O DANO MORAL DECORRENTE DA RESPONSABILIDADE MÉDICA PROFISSIONAL

Thyago Avelino Santana dos Santos, Advogado, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA), Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT, Pós-Graduado do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Processual Civil – UNISUL – IPAN – REDE LFG.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar a responsabilidade médica profissional na relação com seus pacientes, uma vez que ocorrendo falha médica, e comprovada a culpa, incide o dever de indenizar, o qual compreenderá os danos materiais e morais, em seus diversos graus de intensidade e valoração, conforme critérios que a lei e a jurisprudência vierem a fixar. O que precisa ser muito bem analisado é qual a extensão desse dano, quem é o responsável pelo mesmo e qual a ligação entre o causa e o dano ocorrido, pois o princípio fundamental do direito é o princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Erro; dano moral; responsabilidade.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the medical professional liability in connection with their patients, since medical failure, and evidence of guilt, concerns the duty to indemnify, comprising the material and moral damages, in its various degrees of intensity and valuation, as criteria that the law and jurisprudence will be fixed. What needs to be thoroughly examined is the extent that such damage, who is responsible for it and what the connection between the cause and the damage occurred, because the fundamental principle of law is the principle of human dignity.

KEYWORDS: Wrong; damage moral; responsibility.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os primórdios do dano moral; 3. Conceitos e aspectos doutrinários do dano moral; 4. A responsabilidade civil médica: pontos conflitantes; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O dano moral em seu contexto histórico tem primordial referência já no Código de Hamurabi, mesmo que de forma primitiva, e tinha como princípio a garantia do mais fraco, numa visão humanística do Rei da Babilônia para com o seu povo. Posteriormente, foi desenvolvido por outros povos, a exemplo dos indianos, gregos e romanos, aprimorando-se até os dias atuais.

O novo Código Civil de 2002, na dicção do artigo 927 parágrafo único, estabelece que haverá obrigação de reparar, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, e que tal obrigação existe, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

2. OS PRIMÓRDIOS DO DANO MORAL

O Código de Hamurabi aparece na história das leis como o primeiro documento legislador com fundamento de direito civil. Escrito em cuneiforme, o Código era seguido de forma muito respeitosa pelos babilônicos, que dele se valiam para solucionar suas contendas sociais de modo geral.

> Constam do referido código 282 dispositivos legais, que são conhecidos hoje por intermédio de uma versão escrita em forma de cunha, que cobre uma pedra de basalto encontrada em Susa, no Irã. Dizem os historiadores que esta pedra teria sido levada para lá por volta de 1100 a.C. Hoje esta pedra encontra-se guardada no Museu do Louvre. Uma verdadeira raridade, fruto de nossos antepassados (FERREIRA, 2004, p. 26).

Os dispositivos referidos por Ferreira (*op. cit*), eram na verdade parágrafos descritos por Hamurabi, rei humano que demonstrava profunda preocupação pelo seu povo e principalmente com os lesados, destinando a estes, reparação justa, tipo regra "olho por olho, dente por dente".

> § 196. Se um awilum destruir um olho de (outro) awilum destruirão seu olho.
> § 209. Se um homem livre ferir o filho de um outro homem livre, pagar-lhe-á 10 ciclos de prata pelo aborto.
> § 211. Se pela agressão fez a filha de um Muskenun expelir o fruto de seu seio: pesará cinco ciclos de prata.
> § 212. Se essa mulher morrer, ele pesará meia mina de prata.
> (CLEYTON REIS, apud FERREIRA, 2004, p. 27).

Esses dispositivos legais do Código de Hamurabi devem ter sido, em sua época, bastante eficazes, mesmo porque há de considerar que os mesmos partiam diretamente da vontade do Rei Hamurabi.

A história conta ainda da existência de um código originário da Índia, o Código de Manu, elaborado por Manu Vaivasvata, personagem mítico indiano muito respeitado pelos brâmanes, que eram membros da casta hindu mais alta, a dos homens livres.

> Manu, apesar de elaborar textos jurídicos, era muito religioso, tendo sido considerado o pai do Hinduísmo, e que até os dias de hoje é a religião predominante dos povos indianos. Com sua influência religiosa e política à época, Manu registra o feito de ter conseguido promover a organização geral da sociedade. Daí a importância desta figura lendária (FERREIRA, 2004, p. 28).

O Código de Manu promoveu inigualável avanço em relação ao Código de Hamurabi, porque tratava a reparabilidade do dano em pecúnia, diferentemente do código babilônico que reparava a lesão por outra lesão.

Em sua evolução, o dano moral tem na Grécia a proteção jurídica da reparação pecuniária, já com uma conotação científica que reúne elementos como civilização e democracia, graças aos grandes pensadores que se difundiam pela Grécia Antiga.

Em Roma, a preocupação maior era com a honra, razão porque afirmavam os romanos que a honesta fama *est alterium patrimonium* (a honesta fama é outro patrimônio), o que justifica o direito romano ser o mais consultado em todo o mundo, em função de que "a honra é uma prerrogativa motivada pela probidade da vida e dos bons costumes" (FERREIRA, 2004, p. 28).

Mas, é a partir de Ulpiano que o Direito Romano se expande. Protagonista dos preceitos *Jus Naturale* ou Direito comum a todos os seres, Ulpiano demonstrava a consciência do conceito de justiça por meio "dar a cada um o que é seu", "viver honestamente" e "não lesar outrem" (*Op. cit.*, p. 28).

Na Lei das XII Tábuas romana, encontram-se provas da reparação dos danos morais, como as constantes nos parágrafos da Tábua VII, dos quais se destacam:

> § 1º Se um quadrúpede causa qualquer dano, que o seu proprietário indenize o valor desses danos ou abandone o animal ao prejudicado.
> § 2º Se alguém causa um dano premeditadamente que o repare.
>
> .....
>
> § 6º Aquele que fez pastar o seu rebanho em terreno alheio.
>
> .....
>
> § 12. Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deve ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido é homem livre; e 150 asses, se o ofendido é um escravo.
>
> .....

> § 18. Se alguém matou o pai ou a mãe, que se lhe envolva a cabeça, e seja colocado em um saco costurado e lançado ao rio.
> (*Op. cit.*, p. 30).

Nas sólidas noções romanas de dano moral, é perceptível que o dano era reparado em pecúnia, mas também existiam resquícios do Código de Hamurabi, em que o dano físico era reparado com outro dano físico ao causador.

3. CONCEITOS E ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DE DANO MORAL

Os conceitos que envolvem o dano moral são inúmeros. Silva (*apud* FERREIRA, 2004, p. 31), define o dano moral como "lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito e sem patrimônio ideal, em contraposição ao material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico".

Este conceito de Silva dá a entender que o dano moral está diretamente ligado à pessoa, ao sujeito natural e não ao sujeito patrimonial, como ratifica Gomes (*apud* FERREIRA, 2004, p. 31): "é a lesão a direito personalíssimo produzida ilicitamente por outrem".

Mas, uma completa definição de dano moral é dada por Porto:

> Deve-se entender por dano moral, a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física, dor-sensação, nascida de uma lesão material; seja a dor moral, dor-sentimento, nascida de causa material, como o abalo do sentimento de uma pessoa, provocando-lhe dor, tristeza, desgosto, depressão, enfim, perda de alegria de viver (*apud* FERREIRA, 2004, p. 31).

O dano moral demonstra uma forte tendência ao crescimento em nossa atualidade, principalmente a partir dos entendimentos e

interpretações dadas aos "Direitos Universais do Homem". Tanto assim que as constituições de muitos países citam o dano moral e sua reparação, como uma proteção do cidadão à sua privacidade física e mental.

Embora a expansão histórica do dano moral tenha atingido os tempos atuais com uma nova maneira de interpretá-lo, face às múltiplas brechas deixadas pela lei e pelas diversas situações em que o fato pode ocorrer, o dano moral tem sido tratado pela esfera jurídica como direito de responsabilidade civil, razão porque da necessidade de classificação do dano em patrimonial, pessoal e moral por diversos juristas de renomes.

> [...] a) são patrimoniais os prejuízos de ordem econômica causados por violações a bens materiais ou imateriais de seu acervo; b) são pessoais os danos relativos ao próprio ente em si, ou em suas manifestações sociais, como, por exemplo, as lesões ao corpo, ou a parte do corpo – componentes físicos -, ou ao psiquismo – componentes intrínsecos da personalidade -, como a liberdade, a imagem, a intimidade; c) morais, os relativos a atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto (BITTAR *apud* FERREIRA, 2004, p. 33).

Nesse sentido, é importante perceber que os direitos tutelados, como da personalidade, atrelados à noção de dignidade humana, deriva a inviabilidade de enumerar centenas de hipóteses de ocorrência do dano moral e, justaposto a isto, a imensa galeria de possibilidades na reparação do dano em qualquer esfera da relação jurídico-social.

No transito doutrinário, vale acrescentar a manifestação de Cahaly (2000, p. 12), de que "a Constituição de 1988 apenas elevou à condição de garantia dos direitos individuais à reparabilidade dos danos morais, pois esta já estava latente na sistemática legal anterior", sendo, portanto, inaceitável a pretensão de que a reparação dos danos dessa natureza

somente seria devida caso verificados posteriormente à referida Constituição.

Após a Constituição de 1988, veículo que positivou o silogismo criado pela doutrina e jurisprudência, sobreveio "o enunciado da Súmula nº 37 do Colendo Superior Tribunal de Justiça que expressamente admite a acumulação de reparações por danos material e moral oriundos do mesmo fato" (CAHALY, 2000, p. 13).

Mas é importante ressaltar:

> Enunciado nº 7 da Súmula/STJ. Dano Moral. Demonstração de prejuízo. Desnecessidade. Violação de Direito. Responsabilidade tarifada. Dolo do Jornal. Inaplicabilidade. Não-recepção pela Constituição de 1988. Precedentes. Recurso desacolhido.
> I – Tendo constado do aresto que o jornal que publicou a matéria ofensiva à honra da vítima abusou do direito de narrar os fatos, não há como reexaminar a hipótese nesta instância, por envolver análise das provas, vedada nos termos do Enunciado nº 7 da Súmula /STJ.
> II – Dispensa-se a prova de prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo – o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito (FERREIRA, 2004, p. 43).

De suma importância também é a revelação de que, no dano moral, a dor e o sofrimento impedem que o homem exerça de forma plena o seu direito inalienável à vida. Assim, o direito positivo, válido como instrumento de justiça, não vira as costas para as ofensas capazes de promover a ruptura de tal plenitude, tanto na esfera material, quanto na esfera moral.

É por essa razão que a dignidade da pessoa humana, juntamente com os seus sentimentos de estima e luta pela vida, merecem ser respaldados por parte dos operadores do Direito para minimizar os danos que a afetem pela reparação humana.

O elemento complexo que se insere no dano moral e sua reparação é parte integrante do direito factual que, percebendo as variáveis circunstanciais que envolvem cada fato específico, age em sua defesa, promulgando a melhor solução entre os sujeitos envolvidos.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: PONTOS CONFLITANTES

A abordagem sobre a responsabilidade civil médica abre um preâmbulo para a discussão da responsabilidade civil do médico em suas diversas áreas de atuação.

Há uma necessidade da compreensão, a priori, das responsabilidades civis, penais e disciplinares do médico, para que se formate, sem nenhum erro de justiça, a compreensão do direito positivo brasileiro.

> A responsabilidade será objeto de análise jurídica quando houver um dano. Tal dano pode ter repercussões para o indivíduo, tanto no seu patrimônio quanto na sua moral, bem como na sociedade, desequilibrando o sistema igualitário de condutas. Assim, o dano patrimonial ou moral será analisado sob a ótica do direito civil, bem como do direito do consumidor. O dano à sociedade é analisado sob a ótica do direito penal. A primeira reparação tem natureza ressarcitória e reparatória, e a segunda, essencialmente natureza punitiva (OMETTO, 2004, p. 87).

Para Ometto, na responsabilidade penal visa-se especialmente à sanção punitiva de atos médicos, em caso de homicídio qualificado em razão da profissão, omissão de socorro, prática do aborto, falsificação de atestado médico, entre outros elementos que caracterizem o ato punitivo penal.

Podem envolver todos esses atos a questão do dolo ou culpa, ou ainda, ação ou omissão intencional do médico. Abrindo o processo legal, nesses casos, e havendo a condenação, será de natureza punitiva. Nessas possibilidades, buscar-se-á a natureza da responsabilidade específica, que recai sobre as modalidades da negligência, da imprudência e da imperícia.

No tocante à responsabilidade disciplinar do médico, "que consiste na apuração de danos decorrentes de sua conduta ético-profissional" (OMETTO, 2004, p. 88), sendo comprovada, a condenação será de natureza administrativa e repercutirá no seu lado profissional. Nesse sentido, a sanção envolverá desde uma simples advertência até a cassação de seu diploma.

Já na responsabilidade civil do médico cirurgião, poderá existir uma análise de sua conduta médica dentro dos padrões médico-jurídicos.

> O conhecimento dos preceitos éticos da profissão, a análise estes, bem como dos morais dão o contorno da situação de forma mais abrangente. É importante que o Judiciário tenha conhecimento das normas éticas da medicina, ao julgar um caso de responsabilidade civil médica, aplicando-as à realidade socioeconômica da localidade e do momento histórico dos fatos, haverá então, um julgamento justo (OMETTO, 2004, p. 89).

Desse modo, o julgamento da responsabilidade do médico pode existir conforme as circunstâncias sócio-geográfico-culturais do paciente. Na verdade, os princípios do Código Civil de 2002 da boa-fé objetiva e subjetiva amplamente destacada no CDC, juntamente com os princípios da transparência e da informação atrelados ao princípio da função social da norma civil, deságuam no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Dentre as diversas classificações da responsabilidade civil médica, duas podem ser amplamente exploradas: a contratual e a extracontratual ou aquiliana.

Segundo Ometto (2004, p.93), "a responsabilidade civil do médico tem sua origem na responsabilidade civil aquiliana. Entretanto, é pacífico, na doutrina atual, que a responsabilidade civil médica é contratual". Destaca-se assim uma questão importante, que é o contrato de consumo, tendo em vista sua origem numa prestação de serviços.

Leva-se também em conta que os princípios contratuais a serem observados pelos contratantes nas relações médico-paciente se incluem, como já verificados, no CDC, coadunando-se com Código Civil de 2002.

Dito isto, pode-se conduzir a responsabilidade civil médica para uma análise dos conceitos e aplicações decorrentes do dolo, culpa e risco, amplamente abordados nas discussões que envolvem os fatos das relações médico-paciente. Esses institutos jurídicos são extremamente importantes para o entendimento da responsabilidade civil e possível reparação do dano moral.

> Modernamente, o conceito de dolo alargou-se, convergindo a doutrina no sentido de caracterizá-lo na conduta anti-jurídica, sem que o agente tenha o propósito de prejudicar. Abandonando a noção tradicional do ânimo de prejudicar, aceitou que a sua tipificação delimita-se do procedimento danoso, com a consciência do resultado. Para a caracterização do dolo não há mister perquirir se o agente teve o propósito de causar o mal. Basta verificar se ele procedeu consciente de que o seu comportamento poderia ser lesivo (PEREIRA, 2004, p. 66).

Verifica-se, portanto, que o dolo pode ser um ato consciente, premeditado, intencional, o que leva a julgamento da ação dolosa, ou seja, daquilo que é possível julgar em função da premeditação e do livre-arbítrio de cometimento do ato. Sendo assim, o dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito.

Na culpa, o que poderia ser caracterizado como um ato consciente, em direito não o é, pois é recorrente à imperícia, à negligência e à imprudência, conforme se observa:

> A falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude (DIAS, 2000, p. 143).

Como na maioria das vezes a responsabilidade civil médica decorre da verificação da culpa, é importante perceber que esta apresenta sempre os três elementos que a caracterizam, ou seja, a imperícia a negligência e a imprudência, sendo a imperícia a falta de habilidade ou inaptidão para praticar determinado ato; a negligência refere-se à inobservância de normas que ordenam o agente a agir com a atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é o ato de proceder sem cautela.

Assim, não há responsabilidade sem culpa, com exceção da disposição legal expressa, caso em que ocorrerá responsabilidade objetiva. Tanto a imperícia, quanto a negligência e a imprudência, podem estar presentes em conjunto ou isoladamente no ato do agente. Em qualquer circunstância, a culpa estará caracterizada, sendo de maior ou menor intensidade, conforme a presença desses elementos conjunta ou isoladamente.

Cavalieri Filho ameniza o ato culposo quando estabelece a diferença entre a culpa e o erro profissional na responsabilidade médica como duas partes distintas:

> Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 52).

Nesse contexto, pode-se somar aos elementos principais da culpa sobre a responsabilidade médica, a moderna visão da culpa da ignorância, da má qualificação formal do médico, da não atualização. Assim, constitui-se culpa a falta de conhecimento profissional e do dever de informar e diligenciar.

Além do dolo e da culpa, é importante mencionar o risco, que fundamentalmente se volta para a responsabilidade objetiva. Nesse sentido,

> A responsabilidade médica, deve-se destacar, é derivada de uma relação de consumo, por isso, rege-se, nestas circunstâncias pelo CDC e seus nortes. Quando o médico atuar como profissional liberal sua conduta estará sujeita à análise dos elementos da culpa e da sua gradação, para efeitos da indenização, quando comprovada sua culpa. Quando atuar em hospitais, como empresário médico, ou como empregado, será considerado como fornecedor de serviços como outro qualquer e responderá pela atividade de risco e perigo, e pela lei, considerada responsabilidade objetiva, subssumida à teoria do risco, ou seja, sem qualquer verificação de culpa. A indenização dos danos, pelos critérios do Código de Defesa do Consumidor, deve ser de reparação integral (OMETTO, 2004, p. 106).

Analistas jurídicos consideram que a contemporaneidade busca a mudança de foco da responsabilidade civil médica: prioriza a análise do dano e seu causador, primordialmente quanto à indenização, para concentrar a atenção na preocupação e análise dos fatos sob o enfoque da própria vítima, sua dor e sua reparação, visando atender, desse modo, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

5. CONCLUSÃO

A responsabilidade médica está basicamente lastreada no conceito de culpa, em suas diversas modalidades: a culpa por negligência,

imprudência e imperícia. Ocorrendo falha médica, e comprovada a culpa, incide o dever de indenizar, o qual compreenderá os danos materiais e morais, em seus diversos graus de intensidade e valoração, conforme critérios que a lei e a jurisprudência vierem a fixar. Cabe, portanto ao médico, precaver-se da melhor forma possível, tomando todas as cautelas que julgue necessárias, inclusive no que diz respeito ao próprio aprendizado e atualização.

O nexo causal é baseado em princípios e não possui um conceito jurídico estabelecido, sendo o elo que fecha o círculo, o vínculo entre ser indenizado ou não.

O Código de Defesa do Consumidor é o maior marco na responsabilidade civil médica da história do direito brasileiro, porque não só mudou o direito do paciente, como mudou a cultura jurídica da sociedade. Foi a partir dele que a população, em geral, passou a acionar os médicos, que eram quase intocáveis. Como qualquer responsabilidade civil há excludentes: como caso fortuito, força maior, culpa de terceiros, culpa exclusiva da vítima e a culpa concorrente que, efetivamente, não exclui mas atenua a responsabilidade.

Considera-se que a complexidade do ato cirúrgico já seria suficiente para caracterizar a obrigação profissional, além disso, os deveres da transparência, da boa-fé objetiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, estão muito ligados no relacionamento médico-paciente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Eduardo de C. B; SILVA, Arthur Marques. *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 de fevereiro 2009.

_____. Lei nº 8078, de 1 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: < http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8
078.htm>. Acesso em: 14 de fevereiro 2009.

CAHALY, Yussef Said. *Dano moral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de sociologia jurídica*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
FERREIRA, Daniele Moura. *O contrato de consumo (e os princípios informadores no novo Código Civil)*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 2004.
OMETTO, Antonio Orlando. Código de defesa do consumidor e o usuário Unimed. Responsabilidade do cooperado no Hospital Unimed. In: *Seminário Nacional Recursos Próprio do Sistema UNIMED*. São Paulo. São Paulo, 2004.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11ª ed. Vol. III. Rio de janeiro: Forense, 2004.
REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.