória quanto o organismo humano. Ele é previsível sim, mas até um certo ponto, a partir daí é entrar-se no universo nebuloso da imprevisibilidade e da imponderabilidade.

Uma reação anafilática³⁰⁸ é algo que pode ocorrer com qualquer indivíduo, frente a qualquer substância estranha que lhe seja injetada (com exceção, talvez, de água bidestilada) e, para isso, ainda não há na ciência médica um meio de previsão,

³⁰⁷ A cirurgia plástica tem dois contingentes: o reparador e o estético. O primeiro trabalha com pacientes que portam problemas congênitos ou adquiridos, tais como, ferimentos, cicatrizes e queimaduras. O segundo diz respeito à modificação na aparência com finalidades de embelezamento ou psicológica.

³⁰⁸ Reação anafilática é um estado de sensibilidade a uma substância estranha ao organismo que, uma vez injetada, pode causar danos os mais variados possíveis: desde um simples prurido até um choque irreversível, podendo levar à morte. A reação anafilática, portanto, nada mais é que um fenômeno alérgico de liberação de histamina que provoca vaso-dilatação periférica disseminada, bem como, permeabilidade disseminada dos capilares com perda acentuada de plasma pela circulação. GIOSTRI, Eduardo. **Entrevista concedida por médico clínico e cirurgião geral do Centro Médico Umuarama**. Umuarama, 3 out. 1996.

podendo ocorrer quando menos se espera.

Às vezes, o paciente é portador de determinada enfermidade da qual nem ele tem conhecimento, e que vai mostrar-se no momento de uma cirurgia. Por outro lado, certas intervenções correm riscos - com dados estatísticos citados atrás -,³⁰⁹ de o paciente fazer embolia gasosa ou gordurosa, podendo ser fatal (como o é na maioria das vezes).

Ademais disso, não há como esquecer que o organismo humano é de tal maneira complexo que muitas vezes o normal confunde-se com o patológico e vice-versa, conforme se procurará ilustrar mais adiante.

Sabe-se que o direito deve esposar o fato social, e o faz, porém com lentidão, com vagar; o que ocorre, então, é que o universo jurídico, despreparado para situações novas - e, até que estas sejam devidamente legisladas -, acaba tendo que procurar termos e situações similares em terrenos outros, utilizando-se de algo próximo, mas nem sempre adequado.

É, por exemplo, o caso de se considerar a cirurgia plástica estética como obrigação de resultado. Um rápido olhar sobre o conceito desta obrigação é suficiente para entender-se que a mesma diz respeito a situações totalmente previsíveis, com ausência do fator álea.

O que ocorre é que a especialidade médica cognominada de cirurgia plástica é tão recente, como se demonstrará adiante, que o direito ainda não se encontra devidamente preparado para normatizar as alterações que ocorrem no mundo jurídico, decorrentes daquela especialidade.

³⁰⁹ ESPANHA. Ministerio de ..., p. 91. Citado no capítulo IV.9.3.

É fácil concluir que o paciente quando procura um cirurgião plástico quer melhorar algo que lhe desagrada, bem como encontra-se - ao menos em tese -, em estado de perfeita higidez. Seria inadmissível que tal paciente, após a intervenção daquele profissional, viesse a se encontrar em condição pior do que a anterior à cirurgia. Não é a esse tipo de situação que este trabalho se reporta, mas sim do que advém - na forma de consequência negativa -, como resultante da subjetividade do ser humano, da complexidade de seu organismo e da imprevisibilidade da área médica e que, sob a óptica do *resultado*, acaba por ser imputado ao médico.³¹⁰

No que se refere ao efeito de uma cirurgia plástica é necessário ainda pesar que não há só o lado do médico: existe a participação e a interação de outro elemento, importantíssimo na relação, e que terá o condão de colaborar para um bom resultado, ou para alterá-lo: o próprio paciente.

A não observância dos necessários cuidados pós-operatórios, o psiquismo individual e diverso de cada ser humano, as condições familiares e ambientais são alguns dos inúmeros fatores que podem alterar o resultado de uma cirurgia

³¹⁰ "...Não nos parece *data venia*, que se possa classificar uma cirurgia, e nesse plano as cirurgias plásticas se equiparam às de qualquer outra espécie, de obrigação de resultado, porque, como se sabe, quando se trata de mexer com a fisionomia humana, além da técnica empregada pelo médico, havida no conhecimento científico, há sempre um outro componente que o homem, frágil e impotente diante do desconhecido, chama de imprevisível. Então ninguém pode se obrigar pela realização plena de uma tarefa que, em parte, ou até em grande parte, está fora dos limites de atuação e deliberação...." Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apel. nº 1.329/90. Rel. Des. Carpena Amorim. 6 nov. 1990. Cópia de documento original.

a partir do momento em que o paciente deixa o hospital.³¹¹

Há que levar em conta, também, que as cicatrizações se fazem de maneira distinta para cada pessoa e o paciente nem sempre tem a necessária paciência com o tempo que o organismo necessita para reconstituir o tecido seccionado, acabando por confundir fase de cicatrização com erro médico.

Por outro lado, verificada a existência de erro, deve o profissional ser responsabilizado, pois pela sua habilitação universitária deve ele saber até que ponto vai sua capacidade de atendimento a um determinado caso, não justificando-se prejudicar um cliente, quando sua conduta correta seria encaminhá-lo a um colega melhor capacitado.

Em contrapartida, não pode ser ele responsabilizado se, em fazendo tudo que estava ao seu alcance, dentro das condições físicas e mentais normais e das técnicas consideradas as adequadas, o resultado atingido não foi o esperado, ou o ideal. Até porque o que é ideal para alguns não o é para outros: ao findar uma cirurgia, o médico pode ficar maravilhado e se orgulhar do mesmo corte que irá horrorizar seu paciente, ao voltar da anestesia.

O subjetivismo, a imprevisibilidade do organismo, a sua complexidade e o fator álea estarão sempre presentes, independente da vontade e do agir do profissional. Se a obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito

³¹¹ Na obra **Erro médico e a lei**, referindo-se ao paciente lê-se o seguinte, **in verbis**: "aos problemas decorrentes da doença e de sua resposta ao tratamento se acrescentam os relativos ao modo de ser de cada um, para não falar da influência dos familiares, que interferem grandemente sobre o seu estado psíquico". MORAES, Irandy Novah. 3. ed. rev e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 220.

de *exigir* do devedor a *produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional*³¹²[sem grigo no original], então está a se tratar de outra área, previsível, ponderável, não subjetiva e com ausência de álea.³¹³

VIII.7. CASOS DE EXCEÇÃO: QUANDO A OBRIGAÇÃO DO MÉDICO SERÁ DE RESULTADO

De acordo com a doutrina francesa, Jean PENNEAU³¹⁴ entende que há casos em que a obrigação do médico é vista como de resultado, mas, segundo ele são exceções e podem ocorrer pela vontade das partes, pela natureza da prestação ou pela força da lei.

A *vontade das partes* pode conferir à obrigação do médico a natureza de obrigação de resultado em circunstâncias diversas e precisas, a saber:

- a) quando o médico promete executar certo ato em um determinado momento, ou promete executar pessoalmente tal ato.

Exemplificando, se o obstetra compromete-se a fazer um certo parto, e se ausenta, responderá pelo que possa advir de erro por parte de quem o substituiu.

³¹² DINIZ, *op. cit.*, p. 163.

³¹³ "...Nenhum médico seria capaz de afirmar que uma cirurgia tem 100% de possibilidade de êxito e 0% de insucesso...Sintetizando: não há cirurgias em risco. Portanto, conceituar-se o trabalho médico como obrigação de resultado, mesmo na cirurgia plástica embelezadora, é algo que está em contradição com a própria natureza das coisas." Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. Acórdão. Ap. n. 1.329/90 ...

³¹⁴ PENNEAU, p. 10.

b) quando o médico promete que sua intervenção terá um resultado certo e determinado.

É o caso das cirurgias estéticas: se o cirurgião demonstra, por croquis ou por promessa, como ficará o nariz de sua cliente, ele está, sem dúvida, se comprometendo a uma obrigação de resultado.

No que diz respeito à *natureza da prestação*, informa PENNEAU³¹⁵ que o julgamento, alicerçado na doutrina e na jurisprudência, entende que um centro de transfusão de sangue, no qual é feito levantamento prévio e preciso dos seus doadores, está engajado numa obrigação de resultado.

O mesmo ocorrerá quando a natureza da prestação excluir toda a álea, o que no entender do autor é verdadeiramente excepcional. Mas, exemplifica, que nos casos de exames laboratoriais corriqueiros, o fato de o facultativo fornecer um resultado errado é o suficiente para engajar a sua responsabilidade; contudo, se o exame de laboratório comporta uma álea em razão de sua interpretação delicada, a obrigação não é senão de meio.

Quanto ao cirurgião dentista, conforme já mencionado, sua obrigação, em França, é considerada de meio, no que diz respeito ao tratamento dentário; é de resultado, quanto às próteses fornecidas a seus clientes.

Tal postura é extensiva a todas as coisas fornecidas a pacientes, inserindo-as, pois, na obrigação de resultado. O mesmo diz respeito aos estabelecimentos de transfusão de sangue, sendo estes responsáveis de pleno direito pelo dano

³¹⁵Ibidem, idem, p. 10.

causado pela contaminação, da qual o sangue fornecido estava afetado.

Segundo PENNEAU³¹⁶ a lei pode impor reparação pelos danos causados pela atividade médica, especialmente no que diz respeito às pesquisas biomédicas sem benefício individual direto. O Código de Saúde Pública francês dispõe que neste tipo de pesquisa, aquele que a promove assume, mesmo sem culpa, a indenização das consequências danosas sofridas pela pessoa testada.

VIII. 8. A VISÃO BRASILEIRA, O ARTIGO 1.545 DO CÓDIGO CIVIL

Levando-se em conta que se dá a formação de um contrato³¹⁷ entre o cliente e o médico que o atende e que a responsabilidade do profissional está assente na culpa, a questão que se coloca é, então, saber se o devedor agiu ou não com culpa.

Com efeito, a responsabilidade civil do médico é dominada pela lógica das relações contratuais entre ele e o seu paciente. É a inexecução faltosa da sua obrigação contratual que o tornará responsável, o que implica um exame da execução de sua prestação em relação ao que ele, médico, prometeu.

³¹⁶ PENNEAU, p. 11.

³¹⁷ Sobre o assunto, Tereza Ancona Lopes de MAGALHÃES, comenta que o Código Civil brasileiro coloca a responsabilidade dos médicos entre os atos ilícitos, o que não lhe tira, entretanto, o caráter contratual. Responsabilidade civil do médico. In CAHALI, Yussef Saad (Coord.). **Responsabilidade civil**. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 36.

No que diz respeito à obrigação de meio ou de resultado, o que se entende é que tendo se comprometido a atingir um determinado e específico resultado, suficiente seria constatar o seu inadimplemento para caracterizar a culpa contratual.

De igual maneira, na obrigação de meio emprega-se a noção de culpa, vez que o devedor se compromete a fazer uso de sua atividade com diligência e esforço, na tentativa de atingir seu escopo.

O artigo 159³¹⁸ do Código Civil oferece o perfil do que se constitui uma obrigação de meio, ou seja, conduzir-se com a prudência, a diligência e a perícia de um bom pai de família, conforme acentua José Rubens COSTA,³¹⁹ ainda que considere ser o critério de "bom pai de família" mais afeito à determinação da culpa aquiliana.

Por seu turno, a obrigação de resultado, segundo o mesmo autor, estaria contida nas disposições do artigo 1.521³²⁰ daquele mesmo diploma legal, quando determina que são também

³¹⁸ Artigo 159 - "Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."

³¹⁹ COSTA. In **Cadernos...**, p. 71.

³²⁰ Artigo 1.521 - "São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob o seu poder e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

responsáveis pela reparação civil o patrão, o amo e o comitente por seus serviçais e prepostos quando estes, no exercício, ou por ocasião do trabalho a eles determinado.³²¹

Explica COSTA que tal situação não caracterizaria escusa de responsabilidade para as pessoas lá enumeradas - o que poderia deixar parcialmente sem aplicação o artigo 1.523: "provando-se que eles concorreram para o dano por culpa ou negligência de sua parte" -.

Tal aparente discrepância é corrigida pela jurisprudência, no que se iguala à fonte francesa: aquelas pessoas lá enumeradas não somente têm de vigiar seus empregados - o que caracteriza obrigação de meio -, como também assegurar a segurança de terceiros - o que diagnostica uma obrigação de resultado -.³²²

Em que pese a intenção do autor em delinear ambos os tipos de obrigação situando-os nos dois mencionados artigos, não se altera o fato de que a responsabilidade dos pais pelos filhos assenta-se na culpa presumida, enquanto a do patrão pelo seu preposto ou auxiliar está inserida na responsabilidade objetiva, conforme corrente jurisprudencial dominante.

VIII.8.1. O artigo 1.545 do Código Civil

O mesmo diploma legal estatui em seu artigo 1.545³²³

³²¹ *Ibidem, idem*, p. 71.

³²² Cf. COSTA. In *Cadernos...*, p. 71.

³²³ Artigo 1.545 - "Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícias, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir ou

que profissionais tais quais médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a ressarcir o dano advindo da imprudência, imperícia ou negligência de seus atos profissionais, definindo-se mais uma vez pela regra quase geral da teoria da culpa como pressuposto para a caracterização da responsabilidade civil e do dever de ressarcir.

No que tange aos cirurgiões-dentistas, DIAS³²⁴ entende que a responsabilidade daqueles profissionais envolve, mais acentuadamente, uma obrigação de resultado, e isto porque a patologia das infecções dentárias apresenta uma etiologia específica, com processos mais regulares e restritos. Disto resulta uma sintomatologia, um diagnóstico e uma terapêutica mais definidos e mais fácil para o profissional vir a comprometer-se com a cura.

Indicou-se, linhas atrás, não ser esse o pensamento atual em França, onde, de resultado é apenas a obrigação referente às próteses colocadas no paciente, todo o restante se inserindo na obrigação de meio, pois é bem patente que quando se trata do corpo humano, qualquer que seja sua região, o fator álea estará presente, o que é suficiente para eliminar a obrigação de um resultado definido e pré-determinado.

Os enfermeiros e parteiras estão sujeitos, na medida de suas atividades, aos princípios da responsabilidade médica, convindo lembrar que quando atuam sob a modalidade de equipe há uma outra problemática que se coloca, mas que foge ao tema do

ferimento."

³²⁴ DIAS, p. 284. n. 121. v.1.

presente trabalho. De qualquer maneira é bom que se cite que a respeito do trabalho em equipe, a primeira responsabilidade, via de regra é do médico, independente de culpa, vez que ele é considerado o chefe daquela. Nada obsta, porém, de ser apurada igualmente a culpa pessoal e profissional de seu preposto, bem como a responsabilidade objetiva da entidade hospitalar.

Quanto aos farmacêuticos, sua responsabilidade decorre, ordinariamente, da desobediência às prescrições médicas, ou por executá-las erroneamente, pela venda de produtos proibidos e, ainda, pelo exercício ilegal da profissão médica. Responde ele, também, pelo erro ou engano de seus prepostos, de acordo com o artigo 1.546³²⁵ do Código Civil, o que o enquadra, também, dentro da responsabilidade objetiva.³²⁶

VIII.9. A OBRIGAÇÃO DO MÉDICO VISTA PELO CÓDIGO DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

O princípio da responsabilidade objetiva do prestador de serviços, consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor, sofre uma única exceção, qual seja, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais.

VIII.9.1. Produtos e serviços

O artigo 14 da Lei nº 8.078/90 diz respeito ao trabalho dos profissionais liberais e, para bem entendê-lo, é necessário

³²⁵ Artigo 1.546 - "O farmacêutico responde solidariamente pelos erros e enganos do seu preposto".

³²⁶ DIAS, p. 281-2.

absorver previamente em qual sentido os termos *produto* e *serviço* são empregados na referida lei.

Dentro do que define João Marcelo de ARAUJO JÚNIOR,³²⁷ *produto*, ali, é empregado no sentido econômico, como fruto da produção, sendo algo elaborado por alguém, para satisfazer uma necessidade humana. É dentro desse enfoque amplo que o próprio Código, no seu artigo 3º, o define como "qualquer bem, móvel, imóvel, material ou imaterial".

ARAUJO JÚNIOR entende que produto é um bem, apresentando-se no texto legal em contraposição a serviço. Este, por sua vez, vem conceituado no parágrafo 2º, do artigo 3º: "serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária...", do que se depreende que somente aquela ação que tiver como contrapartida uma remuneração, possuindo, portanto, relevância econômica, é que estará caracterizada como serviço.

Os serviços podem ser materiais, imateriais, intelectuais, braçais, técnicos, domésticos ou exteriores e, para que se integrem às relações de consumo, devem ser lícitos, conceituando-se relações de consumo como aquelas que se estabelecem entre fornecedores e consumidores.

Tais relações, explica ARAUJO JÚNIOR,³²⁸ são fundamentalmente de confiança, já que o consumidor crê e espera

³²⁷ ARAUJO JÚNIOR, João Marcello. Da proteção à saúde e à segurança. Arts. 8º a 17. In **Comentários ao Código do consumidor**. CRETELLA JÚNIOR, João & DOTTI, René Ariel (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 55-69, p. 57.

³²⁸ ARAUJO JÚNIOR, p. 59.

que o produto ou o serviço adquirido possuam as características que satisfarão suas necessidades.

VIII.9.2. A teoria do risco permitido e assumido

Os produtos e serviços colocados à disposição no mercado de consumo não deverão acarretar riscos à saúde e à segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis, em decorrência de sua natureza e fruição. Por tal razão, o legislador pátrio consagrou a teoria do risco permitido e assumido.

As relações interpessoais, o sistema de produção e consumo, as necessidades humanas, cada vez mais sofisticadas, exigem e aceleram o progresso tecnológico, e, na busca de uma melhor qualidade de vida, dá-se, também o aumento de riscos.

Consciente de tal realidade, a doutrina construiu a *teoria do risco permitido e assumido*, segundo a qual aquele tipo de atividade reputada como socialmente conveniente - mesmo pressupondo algum perigo -, é permitida e se encontra justificada em razão da existência de um maior interesse social na execução da ação, do que na sua omissão.

Pela referida teoria, a aceitação daquele tipo de perigo não se refere apenas àquele que colocou o risco no mundo dos fenômenos, mas à sociedade como um todo, sociedade esta que admite como lícita uma atividade arriscada.³²⁹

O juízo valorativo, que permite a criação de fatores de risco, não advém de um único sujeito ativo, mas de todos os integrantes de uma sociedade, razão pela qual esta também

³²⁹ ARAUJO JÚNIOR, p. 60.

assume as consequências do risco permitido.

Cuidados são requeridos como exigência subjetiva do risco permitido, não sendo este considerado como violador da relação de confiança estabelecida entre fornecedor e consumidor. A obrigação de bem informar é um daqueles cuidados, pois os consumidores devem estar habilitados, pela informação, a fazer a escolha acertada de bens e de serviço.

VIII.9.3. As duas órbitas da proteção ao consumidor

No direito do consumidor é possível vislumbrar-se duas áreas distintas de concentração de preocupações: a primeira, centralizada na proteção da incolumidade físico-psíquica do consumidor, com o objetivo de proteger e preservar a sua saúde e segurança contra os acidentes de consumo provocados pelos riscos advindos do uso de produtos e serviços. A segunda área diz respeito à incolumidade econômica daquele, face aos incidentes capazes de atingir seu patrimônio.

De alguma maneira, informa Antonio Hermen de Vasconcellos e BENJAMIN,³³⁰ as duas áreas estarão interligadas, pois um dano à integridade físico-psíquica do consumidor poderá, por reflexo, atingi-lo em sua seara econômica, ocasionando-lhe diminuição de patrimônio.

VIII.9.4. A periculosidade inerente

Pode-se dizer que não há produto ou serviço totalmente

³³⁰ BENJAMIN, Antonio Hermen de Vasconcellos e. In **Comentários ao código de proteção do consumidor**. Arts. 12 a 27. OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1991. p. 23-81, p. 27.

seguro, e, segundo BENJAMIN, tal deve-se ao fato que tanto bens quanto serviços podem ter um resíduo de insegurança.

O autor retrocitado identifica, quanto à segurança, produtos e serviço de periculosidade inerente (ou latente), de periculosidade adquirida (em razão de defeito) e, ainda, de periculosidade exagerada.

Ao direito do consumidor interessa, fundamentalmente, a periculosidade adquirida, todavia, a do tipo inerente pode se transformar em adquirida, em virtude de carência informativa, ganhando relevância jurídica.

Em matéria de proteção à saúde e segurança do consumidor, informa BENJAMIM,³³¹ vigora a noção geral da expectativa legítima, ou seja, espera-se que os produtos e serviços que são colocados no mercado atendam às expectativas de segurança que deles legitimamente se espera.

Diz-se que uma expectativa é legítima quando se mostra plausível, justificada e real, ao ser confrontada com o estágio de conhecimento técnico e as condições econômicas da época.

O desvio de tal parâmetro seria o bastante para transformar a periculosidade inerente de um produto ou serviço, em periculosidade adquirida.

Quanto à periculosidade exagerada, seria aquela cuja insegurança ultrapassasse as fronteiras da expectativa legítima do consumidor.

A fronteira que medeia a zona de expectativa legítima pode ser delimitada com base no preenchimento de dois requisitos, um objetivo e o outro subjetivo.

³³¹ BENJAMIN, p. 48.

Dentro do critério objetivo, é exigido que a existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou de serviço. Pelo critério subjetivo, o consumidor deve estar preparado e informado, de tal maneira, quanto à existência daquela periculosidade, que o risco - em se concretizando num resultado negativo - não venha a surpreendê-lo.

Presentes esse dois requisitos, informa BENJAMIM, a periculosidade, mesmo dotada de capacidade para provocar algum tipo de acidente de consumo, será sempre qualificada como *inerente*, recebendo do direito um tratamento benevolente.

Daí, porque, a periculosidade deste tipo dar, raramente, causa à responsabilização do fornecedor, o mesmo não se dizendo da adquirida e da exagerada, por ultrapassarem as fronteiras da expectativa legítima do consumidor.

VIII.9.5. A atividade do médico no Código do Consumidor

O artigo 14, da Lei nº 8.078/90, no seu parágrafo 4º oferece o seguinte texto: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa." Tal postura quebra o, até então, previsto por aquela lei que enfoca, na sua totalidade, a responsabilidade objetiva. O citado parágrafo entra como exceção àquela regra.

A apuração da responsabilidade dos referidos profissionais far-se-á com base no sistema tradicional baseado na culpa e, segundo BENJAMIM,³³² apenas nessa exceção estão eles inseridos, submetendo-se, no mais, integralmente, ao

³³² BENJAMIM, p. 79.

traçado pelo Código.

Por profissional liberal, ensina Carlos Roberto GONÇALVES,³³³ há que se entender o prestador de serviço do tipo *solitário*, ou seja, aquele que faz do seu conhecimento a sua ferramenta de sobrevivência. É o médico, o engenheiro, o arquiteto, o advogado, o dentista.

Por outro lado, trata-se de categorias que cada vez mais tendem a se agrupar em torno de empresas prestadoras de serviço: os hospitais, os grupos de saúde, as empresas de engenharia, as sociedades de advogados.

A referida exceção, todavia, aplicar-se-ia apenas ao profissional liberal, não se estendendo àquelas pessoas jurídicas para as quais venha a prestar serviço, ou às quais se integre.

A norma de exceção diz, igualmente, respeito apenas ao *serviço* prestado pelo profissional liberal, do que pode se depreender que os fornecedores de produtos e serviços utilizados pelo profissional (desde que não sejam também profissionais liberais) responderão objetivamente por qualquer defeito que venham a apresentar.

VIII.9.6. A periculosidade inerente da atividade médica

Quando se diz que não há produto ou serviço que seja totalmente seguro está-se a referir à característica da periculosidade inerente, comum tanto a bens de consumo quanto à atividades funcionais.

³³³ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 261-2.

No exercício da função médica a periculosidade inerente é um fato inegável, pois o profissional trabalha com margens de previsibilidade.

A expectativa legítima do consumidor - aqui, paciente -, relaciona-se com a normalidade - traço objetivo - e a previsibilidade - traço subjetivo -, já descritos anteriormente, sendo a segurança um conceito relativo (já que serviço ou produto algum é totalmente seguro).

Dentro dessa perspectiva, é de extrema importância a atenção que o profissional vai dar quanto às informações a serem fornecidas a seu cliente sobre os riscos inerentes à toda atividade humana, e em especial à sua. Deve ele, também, levar em conta o nível de capacidade do paciente em captar e entender tais informações.

Se na área de consumo de bens materiais é importante o esclarecimento sobre determinado produto para que sua periculosidade inerente não se transforme em adquirida ou exagerada, na área médica aquela importância cresce sensivelmente, devido à nobreza da matéria prima à qual está vinculada a vida humana.

Incorrendo em erro e constatando-se a culpa, o médico, como qualquer outro fornecedor de serviço, deverá ser responsabilizado.

IX. O NORMAL E O PATOLÓGICO

IX.1. BREVES CONSIDERAÇÕES

Na observação dos atos da vida biológica e, por extensão, também dos próprios fatos sociológicos, pode-se constatar a existência de duas ordens de fatos dissemelhantes em seus aspectos, ou seja, os que são como deveriam ser e os que deveriam ser diferentes do que são.

Os primeiros dizem respeito ao fenômenos normais e, o segundo, aos patológicos³³⁴.

IX.2. A COMPLEXIDADE DA "MÁQUINA" HUMANA

Mencionou-se, linhas atrás, ser tamanha a complexidade do organismo que, muitas vezes, o que é normal se mostra como patológico e vice-versa, o que poderia ser apontado como uma razão a mais para se considerar inadequado o uso da conceituação como obrigação de resultado na caracterização de determinadas prestações em áreas da atividade médica. Senão, veja-se:

A dor é vulgarmente tida como indício de doença e não há como negar que existe uma nítida relação entre esses dois

³³⁴ "Patológico: relativo à patologia. Patologia: ciência que estuda a origem, os sintomas e a natureza das doenças. Patologia descritiva ou patologia especial: história particular de cada doença. Estado patológico, o mesmo que estado mórbido, de doença." **Novo dicionário brasileiro ilustrado**. 4. ed. rev. São Paulo: Melhoramentos, 1968. p. 625. v. 3.

fatos. Não obstante, enfermidades há que não são acompanhadas de dor, enquanto um pequeno corpo estranho no olho, por exemplo, pode levar a dores indizíveis.

Situações outras ainda podem ocorrer, quando tanto a ausência de dor, quanto a ocorrência do prazer, podem constituir-se *também* em sintomas de doença, assim como a própria insensibilidade pode vir a ser patológica.

Certas circunstâncias que fariam sofrer a um homem comum, podem gerar sensações de gozo naqueles que têm desvios de fundo psicológico, e, igualmente, em considerando a dor sob uma conotação patológica, há que salientar os estados puramente fisiológicos e normais mas que vêm acompanhados de dor, como a fome, a fadiga, o parto, entre outros, conforme exemplos de Emile DURKHEIM.³³⁵

Dessa linha de comparações, uma das deduções a serem tiradas diz respeito à subjetividade e à variação de patamares quando o assunto é o ser humano.

IX.3. A SAÚDE E A DOENÇA

No intuito de fazer a diferenciação entre saúde e doença, o autor supracitado concluiu que saúde é o estado de um organismo em que as possibilidades de sobrevivência atingiriam ao máximo, enquanto, doença seria a situação contrária, ou seja, tudo aquilo que tivesse como efeito diminuir aquelas potencialidades.

³³⁵ DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. 2. ed. Trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1960. p.48.

Pode-se entender, então, que tal critério estaria baseado na maneira como - tanto a doença, quanto a saúde -, poderiam afetar aquelas possibilidades de sobrevivência, ou seja, afetar as potencialidades de cada um; a doença seria vista como uma condição negativa, uma causa de destruição, já que, em geral, aquela tem como consequência o enfraquecimento do organismo.

Analisa, ainda, DURKEIM³³⁶ que ela, a doença, não é a única a produzir tal resultado, haja vista que até as próprias funções reprodutoras, em certas espécies inferiores, resultam fatalmente em morte, enquanto que nas espécies superiores, mesmo constituindo uma função normal, podem acarretar riscos.

Também a velhice e a infância teriam semelhantes prerrogativas, pois tanto o idoso quanto a criança são mais vulneráveis à causas que podem acarretar o fim de suas vidas. Contudo, não haveria lógica em tal constatação, pois, senão teria que se considerar um e o outro como seres doentes, se vistos em comparação com um adulto saudável, o que, sem dúvida, geraria confusão entre saúde e fisiologia.

Sobre isso, ainda questiona DURKHEIM: se a velhice fosse tida como uma doença, como distinguir então um idoso são, de um idoso doente?

De igual maneira, a menstruação - pelas perturbações que desencadeia na mulher -, poderia ser tida como um estado mórbido; entretanto, como qualificar como doentio um estado em que a sua ausência ou interrupção extemporânea constituem realmente uma patologia?

Afecções há que são passageiras e, para as quais, não se

³³⁶ DURKHEIM, p. 49.

lhes dá a menor importância, bem como outras existem, de caráter mais grave, e com o quê é possível conviver toda uma vida, quando se tem o cuidado de observar certas normas de conduta. E normas de conduta saudáveis todos têm de observar, não só os portadores de alguma anomalia, o que, por conclusão, não os torna diferentes dos demais.

Há que serem considerados, ainda, os casos de doenças tidas como úteis, cujo agente modificado - atenuado ou morto - é inoculado ao indivíduo para aumentar suas possibilidades de sobrevivência, como é o caso das vacinas.

IX.4. A IMUNIDADE

Por último, ainda é importante citar situações tais em que a perturbação causada pela doença é insignificante se comparada às imunidades que confere. Tal é o caso de um grande número de viroses, entre elas o sarampo, a rubéola e a coqueluche.

Com base nesses exemplos depreende-se que tudo quanto diga respeito à saúde, à normalidade e à fisiologia do ser humano está envolto e caracterizado por uma aura de complexidade e de subjetividade, pois não só, às vezes, o normal pode ser confundido com o patológico, conforme demonstrado, como aquilo que é válido e funciona para um indivíduo, pode não sê-lo e não funcionar para outro. É o que que se convencionou chamar idiosincrasia.³³⁷

³³⁷ "Idiosincrasia: constituição individual, em virtude da qual cada indivíduo sofre diferentemente os efeitos da mesma causa. Idiosincrise: manifestação típica de uma

A par dessas duas características - subjetividade e complexidade - soma-se o fator álea, a imprevisibilidade; assim, qualquer tema que diga respeito ao corpo do ser humano apresenta-se com uma enorme abrangência. Em caso de ocorrência de um erro médico, essa abrangência dificulta, em muito, não só a avaliação deste erro, como o posterior trabalho do julgador.

São, também, características tais quais - a subjetividade, complexidade, imprevisibilidade e álea -, as bases nas quais a autora deste trabalho se alicerça para considerar inadequada a utilização da obrigação de resultado para caracterizar um tipo de prestação onde grassam aqueles elementos.

X. A CIRURGIA PLÁSTICA

X.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A cirurgia plástica, área de especialidade da cirurgia geral, compreende as cirurgias *reparadoras* e as cirurgias *estéticas*, estas últimas também conhecidas como *cosmética*, *embelezadora*, *estrutural* e, até, de equilíbrio psicológico.

As cirurgias plásticas do tipo reparadora se destinam a corrigir defeitos congênitos ou adquiridos.³³⁸

As do tipo estética, como o nome já informa, tem como finalidade aperfeiçoar o físico do paciente, seja por um embelezamento maior, pela retirada de marcas do tempo ou de sinais outros que lhe perturbem o bem viver, isto é, que possam alterar, num sentido negativo, a sua qualidade de vida.

Se as cirurgias reparadoras têm uma finalidade terapêutica, associada a uma certa busca da estética - vez que nenhum tipo de deformidade física é agradável aos olhos -, o mesmo pode-se dizer, em sentido inverso, das cirurgias embelezadoras, pois se o seu motivo principal de existir é o estético, há nelas, igualmente, um lado terapêutico que não pode ser ignorado, haja vista que tais intervenções são também

³³⁸ Os enxertos reparadores para uma deformidade cicatricial, especialmente nos queimados, a correção de lábio leporino ou de fissura palatina, as osteotomias de recomposição plástica após consolidação viciosa, as cirurgias de mãos mutiladas em acidente de trabalho e inúmeras outras ocorrências são exemplos do que um profissional da área pode fazer, dentro do campo da cirurgia plástica reparadora, para abolir uma alteração patológica.

cognominadas de "cirurgias do equilíbrio psíquico".

Resta justificada tal nomenclatura quando lê-se a explicação dada pelo psiquiatra francês LOGRÉ, sobre os graus de desequilíbrio que uma deformidade física, ou uma alteração estética, podem trazer para uma pessoa.

Segundo ele, o hipocondríaco estético sente uma preocupação exagerada e se inquieta patologicamente por uma mínima imperfeição somática ou por se achar fora dos cânones da beleza convencional, ou, ainda, porque pensa não fazer uma boa presença frente a seus pares, devido a um defeito mínimo que aos olhos dos outros passa despercebido, mas que para si é intolerável, sendo, às vezes, menos suportável que uma grave enfermidade.³³⁹

X.2. BREVÍSSIMO HISTÓRICO DA CIRURGIA PLÁSTICA

Ainda que bastante recente, enquanto especialidade, a cirurgia plástica tem suas raízes assentadas há milênios atrás, pelas mãos de artesãos indianos.

Ocorre que, em determinadas épocas, não era incomum acontecer que, por força da lei ou da vontade dos reis, pessoas perdessem seu nariz. Tal, ocorria como uma forma de repressão a alguns delitos, inclusive a infidelidade conjugal; era, também, a marca que recebiam - por parte do governante vitorioso -, os prisioneiros de guerra.

Tal mutilação carimbava o indivíduo de duas maneiras: fisicamente, pela fealdade e, psicologicamente, pelo sinal

³³⁹ Apud BUERES, 1979, p. 372.

humilhante da escravatura.³⁴⁰

Os mutilados que dispunham da possibilidade, acudiam aos artífices da Índia para que lhes modelassem e reconstituíssem um substituto para o apêndice nasal perdido.

De arcaicos que eram, os procedimentos iniciais foram se aperfeiçoando pouco a pouco e, para tanto, se empenharam egípcios, gregos, romanos e chineses entre outros. BUERES³⁴¹ comenta que no século XVI, Gaspar TAGLIACCOZZI, natural de Bolonha, foi o primeiro a utilizar-se de enxertos do braço para reconstruir narizes e orelhas.

Na época contemporânea, esse ramo da cirurgia geral teve seu início de ascensão, como especialidade, a partir de 1914, como consequência da tentativa de readaptação funcional dos feridos em campo de batalha, principalmente dos traumatismos de face. Por mais estranho que tal possa parecer nos dias de hoje, foram a guerra e seus milhares de mutilados que deram nascimento àquela especialidade.

Tratando o novo assunto com a seriedade que demandava, criou-se em Paris, em 1930, a Sociedade Científica Francesa de Cirurgia Reparadora, Plástica e Estética. E, se no seu início aquelas intervenções destinavam-se aos mutilados da face, alguns anos mais tarde - estimulada pelo aumento dos acidentes de trânsito - teve seu âmbito alargado, atingindo, como passo seguinte, o domínio da vaidade feminina, e, atualmente, o da masculina também.

³⁴⁰ BUERES, 1979, p. 368.

³⁴¹ *Ibidem*, *idem*, p. 368.

A partir de 1950, consoante informação de BUERES,³⁴² os tribunais franceses, italianos e espanhóis, entre outros, admitiram as cirurgias destinadas a melhorar ou embelezar o corpo, como sendo uma atividade legalmente justificada.

A busca da estética pela via da cirurgia embelezadora alcançou tamanha demanda que acabou por favorecer a possibilidade de aparecimento de profissionais nem sempre bem preparados e com a suficiente perícia técnica que requer tal especialidade e, portanto, com maior probabilidade da incorrência em erro.

Todavia, mesmo aquele profissional que é competente e capacitado, não está livre de insucessos na área, pois um ato cirúrgico não pode ser programado matematicamente e, muitas vezes, o próprio paciente, por descuido ou omissão, colabora eficazmente para um resultado negativo.

X.3. O CIRURGIÃO PLÁSTICO, O CLIENTE, A RESPONSABILIDADE, A OBRIGAÇÃO

Às vezes o alcance psicológico de um defeito físico (que pode ser ínfimo) é tamanho, que cirurgião plástico algum poderá vir a atingir um resultado satisfatório. Daí, então, estaria gerada a possibilidade de o médico ser acusado de não ter adimplido a sua obrigação.

São casos assim, que apontam para a inadequação de ser conceituada como obrigação de resultado a atividade do cirurgião plástico estético (bem assim, a do anestesiológico).

³⁴² BUERES, 1979, p. 372.

Quando se lê com atenção a definição³⁴³ do que seja uma obrigação de resultado, é que se percebe a total inadequação entre esta e o campo de atividade daqueles profissionais, já que palmilhado de álea.

Não quer isto dizer - e fique bem claro não ser esse o escopo do presente trabalho -, que o médico não deva ser responsabilizado *nunca*, se o resultado ideal e querido não foi alcançado. O facultativo deve, sem dúvida, obrigar-se a um resultado, já que é a própria razão de ser da cirurgia, e deverá ser responsabilizado *sempre* que a causa de o resultado ideal não ter sido atingido assentar-se na sua inépcia, por erro grosseiro, fruto de sua negligência ou imperícia ou imprudência, ou seja, um resultado diverso daquele que seria obtido por qualquer de seus pares em idênticas circunstâncias.

Todavia, o que é resultado ideal? Como coincidir a imagem que dele têm o paciente e o cirurgião? Como coincidir figuras de âmbito tão subjetivo? Seria adequado, então, inserir elementos tão aleatórios em uma obrigação de resultado, concebida para situações específicas e fins determinados?

X.4. UM ESPAÇO VAZIO: A FALTA DO ELEMENTO INTERMEDIÁRIO

A responsabilidade do cirurgião plástico é mais ampla, sem dúvida, pois o paciente ao procurá-lo encontra-se, ao menos em tese, em estado de higidez.

³⁴³ "A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional." DINIZ, p. 163. v. 2.

As obrigações do clínico geral, do cirurgião e do cirurgião plástico reparador são, coerentemente, consideradas de meio. A do cirurgião plástico estético é colocada no outro extremo, sendo-lhe imputado o perfil de "resultado", o que, além de inadequado, como já se procurou demonstrar, é a consequência de não existir, ainda, na área do direito das obrigações, uma figura que se situe como um *meio-termo* entre aqueles dois tipos de obrigação. Tal lacuna, acaba por gerar, não só conceituações imprecisas, como uma maior dificuldade para os julgadores, podendo dar origem a conclusões nem sempre coerentes com a realidade dos fatos.

Citou-se, que data de 1950, a aceitação da cirurgia plástica como atividade legalmente justificada, e por igual razão, vale aqui também relembrar a noção que se tem de que o direito deve esposar o fato social. Da somatória das duas informações deduz-se que devido ao fato de ser tão recente aquela área de especialidade médica, o mundo jurídico ainda está se adaptando a ela - e, concludentemente -, de maneira precária, servindo-se de situações analógicas e de figuras nem sempre adequadas.

Falta um tipo - outro, um terceiro -, mas que possa ser inserido no meio, entre os extremos da obrigação de meio e da de resultado, e aí serem devidamente abrangidas e caracterizadas atividades tais quais a do cirurgião plástico estético e a do anestesiológico.

Encontramos em BUERES³⁴⁴ o pensamento de alguns autores que entendem ser a responsabilidade do especialista em

³⁴⁴ BUERES, 1979, p. 373.

estética de igual natureza que a do cirurgião geral, mas diferindo desta em extensão, e, portanto devendo ser apreciada com maior severidade.

A esta postura se filia a autora do presente trabalho: a responsabilidade do cirurgião plástico estético é maior que a do cirurgião geral, mas não pode ser inserida em uma obrigação de resultado, pela só razão que aquela se destina à situações onde o fator álea não está presente, conforme já fartamente mencionado.³⁴⁵

De igual pensar, informa PENNEAU³⁴⁶, é a corrente jurisprudencial da França. *In verbis*: La jurisprudence a admis, avec sans doute une certaine hésitation, que l'obligation du chirurgien esthétique n'était pas fondamentalement différente de l'obligation de tout autre chirurgien, en raison de l'aléa inherent à tout acte chirurgical.³⁴⁷

³⁴⁵ Os julgadores não dispõem da possibilidade de se definir coerentemente: a prestação do cirurgião plástico estético, ora é obrigação de meio, ora é de resultado e, no entanto, trata-se de idêntico tipo de prestação. Senão, veja-se: "CIRURGIA ESTÉTICA. - **Obrigação de meio.** [Sem grifo no original]. O profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá ele por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa. Agravo Reg. no Ag. n. 37.060-9 - RS. Rel.: Ministro Eduardo Ribeiro. Brasília, nov. 1994. Sem grifo no original. A seguir, tem-se: "CIRURGIA PLÁSTICA. **Obrigação de resultado e não de meios.** [Sem grifo no original]. O médico que se propõe a realizar melhoria estética da paciente, mediante cirurgia plástica do abdômen, se obriga a produzir resultado favorável à contratante e não danos..." Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. Ementa. Apel. cível n. 6348. Rel.: Des. Décio Xavier Gama. Rio de Janeiro, mar. 1993.

³⁴⁶ PENNEAU. *La responsabilité médicale.* p. 35.

³⁴⁷ "A jurisprudência admitiu, ainda que com uma certa hesitação, que a obrigação do cirurgião estético não era, fundamentalmente, diferente da obrigação de qualquer outro

Pode-se aduzir, então, que a atividade daquele esculápio não é só obrigação de meio. Não pode se situar na de resultado por ser inadequada tal proposição; assim, mais coerente é concluir que falta um terceiro elemento, intermediário entre um tipo e outro de obrigação;^{34B} que venha precisar - com apropriação -, qual seja o conteúdo da prestação do médico, nas especialidades da cirurgia plástica estética e da anesthesiologia, pois conceituá-las como de resultado - entende-se ter ficado demonstrado tratar-se de uma inadequação.^{34B}

Cabe, então, aos estudiosos contemporâneos uma pesquisa - quem sabe, até na seara da filosofia -, a fim de encontrar uma

cirurgiã, em virtude da álea inerente a todo ato cirúrgico".
Trad. pela autora.

^{34B} Há determinados julgados nos quais parece ser possível perceber a insatisfação do próprio julgador tendo que se apoiar em dois extremos. Há aqueles que optam por fazer uso de ambos. **In verbis:** "CIRURGIA REJUVENECEDORA. **Obrigação mista, de meio e de resultado.** [Sem grigo no original.] Responsabilidade do médico pelas despesas decorrentes do insucesso da operação e reparação do dano porventura causado à paciente, de natureza estética." Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro Ementa. Ap. Cív. n. 1.834/90. Relator: Des. Renato Maneschky. 7 ago. 1990. Outro exemplo:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA REPARADORA DE MAMAS. Tanto faz tratar-se de **obrigação de meio** ou **obrigação de resultado**; se as mamas da paciente continuam precisando de reparos, é porque foram mal reparadas. Daí responder o cirurgiã por perdas e danos, diante de sua responsabilidade **contratual**, embora limitada." Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro. Ementa. Ap. Cív. n. 2.984/86. Relator: Des. Sampaio Peres. 30 set. 1986. Grifada no original.

^{34B} "INDENIZAÇÃO. DANOS FÍSICOS E MORAIS DECORRENTES DE CIRURGIA PLÁSTICA DE CARÁTER ESTÉTICO MAL SUCEDIDO. Responsabilidade contratual e aquiliana que no caso se completam. Mesmo que se admita que a cirurgia plástica embelezadora é contrato de meio e não de resultado, a imperfeita execução da avença dá margem à reparação do dano...". Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro. Ementa. Apel. civ. n. 1329/90. Rel.: Des. Carpena Amorim. Rio de Janeiro, 25. set. 1990. Cópia de documento original.

maneira de gestar e conceber esse terceiro elemento, cuja falta tem se feito sentir.

Caso contrário, o que poderá ocorrer será uma tendência cada vez maior em objetivar a responsabilidade daqueles profissionais, deslocando-se sua área para a da teoria do risco, com o conseqüente desencadeamento do exercício de uma medicina defensiva e da dependência das companhias de seguro médico, o que inviabilizaria cada vez mais estar a especialidade ao alcance de muitos, e dispor o profissional da necessária liberdade do exercício de sua arte.

X.5. QUANDO INEXISTE RESPONSABILIDADE FRENTE A UM RESULTADO DIFERENTE DO ESPERADO

A cirurgia estética, pelas características e meandros que encerra, deve ser apreciada do ponto de vista subjetivo e, quanto à atividade do cirurgião - como em todas as demais profissões -, a busca da melhor conduta deve direcionar todas as atitudes levadas a efeito pelo profissional.

Pondera Aguiar DIAS,³⁵⁰ ser impossível compreender a irresponsabilidade de um médico que pratique uma operação de tal natureza, sem a existência de "um como que estado de necessidade, apreciável segundo as circunstâncias e na proporção dos riscos que imponha ao paciente".

Entende ele que, embora o profissional reconheça a necessidade da cirurgia, deve recusar-se a ela se o perigo da intervenção for maior que a vantagem que seria auferida pelo

³⁵⁰ DIAS. In *Seleções Jurídicas...*, p. 16.

paciente, não valendo para nenhum efeito a prova do consentimento daquele.

Não obstante, mesmo não correspondendo o resultado ao sucesso esperado, o autor retrocitado³⁵¹ aponta casos em que a cirurgia estética pode não acarretar responsabilidade para o facultativo, desde que tenha obedecido certos requisitos essenciais, a saber:

- a. tenha sido razoavelmente necessária;
- b. o risco corrido pelo paciente seja de menor proporção que a vantagem buscada;
- c. tenha sido a intervenção praticada de acordo com as normas da profissão.

³⁵¹ *Ibidem, idem, p. 16.*

XI. RISCO E ERRO

XI.1. O RISCO. A NECESSIDADE DE INFORMAÇÃO

O risco a correr pelo paciente é algo que deve ser analisado com extremo rigor pelo médico, com a consequente e devida informação àquele. Com referência a isso, a Corte de Cassação francesa aprovou decisão da Corte de Lyon, segundo a qual, em matéria de cirurgia estética, o médico está vinculado a um dever de informação especial quanto às consequências da intervenção, notadamente em relação ao problema da cicatrização.³⁵²

Toda atividade humana é, em potencial, uma geradora de riscos. De tal estigma não escapa o exercício da profissão médica e, para bem identificar o que foi erro, ou o que é fruto do risco, é necessário, antes, bem caracterizá-los.

De início, admite-se, segundo PANASCO³⁵³, "que existe uma condição de precariedade humana segundo a qual todos os esforços são inúteis". Portanto, o risco depende tanto da doença quanto do doente, sendo que o risco do ato médico será tanto maior, quanto maior for o da própria doença. Pode haver variantes de grau nesse risco, de acordo com o tipo de enfermidade, as condições orgânicas do paciente, bem como os recursos postos à disposição do facultativo no momento do

³⁵² In *Seleções Jurídicas*, p. 19.

³⁵³ PANASCO, p. 49.

atendimento àquele.

Os riscos, ou complicações, podem ser classificados como típicos e atípicos. Os riscos típicos são aqueles cuja delimitação está em função de uma porcentagem de frequência - fixados por casos concretos -, podendo ser manejada com critérios flexíveis e adaptáveis.

Fora desse perfil, as complicações que se produzem são atípicas e, conseqüentemente, imprevisíveis, o que implica em não exigir a adoção de medidas preventivas para evitar sua produção.³⁵⁴ O que, também, não impede de utilizá-las.

A distinção dos riscos típicos e atípicos adquire relevância no que diz respeito ao dever do médico de informar a seu paciente; assim, quando a complicação é previsível, um dos deveres do profissional é tomar as medidas preventivas necessárias exigidas pelas normas de sua profissão, outra é prevenir o paciente, ou pelo menos, fazê-lo entender que não há intervenção cirúrgica sem risco.

Pode ocorrer, também, que apesar de estarem descritos certos tipos de complicações e ser conhecida a sua porcentagem de ocorrência, ainda não existam medidas eficazes para preveni-las. Nesse tipo de situação cabe ao médico apenas o utilizar-se de uma técnica correta.

De igual maneira, a própria prevenção de certas complicações pode comportar riscos de dano mais grave do que aquele que se quer evitar ou, ainda, trazer dificuldades para o procedimento cirúrgico, propiciando risco para o êxito final daquele.

³⁵⁴ Cf. ESPANHA. Ministério de Sanidad..., p. 92.

Tal situação assemelha-se ao juízo da indicação e contra-indicação, o que só pode ser resolvido mediante a ponderação dos riscos que estão em jogo. Em não sendo a postura mais indicada o tomar tais medidas de prevenção, e advindo a complicação, pode-se julgar que esta terá sido inevitável, tendo, também, um caráter de caso fortuito.³⁵⁵

Conclui-se, pois, que a complicação qualificada como atípica é comparada ao acidente imprevisível e, portanto, se equipara ao caso fortuito.

Por outro lado, a existência de uma previsibilidade objetiva não impede que - individualmente -, a complicação seja imprevisível, isto é, o ortopedista nunca poderá saber se o paciente que ele irá operar se encontra entre os 3% que fazem embolia gordurosa³⁵⁶ nas cirurgias dos grandes ossos.³⁵⁷ Cabe-lhe tomar todas as precauções cabíveis a fim de que tal não ocorra, para que, em ocorrendo, possa ele isentar-se da responsabilidade por ter se precavido como requeria a situação.

Logo, o fato de ser previsível que a intervenção do médico possar vir a acarretar um resultado prejudicial para seu paciente não significa, necessariamente, que ele tenha agido com culpa, se tal resultado negativo vier a se efetivar.

³⁵⁵ ESPANHA, Ministério de Sanidad..., p. 93.

³⁵⁶ ESPANHA. Ministério de Sanidad, p. 91.

³⁵⁷ Embolia gordurosa - obstrução de uma vaso sanguíneo por bolha gordurosa que se despreende de um foco de fratura ou de cirurgia óssea. Dependendo do calibre e da localização da artéria obstruída os danos serão maiores ou menores, podendo causar, inclusive, a morte. GIOSTRI, Eduardo. **Entrevista concedida por médico clínico e cirurgião geral. Centro Médico Umuarama-PR.** Umuarama, 3 out. 1996.

O perigo representado por uma cirurgia não leva o cirurgião a não executá-la, desde que ele tenha condições de fazê-la com as idênticas possibilidades que um outro colega de profissão o faria, ponderando sempre o valor social que o leva a enfrentar o risco, e a necessidade da realização da intervenção. Exemplificando, deve ser muito diversa a atitude do médico frente a um caso de tumor cerebral e outro de uma plástica estética, se estiver previsto que em ambos os casos riscos graves ocorrerão para os pacientes.

Dentro do assunto em pauta, merece análise, ainda, as diferentes situações que enfrentam o médico de uma grande cidade e aquele que trabalha em uma localidade de pequeno porte. Não há dúvida que a responsabilidade de ambos é uma só, já que os conhecimentos básicos havidos foram os mesmos, entretanto há que avaliarem-se as condições de aplicação desses conhecimentos, a possibilidade de atualização, do emprego de novos métodos e da disponibilidade de aparelhos e medicamentos específicos.

Impende concluir que o médico que labuta no interior encontra-se em situação de risco maior que o seu colega do grande centro, não podendo, concludentemente, serem considerados como idênticos os resultados danosos de uma intervenção de urgência efetuada no meio rural, em precárias condições, e outra, realizada em hospital modelo, aparelhado com moderna tecnologia e dispondo de funcionários especializados.

Por último, quanto ao risco possível advindo da ingestão ou uso de medicamento prescrito pelo profissional, salienta-se,

uma vez mais, que todo o ato médico comporta risco, porquanto, conforme aponta FRADARA,³⁵⁸ "a mais banal injeção, o mais brando analgésico, são suscetíveis de graves consequências. Nessas condições, não será o médico responsável, porquanto tais causas são estranhas à culpa médica."³⁵⁹

XI.2. O ERRO. BREVES CONSIDERAÇÕES

Em YUNGANO³⁶⁰ lê-se que o médico trabalha com estranhos materiais, com o homem e com a vida, dois enigmas eternos que não se sabe como começaram, nem qual é o seu caminho.

Sem dúvida, a realidade da morte é, não só inquestionável, como representa o maior risco para a ciência médica, para o médico, ele próprio, e para o paciente. Sendo, porém, inevitável, que chegue ela como consequência da evolução natural do ser, e não por atos imprudentes ou negligentes daquele que foi habilitado para promover a manutenção de uma boa qualidade de vida. Que ele não se torne um entrave para o direito que cada qual tem de nascer, viver e morrer a seu tempo e maneira próprios.

³⁵⁸ FRADARA, p. 30.

³⁵⁹ Neste sentido: "Se a prescrição da medicação foi pertinente e cercada de cautelas recomendáveis e não havendo prova de que o profissional da medicina foi negligente, imperito ou imprudente no acompanhamento do tratamento, não há como considerar procedente a ação de indenização. Tribunal de Justiça. São Paulo. Apelação n. 11.267-1. Rel.: Des. Oliveira Lima. 19 mar. 1986. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 613, p. 46-53, nov. 1986.

³⁶⁰ YUNGANO, p. 198.

XI.3. O ERRO MÉDICO. CONCEITO

Para bem conceituar o erro médico, mister se faz, preliminarmente, uma comparação entre o que seja saúde e o que seja doença.

Admitindo-se que a saúde possa ser definida como o bem estar do indivíduo no seu sentido mais amplo; que a doença seja tudo que o afaste de tal situação; que o trabalho médico se sirva de procedimentos para combater a doença no intuito de restabelecer o estado de saúde, concludentemente, o erro médico seria representado pelo desvio ocorrido na obtenção daquele objetivo.³⁶¹

Erro médico pode, então, ser entendido como uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso. Este, podendo ocorrer tanto por ação, como pela omissão do profissional.

XI.4. O ERRO DO PACIENTE

Há, da parte do paciente, uma expectativa bastante grande em relação ao trabalho de seu médico, haja vista que ele está a laborar no que lhe é mais precioso: a sua vida e a sua saúde.

Importa salientar, porém, e consoante informação de MORAES, que frequentemente o paciente confunde a não realização de suas expectativas com um erro médico, sendo que "uma grande parte dos casos tidos pelos pacientes ou familiares como erro,

³⁶¹ MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 220.

decorre da incompreensão sobre o que lhe foi dito, ou do que não foi adequadamente entendido."³⁶²

O autor comenta, ainda, que o relacionamento entre médico e paciente não foge das dificuldades normais do conviver, onde cada um imagina a si próprio de uma certa maneira, que é diferente daquela que realmente é, sendo também diversa da que o outro imagina. Destarte, o relacionamento entre duas pessoas mostra-se como se fora multiplicado, como se fossem *seis indivíduos*.

Daí, uma das consequências possíveis são os desencontros de entendimentos e, na presença de uma doença, o estado de tensão emocional pode dificultar a compreensão dos problemas a ela atinentes. Em tais circunstâncias, um resultado esperado pelo médico poderia não ser bem aceito pelo paciente, ou sequer ser aceito.

Ressalte-se daí, a importância da boa relação médico-paciente e da necessidade de este último estar informado da melhor e mais ampla maneira possível sobre os prognósticos de sua patologia, independente dos diferentes níveis de sua capacidade de entendimento frente aos esclarecimentos fornecidos por seu médico.

XI.5. ERRO DE DIAGNÓSTICO E ERRO DE CONDUTA

Os diagnósticos, de uma maneira geral, apresentam uma explícita fragilidade no que tange à sua segurança, pois,

³⁶² MORAES, p. 221.

segundo informação de MOARES,³⁶³ até hoje são desconhecidas as causas de um terço das doenças já catalogadas.

Por tal razão, uma diagnose para ser exata tem que ser genérica; todavia, mesmo não dispondo de uma certeza frente à etiologia da doença apresentada por seu cliente - e, portanto, trabalhando com probabilidades -, o médico não pode incorrer em erro de conduta. Isto só será possível se ele estiver atento às respostas do organismo de seu paciente, alterando ou corrigindo o diagnóstico, sempre que tal se fizer necessário.

XI.6. ERRO ESCUSÁVEL OU ERRO PROFISSIONAL

Entende MORAES³⁶⁴ que "se o erro só pode ser estimado pelo resultado, o médico só deve responder pelo que depende exclusivamente dele, e não da resposta do organismo do paciente".

Para esse autor, parece estranho distinguir erro médico de erro profissional, mas, segundo ele, tal distinção tem sido feita principalmente por parte dos juízes, caracterizando o erro profissional como sendo aquele contingente que decorre de falta não imputável ao médico, seja pelas naturais limitações da medicina ou pela impossibilidade de um diagnóstico exato, o que poderia levar o profissional à escolha de uma conduta errônea.

Inserem-se nessa classe, também, os casos nos quais o

³⁶³ MORAES, p. 223.

³⁶⁴ MORAES, p. 225.

médico procedeu corretamente, mas o doente omitiu informações, ou não colaborou com a sua parte no processo de diagnóstico ou do tratamento.

Em todas essas situações podem ocorrer erros, mas serão vistos como intrínsecos às limitações da profissão e da natureza humana, não sendo imputados ao médico. São chamados de escusáveis, com base no fato de que todo procedimento técnico - mesmo corretamente efetuado -, traz em si uma possibilidade de resposta adversa.³⁶⁵

³⁶⁵ MORAES comenta que a leitura dos acórdãos demonstra, muitas vezes, a dificuldade de um juiz em se apoiar num laudo que nem sempre é bem circunstanciado ou claramente conclusivo. Pondera ele o quanto é complexa a questão em exame, para concluir que "a problemática de caracterização do erro em medicina não se restringe às fronteiras da ciência, mas se extravasa para os domínios da arte e do imponderável." Op. cit., p. 226.

XII. DA NECESSIDADE DE ADAPTAR O DIREITO

XII.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A intensidade da vida cotidiana separa ou aproxima os homens intensificando suas relações de conflito ou vizinhança, enquanto o constante aumento da pluralidade de suas atividades põe, cada vez mais, em risco a si próprio e àqueles que com ele convivem.

Tal efervescência é fonte inexaurível de situações novas a serem administradas pela seara jurídica.

O que era considerado adequado e suficiente, hoje é questionado e mais é pedido, em decorrência da dinâmica acentuada da vida contemporânea. Tal postura é contraditória em todas as áreas e nos próprios institutos do Direito Civil.

Nas palavras de FACHIN, "cogita-se agora, pois, de aprofundar uma revisão crítica principiada e não terminada, dado que não basta mais revelar a franca decadência que sofreram as bases sobre as quais se edificaram os institutos jurídicos".³⁶⁶

Não é sem razão, também, que em obra recente, André TUNC³⁶⁷ comenta que "les principes et les fonctions du droit de la responsabilité civile sont actuellement profondément

³⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. O novo direito civil: naufrágio ou porto? In CHAGAS, Silvio Donizete (Org.). **Licções de direito civil alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 72-75. p.73.

³⁶⁷ TUNC, p. 05.

remis en cause".³⁶⁸

Orlando GOMES, referindo-se ao tema aponta a "esterilização dos conceitos e o desmoronamento de construções que pareciam inabaláveis."³⁶⁹

Dúvidas não há, da necessidade de repensar o direito e, mais do que adaptá-lo, talvez a verdadeira e heróica solução seja uma transformação efetiva, vez que vive-se às portas do século XXI, servindo-se de um direito esculpido nos moldes dos séculos XVIII e XIX.

XII.2. Jus ex facto oritur³⁷⁰

A necessidade de transformação daquela parte que é possível ser mudada no direito é tamanha, e de tal forma faz parte do pensamento dos estudiosos da área, que SILVA registrou, em algumas páginas, o pensar daqueles eruditos, o que tentar-se-á reproduzir com palavras próprias, já que se compartilha do mesmo pensar.³⁷¹

Isto se faz, com o escopo de demonstrar que mudanças ocorrem e são necessárias, cabendo àqueles que amam o estudo do

³⁶⁸ "Os princípios e as funções da responsabilidade civil estão, atualmente, sendo profundamente repensados". Trad. pela autora.

³⁶⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 9.

³⁷⁰ "Do fato nascerá o direito." Trad. pela autora.

³⁷¹ Autores citados: RUMPF, Max; ALMEIDA, Lacerda de; GOMES, Orlando; CRUET, Jean; SEGOVIA; SPLENGLER, Oswald e o próprio autor da obra, SILVA, W.M., p. 2-3.

direito dedicarem suas vidas e mentes à pesquisa, em prol da resolução dos problemas jurídico-sociais e da consolidação das mudanças necessárias e cabíveis à solução daqueles.

O direito deve ser permeado pela vida, tendo brotado dela e destinado a regulamentá-la, razão pela qual não pode igualar-se - na sua parte formal -, à perenidade estática das catedrais da Idade Média, pois estes são trabalhos no granito, o qual desafia o tempo, enquanto a lei há que se rejuvenecer a cada passo, pelo sopro constante da vida, ou se tornará inadequada a seu próprio fim.

Como regra geral, a lei foi feita para a sociedade e não a sociedade para a lei; somente uma sociedade imutável admitiria a hipótese de uma lei inalterável.

As conclusões absolutas são, no direito, sempre perigosas o que é justificável quando se considera que as teorias - não obstante suas pretensões ao absoluto -, são a sua parte mais relativa.

A realidade circunstante e circundante se renova a cada passo e - por injunções de natureza política, econômica, histórica e filosófica -, vai detonar mudanças no próprio direito. A lei e os costumes não são simples abstrações, mas o reflexo de uma vida dinâmica e plena de mudanças, de uma vida imanente e, se o direito reflete a vida, será também de sua essência a mutabilidade. Não uma mutabilidade revolucionária, barulhenta, mas a mudança discreta que enseja ao direito caminhar ombro a ombro com a realidade.

E, por a vida ser um movimento imanente, explosivo, justifica o porquê de tantas instituições que pareciam

definitivamente consolidadas na órbita jurídica, acabarem por perder, com o tempo, o viço e o frescor, rumo à decrepitude franca, quando não se transformaram - senão no aspecto, pelo menos na estrutura interna -, num mimetismo exótico de sobrevivência.³⁷²

No que diz respeito ao tema do presente trabalho, a autora entende que tanto as obrigações de meio quanto as de resultado têm o seu lugar na órbita jurídica e continuam atuantes e necessárias na prática diuturna do direito. O que ocorre, todavia, é a falta de uma figura intermediária para caracterizar prestações como a do cirurgião plástico estético e a do anestesiológico.

Se a França - país onde o Brasil e outros tantos se espelharam, e ainda se espelham, no campo da doutrina e jurisprudência - entende que não cabe conceituar obrigação de resultado onde existe o fator álea, não seria uma franca decrepitude de parte da visão pátria continuar insistindo, expressamente, que a obrigação daqueles profissionais é de resultado?³⁷³

³⁷² GOMES refere-se ao assunto diagnosticando-o como "a esterilização dos conceitos e o desmoronamento de construções que pareciam inabaláveis". GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 9.

³⁷³ A bem da verdade é bom que se frise que não é a totalidade do pensamento doutrinário, mas parte dele, como citado acima, que entende ser tal obrigação de resultado. Bem assim, os julgados: alguns são expressamente a favor daquela caracterização, outros a vêem com cuidado e outros não a aceitam, conforme também ficou demonstrado atrás.

XII.3. IN MEDIO VIRTUS

In medio virtus, ou seja, a virtude está no meio. A existência de dois tipos extremos de obrigações para caracterizar o trabalho médico reporta à frase de SEGOVIA que aconselhava fugir das conclusões absolutas, porque perigosas no direito.³⁷⁴

Se obrigação de resultado diz respeito apenas a situações onde o fator álea inexistente, como utilizá-la para caracterizar uma prestação numa atividade onde aquele é abundante e constante?

Tal postura, no entender da autora, é nítida incoerência, posto que a inadequação é facilmente verificável.

O que se espera do direito é que tanto a norma, quanto a doutrina, devam ser suficientemente elásticas para poder abranger, de maneira razoável, as mutações da sociedade à qual elas se destinam, transformando-se num campo de ressonância das aspirações do momento presente da vida social.

Só assim o direito cumprirá condignamente seu papel e sua função de ser o reflexo dos ideais legitimados do homem - enquanto ser de direitos e deveres - na sua contínua caminhada.

³⁷⁴ Apud SILVA, W.M., p. 3.

CONCLUSÃO

O instituto da responsabilidade civil está sendo profundamente repensado e sua característica de mutante é algo que se comprova pela análise histórica das alterações nele ocorridas, ao longo das épocas.

A responsabilidade do médico, por sua vez, teve o seu perfil igualmente modificado, passando desde a irresponsabilidade quase total, até chegar aos dias atuais, quando aquele profissional é considerado responsável, como qualquer cidadão do mundo e, no exercício de sua profissão, poderá ser responsabilizado toda vez que agir com culpa em qualquer de suas modalidades: imperícia, imprudência ou negligência, e que, desse seu agir, tenha advindo dano para o paciente.

Também será culpado por erro grave e por omissão, sendo de extrema importância a constatação do nexos causal entre o seu ato e o dano.

Na responsabilidade civil do médico - considerada majoritariamente como contratual -, a sua obrigação é tida como sendo de meio. Contudo, nas especialidades da plástica estética e da anestesiologia ela é vista por parte da doutrina, e parte da corrente jurisprudencial, como sendo de resultado, não havendo, pois, unanimidade.

A classificação das obrigações, por Jean DEMOGUE, em obrigação de meio e de resultado - embasada no direito romano - foi posta em prática na década de vinte, destinando-se a

caracterizar certos tipos de novas prestações, posto que na área jurídica situações recentes, e até então inéditas, demandavam soluções.

Entre elas situava-se a problemática surgida com o transporte de pessoas e coisas, vez que no início do século, o surto e o progresso do automóvel geraram, também, problemas para a circulação viária e acidentes, cabendo, então, à órbita jurídica, resolvê-los ou bem solucioná-los.

Pela obrigação de meio, o devedor se compromete a empregar todos os meios disponíveis e apropriados para a obtenção de um determinado resultado, sem contudo, se vincular a obtê-lo.

Na obrigação de resultado, por sua vez, o devedor se obriga a um resultado fixo, pré-determinado, do qual ele não pode afastar-se, sob pena de ser considerada inadimplida a sua prestação. Tal tipo de obrigação foi considerada adequada e destinada a caracterizar prestações em áreas onde os imprevistos que pudessem ocorrer adviessem por força maior ou caso fortuito, com ausência do fator álea.

Algumas décadas depois, vê-se que, no Brasil, boa parte da doutrina e parte dos julgadores servem-se da expressão "obrigação de resultado" para caracterizar prestações em áreas de atividades onde grassa o fator álea, *verbi gratia*, na função médica.

O direito deve acompanhar os fatos jurídicos e o faz, todavia, com lentidão. De tal forma, vê-se obrigado, às vezes, a servir-se de figuras outras, emprestadas por analogia ou proximidade, para dirimir litígios, o que acaba por criar

situações de uma certa incoerência. Entende-se estar contido neste exemplo o fato de ser considerada como de resultado a obrigação do cirurgião plástico e do anestesiológico.

Pela falta de uma doutrina especializada, vez que na literatura jurídica pátria encontram-se apenas curtos parágrafos tratando do assunto, a temática das obrigações de meio e de resultado, por ser pouco pesquisada, passa também a ser mal empregada, levando a gerar conceitos imprecisos.

Tal fato fica nitidamente comprovado pela leitura dos acórdãos, onde se vê a prestação do cirurgião plástico estético ser conceituada ora como obrigação de meio, ora como de resultado, ora como mista. Idêntica falta de consenso é encontrada na doutrina.

O médico trabalha com valores inavaliáveis e não passíveis de reposição - como a saúde e a vida humana - o que eleva a sua responsabilidade a limites não atingidos pelos outros profissionais. Ademais disso, as responsabilidades do cirurgião plástico estético e do anestesiológico são, indubitavelmente, ainda de maior abrangência devido às circunstâncias e características próprias de suas áreas de especialidade. Contudo, enquadrar sua prestação de serviço num tipo de obrigação que se destina a áreas previsíveis, onde não há lugar para o fator álea, entende-se ser uma incoerência, especialmente se confrontada com a assertiva de que não há cirurgia sem risco.

A falta de um elemento intermediário, que possa se situar entre as duas obrigações - de meio e de resultado - tem, igualmente, igualmente colaborado para tal inadequação de

conceito; haja vista que se a prestação daqueles especialistas não se encaixa como obrigação de meio - por ser mais ampla -, também não está inserida na de resultado, pela simples razão de esta dizer respeito e se destinar a um tipo diverso de situação.

É, pois, tempo de no direito, estudiosos e pesquisadores voltarem seus olhos para a criação daquele elemento novo que possa - fidedignamente - caracterizar tais prestações, sem incorrer em erro ou injustiça, porque, na seara jurídica, um será sempre sinônimo do outro.

Esse desafio desborda desta dissertação, cujos objetivos restaram moldados pelas dimensões do presente trabalho, qual seja, coletar e sistematizar criticamente a legislação, doutrina e jurisprudência. Por isso, a conclusão aqui formulada, se de um lado é a linha de chegada desse esforço que julgamos tecnicamente útil e socialmente oportuno, por outro, insinua-se como um ponto de partida para revelar novos horizontes a serem desbravados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bori et al. São Paulo: Mestre Jou, 1962.
- 2 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 718, p. 33-53, ago. 1995.
- 3 ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade médica perante o paciente, o médico, a justiça, o seguro**. Rio de Janeiro: J.K. Editora, 1971.
- 4 ALMEIDA, Marcos de; MUNHOZ, Daniel Romero. A responsabilidade médica: uma visão ética. **Revista Bioética**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 147-150, 1994.
- 5 ALMEIDA, Vera Maria de. Responsabilidade médica. **Ars Curandi**, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 100-104, mar. 1991.
- 6 ARAUJO JÚNIOR, João Marcello. Da proteção à saúde e segurança. (Arts. 8º a 17). In CRETELLA JÚNIOR, João & DOTTI, René Ariel. **Comentários ao Código do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- 7 ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. São Paulo: Melhoramentos, [19--].
- 8 ARTIGAS, Giocondo Villanova. Minha visão sobre a responsabilidade médica. **Ars Curandi**, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 105-110, mar. 1991.
- 9 AZEVEDO, Álvaro Villaza de. **Curso de direito civil**. Teoria geral das obrigações. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.
- 10 -----, A responsabilidade civil e a correção monetária. In CHAVES, Antonio (Coord.) **Estudos de direito civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.
- 11 BAUAB, José Domenico. A ação do médico e a sua responsabilidade em consulta, tratamento, operação, internação e manutenção do paciente em hospital. In BITTAR, Carlos Alberto (Coord.) **Responsabilidade civil, médica e hospitalar**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- 12 BENJAMIN, Antônio Hermen de Vasconcelos e. Da qualidade de produtos e serviços da prevenção e da reparação dos danos. In OLIVEIRA, Juarez (Coord.) **Comentários ao Código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- 13 BERLINGUER, Giovanni. **Medicina e política**. 3. ed. São Paulo: Hucitec. 1987.

- 14 BÍBLIA. V. T. Português. **Bíblia sagrada**. Trad. João Ferreira de Almeida. Ed. rev. e atual. no Brasil. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.
- 15 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- 16 ----- (Coord.) **Responsabilidade médica, odontológica e hospitalar**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- 17 ----- **Direitos do consumidor**. Código de defesa do consumidor. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1991.
- 18 BIZATTO, José Ildefonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. Porto Alegre: Sagra, 1990.
- 19 BOUZON, Emanuel. **O código de Hammurabi**. Petrópolis: Vozes, 1987.
- 21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 1.329-3. Ângela Ester Langowski Govatzk e Ilian Zacarias Xavier Roth. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 21 nov. 1995. Cópia de documento original.
- 22 ----- Acórdão. Agravo Regimental nº 37.060-9-RS (93.0011918-4) Paulo Becker Amaral e Neuza Minani Luchsinger. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. 28 nov. 1994. Cópia de documento original.
- 23 BRUNO, Anibal. **Direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v.1. t.2.
- 24 BUERES, Alberto J. **Responsabilidad civil de los médicos**. Buenos Aires: Ed. Abaco, 1979.
- 25 ----- **Responsabilidad civil de los médicos**. Derecho de danos en la actividad médica. Lineamentos doctrinales y jurisprudenciales. 2. ed. cor. y ampl. 1ª reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, 1994, v. 1-2.
- 26 ----- **Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos**. Buenos Aires: Ed. Abaco, 1981
- 27 ----- El dano moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sígüe, a la vida de relación y a la persona en general. **Revista de Derecho Privado y Comunicativo**, Santa Fe, v. 1, p 237-268, 1992.
- 28 BUSSARELLO, Raulino. **Dicionário básico latino-português**. Florianópolis: Editora da U.F.S.C., 1991.
- 29 CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

- 30 ----- . **O erro como vício de vontade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- 31 CATTANEO, Giovanni. **La responsabilità medica nel diritto italiano.** In Responsabilità medica. Milano: Giuffrè, 1982.
- 32 CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Comentários ao Código de proteção e defesa do consumidor.** Rio de Janeiro: Del Rey, 1991.
- 33 CECCON, Leonardo. Erro médico - Papel do administrador hospitalar. **Ars Curandi**, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 46-58, mar. 1991.
- 34 CHAMMARD, Geoges Boyer; MONZEIN, Paul. **La responsabilité médicale.** Paris: Presses Universitaires Françaises, 1974.
- 35 CHAVES, Antonio. Responsabilidade civil do ato médico. Ato médico contrato de meios. **Revista trimestral de Jurisprudência dos Estados.** São Paulo. v. 117, n. 17. p. 9-27, out. 1993.
- 36 ----- . In **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1978. v. 14, verbete "causa".
- 37 COMPARATO, Fábio Konder. Obrigação de meios, de resultado e de garantia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 386. p. 26-35, dez. 1967.
- 38 CORBISIER, Roland. **Autobiografia filosófica.** Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1978.
- 39 CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da pós-eficácia das obrigações.** Lisboa: Lael, 1984.
- 40 CORRÊA, Alexandre. **Manual de direito romano.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- 41 COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações.** 3. ed. ref. Coimbra: Livraria Almedina, 1979.
- 42 COSTA, José Rubens. Da responsabilidade civil, contratual e delitual. In Universidade Federal de Minas Gerais. **Cadernos de Pós-graduação.** Belo Horizonte, 1972.
- 43 CRÉPEAU, Paul-André. **L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie.** Québec: Éditions Yvon Blais, 1989.
- 44 DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général.** Source des obligations. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925, v. 5.

- 45 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- 46 -----, -----, 10. ed., 1995.
- 47 -----. Responsabilidade dos médicos. **ADV Seleções Jurídicas**. Rio de Janeiro, n. 1, p. 7-31, maio 1994.
- 48 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. Teoria Geral das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, 2. v.
- 49 DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. 2. ed. Trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Editora Nacional, 1960.
- 50 DURRY, Georges. La responsabilité obéit-elle à un régime particulier en matière de chirurgie esthétique? **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v. 1., p. 152-154, jan.-mars 1982.
- 51 **ESPAÑA**. Ministério de Sanidad y Consumo. El médico ante el derecho. Madrid: Mijan, 1990.
- 52 ESPINOSA, Baruch de. **Ética**. Trad. Marilena de Souza Chauí Berlinck. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- 53 FACHIN, Luiz Edson. O novo direito civil: naufrágio ou porto? In CHAGAS, Silvio Donizete (Org.) **Licções de direito civil alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 72-75.
- 54 -----, -----, Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. In **Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio**. Curitiba: Juruá, 1994, p. 45-50, v. 172.
- 55 FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. **Direito das obrigações**. Coimbra: Livraria Almedina, 1990. v. 1. 2.
- 56 FARIA, Paulo Roberto Fernandes. **Entrevista concedida pelo Diretor Presidente da Unimed de Umuarama**. Umuarama, 29 jul. 1996.
- 57 FÁVERO, Flaminio. **Medicina legal**. 4. ed. São Paulo: Martins Editora S.A., 1963.
- 58 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1. ed. 15. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
- 59 FRADARA, Vera Maria Jacob. **A responsabilidade civil dos médicos**. Trabalho apresentado em seminário do curso de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, 1991. Cópia do original.

- 60 FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 2 .ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK, 1978.
- 61 ----- . ----- . 4. ed., 1987.
- 62 ----- . Erro médico - um enfoque político. **ARQUIVOS do Conselho Regional de Medicina do Paraná**, Curitiba, v. 7, n. 27, p. 48-155, jul/set. 1990.
- 63 GAMA-RODRIGUES, Joaquim; HABR-GAMA, Angelita. A importância do ensino na prevenção do erro médico. **Ars Curandi**, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 18-25, mar. 1991.
- 64 GAUDERER, E. Cristian. **Os direitos do paciente - um manual de sobrevivência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1991.
- 65 GIOSTRI, Eduardo. **Entrevista concedida por médico clínico e cirurgião geral**. Centro Médico Umuarama. Umuarama, 3 out. 1996.
- 66 GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico **versus** erro de magistrado. **Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris - Boletim Informativo**. Curitiba, n. 12, p. 2.607-2.608, 30 abr.1995.
- 67 ----- . Erro médico. Condições de trabalho médico. **ARQUIVOS do Conselho Regional e Medicina do Paraná**, Curitiba, v. 13, n. 49, p. 1-17, jan./mar. 1996.
- 68 GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 21. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.
- 69 GOMES, Júlio César Meirelles. Erro médico. Reflexões. **Revista Bioética**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 139-146.
- 70 GOMES, Orlando. **Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- 71 ----- . **Introdução ao direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- 72 GONÇALVES, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.
- 73 GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. São Paulo: Max Limonad, 1958. v. 1. t. 1.
- 74 GULLO, Carla; VITÓRIA, Gisele. Até os deuses erram. **Istoé**, São Paulo, n. 1347, p. 87-91, 26.07.1995.
- 75 HADBA, Assaf. Medicina e erros médicos. **Ars Curandi**, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 26-31, mar. 1991.

- 76 HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. **Filosofia da história.** Textos didáticos. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1969
- 77 HODJA, Matilde Josefina Sutter. Da responsabilidade civil e penal dos médicos. **Revista da Faculdades de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo**, p. 270-280, 1988.
- 78 HUME, David. **Traité de la nature humaine.** Trad. do inglês André Leroy. Paris: Aubier, 1983.
- 79 JOLIVET, Régis. **Tratado de filosofia.** Metafísica. Trad. Maria da Glória Pereira Pinto Alcure. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Agir, 1972.
- 80 JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile.** 2. ed. Paris: Dalloz, 1994.
- 81 KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- 82 KFOURI NETO, Miguel. A responsabilidade civil do médico. Separata de **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, n. 158, p. 37-61, jul./ago. 1990.
- 83 KOERNER JÚNIOR, Rolf. Erros médicos: II. Doutrina e consequências ético-legais. **ARQUIVOS do Conselho Regional de Medicina do Paraná**, Curitiba, v. 7, n. 26, p. 82-88, abr./jun. 1990.
- 84 KORNBRÖST, Louis. **La responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française.** Paris: Flammarion Ed., 1957.
- 85 LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia.** Trad. Fátima Sá Correia et al. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- 86 LALOU, Henri. **Traité pratique de la responsabilité civile.** 6 éd. Paris: Sirey, 1962, v. 1.
- 87 LANDMANN, Jayme. **Saúde e medicina: fatos e ficção.** Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.
- 88 LEME, Pedro Alcântara da Silva. O erro médico e suas implicações penais e civis. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 121-130, jan./mar. 1993.
- 89 LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco.** São Paulo: Empresas Gráficas da Revista dos Tribunais, 1938.
- 90 -----, -----, 1960.

- 91 LINS, Paulo Sérgio da Costa **et al.** (Coord.)
Responsabilidade civil - atividade médico hospitalar.
Rio de Janeiro: Esplanada: ADCOAS, 1993.
- 92 LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso e direito civil.** 2.
ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, v. 1-2.
- 93 -----, -----, 5. ed., 1989.
- 94 MACEDO, Silvio de. In **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São
Paulo: Saraiva, 1978, v. 14, verbete "causa".
- 95 MAGALHÃS, Tereza Ancona de. **O dano estético -
responsabilidade civil.** São Paulo: Editora Revista dos
Tribunais, 1990.
- 96 -----, Responsabilidade civil do médico. In CAHALI, Yussef
Saad (Coord.). **Responsabilidade civil.** Doutrina e
jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984.
- 97 MARCHESINI, João Batista. Erro médico. A visão do
profissional. **Ars Curandi**, São Paulo, v. 24, n. 3, p.
73-84, mar. 1991.
- 98 MARTIN, Leonard Michel. O erro médico e a má prática nos
códigos brasileiros de ética médica. **Revista bioética**,
Brasília, v. 2, p. 163-173, 1994.
- 99 MARTON, G. **Les fondements de la responsabilité civile.**
Paris: Sirey, 1937.
- 100 MAZEAUD, Henri. Essai de classification des obligations.
Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, t. 35, 1936.
- 101 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. **Traité théorique et
pratique de la responsabilité civile, délictuelle et
contractuelle.** 4. éd. Paris: Sirey, 1947. v. 1.
- 102 MENDES, Eugênio Villaça. Mesa redonda: sangue e qualidade
de vida. **Revista Espaço para a Saúde**, Curitiba, v. 4,
n.4, p. 19-22, jan. 1995.
- 103 MENGONI, Luigi. **Obbligazioni "di risultato" e
obbligazioni "di mezzi".** Studio critico. Milano:
Vallardi, 1954.
- 104 MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Acórdão. Apelação nº
118.642-5. Hospital São Lucas da Santa Casa de
Misericórdia e Edite Ferreira Campos. Relator: Juiz
Pinheiro Lago. 10 dez. 1991. **Revista dos Tribunais**, São
Paulo, v. 689, p. 227-230, mar. 1993.

- 105 ----- . ----- . Acórdão. Apelação nº 110.113. Vera Lúcia Barbosa Corrêa e Assad Aun Netto. Relator: Juiz Mercêdo Moreira. 21 ago. 1991. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 692. p. 149-151, jun. 1993.
- 106 ----- . ----- . Acórdão. Apelação nº 108.609-7. Armando Peloso e Justiça Pública. Relator: Juiz Alves de Melo. 19 fev. 1992. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 679, p. 374-382, maio 1992.
- 107 ----- . Tribunal de Justiça. Apelação nº 64.399. Diaulas Dayrell de Lima e Geralda Evany do Nascimento. Relator: Desembargador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 11 fev. 1988. **Revista Forense**, São Paulo, v. 303, p. 178-180.
- 108 MIRANDA, Pontes de. **Manual do Código civil**. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1927. v. 16. 3. p. t. 1.
- 109 MIRIO, Carmen C. O.; FERNANDES, Rute A. J. **Erro médico visto pelos tribunais**. São Paulo: Edipro, 1991.
- 110 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito das obrigações. 22. ed. 1ª e 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 4 e 5.
- 111 MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Anaconda, 1986.
- 112 ----- . **Ressarcimento de danos pessoais e materiais**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições, 1992.
- 113 MORA, José Ferrater. **Diccionario de filosofia**. Madrid: Alianza Editorial, 1990.
- 114 MORAES, Francisco Chagas de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 672, p. 275-276, out. 1991.
- 115 MORAES, Irany Novah. **Erro médico**. 2. ed. São Paulo: Santos Maltese, 1992.
- 116 ----- . Profissão sob suspeita. **Problemas brasileiros**. n. 289. jn./fev. 1992 p. 4-9.
- 117 ----- . O país do erro médico. **Revista Veja**. ed. 1.182. n. 20. 15 maio 1991. p. 7-9.
- 118 ----- . **Erro médico e a lei**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- 119 MOREAU, Alfred. **La responsabilité médicale**. Bruxelles: B.C. Éditeurs, 1891.

- 120 MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad civil del médico. In **Seguros y responsabilidad civil**. n. 2. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979.
- 121 MUNHOZ Y LARRAZ, Gustavo Lopes. **Defensas en las negligencias médicas**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1991.
- 122 NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade civil no Código do consumidor**. Porto Alegre: Aide Editora, 1991.
- 123 NASSIF, Antonio Celso Nunes. O erro e o médico. **Ars Curandi**, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 16-17, mar. 1991.
- 124 NEVES, Antonio Castanheira. **Questão de fato - Questão de direito** ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967. v. 1.
- 125 **Novo Dicionário Brasileiro Melhoramentos**. 4. ed. rev. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1968, v. 1 a 4.
- 126 OLIVEIRA, João Batista de; COSTA JÚNIOR. **Aspectos médico-legais da anestesia**. São Paulo: DGSB São Camilo, 1962.
- 127 ORSI, Luigi. **Riflessioni intorno al concetto di colpa professionale in la responsabilità medica**. Collano della Rivista Responsabilità Civile e Previdenza. Milano: Dott. A. Giuffrè Editora, 1982.
- 128 PACHECO, Newton. **O erro médico: a responsabilidade penal**. Porto Alegre: Livrarias do Advogado, 1991.
- 129 PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- 130 PARANÁ. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apelação nº 12.193-1 João Saldan Sobrinho e Ricardo Issao Otani. Relator: Desembargador Cordeiro Machado. 28 ago. 1990. Cópia de documento original.
- 131 -----. -----. Acórdão. Apelação nº 302/84. Orlando Lindo dos Santos e Casa de Saúde e Maternidade São José. Relator: Desembargador Cordeiro Machado. 27 set. 1988. Cópia de documento original.
- 132 -----. -----. Acórdão. Apelação nº 1.498/85. Afonso Gomes dos Santos e Axel Werner Hulsmeyer. Relator: Desembargador Marino Braga. 28 maio 1986. Cópia de documento original.

- 133 -----, -----, Acórdão. Apelação nº 726/87. Cláudio Aurélio Schenau e Hospital Paranaguá S/A. Relator: Desembargador Franco de Carvalho. 19 ago. 1987. Cópia de documento original.
- 134 -----,-----, Acórdão. Apelação nº 1.001/85. João Fernandes Caffaro Góis e Rosana Valle Rocha. Relator: Desembargador Renato Pedroso. 22 abr. 1986. Cópia de documento original.
- 135 -----,-----, Acórdão. Apelação nº 1.807/85. José Leite de Lima e Irmandade da Santa Casa de Londrina. Relator: Desembargador Ossian França. 23 abr. 1986. Cópia de documento original.
- 136 -----,-----, Acórdão. Apelação nº 335/83. Jose Leite de Lima e Irmandade Santa Casa de Londrina. Relator: Desembargador Lemos Filho. 15 jun. 1983. Cópia de documento original.
- 137 -----,-----, Acórdão. Apelação nº 55.760-6. Dirce Silva Mereniuk e Instituto de Fisioterapia e Reabilitação Ltda. Relator: Juiz Ulysses Lopes. 28 abr. 1993. Cópia de documento original.
- 138 PEIXOTO, Ivanyr Marsicano; OLIVEIRA, Sérgio Rodrigues de. E o que é erro médico? **Revista de Resseguros do Brasil**, Rio de Janeiro, n. 232, p. 13-18, set./dez. 1983.
- 139 PENNEAU, Jean. **La responsabilité médicale**. Paris: Éditions Sirey, 1977.
- 140 -----, **La responsabilité du médecin**. Paris: Dalloz, 1992.
- 141 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Da responsabilidade médica. **ADV Seleções Jurídicas**, São Paulo, v. 2, p. 5-10, jun. 1994.
- 142 PINOTTI, Henrique Walter. Profilaxia do erro médico. Decálogo do comportamento profissional. **Ars Curandi**, São Paulo, n. 3, v. 24, p. 8, mar. 1991.
- 143 -----, Erro médico. O cirurgião e sua competência. p. 87-89.
- 144 -----; DOMENE, Carlos Eduardo. Erro médico. Estudo analítico de suas raízes. **Ars Curandi**, São Paulo, v.24, n. 3, p. 61-68, mar. 1991.
- 145 PROENÇA, Nelson Guimarães. Erro médico: reflexões e sugestões. **Ars Curandi**, São Paulo, n. 3, v. 24, p. 9-10, mar. 1991.
- 146 PUECH-LEÃO, L. E. Erros médicos ou erros do sistema? **Ars Curandi**, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 39-45, mar.1991.

- 147 RAMOS, Pedro Lúcio Tavares. Erro médico. Aspectos jurídico e médico-legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 625, p. 415-419, nov. 1987.
- 148 REGO, Sérgio; MACHADO, Maria Helena. Médicos em números. Pesquisa. **Diálogo Médico**, São Paulo, n. 3, p. 36-38, mai./jun. 1995.
- 149 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apelação nº 1329. Elmo Glória Filho, Clínica Jabour Ltda. e Darimar Josefa Santiago. Relator: Desembargador Carpena Amorin. 6 nov. 1990. Cópia de documento original.
- 150 -----. Acórdão. Apelação nº 4.632. Elvio Maia Bastos e Caroline Santiago Lisboa. Relator: Desembargador Marcus Faver. 13 set. 1994. Cópia de documento original.
- 151 -----. Acórdão. Apelação nº 2.984. Alfredo Pedro Lebel Jimenez e Maria Gorette Pedrosa. Relator: Desembargador Sampaio Peres. 30 set. 1986. Cópia de documento original.
- 152 -----. Acórdão. Apelação nº 6.348. Onofre Moreira e Etelvina Barbosa dos Santos. Relator: Desembargador Décio Xavier Gama. 25 mar. 1993. Cópia de documento original.
- 153 -----. Acórdão. Apelação nº 1.934. Cláudio Cardoso de Castro e Lourdes Pereira. Relator: Desembargador Renato Maneschy. 7 ago. 1990. Cópia de documento original.
- 154 -----. Acórdão. Apelação nº 338. Maria Ivanete Lima Gonçalves e Antônio Joaquim Gabriel Neto. Relator: Desembargador Marcus Faver. 6 abr. 1993. Cópia de documento original.
- 155 -----. Acórdão. Apelação nº 5.174. Espólio de Wanda Marion Moraes de Figueiredo e Serviços Médicos à Indústria e Comércio S/C Ltda. e Cesar Eduardo Botelho do Nascimento. Relator: Desembargador Laerson Mauro. 3 mar. 1993. Cópia de documento original.
- 156 -----. Acórdão. Apelação nº 5.374. Clínica Santa Branca S/C Ltda. e Célio Ferreira. Relator: Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves. 17 ago. 1993. Cópia de documento original.
- 157 -----. Acórdão. Apelação nº 4.723. Ilda Mayer Araguez e José Ramiro Gialluisi Sá e Miguel Arcanjo Gialluisi da Silva Sá. Relator: Desembargador Humberto de Mendonça Manes. 12 dez. 1989. Cópia de documento original.

- 158 -----. Acórdão. Apelação nº 1.505. Walnei Rodrigues Pinto e Casa de Saúde Grande Rio Ltda. Relator: Desembargador Humberto de Mendonça Manes. 3 maio 1994. Cópia de documento original.
- 159 -----. Acórdão. Apelação nº 560. Ana Angélica Vilanova Benigno da Silva e Casa de Saúde Santa Terezinha S/A, Hospital Pan-Americano e Vantuir Martins Vaz. Relator: Desembargador Décio Xavier Gama. 7 abr. 1993. Cópia de documento original.
- 160 -----. Acórdão. Apelação nº 1.006. Waldemiro Alves de Moura Filho e Leandro Matos Soares. Relator: Desembargador Marlan de Moraes Sobrinho. 27 set. 1993. Cópia de documento original.
- 161 -----. Acórdão. Apelação nº 5.063. Norma Pacheco Senna, Golden Cross, Alexandre Roberto Mesquita e Oswaldo Luiz Dias Berg. Relator: Juiz Murillo Fábregas. 5 dez. 1992. Cópia de documento original.
- 162 -----. Acórdão. Apelação nº 4.486. Edinalva de Sousa Oliveira Rizzo e Hospital Silvestre. Relator: Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves. 15 mar. 1994. Cópia de documento original.
- 163 -----. Acórdão. Apelação nº 2.398. Branne Laboratório de Patologia e César Augusto Coelho Neves. Relator: Desembargador Fernando Whitaker. 21 set. 1993. Cópia de documento original.
- 164 -----. Acórdão. Apelação nº 2.101. Real Benemérita Sociedade Portuguesa de Beneficência do Rio de Janeiro, Maria do Rosário Lopes Rufino Alves e Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Pedro Fernando Ligiéro. 10 ago. 1993. Cópia de documento original.
- 165 -----. Acórdão. Apelação nº 2.623. Regina Lúcia Farias de Abreu Chiariadia e Udo Reis Medeiros. Relator: Desembargador Martinho Campos. 13 abr. 1993. Cópia de documento original.
- 166 -----. Acórdão. Apelação nº 1.232. Pedro Gomes Valente e Therezinha Miriam Baptistella Caldeira. Relator: Desembargador Basileu Ribeiro Filho. 6 ago. 1987. Cópia de documento original.
- 167 -----. Acórdão. Apelação nº 1.282. Nilza da Conceição Carvalho e Tânia Talia Mazzeo Norte. Relator: Desembargador Sampaio Peres. 28 abr. 1987. Cópia de documento original.

- 168 -----. Acórdão. Apelação nº 2.249. Fernando José Morehtzshon de Mello e José Barbosa dos Santos. Relator: Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito. 24 out. 1994. Cópia de documento original.
- 169 -----. Acórdão. Apelação nº 730. Cliesil Clínica São Silvestre Ltda. e Wilson Athaide Santos. Relator: Desembargador Carlos Pestana de Aguiar Silva. 11 jun. 1991. Cópia de documento original.
- 170 -----. Acórdão. Apelação nº 4.573. Lucilene Souza Lima e Três Poderes S.A. Supermercados. Relator: Desembargador J. C. Barbosa Moreira. 21 dez. 1990. Cópia de documento original.
- 171 -----. Acórdão. Apelação nº 3.583. José Carlos Vieira Romero e Margareth Mauricio Monteiro. Relator: Desembargador Hermano Duncan Ferreira Pinto. 12 maio 1992. Cópia de documento original.
- 172 -----. Acórdão. Apelação nº 1.232. Áurea Lúcia Soares de Oliveira e Yeda Belicha. Relator: Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves. 27 ago. 1991. Cópia de documento original.
- 173 -----. Acórdão. Apelação nº 5.273. Rainer Alexander von Blitters Dorff e Helênio Coutinho. Relator: Desembargador Thiago Ribas Filho. 6 jun. 1990. Cópia de documento original.
- 174 -----. Acórdão. Apelação nº 573. Elizabete Pinheiro dos Santos e Alayde Marques Neves. Relator: Desembargador Penalva Santos. 30 maio 1989. Cópia de documento original.
- 175 -----. Acórdão. Apelação nº 225. Maria Valente de Oliveira, José Humberto Cardoso Resende e Sociedade Beneficiante e Centro Integrado de Cirurgia Plástica. Relator: Desembargador Mello Serra. 11 maio 1990. Cópia de documento original.
- 176 -----. Acórdão. Apelação nº 2.521. Maria Grasiela Correia Leite e Climede - Casa de Saúde e Maternidade Ltda. Relatora: Desembargadora Áurea Pimentel Pereira. 9 out. 1990. Cópia de documento original.
- 177 -----. Acórdão. Apelação nº 4.198. Chaim Ruwin Pitkowsky e Lilia Maria Menezes Pires. Relator: Desembargador Humberto de Mendonça Manes. 20 out. 1992. Cópia de documento original.
- 178 -----. Acórdão. Apelação nº 2.427. Onofre Moreira e Márcia Samis Zolotar. Relator: Desembargador Hermano Duncan Ferreira Pinto. 17 set. 1991. Cópia de documento original.

- 179 -----. Acórdão. Apelação nº 4.000. Gilcemar Pereira Teixeira e Sociedade Civil Pronto Socorro São João. Relator: Desembargador Hêlvio Perorázio Tavares. 20 nov. 1990. Cópia de documento original.
- 180 -----. Acórdão. Apelação nº 2.793. Gastão Ferreira José de Aboim Almeida e Golden Cross Assistência Internacional de Saúde. Relator: Desembargador Ralph Lopes Pinheiro. 14 out. 1993. Cópia de documento original.
- 181 -----. Acórdão. Apelação nº 1.331. Luciano Teófilo de Almeida e Rio-Clinicas Previdência Médico-Social S.C. Ltda. Relator: Desembargador Pedro Fernando Ligiéro. 10 ago. 1993. Cópia de documento original.
- 182 -----. Acórdão. Apelação nº 5.389. Maria Augusta Batista de Santa Bárbara e João Alberto Soares Bittencourt. Relator: Desembargador Pedro Fernando Ligiéro. 22 fev. 1994. Cópia de documento original.
- 183 -----. Acórdão. Apelação nº 20. Célia da Silva Rozzante e Carlos Esmeraldino de Oliveira Caldas. Relator: Desembargador Elmo Arueira. 27 ago. 1991. Cópia de documento original.
- 184 -----. Acórdão. Apelação nº 2.238. Henrique José Americano e Semic Servicos Médicos à Indústria e Comércio Ltda. Relator: Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves. 10 nov. 1987. Cópia de documento original.
- 185 -----. Acórdão. Apelação nº 960. Maria Zuleida Lima, Maria do Carmo Oliveira Lima e Clínica Médico-Cirúrgica Dr. Edelberto Abdalla Ltda. Relator: Desembargador J.C. Barbosa Moreira. 2 maio 1991. Cópia de documento original.
- 186 -----. Acórdão. Apelação nº 1918. Francisco Silveira Nunes e Maria Ester de Almeida Rangel. Relatora: Áurea Pimentel Pereira. 31 out. 1989. Cópia de documento original.
- 187 -----. Acórdão. Apelação nº 3.309. Edith de Figueiredo Magalhães e Ciriaco Villardi. Relator: Décio Xavier Gama. 4 out. 1988. Cópia de documento original.
- 188 -----. Acórdão. Apelação nº 2.957. Ornóbio Pereira dos Santos e Elza de Lima Amora. Relator: Desembargador Álvaro Mayrink da Costa. 14 set. 1993. Cópia de documento original.
- 189 -----. Acórdão. Apelação nº 5.148. João Garcez Monteiro de Carvalho e Emma Oinheiro Morreuw. Relator: Desembargador Renato Maneschy. 31 mar. 1987. Cópia de documento original.

- 190 -----. Acórdão. Apelação nº 2.321. Semeg Serviços Médicos Guanabara Ltda. e Andréa Maria de Oliveira. Relator: Desembargador Marden Gomes. 21 jun. 1994. Cópia de documento original.
- 191 -----. Acórdão. Apelação nº 1.196. Dulcinéia Cardoso da Silva e Associação Congregação de Santa Catarina. Relator: Desembargador Ellis Figueira. 30 ago. 1988. Cópia de documento original.
- 192 -----. Acórdão. Apelação nº 4.624. Marly Alves Ferreira e Avany Coutinho. Relator: Mello Serra. 28 mar. 1995. Cópia de documento original.
- 193 -----. Acórdão. Apelação nº 1.035. Nanci e Cia. Ltda (Casa de Saúde São José) e José Renato de Mello. Relator: Desembargador Narcizo Pinto. 28 jun. 1994. Cópia de documento original.
- 194 -----. Acórdão. Apelação nº 2.563. Aday Coutinho e Joseph Antônio Roque. Relator: Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves. 27 set. 1994. Cópia de documento original.
- 195 -----. Acórdão. Apelação nº 5.419. Solange Maria da Cruz Soares e Casa de Saúde e Maternidade Santa Helena Ltda. Relator: Desembargador Roberto Wider. 4 maio 1995. Cópia de documento original.
- 196 -----. Acórdão. Apelação nº 3.377. Allan Paulino Santiago e Semic Serviços Médicos à Indústria e Comércio S/C Ltda. Relator: Desembargador Murillo Fábregas. 6 nov. 1995. Cópia de documento original.
- 197 -----. Acórdão. Apelação nº 5.111. Suely Ferreira de Araújo e Casa Portugal, Sociedade de Assistência Médica e Carlos Eduardo Pollastri. Relator: Desembargador Ralph Lopes Pinheiro. 6 dez. 1994. Cópia de documento original.
- 198 -----. Acórdão. Apelação nº 1.385. Nely Elias de Lima e Sociedade Italiana de Beneficiência e Mútuo. Relator: Desembargador Sérgio Cavalieri Filho. 18 ago. 1994. Cópia de documento original.
- 199 -----. Acórdão. Apelação nº 2.987. Luiz Fernando de Almeida Rangel e Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro e Eros Pacheco de Macedo. Relator: Desembargador Thiago Ribas Filho. 22 set. 1994. Cópia de documento original.

- 200 -----. Acórdão. Apelação nº 4.459. Mario Pinto da Silva Filho e Ana Paula da Silva Pinho. Relator: Desembargador Itamar Barbalho. 5 out. 1995. Cópia de documento original.
- 201 -----. Acórdão. Apelação nº 2.436. Sérgio Benchimol e Carlos Augusto Martins. Relator: Desembargador Clarindo de Brito Nicolau. 8 ago. 1995. Cópia de documento original.
- 202 -----. Acórdão. Apelação nº 2.222. Sistema Médico Brasileiro e Eloisa Maria de Jesus. Relator: Desembargador Humberto de Mendonça Manes. 30 maio 1995. Cópia de documento original.
- 203 -----. Acórdão. Apelação nº 3.606. Carlos Samary Filho e Sueli Peixoto Reis. Relator: Desembargador Humberto Paschoal Perri. 6 set. 1994. Cópia de documento original.
- 204 -----. Acórdão. Apelação nº 4.325. Salomon Bicarano e Maria de Lourdes da Silva. Relator: Desembargador Sylvio Capanema de Souza. 12 dez. 1995. Cópia de documento original.
- 205 -----. Acórdão. Apelação nº 6.322. Maria Augusta de Santa Bárbara e João Alberto Soares Bittencourt. Relator: Desembargador Luiz Carlos Perlingeiro. 29 fev. 1996. Cópia de documento original.
- 206 -----. Acórdão. Apelação nº 4.349. Dulce Vasconcelos Chaloub e José Victorino de Araújo Lima. Relator: Desembargador Thiago Ribas Filho. 6 dez. 1994. Cópia de documento original.
- 207 -----. Acórdão. Apelação nº 304. Maria Heloisa Figueiras e Cacilda Pereira Barbosa Filha. Relator: Desembargador Antonio Lindberg Montenegro. 18 abr. 1995. Cópia de documento original.
- 208 -----. Acórdão. Apelação nº 902. Sueli Topini de Almeida e Real e Benemérita Sociedade Portuguesa de Beneficência do Rio de Janeiro e José Paulo Ferreira. Relator: Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves. 13 jun. 1995. Cópia de documento original.
- 209 -----. Acórdão. Apelação nº 7.416. Marcelo Tristão Athayde de Souza e Laura Botelho Goldstein. Relator: Desembargador Murillo Fábregas. 7 nov. 1995. Cópia de documento original.
- 210 -----. Acórdão. Apelação nº 3.386. Nelson Bewiel e Luiz Haroldo Batista Pereira. Relator: Desembargador Torres de Mello. 4 out. 1994. Cópia de documento original.

- 211 -----. Acórdão. Apelação nº 21.816. Centro Médico Infantil São Tarcisio Ltda. e José Rubens Nassif. Relator: Desembargador Dourado de Gusmão. 22 jun. 1982. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 568, p. 157-160, fev. 1983.
- 212 -----. Acórdão. Apelação nº 17.613. Jayme da Cunha Oliveira e Casa de Saúde Nossa Senhora de Fátima S.A. Relator: Desembargador Felisberto Ribeiro. 20 ago. 1981. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 558, p. 178-180, abr. 1982.
- 213 -----. Acórdão. Apelação nº 95.351-1. Marco Augusto Guimarães e Centro Médico Rio Preto S.C. Ltda. Relator: Desembargador Roque Komatsu. 2 dez. 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 639, p. 52-54, jan. 1989.
- 214 -----. Acórdão. Apelação nº 31.652. Antonio Giardulli e Elza Bayout Mansur. Relator: Desembargador Paulo Dourado de Gusmão. 20 set. 1984. **Revista Forense**, São Paulo, v. 291, p. 248-249.
- 215 -----. Acórdão. Apelação nº 23.341. Clínica Dermatológica de Ipanema e Antonieta Pereira Bornhausen. Relator: Desembargador Paulo Dourado de Gusmão. 21 set. 1982. **Revista Forense**, São Paulo, v. 283, p. 196-197.
- 216 RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 4.
- 217 ROJAS, Nerio. **Medicina legal**. 11. ed. Buenos Aires: Libreria El Ateneo Editorial, 1976.
- 218 SÁ, Fernando Oliveira. **Clínica médico-legal da reparação do dano corporal em direito civil**. Coimbra: Lael, 1992.
- 219 SANTOS, Ulderico Pires dos. **A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- 220 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apelação nº 102.063-1. Sérgio de Souza Moretti e Ademilde Yoemi Oshiro. Relator: Desembargador Roque Komatsu. 25 out. 1988. Cópia de documento original.
- 221 -----. Acórdão . Apelação nº 11.267-1. Márcio Funghi de Salles Barbosa e Leonides Sobral. Relator: Ministro Oliveira Lima. 19 mar. 1986. Cópia de documento original.
- 222 -----. Acórdão. Apelação nº 89.250-1. Renato Paulo de Vita e Beneficiência Médica Brasileira S.A. Relator: Desembargador Márcio Bonilha. 24 mar. 1988. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Lex**. São Paulo, v. 113, p. 201-204 .

- 223 ----- . ----- . Acórdão. Apelação nº 143.752-2. Associação Congregação de Santa Catarina e Christiano Stockler das Neves Neto. Relator: Juiz Minhoto Júnior. 16 maio 1989. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Lex.** São Paulo, v. 120, p. 178-180.
- 224 ----- . ----- . Acórdão. Apelação nº 89.945-1. Hospital Pro-Matre e Oscar Morita. Relator: Desembargador Fonseca Tavares. 2 mar. 1988. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Estado de São Paulo. Lex.** São Paulo, v. 120, p. 180-182.
- 225 ----- . ----- . Acórdão. Apelação nº 75.410-1. Ana Paulo Xavier Benete e Pronto Socorro Infantil Sumaré Ltda. Relator: Desembargador Silva Ferreira. 2 jun. 1987. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Lex.** São Paulo, v. 109, p. 130-132.
- 226 ----- . ----- . Acórdão. Apelação nº 129.946-1. Paulo Francisco Lemes e Milene de Resende. Relator: Desembargador Cesar Peluso. 22 fev. 1991. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Lex.** São Paulo, v. 132, p. 161-163.
- 227 ----- . ----- . Acórdão. Apelação nº 3.455-1. Elza da Silva e José Velludo. Relator: Desembargador Mendes Perreira. 28 fev. 1980. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 545, p. 73-76, mar. 1981.
- 228 ----- . ----- . Acórdão. Apelação nº 13.214-1. Benícia Cardoso de Jesus e Serviço e Assistência Médica ao Comércio e Indústria. Relator: Desembargador Ferreira Prado. 4 fev. 1982. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 558, p. 57-59, abr. 1982.
- 229 ----- . ----- . Acórdão. Apelação nº 148.091. Adirson Pereira de Carvalho e Ministério Público. Relator: Desembargador Renan Lotufo. 12 nov. 1991. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Lex.** São Paulo, v. 136, p. 196-198.
- 230 ----- . ----- . Acórdão. Agravo e Instrumento nº 179.184-114. Ignaz Thallinger e Policlínica Santa Amália S/C Ltda. Relator: Desembargador Marco César. 8 out. 1992. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 691, p. 97-103, maio 1993.
- 231 ----- . ----- . Acórdão. Embargos Infringentes nº 276.395. Hospital, Maternidade e Pronto Socorro do Belém Ltda., Assistência Médico-Hospitalar à Indústria e Comércio S.C. Ltda. e Abdias José do Nascimento. Relator: Desembargador Nogueira Garcez. 6 ago. 1981. **Revista de Jurisprudência do Tribunal do Estado de São Paulo. Lex.** São Paulo, v. 76, p. 201-203.

- 232 ----- . Tribunal de Alçada Civil. Acórdão. Apelação nº 437.582-2. Delsa Naranjo Garcia e Valdevino Oliveira Aguiar. Relator: Juiz Antônio de Pádua Ferraz Nogueira. 10 jul. 1990. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 661, p. 98-99, nov. 1990.
- 233 SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural**. Paris: Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1939. t. 1 e 2.
- 234 ----- . -----, 2. éd. 1951.
- 235 SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre la cuádruple raíz del principio de razón suficiente**. Trad. Vicente Romano Garcia. Buenos Aires: Aguilar, 1967.
- 236 SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Ed. Universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- 237 SILVA, Francisco R. M. Moraes. Erros médicos: II. Doutrina e consequências ético-legais. **ARQUIVOS do Conselho Regional de Medicina do Paraná**, Curitiba, v. 7, n. 26, p.74-81, abr./jun. 90.
- 238 SILVA, Wilson de Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- 239 SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.
- 240 SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 674, p. 57-62, dez. 1991.
- 241 SOUZA, Maria Cristina de. Acerca da denúncia e erro médico. A patologia da relação médico-paciente. **Ars Curandi**, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 32-34, mar. 1991.
- 242 SOUZA, Djalma Sanzi. A saúde no sistema único de saúde. **Divulgação**, Porto Alegre, n. 6, p. 4-9, 1994.
- 243 STOCO, Rui. **Responsabilidade civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- 244 ----- . Responsabilidade civil dos profissionais liberais e dos prestadores de serviços. **Tribuna da Magistratura**, São Paulo, n. 75, p. 65-73, set. 1996.
- 245 SURGIK, Aloisio. **Entrevista concedida por professor de Direito Romano da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, 23 jun. 1996.
- 246 TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2. éd. Paris: Economica, 1989.

- 247 THOUVENIN, Dominique. **La responsabilité médicale.** Paris: Flammarion, 1995.
- 248 VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações.** São Paulo: Forense, 1977, v. 1.
- 249 -----. **Das obrigações em geral.** 7. ed. rev. act. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. v. 1.
- 250 YUNGANO, Arturo Ricardo; LÓPEZ BOLADO, Jorge D.; POGGI, Victor Luis et al. **Responsabilidad profesional de los médicos** - cuestiones civiles, penales, médico-penales, deontológicas. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982.
- 251 ZAMPIERI JUNIOR, Sidney; MOREIRA, Alexandre. Erro médico. Semiologia e implicações legais. **JEM - Jornal Brasileiro de Medicina**, São Paulo, v. 69, n. 1, p. 116-120, jul. 1995.
- 252 ZANNONI, Eduardo A. **El dano el la responsabilidad civil.** 2. ed. act. y ampl. 1ª reimpr. Buenos Aires, Astra, 1993.