

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Pedro Henrique Carneiro da Fonseca

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE SOB O  
ENFOQUE DO BIODIREITO E DA BIOÉTICA**

BELO HORIZONTE  
2014

Pedro Henrique Carneiro da Fonseca

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE SOB O  
ENFOQUE DO BIODIREITO E DA BIOÉTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza

Belo Horizonte  
2014

#### FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F676r Fonseca, Pedro Henrique Carneiro da  
A responsabilidade civil na relação médico-paciente sob o enfoque do  
biodireito e da bioética / Pedro Henrique Carneiro da Fonseca. Belo Horizonte,  
2014.  
131f.

Orientador: César Augusto de Castro Fiuza  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Responsabilidade civil. 2. Médico e paciente – Aspectos morais e éticos. 3.  
Direito e biologia. 4. Bioética. 5. Biotecnologia. 6. Evolução (Biologia). I. Fiuza,  
César Augusto de Castro. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.51

Pedro Henrique Carneiro da Fonseca

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE SOB O  
ENFOQUE DO BIODIREITO E DA BIOÉTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza (Orientador) – PUC Minas

Profª. Dra. Taisa Maria Macena de Lima – PUC Minas

Prof. Dr. Arthur Magno e Silva Guerra – Faculdade de Direito Milton Campos

Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves (Suplente) – PUC Minas

Belo Horizonte, 10 de maio de 2014

*À minha querida família( meu pai, minha mãe  
e meus irmãos). E à minha amada Mariana.  
Pelo carinho e exemplo que são para mim.*

## AGRADECIMENTOS

A todos que contribuíram para a realização deste trabalho, fica expressa aqui a minha gratidão, em especial ao Dr. César Augusto de Castro Fiuza e Dr. Arthur Magno e Silva Guerra pelo estímulo, pelos ensinamentos, pelo apoio acadêmico e pelo brilhante profissionalismo.

A professora Dra. Taisa Maria Macena de Lima, fica meus agradecimentos por ensinar com tanto carinho e dedicação.

A advogada Maria Paula Fonseca Queiroz pela força e estímulo incondicional e pelo profissionalismo exemplar.

Aos meus colegas advogados, juízes, promotores, procuradores e ex-alunos pela rica troca de ideias.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para esta construção.

## RESUMO

O trabalho busca analisar a responsabilidade civil na relação médico-paciente, do ponto de vista de uma comparação com o antes e o depois de inovações tecnológicas na área médica.

Antes de chegar ao ponto central do trabalho, são apresentadas inúmeras questões atuais em que se verificam inovações biotecnológicas pelas quais há um envolvimento, mesmo que indireto, com as pessoas em geral.

É feito um estudo profundo sobre a responsabilidade civil como um todo e, notadamente, envolvendo o profissional da saúde.

O presente estudo visa demonstrar como, naturalmente, o Direito teve que se modificar para alcançar pontos de inovação envolvendo, desde a relação do médico com o paciente, até temas em que a análise da responsabilidade é feita sob um olhar civil-constitucional.

Todo o trabalho tem como pano de fundo a bioética e o biodireito fazendo um elo com princípios do Estado Democrático de Direito.

Após a verificação da realidade do tema, em vista dos casos trazidos a lume e após aprofundada busca de casos na vasta jurisprudência, foi concluída a importância do estudo como uma forma de contribuição para o Direito.

Palavras-chave: Bioética e Biodireito. Responsabilidade Civil. Evolução biotecnológica.

## ABSTRACT

The work aims to analyze the liability in doctor patient relationship from the point of view of a comparison with the before and after of technological innovations in the medical field .

Before reaching the midpoint of the job, several current issues in which there are biotechnological innovations for which there is an involvement even if indirect, with people in general are presented .

A deep study on liability as a whole is made and , notably , involving health professionals .

This study aims to demonstrate how the law had to modify to achieve innovation points involving the relationship between doctor and patient and the analysis of liability under a constitutional civil look.

All work has as background bioethics and biolaw, making a link with the principles of a democratic state .

After the reality check of the subject in view of the cases brought light fire and after thorough case study. The importance of the study as a way contributing to the law was our conclusion.

Keywords : Bioethics and Biolaw . Liability . Biotechnological developments .

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

|      |                                                 |
|------|-------------------------------------------------|
| CC   | -Código Civil                                   |
| CPC  | -Código de Processo Civil                       |
| CP   | -Código Penal                                   |
| CPP  | -Código de Processo Penal                       |
| CR   | -Constituição da República Federativa do Brasil |
| STF  | -Supremo Tribunal Federal                       |
| STJ  | -Superior Tribunal de Justiça                   |
| TJMG | -Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais  |
| PL   | -Projeto de Lei                                 |
| PEC  | -Proposta de Emenda Constitucional              |

## SUMÁRIO

|                                                                                                             |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1. INTRODUÇÃO</b>                                                                                        | <b>11</b> |
| <b>2. REFLEXÕES SOBRE A BIOÉTICA E O BIODIREITO</b>                                                         | <b>13</b> |
| 2.1 Bioética e biodireito                                                                                   | 13        |
| 2.1.1 <i>Bioética – da origem ao conceito</i>                                                               | 15        |
| 2.1.2 <i>Princípios da bioética</i>                                                                         | 16        |
| 2.2 O biodireito e alguns questionamentos                                                                   | 22        |
| 2.2.1 <i>Biodireito como ramo autônomo do Direito</i>                                                       | 25        |
| 2.2.2 <i>Biodireito e princípios</i>                                                                        | 27        |
| 2.3 Relação entre o biodireito e bioética (zetética e dogmática jurídica)                                   | 27        |
| 2.4 Reflexos do desenvolvimento biotecnológico                                                              | 29        |
| 2.4.1 <i>Reprodução humana assistida</i>                                                                    | 29        |
| 2.4.2 <i>Aspectos jurídicos gerais a respeito das células-tronco</i>                                        | 34        |
| 2.4.3 <i>Clonagem humana</i>                                                                                | 40        |
| 2.4.4 <i>Projeto genoma humano</i>                                                                          | 41        |
| 2.4.5 <i>Patentes biológicas</i>                                                                            | 41        |
| 2.4.6 <i>Transexualismo</i>                                                                                 | 43        |
| 2.4.7 <i>Doação de órgãos e tecidos</i>                                                                     | 44        |
| 2.4.8 <i>Eutanásia</i>                                                                                      | 46        |
| <b>3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b>                                                                         | <b>48</b> |
| 3.1 Noções gerais                                                                                           | 48        |
| 3.2 Espécies de responsabilidade civil                                                                      | 51        |
| 3.3 Elementos caracterizadores da responsabilidade civil                                                    | 61        |
| 3.3.1 <i>Conduta humana</i>                                                                                 | 61        |
| 3.3.2 <i>Dano</i>                                                                                           | 63        |
| 3.3.3 <i>Nexo de causalidade</i>                                                                            | 69        |
| 3.4 Causas excludentes da responsabilidade civil                                                            | 74        |
| 3.5 Quantificação do valor indenizável                                                                      | 78        |
| 3.6 Punitive damages                                                                                        | 80        |
| 3.7 O lucro da intervenção                                                                                  | 87        |
| 3.8 Responsabilidade civil e fluid recovery                                                                 | 88        |
| <b>4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE</b>                                              | <b>90</b> |
| 4.1 Breve relato histórico                                                                                  | 90        |
| 4.2 Mudança na relação médico-paciente                                                                      | 93        |
| 4.3 Princípio da autonomia da vontade e autonomia privada como reflexo do consentimento livre e esclarecido | 94        |
| 4.4 Diretiva ética norteadora da atuação médica                                                             | 97        |
| 4.5 Natureza jurídica da responsabilidade civil na relação médico-paciente                                  | 100       |
| 4.5.1 <i>Aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação médico-paciente</i>                         | 101       |
| 4.5.2 <i>Natureza contratual ou extracontratual</i>                                                         | 106       |
| 4.5.3 <i>Obrigações de meio e de resultado e a responsabilidade civil do médico</i>                         | 107       |
| 4.6 Responsabilidade civil da pessoa jurídica envolvida na relação médico-paciente                          | 109       |

|                                                                                                                             |         |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 4.7 Perda de uma chance e a relação médico-paciente-----                                                                    | 115     |
| 4.8 Causas excludentes de responsabilidade na relação médico-paciente-----                                                  | 117     |
| 4.9 Objeção de consciência e a responsabilidade do médico-----                                                              | 117     |
| 4.10 Aplicação da teoria dos <i>punitive damages</i> na relação médico-paciente-----                                        | 122     |
| 4.11 Responsabilidade civil do médico no contexto dos avanços biotecnológicos<br>-----                                      | 123     |
| 4.12 Responsabilidade do médico em sede de diagnóstico pré-natal – ( <i>wrongful birth</i> e<br><i>wrongful life</i> )----- | 126     |
| 4.13 Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – (anencéfalo)<br>-----                                       | 128     |
| 4.14 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510 (células tronco embrionárias<br>-----                                    | 130     |
| <br>5- CONCLUSÃO-----                                                                                                       | <br>133 |
| <br>REFERÊNCIAS-----                                                                                                        | <br>135 |

## 1. INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica da Medicina é causa de transformações indiscutíveis na sociedade. Houve mudança de um paradigma paternalista da relação médico-paciente para dar lugar a princípios focados na autonomia do paciente. Nesse contexto, foi inevitável o natural desenvolvimento da Bioética como forma redutora de avanços supostamente ofensivos ao princípio da dignidade da pessoa humana elevado a princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Não se discute a ligação da presente situação com o Biodireito na tentativa de regulamentação de um novo sistema. No atual paradigma civilista e na iminente carência de um aprofundamento na responsabilidade civil na relação médico-paciente em vista de enormes avanços tecnológicos na área médica, encontra-se a justificativa do presente trabalho.

O princípio da dignidade da pessoa humana serve de orientação em matéria de responsabilidade civil no contexto da Bioética e do Biodireito. Essas e outras considerações, substancialmente, com enfoque no ordenamento civil/constitucional, conduzem a reflexões que não podem resumir-se, exclusivamente a um campo de conhecimento, apenas. É necessária a interdisciplinaridade.

Os sujeitos do Biodireito e do Direito Civil em geral, doutrinadores, magistrados, tribunais, conselhos de ética, associações profissionais da área da saúde e pesquisa, advogados, membros do Ministério Público, Defensoria Pública e outros possuem iminente interesse na temática tendo em vista buscarem parâmetros mais fundamentados à sua atuação laborativa.

Ademais, o trabalho a ser disciplinado buscará amparos comparativos principalmente na análise de casos concretos.

Dito isto, verifica-se inimaginável o ponto em que a humanidade pode atingir com os avanços biotecnológicos. Ainda não há limites traçados à imaginação dos profissionais que tecem a largos passos a evolução da biotecnologia. Não se precisa ir longe para encontrar exemplos claros da inserção desse desenvolvimento na vida das pessoas.

Basta buscar em *sites* tradicionais de pesquisas por cirurgias plásticas, que o internauta identifica verdadeiras aberrações cirúrgicas, tais como pessoa com o rosto cirurgicamente desenhado em forma de felino ou mesmo com a forma de demônio. Pessoas que, talvez por sempre tentar encontrar a perfeição, quantificam, a maior os números de correções faciais até se tornarem exemplos de deformação humana. Ainda mesmo aquelas que sofrem de Transtorno Dismórfico Corporal (Complexo de Quasimodo) e, que pela compulsividade

caracterizada pela anomalia, de maneira incontrolável, se submetem incessantemente a cirurgias plásticas tornando-se absolutas aberrações humanas.

O fato é que há, na atualidade, uma complexidade numerosa de questões que envolve a tecnologia, a ética e a relação médico-paciente urgentes para serem discutidas, tais como a objeção de consciência envolvendo a seita *Christian Science* e as Testemunhas de Jeová, em vista da transfusão de sangue; a reprodução humana assistida, efetivando experiências genéticas que envolvam embriões humanos; a necessidade de saber se o embrião é pessoa em sentido jurídico, tendo em vista a repercussão normativa/social; a manipulação de células-tronco embrionárias; a problemática da fertilização *in vitro*; o tratamento dos dados genéticos humanos; a relação com o projeto genoma humano e a identidade genética; a investigação e a manipulação de genes humanos para fins de pesquisa e tratamento; a terapia gênica, que consiste no tratamento de doenças herdadas em que se manipulam os genes defeituosos, a fim de alcançar a cura; a clonagem humana; o patenteamento de material genético e das biotecnologias; o transexualismo e a cirurgia de redesignação de sexo; a doação de tecidos e órgãos; transplante de tecidos e órgãos do corpo humano vivo; útero de aluguel; as questões referentes a eutanásia, distanásia, ortotanásia, mistanásia e suicídio assistido, dentre outras.

Num ponto de vista holístico, o exposto *supra* requer reflexão em um paradigma Bioético envolvendo o Biodireito e necessariamente a repercussão da responsabilidade civil na relação médico-paciente diante da evolução da tecnologia na área médica.

## **2. REFLEXÕES SOBRE A BIOÉTICA E O BIODIREITO**

No presente Capítulo, entraremos na análise do conceito da Bioética e do Biodireito sob o enfoque reflexivo sobre os seus princípios no âmbito das inovações Biotecnológicas. É importante verificar como aconteceu o desenvolvimento tanto da Bioética e Biodireito na relação do médico com seu paciente.

### **2.1 Bioética e Biodireito**

O desenvolvimento tecnológico na área biomédica trouxe novas possibilidades de grandes intervenções no corpo humano. O homem conseguiu feitos antes inimagináveis como fruto de estudo aprofundado na ciência médica. As possibilidades de mais avanços nesse ramo de atividade são indiscutíveis ficando claro que, à medida que o tempo passa, as inovações biotecnológicas aparecem desafiando cada vez mais os limites éticos da relação existente entre o profissional da medicina e o indivíduo objeto de qualquer inserção experimental.

A história demonstra que foi necessária imposição moral, legal e social de limites para conter os avanços da biotecnologia testados no próprio ser humano. As experiências, tanto na busca de cura de doenças, como na aplicação da pura maldade em laboratórios de guerra, fez levantar a bandeira do limite ético, tanto dos profissionais de saúde, quanto dos políticos e da própria sociedade.

Inúmeros casos de afronta a princípios básicos do Estado Democrático de Direito relacionados à tecnologia biológica e à violação dos limites éticos e legais fazem parte da história.

Com efeito, a começar pelos “testes” feitos por nazistas na Segunda Guerra, diversas experiências utilizando tecnologia biológica resultaram em incalculáveis mortes dos prisioneiros do conflito. Na maioria dos casos, a experiência pela experiência foi o que motivou os “cientistas de guerra” a atuarem violando princípios básicos de preservação da dignidade da pessoa humana. Foi deixada de lado a preocupação com o bem estar e a condição humana das pessoas, objeto desses experimentos científicos. Seja para provar a superioridade da raça ariana, seja com o intuito único de desenvolver a medicina em geral, cobaias humanas foram objeto de testes científicos sem qualquer humanidade. Foi deixada de lado a dignidade da pessoa humana. O que prevaleceu foi a busca de resultados em detrimento do próprio homem.

Houve também algumas experiências sem foco na inovação tecnológica. Simplesmente experimentais. Há registro histórico de que foi realizada pesquisa sobre sífilis, intitulada “Estudo da Sífilis Não-tratada em Homens Negros”, de 1932 a 1972, em Tuskegee no Alabama, Estados Unidos da América, em que o foco da pesquisa foi a evolução natural da sífilis, sem qualquer tratamento. O objetivo era observar a doença se desenvolver sem tratamento em determinado grupo de indivíduos doentes. As cobaias eram pessoas negras. Não sabiam que tinham sífilis e a informação que recebiam do centro de estudo de Tuskegee era a de que tinham o “sangue ruim”. Os negros que participaram do estudo recebiam em contrapartida à participação, refeição quente e prêmios em dinheiro, dentre outras. Além disso, achavam que estavam sendo tratados da doença que tinham. A pesquisa foi uma parceria entre o Serviço de Saúde Pública americano e o Instituto Tuskegee. As consequências foram drásticas. No fim do programa, haviam morrido 25 negros em consequência direta da sífilis; 100 de consequências indiretas. 600 negros foram objeto da pesquisa.<sup>1</sup> É sabido que em 1997 somente existiam 8 pessoas do programa ainda vivas conforme informação do Centro de Controle de Doenças de Atlanta. O caso em tela teve participação de profissionais da área médica e de organismos governamentais.

Ademais, com intervenção clara de tecnologia, a reprodução humana assistida exemplifica interferência da Medicina e da Biologia de forma decisiva em processo que até então era natural e aleatório. Por meio de técnicas biológicas, uma mulher, até então infértil, em alguns casos, passa a ter fertilidade. Há, sem dúvida, influência em resultados naturais da vida humana.

No mesmo sentido de pensamento sobre a intervenção da evolução biocientífica na sociedade, sabendo que o conhecimento para efetivação da clonagem humana não é segredo para inúmeras equipes de cientistas e, levando em consideração que as consequências de tentativas existem na vida daqueles que serão objeto da experiência, quem teria o poder de decidir por eles? É um problema ético e jurídico que apareceu junto à evolução retro mencionada e que, necessariamente, precisa sair do campo da reflexão para a solução prática.

Pois bem, sem buscar enumerar todos os casos em que a Medicina tem em mãos situações éticas necessárias de reflexões, os casos acima deixam claro que deve haver limites. Limites morais e éticos. Trata-se da Bioética, termo que, inicialmente, passou a designar o estudo aos limites em vista dos problemas éticos gerados pelos avanços nas ciências

---

<sup>1</sup> [www.bioética.ufrgs.br/tueke2.htm](http://www.bioética.ufrgs.br/tueke2.htm) - Acesso em 20 de janeiro de 2014.

biológicas e médicas. Como resposta lógica ao surgimento da Bioética, o Biodireito vem em busca de regulamentação formal e doutrinária para este novo sistema ético/jurídico.

### **2.1.1 Bioética – da origem ao conceito**

O termo Bioética tem origem na união das palavras gregas *bios* e *ethos*. A primeira significa vida e a segunda comportamento. Bio exige que se leve em consideração as disciplinas e implicações do próprio conhecimento científico. Ética é uma tentativa de determinar valores fundamentais pelos quais se busca a vida. Forjado por Fritz Jahr, filósofo alemão, o termo foi publicado em artigo intitulado “*Bioethik: eine Übersicht der Ethik und der Beziehung des Menschen mit Tieren und Pflanzen*”, (Bioética: um olhar sobre a ética e sobre as relações do homem com animais e plantas) em 1927 pela revista Kosmos.

Em continuação, o oncologista norte americano Van R. Potter, no ano de 1971, colocou o termo em circulação por meio do artigo *Bioethics, Bridge to the Future* (Bioética, a ponte para o futuro). Em área acadêmica, após a difusão do termo Bioética, surgiu esta como disciplina autônoma em uma universidade italiana. A Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade Católica do Sagrado Coração em Roma iniciou o ensino da Bioética. Mesmo que tarde, a preocupação ética veio à tona para impor limites a situações como as já mencionadas.

A Bioética impôs valores e princípios morais à condutas nas áreas das ciências da vida e saúde humana. Em termos mais amplos, trata-se de imposição de obrigação moral em relação a todos os seres vivos. Não há dúvidas de que o maior mérito da Bioética foi tentar, pelo menos, organizar e sistematizar por meio de limites éticos/morais as questões violadoras da dignidade humana, quando se trata de relação com a Medicina no que se refere à biotecnologia. Nesse sentido, pode ser afirmado que a Bioética diz respeito, além das questões médico-científicas, também às questões ecológicas, tutela de animais, biosfera, ecologia etc. Conforme a *Encyclopedia of Bioethics*, o termo em voga é o “*estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais*”. Como se vê, o conceito é abrangente, englobando mais que a ética médica.

“É setor da ética aplicada e que promove a reflexão sobre os dilemas morais, sociais, jurídicos e antropológicos propostos em face do grande desenvolvimento tecnológico contemporâneo.

Esta tendência eugênica impulsionou ações sociais e políticas moralmente regressivas como a adotada nos E.U.A onde se esterilizaram pessoas, em sua maioria contra sua vontade, por ser consideradas delinquentes ou retardados mentais, e, mais tarde com os sinistros programas nazistas de melhoria da raça ariana promovidos pela Alemanha de Adolf Hitler.

Nesse sentido, é igualmente censurável a utilização de armas nucleares e biológicas.

Também as antigas e polêmicas questões como o aborto e a eutanásia foram realimentadas com o advento das técnicas de reprodução humana e a dos transplantes de órgãos e tecidos.

Aproximadamente durante setenta anos tais problemas ocorreram sem que houvesse uma expressiva discussão sobre os aspectos bioéticos. O maior mérito da Bioética foi tentar ao menos sistematizar o tratamento jurídico e social a tais questões e ainda traçar-lhes princípios e fins comuns.”<sup>2</sup>

Em 1974, nos Estados Unidos da América, foi criada a Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos de Biomédica e Pesquisa Comportamental (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*). Dessa comissão, resultou o Relatório de Belmont quatro anos mais tarde, enfocando o respeito pelas pessoas, a beneficência e a justiça como princípios éticos. Além disso, pelo *Belmont Report*, foram elaborados outros princípios gerais como a não maleficência, a justiça de caráter deontológico, a beneficência e a autonomia com caráter teleológico sustentando a Bioética.

### **2.1.2 Princípios da Bioética**

Em vista do Relatório de *Belmont*, é necessário observar a existência de quatro princípios básicos que sustentam os pilares da Bioética, todos com amparo em dois princípios basilares, quais sejam: o princípio do primado do direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Esses dois princípios são a base de toda a argumentação moral e jurídica que envolve, tanto a Bioética como o Biodireito. Aliás, é necessário lembrar que o princípio da dignidade da pessoa humana é a norma básica que sustenta o próprio Estado Democrático de Direito, sendo o guia da nossa Constituição da República, que acaba por se irradiar em todas as normas infraconstitucionais, normas estas legais e contratuais.

---

<sup>2</sup> LEITE, GUERRA, *Biodireito e Bioética: uma introdução crítica*, A Necessidade Imperiosa do Biodireito e da Bioética, 2005, p. 148.

Nesse sentido, os princípios da beneficência e da não maleficência seguem caminhos equivalentes. O primeiro traduz, pelo próprio nome, a intenção de exigir a aplicação do bem, imputando ao cientista biológico que seja levado em consideração os mais importantes interesses das pessoas envolvidas em práticas biomédicas, evitando de qualquer modo, eventuais danos e, dessa forma, atingindo sempre o bem estar do indivíduo. Isso significa que o ser humano é o objeto fim das atuações e experimentos externos praticados por outrem, em seu organismo. É preciso auxiliar e conduzir o que for necessário para buscar sempre, a maior porção possível de bem ao indivíduo e, dessa forma, evitar o mal. O princípio da beneficência não explica como fazer a distribuição do bem em detrimento do mal, já que seu objetivo principal deixa claro que é necessário promover o primeiro em detrimento do segundo.

Pelo princípio da não maleficência há exigência em relação ao profissional da saúde de que há obrigação deste em não causar o mal sob nenhum aspecto, maximizando e explorando benefícios. Trata-se de proibição expressa de não acarretar dano intencional. Em apuração final, o princípio da não maleficência é desdobramento natural do princípio da beneficência. Traduzem focos diferenciados, contudo, na prática o resultado é o mesmo.

Ninguém duvida que as pessoas, como indivíduos constitucionalmente respeitados, devem ser tratados com autonomia e, por conseguinte, pessoas de autonomia diminuída em virtude das próprias limitações devem ser protegidas. É o que traz a lume o princípio da autonomia também identificado no Relatório de *Belmont* como princípio do respeito às pessoas. Ser humano autônomo é aquele que consegue deliberar seu próprio caminho, de acordo com sua própria vontade, sem intervenções externas e imposições verticais. A autonomia permite que a pessoa exerça sua própria vontade diante das situações que lhe apresentarem e seja respeitada por isso, ou seja, a pessoa tem o poder de dirigir suas escolhas sem qualquer intervenção inibidora. No âmbito médico, há a obrigatoriedade de deixar o paciente informado sobre sua situação e respeitar sua própria decisão. O consentimento da pessoa é levado em consideração. O princípio da autonomia vai de encontro ao antigo paternalismo médico, em que a opinião do médico é a única a ser ouvida e acatada, sem qualquer respeito à vontade do paciente. Nesse sentido, na eventualidade de qualquer paciente, tendo em vista as informações obtidas sobre seu estado de saúde, ser obrigado a submeter a determinado procedimento cirúrgico, antes disso deve ser observada sua própria vontade e seu desejo de escolha.

Levando em consideração a existência de dois requisitos em exigência pelo próprio princípio da autonomia, e sabendo que se trata do consentimento e da informação, ou seja, a informação recebida do profissional de saúde cumulada com a possibilidade de prevalecer a

vontade de o paciente, surge o princípio do consentimento informado. Essa expressão reflete a possibilidade do paciente exercer a capacidade de tomar certas decisões, baseadas em informações técnicas ou recentes passadas pelos operador de saúde. Assim, pelo consentimento informado, o paciente, com fundamento razoável, tem o poder de tomar suas próprias decisões sem invasão da coação ou influencia externa, tratando-se, no final, de um meio de proteção.

Numa visão mais social, pelo princípio da justiça distributiva, é necessário assegurar que a sociedade deva convergir os recursos médico-científicos disponíveis para preservar ou resguardar o indivíduo. A justiça distributiva é fundamentada na premissa de que a pessoa tenha direito a cuidados com a saúde e que tais cuidados merecem ser proporcionados pela sociedade. O princípio garante a equidade e a relação justa e universal dos benefícios dos serviços de saúde às pessoas, obrigando o Estado a proporcionar a saúde em nível funcional a todos.

Nessa linha de pensamento, é necessário apontar que o *parquet* tem obrigação institucional de defender indivíduos e a própria sociedade em busca do encontro da necessidade que envolve a saúde à própria solução de problemas relacionados à mesma. Nesse sentido, a Lei 8.080/90, no seu art. 2º traduz exatamente o que o princípio da justiça distributiva determina:

“A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

Saindo de um foco legal e buscando o mesmo posicionamento em decisões de tribunal superior, é interessante saber que o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência assentada no sentido de que deve ser aplicado o princípio em tela, inclusive atribuindo ao Ministério Público a competência para requerer na justiça a concessão de remédios ou órteses à indivíduos carentes de economia. É bastante peculiar a decisão abaixo prescrita, haja vista a permissão de atuação do Ministério Público, em sede de Ação Civil Pública, em tentar proteger direitos individuais homogêneos, mesmo que sejam direitos disponíveis e divisíveis. No caso em espécie, o Ministério Público agiu em perseguição ao direito individual de indivíduo com intuito de conseguir, em face do Estado, usar órtese ou a prótese necessária para seu bem estar, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ. 1. O Ministério Público possui legitimidade ad causam para propor Ação Civil Pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando a presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação. 2. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 945785 RS 2007/0094569-7, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 04/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/06/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. CONFIGURAÇÃO. 1. Não procede a alegação de ausência de prequestionamento do art. 25, a, da Lei n. 8.625/92, pois, apesar de não haver transcrição do artigo, a matéria foi expressamente analisada, tanto no acórdão do agravo de instrumento quanto nos embargos de declaração. 2. A jurisprudência pacífica da Primeira Seção desta Corte possui entendimento no sentido de que o Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública com o objetivo de tutelar direitos individuais indisponíveis. Precedentes. 3. O direito à vida e à saúde são direitos individuais indisponíveis, motivo pelo qual o Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública visando o fornecimento de medicamentos. 4. O reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam no Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1356286 MG 2012/0252687-9, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 07/02/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/02/2013)

Como se percebe, princípios da Bioética acompanham situações práticas envolvendo instituições como o Ministério Público e Defensoria Pública, assim como justifica recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Mesmo que não esteja expresso no Relatório de *Belmont*, é possível afirmar que o princípio do primado do direito à vida digna seja alicerce de todos os demais princípios. A

centralidade da vida digna tem prioridade em qualquer questão envolvendo o indivíduo, no sentido de que a vida tem prioridade sobre qualquer outro bem jurídico tutelável. No âmbito da Bioética, o princípio em tela significa buscar sempre o melhor aproveitamento da vida humana.

## **2.2 O Biodireito e alguns questionamentos**

Coube à Bioética apresentar limites morais no âmbito das relações sociais, no que se refere ao desenvolvimento tecnológico, às decisões dos profissionais de saúde, bem como aos cientistas da área biológica como um todo, colocando o ser humano como objeto principal sob o enfoque da dignidade do indivíduo. A Bioética foi introduzida no dia a dia das relações entre o médico e o paciente. Delimitou situações, apresentou princípios a serem seguidos como modelos de conduta e, por consequência, ao lado desta disciplina, foi natural o surgimento do Biodireito como resposta formal e normativa à própria inserção da Bioética nas relações jurídicas e sociais que lhe são pertinentes.

Ao lado da ética e da moral foi necessária e natural a presença do Direito a cada avanço tecnológico, a cada dúvida surgida diante de situações no cotidiano dos autores e partícipes da relação médica para determinar a licitude das condutas.

Para exemplificar a presente argumentação, é interessante o questionamento sobre a situação abaixo relacionada.

Imagine-se que se encontre na fila de determinado hospital público um idoso de 72 anos necessitando de atendimento médico de imediato para fazer específica e urgente cirurgia, com o simples intuito de evitar a sua morte. Também na mesma situação uma criança de 11 anos com problema idêntico, de modo que, se não for atendida por equipe médica para efetuar a cirurgia, ocorrerá sua falência. Ocorre que neste hospital existe somente uma equipe médica para atender os dois necessitados, a criança e o idoso. Não há possibilidade do atendimento de ambos ao mesmo tempo e muito menos salvar suas vidas. É necessário que a equipe médica escolha um deles para atendimento e consequente cirurgia. Os profissionais sabem que a escolha de salvar a vida de um vai gerar a morte do outro com a certeza total e absoluta deste resultado. Se a equipe optar por atender o idoso, a criança não sobreviverá até o fim da cirurgia daquele. Por outro lado, na eventualidade de os médicos optarem por salvar a criança, será certa a morte do idoso. A quem recorrer de tal decisão? Como decidir? Qual dos enfermos deve ser atendido primeiro? Existe determinação legal para solucionar o problema? A escolha cabe ao profissional de saúde?

Pelo Estatuto da Criança e Adolescente, Lei 8.069/90, art. 4º , há garantia de prioridade da criança compreendendo a primazia desta em receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias. Além disso, tem direito a precedência na formulação e na execução das políticas sociais públicas.

“Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

Por outro lado, o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03, art. 3º, prescreve que há, também, garantia de prioridade em atendimento ao idoso garantindo preferência de atendimento imediato.

“Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;
- II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;
- III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;”
- IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;

V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;

VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.”

Tanto o Estatuto do Idoso quanto a Carta Protetiva dos Direitos da Criança e do Adolescente são leis de natureza constitucional que protegem a criança e o idoso em situação equivalente. Percebe-se que há um vácuo legal positivo que impede a solução da resposta direta, diante de uma situação fática tão complicada. É claro que a Bioética é fonte de busca de resposta. E também o é o Biodireito. O interessante é que, mesmo não resolvendo de forma direta o conflito de direitos gerado pelo impasse retro mencionado, há regras jurídicas trazidas a lume para solucionar a questão. Pode ser afirmado, portanto, com tranquilidade que se trata da inserção do Biodireito em questões práticas da vida, em conjunto com normas principiológicas da Bioética. Destarte, tanto o Biodireito quanto a Bioética são fontes de soluções. A situação problema retro deixa claro que há desenvolvimento no âmbito do legislativo em formar soluções jurídicas para fatos que envolva avanço científico. Mesmo não havendo uma terceira norma resolvendo o imbróglio, é preciso notar que houve tentativa.

Pela Carta Constitucional, no artigo referente aos direitos e garantias fundamentais, o preceito da inviolabilidade da vida é bem indisponível e inviolável, no sentido de que toda atividade política, incluindo a legiferante, deve levar em conta a preservação da vida. No caso em tela, a escolha pela vida também é a escolha pela morte. Ninguém, inclusive por meio de lei, pode escolher quem tenha o direito de viver em detrimento de outrem. Nem mesmo a própria sociedade por meio de seus representantes legais.

Os caminhos que os indivíduos percorrem para alcançar seus objetivos levam o Direito a se perguntar a todo momento como se reinventar para proteger os bens jurídicos sob tutela do Estado.

Nesse sentido, o aborto por exemplo é permitido pela legislação brasileira em circunstâncias exíguas. Enumerando-as, somente é permitido em caso de risco de morte para a

mulher causado pela gravidez; gravidez resultante de estupro e feto anencefálico. Os demais casos são infrações penais. Pois bem, para burlar a legislação brasileira, as pessoas que desejaram fazer o abortamento saíram pela costa brasileira em direção a determinado navio atracado fora dos limites territoriais brasileiro, onde nossa legislação não pode alcançar as condutas ilícitas ali presentes. Fizeram o aborto e voltaram sem praticar qualquer crime em vista da peculiaridade dos detalhes.

São, portanto, desafios à aplicação do Direito que ainda não foram solucionados. Nessa linha de acontecimentos, encontra-se o Biodireito tentando se reinventar conforme as necessidades para apresentar respostas à sociedade.

Nessa tentativa, houve avanços legais recentes como o próprio microssistema ético/legal que vem se formando e que compõe algumas leis como a Lei de Biossegurança, Lei sobre Doação de Órgãos, instrumentos normativos como a Resolução nº 1.905/2006 do Conselho Federal de Medicina e outras normas.

A Lei 11.105/05, denominada Lei de Biossegurança, estabelece normas sobre a Política Nacional de Biossegurança, mais especificamente sobre segurança e mecanismos de fiscalização sobre construção, cultivo, produção, manipulação, transporte, transferência, importação, exportação, armazenamento, pesquisa, comercialização, consumo, liberação no meio ambiente e descarte de organismos geneticamente modificados. Há, nesta norma, diretrizes sobre o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, além da observação do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. O interessante é que o art. 5º da mencionada lei trata de claro avanço na legislação, em tentativa de acompanhamento das mudanças com relação ao avanço da biotecnologia.

“Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

A Lei 9.434/97 veio regulamentar e dispor sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. O interessante é como o legislador vem tentando acompanhar o desenvolvimento científico e a adequação da sociedade a essas mudanças. Há um tempo atrás, não muito tempo, não haveria possibilidade de existência dessa lei, haja vista não passar pelo pensamento dos próprios autores da ciência a possibilidade de transplantar órgãos humanos.

No mesmo caminho, a questão do transexualismo e a possibilidade legal da prática da cirurgia, levando em consideração princípios constitucionais e as leis infraconstitucionais como, por exemplo, o Código Penal. É interessante anotar que a questão está sendo tratada pelo Poder Legislativo consoante se percebe pela apresentação do Projeto de Lei nº 70 de 1995 de José Coimbra.

Na mesma esteira, a Resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 1.805/2006, regulamentando a prática de ortotanásia nos hospitais brasileiros, visando colocar uma capa de licitude na suspensão de procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida da pessoa doente em UTI.

Existe sem dúvida um descompasso na produção de normas jurídicas em acompanhar o desenvolvimento da ciência médica. Como elaborar respostas para questões que constantemente se inovam? Mesmo que a Lei tente acompanhar temas como a clonagem, fertilização assistida, aluguel de útero, cirurgias de mudança de sexo e outras, não vai ser possível cercar todas as arestas. Isto porque a sociedade e os acontecimentos pessoais se desenvolvem à frente da produção de normas. Haverá sempre a incompatibilidade entre a produção de textos legais e descobertas científicas.

A conclusão disso é que há desnecessidade de criação em massa de normas legais em vista da impossibilidade prática do acompanhamento do próprio desenvolvimento biotecnológico pelo legislador. A solução seria melhor encontrada em normas com cláusulas gerais, bem como nos princípios pilares de direcionamentos conclusivos à adequação de casos

à dignidade da pessoa humana. Não há resposta, portanto, para a discussão que seja apoiada por qualquer norma legal ou principiológica.

### **2.1.1 *Biodireito como ramo autônomo do Direito***

É significativo definir a natureza jurídica do Biodireito. Seria um microssistema em formação? É possível entender que a resposta seria positiva. O papel do Biodireito é de tal importância nesse contexto, pois norteia as questões repensando com certa constância as práticas científicas de cada caso concreto, sem esquecer de dizer que o desafio e a solução estarão sempre rodeando essa nova formação legal.

Levantar o Biodireito ao ponto de dizer que se trate de microssistema, considerando que um microssistema requer doutrina própria, legislação própria e jurisprudência para casos determinados e específicos, seria conferir a essa nova área do Direito importância equiparada à outras, como Direito do Consumidor, Direito Empresarial e outras.

Sá e Naves entendem que a construção de respostas à perguntas e situações, que vêm surgindo com o desenvolvimento da biotecnologia, encontra guarida no microssistema do Biodireito, apesar de entenderem que o sistema de regras fechadas não seria o mais apropriado. Em outras palavras, tendo em vista o Direito ser construtivo, os casos seriam melhor resolvidos à luz da principiologia. De toda forma, há entendimento pela formação do microssistema do Biodireito como ramo próprio. Vejamos:

“Seria essa a situação do Biodireito? Um microssistema jurídico? Poderíamos afirmar que os impactos sociais provocados por problemas decorrentes das inovações das ciências biomédicas, da engenharia genética e das altas tecnologias aplicadas à saúde tem o condão de estabelecer o nascimento de um microssistema jurídico? A falta de uma codificação seria óbice ao entendimento do Biodireito como microssistema?

Em verdade, o surgimento de um microssistema se verifica em razão da instalação de nova ordem protetiva sobre determinado assunto, com princípios próprios, doutrina e jurisprudência próprias, autônomos ao Direito Comum. (...)

Acreditamos que os problemas são muitos, e em face da complexidade das questões, não podem ser resolvidos pelo Direito Comum, afigurando-se o Biodireito como mecanismo de resposta. (...)

Certo é que a evolução fantástica de novas tecnologias demonstrou a inadequação de alguns conceitos civilísticos, o que culminou com a formação do microssistema em análise. (...)

Os temas que envolvem o microssistema do Biodireito são por demais polêmicos, não sendo desejável que o Direito regule todas as condutas de forma absoluta, pois isso exclui a construção de uma autonomia privada que, paradoxalmente, o Direito pretende construir. (...)

Não somos favoráveis a um catálogo fechado de regras, pois a atitude do Direito é construtiva. Os problemas deverão ser analisados nas suas particularidades, por meio da análise do discurso de todos os envolvidos. E o microssistema do Biodireito, com princípios e fundamentos próprios, é o que melhor subsidia respostas que envolvam aspectos biomédicos.”<sup>3</sup>

Pois bem, o Biodireito não deixa de ser um microssistema apesar de estar em fase inicial de desenvolvimento. Na medida em que as relações do ser humano com o desenvolvimento tecnológico forem se tornando mais complexas e gerando casos específicos não solucionados pelo Direito Comum, o próprio microssistema vai se solidificando ao se tornar também mais complexo para atender as exigências necessárias. Em vista dos casos práticos, surgem as tentativas de soluções por meio da doutrina e da jurisprudência em formação específica ao tema. Consequência da necessidade, o legislador tem que dar início às respostas que porventura lhe exigirem a satisfação devida.

### **2.2.2 Biodireito e princípios**

A constitucionalização do Direito Civil fez com que as questões suscitadas pelo Biodireito fossem embasadas em princípios constitucionais, notadamente o princípio que rege nosso ordenamento, o da dignidade da pessoa humana. É certo que os direitos fundamentais, o direito à vida, o direito à integridade humana e ao patrimônio genético são direitos norteadores do caminho do Biodireito, perante a diversidade de situações práticas trazidas pelo desenvolvimento tecnológico na área médica. Assim, não há dúvidas de que a relação entre Medicina e Biologia devem ser reguladas por esse novo microssistema, o Biodireito.

Ainda no âmbito do Biodireito, mesmo que não existam prescrições referentes a princípios, devem ser levadas em consideração algumas normas principiológicas. O princípio da justiça vem otimizar a maximização de benefícios com o mínimo de custos. Por entender

---

<sup>3</sup> SÁ & NAVES. *Manual de Biodireito*, 2011, p. 16/19.

que se trata de questão de Direito, a exigência legal de acesso à saúde adequada à responsabilização civil do profissional de saúde, o princípio em tela se amolda ao Biodireito. Maximizar benefício se desdobra no melhor e mais completo atendimento ao custo mais adequado.

A concessão de poderes de escolha do indivíduo, desde que esta escolha esteja ligada a limitações legais e constitucionais, se refere ao princípio da autonomia privada. É claro que o princípio em tela, para ter relevância, requer aplicação de outro princípio proveniente da Bioética. Trata-se do princípio do consentimento informado em que há exigência da necessidade de obrigação do profissional de saúde de fornecer a devida informação, ampla e circunstanciada, ao paciente para que este exerça o poder de escolha que é inerente à própria situação em que se encontre.

A reparação integral, um dos focos deste trabalho, também é princípio a ser obrigatoriamente observado no Biodireito. O dever jurídico de executar as obrigações convencionadas e legais, bem como a responsabilidade por consequências advindas da atuação médica, principalmente quando houver envolvimento de biotecnologia, é de ordem principiológica.

### **2.3 Relação entre o biodireito e bioética (zetética e dogmática jurídica)**

Levando em consideração o atual ponto em que se encontra a evolução biotecnológica, em conjunto com as convenções éticas, morais e jurídicas, anota-se que, tanto a Bioética, quanto o Biodireito estão interligados em processo de concretização em sua complexidade na formação de um microssistema necessário e imposto pelo próprio desenvolvimento social.

Tendo em vista a relação jurídica entre a Bioética e o Biodireito, é possível assinalar que são duas ordens normativas diferentes sob o ponto de vista da zetética e da dogmática jurídica. Assim, não são perspectivas idênticas de um mesmo fenômeno, ainda mais considerando o avanço biotecnológico que deu início à discussão. Para verificar a relação entre a Bioética e o Biodireito para a ciência jurídica, é interessante adentrar na relação entre a zetética e dogmática jurídica.

Pois bem, em oposição à dogmática jurídica, a zetética jurídica coloca o questionamento como posição fundamental na análise das premissas. Estas, do ponto de vista zetético, podem ser reavaliadas, alteradas e até desconstituídas. Com origem na palavra grega *zetein*, zetético significa investigar, perquirir. Nesse sentido, a zetética busca respostas na investigação através do questionamento das opiniões que já tenham sido formadas. Extrapola

as fontes usualmente reconhecidas do Direito (leis, jurisprudência) e utiliza fontes secundárias como a sociologia, a história etc. É informativa e não diretiva, sendo mais aberta em vista de suas premissas serem questionáveis e dispensáveis. Há uma construção de um campo de investigação em que as proposições são duvidosas, examinadas repetidamente. As questões são especulativas e infinitas, não havendo espaço para certezas e imposições. Dessa forma, o corpo de investigação do que seja colocado em pauta é aberto e amplo, sendo formado por disciplinas gerais tais como a Filosofia do Direito, a Sociologia do Direito, a Criminologia e dessa forma, admite espaço para o fenômeno jurídico. O enfoque é a procura constante em saber o que seja o algo.

Naturalmente, do outro lado, encontra-se a dogmática como mais fechada a conceitos prévios e diretivos. As premissas não são questionáveis, sendo pré-estabelecidas e impostas. É finita, esbarrando no dogma como ponto de partida. A palavra dogma tem origem no grego, *dokein*, que significa doutrinar. Dessa forma, determinados conceitos e fatos são simplesmente aceitos como dogmas. Soluciona embates entre opiniões opostas por meio de imposição do dogma já consolidado. Por ser diretiva, a dogmática jurídica é formada pela ciência do Direito Civil, Direito Constitucional e outros sistemas fechados.

*Ex positis*, numa relação entre a Bioética e o Biodireito, a zetética e a dogmática jurídica, é possível afirmar que há análise do Biodireito com técnica e dogmática jurídica. Na mesma linha de entendimento, sabendo que a Bioética se centra na moral, a zetética jurídica é a ligação mais adequada. O Direito como ordem prática da solução dos conflitos pode ser investigado por uma perspectiva dogmática. De outro lado, a moral atua no universo jurídico como ordem normativa auxiliar, fornecendo subsídios para formulação e aplicação do Direito, sem com ele se confundir.

Desta forma, a Bioética tem extrema relevância para o Biodireito, pois faz parte da zetética jurídica. Quanto ao Biodireito, não se pode esquecer que sua própria existência é fruto da inovação biotecnológica constantemente acrescida de uma exclamação moral e ética, no âmbito das ciências biológicas, trazidas a lume pela Bioética. Nesse sentido, a importância do estudo no presente capítulo.

## **2.4 Reflexos do desenvolvimento biotecnológico**

Inovar e criar tem sido lema natural e consequente da evolução tecnológica na área médica. As criações dentro de um laboratório tem nos surpreendido. O que a pouco tempo era considerado obra de ficção, hoje é comum e constantemente usado no campo médico. O

desenvolvimento técnico tem sido tão inovador e benéfico quanto preocupante. Preocupante porque o homem passou a ter um pouco do poder de Deus. Poder de Deus? Sim, o poder de criação e construção da matéria biológica, da transformação do próprio homem em sua completude biológica. Passou a poder criar outro ser semelhante, a dar condição de pessoa que não produzia a ter condição para tanto, trocar o sexo etc. Enfim, o homem consegue alcançar, por meio de técnicas que vêm sendo cada vez mais aprimoradas resultados impressionantes e há pouco tempo não imagináveis.

Abaixo, alguns pontos de destaque na mencionada reflexão.

#### **2.4.1 Reprodução humana assistida**

O início da vida ocorre com a união do espermatozoide com o óvulo, formando o embrião. Há casais que não conseguem cumprir, por um motivo ou outro, todas as etapas do procedimento natural da vida para formação de um ser humano. Para tanto, foram desenvolvidos pela biotecnologia, meios técnicos para facilitar a reprodução humana, permitindo que seja possível a formação da vida para estas pessoas consideradas inférteis.

Por meio de técnicas em que há manipulação de gametas, a possibilidade de quem não podia ter filho passa a existir. Trata-se de método de manipulação genética que envolve embriões humanos.

A técnica em voga auxilia casais e mulheres sós a terem filhos.

A reprodução humana assistida é um compêndio de técnicas desenvolvidas que ajudam na fecundação. Por meio da manipulação de gametas e embriões, há possibilidade do nascimento de uma nova vida humana. Assim, é procedimento segundo o qual são utilizadas diferentes técnicas médicas para auxiliar a reprodução humana.

Nesse mesmo sentido, Sá e Naves citam<sup>4</sup> interessante e completo conceito anotado por Gustavo Pereira Leite Ribeiro da reprodução humana assistida. Vejamos:

“A reprodução assistida é “o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”.

---

<sup>4</sup> SÁ & NAVES. *Manual de Biodireito*, cit., p. 112.

A reprodução assistida é efetuada por meio de várias técnicas. As principais técnicas são: inseminação artificial ou IUI (*Intra Uterine Insemination*); Fertilização In Vitro; Transferência Intratubiária de Gametas ou GIFT (*Gamete Intrafallopian Transfer*); Transferência Intratubiária de Zigotos ou ZIFT (*Zygote Intrafallopian Transfer*); Maternidade de Substituição.

Pela técnica da inseminação artificial ou IUI (*Intra Uterine Insemination*), há o depósito de espermatozoides previamente selecionados em laboratórios, no interior do útero usando métodos artificiais.

A fertilização *in vitro* tenta simular em laboratório o ambiente natural e necessário para que ocorra a fecundação, bem como as primeiras etapas do desenvolvimento embrionário. Trata-se de biotecnologia em que a etapa fisiológica é realizada em laboratório, ou seja, *in vitro*, e, uma vez encontrados os embriões de qualidade, transfere-se para o útero.

Pela transferência intratubiária de gametas ou GIFT (*Gamete Intrafallopian Transfer*), gametas obtidos pelas técnicas utilizadas na fertilização *in vitro*, após o devido tratamento, são inseridos nas trompas de falópio por meio da técnica denominada laparoscopia. Por outros termos, é a técnica em que há transferência de gametas para dentro da trompa.

No ZIFT (*Zygote Intrafallopian Transfer*) há a divisão do zigoto, dando origem ao embrião dentro da trompa. Por consequência, ocorrerá a multiplicação celular com a ida do embrião para o útero, gerando uma nova vida.

Pelo método da maternidade de substituição ou barriga de aluguel, utiliza-se de um corpo feminino para receber o embrião fertilizado de um casal, ocorrendo a geração pelo tempo apropriado de um novo ser. Há a fecundação *in vitro* com gametas de determinado casal para, posteriormente, colocar no útero de uma mulher geradora da criança. Há também um outro método que se resume numa inseminação artificial com a utilização do material genético da figura masculina do casal e o material biológico da mãe que irá gestar a criança fruto da técnica em tela, ou seja, a mãe “dona” da barriga de aluguel.

Em resposta ao avanço da biotecnologia acima demonstrada, o Biodireito vem apresentar tentativas de regulamentação. Apesar de não haver legislação específica no Brasil determinando e impondo regras, há Projeto de Lei sobre o tema. O Projeto de Lei 1.184/03, fruto de avanços do Projeto de Lei 90/99, veio para regulamentar o uso de técnicas de reprodução assistida. O projeto em questão aguarda parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania na Câmara desde 02/07/2003, até o momento da conclusão do presente trabalho.

Os art. 1º e art. 2º definem a possibilidade do uso das técnicas de reprodução assistida e denominam alguns termos como embriões humanos, beneficiários e o princípio do consentimento livre e esclarecido. Vejamos:

“Art. 1º Esta Lei regulamenta o uso das técnicas de Reprodução Assistida (RA) para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados in vitro, no organismo de mulheres receptoras.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

I – embriões humanos: ao resultado da união in vitro de gametas, previamente à sua implantação no organismo receptor, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento;

II – beneficiários: às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego da Reprodução Assistida;

III – consentimento livre e esclarecido: ao ato pelo qual os beneficiários são esclarecidos sobre a Reprodução Assistida e manifestam, em documento, consentimento para a sua realização, conforme disposto no Capítulo II desta Lei.”

O art. 2º do projeto em questão dá o aval à utilização das técnicas de reprodução assistida nos casos em que se verificar infertilidade e nos casos de prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo. Além dos mencionados requisitos, há também a exigência de outros. Vejamos abaixo:

“Art. 2º A utilização das técnicas de Reprodução Assistida será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifique infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que:

I – exista indicação médica para o emprego da Reprodução Assistida, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, segundo o disposto em regulamento;

II – a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre, consciente e informada, em documento de consentimento livre e esclarecido, a ser elaborado conforme o disposto no Capítulo II desta Lei;

III – a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade e outros critérios estabelecidos em regulamento;

IV – o doador seja considerado apto física e mentalmente, por meio de exames clínicos e complementares que se façam necessários.

Parágrafo único. Caso não se diagnostique causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da Reprodução Assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora.”

Ainda tratando de normas para utilização das técnicas de reprodução assistida, mesmo não sendo considerado lei propriamente dita, em vigor encontra a Resolução nº 1957/2010 do

Conselho Federal de Medicina. É possível verificar como a biotecnologia interferiu no Direito e nas justificativas da resolução. Assim, dispõe que se “considera o avanço do conhecimento científico permitindo solucionar vários dos casos de reprodução humana” e que “as técnicas de reprodução assistida tem possibilitado procriação em diversas circunstâncias, o que não era possível nos procedimentos tradicionais.”

Questão relevante é saber se o embrião é pessoa no sentido jurídico. Cláudia Regina Magalhães Loureiro afirma que o embrião, desde a fusão dos gametas, não é um ser em potencial, mas um ser humano real, tendo em vista a característica do desenvolvimento que representa continuidade. Nesse sentido:

“A partir do momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide surge uma nova vida que se desenvolve sem parar, mantendo a mesma identidade genética, não sendo possível distinguir qual é a primeira fase dessa vida, ou estabelecer um início que não seja o da concepção.” (...)

“Portanto, o embrião é, desde a fecundação, um ser humano e essa afirmação pode ser resumida em três características de seu desenvolvimento.”<sup>5</sup>

Levando em consideração o conceito do embrião do ponto de vista técnico, e trazendo-o para o Direito, não é possível entender que o embrião seja pessoa no sentido jurídico, salvo melhor juízo. O ordenamento não trata o embrião como pessoa. Leva em consideração o nascituro, mas não o embrião. Interessante o posicionamento de SÁ e NAVES<sup>6</sup>. Entendem que o embrião não pode ser considerado pessoa com a devida proteção, em vista de a lei não beneficiá-lo como tal. Dizem que o embrião não foi dotado de personalidade jurídica. Por outro lado, o embrião também não é considerado coisa.

Mesmo a doutrina apresentando dúvidas quanto à natureza jurídica do embrião, é por demais relevante levantar questionamento com relação a certas arestas criadas pelo próprio legislador.

Nesse sentido, a reprodução assistida deu abertura para a possibilidade de beneficiar a prole eventual de pessoas estéreis. O atual Código Civil não impede ou regulamenta seja admitido o instituto da prole eventual somente pela via da concepção natural. Portanto, em vista da reprodução biotecnológica, é possível aplicar o art. 1.799 da Carta Civil em casos de pessoas estéreis. Vejamos:

---

<sup>5</sup> LOUREIRO. *Introdução ao Biodireito*. 2009, p. 120/123.

<sup>6</sup> SÁ & NAVES. *Manual de Biodireito*, 2011, p. 126/127.

“Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.”(SÁ; NAVES. 2011)

Assim, na sucessão testamentária, quanto à prole eventual, foi possível verificar como a evolução biotecnológica referente à reprodução assistida pode modificar uma situação jurídica, permitindo a sucessão testamentária à prole eventual de pessoa estéril. Em outras palavras, o embrião teve relevância nesse questionamento. Apesar de não dizer que o embrião tenha direito por ser embrião, foi possível identificar que o embrião formado e desenvolvido com técnicas de reprodução assistida criou nova situação fática abraçada pelo Direito.

#### ***2.4.2 Aspectos jurídicos gerais a respeito das células-tronco***

A manipulação das células-tronco embrionárias também foi fonte de inovações jurídicas no Estado Democrático brasileiro. A questão teve início com Lei sobre o tema, passou pelo conceito de vida e chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça. A ação retro foi instrumento que fez a sociedade participar da discussão por meio de audiências públicas. Por causa disso, não ficou apenas na seara institucional, levou todo o país a discutir a viabilidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas e terapias com embriões humanos excedentes das técnicas de fertilização *in vitro*.

Foi necessário discutir a natureza jurídica do embrião, saber se é considerado pessoa e analisar se há direitos que o acolha. Além disso, a comparação com o nascituro e a discussão no âmbito técnico-biológico e jurídico sobre qual o momento de formação da vida humana foi objeto de pauta para a busca de respostas.

Também conhecido por células estaminais, as células-tronco são aquelas que possuem capacidade de se multiplicar em tecidos variados, se transformando em outros tecidos do corpo humano. São importantes para a cura de várias doenças.

A ingerência do avanço da biotecnologia e o envolvimento com a sociedade e o próprio Direito é clara nesse ponto. Não fica difícil perceber como a Bioética insere argumentações, até mesmo pelo próprio *amicus curiae* em campo aberto de discussões na

mais alta corte do país, influenciando, assim, a própria evolução do Biodireito e formando conclusões jurídicas conforme aconteceu na ADI 3510-0.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3510-0 foi interposta pelo representante do Ministério Público Federal com o objetivo de questionar a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança<sup>7</sup>.

“Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.” (Grifo nosso)

Na exordial o então Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, entendeu que o artigo retro citado viola o art. 1º inciso III da Constituição da República (princípio da dignidade da pessoa humana), tendo em vista considerar que o embrião excedente de fertilização *in vitro* é considerado ser constitucionalmente idêntico ao ser humano. Entendeu o agente público que a vida humana acontece na fecundação e a partir desta e, por tal motivo, o art. 5º da Lei de Biossegurança seria inconstitucional.

A ADI 3510-0 foi, por maioria, julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, após interessante debate jurídico, envolvendo de forma indireta a sociedade brasileira. Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Carmen Lúcia Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello entenderam que o artigo questionado é constitucional, sem ressalvas no sentido de que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana.

<sup>7</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm). Acesso em 05 de janeiro de 2014.

“STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu hoje (29) que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. Esses argumentos foram utilizados pelo ex-procurador-geral da República Claudio Fonteles em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) ajuizada com o propósito de impedir essa linha de estudo científico.

Para seis ministros, portanto a maioria da Corte, o artigo 5º da Lei de Biossegurança não merece reparo. Votaram nesse sentido os ministros Carlos Ayres Britto, relator da matéria, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Os ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes também disseram que a lei é constitucional, mas pretendiam que o Tribunal declarasse, em sua decisão, a necessidade de que as pesquisas fossem rigorosamente fiscalizadas do ponto de vista ético por um órgão central, no caso, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep). Essa questão foi alvo de um caloroso debate ao final do julgamento e não foi acolhida pela Corte.

Outros três ministros disseram que as pesquisas podem ser feitas, mas somente se os embriões ainda viáveis não forem destruídos para a retirada das células-tronco. Esse foi o entendimento dos ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau. Esses três ministros fizeram ainda, em seus votos, várias outras ressalvas para a liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias no país.

Veja abaixo os argumentos de cada ministro, na ordem de votação da matéria.

Carlos Ayres Britto (relator)

Relator da ADI 3510, o ministro Carlos Ayres Britto votou pela total improcedência da ação. Fundamentou seu voto em dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica. Destacou, também, o espírito de sociedade fraternal preconizado pela Constituição Federal, ao defender a utilização de células-tronco embrionárias na pesquisa para curar doenças.

Carlos Britto qualificou a Lei de Biossegurança como um “perfeito” e “bem concatenado bloco normativo”. Sustentou a tese de que, para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano. Segundo ele, tem que haver a participação ativa da futura mãe. No seu entender, o zigoto (embrião em estágio inicial) é a primeira fase do embrião humano, a célula-ovo ou célula-mãe, mas representa uma realidade distinta da pessoa natural, porque ainda não tem cérebro formado.

Ele se reportou, também, a diversos artigos da Constituição que tratam do direito à saúde (artigos 196 a 200) e à obrigatoriedade do Estado de garanti-la,

para defender a utilização de células-tronco embrionárias para o tratamento de doenças.

Ellen Gracie

A ministra acompanhou integralmente o voto do relator. Para ela, não há constatação de vício de inconstitucionalidade na Lei de Biossegurança. “Nem se lhe pode opor a garantia da dignidade da pessoa humana, nem a garantia da inviolabilidade da vida, pois, segundo acredito, o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento, o útero, não se classifica como pessoa.” Ela assinalou que a ordem jurídica nacional atribui a qualificação de pessoa ao nascido com vida. “Por outro lado, o pré-embrião também não se enquadra na condição de nascituro, pois a este, a própria denominação o esclarece bem, se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte”.

Carlos Alberto Menezes Direito

De forma diversa do relator, o ministro Menezes Direito julgou a ação parcialmente procedente, no sentido de dar interpretação conforme ao texto constitucional do artigo questionado sem, entretanto, retirar qualquer parte do texto da lei atacada. Segundo Menezes Direito, as pesquisas com as células-tronco podem ser mantidas, mas sem prejuízo para os embriões humanos viáveis, ou seja, sem que sejam destruídos.

Em seis pontos salientados, o ministro propõe ainda mais restrições ao uso das células embrionárias, embora não o proíba. Contudo, prevê maior rigor na fiscalização dos procedimentos de fertilização in vitro, para os embriões congelados há três anos ou mais, no trato dos embriões considerados “inviáveis”, na autorização expressa dos genitores dos embriões e na proibição de destruição dos embriões utilizados, exceto os inviáveis. Para o ministro Menezes Direito, “as células-tronco embrionárias são vida humana e qualquer destinação delas à finalidade diversa que a reprodução humana viola o direito à vida”.

Cármen Lúcia

A ministra acompanhou integralmente o voto do relator. Para ela, as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, muito pelo contrário, contribuem para dignificar a vida humana. “A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde, não agredem a dignidade humana constitucionalmente assegurada.”

Ela citou que estudos científicos indicam que as pesquisas com células-tronco embrionárias, que podem gerar qualquer tecido humano, não podem ser substituídas por outras linhas de pesquisas, como as realizadas com células-

tronco adultas e que o descarte dessas células não implantadas no útero somente gera "lixo genético".

Ricardo Lewandowski

O ministro julgou a ação parcialmente procedente, votando de forma favorável às pesquisas com as células-tronco. No entanto, restringiu a realização das pesquisas a diversas condicionantes, conferindo aos dispositivos questionados na lei interpretação conforme a Constituição Federal.

Eros Grau

Na linha dos ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, o ministro Eros Grau votou pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, com três ressalvas. Primeiro, que se crie um comitê central no Ministério da Saúde para controlar as pesquisas. Segundo, que sejam fertilizados apenas quatro óvulos por ciclo e, finalmente, que a obtenção de células-tronco embrionárias seja realizada a partir de óvulos fecundados inviáveis, ou sem danificar os viáveis.

Joaquim Barbosa

Ao acompanhar integralmente o voto do relator pela improcedência da ação, o ministro Joaquim Barbosa ressaltou que a permissão para a pesquisa com células embrionárias prevista na Lei de Biossegurança não recai em inconstitucionalidade. Ele exemplificou que, em países como Espanha, Bélgica e Suíça, esse tipo de pesquisa é permitida com restrições semelhantes às já previstas na lei brasileira, como a obrigatoriedade de que os estudos atendam ao bem comum, que os embriões utilizados sejam inviáveis à vida e provenientes de processos de fertilização in vitro e que haja um consentimento expresso dos genitores para o uso dos embriões nas pesquisas. Para Joaquim Barbosa, a proibição das pesquisas com células embrionárias, nos termos da lei, “significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e os benefícios que dele podem advir”.

Cezar Peluso

O ministro Cezar Peluso proferiu voto favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias. Para ele, essas pesquisas não ofendem o direito à vida, porque os embriões congelados não equivalem a pessoas. Ele chamou atenção para a importância de que essas pesquisas sejam rigorosamente fiscalizadas e ressaltou a necessidade de o Congresso Nacional aprovar instrumentos legais para tanto.

Marco Aurélio

Ele acompanhou integralmente o voto do relator. Considerou que o artigo 5º da Lei de Biossegurança, impugnado na ADI, “está em harmonia com a Constituição Federal, notadamente com os artigos 1º e 5º e com o princípio da razoabilidade”. O artigo 1º estabelece, em seu inciso III, o direito fundamental

da dignidade da pessoa humana e o artigo 5º, caput, prevê a inviolabilidade do direito à vida. Ele também advertiu para o risco de o STF assumir o papel de legislador, ao propor restrições a uma lei que, segundo ele, foi aprovada com apoio de 96% dos senadores e 85% dos deputados federais, o que sinaliza a sua “razoabilidade”.

O ministro observou que não há, quanto ao início da vida, baliza que não seja simplesmente opinativa, historiando conceitos, sempre discordantes, desde a Antiguidade até os dias de hoje. Para ele, “o início da vida não pressupõe só a fecundação, mas a viabilidade da gravidez, da gestação humana”. Chegou a observar que “dizer que a Constituição protege a vida uterina já é discutível, quando se considera o aborto terapêutico ou o aborto de filho gerado com violência”. E concluiu que “a possibilidade jurídica depende do nascimento com vida”. Por fim, disse que jogar no lixo embriões descartados para a reprodução humana seria um gesto de egoísmo e uma grande cegueira, quando eles podem ser usados para curar doenças.

Celso de Mello

O ministro acompanhou o relator pela improcedência da ação. De acordo com ele, o Estado não pode ser influenciado pela religião. “O luminoso voto proferido pelo eminente ministro Carlos Britto permitirá a esses milhões de brasileiros, que hoje sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado”.

Gilmar Mendes

Para o ministro, o artigo 5º da Lei de Biossegurança é constitucional, mas ele defendeu que a Corte deixasse expresso em sua decisão a ressalva da necessidade de controle das pesquisas por um Comitê Central de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde. Gilmar Mendes também disse que o Decreto 5.591/2005, que regulamenta a Lei de Biossegurança, não supre essa lacuna, ao não criar de forma expressa as atribuições de um legítimo comitê central de ética para controlar as pesquisas com células de embriões humanos.”<sup>8</sup>

Algumas ponderações críticas devem ser feitas. O fundamento principal da ADI 3510 encontra divergência na medicina. Trata-se de controvérsias do entendimento de quando ocorre o início da vida. A ação retro já teve início com base em incertezas biológicas, pois, até mesmo na Medicina há posicionamento de que a vida começa com a concepção e também de que a vida começa com a nidação.

<sup>8</sup> <http://stf.jus.br/portal/cms/verniciadetalhe.asp?idconteudo=89917>. Acesso em 5 de janeiro de 2014.

Dessa forma, pergunta-se: qual o momento da formação da vida? Seria o Direito, por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade, o instrumento para essa resposta? Outra questão interessante é saber se os embriões excedentes descartados nas clínicas de fertilização não mereça a devida proteção. Porque o Procurador Geral de Justiça ajuizou a ADI mencionada com a finalidade de proteger somente a experimentação com células-tronco embrionárias? Como tratar o embrião em vista do Direito? Qual a natureza jurídica do embrião? É possível responder esta pergunta com certeza de lei? O que se verifica é que o Biodireito ainda depende da biologia para responder suas indagações. E para isso, serão necessários tempo e espera de conhecimentos biológicos mais seguros.

Ademais, além de todo esse questionamento, é preciso apontar que a Lei de Biossegurança, especificamente no art. 5º, contém termo aberto sem o devido conceito. Assim, pergunta-se: o que seria embrião inviável? São logicamente dúvidas levantadas que merecem respostas seguras da Biologia para que haja melhores condições de análise e regulamentação jurídicas.

### **2.4.3 Clonagem humana**

Numa visão holística de nosso tema, levando em consideração a história evolutiva do ser humano, o ponto em que chegamos assustaria até aqueles que apostariam na clonagem como mera conjectura futurística. Uma cópia exata de outro ser humano já foi provada pela ciência como possível. A ciência ultrapassou a aceitação ética/moral da sociedade, ao admitir a possibilidade de copiar seres humanos. A Lei apresentou uma resposta imediata proibindo de forma expressa a clonagem humana. Inclusive, tipificou como conduta criminosa, apenando em até 5 anos de reclusão e multa aquele que praticar a clonagem. É o que dispõem os arts. 6º e 26 da Lei de Biossegurança. Vejamos:

“Art. 6º Fica proibido:

IV – clonagem humana;”

“Art. 26. Realizar clonagem humana:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

A clonagem é essencialmente a produção de cópias genéticas. Trata-se, a grosso modo, de produção de indivíduos geneticamente iguais. Por meio de determinado processo de reprodução, o resultado é a obtenção de cópias geneticamente idênticas do ser vivo objeto da técnica.

O que se sabe até o momento é que é possível realizar a clonagem de seres humanos. Contudo, há certeza quanto à imperfeição da técnica em vista das tentativas já realizadas em animais. Exemplo disso foram as aberrações que se originaram da tentativa de clonar cachorros e macacos. A ovelha Dolly sofreu com o envelhecimento precoce. Imagine um ser humano em sua complexidade biológica e social. A partir daí, por senso de responsabilidade e por causa da insegurança da ciência, há que observar a proibição da clonagem. Muitas dúvidas surgem ao imaginar a possibilidade da prática da clonagem humana. Será que haveria consequências físicas para o clonado? Atenderia o princípio da dignidade da pessoa humana?

A clonagem admite a espécie terapêutica (homicida) e a reprodutiva. Pela clonagem homicida há criação de embriões humanos para produzir, com exclusividade, as células-tronco. A pretensão é criar ser humano para utilizar em experiências com células-tronco. Na clonagem reprodutiva a ideia é reproduzir um ser humano por meio da utilização de reprodução de células de outro ser humano, formando os clones.

Reproduzir ser humano é moralmente e legalmente proibido.

#### ***2.4.4 Projeto genoma humano***

Pelo projeto genoma humano é possível mapear e discriminar o DNA. O objetivo é realizar o mapeamento genético, representando em gráfico o posicionamento dos genes. Trata-se de um processo que implica fragmentar o DNA e catalogar as bases que o formam. O projeto genoma humano teve início nos anos 90. O legislativo brasileiro ainda não delimitou a questão. Contudo, já foi objeto de norma internacional, tal como a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (32ª Conferência Geral da Unesco).

O projeto traz a possibilidade de identificar os dados genéticos de cada ser humano (discriminação sobre as informações obtidas do DNA e RNA do indivíduo.). A questão é de tal interesse ao Direito que surgem indagações passíveis de solução em vista dos direitos da personalidade. Assim, pergunta-se: o ser humano possui intimidade genética? Uma vez violadas as informações decorrentes dos dados genéticos é admissível ação de reparação por danos morais por violação ao direito de intimidade?

A questão não ficou em suposições. Interessante caso surgiu em Goiânia com determinada investigação policial. O investigado não admitiu fosse coletado dado genético para perícia de seu DNA. Contudo, uma vez consumido cigarro e jogado o restante deste no lixo, a polícia civil daquele Estado pegou o material descartado e utilizou os dados genéticos ali deixados, pela saliva, para identificar dados importantes para a investigação criminal. É possível admitir o uso deste material, mesmo já desconsiderado pelo investigado? A Polícia estaria violando direitos de personalidade para conseguir provas?

#### **2.4.5 Patentes biológicas**

A possibilidade de decodificar o material genético humano, pelos métodos ou modo de traduzir a discriminação, é passível de patenteamento? A estrutura de análise do DNA humano, permitido pelo projeto genoma humano, admite patenteamento? É possível patentear o material genético humano ou organismos vivos? As técnicas de mapeamento do DNA humano bem como o sequenciamento do genoma admite patenteamento?

Pelo patenteamento há exclusiva exploração industrial de invenção, desde que haja novidade, originalidade e que seja inédito. É como se fosse um título entregue pelo Poder Público ao inventor, conferindo-lhe exploração. É necessário dizer que há diferença entre invenção e atividade inventiva. Aquela é a criação efetiva de um objeto, em vários sentidos. Já a atividade inventiva é a criação de uma solução para determinado problema, um procedimento inovador, melhor dizendo. Não é admitido patenteamento de algo que já exista. Ademais, há que observar a diferença existente entre invenção e descoberta. A invenção exige o novo, conforme já dito retro. A descoberta admite o reconhecimento de fenômenos ou características existentes e que ainda não foram revelados ao conhecimento das pessoas. Os fenômenos e suas características já existiam, não há novidade a ser apresentada e, portanto, não há possibilidade legal de patentear a descoberta.

Nesse sentido, não é possível dizer que seja permitido patentear organismos vivos já existentes, descobertos por novas técnicas. Talvez seja possível o patenteamento do procedimento para decodificar o mapeamento e sequenciamento do genoma, contudo haverá discussões se será possível preencher o requisito da aplicação industrial conforme determina o art. 15 da Lei 9.279/96. Vejamos:

“Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.”

“Art. 18. Não são patenteáveis:

III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta. (Grifo nosso)”

Portanto, o que se percebe é que, para ser patenteável, a invenção terá que atender requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. De fato, as novidades do desenvolvimento da Biotecnologia chegaram perto de ser patenteáveis, mas é necessário o preenchimento dos requisitos legais para tanto. A simples prática de sequenciamento genético não configura atividade inventiva, salvo se criar uma nova proteína inexistente na natureza e produzi-la em escala industrial, o que não é o caso.

Interessante é o posicionamento de SÁ e NAVES (2011, p. 252) ao dizerem que é possível patentear isolamento de substâncias naturais. O patenteamento faz referência às substâncias encontradas do isolamento de algumas que se encontre em seu estado complexo, como, por exemplo, os antibióticos, aspirinas etc. Ademais, citam os autores interessante caso da linha celular dos Hagahai. No caso em espécie, foi coletado sangue de 24 indígenas, para pesquisa. Foi detectado determinado retrovírus na linha celular de um dos doadores e, tendo grande potencial no diagnóstico e fabricação de vacinas para doenças com relação à leucemia, laboratórios dos Estados Unidos conseguiram a patente.

De todo modo, o que mais nos interessa é o ponto de discussão em que chegamos. A questão do patenteamento de material genético. Há pouco tempo, não era possível discutir o tema dada a impossibilidade biotecnológica. Hoje, falar sobre patentes biotecnológicas significa que o mundo está avançando de forma sem precedentes. Trata-se do desenvolvimento da Biotecnologia.

#### **2.4.6 *Transexualismo***

O princípio da dignidade da pessoa humana é a estrutura do Estado Democrático de Direito. Nossa Constituição é dirigente e a todo momento busca alcançar em todos os setores do Estado a dignidade humana, seja o meio social, econômico e familiar. Como pano de fundo está a felicidade. Por mais que não esteja expresso, há o princípio constitucional de ser feliz. Esse princípio é inerente ao ser humano. Faz parte de todos nós e é dever primordial do Estado defendê-lo em todos os aspectos. A pessoa não vive para o Estado, mas o contrário. As

normas jurídicas devem ser editadas em favor da organização social com o fim último da felicidade das pessoas.

Toda base jurídica do Estado Democrático Brasileiro, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana e levando em consideração o Direito constitucional de ser feliz, deve admitir as variações sexuais das pessoas, reposicionando as normas para seu bem estar.

A história do ser humano conta que a homossexualidade, o bissexualismo, os travestis e os transexuais acompanharam o ser humano. Não se trata de anomalia, como dizia a Igreja, mas da essência do ser humano.

Assim, é sabido que o transexual é biologicamente perfeito, mas acredita ter absoluta certeza de que pertence ao sexo contrário. Essa pessoa tem o direito de ser feliz e mais, ser protegido pelo Estado em vista do princípio da dignidade da pessoa humana. Com o desenvolvimento da biotecnologia, surgiu a ele a possibilidade de corrigir a diferença nivelando-a com a psicológica.

A partir dessa possibilidade vieram inúmeras questões a ser resolvidas pelo Direito. Pontos de discussões apareceram. Seria direito de personalidade o direito de fazer cirurgia para mudança de sexo? Como ficaria o nome? Há necessidade de autorização judicial para a realização da cirurgia de ablação de órgãos? Como o Direito vem entendendo o caráter da cirurgia: mutilador ou corretivo? O transexual seria excluído do casamento pelo fato de não constar na Lei sua situação jurídica? Seria possível aplicar, por analogia, os efeitos das decisões judiciais que reconheceram a união homoafetiva como entidade familiar? E se o transexual tiver filho? Como ficará a identificação do filho quanto à paternidade?

Como se percebe, as necessidades do ser humano foram alcançadas pela possibilidade de realizá-las com o desenvolvimento da Biotecnologia. É possível modificar o corpo de uma pessoa que acredita pertencer ao sexo contrário. As questões sociais, jurídicas e éticas precisam de respostas imediatamente, contudo baseadas no direito constitucional à felicidade e no princípio da dignidade da pessoa humana.

#### ***2.4.7 Doação de órgãos e tecidos***

Quando se fala em transplante de órgãos e tecidos, deve ser apontado que não é de hoje a necessidade do ser humano de transferir órgãos saudáveis para o corpo de outra pessoa. A questão ética já foi ultrapassada nesse ponto. O Biodireito já se prontificou, por meio do Poder Legislativo, a normatizar a doação de órgãos e tecidos. A Lei 9.434/97 especifica regra sobre o transplante de órgãos em seres humanos.

É claro que há pontos negativos e positivos sobre a retro mencionada Lei. Mas o fato é que há demonstração clara de evolução no ponto em questão. Além do mais, há reflexão na responsabilidade civil do médico em vista das regras impostas, incluindo sanções penais. Já no primeiro artigo, a Lei determina que a doação de órgãos e tecidos deva ser gratuita e delimita o que pode ou não ser objeto de transplantes, excluindo o sangue, o esperma e o óvulo. Vejamos:

“Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.”

Interessante e, talvez a maior delas, é a questão da consideração do tempo da morte para efeito de retirada dos órgãos e tecidos. É necessário observar a morte, disso não há dúvida. Mas quando ocorre a morte? É preciso ter certeza da morte encefálica para considerá-la em vista do Direito. Trata-se da cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, caso em que fica comprovado que não há mais vida em órgãos com funcionamento autônomo. É obrigatório que haja acompanhamento e comprovação por dois médicos que não participem da cirurgia de remoção e transplante. É o que dispõe o art. 3º da lei supra mencionada.

“Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”

Há resolução do Conselho Federal de Medicina, especificamente a Resolução 1.480/97 que determina regras para a determinação da morte encefálica. Vejamos:

“Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.”

Ademais, convém destacar que são necessários dois médicos para comprovar a morte encefálica do paciente e que, ao menos um, seja especialista em neurologia.

Outro ponto de destaque em relação à doação de órgãos e tecidos, é a questão da autorização. A responsabilidade da autorização é diferenciada dependendo de quem seja o doador.

Se falecida a pessoa de que será o órgão retirado, há dependência de autorização do cônjuge ou parente maior de idade, desde que obedeça à linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, firmado por documento assinado por duas testemunhas que afirmem a ocorrência da morte.

Na eventualidade de o transplante envolver duas pessoas vivas, a regra exige que o doador seja pessoa capaz juridicamente, que seja por disposição gratuita de órgãos e partes do próprio corpo para fins terapêuticos, ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, ou em qualquer pessoa mediante autorização judicial. Não é necessária autorização judicial caso a doação seja de medula óssea.

Sem adentrar a fundo na Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos, no momento é interessante verificar que a evolução da técnica biológica envolveu o cotidiano das pessoas, uma aceitação ética da sociedade e a própria desenvoltura do Biodireito. Resta analisar, em momento oportuno, a repercussão sobre a responsabilidade do médico quanto ao transplante de órgãos e tecidos.

#### **2.4.8 Eutanásia**

Nesse ponto, a questão é analisada mais sob o aspecto da ética e com a necessária repercussão normativa do que a inserção do desenvolvimento da Biotecnologia no Biodireito e Bioética. Antes de tudo é de bom alvitre diferenciar alguns termos. Há certa confusão entre os termos eutanásia, suicídio assistido, mistanásia e distanásia. Numa visão holística parece, numa primeira leitura, que a conduta é a mesma. Há diferenças.

A eutanásia é o meio de dar fim à vida de uma pessoa, com seu consentimento, por meio de uma ação ou omissão abreviando uma morte certa. A conduta pode ser praticada por qualquer pessoa em outra com doença incurável ou não, com o intuito de diminuir sua dor. A intenção é evitar a dor. Fazer o bem. É a promoção da morte antes do momento natural. Não há autorização legal para a prática da eutanásia. A consequência seria a responsabilização do agente por prática de homicídio. É interessante anotar que a conduta da prática da eutanásia

pode ser por ação ou omissão. Deixar uma pessoa falecer por meio da omissão significa a prática da eutanásia passiva ou ortotanásia.

A mistanásia é uma problema social. É a figura ilustrativa que foi dada à morte por motivos variados, geralmente em países de Terceiro Mundo, em que há falta de recursos. É a morte prematura em vista da impossibilidade de o Estado oferecer tratamento à pessoa que poderia ser curada, mas não é por falta de atenção material. No Brasil, principalmente em Estados miseráveis como o Estado do Maranhão, a mistanásia é comum.

Quanto ao suicídio assistido, por mais que se pareça com a eutanásia, apresenta suas diferenças. No suicídio assistido a morte é consequência da conduta da própria pessoa vítima dos seus atos. É claro que há a orientação e o auxílio de outrem.

Do lado oposto, a distanásia é o significado da busca a todo custo pela vida, não importando se há ou não sofrimento. Não permite a morte natural e há uma luta constante contra o falecimento da pessoa. Trata-se do prolongamento da vida a todo custo.

A relação do desenvolvimento da Biotecnologia nesse ponto não é tão explorada em vista da facilidade de praticar a morte ou distanciar a vida sem exigir muitos recursos técnicos. É fácil matar e é relativamente fácil tentar estender a vida. A questão é mais relevante quanto a análise do estudo da responsabilidade civil daquele que pratica a eutanásia, distanásia ou suicídio assistido, notadamente o profissional da saúde.

### 3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de adentrar a responsabilidade civil do médico, notadamente envolvendo questões sobre desenvolvimento do Direito sob ponto de vista da evolução da tecnologia na área médica, é importante definir regras sobre a própria responsabilidade civil, ponto de destaque relevante para a discussão do tema central do trabalho.

#### 3.1 Noções Gerais

Não é incomum as pessoas perguntarem umas às outras de quem é a responsabilidade diante de um fato violador de direitos. Também não é incomum não saber o real significado do termo responsabilidade. Às vezes é apontado com certa facilidade de quem seja a responsabilidade perante determinada conduta, contudo, se houver o desvio do questionamento para o conceito da palavra, não haverá resposta satisfatória. É fácil destacar, por meio da legislação, de contrato ou pelo uso do próprio bom senso, o autor das consequências de uma conduta *contra legem*, mas não há facilidade em determinar o significado da responsabilidade em si. O que é responsabilidade?

A responsabilidade encontra guarida em vários ramos do Direito. Trata-se de termo que acompanha a conduta das pessoas no dia a dia e não esconde o reflexo permanente de suas ações, sejam elas em benefício da Lei ou contra a Lei. Toda ação humana tangencia a responsabilidade como se fosse uma resposta consequencial. Não é difícil concluir que o termo responsabilidade tem origem no verbo “*respondere*”, expressão latina que também significa resposta. No mesmo sentido é o significado de *spondeo*, se por acaso envolver relação contratual verbal. De qualquer modo, a consequência abrange a resposta por conduta ilícita, seja ela em atuação contra a Lei, ou contra determinada relação contratual. Nada mais é do que a obrigação que uma pessoa tem de assumir as consequências jurídicas de determinada conduta. A idéia de responsabilidade está sempre vinculada à resposta e à consequência jurídica de ato praticado por alguém.

Lopes<sup>9</sup> expõe o significado de responsabilidade da seguinte forma:

“Significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstancia legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstancia meramente objetiva.”

---

<sup>9</sup> LOPES. *Curso de Direito Civil*, 1995, p.160.

No mesmo sentido encontra o pensamento de PEREIRA<sup>10</sup> ao aduzir que a responsabilidade civil:

“consiste na efetivação da reparabilidade abstrata em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.”

O jurisconsulto romano Ulpiano desenvolveu a máxima *neminem laedere*, para expressar que ninguém pode ofender ninguém. A expressão decorre de três princípios fundamentais que se desdobram em: viver honestamente (*honeste vivere*), não lesar o próximo (*neminem laedere*) e dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*). Não é permitido a ninguém violar o direito do outro. Se eventualmente, qualquer pessoa o fizer, haverá consequência jurídica, ou seja, haverá responsabilidade.

Não pode a responsabilidade ser confundida com a obrigação. Apesar de uma ser equilibrada na outra, havendo ligação essencial, os termos não expressam equivalência. A obrigação tem origem em um dever jurídico originário, inicial. De outra banda, a responsabilidade é sucessiva à violação da obrigação. Imagine que alguém seja contratado para prestar o serviço e deixe de cumprir sua obrigação. O profissional estará violando o dever jurídico originário (obrigação) e, por conseguinte, haverá o surgimento da responsabilidade, que é o dever de compor o prejuízo causado.

Assim, a responsabilidade para o Direito é o reflexo exato das consequências jurídicas da violação de um dever jurídico originário.

Uma vez definido que responsabilidade significa consequência jurídica, há que deixar evidente que a responsabilidade jurídica se desdobra em consequências diversas, dependendo da matéria jurídica em pauta.

A responsabilidade civil tem formação e consequências diferentes da responsabilidade criminal, administrativa e tributária. Tendo em vista o foco do presente trabalho, há concentração na responsabilidade jurídica civil. Contudo, apenas para efeito de esclarecimento, apontamos a diferença necessária entre a responsabilidade civil e criminal. Esta requer a formação de uma conduta típica, ilícita e culpável. Uma conduta do agente

---

<sup>10</sup> PEREIRA. *Responsabilidade Civil*, 1992, p.11.

responsável que esteja prevista pela Lei penal, que este agente atue contra a Lei sem respaldo em qualquer excludente de ilicitude e que esteja apto a responder pelos seus atos, consciente de sua conduta. A resposta para aquele que pratique a infração penal é o sofrimento da cominação legal que se desdobra em penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias. Por outro lado, a responsabilidade civil reflete consequência da violação ao direito de outrem. O pagamento de uma indenização, uma compensação ou a exigência de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, como resposta sancionatória. Pode ser também a perda de um direito ou a anulação de um ato.

A responsabilidade civil pressupõe a violação de interesse pautado em lei ou contrato eminentemente de ordem particular. Uma vez identificada a agressão à ordem retro, haverá a sujeição do infrator às consequências advindas da legislação ou negócio contratual previamente confeccionado. Ora, a resposta lógico-normativa de qualquer conduta tida por ilícita é a sanção. A sanção é a consequência da prática de um ato ilícito.

Assim, em vista do entendimento mencionado, é lógico vislumbrar que a natureza jurídica da responsabilidade civil é sancionadora.

O instituto da responsabilidade civil tem origem no Direito Romano, mais especificamente nas normas relativas à vingança privada, o que se deve levar em consideração haja vista não haver, na época, interesse moral das normas. A preocupação ressaltada pelo Direito Romano era muito mais em sistematizar os institutos do que a tecelagem de normas com fundo ético. A evolução veio com a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor. A intenção foi afastar a Lei de Talião para evitar que o agente que praticasse uma conduta ilícita não sofresse penas que fossem diretas ao seu próprio corpo. A transação foi o caminho encontrado para responder à sanção que deveria ser aplicada. Trata-se de uma reação natural à vingança privada. Numa escala evolutiva, diante de uma visão holística, veio a *Lex Aquilia* dar guarida à responsabilidade civil extracontratual. Esta num degrau acima das já existentes. Em vista de conduta ilícita que naturalmente seria sancionada com a vingança privada, numa reação calculada pela violência ao corpo do agente do ilícito, a *Lex Aquilia*, uma vez passada a temporada de transações, trouxe a lume a busca da satisfação do dano por uma forma mais humana e mais eficiente, qual seja, a introdução da análise da culpa para sancionar reparação. A culpabilidade foi reforçada ao longo da história, culminando com o advento do Código de Napoleão, que influenciou diversas cartas civis pelo mundo afora. O instituto da responsabilidade civil encontrou, nos dias atuais, delimitação e exigência de observância no preenchimento de elementos essenciais, quais sejam, a conduta, seja ela positiva ou omissiva, o dano em si e o nexo causal ligando os pontos de formação, para haver

a aplicação da sanção. Esta por sua vez, passa longe de qualquer atenção ao corpo do agente do ilícito, focando num plantel de respostas de ordem obrigacional e pecuniária.

### **3.2 Espécies de responsabilidade civil**

Apesar de a responsabilidade civil ter um corpo só, representar uma única linha de resposta jurídica à condutas ilícitas praticadas contra determinada vítima, há que delinear variações internas tais como a responsabilidade civil subjetiva, objetiva, contratual e extracontratual. Cada uma com sua peculiaridade, envolvendo situações diferenciadas. A diferença seria mais doutrinária do que legal, apesar de haver apoio à diferença em artigos da Carta Civil.

A responsabilidade civil subjetiva é fruto de atuação dolosa ou culposa do agente violador da norma. Numa visão mais aprofundada, é interessante citar o aspecto duplo da ilicitude e, dessa forma localizar a culpa em sentido genérico. Assim, quanto ao aspecto objetivo, a ilicitude apresenta os elementos conduta (comissiva ou omissiva), dano e nexo causal. O aspecto subjetivo traz à tona a imputabilidade (capacidade do agente para praticar a ilicitude) e o que, no momento nos interessa, a culpa em sentido lato (dolo e culpa em sentido estrito).

Trata-se de responsabilidade decorrente de ação com base no dolo ou na culpa do agente causador do dano. Havendo, portanto, negligência, imperícia ou imprudência, ocorrerá responsabilidade civil subjetiva como resposta à eventual dano. É a regra geral da responsabilidade civil. O Código Civil tratou a matéria delineada nos termos do art. 186. Vejamos:

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

Como se percebe, a versão subjetiva da responsabilidade civil concentra na noção de que o agente responda nos moldes da sua culpa. Havendo mais de um agente do ilícito, cada um responderá na medida da sua culpabilidade. Tendo em vista a essência de esta sorte de responsabilidade ter a visão direcionada para a atuação com negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, com fulcro na culpa em sentido genérico, há o dever de lembrar que, em eventual demanda, caberá ao autor provar a culpa do réu. Aquele necessitará provar a culpa

para caracterizar seu direito para obter êxito na pretensão reparatória. Assim, pela responsabilidade civil subjetiva, a vítima terá que demonstrar a existência do dolo ou da culpa do agente causador do dano para obter a resposta indenizatória a seu favor.

A análise da culpa é levada em consideração após demonstração prévia pelo autor de eventual demanda judicial. Ocorre que há situações em que se permite a culpa presumida. Trata-se da responsabilidade civil indireta. Levando em consideração essa ramificação doutrinária, a culpa não deixa de ser requisito legal para a formação da própria responsabilidade; contudo, a culpa é presumida em vista do dever geral de vigilância a que está submetido o réu. Veja-se que na presunção de culpa permanece a exigência da existência da culpa como fundamento da responsabilidade civil. No entanto, nesse caso, a parte autora de eventual demanda não tem o dever de demonstrá-la. Há uma inversão do ônus da prova. A situação é invertida para impor o dever ressarcitório, salvo se houver a demonstração de que o dano foi causado pelo próprio comportamento da suposta vítima. A inversão é bastante utilizada em casos de acidente de trabalho, situação em que haverá responsabilidade subjetiva do empregador com culpa presumida, em vista da sua obrigação prévia de proteger a incolumidade física do empregado. Vejamos:

“AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO  
AGRAVO DE INSTRUMENTO.

CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA PRESUMIDA DO  
EMPREGADOR.

INCOLUMIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA DO EMPREGADO.  
COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte de Justiça é firme no sentido de reconhecer que a responsabilidade do empregador, decorrente de acidente de trabalho, é, em regra, subjetiva, fundada em presunção relativa de sua culpa. Cabe, assim, ao empregador o ônus da prova quanto à existência de alguma causa excludente de sua responsabilidade, tal como comprovar que tomou todas as medidas necessárias à preservação da incolumidade física e psicológica do empregado em seu ambiente de trabalho, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho.

2. Na hipótese, o eg. Tribunal de origem, diante do contexto fático-probatório dos autos, excluiu a responsabilidade da empregadora pelo evento ocorrido, diante da comprovação de que foram tomadas todas as medidas necessárias à preservação da incolumidade física do trabalhador. O reexame da questão, na via estreita do recurso especial, esbarra no óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo interno desprovido.”

(AgRg nos EDcl no Ag 951.194/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 11/12/2013)

Para firmar a regra, é interessante analisar a questão da responsabilidade subjetiva presumida dos hospitais, quando houver demanda por erro médico praticado por profissional que não tenha vínculo empregatício. Por exemplo, determinado médico pratica procedimento nas instalações do hospital X. Na atuação do médico ocorre erro por negligência. É sabido que, pelo Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do médico é subjetiva. Por outro lado, a responsabilidade do hospital como pessoa jurídica envolvida na relação médico-paciente-consumidor, é objetiva. Contudo, há que se observar que existe um detalhe que modifica a responsabilidade civil do hospital. E esse detalhe é o simples fato de o médico não pertencer aos quadros de funcionários ou sócios da pessoa jurídica em questão. Tendo em vista esse ponto, não poderá considerar o hospital como fornecedor de serviço em atuação. Sua responsabilidade diante de qualquer demanda, envolvendo o caso em espécie é regrada pela solidariedade. Há responsabilidade civil do médico, por ser solidária, subjetiva e presumida. É necessário que a vítima comprove a culpa do médico (preposto do hospital), mas não é exigido que seja comprovada a culpa do hospital (preponente) por ser presumida. Vejamos o que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

“CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO.

HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes.

Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.).

2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o

prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido.” (REsp 258.389/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 275)

Em 2012, o Superior Tribunal de Justiça decidiu determinar a culpa presumida de determinada transportadora. Foi aplicada a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal para definir a existência de culpa presumida do patrão por conduta culposa do empregado. No caso em espécie, foi identificada culpa *in eligendo* por parte da transportadora. Vejamos:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. "CAVALO MECÂNICO" E REBOQUE. PROPRIETÁRIOS DISTINTOS. CONTRATO DE LOCAÇÃO. SOLIDARIEDADE. PREPOSIÇÃO. SÚMULA Nº 492/STF. INAPLICABILIDADE. CARONA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL INEXISTENTE.

1. Responde civilmente por culpa *in eligendo* a transportadora, dona de reboque, que contrata transporte de cargas por "cavalo mecânico" inadequadamente conservado e conduzido pelo seu preposto para circular em rodovias movimentadas.
2. É vedado em sede de recurso especial a revisão das conclusões a respeito da culpa dos envolvidos no acidente, obtidas a partir da interpretação de cláusulas contratuais, ante os óbices das Súmulas nºs 5 e 7/STJ.
3. A tese da responsabilidade no caso de transporte de simples cortesia (carona) não foi prequestionada (Súmula nº 211 do STJ).
4. A responsabilidade solidária da empresa recorrente por danos causados a terceiro na condição de "locadora ou locatária" (Súmula nº 492/STF), a despeito de constituir fundamento autônomo, não foi atacada no recurso especial.
5. Não há similitude fática, para efeito de caracterização do dissídio jurisprudencial, entre o caso concreto e os paradigmas apontados, nos quais

inexiste vínculo de preposição entre a proprietária do reboque e o motorista, ou entre a transportadora e o dono do "cavalo mecânico".

6. O conjunto fático-probatório dos autos é claro quanto à presença de vínculos contratuais estreitos entre a transportadora e o dono do "cavalo mecânico", reconhecendo-se, por várias circunstâncias, a preposição do dono do "cavalo mecânico" em relação à transportadora, cuja revisão é inviável no recurso especial (Súmulas nºs 5 e 7/STJ).

7. "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto" (Súmula nº 341/STF).

8. Recursos especiais desprovidos.

(REsp 453.882/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 25/09/2012)

Por outro lado, a responsabilidade civil pode ser formada sem ter a culpa genérica como elemento a ser analisado. Trata-se da responsabilidade civil objetiva. O dolo ou a culpa na conduta do agente não tem relevância jurídica. O que importa realmente é a verificação da existência do nexo de causalidade, ligando o dano à conduta do agente. Uma vez analisada e verificada a existência do dano, da conduta do agente, bem como do nexo de causalidade, surgirá o dever de indenizar.

O fundamento da teoria objetiva da responsabilidade civil é baseado no risco da atividade exercida pelo agente. Surgiu a teoria em decorrência da influência da Escola Positiva Penal, que deu origem à responsabilidade penal objetiva no final do século XIX. Nesse sentido, Damásio<sup>11</sup> explica que:

“Dá-se o nome de responsabilidade penal objetiva à sujeição de alguém à imposição de pena sem que tenha agido com dolo ou culpa ou sem que tenha ficado demonstrada sua culpabilidade, com fundamento no simples nexo de causalidade material.”

Apesar de o ordenamento civil ter como regra geral a responsabilidade civil subjetiva, deve ser entendido que a responsabilidade civil objetiva coexiste com aquela. No entanto, deverá esta prevalecer sempre que a Lei a prescrever expressamente. Assim, prevalece a análise objetiva da responsabilidade nos casos específicos delineados pelo legislador. Nesse sentido, o Decreto – Lei 32/66 estabelece a responsabilidade objetiva de empresas aéreas tendo em vista o risco da atividade inerente explorada. Do mesmo modo, a Lei 6.453/77

---

<sup>11</sup> DAMÁSIO. *Direito Penal*, 1988, p.397.

dispõe sobre a responsabilidade civil em situações que envolve danos nucleares. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) também expõe de forma clara a responsabilidade civil objetiva do fornecedor.

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

A Constituição prescreve a responsabilidade civil objetiva de instituições públicas e de Direito Privado prestadoras de serviços públicos em vista de danos praticados pelos seus agentes a terceiros, nos termos do art. 37, § 6º:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Quanto à responsabilidade civil objetiva por danos nucleares, a teoria adotada é a do risco integral. Por esta teoria não é admitido excludente de responsabilidade, apesar de o art. 8º da Lei 6.453/77 permitir que se exclua a responsabilidade do operador pelo dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza. No entanto, o que deve ser levado em consideração é o fato de que a base legal para análise de dano nuclear é a Constituição. Dessa forma, em vista da teoria do risco integral, não há como admitir excludentes de responsabilidade na hipótese levantada.

“O operador não responde pela reparação do dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.”

Artigo 21, XXIII, “d” da Constituição da República – “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.”

Baseada na máxima de Ulpiano *neminem laedere*, a responsabilidade civil objetiva foi admitida pelo Código Civil, especificamente no art. 927, parágrafo único, no seguintes termos:

“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

A responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco, diferentemente da responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco integral, admite excludentes. É prudente lembrar que a responsabilidade civil objetiva, cuja base teórica é a teoria do risco, não leva em consideração nem culpa nem dolo. A análise jurídica é feita somente sobre o dano, a conduta e o nexo causal. Dependendo do caso em espécie ou da matéria, é possível visualizar a teoria do risco de vários ângulos.

Uma vez que a questão jurídica envolva responsabilidade jurídica do Estado, será invocado o art. 37, § 6º da Constituição da República, e levada em consideração a teoria do risco administrativo.

Na hipótese de envolver criação de risco pelo agente do ilícito, será considerada a teoria do risco criado, cuja expressão fica clara nos termos do art. 938 do Código Civil. Exemplo da teoria retro mencionada é a responsabilidade daquele que arremesse objeto de apartamento cuja consequência traduz prejuízos financeiros à vítima. O Código Civil resolve a questão com base na teoria do risco criado. Vejamos:

“Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.”

Se for levado em consideração qualquer risco criado em vista da obtenção de lucro por atividade com fins lucrativos, principalmente quando envolver riscos de produto, provenientes de uma relação de consumo, será aplicada a teoria do risco proveito. O agente retira um lucro do risco criado, especialmente se envolver responsabilidade civil objetiva prescrita pelo Código de Defesa do Consumidor.

A teoria do risco integral, já mencionada anteriormente, é caracterizada por envolver questões nucleares e ambientais, por exemplo, e não admitir excludentes de responsabilidade.

Em suma, a responsabilidade civil subjetiva é a regra, mas ao lado desta, deve ser considerada a responsabilidade civil objetiva sempre que o legislador a destacar na Lei como necessária em determinadas hipóteses. Na responsabilidade civil subjetiva há que ser observada a existência de dolo ou culpa, além de ter que ser demonstrada pela vítima em eventual demanda, salvo em determinados casos específicos, como na responsabilidade subjetiva presumida. Aliás, não há a menor dúvida da dificuldade existente em provar a culpa e o dolo, que é abstraída na responsabilidade objetiva. O dolo e a culpa não são requisitos de análise para a formação da responsabilidade civil objetiva. Somente o dano, a conduta e o nexo de causalidade. Dependendo da matéria jurídica em análise ou do caso em espécie, será colocada sob observação a teoria do risco na sua especialidade, sendo a teoria do risco administrativo, a teoria do risco criado, a teoria do risco proveito e a teoria do risco integral. Quanto à excludente de responsabilidade, somente a teoria do risco integral não as admite em vista da importância do direito suscitado.

Subdivisão interessante ocorre entre a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil aquiliana. GONÇALVES (2002, p. 26-27) invoca atenção à teoria monista para expressar que, pelo fato de o resultado proveniente da responsabilidade civil se afunilar no mesmo sentido, ou seja, no mesmo ponto didático e em vista da responsabilidade, a diferença acima é despreciada. No entanto, não é o entendimento da maioria.

Havendo relação contratual firmada entre partes, e uma delas violar o que foi negociado, o resultado da conduta ilícita não poderia ser outro senão a responsabilidade civil. Trata-se da responsabilidade civil contratual. Resultante do descumprimento de um dever eminentemente regido pelas partes, há presunção de culpa tendo em vista obrigação prévia de um dos contratantes. O que deve ser levado em consideração é a existência de norma jurídica contratual, vinculando a relação entre interessados. O dano, requisito para haver responsabilização, é decorrente de uma quebra de conduta pré-determinada. A responsabilidade civil contratual está expressa em vários artigos do Código Civil. Apenas para ilustrar, citamos o art. 389 do Código Civil. A norma prescreve o seguinte:

“Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

Em tese, para haver a responsabilidade civil contratual é necessário que o lesionante e o lesionado já tenham se aproximado para fixar o padrão de conduta do interesse de ambas as

partes. É mister tenha havido previamente contrato firmado. Uma vez violada a regra pré estipulada, haverá culpa contratual em que a resultante consequencial também tenha sido anteriormente estabelecida. Assim, ao analisar o ônus da prova, verifica-se, logicamente, que há sua inversão. Cabe ao lesado provar apenas que a obrigação objeto do contrato não foi cumprida. A outra parte tem o *onus probandi* de deixar claro que não conduziu atuação com base na culpa. Tem que demonstrar também a causa excludente de responsabilidade, se existiu no caso concreto. Em suma, há presunção de culpa na responsabilidade civil contratual. É importante deixar claro que o agente apontado como descumpridor da regra é que deve demonstrar que não agiu com dolo ou culpa e, havendo excludente, que seja esta provada. Esta é a regra. Mas como em toda regra há exceção, vamos a elas.

A presunção de culpa não é decorrente do simples fato da existência de um contrato violado, pois, é possível haver responsabilidade civil objetiva. O que é importante destacar é o tipo de obrigação delineada no contrato. Portanto, se uma das partes assumiu obrigação de atingirem resultado, sendo inadimplente, a culpa nesse caso será presumida. Se a obrigação for de meio, não haverá presunção de culpa.

De outra banda, a responsabilidade civil aquiliana é a violação direta da Lei. Não há contrato descumprido nesse caso. O interesse particular é desrespeitado, mas antes disso, a Lei não é observada como deveria ser. O prejuízo do jurisdicionado decorre diretamente da violação de um mandamento legal. Não existe entre as partes envolvidas pré-determinação de negócio jurídico. Fica evidente a questão quando visualizamos o exemplo a seguir. Imagine-se que certa pessoa beba cerveja até o ponto em que se torne dificultoso a ela andar em direção reta sobre uma linha assinalada. Esta pessoa, em virtude da quantidade de álcool ingerida, não consegue soletrar seu próprio nome. Contrariando a legislação de trânsito, pega o volante de um veículo e toma o rumo de movimentada avenida na Capital mineira. O motorista bêbado perde a direção do veículo e abalroa outro parado no sinal de trânsito. Sem vítima fatal, a consequência da batida é a perda total do veículo da vítima. A responsabilidade civil no caso citado é aquiliana. Houve violação da Lei e não havia relação contratual entre as partes, do ponto de vista do Direito Privado. O agente do ilícito deve reparar o dano da vítima por ter violado a Lei. Prescrevem os arts. 186, 187 e 927 do Código Civil o seguinte:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

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

Quanto ao *onus probandi* na responsabilidade civil aquiliana, fica ao cargo da vítima, se entender por bem buscar seus interesses pela via do Poder Judiciário. Assim, no caso acima exemplificado, se a vítima do abaloamento propuser ação em face do motorista bêbado, terá que demonstrar no processo, em fase de instrução, o fato, notadamente a culpa do agente.

O importante é entender que, havendo a violação de dever jurídico *lato sensu*, a obrigação de reparar o dano é certa. Nesse sentido, voltamos à base fundamental da responsabilidade civil qual seja, ninguém tem o direito de causar prejuízo a outrem (*Neminem Laedere*).

### 3.3 Elementos caracterizadores da responsabilidade civil

Os elementos ou requisitos formadores da responsabilidade civil *lato sensu*, em termos gerais, são delineados pela conduta humana positiva ou negativa, o dano e o nexo causal ligando o dano à conduta. Não podemos afirmar que a culpa seja requisito geral da responsabilidade civil. Figura na posição de elemento accidental em vista da responsabilidade civil objetiva prescindir desse elemento. A culpa é requisito de análise apenas na responsabilidade civil subjetiva. Além disso, nos importa afirmar que a culpa é analisada no sentido genérico, englobando também o dolo.

Uma vez identificados os elementos gerais da responsabilidade civil *lato sensu*, vamos à análise deles em espécie circunstanciados nos itens abaixo.

O dano tampouco é elemento essencial, nos termos do art. 416 do Código Civil.

“Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

### 3.3.1 *Conduta humana*

Requisito geral da responsabilidade civil, a conduta somente é reflexo do ser humano. Obviamente, apenas o homem, por conta própria ou por intermédio de pessoa jurídica pode conduzir seus atos para ser responsabilizado civilmente. A conduta pode ser involuntária (negligência).

Diferente seria, se evento da natureza trouxesse o resultado indesejado. Para esclarecer, imagine que uma criança arremesse uma bola numa brincadeira simples e inocente. Ocorre que uma rajada de vento modifica a trajetória da bola e esta vem a quebrar janela de vidro do vizinho. Os pais não serão responsáveis em vista da falta de voluntariedade da conduta retirada por fato da natureza. Se a criança arremessasse o brinquedo diretamente na janela do vizinho, os pais seriam responsáveis.

Existem duas formas de conduta voluntária. A conduta positiva expressa por ação humana em vista de comportamento ativo e a conduta negativa traduzida pela omissão responsável por consequência danosa à vítima.

Hipoteticamente, a primeira é identificada em vista da conduta de médico que ministre remédio que irá causar dano ao paciente de propósito, por se tratar de pessoa inimiga.

De outro lado e de forma exemplificativa, quando a conduta for omissiva, haverá consequência jurídica se, de forma proposital, cuidador de idoso deixar de medicá-lo na hora predeterminada pelo médico, vindo a ocasionar sérios problemas de saúde. Trata-se de omissão por negligência.

Nesse sentido, tanto a conduta comissiva quanto a omissiva, são passíveis de responsabilidade civil nos termos do art. 186 do Código Civil.

É importante ainda deixar claro que a ilicitude da conduta não é requisito para a formação da responsabilidade civil. É possível haver responsabilidade civil em vista da existência de uma conduta lícita. A lei deve tipificar a conduta lícita, impondo consequências. GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2012, p. 78) apontam interessante exemplo no sentido de que dono de prédio, em passagem forçada, nos termos do art. 1.313, § 3º do Código Civil<sup>12</sup>, deverá arcar com indenização.

Percebe-se que, nesse caso fica claro que conduta humana voluntária, positiva, lícita poderá ocasionar eventual indenização.

---

<sup>12</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6453.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm) Acesso em 27 de março de 2014.

“Art. 1.313. O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para:

I - dele temporariamente usar, quando indispensável à reparação, construção, reconstrução ou limpeza de sua casa ou do muro divisório;

II - apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos casos de limpeza ou reparação de esgotos, goteiras, aparelhos higiênicos, poços e nascentes e ao aparo de cerca viva.

§ 2º Na hipótese do inciso II, uma vez entregues as coisas buscadas pelo vizinho, poderá ser impedida a sua entrada no imóvel.

§ 3º Se do exercício do direito assegurado neste artigo provier dano, terá o prejudicado direito a ressarcimento.”

### 3.3.2 Dano

O dano é a pedra de toque da responsabilidade civil, ou seja, é o elemento indispensável a qualquer dos tipos de responsabilidade civil, quais sejam, contratual, aquiliana, subjetiva e objetiva. Como regra, somente é possível haver ressarcimento ou indenização havendo dano indenizável.

Mas o que seria o dano? Dano é prejuízo. É lesão causada por conduta omissiva ou comissiva de um agente em face de bem patrimonial ou não patrimonial de outrem.

Para completar o dano, é necessário o preenchimento de requisitos. São eles: a violação de interesse patrimonial ou extrapatrimonial, a certeza do dano e a subsistência do dano quanto ao interesse jurídico de reparação civil.

A exigência da violação de interesse patrimonial ou extrapatrimonial é a própria tradução do art. 186 do Código Civil<sup>13</sup>. A conduta danosa dirigida em face de interesse tanto patrimonial, quanto extra patrimonial, tem na responsabilidade civil consequência, de regra, indenizatória.

O dano patrimonial pode ser traduzido na violação de direitos e lesão a bens que sejam apreciáveis economicamente. Por isso também é denominado de dano material. Assim, a título de exemplo, uma vez atingido determinado veículo por conduta voluntária comissiva do agente infrator, vindo a danificar o patrimônio da vítima, haverá configuração da responsabilidade civil por dano patrimonial.

---

<sup>13</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Uma vez atingidos os danos patrimoniais decorrentes da conduta comissiva ou omissiva de agente infrator, é necessário analisar o dano emergente e os lucros cessantes prescritos pelo art. 402 do Código Civil.

“Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

O dano emergente significa o que efetivamente a vítima tenha perdido. Traduz o específico prejuízo sofrido pelo agente passivo de uma relação jurídica em que tenha havido violação de interesse patrimonial. Trata do exato desfalque do patrimônio. Dano emergente é dano especificado e identificado por uma conduta cuja consequência a responsabilidade civil do agente o levará a responder de forma indenizatória.

No mesmo sentido, é necessário comprovar os lucros cessantes para evitar enriquecimento sem causa daquele que alega. Mas o que seriam lucros cessantes? É a tradução do que a vítima deixou de ganhar em vista do sofrimento de conduta que lhe haja trazido prejuízo patrimonial. É a correspondência do que o agente passivo deixou de lucrar por causa do dano material sofrido. A doutrina cumulada ao art. 402 do Código Civil determina que lucro cessante é o que “razoavelmente se deixou de lucrar”.

Numa hipótese meramente exemplificativa, lembramos a seguinte situação: uma mulher muito bonita, modelo de revista de roupas femininas de grife internacional, procura médico para retirada de uma pequena marca de nascença no rosto, logo abaixo do olho. O médico, então, recomenda cirurgia. Ao realizar o procedimento, em conduta pautada por imperícia, o profissional escolhe o material equivocado para fechar o corte. A consequência da atuação do profissional leva a modelo a perder o emprego e a deixar de receber pelo trabalho previamente combinado. Com a impossibilidade de trabalhar nos eventos pré-marcados, deixou de lucrar R\$ 150.000,00. Conforme o artigo acima mencionado, será o médico passível de condenação em lucros cessantes no importe retro exemplificado. O que a vítima deverá fazer é simplesmente provar o dano e o lucro que deixou de auferir com a conduta ilícita do médico.

Assim, ao levar em consideração o dano patrimonial ou material, deve-se levar em consideração tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes. Ambos devem ser provados.

Deixando para traz os danos patrimoniais, vamos à análise dos danos morais.

O dano moral vem a ocorrer quando a conduta do agente atinge bens e direitos de personalidade da vítima. Uma vez violada a dignidade da pessoa e seus direitos de personalidade, é cabível à vítima a reparação. O dano moral traduz-se pela violação do direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica, à integridade moral. Portanto, o dano moral é o dano que atinge a esfera personalíssima da pessoa. Há violação de direitos e bens jurídicos voltados para a intimidade, a vida privada, imagem, honra e outros direitos de aspectos personalíssimos.

A vítima, tendo tais bens e direitos constitucionalmente atingidos por conduta ilícita voluntária, deverá receber indenização a título de sanção. A reparação por dano moral traduzida por compensação pecuniária é uma sanção. Nesse sentido, podemos afirmar que a natureza jurídica da reparação por danos morais é intitulada sancionadora. A reparação nesse caso específico é materializada por meio de uma compensação pecuniária.

Ademais, convém destacar que a pessoa jurídica, mesmo não sendo titular de direitos personalíssimos, também poderá requerer reparação por violação de direitos equivalentes àqueles, levando em consideração o art. 50, do Código Civil haja vista a permissão de proteção, no que couber.

“Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

Para exemplificar a possibilidade de proteção extrapatrimonial das pessoas jurídicas, imagine-se que uma clínica de cirurgia estética tenha o nome denegrido em virtude da colocação maliciosa, pelo diretor da clínica concorrente, de um cartaz em determinada avenida movimentada, dizendo que naquela clínica várias pessoas já tiveram problemas pós-operatórios por conduta negligente dos seus médicos. De tamanha a repercussão social, houve violação direta do bom nome da clínica, formado dia após dia por anos de trabalho dedicado e investimentos, refletindo negativamente a ponto de perder vários clientes. É claro que o nome da clínica, perante a sociedade, foi aviltado e, portanto, cabível a indenização.

Outro requisito do dano sua certeza. É necessário que o dano seja certo e efetivo para ser indenizável. Assim, não há possibilidade de indenizar vítima de dano hipotético. Mas o que significa dano certo? É aquele que existe. É o dano marcado pela certeza de sua existência. Hipótese e especulação não gera dano.

Por derradeiro, apontando o último requisito do dano, fica claro e evidente que somente o dano que não foi reparado poderá ser pleiteado em juízo. Trata-se, portanto, da subsistência do dano. O dano deve existir no exato momento de seu requerimento em juízo.

Interessante destacar a existência do dano reflexo ou por ricochete. Esta espécie de dano vem nos mostrar a possibilidade de a vítima ser atingida de maneira reflexa à violação de direitos de outrem. A hipótese seguinte reflete exatamente esta espécie de dano. Imagine que um homem resolva fazer procedimento de vasectomia e, por causa de erro médico, vem a tornar impossível o ato sexual. Sua esposa sofre dano por ricochete. Fica óbvia a possibilidade de reparação civil, bastando haver a comprovação.

Quanto à forma de reparação dos danos, o dano patrimonial, por tratar de violação a bem jurídico material, permite indenização em vista da possibilidade de comensurar economicamente o bem jurídico atingido. Diferentemente, apresenta o dano moral. Nunca será possível restituir a moral ao *status quo ante*, ou colocá-la em patamar equivalente à entrega de valores pecuniários. Assim, a reparação dos danos morais é feita por meio da compensação, na tentativa de amenizar a violação ao direito personalíssimo eventualmente atingido.

Nesse sentido, em virtude do detalhe formal ora apresentado, deixando de lado a praxe, o correto em casos de existência de dano moral seria requerer a compensação, e não a indenização ou reparação.

### **3.3.3 *Nexo de causalidade***

Somente será possível responsabilizar uma pessoa se esta tiver dado causa ao prejuízo de outrem. Mas como é feita a ligação da conduta ao dano? A conexão é feita pelo elemento nexos de causalidade.

O nexos causal faz o elo entre o resultado danoso praticado pelo agente infrator e sua conduta omissiva ou comissiva em face da vítima ou seus bens e direitos para fins de responsabilização civil. Pelo nexos de causalidade, há a junção da conduta do agente ao dano efetivamente ocorrido.

É necessário observar severa diferença entre o presente elemento em análise e a imputabilidade. Esta faz referência ao aspecto subjetivo, relativo tão somente ao agente. Já o nexos causal tem a análise feita sob outro aspecto, o objetivo. O estudo objetivo tem ligação com todas as circunstâncias externas ao agente. Somente há que ser observado se a conduta

do agente o liga diretamente ao prejuízo causado pela vítima. A imputabilidade faz menção apenas interna, relativamente ao agente.

Para explicar o nexo causal, a doutrina traz à baila três teorias. A teoria da equivalência de condições, teoria da causalidade adequada e teoria da causalidade direta ou imediata.

A teoria da equivalência das condições, também conhecida como *conditio sine qua non*, foi forjada para afirmar que todos os fatores que concorram para o evento danoso são considerados causa. Equivalência das condições significa que os fatores causais são equacionados no mesmo patamar valorativo. Têm o mesmo valor para ser considerado como causa, sob o ponto de vista desta teoria. Em outras palavras, todos os elementos que encadeiem o fato são causas, não havendo diferença entre eles. Assim, por meio da teoria do *sine qua non*, todos os elementos causais que fazem a filtragem direta para o prejuízo são elementos causais. A imperfeição da teoria é o fato de levar qualquer causa, no sentido retroativo, ao infinito. A título de exemplo, se médico resolve matar paciente injetando veneno diretamente na veia, qualquer causa que leve ao evento danoso seria considerado causa, inclusive a fabricação do veneno, a relação jurídica de compra e venda, a fabricação da seringa e outros fatores que possibilitem a conduta “matar alguém” com aplicação de veneno. Obviamente, seria um absurdo admitir ilimitada possibilidade de causas. Diante disso, foi necessário o desenvolvimento das demais teorias.

Diferentemente da teoria *sine qua non* e mais evoluída, a teoria da causalidade adequada considera como causa somente aquela abstratamente idônea à produção do evento danoso. Somente a causa que tenha sido relevante, numa visão abstrata, para que acontecesse o fato gerador da responsabilidade civil, será considerada. Em proveito do exemplo dado acima, somente seria causa para a conduta “matar alguém” por meio de veneno aplicado na veia, aquela que realmente tenha contribuído, abstratamente, para o ilícito. Não se deve levar em consideração causas como a fabricação da seringa.

Ainda melhor e mais justa, a última teoria<sup>14</sup> apontada, denominada teoria da causalidade direta ou teoria da causalidade necessária, afirma que causa é o antecedente necessário a causar o dano. Somente a causa que efetivamente gere o dano será considerada como tal. Aproveitando o exemplo acima mencionado, se o paciente envenenado tiver que ser levado a determinado, único e possível hospital que lhe possibilite a cura e, no decorrer do caminho sofre acidente de trânsito, vindo a falecer em virtude da conduta do motorista da

---

<sup>14</sup> ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências. 4ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 1972.

ambulância, que dirigia em alta velocidade, sem atender às regras e cuidados exigidos pela Lei, será somente o motorista responsável civilmente. O médico não será responsável pela morte do paciente, o qual tentava matar envenenado, em vista da presente teoria. Isto porque a causa necessária que levou ao resultado diretamente foi a conduta imprudente do motorista da ambulância. Numa tentativa de visualizar certa diferença com a teoria da causalidade adequada, no mesmo caso apresentado, por esta teoria, o médico também seria responsável haja vista, abstratamente, ter dado causa para a morte do paciente, ainda que indireta.

Mas qual destas teorias é adotada pela Carta Civil brasileira?

A teoria adotada pelo Código Civil é a teoria da causalidade direta ou imediata tendo em vista a prescrição do artigo 403 do Código Civil.

“Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” (Grifo nosso)

Ainda sob análise do nexu causal, é possível reduzir a indenização devida pelo agente infrator se houver contribuição da vítima para o fato danoso. Trata-se das causas concorrentes. Havendo qualquer conduta da vítima direcionada para o resultado que seja danoso a ela própria, em conjunto com a do agente do ilícito, haverá que se levar em consideração o princípio da proporcionalidade para diminuir o montante pecuniário de eventual condenação. Ocorrendo a concorrência de condutas causadoras do dano pela vítima e pelo agente infrator, cada parte responderá por dano na proporção do resultado. Assim, se houver concorrência, a indenização será reduzida.

Diferentemente do Código de Defesa do Consumidor que somente admite a culpa exclusiva<sup>15</sup> do consumidor para excluir a responsabilidade do fornecedor, a concorrência de culpas foi admitida pelo Código Civil<sup>16</sup>:

“Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”(Brasil)

É possível, ainda, invocar do Direito Penal para o Direito Civil a teoria da imputação objetiva, tendo em vista melhor explicar o nexu de causalidade. Por esta teoria, haverá

---

<sup>15</sup> Art. 12, § 3º da Lei 8.078/90.

<sup>16</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6453.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm) Acesso em 23 de março de 2014.

responsabilidade civil se o agente causador do dano conduzir seus atos no sentido de criar ou incrementar um risco sabidamente proibido e relevante. Se o agente criar ou incrementar fato proibido que cause dano, havendo elo ligando tais elementos, haverá indenização por responsabilização civil. A exemplo disso, imagine que médico faça cirurgia delicada em paciente após ingerir drogas ilícitas e, que, por causa disso, ocorre o falecimento deste. O médico criou um risco proibido. Agora, imagine-se a hipótese de o médico negar atendimento a alguém que se encontre aparentemente mal de saúde, permitindo piora considerável desta pessoa a ponto de ficar com sequelas eternas. Houve o incremento do risco, pois, se o enfermo fosse atendido, poderia não ter havido tais consequências. Portanto, será o médico civilmente responsável em vista da teoria da imputação objetiva. Por outro lado, não haverá a imputação objetiva se o risco criado pelo médico for permitido. A exemplo disso, levantamos as lesões provocados pelo médico para possibilitar a prática de procedimentos cirúrgicos.

É necessário ainda questionar a existência de concausas referentes à responsabilidade civil. Trata-se de outras causas que levam ao resultado final de um modo ou de outro, ou seja, ou atuando em conjunto com a causa principal ou por si sós. As concausas podem ser gerar efeitos sendo elas prévias, concomitantes ou após a causa principal. Podem ainda, ser relativas ou absolutas.

As concausas relativas preexistentes, concomitantes ou supervenientes somam-se à causa principal para atingir o resultado danoso. Não excluem o nexo causal e a indenização, se forem preexistentes e concomitantes. Exemplo de concausa relativamente preexistente é a hipótese de determinada pessoa lesionar outrem com saúde debilitada, vindo esta a falecer em virtude das duas causas. Concomitante, seria a concausa gerada no momento da lesão, causando em conjunto a morte da vítima. Tanto a preexistente quanto a concomitante não impedem a responsabilidade civil do agente infrator.

Contudo, as concausas supervenientes relativas podem romper o nexo causal e impossibilitar a indenização por responsabilidade civil se, por conta própria, forem elas por si sós, as causadoras do evento danoso. Diante disso, levantamos a hipótese do médico que tentou matar paciente por envenenamento intravenoso, contudo o paciente veio a falecer em virtude de acidente de trânsito. O acidente é uma concausa relativamente superveniente que interrompeu o nexo causal, impossibilitando a responsabilidade civil do médico, tendo em vista ter, por si só, causado a morte do paciente envenenado. O médico somente é responsável pelo que causou, ou seja, possíveis ferimentos decorrentes da tentativa de envenenamento. Há existência de concausa relativamente independente, haja vista o paciente estar na ambulância por conta da conduta ilícita praticada pelo médico, necessitando ser descolado de ambulância

para hospital especializado. Assim, a concausa relativamente independente rompe o nexo de causalidade, excluindo a responsabilidade civil.

As concausas absolutas excluem a responsabilidade por completo do agente. Tanto as concausas absolutamente independentes preexistentes, concomitantes e supervenientes rompem o nexo de causalidade, haja vista causarem o resultado danoso por conta própria. No exemplo do envenenamento do paciente pelo médico, imagine-se que antes da morte, um avião caia no hospital levando-o a óbito, ou ainda, durante a convulsão que levará o paciente à morte por envenenamento, a queda da aeronave o mate por conta das queimaduras do combustível. Se a morte ocorre por ser o paciente alvejado por tiro originado de bala perdida, após a certeza do envenenamento, a concausa superveniente absolutamente independente rompe o nexo causal. O importante é que fique claro que as concausas absolutamente independentes eximem o agente de responsabilidade.

### **3.4 Causas excludentes da responsabilidade civil**

Antes de expor as excludentes de responsabilidade é importante observar que qualquer circunstância que exclua a existência dos elementos acima expostos exclui de modo reflexo a responsabilidade civil. Assim, não existindo o elemento conduta voluntária, dano ou nexo causal, não haverá responsabilidade.

As excludentes de responsabilidade civil, em termos gerais, atacam justamente os elementos formadores da responsabilidade civil, extirpando a possibilidade de completude dos requisitos para sua formação, impedindo a indenização.

O art. 188 do Código Civil prescreve o seguinte:

“Art. 188. 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, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

São causas excludentes de responsabilidade civil que merecem destaque o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito, o estrito cumprimento do dever legal, o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

O estado de necessidade ocorre em situação de colisão de interesses jurídicos. Assim, o caso de defesa contra determinada agressão ao direito de outrem, será considerado excludente. Somente é possível invocar o estado de necessidade, quando as circunstâncias o tornarem necessário de forma absoluta, sem excederem limites para afastar o perigo sobre o bem objeto desta proteção. Aquele que atue em estado de necessidade deve fazê-lo no estrito limite da necessidade para resolver o problema, ou seja, para proteger o direito. Ademais, se atuar em estado de necessidade contra bem de outrem, causando danos, será necessário indenizar a vítima se esta não foi a causadora da situação de perigo. Exemplo disso é a possibilidade de a vítima ajuizar ação de regresso contra o causador do dano, se considerar que o terceiro não criou a situação de perigo. Imagine, portanto, que motorista direcione seu veículo para vitrine de loja de roupas com intuito de evitar atropelamento de criança. Assim, o proprietário da loja de roupas poderá acionar o motorista para receber indenização, já que não foi ele quem criou a situação fática que gerou o perigo.

Exemplo emblemático do estado de necessidade é o caso da tábua de salvação, em que dois naufragos sobram em meio ao oceano somente com uma tábua para se salvarem. Um mata o outro para sobreviver. Não haverá responsabilidade, haja vista a excludente de estado de necessidade.

A legítima defesa tem fundamento em agressão injusta contra aquele que a invoca como excludente de responsabilidade. A vítima de agressão injusta a repele de forma proporcional. Se houver violação de direito ou agressão a bem de terceiro deverá haver indenização.

Atuando qualquer pessoa sob o aval da Lei, estará agindo em exercício regular de um direito. O médico que corta o paciente para atingir o objetivo da cirurgia, se conduz pautado pela legalidade em vista do exercício regular de um direito. O lutador de boxe tailandês que quebra costela do adversário com um chute lateral contundente em evento autorizado pelo órgão competente, atua com fulcro no exercício regular de um direito. Uma vez que a Lei permite aquele risco ou o incremento de risco já existente, haverá exercício regular de direito. Por isso que é possível dizer que, se alguém dirige suas condutas na linha do Direito, não poderá ser considerado agente infrator do próprio direito. É relevante considerar que esse direito permitido não poderá conter abusos. Caso haja, não haverá legitimidade para levantar o escudo da excludente do exercício regular de direito.

Para configurar o abuso do exercício de um direito, não é necessário que o agente tenha a intenção de prejudicar a eventual vítima, bastando agir pautado pela superação dos limites permitidos pela regra legal. Isso porque o critério identificador da questão não é subjetivo. Além de ser objetivo, é finalístico pois basta haver o direcionamento da conduta para o abuso. Nesse sentido, prescreve o Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil<sup>17</sup> da Justiça Federal nos seguintes termos:

“A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

Em eventual hipótese da conduta do agente se desdobrar em cumprimento de ordem legal ou judicial, de modo que esteja cumprindo dever, mesmo que haja elo profundo com o exercício regular do direito, estará o agente agindo com base na excludente do estrito cumprimento do dever legal. Imagine-se a hipótese de oficial de justiça que cumpra ordem judicial no sentido de retirar de determinado imóvel um invasor. Ocorre que o imóvel pertence ao irmão do magistrado, sendo este impedido para determinar a ordem. O oficial de justiça, uma vez acionado para responder por sua conduta, poderá alegar a excludente do estrito cumprimento do dever legal. Assim, não há que falar em responsabilidade civil.

Avançando quanto às excludentes, é imprescindível apontar que, havendo qualquer acontecimento inevitável do prejuízo gerador de responsabilidade, é necessário invocar a excludente do caso fortuito e força maior. É o que expressa o art. 393 do Código Civil:

“Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

A doutrina discute o conceito do caso fortuito e força maior discordando quanto à diferença entre os termos. Alguns apontam que a inevitabilidade dos acontecimentos que se originem da natureza seria força maior. Se a inevitabilidade não vier de causas naturais, como, por exemplo, o fato de um médico desmaiar durante cirurgia, ocasionando lesões corporais no paciente, poderia ser colocado no âmbito do caso fortuito. Outros autores entendem de forma

---

<sup>17</sup> <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em 12 de maio de 2014.

diversa. Apesar de o art. 393 do Código Civil, acima identificado, colocar caso fortuito e força maior como duas causas excludentes de responsabilidade diversas, entendemos que tenham a mesma natureza e significado. Caso fortuito e força maior têm um conceito só. A explicação para que seja entendido dessa forma encontra guarida no art. 501 da Consolidação das Leis de Trabalho. A própria legislação limitou o conceito do que seria a inevitabilidade como excludente, apenas no termo força maior. Força maior é a tradução do que não seria possível impedir, sendo evento da natureza ou não sendo.

“Art. 501 - Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.” (Grifo nosso)

Assim, fica fácil visualizar que a CLT desconsiderou o conceito de força maior, reduzindo o conceito de inevitabilidade de acontecimento gerador de responsabilidade civil apenas na expressão força maior.

Interessante apontamento é feito por GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2002, p. 291), ao afirmarem que o que diferencia a força maior do caso fortuito é a inevitabilidade e a imprevisibilidade, respectivamente. A inevitabilidade de acontecimentos da natureza como terremoto, tsunami, rajada de vento e outros pode ser considerada força maior. A imprevisibilidade de um acontecimento pautado pelo homem médio, ou seja, um homem de conhecimentos comum para o caso específico seria o caso fortuito. Por outro lado, SILVA (2002, p. 159), entende que, tanto no caso fortuito quanto na força maior, o dano é inevitável. A diferença é que o caso fortuito é imprevisível e a força maior é previsível.

A excludente do caso fortuito e força maior atinge a conduta. Assim, a pergunta que se faz é: como existir conduta se o que causou o fato foi determinado evento da natureza? Mas também, é possível dizer que, dependendo do caso em análise, a excludente em pauta destrói o nexo de causalidade retirando a responsabilidade. Havendo inevitabilidade do fato em vista de caso fortuito e força maior, não será possível construir o elo que liga a conduta ao dano ou prejuízo indenizável. Daí o motivo pelo qual não há responsabilidade objetiva se houver a excludente do caso fortuito ou força maior excluindo a conduta.

Somente haveria responsabilidade civil com a existência fática da excludente, se houver compromisso contratual levando a questão em consideração. Assim, mesmo existindo força maior, seria possível às partes de um negócio jurídico determinar pagamento de indenização por força de contrato pactuado.

Há possibilidade ainda, de não haver indenização quando interessados assim desejarem ao confeccionar cláusula contratual nesse sentido. Obviamente somente seria possível alegá-la em sede de responsabilidade civil contratual. Trata-se de cláusula contratual de não indenizar. A norma particular não é permitida, se houver fato que envolva consumidor, haja vista sua vulnerabilidade ser questão de ordem pública.

Na eventualidade da existência de culpa exclusiva da vítima, no sentido de gerar evento danoso cuja responsabilidade recaia sobre agente determinado, esta culpa será admitida como excludente. A título de exemplo, imagine-se que em determinada cirurgia oftalmológica corretiva, o médico anestesista peça ao paciente para não movimentar a cabeça no momento do procedimento sob pena de correr o perigo de ter seu olho perfurado, deixando-o cego. Ocorre que o paciente, resolve atender o telefone, que toca na hora exata em que o anestesista insere injeção no local em exame, e por consequência há a perfuração do globo ocular. Por haver evidente culpa exclusiva da vítima, não há de ser o médico responsabilizado civilmente. Esta excludente atua para excluir a conduta culpável e o nexo causal.

Da mesma forma, estaria rompido o nexo de causalidade bem como o elemento da conduta do agente causador do dano, se houver atuação de terceiro na condução para o prejuízo indenizável. Uma vez que a vítima ajuíze ação requerendo indenização contra o agente, este, poderá fazer a denúncia da lide nos termos do art. 70, inciso III do Código de Processo Civil.

### **3.5 Quantificação do valor indenizável**

Ao analisar a formação da responsabilidade civil de conduta voluntária que deu origem a dano indenizável, é necessário formular o conceito do que seria propriamente a indenização em si mesma.

A indenização pode ser entendida como a tradução, numa visão holística, da reparação, da compensação ou da retribuição monetária, feita pelo agente infrator à vítima, em vista de evento danoso decorrente da violação de normas legais ou contratuais. Também pode ser entendida como a integração, recomposição, reparação ou compensação de patrimônio material ou imaterial violado.

Mas como seria possível encontrar o valor exato de uma indenização?

Antes de tudo, é bom deixar claro que a indenização não precisa, necessariamente, ser feita com pagamento pecuniário. Pode-se traduzir, também, na obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa.

Quanto à indenização pecuniária, há métodos processuais para haver a liquidação do seu valor. Existindo no processo todos os elementos para encontrar o valor da indenização, basta a sua verificação pelo método da liquidação por cálculo. Se, por outro lado, não for possível chegar à conta aritmética em virtude de falta de provas nos autos, será efetuada a liquidação por artigos, por meio de procedimento ordinário. Trata-se, nesse caso, de aplicação do art. 475-E do Código de Processo Civil. Por derradeiro, se o juiz necessitar, por falta de possibilidade, em vista da ausência de provas, de estimar a obrigação, este arbitramento deverá ser feito pelo método de liquidação por arbitramento, nos termos do art. 475-C do Código de Processo Civil<sup>18</sup>. Contudo, como seria possível tal arbitramento? Como estimar o valor de um dano indenizável?

O Código Civil, especificamente no art. 944 dá um parâmetro ao magistrado para estimar valor, mandando que a indenização reflita a extensão do dano causado. Vejamos:

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

Trata-se de um sistema aberto, em que deverá o juiz explorar seu bom senso para encontrar um valor que seja justo. É, na verdade, uma apuração subjetiva e discricionária do magistrado. Exemplo disso é a liquidação para encontrar o valor da compensação de eventual lesão extrapatrimonial a vítima, ou seja, o dano moral. O arbitramento da compensação do dano moral não pode ser baseado em números ou simples cálculos aritméticos, ou seja, deve ser feita por arbitramento com visão discricionária do juiz. O interessante é que o magistrado não se utilizará do art. 475-D do Código de Processo Civil para fazer o arbitramento, haja vista não haver obrigatoriedade de utilização de perícia para encontrar o valor do dano indenizável. Assim, pode o juiz usar qualquer parâmetro que entenda justo para definir o montante referente à indenização, quando não for possível contabilizar de maneira matemática o valor a ser definido. O importante é que sejam utilizados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na apuração do justo montante.

---

<sup>18</sup> “Far-se-á a liquidação por arbitramento quando:  
I – determinado pela sentença ou convencionado pelas partes;  
II – o exigir a natureza do objeto da liquidação.”

Por outro lado, na eventualidade de o dano indenizável pertencer à álea material, basta encontrar o valor econômico da coisa por meio de perícia ou prova que destaque o valor procurado.

O atuais contornos da responsabilidade civil são baseados no ser humano. O sistema de ressarcimento do dano indenizável deve levar em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana para não permitir que uma decisão seja injusta, a ponto de arbitrar valor que viole a norma parâmetro retro mencionada.

### 3.6 Punitive damages

Atualmente, há uma tendência em invocar a teoria dos *punitive damages* em ações que envolva indenizações de toda sorte, bem como ações de reparação por danos morais.

Trata-se de uma teoria que está sendo inserida nas discussões jurídicas sem amparo legal, sem um aprofundamento técnico e adequado para verificar se há possibilidade de cabimento de aplicação.

Operadores do Direito vem requerendo aplicação do instituto, como se os *punitive damages* fossem normatizado pelo Direito brasileiro. Magistrados, vez ou outra, acolhem os pedidos, julgando-os procedentes. A jurisprudência vem sendo sedimentada no sentido de condenar a parte causadora de lesão a pagar “quantum” a ser fixado, de modo a alcançar os critérios punitivos e compensatórios entre as partes.

Uma vez que o modelo de indenização, ressarcimento e reparação por prática de ato que viole direitos exige a tentativa de restaurar o *status quo ante*, e, verificando-se que a teoria dos *punitive damages* traz a exigência de condenação a maior com foco na punição, parece que há, tecnicamente, incongruência na aplicação da teoria forjada no *common law* em casos sistematizados pelo *civil law*, como no Brasil.

A violação aos direitos do jurisdicionado requer reposicionamento ao *status quo ante* do indivíduo ofendido. A norma constante na legislação brasileira indica esta solução. A teoria dos *punitive damages* soma à regra da reparação equivalente ao estado anterior valores a maior.

A teoria determina seja acrescido montante pecuniário à eventual condenação. Tem a função de punir aquele que lesa, evitar a impunidade, incentivar a diminuição da prática ilícita e diminuir a quantidade de processos no Judiciário. Para conseguir tais objetivos, a condenação deve ser de tal forma que desestime a prática de conduta ilegal. A indenização deve ser maior do que a que seria aplicada sem o dano punitivo.

Assim, a teoria dos *punitive damages* significa mais do que o simples ressarcimento da vítima, tendo como função punir o ofensor e, desse modo, seja somado à indenização valor superior ao que seria devido. Trata-se de um acréscimo de valores à indenização em que foi aplicada a teoria do pleno ressarcimento.

A origem da teoria é inglesa. Thomas Colby, em suas afirmações quanto à vingança do homem, foi sábio ao dizer que o desejo da vingança brilha no coração humano. Não há dúvida de que há coerência quanto à necessidade de vingança do homem. Nesse sentido, foi difícil separar o ato ilícito da punição. Pelo menos é o que se tem visto na história da formação da responsabilidade por condutas ilícitas.

A pena e a indenização têm origem comum. As civilizações antigas pouco distinguiam as duas figuras, pois prevalecia a ideia dos danos múltiplos, o que visava à recomposição econômica do equilíbrio abalado e transformava a reparação em penalidade. Exigia que o agente causador do dano entregasse à vítima um valor maior do que o efetivo prejuízo sofrido. Nessa mesma linha, o Código de Hamurabi não distinguia a restituição do prejuízo e a punição do ofensor.

Na época romana pós-clássica, as ações penais mistas tinham duplo espócio, quais sejam, a reparação e a punição, haja vista entenderem que o valor da pena pecuniária incluía a indenização. Interessante registrar que a Lei das XII Tábuas previa que no caso de furto, a pena privada seria aplicada em dobro se o autor do delito não fosse descoberto em flagrante, e caso o autor do ilícito fosse o proprietário da casa em que fosse encontrado o objeto furtado a pena privada seria três vezes maior.

Além disso, tanto na época pré-clássica quanto na época clássica houve substituição da vingança privada por um sistema de reparação civil e sanção penal sem a participação do Estado. Com o fortalecimento do Império, na época pós-clássica, houve transformação no Direito Privado dos delitos. O Estado passou a atuar no sentido de não ser mais mero observador de uma justiça privada, havendo nítida separação entre o Direito Privado e o Direito Penal sob autoridade do Estado, ficando a cargo deste o aspecto criminal.

A distinção entre crime e delito civil, entre público e privado e entre pena e indenização decorreu mais de um anseio político do que de um fundamento técnico-jurídico. Foi o próprio e natural desenvolvimento social que desencadeou essa transformação.

É necessário anotar que houve uma *summa divisio* entre pena e reparação do dano no Direito Romano, no sentido de que a pena corresponderia ao Direito Público e a reparação ao Direito Privado. Esta divisão que o Brasil adotou.

Esse corte foi superado pelo *common law*, especificamente no Reino Unido, onde foi admitida a compensação privada com caráter punitivo, que seriam os *punitive damages*. Como se sabe, os júris ingleses movimentaram entendimento dos Tribunais tendo em vista condenações cada vez maiores na seara civil, no sentido de que haveria justificação para altas indenizações, haja vista a existência do caráter punitivo, compensatório das indenizações, ou seja, compensação para a vítima e pena para o ofensor. Diante disso, os tribunais ingleses desenvolveram conceitos.

Dentre eles, o “*pain and suffering*” em que explica a forma de compensar os danos extrapatrimoniais, tal como violações à honra. O que se sabe é que com o tempo o “*pain and suffering*” foi fundamento para aplicação genérica desse conceito em todo tipo de sofrimento ou violação de direitos.

A pena ressurgiu no desejo punitivo no âmbito do Direito Privado. O berço da teoria dos *punitive damages* é na Inglaterra. Os primeiros julgados levando em consideração os danos punitivos surgiram na Inglaterra em casos de abuso de poder praticado por agentes do governo monárquico. Essa categoria de *exemplary damages* passou a ser construída de forma autônoma para justificar indenizações elevadas no caso de prejuízos intangíveis. Os fundamentos para aplicação da *teoria dos punitive damages* são o desprezo pelo direito de outrem e o abuso de poder.

Nessa linha de atuação, para manter a coerência, foi implantado os “*categories tests*”, a partir dos quais se limita a concessão de indenizações punitivas em três hipóteses, quais sejam, quando houver condutas arbitrárias de agentes do governo, condutas lesivas cujos custos de eventuais indenizações seja inferior ao lucro que delas possa resultar ao ofensor e quando expressamente previsto em lei.

Após o ano de 2002, foi abolida a regra limitando a aplicação dos danos punitivos e permitindo avanço para outros casos. Para tanto, foi criada regulamentação exigindo a reprovabilidade da conduta lesiva, a consideração da condição econômica do agente e a conduta das partes, tais como arrependimento do réu.

Além destes critérios, foi necessário analisar o “*if, but only if, test*”. Por meio deste teste, os *punitive damages* serão concedidos “se, e somente se” a verba compensatória não for suficiente para assegurar a punição do réu.

Nesse sentido, os *exemplary damages* não devem ser vistos como categoria punitiva de forma isolada. Devem ser analisados como complemento indenizatório, quando a própria compensação não dissuadir o agente de novos ilícitos.

Por último, deve ser observado o valor dos lucros obtidos pelo agente com o ato danoso.

Diante de uma análise global, o que se percebe é que o Direito inglês mostra que a categoria dos danos exemplares desvinculou-se das ofensas morais em sua origem e tomou foco na conduta do ofensor.

Na mesma linha do Direito inglês, os *punitives damages* foram adotados pelos tribunais americanos. O primeiro caso surgiu em 1784, ocasião em que se aplicaram os danos punitivos a réu de processo interposto por lutador que perdera duelo em virtude de tomar taça de vinho com sedativo entregue pelo vencedor antes da luta. O autor da ação desmaiou em público e alegou ser vítima de insulto e humilhação. Recebeu além da indenização, valor superior a título de danos punitivos.

Em 10 de março de 1995, a *House of Representatives* do Congresso Americano votou e aprovou uma legislação que limitaria os danos punitivos a 250 mil dólares. Foi aprovada na Câmara e no Senado americano. Em maio de 1996, o então presidente Bill Clinton vetou a norma. O motivo da lei limitativa das indenizações não foi diminuir os valores estratosféricos, mas sim fornecer uma previsibilidade de gastos ao eventual condenado.

A Suprema Corte americana declarou que a punição do ofensor, a proteção da sociedade e da ordem social são pressupostos que devem ser considerados como base da doutrina dos danos exemplares.

No Brasil, a jurisprudência em massa tem justificado e fundamentado condenações em responsabilidade civil, levando em consideração função punitiva e preventiva. Trata-se de uma análise sem observação técnica do instituto da responsabilidade civil em vista da impossibilidade de adequação do sistema de aplicação da teoria dos *punitives damages* à ausência de permissão legal para aplicação da função punitiva. O *civil law* não absorveu de forma técnica os danos punitivos. Não é possível a aplicação dos *punitives damages* no Brasil. Mesmo levando em consideração a conduta do ofensor como fator de definição de danos, principalmente o dano moral, há impossibilidade técnica para aplicar a teoria.

A jurisprudência tem fundamentado decisões com foco na função punitiva e pedagógica da responsabilidade civil. A justificativa das indenizações contempladas passam pela análise punitiva e compensatória, sem, no entanto, adotar de forma fiel ao real sistema da teoria dos *punitives damages*. A teoria é invocada para fundamentar decisões, no entanto não é aplicada de forma fiel ao seu objetivo. Nem poderia, pois não há permissivo legal. O que faz prevalecer, portanto, é o resultado da técnica mal empregada nas fundamentações.

“Bem demonstrados os fatos nos autos, que devem levar à reparação pelo dano moral suportado pela autora, tem-se que o valor fixado em R\$ 12.000,00, corrigido monetariamente, está adequado para dar conta da dupla finalidade da reparação moral, quais sejam, a compensação da vítima e a inibição ao ofensor à prática de atos semelhantes, à maneira dos “punitive damages” norte-americanos, fonte maior do art. 5º, V e X, da Constituição Federal, mormente diante da responsabilidade evidente do banco, como bem proposto na r. sentença.” (TJSP, AC nº 99106025371-1, rel. Des. Claudio Soares Levada, j. 15.07.10)

Por outro lado, sabendo que não há possibilidade de adoção de penas civis na estrutura do *civil law*, contrariando esse sistema, a legislação traz regramentos interessantes que nos faz pensar que há no Brasil penalidades e sanções privadas.

O Código Civil de 1916, art. 1.538, § 2º, previa o dote, caracterizado como pena civil. O dote deveria ser atribuído à mulher solteira com capacidade para casar em detrimento de qualquer ofensor que lhe causasse deformidade. Em 1992, o STJ retirou o caráter de pena do dote e atribuiu natureza jurídica de compensação por danos morais (RESP. 28095/RJ).

Outros dispositivos legais também geram dúvida quanto à natureza jurídica sancionatória em vista da imprecisão técnica frente ao sistema do *civil law*. Os arts. 939 e 940 do Código Civil<sup>19</sup> podem ser entendidos como sanção civil. Vejamos:

“Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.”

“Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.”

A interferência ilícita de terceiros sobre a relação de crédito também traz possível sanção civil. É o que determina o art. 608 da Carta Civil.

---

<sup>19</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6453.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm) Acesso em 25 de março de 2014.

“Art. 608. Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos.”

Da mesma forma, há sanção civil para o possuidor que atua com má-fé.

“Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.”

A deserção e a indignidade também trazem repercussões negativas com origem na Lei para aquele que atue de forma ilícita.

“Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

- I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
- II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
- III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.”

“Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserçados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.”

A revogação da doação por ingratidão do donatário é permitida pela norma civil como resposta a conduta negativa.

“Art. 555. A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo.”

Por derradeiro, a Carta Civil aponta sanção aos herdeiros que sonegar bens da herança.

“Art.1.992. O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia.”(Brasil)

O Código de Processo Civil também traz consequência civil para condutas ilícitas, tal como a determinada no art. 475, j.

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

O Código de Defesa do Consumidor, art. 42, parágrafo único, prescreve pagamento em dobro sob forma de penalidade.

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Numa primeira impressão, os artigos retro mencionados trazem a ideia de que realmente há pena civil. No entanto, sabendo que houve histórica *summa divisio* na matéria, não é cabível penas privadas no sistema jurídico brasileiro.

O que se percebe atualmente é a necessidade de criar um instituto de responsabilidade civil que dê respostas e resultados aos anseios da presente sociedade vitimizada, mas que seja algo aplicável dentro de padrões jurídicos técnicos aceitáveis. Não é prudente nem admitido juridicamente buscar indenizações ou compensações por danos morais como solução para condutas que não violem direitos de personalidade. Da mesma forma, não se justifica fundamentar condenações com base em função pedagógica se não há aparato jurídico para tanto.

### **3.7 O lucro da intervenção**

São vistas com frequência condutas de má-fé de empresas violando contratos, bem como legislação civil e consumerista com intuito de lucrar. Fazem a análise econômica da

situação em que a conclusão seja uma resposta com foco apenas em valores econômicos. Atuam em desrespeito à normas com enfoque apenas no lucro.

Aquele que foi violado em seu direito vem requerendo aplicação da teoria dos *punitives damages* a fim de inibir eventualmente nova conduta na mesma linha praticada. Ocorre que, como vimos, não é possível aplicar *exemplary damages* no Brasil em vista de ausência de normas.

A vítima, se podemos assim dizer, que teve seu direito desrespeitado terá que recorrer à via da compensação. Pois, o que deve prevalecer é o estado anterior.

O interessante é que é possível que o direito de outrem seja violado e o agente causador do dano, com sua intervenção obtenha lucro exacerbado, fazendo valer à pena a prática do ato ilícito do ponto de vista econômico-financeiro. Trata-se do lucro da intervenção.

O lucro da intervenção significa a obtenção de lucro por agente que, sem qualquer autorização, intervenha nos direitos ou bens jurídicos de outrem, gerando, por final o enriquecimento sem causa. Essa intervenção não autorizada pode gerar, no mesmo instante, enriquecimento sem causa lícita para o interventor e danos para o titular do direito.

Interessante exemplo para vislumbrar o lucro da intervenção se desdobra na seguinte situação. Determinado cantor famoso, em contrato com seu empresário, pactua a proibição de este em revelar momentos íntimos do cantor em suas turnês. O empresário resolve escrever uma biografia do cantor anunciando momentos de intimidade que o cantor viveu com fãs em todo o país, de forma que fique clara a violação aos seus direitos de personalidade. O livro tem venda recorde. Dessa forma, o empresário obteve ganhos pecuniários na casa dos milhões e o cantor teve violados seus direitos constitucionais. Uma vez cobrada em juízo a cláusula penal prescrita no contrato por violação do próprio contrato, bem como indenização por ofensa aos direitos de personalidade, condenado, ainda assim o empresário permanece milionário. A diferença entre o valor pago a título de indenização e a cláusula penal é exorbitante. Nesse sentido, é legítimo ao titular do direito violado obter a vantagem patrimonial obtida pelo interventor. Caso contrário, o enriquecimento sem causa seria permitido, mesmo que às avessas.

O lucro da intervenção seria forma legítima de cobrar por valor e, além disso, inibir a prática de conduta desrespeitosa aos direitos por agente causador de conduta ilegal.

### 3.8 Responsabilidade civil e *fluid recovery*

Não se pode negar que haja entendimento no sentido de que seja cabível aplicação da teoria dos *punitives damages* em casos emblemáticos de danos coletivos, tal como a degradação do meio ambiente por conduta lícita ou ilícita.

Em casos em que haja danos à sociedade de uma maneira geral, é possível a proposição de ação popular multilegitimária ou mesmo ação civil pública com base em dano extrapatrimonial ou dano material coletivo. O STJ<sup>20</sup>, inclusive, já reconheceu a possibilidade de uma ação popular multilegitimária tal como se observa abaixo.

“Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatio ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. Os interesses mencionados na LACP acaso se encontrem sob iminência de lesão por ato abusivo da autoridade podem ser tutelados pelo *mandamus* coletivo. No mesmo sentido, se a lesividade ou a ilegalidade do ato administrativo atingem o interesse difuso, passível é a propositura da Ação Civil Pública fazendo as vezes de uma Ação Popular legitimária.” As modernas leis de tutela dos interesses difusos completam a definição dos interesses que protegem. Assim é que a LAP define o patrimônio e a LACP dilargou-o, abarcando áreas antes deixadas ao desabrigo, como o patrimônio histórico, estético, moral, etc.” (Resp. 401.964/RO, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 11.11.2002)

Ademais, em caso de dano moral coletivo, há injusta lesão à esfera moral de certa comunidade e a violação a determinado círculo de valores coletivos. Nesse sentido, a coletividade é passível de ser indenizada pelo abalo moral e material, independentemente dos danos individuais considerados.

Nota-se que há possibilidade de responsabilizar civilmente e considerar a aplicação da teoria dos *punitives damages*, bem como recuperação do lucro da intervenção de agente que pratica conduta causadora de danos à sociedade.

A Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985, no art. 13, parágrafo único, determina que o valor das condenações nos termos acima detalhados, seja depositado em um fundo gerido por Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à

<sup>20</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 401964. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. Distrito Federal. 11 de novembro de 2012.

reconstituição dos bens lesados. Trata-se do *fluid recovery* (indenização fluida) que também é prevista no art. 100 do CDC. Assim, havendo condenação ao pagamento de quantia em ação fundada em direito difuso ou coletivo, os valores pecuniários arrecadados devem ser direcionados ao fundo.

É patente como a sociedade brasileira está vitimizada. Há inúmeras ações de responsabilidade civil ajuizadas requerendo dano moral, dano material e, como pano de fundo, as condenações têm sido fundamentadas com aplicação da função pedagógica e inibidora como se fosse permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ocorre que não é possível a aplicação da teoria dos *punitives damages* via requerimento da parte legitimada a pedir apenas compensação, em vista da recondução ao *status quo ante*. É certo que há entendimento no sentido de que seja possível aplicar danos punitivos quando a violação de direito atingir a sociedade como um todo. Nesse caso, será necessária utilização do *fluid recovery* para redistribuição dos valores em prol da própria sociedade. A responsabilidade civil no Brasil passa por transformação. Essa mudança deve estar atenta para os parâmetros técnicos mais corretos, inclusive quando houver necessidade de importar institutos estrangeiros, como a teoria dos *punitives damages*.

## 4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Após análise sobre a Bioética e Biodireito, suscitadas inúmeras questões que demonstram o lado prático do desenvolvimento biotecnológico, foi importante definir como o Direito brasileiro definiu os padrões de regra da responsabilidade civil em geral, para que fosse possível, desse modo, explorar a responsabilidade civil com enfoque na relação médico-paciente. O mais interessante é a demonstração prática de como a evolução da tecnologia na área médica conseguiu influenciar o Direito, notadamente, a responsabilidade civil do médico.

### 4.1 Breve relato histórico

Foi o tempo em que a Medicina revestia um caráter religioso, sendo praticada por médicos vistos pelos pacientes como profissionais com condutas inquestionáveis em vista da figura paternalista representada pela vestimenta branca de um “doutor”. A proximidade entre o médico e o paciente era patente e profundamente intimista. A qualidade de seus serviços não admitia dúvida e, por isso, a responsabilidade do médico era camuflada e afastada da realidade. Claro que o tempo trouxe modernidade, desenvolvimento biotecnológico e mudança na relação médico-paciente de forma que gerou, por conseguinte, evolução no campo da responsabilidade.

Com efeito, é necessário ressaltar que o médico na antiguidade era considerado um homem com poderes de cura, um mago, um sacerdote vocacionado para fazer o bem, curar e salvar as pessoas que assim necessitavam (OLIVEIRA, 2008, p. 16). Tinha um papel social absolutamente respeitável, que o aproximava das camadas mais elevadas da sociedade. No entanto, não é possível dizer que se atuasse pautado em erro, seria inatingível.

Além da vingança particular, há o registro da Codificação de Hamurabi que lhe garantia resposta à atuação equivocada. O interessante é que há registros dessa normatização da responsabilidade do médico no seu campo de atuação desde a Antiguidade. Trata-se do Código de Hamurabi<sup>21</sup> (1686 – 1750 a.C.). No seu art. 218 foi regulamentada consequência severa para atuação danosa do médico em relação ao seu paciente. Vejamos:

“Art. 218 - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos.

---

<sup>21</sup> <http://www.culturabrasil.org/hamurabi.htm>

Como se percebe, eventual erro médico tinha como sanção cortar as mãos do profissional da medicina caso fosse comprovado.

Assim, apesar da excelência da palavra médica em relação aos problemas de saúde das pessoas, apesar da existência da áurea de alguém diferenciado socialmente, a responsabilidade existia. Inclusive, existia normatização especializada para sancionar o erro médico conforme retro mencionado.

Em especial no Egito (PANASCO, 1984, p. 36 *et seq*) antigo, os médicos, por serem considerados profissionais de alto escalão social, somente eram responsabilizados se não observassem as regras de conduta. Nesse sentido, uma vez não observadas as regras devidas e houvesse consequências ao paciente, a sanção era a pena de morte. Contudo, se o paciente sofresse com o erro médico, e levando em consideração que o labor deste fora efetuado com base nas regras pré-determinadas, não deveria o médico ser responsabilizado. Por outros termos, se o médico trabalhasse pautado nas regras e mesmo assim ocorresse erro gerando consequências para o paciente, o médico não seria responsabilizado.

Somente na Roma antiga, a relação médico-paciente apresentou as feições de um contrato consensual. Acrescentando a culpa na formação da responsabilidade (*Lex Aquilia de damno*, sec. III a.C.), mesmo que de forma inicial e despretensiosa, a Lei criou critérios para o pagamento de indenização pelo profissional de saúde em questão. Assim, por exemplo, levando em consideração o valor pecuniário do escravo, mesmo que doente, se o médico contratado para solucionar seu problema se equivocasse no seu labor, trazendo prejuízo ao proprietário, este deveria pagar indenização, se houvesse prova de negligência ou imperícia. A Lei supra mencionada ainda estabeleceu algumas regras de responsabilidade para algumas condutas comuns de médicos à época, tal como a recusa na prestação de serviços e a prática de tratamentos com experimentos perigosos (CROCE; CROCE JÚNIOR, 1997, p. 5). Veja que na Roma antiga a responsabilidade do médico começa a ter seus requisitos apresentados.

A posição do médico diante da sociedade, antes colocado como um profissional acompanhado da divindade não passível de erro, passou a sofrer sanções marcadas pela análise da culpa na Grécia antiga (OLIVEIRA, 2008, p. 21/22). A época é marcada pela possibilidade de o erro médico ser periciado por colegiado de médicos. É também uma época marcada pela fixação do princípio da culpa não presumida nas atuações médicas e pela clara possibilidade de o médico sofrer sanções em vista do insucesso do seu trabalho. Percebe-se que a mudança quanto à evolução da responsabilidade do médico é marcante nessa época, pois não é mais inatingível, intocável ou tratado como alguém com a palavra última e única.

Quanto à Idade Média e a Idade Moderna (GIOSTRI, 2001, p. 31/32), o que se verificou foi um avanço no desenvolvimento estrutural da Medicina, com a formação das escolas especializadas e, por consequência, a formação de médicos em universidades com reconhecimento social e estatal do diploma. Não era mais uma pessoa vocacionada para o tratamento que exercia a profissão, mas sim, o profissional que terminava os estudos numa escola de Medicina. Com isso, o Estado passou a regulamentar a saúde contribuindo também para o desenvolvimento da formação da responsabilidade do médico.

Na época moderna, é dever anotar que a França foi a pioneira em normatizar e criar regras específicas de responsabilidade do médico. O tempo fez consolidar as codificações, sua doutrina e jurisprudência, havendo a expansão desse conhecimento para vários países, inclusive o Brasil.

No Brasil, atualmente, há inúmeras peculiaridades que envolvem a responsabilidade civil do médico. É necessário observar a existência ou não de contrato, observar situações que apontem o médico como responsável pela atuação, tal como atendimento em hospital público ou salvamento de pronto atendimento em caso de necessidade momentânea de pessoa necessitada, relação do médico e paciente em vista de contrato do profissional com hospital ou clínica médica, observação de princípios relativos às normas médicas, princípios inerentes à vontade do paciente, aspecto civilista e consumerista da relação e outras questões merecedoras de estudo.

A objeção de consciência de incapazes e de pessoas adultas, a própria natureza jurídica da responsabilidade do médico, a responsabilidade do médico à luz do desenvolvimento biotecnológico, como ponto de destaque do presente trabalho, e inúmeras outras questões são de obrigatória análise do ponto de vista de um estudo mais aprofundado.

#### **4.2 Mudança na relação médico paciente**

Há um tempo não muito distante o médico foi um profissional inserido no corpo da família tradicional brasileira. Um conselheiro, um amigo. Profissional que bastava ligar a hora que fosse, ele estaria ali, pronto para servir à cura da pessoa necessitada. Trata-se do médico de família. A figura desse profissional reflete paternalismo. É o reflexo de alguém de muito respeito, que pouco era indagado sobre sua conduta. Sua palavra era conduzida ao lado da solução do problema de saúde do paciente, em qualquer área da Medicina.

O desenvolvimento biotecnológico, altos investimentos em faculdades de Medicina, a condução do Estado na instrumentalização da saúde, o surgimento de clínicas especializadas,

hospitais enormes com especialidades generalizadas junto aos programas de saúde, tudo isso fez a fotografia da figura do médico paternalista diminuir na sociedade brasileira. Por outro lado, como consequência lógica da mudança, apareceram os especialistas.

A relação do médico com o paciente não é mais a mesma. Não há mais aquela proximidade do médico com a família. A relação ficou distante e absolutamente profissional. Especialistas tornaram-se necessários para um melhor atendimento. Apareceu, portanto, um vácuo no relacionamento entre o médico e seu paciente.

Uma vez havendo necessidade do profissional da Medicina, a procura é dirigida ao especialista da área. Talvez por indicação de um médico especialista em diagnosticar e indicar outro profissional, talvez porque o nome do *expert* venha estampado nas primeiras páginas do catálogo do plano de saúde contratado. Outras vezes, a procura não é diretamente ao profissional, mas sim à um determinado hospital ou clínica especializada.

Com o desenvolvimento da Medicina, o médico de hoje não é somente procurado para solucionar problemas de saúde e precaver mazelas. É procurado também para fins de embelezamento.

Clínicas de cirurgia plástica saltam aos olhos numa rápida busca pela internet.

Houve, portanto, uma modificação na estrutura de tratamento, bem como na relação das pessoas com os profissionais da Medicina, permitindo que seja apontada como uma vinculação meramente profissional, o que vem se tornando uma regra.

Por derradeiro, não podemos deixar de anotar que há enorme importância em ouvir o paciente quanto à qualquer intervenção médica no seu organismo, municiando este de informações sobre seu real estado de saúde. Trata-se da obrigatoriedade em ouvir o paciente, entregando a ele todas as informações de eventual tratamento. Ademais, qualquer intervenção deve ser acompanhada de sua permissão expressa. Essa mudança é reflexo do princípio da autonomia privada e do consentimento livre e esclarecido.

#### **4.3 Princípio da autonomia privada como reflexo do consentimento livre e esclarecido**

Diante da modificação histórica da relação médico-paciente, em destaque à própria oitiva do paciente, em vista da necessidade de intervenção médica, para solucionar eventual problema envolvendo sua saúde, o princípio da autonomia privada torna-se elemento essencial na relação jurídica.

O princípio da autonomia privada traduz um permissivo jurídico para as partes de uma relação jurídica criar obrigações e direitos. É o poder jurídico das partes de normatizar

relações desde que obedecidos os limites impostos pela legislação. É a atribuição por lei aos indivíduos em vista da criação de regras jurídicas capazes de definir conteúdo e efeito de condutas e atos. É princípio específico do Direito Privado, permitindo às partes de eventual relação jurídica criar obrigações e direitos com consequências jurídicas e efeitos predeterminados por elas. Exemplo claro do presente princípio é a celebração de um contrato.

Trazendo o princípio retro mencionado ao campo de relação jurídica do médico e paciente, somando o dever daquele em esclarecer de todas as formas a situação de saúde, bem como a possibilidade ou não de intervenções, verifica-se que o poder de autodeterminação do paciente pode ser, de certa forma, concentrado no consentimento livre e informado.

O consentimento livre e informado, no âmbito das relações contratuais ou aquilianas entre o médico e o paciente, observando-se o princípio da autonomia da privada, somada ao dever daquele em conceder todas as informações sobre o estado de saúde à este, é mais um compendio de regras para identificar o poder de autodeterminação do paciente.

É importante que fique claro que o consentimento livre e esclarecido é a pedra de toque na relação entre o médico e seu paciente, o que prioriza o diálogo entre ambos, com transparência e foco no respeito aos valores deste.

O Código de Ética Médica traz regramento quanto ao princípio do consentimento livre e esclarecido, proibindo o médico de efetuar qualquer procedimento sem o esclarecimento e consentimento prévio do paciente ou de seu responsável legal, salvo em caso de eminente perigo de vida (art. 46 do Código de Ética Médica).

Além disso, é de bom alvitre seja clara a obrigação de observar requisitos de validade para aplicação do princípio da autonomia privada. Em primeira mão, como regra geral em todo negócio jurídico, o art. 104 do Código Civil deve ser respeitado.

“Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

Além do artigo supra, a informação é imprescindível. O paciente deve ter notícia de todas as informações possíveis sobre sua situação de saúde, para permitir a ele tomar a decisão que lhe seja mais conveniente diante do quadro apresentado pelo agente informador, ou seja, para usar do seu direito de autodeterminação perante a fotografia do seu caso. O requisito da informação determina ao médico que esclareça quais os caminhos com suas

consequências de eventual decisão do paciente. Este deve obrigatoriamente ser capaz, do ponto de vista civil, para decidir.

Deve ser observado o requisito do discernimento do paciente, exigindo sua capacidade de compreender perfeitamente a situação em que se encontra, para que possa tomar decisão com validade jurídica. Claro que o médico tomará as providências para atestar o juízo do seu paciente, para que sejam suas decisões admitidas como certas.

Além do requisito da informação e discernimento, há que ser levado em consideração o requisito da vontade livre do paciente.

Este deverá tomar suas decisões longe de toda sorte de pressão externa, de qualquer categoria que seja, familiar, social ou do próprio médico. Não é permitido vício do consentimento. A vontade tem que ser baseada somente na consciência livre do paciente.

É interessante perceber como o princípio da autonomia privada adentrou na relação médico paciente, havendo, inclusive, o reconhecimento formal disso. Caso claro é a edição de norma sobre a autodeterminação do paciente traduzida pelo texto em vigor denominado *Patient Self-Determination Act (PSDA)*, forjado nos Estados Unidos da América. Pela norma, foi permitido ao paciente, após verificação dos requisitos de validade do negócio jurídico, recusar o tratamento. Assim, mesmo sabendo de sua situação de saúde e, hipoteticamente, admitindo apenas para argumentar, que o paciente esteja à beira da morte, precisando de tratamento, este poderá recusar qualquer intervenção médica, em vista da permissão normativa retro.

O princípio da autonomia privada também injetou possibilidade de estudo do testamento vital. Trata-se de documento assinado por pessoa capaz, nos termos da Lei, com o objetivo de permitir ou não permitir tratamento ou intervenção médica em tempo posterior e, ainda, levando em consideração a hipótese de não estar em pleno gozo de suas faculdades mentais na data em que necessitar tomar decisão. É, na verdade, uma antecipação formal da decisão do paciente quanto à submissão a possível tratamento médico, uma vez que se permite considerar um dia estar fora de seu juízo de autodeterminação.

O testamento vital é um documento, redigido por uma pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais, com o objetivo de dispor acerca dos tratamentos e não tratamentos a que deseja se submetida quando estiver diante de um diagnóstico de doença terminal e impossibilitado de manifestar sua vontade.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> <http://www.testamentovital.com.br>

Além do testamento vital, existe outra diretiva antecipada mais completa. Trata-se de diretiva de centro médico avançado, comumente chamado nos Estados Unidos da América de *Advanced core medical directive* (SÁ & NAVES, 2011, p. 87). Por essa diretiva, além de determinação futura de tratamento médico, o paciente estabelece quais as intervenções que não deseja submeter e nomeia representante.

Não há, no Brasil, disposição legal a respeito das diretivas acima mencionadas. A questão ainda está em fase embrionária, do ponto de vista doutrinário. Contudo, em vista dos requisitos legais para a formação de negócio jurídico unilateral, não há impedimento para uso das diretivas, já que pode ser revogado a qualquer tempo, tal como o próprio testamento.

#### **4.4 Diretiva ética norteadora da atuação médica**

Antes de adentrarmos a questão da responsabilidade do médico, é bom que fique claro qual o norte de sua atuação diante dos pacientes que lhe sejam apresentados.

O médico deve direcionar seu trabalho sempre para o bem estar do paciente, considerando o poder de autodeterminação deste. Deve conduzir-se com ética para salvar vidas, para esclarecer a situação de saúde do paciente, para respeitar suas condições e entregar-se ao máximo à saúde dos necessitados.

É o que dispõe o Código de Ética do médico nos seguintes termos do capítulo referente aos princípios fundamentais :

“I – A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

II – O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.”

Em seguida, o código de conduta veda ao médico “tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto” (art. 23).

O interessante é que o Código de Ética do Médico determina conduta no sentido exposto acima, ou seja, tratamento com dignidade e respeito em busca da vida do paciente e predispõe responsabilidade do profissional, vedando condutas como norma auxiliar à Carta Civil e Consumerista. Vejamos:

### “Capítulo III

#### RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Art. 2º Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.

Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 5º Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou.

Art. 6º Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.

Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.

Parágrafo único. Na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição.

Art. 10. Acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a Medicina ou com profissionais ou instituições médicas nas quais se pratiquem atos ilícitos.

Art. 11. Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro

no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos.

Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Parágrafo único. Se o fato persistir, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

Art. 16. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado

Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.

Art. 19. Deixar de assegurar, quando investido em cargo ou função de direção, os direitos dos médicos e as demais

condições adequadas para o desempenho ético-profissional da Medicina.

Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

Art. 21. Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação pertinente.”

Portanto, em vista da determinação da conduta do médico direcionada de forma incisiva à busca da melhor atuação deste em vista de sua “clientela”, há de que ser observadas suas obrigações e vedações éticas para melhor formação da responsabilidade. Diante de eventual fato a ser analisado, o Código de Ética é importante instrumento de apoio. É uma norma que atua em subsídio às demais, direcionando o raciocínio em vista de responsabilização do profissional.

#### **4.5 Natureza jurídica da responsabilidade civil na relação médico-paciente**

A responsabilidade civil, detalhada em termos gerais no Capítulo II, é consequência jurídica de determinada conduta omissiva ou comissiva causadora de dano ou prejuízo à alguém.

Mas qual seria a natureza da responsabilidade civil do médico? Qual o mandamento jurídico a ser aplicado: o Código Civil ou o Código de Defesa do Consumidor? A responsabilidade é contratual ou extracontratual? A responsabilidade é subjetiva ou objetiva? A obrigação é de meio ou de fim? Diante de eventual demanda, de quem seria o ônus da prova? São estas e outras questões que serão objeto de estudo no presente Capítulo.

É claro que deverá ser analisada a origem da relação entre o médico e o paciente, bem como o objeto deste envolvimento para a determinação da natureza jurídica.

Assim, se o objeto da relação jurídica for determinado contrato, para que seja efetuada cirurgia plástica com finalidade de embelezamento, haverá, certamente, diferença nesta natureza jurídica, se houver envolvimento extracontratual do paciente com o médico de relação originada do serviço público.

A responsabilidade na relação médico paciente deve ser analisada caso a caso, para que seja encontrada a melhor resposta.

#### ***4.5.1 Aplicação do código de defesa do consumidor na relação médico paciente***

A responsabilidade civil na relação médico paciente é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, notadamente, pelo artigo 14, § 4º da carta consumerista.

“§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

A afirmação de que aplica-se a carta consumerista na relação medico paciente tem apoio na doutrina<sup>23</sup> e na jurisprudência assentada do Superior Tribunal de Justiça.

ROSENVALD, FARIAS e NETTO (2014, p. 906) afirmam o seguinte:

“A responsabilidade civil na área médica – digamos assim, de modo amplo – rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor. A jurisprudência brasileira se consolidou nesse sentido. Essa mudança do lastro normativo, do Código Civil para o CDC, tem consequências hermenêuticas (...)”

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos. Vejamos:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROPÓSITO INFRINGENTE.  
RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO.  
PRESCRIÇÃO. ARTIGO 27 DO CDC. PRECEDENTES.  
1. A orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal é no sentido de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo de prescrição quinquenal previsto no artigo 27 do CDC.  
2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.”(EDcl no REsp 704272/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012)

---

<sup>23</sup> ROSENVALD, Nelson., FARIAS, Cristiano Chaves de., NETTO, Felipe Peixoto Braga., Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, Editora JusPodivm, 2014, p. 906.

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.

RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ARTIGO 27 DO CDC. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

1.- A orientação desta Corte é no sentido de que aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 27 do CDC.

2.- Na hipótese de aplicação do prazo estabelecido pela legislação consumerista não se cogita a incidência da regra de transição prevista pelo artigo 2.028 do Código Civil de 2002.

3.- Agravo Regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 204.419/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 06/11/2012)

No mesmo sentido o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais tem jurisprudência pacificada. Vejamos:

“Reparação de danos morais, estéticos e materiais - ato ilícito - negligência no procedimento médico - responsabilidade objetiva do estabelecimento hospitalar Código de Defesa do Consumidor - defeito do serviço prestado - solidariedade - laudo pericial conclusivo - nexo de causalidade e culpa - valor arbitrado - razoabilidade e proporcionalidade - pensionamento - sequelas permanentes - comprovação - despesas materiais - apuração do valor em fase de liquidação de sentença - possibilidade - sentença a que se confirma em reexame necessário.

1- Responde objetivamente o hospital, como fornecedor de serviços, quando presente o defeito na sua prestação dos serviços, e subjetivamente os médicos membros do seu corpo clínico que procedem a atendimento de maneira negligente a causar danos em paciente.

2- O art. 186, do Código Civil de 2002, estabelece que haverá responsabilidade civil subjetiva se houver a culpa, dano e nexo de causalidade.

3- A obrigação de indenizar surge apenas quando a conduta se mostra capaz e suficiente de produzir o evento danoso.

4- Aplicação do princípio da razoabilidade e do critério da proporcionalidade na aferição do valor reparatório somado às condições pessoais da vítima e às próprias circunstâncias do dano gerado, para se alcançar o desejado cunho compensatório.

5- Comprovado o dano material, impõe-se o seu ressarcimento, autorizado o levantamento do montante devido na fase de liquidação de sentença.

6- Mostra-se devido o pensionamento vitalício pela diminuição da capacidade

laborativa decorrente das seqüelas irreversíveis, mesmo estando a vítima, em tese, capacitada para exercer alguma atividade laboral, conforme entendimento do STJ.” (Apelação Cível 1.0027.06.093489-3/001, Relator(a): Des.(a) Marcelo Rodrigues, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/11/2013, publicação da súmula em 09/12/2013)

Assim, não há dúvidas da aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação médico-paciente. Nesse sentido, uma vez definido o padrão de aplicação da norma consumerista, é necessário verificar as particularidades que envolvem o direito material e processual da relação jurídica existente do ponto de vista do médico e do paciente.

Os médicos são considerados profissionais liberais e, por isso, respondem subjetivamente pelos danos que causarem, nos termos do art. 14, § 4º do CDC. O interessante é que a responsabilidade do médico demanda análise de culpa, tanto numa ótica civilista, como consumerista. Contudo, a adoção do Código de Defesa do Consumidor confere um compêndio de vantagens ao paciente. Apenas para exemplificar, a escolha pela relação jurídica consumerista possibilita a inversão do ônus da prova em favor do paciente; a propositura de eventual ação é no seu domicílio (art. 6, VI do CDC); a adoção de cláusulas contratuais em favor do consumidor-paciente e outras.

A inversão do ônus da prova em favor do paciente é de muita importância em vista da posição pouco técnica em que este se encontra. Nesse caso, evitaria a obrigatoriedade da produção de prova técnica, ou seja, evitaria a prova diabólica. Além do mais, é necessário atentar para o espírito de corpo existente na classe. Talvez, a busca da verdade no processo não tivesse tanta eficácia, caso fosse exigida a produção de prova técnica do paciente. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>24</sup> caminha nesse sentido. Vejamos:

“AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. LESÃO INCURÁVEL NOS NERVOS DAS MÃOS DECORRENTE DE CIRURGIA. SÍNDROME DO TÚNEL DO CARPO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. REVISÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ.

1. O princípio da unirrecorribilidade veda a interposição de dois recursos pela mesma parte em face da mesma decisão, razão pela qual não se conhece do segundo recurso.

---

<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 25.838. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 20 de novembro de 2012.

2. É possível a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), ainda que se trate de responsabilidade subjetiva de médico, cabendo ao profissional a demonstração de que procedeu com atenção às orientações técnicas devidas. Precedentes: AgRg no Ag 969015/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 28/04/2011 e REsp 696284/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 18/12/2009.

3. O Tribunal a quo, ao concluir, após a inversão do ônus da prova, pela inexistência de comprovação do médico de que atuou com perícia, decidiu com base nas provas produzidas nos autos, cujo reexame é defeso em sede de recurso especial, em face do óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 25.838/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 26/11/2012) (Grifo nosso)

A consideração do paciente como consumidor traz a lume a vantagem do prazo de cinco anos de prescrição prescrito pelo art. 27 do CDC. Caso fosse aplicada a Carta Civil, o prazo seria mais curto em dois anos conforme art. 206, § 3º, V do CC. O início da contagem do prazo prescricional em vista de qualquer dano ao paciente é a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. A partir do momento em que se tenha conhecimento do prejuízo material e de quem tenha causado o dano. A exemplo disso, imagine-se que paciente idoso, de origem da capital mineira, venha a óbito em virtude de remédio contínuo receitado por médico de São Paulo. A família poderá propor ação em face do médico em Belo Horizonte, assim que tiver notícia da causa e descobrir quem foi o médico que receitou o medicamento.

O princípio do consentimento livre e informado, ou seja, o dever do médico de fornecer ao paciente, com clareza e objetividade, todas as informações necessárias é dever de conduta. Na eventualidade de assim não proceder e negligenciar quanto ao seu dever de informar, poderá haver condenação do médico em eventual indenização em favor do paciente. Ademais, é bom considerar que a violação ao dever de informar, além da ausência da informação, abrange também a informação defeituosa.

Vantagem importante colacionada pelo Código de Defesa do Consumidor ao paciente é o impedimento de cláusula de não indenizar e, na mesma sorte, de cláusula determinando valor certo de indenização. Assim, na eventualidade de o paciente assinar contrato com o médico, com o hospital ou clínica médica, renunciando ao direito a indenização, esta cláusula não terá valor. Da mesma forma, a regra serve para a cláusula cuja indenização seja conferida com valor pré-determinado, ou seja, indenização tarifada. Pelo fato de o Código de Defesa do

Consumidor possuir valor de norma constitucional extra-corpo, trata-se de questão de ordem pública, o que faz com que a cláusula contratual que o violar seja anulada de imediato.

Desse forma, é tranquilo o entendimento de que aplica-se o Código de Defesa do Consumidor na relação médico-paciente, o que faz com que o paciente tenha poder de obter todas as vantagens advindas da norma consumerista. A análise da culpa deve obrigatoriamente ser feita, sendo a responsabilidade civil subjetiva.

Antes de encerrar o ponto, é ilustrativo passar por algumas questões que merecem ser analisadas. Uma delas é a seguinte: aplicar-se-á o CDC em todos os casos de atendimento médico? Claro que não.

Imagine-se que, por circunstâncias da vida, um casal de namorados esteja atravessando determinado cruzamento em que haja o encontro de duas vias movimentadas. Na hipótese, o casal está correto, seguindo todas as regras de trânsito. De repente, um motorista menor de idade e bêbado avança o sinal, vindo a colidir com o veículo do casal. Um dos passageiros do veículo abalroado é lançado para fora. Poucos segundos após o acidente, um médico passa ao lado do corpo do passageiro. Caso em que para imediatamente para prestar socorro. Fica óbvio que nesta relação jurídica não há relação de consumo.

Imagine-se a seguinte relação jurídica: médico vinculado à Administração Pública atende menor de idade absolutamente incapaz e desacordado em pronto socorro de hospital público. Também não é possível visualizar, no caso em tela, relação de consumo entre os dois agentes envolvidos, o médico e o paciente menor.

Havendo homicídio ou lesão a ponto de inabilitar o paciente ao trabalho, deverá haver análise da culpa, conforme o Código de Defesa do Consumidor, artigo 14, § 4º, em conjunto com o art. 951 do Código Civil. Nesse sentido, comenta a questão GODOY (2007, p. 798) ao explicar o artigo retro. Vejamos:

“Trata o artigo presente da responsabilidade por homicídio ou lesão corporal, só que afeta a quem desempenhe atividade profissional, segundo o CC.1916 médica, farmacêutica ou ortodôntica (art.1.545), redação agora ampliada para abarcar qualquer profissional de saúde que, com sua conduta, provoque dano ao paciente, como está na lei.”

“ Destarte, o art. 951 deve ser interpretado em consonância com a Lei n. 8.078/90, com sua previsão de responsabilidade subjetiva, é certo, para os profissionais liberais (art. 14, § 4º), mas por atuação pessoal, ressalvando-se a responsabilidade sem culpa para os fornecedores pessoas jurídicas, nos termos da mesma normatização.” (Grifo nosso)

É importante frisar que somente haverá relação de consumo, se houver contrato entre o médico e o paciente.

#### ***4.5.2 Natureza contratual ou extracontratual***

É comum a doutrina apontar no sentido geral de a relação entre o paciente e o médico consistir em contrato. Não concordamos com a generalização. Entendemos que a natureza da relação médico-paciente pode tanto ser contratual como extracontratual. O que vai diferenciar o tratamento jurídico é o caso em estudo. Importa esclarecer que independente da situação que a defina como extracontratual ou contratual, a responsabilidade será sempre subjetiva. Haverá que analisar a culpa para definir a responsabilidade civil do médico.

A responsabilidade contratual do médico tem origem em quebra de vínculo anteriormente acordado entre aquele e o paciente. A responsabilidade aquiliana é a típica violação da Lei, diante de uma situação extracontratual em que o médico tenha o dever de agir ou omitir e não o faça, vindo a causar prejuízo. Em ambos os casos, havendo nexo causal entre a conduta do médico e o prejuízo do paciente, seja material ou moral, haverá responsabilização.

A diferença entre a responsabilidade contratual e a aquiliana se encontra no contexto probatório de eventual ação judicial. Na eventualidade de haver propositura de ação em virtude de quebra de contrato, é necessário que o paciente demonstre prova da mera existência do contrato e o inadimplemento deste, do prejuízo e do nexo causal entre a conduta e o dano. Por outros termos, o ônus probatório é do paciente supostamente prejudicado. Caso a ação decorra de violação da Lei, a responsabilidade será aquiliana e o paciente deverá provar a culpa (negligência, imprudência, imperícia) do agente causador do dano. Importante lembrar que havendo prova de ordem técnica, poderá haver a inversão do ônus da prova em favor do paciente, caso a relação seja de consumo.

Cabe apontar que há situações em que o médico deverá responder pela simples circunstâncias do fato. São os casos em que haja clara e evidente culpa do profissional em vista da prática do baixíssimo grau de risco de o procedimento.

Por outro lado também, é necessário que fique claro que nem sempre o médico será responsável. Há casos em que sua conduta reflete profissionalismo com base no melhor cuidado, zelo e prudência e, contudo, mesmo assim, há dano em virtude de reação do próprio organismo do paciente. Nesse caso, há dano não indenizável.

Quanto ao contrato da relação médico-paciente, é necessário enfatizar que se trata de contrato de consumo. Por mais que tenha índole especial, sendo *sui generis* em pontos específicos, sua natureza jurídica será consumerista.

#### **4.5.3 Obrigações de meio e de resultado e a responsabilidade civil do médico**

O estudo da natureza da responsabilidade civil do médico na relação jurídica com seu paciente nos traz o dever de analisar como seria o tratamento da questão em vista das obrigações de meio e de resultado.

A responsabilidade do médico diante de obrigação de meio tem uma resposta jurídica diferente da responsabilidade em vista da obrigação de resultado.

A regra é que os médicos desempenham uma função que traduz-se em obrigação de meio pelos serviços que prestam. O médico não é obrigado por lei a alcançar a cura do paciente. Sua obrigação se restringe a atuar com diligência e atenção, tendo como padrão o estado atual da ciência médica. Assim, uma vez que fique comprovado que o médico tenha conduzido seus trabalhos pautado pela melhor atuação, diante dos quadros mais atuais da Medicina, não há que responsabilizá-lo diante de eventual dano ao paciente. Isso porque o profissional cumpriu sua obrigação de meio. Importante frisar que, diante de cirurgias reparadoras, a obrigação do médico é de meio e não de resultado final. Portanto, numa cirurgia que repare corte acidental, havendo uma conduta profissional perfeita do médico e, contudo, sobrevindo dano ao paciente, aquele não será responsável. O paciente deverá provar a culpa do médico.

Tratando-se de cirurgia plástica com fins meramente estéticos, a obrigação do médico é considerada de resultado, caso em que este é obrigado a alcançar os objetivos iniciais da cirurgia. Assim, uma vez que o médico cirurgião não alcance o fim último do seu trabalho, será responsável civilmente. O ônus da prova é invertido. O médico acionado na justiça terá que provar que agiu de forma coerente ao melhor resultado possível. Terá que provar que o prejuízo não resultou de ação ou omissão culposa, mas de situação que fugiu ao controle técnico.

Caso a natureza obrigacional seja tanto de meio quanto de resultado, ou seja, caso seja mista, o Superior Tribunal de Justiça<sup>25</sup> já pacificou entendimento de que deverá fracionar a conduta para identificar que parte tenha natureza de meio e que parte tenha natureza de

---

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 819008. Relator: Ministro Raul Araújo. Distrito Federal. Brasília. 04 de outubro de 2012.

resultado. Dependendo, cada qual terá seu tratamento jurídico. Portanto, dependendo do caso, em cirurgia reparadora e estética realizada ao mesmo tempo, com relação à parte reparadora, o ônus da prova seria do paciente e, com relação à parte estética, o médico seria o responsável para provar que agiu de maneira coerente à perfeição técnica.

“CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA E REPARADORA. NATUREZA OBRIGACIONAL MISTA.

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS (CDC, ART. 14, § 4º). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REPARATÓRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Pela valoração do contexto fático extraído do v. aresto recorrido, constata-se que na cirurgia plástica a que se submeteu a autora havia finalidade não apenas estética, mas também reparadora, de natureza terapêutica, sobressaindo, assim, a natureza mista da intervenção.

2. A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética.

3. "Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora" (REsp 1.097.955/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/9/2011, DJe de 3/10/2011).

4. Recurso especial provido.” (REsp 819008/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 29/10/2012) (Grifo nosso)

Não concordamos com o posicionamento adotado pelo STJ, haja vista entendermos que o paciente consumidor é leigo em relação à matéria técnico-médica, exceto se o paciente for médico da área que envolver a questão.

Assim, nosso pensamento é que, em qualquer hipótese, deverá haver a inversão do ônus probatório, sendo obrigação do médico provar que agiu dentro dos parâmetros de respeito à técnica de sua atuação.

#### **4.6 Responsabilidade civil da pessoa jurídica envolvida na relação médico-paciente**

Já foi definido que a responsabilidade do médico é subjetiva por aplicação direta do Código de Defesa do Consumidor na relação existente com o paciente. Mas como seria

definida a responsabilidade da pessoa jurídica, seja ela um hospital ou clínica médica em eventual dano ao paciente? Caso haja vínculo de subordinação entre o médico e o hospital, como cada um responderia em caso de prejuízo material ou moral ao paciente? E o médico que não possua qualquer vínculo com o hospital, mas atue em suas dependências? Em caso de dano, quem seria o responsável? Somente o hospital? Somente o médico? Ou ambos responderiam? Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor em relação jurídica envolvendo hospitais públicos ou postos de saúde? Estas e outras questões serão analisadas abaixo.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor na relação paciente-pessoa jurídica (hospitais privados, clínicas médicas e similares) como regra normativa. A pessoa jurídica, nesse caso, é responsável de forma objetiva e solidária. Vejamos o que prescreve o art. 14 da Lei Consumerista:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

Não há dúvidas de que a responsabilidade é objetiva em relação aos prejuízos causados pela má prestação de serviços aos pacientes, de uma forma ou de outra. Segue esta regra mesmo que não fosse aplicado o CDC nessa relação jurídica, mas sim o Código Civil, em vista dos arts. 932 e 933. As entidades hospitalares respondem objetivamente pela conduta de seus prepostos no exercício do trabalho por eles efetivados. Vejamos:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

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

Para fins didáticos, é interessante que haja divisão da matéria da seguinte maneira: levando em consideração danos sofridos por paciente em hospitais, clínicas e similares, é bom verificar se a pessoa jurídica é particular ou pública. Sendo particular, cabem duas divisões: os danos sofridos por erro médico e os danos sofridos em decorrência de má estrutura de hospital, clínica e similares.

Uma vez considerado o atendimento particular, melhor dizendo, em estrutura médico hospitalar particular no sentido genérico e, considerando a existência de prejuízo sofrido pelo paciente em virtude de erro médico, a pessoa jurídica responderá de forma objetiva. Mas antes de responsabilizá-la, terá que ser provada a culpa do médico. A pessoa jurídica somente responderá se houver o dever do médico de indenizar. Assim, o que deve ficar claro é que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica em caso de erro médico somente se configura quando comprovada culpa deste. A responsabilidade da pessoa jurídica é solidaria e objetiva.

Esse é o entendimento da jurisprudência mineira. Vejamos:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO DE DIAGNÓSTICO - ÔNUS DA PROVA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL - NÃO CARACTERIZADA - DANO MORAL NÃO COMPROVADO.

-A responsabilidade do hospital é objetiva, mas é necessária a comprovação da culpa de seu preposto, que no caso seria Do médico que atende no hospital ou quando o dano decorrer da falha de serviços relacionados com aquele estabelecimento, como estabelece o art. 14 do cdc, o que não restou evidenciado nos autos.

- Não há que se falar em responsabilidade do plano de saúde quando não configurada nenhuma das hipóteses previstas no art. 932, iii, do código civil. V.V.: Constatado o erro no diagnóstico do estado de saúde do autor, que serviu de base para a determinação da realização de intervenção cirúrgica, patente o dever de indenizar. (Apelação Cível 1.0024.09.453158-9/001, Relator(a): Des.(a) Anacleto Rodrigues (JD CONVOCADO) , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/03/2014, publicação da súmula em 28/03/2014) (Grifo nosso)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha. Vejamos:

“PLANTÃO, POR MÉDICO INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL; 2) CULPA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - 3) TEORIA DA PERDA DA CHANCE - 4) IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIACÃO DA PROVA PELO STJ - SÚMULA 7/STJ 1.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.

2.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).

3.- Recurso Especial do hospital improvido.” (REsp 1184128/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 01/07/2010) (Grifo nosso)

Assim, uma vez comprovada a culpa do médico, a pessoa jurídica em que ele haja desenvolvido seu trabalho terá que ser responsabilizada solidariamente e objetivamente. Não importa a qualidade do vínculo existente entre o médico e o hospital (ou similares). Não importa se o médico que tenha dado origem ao erro causador do prejuízo ao paciente pertença aos quadros do hospital, se não pertença e apenas tenha usado a estrutura da pessoa jurídica, se estava de plantão ou não estava. O hospital responderá de maneira objetiva. Basta comprovar a culpa do médico.

A explicação é a aplicação da teoria da aparência e do princípio da boa-fé. A pessoa que procura um hospital, clínica ou similar busca uma estrutura, um nome, uma segurança que aparentemente é oferecida pelo local. Basta ter aparência de fornecedor junto ao paciente. Basta a visualização de um contexto em que o paciente vislumbre a segurança em receber uma estrutura de aparelhos, maquinários, equipe de trabalho e atendimento de uma pessoa jurídica em favor de seus interesses.

A teoria da aparência é melhor visualizada em caso de responsabilização do hospital em virtude de erro de médico residente. É o posicionamento da jurisprudência mineira.

EMENTA: INDENIZAÇÃO - CIRURGIA EFETUADA POR MÉDICO RESIDENTE - STATUS DE PREPOSTO - COMPLICAÇÕES - AUSÊNCIA DE HABILIDADE PLENA - NÃO-ACOMPANHAMENTO POR PROFISSIONAL EXPERIENTE - NECESSIDADE DE INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS REPARADORAS - HOSPITAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - DANOS MORAL E ESTÉTICO - CUMULATIVIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS - INADMISSIBILIDADE - DANO MORAL ISOLADO - OCORRÊNCIA

1. Responde solidariamente o hospital por negligência de médico residente, ante seu status de preposto, vez que a intervenção cirúrgica foi realizada sem acompanhamento de médico experiente, ensejando novas operações para correção de anomalias, causadas pela falta de habilidade médica plena daquele que deveria atuar como assistente e sob supervisão.

2. Somente em casos extremamente graves admite-se a cumulação das indenizações

por danos moral e estético. As fotografias acostadas revelam cicatriz insuficiente, por si, para fundamentar o pedido cumulativo, pois não representa desfiguração da paciente nem importa na sua rejeição social, máxime porque esta (cicatriz) ocorreria, ainda que feita uma só cirurgia.

3. Resta caracterizado o dano moral sofrido pela paciente, em face das constantes internações para realização de cirurgias reparadoras; do aumento do consumo de remédios; do distanciamento dos familiares e da sociedade naqueles períodos; das dores físicas e psíquicas sofridas; e da agravação do quadro clínico psicoterápico (depressão), traduzindo circunstâncias hábeis a causar tristeza, trauma, desânimo, constrangimento, etc. (Apelação Cível 2.0000.00.339031-6/000, Relator(a): Des.(a) Nepomuceno Silva, Relator(a) para o acórdão: Des.(a), julgamento em 23/10/2001, publicação da súmula em 10/11/2001) (Grifo nosso)

Para responsabilizar a pessoa jurídica envolvida em caso de erro médico não é necessário verificar se esta auferiu lucros ou se o médico pertencia aos seus quadros de funcionários. Será responsável solidariamente e sem culpa.

De outro lado, os danos e prejuízos sofridos pelo paciente podem não ter origem no erro médico, mas da própria estrutura de hospitais, clínicas e similares. Trata-se, para exemplificar, de danos decorrentes de medicamentos impróprios ao uso, falta de equipamentos obrigatórios ou necessários, péssimas condições de higiene, organização administrativa deficitária e outros. O dano decorre única e exclusivamente do estabelecimento, sem envolvimento com erro de preposto. Imagine-se a hipótese da troca de exames de pacientes levar um deles a óbito haja vista atraso no início de o tratamento. A responsabilidade será objetiva nos termos do art. 14 do CDC.

Da mesma forma, os laboratórios respondem sem culpa, se houver qualquer prejuízo ao consumidor.

Quanto aos danos sofridos por pacientes em hospitais públicos ou postos de saúde de natureza pública, o regime jurídico em vista da responsabilidade não permite aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Em caso de dano por erro médico ocorrido em estabelecimento público ou prejuízo decorrente da própria estrutura pública, não poderá ser invocada a norma consumerista. O regime jurídico aplicado é constitucional e administrativo, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição da República<sup>26</sup>. De qualquer modo, a responsabilidade da pessoa jurídica será

<sup>26</sup>§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

objetiva. Os agentes públicos causadores do dano, por outro lado, responderão subjetivamente. Uma vez verificada a culpa deles e se a administração pública for responsável, caberá ação de regresso.

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

HOSPITAL DA POLÍCIA MILITAR. ERRO MÉDICO. MORTE DE PACIENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE.

FACULTATIVA.

1. Os recorridos ajuizaram ação de ressarcimento por danos materiais e morais contra o Estado do Rio de Janeiro, em razão de suposto erro médico cometido no Hospital da Polícia Militar.

2. Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.

3. Nos feitos em que se examina a responsabilidade civil do Estado, a denúncia da lide ao agente causador do suposto dano não é obrigatória. Caberá ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à celeridade ou à economia processuais.

Precedentes.

4. Considerando que o Tribunal a quo limitou-se a indeferir a denúncia da lide com base no art. 88, do CDC, devem os autos retornar à origem para que seja avaliado, de acordo com as circunstâncias fáticas da demanda, se a intervenção de terceiros prejudicará ou não a regular tramitação do processo.

5. Recurso especial provido em parte.” (REsp 1187456/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 01/12/2010) (Grifo nosso).

Por derradeiro, na eventualidade de o prejuízo sofrido pelo paciente ocorrer em estabelecimento privado, contudo conveniado ao SUS, o Estado terá que responder civilmente. Nesse sentido, figura julgamento do Superior Tribunal de Justiça nos seguintes termos:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. HOSPITAL PRIVADO. CONVÊNIO COM O SUS.

LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO. MATÉRIA NÃO ALEGADA NA PETIÇÃO INICIAL.

TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO.

1. No direito brasileiro vige a teoria da substanciação, segundo a qual o julgador somente está vinculado aos fatos, podendo atribuir-lhes a qualificação jurídica adequada, aplicando-se os brocardos "iuri novit curia" e "mihi factum dabo tibi ius".
2. Não foge aos limites objetivos da lide a alegação de que o Município deve responder aos termos da demanda pois o atendimento médico ocorreu em hospital privado, porém conveniado ao SUS.
3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 183305/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 30/09/2013) (Grifo nosso)

Portanto, verifica-se que se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao hospital e similares de natureza privada em caso de erro médico, não importando a relação jurídica do médico com o estabelecimento, pois é levada em consideração a teoria da aparência e o princípio da boa-fé. A pessoa jurídica é responsável de forma objetiva e solidária. Contudo, é necessário provar a culpa do médico.

Quanto ao hospital público, clínica pública ou posto de saúde, a responsabilidade também é objetiva, cabendo ação de regresso contra o médico causador do dano. Nesse caso não aplica a Carta Consumerista.

#### **4.7 Perda de uma chance e relação médico-paciente**

É possível aplicar a teoria da perda de uma chance numa relação jurídica entre o médico e seu paciente? Claro que sim. O que importa é o preenchimento dos requisitos da teoria.

É bom que fique claro que a chance de acontecer algo ou de não acontecer como se espera deve ser razoável e provável. É crível que a chance deva ser observada como um acontecimento possível, dependendo da conduta daquele que a espera.

A perda da chance também é vista pelo bom senso. O que deve ser entendido é que pode ser perdida a chance de ser curado em virtude de uma escolha equivocada quanto a determinado tratamento. O foco é na possibilidade e probabilidade de cura e não na cura em si, que não depende somente do médico.

Havendo a chance de cura e, em vista do impedimento desta por causa de erro médico, dependendo do caso será possível obter êxito em pedido indenizatório com base na teoria da perda de uma chance. É possível, portanto, aplicar a teoria na relação médico paciente com o objetivo de indenizar o paciente.

Imagine-se apenas para identificar e esclarecer a matéria, que determinada junta médica conclua pelo tratamento de doença de paciente e que, em vista da escolha que fizeram, o paciente perca a possibilidade de cura. A cura seria plenamente possível se fosse adotado outro procedimento mais rápido e eficaz. O paciente, então, perdeu a chance certa de ser curado. Outro exemplo de perda de uma chance na relação médico-paciente ocorreria no seguinte caso: imagine-se que pela escolha equivocada do tratamento, o paciente tenha que gastar quase todos os seus bens para pagar tratamento equivocadamente sugerido e, mesmo assim, o paciente venha a óbito. Obviamente, o filho perdeu a chance de receber herança. Haveria também a perda de uma chance se, em virtude de erro médico, o paciente perdesse a chance de obter um ganho plausível, como, por exemplo, se perdesse uma oportunidade de emprego, ou se perdesse a oportunidade de realizar um bom negócio.

Cabe perfeitamente propositura de ação judicial, nos casos acima, requerendo indenização com fulcro na teoria da perda de uma chance.

O Superior Tribunal de Justiça admitiu a hipótese em questão nos termos da ementa do julgamento do recurso especial nº 1.335.622, abaixo apontado:

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HOSPITAL PARTICULAR. RECUSA DE ATENDIMENTO. OMISSÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CABIMENTO.

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta.
2. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula nº 7/STJ, porquanto para a resolução da questão, basta a valoração das consequências jurídicas dos fatos incontroversos para a correta interpretação do direito. Precedentes.
3. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.
4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de atendimento médico, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral.

5. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado.
6. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.
7. Na linha dos precedentes deste Tribunal Superior de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe.
8. Recurso especial parcialmente provido.

Conforme o STJ, verificando perda da possibilidade de obter êxito em tratamento por motivo de erro médico, será admitida a indenização com base na teoria da perda de uma chance.

De qualquer forma, o que nos interessa é deixar claro que o erro médico que retira a chance do paciente de obter um ganho plausível gera indenização.

#### **4.8 Causas excludentes de responsabilidade na relação médico-paciente**

A responsabilidade civil na relação médico-paciente é formada por preenchimento de requisitos obrigatórios tais como a prova da conduta ativa ou passiva equivocada do médico. Além disso, é obrigatório que seja provado o nexo causal entre a conduta e o dano. É de maior importância, também, que seja verificada a existência da necessidade de haver indenização, pois há casos em que não há prejuízo indenizável.

Pode ocorrer da conduta do médico ter sido adequada e seguida de perfeição técnica e, no entanto, haver prejuízos incomensuráveis sofridos pelo paciente.

Nesse caso, levando-se em consideração a formação da responsabilidade e qualquer de seus, uma vez provada sua inexistência, haverá exclusão de responsabilidade.

Uma vez provada a inexistência de conduta culpável, de dano ou nexo causal, o médico não será responsável civilmente. Mesmo na hipótese de existência comprovada de todo o conjunto de elementos formadores da responsabilidade, pode ocorrer de o médico não ser responsável em vista de alguma circunstância que o exima de responsabilidade. Talvez por conduta não indenizável, como, por exemplo, quando o médico atue com fulcro na legislação, ou em vista de contrato entre o profissional e seu paciente, em que este declare ciência de possibilidade de dano e aceite o risco.

Portanto, seguindo o padrão das causas gerais de exclusão de responsabilidade, com foco em cada caso específico, a relação-médico paciente admite-as como possíveis para eximir o médico de responder por dano indenizável.

#### **4.9 Objeção de consciência e responsabilidade do médico**

Será que é permitido ao médico deixar de exercer seu dever de adotar conduta procedimental para salvar uma vida caso o paciente se recuse a ser tratado em virtude de alegação religiosa ou cultural? E se esse paciente estiver legalmente capacitado para tomar a decisão? Se aquele que recusar o tratamento for menor de idade, os pais poderão decidir por eles? Uma vez admitida a vontade do paciente e este vier a sofrer consequências drásticas, inclusive o falecimento, será o médico responsável? Estamos a tratar do tema objeção de consciência.

A objeção de consciência é a possibilidade de recusa por parte do profissional de saúde, notadamente o médico, de se comportar de modo juridicamente exigível por lei ou contrato. Trata-se da recusa do profissional de cumprir a obrigação legal de salvar, com fundamento em convicções de ordem ideológica ou religiosa alegada por aquela pessoa que seria objeto da intervenção médica. O profissional que deveria agir omite comportamento prescrito por lei e pede que tal omissão seja admitida.

Para ilustrar o que representa a objeção de consciência, imagine-se que chega ao pronto socorro pessoa acidentada totalmente desacordada necessitando de transfusão de sangue. O paciente chega com sua esposa que afirma com veemência que o marido não pode de maneira alguma ter inserido sangue de outrem em seu organismo em virtude de proibição de seita religiosa que seguem. Esclarece a acompanhante que seu marido vai preferir morrer se souber que foi submetido à transfusão de sangue. Para fortalecer suas alegações, entrega à junta médica carteira da seita assinada pelo homem desacordado que diz não admitir de maneira alguma seja feito o procedimento supra. Ocorre que a transfusão de sangue é o único meio de salvar a vida do acidentado e é sabido que, se não houver a intervenção médica de imediato, o homem virá a óbito. Como proceder? O médico deve respeitar a vontade expressa em documento? Se falecer, o médico que admitiu a escusa será responsável pela morte do paciente?

A questão é complexa, pois, o próprio Código de Conduta Médica, (Resolução CFM nº 1931/09 – Código de Ética) determina que o médico deva atuar conforme sua consciência e torna obrigatória sua conduta em casos de emergência.

Pela Resolução, o médico não deveria ouvir qualquer posição que não seja atuar para salvar a vida do paciente, mesmo contra sua vontade. Deve o médico agir consciente de que o bem estar e a vida do paciente devam vir em primeiro lugar. Assim determina o Código de Conduta do médico no Capítulo I (Princípios Fundamentais), nos incisos VII e VIII, bem como no Capítulo III (Responsabilidade Profissional), no art. 7º. Vejamos:

“(Capítulo I)

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

(Capítulo III)

Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.”

Tendo em vista o Código de Ética de Medicina, o que se percebe é que o médico deve atuar consciente de que esteja cumprindo seu dever e que, em caso de urgência, tem obrigação de agir com a finalidade de salvar o paciente.

A disposição determinante da Carta Civil manda que o médico conduza suas atividades para o fim último de evitar qualquer dano ao paciente. Tem a obrigatoriedade de agir, independente de qualquer fundamentação oposta vinda do paciente, seja ela cultural, moral ou religiosa. Inclusive, o Código Civil permite atuar com fundamento no exercício regular de direito, ou no estrito cumprimento de um dever legal. Além de excluir a responsabilidade civil, também excluirá qualquer infração penal por exclusão da antijuridicidade.

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. 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, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

A nosso ver, pelos fatos e fundamentos acima expostos, entendemos que o médico será responsável ou não dependendo do caso. Apontamos abaixo as hipóteses que entendemos pela responsabilidade ou não responsabilidade do médico que deixa de atuar em virtude da objeção de consciência:

a) adulto desacordado com documento que comprove proibição cultural, moral ou religiosa de se submeter a determinado procedimento médico que poderá salvar sua vida ou evitar dano maior. Além disso, acrescentamos, apenas para argumentar, que há acompanhante afirmando que o paciente inconsciente pediu para que nunca fosse submetido a procedimento médico e que, se fosse feita a intervenção nele, preferiria morrer. Entendemos que nesse caso, o médico deverá agir por obrigação ética e jurídica, levando em consideração o Código de Conduta de Medicina, o Código Penal e o Código Civil. O médico que agir para evitar prejuízo ou o falecimento do paciente, atuará acobertado pelo ordenamento jurídico. Estaria atuando com apoio em excludentes de responsabilidade, notadamente o estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito. Estaria criando riscos permitidos pela própria lei. E dessa forma, não poderá ser responsável em eventual ação de indenização por ter praticado a medicina para salvar vidas ou atenuar danos à saúde. Caso não conduza seus atos nesse sentido, poderá, a nosso ver, ser responsável civil e penalmente por sua conduta omissiva. O interessante é que nessa hipótese, o que deve haver é a ponderação de direitos constitucionais, ou seja, escolher entre a vida e o direito de fazer ou não fazer algo senão em virtude de lei. Assim, tratando-se da vida, o médico teria que ter uma posição do paciente. Estando este inconsciente ou incapacitado, o médico deverá salvar-lhe a vida.

b) de outro modo seria a solução, diante de caso envolvendo adulto consciente. Não há como o médico ou a junta médica obrigar o paciente, por meio do uso de força, a se submeter a determinado procedimento. O que deve ser feito é o melhor aconselhamento do paciente, levando em consideração o princípio da autonomia e do consentimento livre e informado. Provando que o profissional de saúde alertou o paciente da ausência do tratamento devido,

estará livre de responsabilidade. Assim, tratando-se de paciente adulto consciente, o único dever jurídico do médico é o fornecimento de informação sobre o que deveria ou não deveria fazer diante do quadro de saúde apresentado por diagnóstico eventualmente feito.

c) uma terceira hipótese, de complexidade decisória maior, seria a situação do menor de idade que faça parte de cultura ou religião que proíba peremptoriamente tratamento médico devido para êxito na cura de doença grave ou para salvamento de sua vida. Como deve o médico agir se os genitores proibem o procedimento? Haverá exclusão de responsabilidade nesse caso?

Imagine-se a hipótese seguinte: o pai de uma criança chega em hospital com filho nos braços pedindo ajuda. Contudo, diz que seu filho não pode de maneira alguma receber transfusão de sangue. O médico, mediante diagnóstico, diz ao pai que a única maneira de salvar o filho é por meio da transfusão. O pai diz que prefere ver o filho morrer do que vê-lo receber sangue de outrem, pois sua religião proíbe o procedimento. O que o médico deve fazer?

O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), no art. 4º, prescreve que o direito à vida da criança ou adolescente tem prioridade absoluta. E que a família, sociedade e instituições devem proteger esse direito.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (Grifo nosso)

Tendo em vista o disposto no ECA, no Código Civil, na Resolução 1931/09 e por se tratar de pessoa incapaz, entendemos que o médico deverá tomar todas as providências para salvar a vida ou amenizar danos do paciente menor, independente do procedimento. Deve o médico desconsiderar qualquer impedimento cultural, moral ou religioso. O médico tem a obrigação de agir, independente da vontade dos pais, pois, estes não podem decidir pelo menor, ao levar em consideração a vida e a saúde. Caso o médico não aja nos termos da Lei, deverá ser responsável na área civil e penal, respondendo por todas as consequências e sanções legalmente previstas. Inclusive, é de bom alvitre lembrar que, os pais perderão o poder familiar se conduzirem os filhos para a ruína patrimonial. Com muito mais razão perderão esse poder se castigá-los imoderadamente. Pelo princípio da proporcionalidade e

razoabilidade, entregar a vida do filho em troca de costume religioso viola a base constitucional (princípio da dignidade da pessoa humana) que precede ao poder familiar.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Portanto, em vista da objeção de consciência, o médico será responsável na área civil e penal se for omissa diante do dever de agir, quando o paciente que precise de atendimento de urgência for adulto numa condição de inconsciência, menor de idade ou incapaz. Se o médico recusar atendimento com intuito de salvar a vida ou diminuir o dano desse paciente por motivo religioso ou cultural, será responsável. De outra sorte seria a responsabilidade, se fosse considerada a hipótese de o paciente ser adulto e consciente, e não desejar de modo algum se submeter à intervenção recomendada. O médico, nesse caso, fica na obrigação apenas de informar as consequências da ausência de eventual tratamento.

#### **4.9 Aplicação da teoria dos *punitives damages* na relação médico-paciente**

A violação de direitos do paciente, trazendo-lhe danos e prejuízos em vista de atuação médica pautados por condutas com ausência do devido cuidado, permite responsabilidade civil ressarcitória e punitiva? É possível que as pessoas jurídicas, clínicas ou hospitais, fornecedores de uma má prestação de serviço relacionado à saúde tenham obrigação de ressarcir o paciente consumidor lesado de modo punitivo e ressarcitório? E se a pessoa jurídica ou o médico forem prestadores de serviço de saúde com origem na relação jurídica administrativa? Também se poderia aplicar dano exemplar?

Estamos a discutir a possibilidade de aplicação da teoria dos *punitives damages* em eventual responsabilidade civil na relação médico-paciente.

É sabido que a responsabilidade civil no Brasil busca restabelecer o *status quo ante*. É ressarcitória apenas. Tem o objetivo de indenizar sem, no entanto punir. Mas como ressarcir o que não pode ser ressarcido? Seria possível punir via responsabilidade civil?

Imagine-se que paciente de cirurgia plástica com objetivo de embelezamento, em vista de erro médico, teve seu rosto marcado por cicatriz. Além disso, por conta da realização da

cirurgia em clínica médica que não continha todos os requisitos de higiene, a paciente foi à beira da morte, resultando numa internação de quatro meses em unidade de tratamento intensiva, o que aliás, acontece muito no Brasil. É possível nesse caso restabelecer o *status quo ante*, utilizando-se o instrumento da responsabilidade civil?

Nesse caso não é possível restabelecer a situação anterior em que se encontrava a vítima, ainda mais por simples pecúnia. Em muitos outros casos similares também não. Destarte, numa situação como a retro apresentada, a pretensão ressarcitória punitiva cumulada com o ressarcimento seria muito bem vinda. Seria mais justo.

A teoria dos *punitives damages* tem como um dos seus objetivos a punição daquele que conduzir seus atos contra o Direito, ocasionando prejuízo a determinada vítima. A punição é civil e envolve a elevação de eventual indenização para que aquele que lesionar não mais atue dessa forma. Assim, além da indenização, seja ela ressarcitória ou compensatória, é somada certa quantia a título de punição. A suposta vítima receberá, por exemplo, R\$ 50 mil de danos morais e R\$ 150 mil de dano exemplar.

O médico ou a pessoa jurídica que, uma vez condenado, não iria praticar o ato ilícito novamente. Pelo menos essa é a intenção da aplicação dos danos exemplares. Por outro lado, o paciente vitimado teria, com a condenação, um sentimento de que houve justiça mesmo não podendo ter sua situação colocada na posição anterior.

O que se percebe em estudos de casos específicos é a condenação de profissionais de saúde e de pessoas jurídicas da área em valores que deixam a desejar do ponto de vista da justiça.

Quanto à teoria dos *punitives damages*, que permite aplicação dos danos exemplares, pelo menos no Brasil, não tem sido possível aplicá-la. Em nosso país, em vista do regime jurídico adotado, não há possibilidade de haver condenação em penas privadas.

Por mais que seja injusto, o sistema brasileiro segue a ordem do *civil law* como regra, não permitindo a punição via responsabilidade civil.

O caso acima hipoteticamente mencionado deve excluir a condenação punitiva, restando ao paciente lesionado somente o ressarcimento, com vista ao restabelecimento do *status quo ante*. Acreditamos ser uma falha no sistema que traz injustiça, pois o dano exemplar acompanhado do ressarcitório, na hipótese, seria mais justo.

A conclusão é que a teoria dos *punitives damages*, por mais que complete a justiça, ainda não pode ser aplicada no Brasil por falta de amparo legal. Não importa se o causador do dano é médico particular, agente público, posto de saúde, hospital privado, público ou clínicas

particulares. O ressarcimento de eventual responsabilidade civil em vista de dano moral ou material não poderá ser acrescido de indenização punitiva.

#### **4.10 Responsabilidade civil do médico no contexto dos avanços biotecnológicos**

Não há dúvidas de que a evolução na área da Medicina trouxe mudanças para o Direito, notadamente a responsabilidade civil do médico. Antes o que não era possível na Medicina, passou a ser possível nos dias de hoje. Por conseguinte, eventuais discussões que não eram possíveis se quer cogitar no Direito, hoje chegam ao Supremo Tribunal Federal, conforme veremos a seguir. O que se percebe é que a evolução da Medicina gerou consequências fáticas que refletiram na própria mudança da responsabilidade civil do médico.

Nesse sentido, há inúmeras questões a ser objeto de reflexão. Todas envolvendo questões fáticas que nos trazem a certeza de que são pontos inovadores no Direito e que, mais cedo ou mais tarde, serão objeto de possíveis demandas. Assim, qual seria a responsabilidade do médico autor da reprodução assistida numa eventual consequência para a vida daquela pessoa fruto da manipulação genética? Qual seria a responsabilidade do médico diante daquele que se submeteu à cirurgia de redesignação de sexo e, posteriormente, se arrependeu? Qual seria a responsabilidade do médico que pratica inúmeras cirurgias no paciente que sofre de transtorno dismórfico corporal? Qual seria a responsabilidade do médico que pratica cirurgia plástica para transformar a face de uma pessoa em verdadeira aberração? Qual seria a responsabilidade do médico na transfusão de sangue das pessoas adeptas a religiões que não permitem tal procedimento? Em que situações são possíveis efetuar o procedimento de transfusão de sangue sem haver a responsabilidade civil do médico? Diante do princípio da beneficência (sempre fazer o bem), qual seria a responsabilidade do médico, se este gerar consequências ao paciente em procedimentos necessários para manter sua vida? Deveria ser observado o princípio da autonomia (prevalecer a vontade do paciente) de maneira absoluta? Qual seria a responsabilidade do médico tendo em vista a existência do *living will* (testamento em vida), levando em consideração que este testamento determina quais os tratamentos médicos indesejados pelo testador, caso o paciente incorra em estado de inconsciência ou esteja em estado terminal? Qual seria a responsabilidade do médico diante da eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido? A relação médico-paciente é aquiliana ou envolve contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor? O médico deve observar a *PSDA- Patient Self-Determination Act* (Ato de Autodeterminação do Paciente) diante de procedimento cirúrgico urgente? Qual seria a responsabilidade civil do médico ou de uma junta médica

responsável pela clonagem de uma pessoa? Qual o regime jurídico que envolve a responsabilidade civil do médico nos casos de *wrongful birth* (*nascimento injusto* em virtude de falha no diagnóstico de procedimento médico na técnica de fertilização *in vitro*) e *wrongful life* (*vida injusta* em virtude de falha no diagnóstico de procedimento médico na técnica de fertilização *in vitro*)?

Haverá um esforço herculano se tentarmos enumerar todas as situações e hipóteses em que deva ser analisada a responsabilidade civil do médico, em vista da infindável gama de hipóteses trazida pelo enorme avanço da tecnologia na área médica. O fato é que a matéria em voga é atual e urge ser estudada. Há importantes questões a serem discutidas.

Seria muito pretensioso de nossa parte apresentar soluções para todas as questões acima mencionadas. Contudo, é certo afirmar que uma vez destrinchadas as nuances da responsabilidade civil, poderemos atentar para cada caso que surgir, envolvendo a relação médico-paciente e aplicar as regras gerais da responsabilidade civil atualmente determinantes.

A matéria é muito interessante. Traz questões absolutamente polêmicas e hodiernas, vinculando o operador do Direito a uma reanálise do estudo da responsabilidade civil. A aplicação do Direito Civil do ponto de vista constitucional, notadamente dando relevância ao pilar da dignidade da pessoa humana é indiscutível. O foco do Direito encontra-se diretamente no ser humano. Por isso, é necessário uma reestruturação do pensamento tradicional para um outro mais constitucionalizado.

Nesses termos, a título de exemplo, o princípio da autonomia do paciente, objeto da capa da revista VEJA de 12 de setembro de 2012 intitulada “*EU DECIDO MEU FIM: agora que os médicos brasileiros são orientados a reconhecer a vontade dos pacientes terminais, a decisão de interromper os tratamentos torna-se menos dolorosa?*”, entra em conflito com a necessidade de atuação do médico conforme os princípios da beneficência/não-maleficência, os preceitos mandamentais do Código Penal, Código Civil, Constituição da República e Código de Atuação do médico. A reportagem ainda comenta sobre o testamento vital afirmando a atualidade que envolve o projeto de pesquisa em tela.

SÁ e MOUREIRA na obra “Autonomia para Morrer” (2012) traz a lume questão absolutamente inovadora dentro de um padrão de aceitação social, contudo, de forçosa interpretação constitucional em vista do Estado Democrático de Direito. Ora, diante do princípio da dignidade do ser humano, dependendo da situação em que se encontre a pessoa, porque não pode escolher a morte como solução para dar fim a qualquer situação indesejada? Não seria uma forma de exercitar a liberdade com o fim último de encontrar dignidade na reta final da vida? E como fica a responsabilidade do médico diante da execução de um desejo do

paciente? Ora, atualmente, a responsabilidade do médico seria certa. Tanto civil quanto criminal. Contudo, com o tempo entendemos que o Direito será obrigado a encontrar uma solução sem responsabilidade para o profissional de saúde pelos fundamentos acima mencionados, quais sejam, a dignidade, a liberdade e o exercício do direito de escolha no Estado Democrático de Direito. Não há dúvidas de que o Direito está em constante modificação. O tema também está em processo de mudança.

#### **4.12 Responsabilidade do médico em sede de diagnóstico pré-natal – (*wrongful birth* e *wrongful life*)**

Pode ocorrer de o dano ou prejuízo do paciente ter originado de erro do médico na leitura ou análise de diagnóstico pré-natal e este equívoco por negligência ou qualquer outro motivo, gerar vínculo de responsabilidade, em vista de compensação por dano moral ou material em favor dos pais ou da criança recém-nascida. Estamos a tratar do *wrongful birth* e do *wrongful life*. Ambos os institutos envolvem responsabilidade civil do médico em virtude de erro de diagnóstico pré-natal e que resulte em prejuízos de ordem moral e material, tanto para os pais quanto para aquele que nasceu. A questão é tratada com mais constância nos Estados Unidos e na Europa em virtude da possibilidade de aborto. No Brasil, ainda temos apenas discussões doutrinárias, já que não é permitida a prática de aborto simplesmente pela escolha dos pais.

O *wrongful birth* tem referência em eventual erro de diagnóstico de doença preexistente ao nascimento do ser humano com a enfermidade não detectada. O médico, numa leitura de exames, não verifica enfermidades tais como deformações ou síndromes que levarão a criança a uma vida especial. Em virtude disso, os pais têm sua expectativa não realizada com relação à saúde do filho recém-nascido e gastos extraordinários com a vida diferenciada que terão que, naturalmente, despende com o filho detentor de determinada anomalia. O médico, atuando com erro, retira dos pais a possibilidade de escolha de ter ou não ter o filho, de arcar ou não com uma vida especial. É claro que estamos falando de situação em que seja possível a escolha dos pais pelo aborto.

A responsabilidade civil em virtude do *wrongful birth* permite aos pais requerê-la em face do médico que der causa a nascimento, deixando os genitores acreditar que o filho nascerá saudável e sem qualquer anomalia. A falta de informações gera danos morais por uma espera de vida não advinda da maneira como planejada e danos materiais por todos os gastos extraordinários que os pais tiverem com a vida “especial” da criança recém-nascida. Em suma,

os pais que acreditarem na leitura equivocada do médico com relação aos exames do nascituro, no sentido de que este nascerá perfeito, ou seja, sem qualquer anomalia, e, por isso, decidirem ter o filho, terão direito a requerer indenização na eventualidade de a criança não nascer com saúde ou carregada de doença que lhe seguirá pela vida. A responsabilidade civil decorre do não cumprimento do dever de informar, além de violar o princípio da boa-fé objetiva. O dano moral é decorrente da violação dos princípios da boa-fé, autonomia privada e direito de informação. O médico responderá pelo descumprimento da relação jurídica existente e não pela insatisfação de ver o filho com determinada enfermidade. Pois, pela negligência, tirou dos pais a possibilidade de escolha de ter ou não ter o filho. Violou o poder de autonomia privada que os pais tinham de planejar a vida conforme diagnóstico e informações sobre a criança recém-nascida.

Assim, uma vez violado o princípio do consentimento livre e informado, o direito de informação, direito de personalidade dos pais; havendo quebra de expectativa e necessidade de gastos extraordinários não planejados pelos pais da criança nascida com enfermidade, em vista da responsabilidade civil por *wrongful birth*, poderão ajuizar ação em face do médico, clínica ou hospital buscando reparação.

A responsabilidade civil em vista do *wrongful life* possui fundamento e polo ativo diferentes da reparação por *wrongful birth*. Naquele o agente interessado na interposição da causa é o recém-nascido com enfermidade. A pessoa nascida com anomalia busca indenização por não ter querido nascer com a diferença que carrega consigo. Não há violação a direito de autonomia de escolha de vida em virtude de negligência do profissional de saúde que interpretou exame pautado em imperícia ou negligência. Não houve violação a direito de informação tampouco, até porque era o agente ativo da ação nascituro ao tempo da leitura de qualquer diagnóstico, o que o impediria, naturalmente, do recebimento da informação. A fundamentação do *wrongful life* é a vida indesejada em vista da enfermidade. Trata-se de um absurdo jurídico. Imagin-se se todas as pessoas que nascessem com certa diferença resolvessem processar o médico que afirmou aos pais da criança que esta seria normal. Veja-se que não há violação de qualquer direito do nascituro nem ofensa ao seu poder de escolha. Pois, como poderia uma pessoa enferma requerer indenização em face do médico que não conseguiu diagnosticar doença na fase de gestação, alegando não ter desejado ter vida? Não há o menor cabimento.

É bom que fique claro que o *wrongful birth* e, principalmente o *wrongful life*, não têm cabimento no sistema jurídico brasileiro tendo em vista a impossibilidade de interrupção da vida por simples escolha dos pais.

#### 4.13 Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – (anencéfalo)

No dia 12 de abril do ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente pedido contido na arguição de descumprimento de preceito fundamental número 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde com finalidade de declarar a inconstitucionalidade de interpretação dos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal. A interpretação objeto de inconstitucionalidade é o entendimento de que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo seria considerada infração penal nos termos dos artigos retro mencionados.

A decisão<sup>27</sup> não foi unanime. Julgaram a ação procedente Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármem Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello. O ministro Ricardo Lewandowski e o então ministro Cezar Peluso entenderam pelo não cabimento dos pedidos. O ministro Lewandowski fundamentou seu voto no sentido de que o Poder Judiciário não pode usurpar poder outorgado constitucionalmente ao legislativo. Aponta que deve haver uma “cerimoniosa parcimônia” entre os poderes, não podendo o Judiciário legislar e que, se o Congresso Nacional “assim desejasse”, poderia muito bem ter incluído o aborto de anencéfalo dentro dos casos permissivos, descriminalizando a conduta. Assim, afirma<sup>28</sup>:

“Não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos”

Também com outro fundamento, Lewandowski justifica sua decisão afirmando que, se o Supremo Tribunal Federal permitisse a retirada da infração de aborto em vista de diagnóstico de anencefalia no feto, abriria outras possibilidades em situações similares, tal como a acardia (ausência de coração), atrofia muscular espinhal e outras.

O então ministro Cezar Peluso ao julgar improcedente a ADPF 45, também teve como fundamento para sua decisão a incompetência constitucional como legislador positivo do Supremo Tribunal Federal. Afirmou que não pode o STF legislar com a autonomia constitucional pertencente ao Poder Legislativo.

---

<sup>27</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>

<sup>28</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204758>. Acesso em 27 de abril de 2014.

Em reforço, como outro argumento para justificar a improcedência, afirmou que o crime de aborto é realizado em ser humano vivo. Nesse sentido, deve levar em consideração o fato de que o anencéfalo é um ser humano com vida, independente do que lhe venha a ocorrer após o nascimento. Entendeu que o feto anencéfalo é portador de vida e portanto, tem de ter seus direitos protegidos. Não pode abstrair a condição de vida no momento do aborto simplesmente porque após o nascimento sua vida não teria viabilidade. O princípio da legalidade não poderia ser colocado de lado com a finalidade de prevalência de certa liberdade jurídica.

Os demais ministros julgaram procedente a interpretação de que há possibilidade legal de interromper a gravidez do feto anencéfalo. Portanto, foi julgado procedente o pedido feito pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar inconstitucional a interpretação antes dada aos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal no sentido de que deve haver a criminalização da antecipação terapêutica de parto nos casos de anencefalia.

Considerou-se que a incolumidade física do feto anencéfalo que se sobreviver, terá poucas horas de vida e, por isso não pode sobrepor-se aos direitos básicos da mulher. Direitos constitucionais da mulher tais como a dignidade, a liberdade, a autonomia, a saúde, a integridade física, psicológica e moral não podem ser deixados de lado para atender uma vida inviável. A balança da justiça não pode permitir tamanha desproporção de direitos. Após quatro dias de formação de provas, em vista da audiência pública, a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que os direitos constitucionais da mulher, tais como a dignidade, a liberdade, a autonomia, a saúde, a integridade física, psicológica e moral não podem ser colocados de lado diante de uma vida já predeterminada ao insucesso.

Ademais, numa segunda e contundente justificativa, foi verificado que houve uma evolução bastante considerável da Medicina da década de 1940 para os dias atuais. O Código Penal, forjado na década de 40, não contava com as informações e o conhecimento que, nos dias atuais, envolve a Medicina. De lá pra cá houve uma evolução enorme e, por isso, seria salutar dar uma nova interpretação à legislação penal, levando em consideração novos conhecimentos trazidos por estudos científicos. No nascimento da Carta Penal, não se podia cogitar sobre a possibilidade de se identificar fetos anencéfalos no ventre materno. Nem havia conhecimento com tanta certeza quanto se tem hoje sobre a sobrevivência do recém-nascido com tal enfermidade.

(...) o ministro Marco Aurélio argumentou que nas décadas de 30 e 40, quando foi editado o Código Penal hoje vigente, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente esse tipo de anomalia fetal. “Mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida”, afirmou.<sup>29</sup>

Além disso, o STF levou em consideração a proporção existente entre o aborto permitido em caso oriundo de estupro e o aborto em caso da existência de feto anencéfalo. E surgiu a seguinte indagação: porque permitir o aborto de um feto que, certamente, não sobreviverá? Somente porque no primeiro caso a escolha moral da mãe, em virtude de sua saúde mental, deve prevalecer? Não há justificativa proporcional em eventual comparação dos dois casos.

Interessante foi o posicionamento do ministro Luiz Fux. Entendeu que, se o Estado obrigar a mulher a gerir e dar a luz a feto anencéfalo, estaria sendo obrigada a conviver com a tortura, vedada expressamente pela Constituição da República. Ademais, levar uma mãe ao banco dos réus do tribunal do júri porque abortou com fundamento na existência da gestação de uma criança anencéfala seria desgraçar ainda mais a vida de uma pessoa, violando sua dignidade.

A supra mencionada decisão traz a lume o fato de que, o que antes era considerado crime, se praticado por qualquer pessoa e, notadamente o médico, hoje não é mais, em virtude da evolução da Medicina. O aborto praticado pelo médico em caso de feto anencéfalo seria sancionado no âmbito penal, se não fosse a evolução biotecnológica para não ser mais considerado crime nos dias atuais. Perceba-se que a tecnologia modificou o entendimento sobre um fato antes certamente considerado proibitivo com sanções criminais. Trata-se da influência do conhecimento científico no Direito.

#### **4.14 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510 (células-tronco embrionárias)**

O Procurador Geral da República propôs ação direta de inconstitucionalidade protocolada sob o número 3.510, pretendendo ver inconstitucional o art. 5º da Lei de Biossegurança. Esta norma outorga permissão para fins de pesquisa e terapia e a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização

<sup>29</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204680>. Acesso em 05 de junho de 2014.

estabelecendo condições para sua utilização. O representante do Ministério Público, levando em consideração a dignidade do ser humano e a inviolabilidade do direito à vida, entendeu que a formação da vida ocorre na fecundação e que o descarte de embriões seria ofensivo à Constituição da República.

O STF julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, permitindo, dessa forma, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento. Os julgadores acompanharam, em sua maioria, o voto do relator, então ministro da Corte Suprema, Carlos Ayres Britto. Este entendeu que a Lei de Biossegurança veio para contribuir, no atual estágio em que a sociedade se encontra, para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica, trazendo benefícios incomensuráveis para as pessoas.

“Em conclusão, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização — v. Informativo 497. Prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator. Nos termos do seu voto, salientou, inicialmente, que o artigo impugnado seria um bem concatenado bloco normativo que, sob condições de incidência explícitas, cumulativas e razoáveis, contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano *in vitro*. Esclareceu que as células-tronco embrionárias, pluripotentes, ou seja, capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto, constituiriam, por isso, tipologia celular que ofereceria melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos. Asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), aos “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), ao “livre exercício dos direitos... individuais” (art. 85, III) e aos “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado”. ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008. (ADI-3510)

As células-tronco embrionárias têm possibilidade de recuperar a saúde das pessoas em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, tendo em vista terem capacidade de recompor qualquer tecido.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos individuais são aplicados ao ser humano com personalidade já nascido e tratado de modo individual. Não se aplica, conforme entendimento do relator, a qualquer estágio de desenvolvimento da formação do ser humano.

Prevaleceu o entendimento de que o direito à saúde e ao livre desenvolvimento das atividades científicas têm importante valor para a sociedade brasileira do ponto de vista da evolução biotecnológica e aplicação desse avanço na prática.

O que se passa no ponto em questão deixa claro que a evolução biotecnológica aliada à necessidade das pessoas trouxe ao Direito mais uma inovadora solução jurídica em vista da relação médico-paciente e do Biodireito. Foi mais um caso em que não era permitido sequer cogitar a discussão poucos anos atrás e que, por conta do desenvolvimento tecnológico na área médica, foi necessário ao Direito buscar novas respostas com a ajuda da comunidade científica brasileira, pelo *amicus curiae*, em julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Imagine-se a responsabilidade civil do médico que tomasse a iniciativa de executar qualquer procedimento antes da regularização normativa do uso de células-tronco embrionárias e antes da cobertura permissiva dada pelo STF. Certamente cometeria ato ilícito. Contudo, após o desenvolvimento da discussão na área jurídica, não há mais que cogitar em responsabilidade, seja civil ou criminal do profissional que atue nos termos legais.

## 5 CONCLUSÃO

A simples discussão, por si só, da responsabilidade civil na relação médico-paciente sob a ótica da evolução biotecnológica, notadamente na área médica já é significado de que o tema é de suma importância.

Foi necessário estudo sobre a Bioética e o Biodireito como ponto de partida para aventar hipóteses reflexivas sobre questões hodiernas, levando em consideração o avanço biotecnológico e sua relação com o Direito. Antes de adentrar questões específicas, foi necessário verificar a relação ética com o Direito em vista da evolução de situações práticas, tais como a possibilidade de clonar o ser humano, de haver reprodução por métodos artificiais, de manipulação de dados genéticos, de modificação de sexo e outras tantas.

Uma análise profunda do sistema da responsabilidade civil e suas ramificações mais atuais sobre questões envolvendo o médico, o paciente, postos de saúde, clínicas em geral, hospitais públicos e hospitais privados, também foi trazida a lume numa exposição das regras e decisões mais atuais. Pontos de destaques interessantes como a objeção de consciência e a responsabilidade civil do médico, cirurgias de embelezamento, envolvendo pontos de crise ética do ponto de vista da atuação do médico, foram objeto do estudo.

Após uma análise da responsabilidade civil em termos gerais e, depois de adentrar o tema do ponto de vista do profissional de saúde e do paciente, foram analisadas decisões da Suprema Corte que envolveram tanto a Bioética e o Biodireito quanto o Direito Civil. No julgamento sobre a possibilidade de descriminalizar o abortamento do feto anencéfalo, os integrantes do Supremo Tribunal Federal afirmaram, em vista de uma reflexão sobre a vida, conceitos biológicos e a relação da Constituição e do Direito Civil, após oitiva do *amicus curiae*, que não mais deve ser tratada como infração penal a interrupção da gravidez pela mãe. Ato contínuo, levantado estudo sobre a possibilidade de manipulação de material genético para o bem da humanidade, foi possível constatar que é permitido ao cientista e profissional de saúde qualificado para tanto usar células-tronco embrionárias com fim último de curar.

Em conclusão, após aprofundado estudo sobre Bioética, Biodireito, casos práticos envolvendo a matéria, responsabilidade civil em geral e mais especificamente a do médico, pesquisa de decisões envolvendo o tema, entendemos que ainda não há uma posição firme, concreta e linear sobre os pontos levantados, do ponto de vista jurídico. Contudo, não há dúvidas de que, as mesmas questões tratadas no trabalho, teriam respostas diferentes das de hoje, se fossem analisadas em tempos passados. O exemplo mais claro disso, é a responsabilidade do médico pelo aborto de feto anencéfalo, que somente foi descaracterizada

como ato ilícito em vista de aprofundado avanço biotecnológico, levado em consideração pela Corte Suprema no julgamento da ADPF N°54.

Assim, há que considerar que tanto a ética quanto o Direito são constantemente alvo da evolução biotecnológica.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 217:67-79, jul.-set. 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AMARAL, Francisco. *O poder das ciências biomédicas: os direitos humanos como limite. A moralidade dos atos científicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz – Fundação Osvaldo Cruz, 1999.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 1999.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito Penal Médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica: cidadania e ciência*. Capturado em 14 maio 2001. Disponível na Internet em <http://www.jurisconsultas.homepage.com/artigos>
- BARROS, Eliane Oliveira. *Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial Heteróloga*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. *Principles of biomedical ethics*. 3. ed., New York: Oxford University Press, 1989.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários ao Novo Código de Ética Médica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- CASADONA, Carlos Maria Romeo. QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas Implicações Ético-Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CASADONA, Carlos Maria Romeo. *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte. Del Rey: 2002.

DIAFÉRIA, Adriana. *Patente de Genes Humanos e a Tutela dos Interesses Difusos: O Direito ao Progresso Econômico, Científico e Tecnológico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ALMEIDA, Gabriela Lopes de. *Leituras Complementares de Direito Civil: Direito de Recusa a Tratamento Transfusional em Face de Convicção Religiosa como Garantia Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Márcia Santana. *Bioética, Medicina e Direito de Propriedade Intelectual: Relação entre patentes e células-tronco humanas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

FIUZA, César. *Direito Civil*. 9ª edição. Curso Completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIUZA, César (Org.). *Curso Avançado de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Da ideia à defesa: Monografias e Teses Jurídicas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. *A epistemologia jurídica entre o positivismo e o póspositivismo*. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, 2002. 7 fls. (Mimeografado)

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES. Rafaela Lourenço. Pesquisa com embriões excedentários e o princípio da dignidade da pessoa humana, em face da lei de biossegurança. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 56-69, abr./jun. 2009

MARTIN, Leonard M. *Eutanásia e distanásia*. In: Iniciação à bioética, 1998.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Direito e Desenvolvimento: Biomedicina, tecnologia e sociedade globalizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NAVARRO, Andreyra Mendes de Almeida Schreder. *O Obscuro Objeto do Poder: Ética e Direito na Sociedade Biotecnológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NETO, Francisco Vieira Lima. *O Direito de não Sofrer Discriminação Genética: Uma Nova Expressão dos Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo. Editora Método. 2010.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Curitiba: Juruá, 2008.

PARIZATTO, João Roberto. *Prática da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Parizatto, 2011.

PEREIRA, Anna Kleine Neves. *A Proteção Constitucional do Embrião: Uma Leitura a partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá, 2012.

POLICASTRO, Décio. *Código de Processo Ético-Profissional Médico e sua Aplicação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Bioética e Direitos da Pessoa Humana*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. Salvador: JusPodivm: 2012.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Obrigações*. Salvador. Editora JusPodivm. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SÁ, Maria de Fátima. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para Morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SEMIÃO, Sérgio Abdala. *Biodireito e Direito Concursal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a Nova Fronteira do Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. Campinas: Servanda, 2008.

SOUZA, Pablo Vinicius Sporleder de. *Direito Penal Genético e a Lei de Biossegurança*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. BORGES, Andréa Moraes. CALDAS, Andréa Gouthier. *Dano Moral & Punitive Damages*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção do ser humano in vitro na era da Biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006.