



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O DANO MORAL EM CASO DE ÓBITO DE PACIENTE DECORRENTE
DE ERRO MÉDICO

Anna Luiza Pereira Lyrio Barreto

Rio de Janeiro
2019

ANNA LUIZA PEREIRA LYRIO BARRETO

O DANO MORAL EM CASO DE ÓBITO DE PACIENTE DECORRENTE
DE ERRO MÉDICO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2019

O DANO MORAL EM CASO DE ÓBITO DE PACIENTE DECORRENTE DE ERRO MÉDICO

Anna Luiza Pereira Lyrio Barreto

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogada.

Resumo – O trabalho aborda tema amplamente discutido na jurisprudência, qual seja, o dano moral e os critérios para sua quantificação, mais especificamente em casos de óbito de paciente proveniente de erro médico. Será analisada a responsabilidade civil do médico e do hospital, as excludentes de responsabilidade, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação entre médicos e pacientes, bem como os critérios fixados pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos de condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais, a fim de diminuir a subjetividade na discricionariedade do magistrado quanto ao arbitramento da indenização.

Palavras-chave – Direito Civil. Responsabilidade Civil. Dano moral. Morte. Erro médico.

Sumário – Introdução. 1. Análise da responsabilidade civil do médico e do hospital em caso de morte de paciente. 2. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre pacientes e médicos. 3. A subjetividade na discricionariedade do magistrado no arbitramento do dano moral e a variação dos critérios utilizados. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a fixação do dano moral diante da responsabilidade civil dos médicos e dos hospitais em casos de óbito de paciente decorrente de erro médico, buscando quais critérios devem ser utilizados pelos magistrados para arbitrar, da melhor maneira possível, o *quantum* indenizatório, de acordo com o entendimento dos Tribunais Superiores e a doutrina brasileira.

A reparação pelos danos e prejuízos causados ao indivíduo é considerada direito fundamental, de acordo do art. 5º, X da CRFB/88, sendo pacífico o entendimento quanto ao cabimento e quanto à existência da responsabilidade civil. Entretanto, ainda que se tratando de responsabilidade civil, a jurisprudência e a doutrina não são unânimes e nem pacíficas em relação à fixação de indenização razoável a título de danos morais.

Quanto ao dano moral, ressalta-se que o Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor e o Superior Tribunal de Justiça afastaram a possibilidade de utilização de critérios pré-definidos e pré-fixados para o arbitramento de tal indenização, tendo em vista que essa

avaliação se encontra em constante evolução no direito brasileiro e que cada caso concreto possui suas especificações.

Dessa maneira, considerando que o bem jurídico mais importante tutelado pelo ordenamento é a vida e que, atualmente, diversos são os casos de óbito por erro médico, tem-se a discussão não apenas quanto à responsabilidade civil do médico e do hospital, mas também quanto à quantificação da indenização a título de danos morais, observando a subjetividade na discricionariedade dos magistrados.

O primeiro capítulo analisa como os Tribunais Superiores tem discutido a questão da responsabilidade relacionada ao óbito de paciente por erro médico, comprovando que a responsabilidade dos médicos perante erro médico é subjetiva e que a responsabilidade dos hospitais é objetiva, de maneira que para os médicos será necessário comprovar culpa na sua ação ou omissão, enquanto que para os hospitais essa prova não é necessária.

Posteriormente, considerando que a relação entre médicos e pacientes é uma relação de consumo, como já pacificado pela jurisprudência, o segundo capítulo objetiva a verificação dos direitos dos médicos e dos pacientes diante da relação existente entre eles, bem como os deveres que o médico possui diante da prestação de serviço, através da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, destacando o dever de prudência, cuidado, informação, transparência, boa-fé e diligência.

Por fim, o terceiro capítulo é responsável por observar quais os parâmetros e critérios utilizados pelos magistrados para quantificar a reparação por danos morais nos casos de morte por erro médico, através da análise da doutrina e do julgamento do Recurso Especial nº 135.202/SP, aplicando principalmente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de diminuir a subjetividade dos magistrados no arbitramento da reparação pelos prejuízos causados.

Diante da evolução e atualização do tema relacionado a indenização a título de danos morais, a jurisprudência e a doutrina encontram-se em constante modificação e ampliação de entendimento, sendo esse o motivo pelo qual será utilizado o método hipotético-dedutivo na pesquisa, em que são analisadas proposições hipotéticas para que o objeto da pesquisa seja estudado, para que a pesquisa seja desenvolvida e para que os argumentos sejam confirmados ou rejeitados. Paralelamente, a abordagem do objeto é feita de maneira qualitativa, tendo em vista a análise da bibliografia para sustentar a tese.

1. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DO HOSPITAL EM CASO DE MORTE DE PACIENTE

A responsabilidade civil surge com o descumprimento de uma obrigação que poderá ser tanto contratual, quando for desobedecida regra imposta em contrato, como extracontratual, quando fundada em abuso de direito ou ato ilícito. Esse dever de reparação encontra respaldo na Constituição Federal, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Considerando tal diferenciação e diante de entendimento já pacificado pela jurisprudência dos tribunais superiores, a responsabilidade por óbito de paciente decorrente de erro médico é considerada responsabilidade extracontratual, motivo pelo qual aplicam-se os arts.186, 927 e 951 do CC/2002¹. Na responsabilidade extracontratual, a inobservância de uma norma legal causa prejuízos à vítima, surgindo para o agente o dever de reparar a vítima ou seus familiares, não sendo necessária relação obrigacional ou contratual preexistente.

Quanto aos pressupostos para que seja configurado esse dever de indenizar, Maria Helena Diniz² entende que deverá ser comprovada a conduta do agente, o dano causado e o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano, enquanto Silvo de Salvo Venosa³ apresenta quatro pressupostos para configurar a responsabilidade civil, quais sejam: conduta voluntária do agente, nexo de causalidade, dano e culpa.

Tendo dito isso, a responsabilidade civil recebe outra classificação quanto à culpa, podendo ser subjetiva ou objetiva. Conforme dispõe Flávio Tartuce⁴, a responsabilidade civil subjetiva é baseada na teoria da culpa, sendo necessária a comprovação da culpa genérica, que acaba por incluir o dolo, entendido como a intenção de prejudicar e a culpa em sentido estrito que é entendido como o agir com imprudência, negligência ou imperícia.

A imprudência ocorre quando não há precaução ao praticar determinado ato, a negligência seria a falta de cuidado em uma situação e a imperícia é a falta de conhecimento e habilidade específica para praticar uma conduta. Assim, na responsabilidade civil subjetiva é necessário fazer de prova da culpa do agente na prática do ato que causou o dano ao indivíduo.

Em contrapartida, a responsabilidade civil objetiva, presente no art.927, parágrafo único do CC/2002⁵, prevê a reparação do dano independentemente de culpa, em casos específicos

¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. v.7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 32.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. v.4. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p.13.

⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2018. p.598.

⁵ BRASIL, op. cit. nota 1.

decorrentes de lei ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar em risco para os direitos de outros indivíduos, devido à sua natureza.

Ressalta-se que a relação existente entre paciente, médico e hospital, é uma relação de consumo e por isso devem ser observadas as disposições presentes no Código de Defesa do Consumidor. De acordo com os artigos 12, 13 e 14 do CDC⁶, a responsabilidade é objetiva, em regra, baseada na teoria do risco da atividade profissional, surgindo o dever de indenizar quando o fato decorrer da atividade ou profissão daquele que foi lesado. A exceção a essa regra é exatamente o fato de o médico responder pessoalmente e subjetivamente quanto for comprovada culpa em sua conduta, nos termos do art.14, §4º do CDC⁷.

Dessa mesma maneira, quando se tratar de hospital público, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, mas sim o art.37, §6º, da CRFB/88⁸, dispondo que “as pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra os responsáveis nos casos de dolo e culpa”. Assim, para que o hospital público ajuíze demanda em face do funcionário responsável por causar o dano, é necessário que seja comprovada culpa ou dolo, considerando sua responsabilidade subjetiva, diferentemente do que ocorre na demanda proposta pela vítima ou por seus familiares em face do hospital público, não sendo necessária prova de culpa ou dolo, pois a responsabilidade é objetiva.

Diante da análise e interpretação dos dispositivos presentes no CC, CDC e CRFB, e das várias classificações da responsabilização civil, o Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento no sentido de que a responsabilidade do hospital é objetiva e a responsabilidade do médico é subjetiva, inclusive em relação à morte decorrente de erro médico.

A Ministra Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial nº 1.621.375/RS⁹, julgado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, se manifestou a respeito desse tema, explicando que a responsabilidade civil do médico é diferente da responsabilidade do hospital nos casos de indenização, que enquanto os médicos têm responsabilidade subjetiva, de acordo com a culpa, os estabelecimentos respondem objetivamente, conforme os serviços prestados. Saliente ainda,

⁶ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: em 07 set. 2019.

⁷ BRASIL, op. cit. nota 6.

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 24 abr. 2019.

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.621.375*. Relatora Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76629851&numregistro=201602213760&data=20170926&tipo=51&formato=PDF>> Acesso em: 20 abr. 2019.

que os hospitais serão responsabilizados todas as vezes que o fato gerador for defeito do seu serviço, sendo de extrema importância o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Cabe frisar que, nesse mesmo julgado, a relatora entendeu que a responsabilidade objetiva dos hospitais se limita aos serviços relacionados ao estabelecimento em si como a estadia do paciente, equipamentos e serviços auxiliares prestados, enquanto a responsabilização dos hospitais está relacionada à atuação dos médicos e profissionais liberais que ali se encontram, sendo necessária a demonstração de culpa por se tratar de uma responsabilização subjetiva.

O Ministro Luis Felipe Salomão resumiu brevemente algumas situações de responsabilização em casos de erro médico, no julgamento do Recurso Especial nº 1.145.728/MG¹⁰ pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quais sejam: (i) a responsabilidade será objetiva da instituição quando houver defeito do serviço prestado, limitando-se ao fornecimento de recursos humanos e materiais para prestação do serviço, (ii) a responsabilidade do hospital ficará afastada quando os médicos praticarem atos técnicos sem relação com o estabelecimento, e (iii) a responsabilidade será solidária entre hospital e médicos quando esses profissionais estiverem vinculados ao estabelecimento e for comprovada conduta culposa ou dolosa.

Cabe ressaltar, ainda, que a responsabilidade do médico ou profissional liberal pode ser excluída caso esteja presente culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, fato de terceiro ou cláusula de não indenização, nos termos do art.393 do CC/2002¹¹. Também poderá ser afastada a ilicitude da conduta quando o agente estiver diante de legítima defesa ou no exercício regular de seu direito, de acordo com o disposto no art.188 do CC/2002¹².

Assim, diante da análise de doutrina, jurisprudência e legislação, entende-se que a responsabilidade do médico é subjetiva, devendo ser comprovada culpa na conduta que resulte em morte de paciente decorrente de erro médico, e que a responsabilidade do hospital é objetiva quando restar comprovada a falha ou defeito na prestação de serviço do estabelecimento.

Entretanto, essa responsabilidade objetiva dos hospitais não é absoluta, considerando que os profissionais liberais podem ou não ter vínculo com o estabelecimento. Quando possuírem vínculo, a responsabilidade do hospital e do médico será solidária, e quando o vínculo for inexistente, a responsabilidade do hospital restará afastada.

¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.145.728/MG*. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12370197&num_registro=200901182632&data=20110908&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 21 abr. 2019.

¹¹ BRASIL, op. cit. nota 1.

¹² Ibid.

2. A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES ENTRE PACIENTES E MÉDICOS

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, os hospitais e os médicos passaram a ser equiparados às prestadoras de serviços de saúde, motivo pelo qual a relação existente entre eles e os pacientes é considerada uma relação de consumo.

Os serviços prestados pelos médicos podem ser prestados de forma liberal ou empresarial. Os profissionais liberais têm sua responsabilidade prevista no art.14, §4º, do CDC¹³, de maneira que, entende-se necessária a comprovação de culpa para que eles sejam responsabilizados, ou seja, surgirá o dever de reparar os danos causados à vítima ou a seus familiares quando praticarem condutas dotadas de negligência, imprudência ou imperícia.

Assim como a Constituição Federal dispõe em seu art.5º, inciso X¹⁴, o Código de Ética Médica, em seu art.1º do Capítulo III¹⁵, veda a atuação do médico que possa causar dano ao paciente, por ação ou omissão caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência, de maneira que a responsabilidade será pessoal e não será presumida, sendo devida a reparação do dano quando comprovada culpa do profissional.

Em relação aos direitos básicos dos consumidores, o art.6º do CDC¹⁶ dispõe que será um direito do consumidor e um dever do prestador de serviço, o direito à informação clara, adequada e transparente sobre o serviço, englobando todas suas características e especificações, e sobre os riscos que poderão surgir, nos termos do art.6º, III e do art.8º, ambos do CDC¹⁷. A informação sobre os procedimentos e medicamentos, por exemplo, será importante para que o consentimento do paciente seja dado, evitando qualquer surpresa e ineficiência na prestação do serviço.

O médico poderá se resguardar em relação à prestação de informações ao paciente através da elaboração do termo de consentimento informado, assinado pelo paciente que demonstrará ciência das informações prestadas. Assim, o consentimento informado poderá afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à atividade, ressaltando determinados

¹³ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁵BRASIL. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp>. Acesso em: 06 set. 2019.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁷ Ibid.

limites, não podendo ser invocado para ocultar imprudência, por exemplo, de acordo com entendimento de Sérgio Cavalieri Filho¹⁸.

Em paralelo, o médico tem o dever de assistir seu paciente da melhor e mais adequada forma possível, provendo toda a assistência necessária para que os resultados dos tratamentos e procedimentos sejam atingidos e para que o serviço seja condizente com o que foi contratado e prometido. Caso o médico não preste assistência ao paciente, estará atuando com negligência, seja por atos omissivos ou por atos comissivos.

Conjuntamente com o dever de assistir, tem-se o dever de cuidado, considerando que os médicos são responsáveis não apenas pelos tratamentos dos pacientes, como também por sua continuidade, pela escolha e aplicação dos medicamentos e pelos laudos apresentados aos pacientes, de forma que o profissional agirá com imprudência caso esse dever não seja observado. Tal violação dos deveres de cuidado resultaria na configuração de ato ilícito, possibilitando a existência de responsabilização do médico pela prática de condutas caso haja dano.

De acordo com entendimento majoritário nos Tribunais Superiores¹⁹, nos casos de cirurgia plástica de natureza estética, a responsabilidade do médico será objetiva, pois resta configurada obrigação de resultado e não mais de meio, sendo essa uma exceção à responsabilização subjetiva de tais profissionais. Nos casos de obrigação de resultado, o médico garante o sucesso do procedimento, motivo pelo qual a responsabilização é objetiva, não sendo necessária a comprovação de culpa.

Apesar da responsabilidade que os médicos possuem em relação aos danos causados aos seus pacientes ser subjetiva e ter a necessidade de comprovação de culpa, é possível que o magistrado defira o pedido de inversão do ônus da prova, desde que estejam presentes os requisitos de hipossuficiência do consumidor e de verossimilhança de suas alegações, conforme dispõe o art.6º, VIII, do CDC²⁰.

Ademais, assim como o Código de Defesa do Consumidor apresenta diversos direitos e deveres de ambas as partes, médicos e pacientes, diante da existência de uma relação de consumo, alguns princípios também devem ser observados, presentes não apenas na Constituição Federal como também no Código de Defesa do Consumidor.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade médica e o dever de informar. *Revista da EMERJ*, v.7, n.28. 2004. p.87.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 819.008/PR*. Relator Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23423432&num_registro=200600298640&data=20121029&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 09 set. 2019.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 6.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm entendimento pacificado no sentido de que “os princípios da boa-fé, cooperação, transparência e informação, devem ser observados pelos fornecedores, diretos ou indiretos, principais ou auxiliares, enfim todos aqueles que, para o consumidor, participem da cadeia de fornecimento”, como afirmou a Ministra Nancy Andrighi²¹.

O Código de Defesa do Consumidor passou a considerar o princípio da boa-fé objetiva como um dos princípios fundamentais nas relações de consumo, de maneira que seu conceito e sua aplicação englobam a lealdade, a transparência, a confiança, a cooperação e a probidade que devem existir em todas essas relações de consumo, sempre considerando a ética e a moral, nos termos do art.4º, III, do CDC²².

É importante salientar que, em algumas hipóteses, existe a possibilidade de exclusão da responsabilidade subjetiva do médico em relação aos seus pacientes, como por culpa exclusiva da vítima, por caso fortuito, por força maior ou por fato de terceiro, nos termos do art.14, §3º, do CDC²³. Nesses casos, os médicos não serão responsabilizados pelos danos causados, já que a situação fugiu de seu controle por fatores externos à sua vontade.

3. A SUBJETIVIDADE NA DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO NO ARBITRAMENTO DO DANO MORAL E A VARIAÇÃO DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS

A conduta do agente que comete ato ilícito ou abuso de direito poderá resultar em diversos tipos de danos, como os materiais, os estéticos, os lucros cessantes e os morais, por exemplo.

Em relação aos danos morais, não haverá reparação caso sejam considerados mero aborrecimento da vida e rotina do indivíduo, sendo necessário que seja relevante e que fuja da normalidade.

A doutrina de Sérgio Cavalieri Filho²⁴ conceitua dano moral e corrobora o entendimento acima sobre o não cabimento de reparação de mero aborrecimento cotidiano, afirmando que:

só deve ser reputado como dano moral, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar (...) O

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.725.092 – SP*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81264896&num_registro=201700590272&data=20180323&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2019.

²² BRASIL, op. cit., nota 6.

²³ Ibid.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.78.

mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Ressalta-se que a jurisprudência e a doutrina majoritária, como exemplo Sérgio Cavalieri Filho²⁵, vêm entendendo pela possibilidade de existência de dano moral *in re ipsa*, sendo entendido como o dano moral que decorre da própria conduta ofensiva, como no caso de morte de indivíduo por erro médico, não sendo necessário provar o sofrimento, porque ele decorre do próprio ato resultante da conduta do agente.

Diferentemente do dano material, o arbitramento do valor referente à indenização por danos morais é feito de forma subjetiva pelo magistrado, motivo pelo qual as quantias são tão diversas entre os tribunais brasileiros, considerando que não se adota o sistema tarifado que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, viola a Constituição Federal.

Em relação aos danos morais, destaca-se que o Ministro Luis Felipe Salomão²⁶ entende que a definição de indenização por tais danos seguirá um método bifásico. Primeiramente será analisado um valor básico para a indenização, levando em consideração o interesse jurídico lesado e tomando como base precedentes de casos semelhantes e, posteriormente, serão analisadas as circunstâncias de cada caso individualmente para fixação definitiva do valor da indenização. De acordo com o entendimento do ministro, esse método levaria à diminuição da utilização apenas dos critérios subjetivos do magistrado.

Dessa mesma maneira entendeu o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no julgamento do Recurso Especial nº 959.780/ES²⁷, presente no Informativo nº 470 do STJ, procurando estabelecer critérios razoáveis e objetivos para o arbitramento dessa reparação.

Para minimizar a disparidade e a insegurança jurídica que essa livre arbitrariedade traz, o Superior Tribunal de Justiça adotou alguns critérios que serão levados em consideração quando for necessário valorar a reparação a título de danos morais.

Como o Superior Tribunal de Justiça entende que a quantia tem por objetivo atender a uma dupla função que se baseia tanto na reparação do dano sofrido pela vítima para minimizar

²⁵ Ibid. p.80.

²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Quarta Turma adota método bifásico para definição de indenização por danos morais*. Notícias. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-10-10_08-39_Quarta-Turma-adota-metodo-bifasico-para-definicao-de-indenizacao-por-danos-morais.aspx>. Acesso em: 20 set. 2019.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 959.780-ES*. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14539430&num_registro=200700554919&data=20110506&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 20 set. 2019.

seu sofrimento, como na punição do ofensor para evitar que o fato se repita, esse *quantum* deverá ser proporcional e razoável.

O Superior Tribunal de Justiça vem julgando pretensões relacionadas aos danos morais da mesma forma que o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino julgou o Recurso Especial nº 959.780-ES, se referindo aos critérios ditos anteriormente, dispondo que:

[...] consideram-se como elementos objetivos e subjetivos para a avaliação do dano a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano), a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente), a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima), a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).²⁸

Diante do primeiro critério relacionado à extensão do dano, deve ser observado o art. 944 do Código Civil²⁹ que dispõe que a indenização é medida por essa extensão do dano, ou seja, deve-se considerar a dimensão da lesão, a gravidade do dano, o período de duração do dano, bem como se houve repercussão social do dano causado. Como o maior bem jurídico a ser tutelado é a vida, entende-se que a morte é a lesão mais grave que pode atingir o indivíduo.

Posteriormente, analisa-se o grau de culpa do agente, de maneira que se a lesão for leve, o *quantum* arbitrado será proporcionalmente menor do que se o dano for grave ou gravíssimo. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que se houver dolo ou elevado grau de culpa, tendo o agente condutas extremamente imprudentes, negligentes ou imperitas, a indenização deverá ser maior do que uma mera conduta culposa, a fim de punir o agente pelos danos causados à vítima.

Será verificada a eventual participação culposa do ofendido, de maneira que se ficar comprovada a culpa concorrente da vítima, o valor da indenização não será afastado, mas será reduzido, nos termos do art.945 do Código Civil³⁰, sempre buscando a maneira mais justa de resolver os conflitos e fixar uma quantia para os danos causados.

Em relação à condição econômica do agente causador do dano, a jurisprudência aplica indenizações mais elevadas àqueles que possuem alta capacidade econômica, assim como aqueles que possuem baixa condição econômica tendem a serem condenados a menores condenações. Nesse critério também fica explícita a função punitiva da indenização e evita qualquer tipo de enriquecimento ilícito.

²⁸ Ibid.

²⁹ BRASIL. op. cit., nota 1.

³⁰ Ibid.

As condições pessoais da vítima também irão influenciar na valoração da indenização por danos morais, podendo o magistrado elevar a condenação quando a vítima tiver relevante posição social ou política.

Utilizando os critérios acima expostos, busca-se uma maior segurança jurídica na quantificação da indenização por danos morais, devendo ser respeitada a boa-fé, a razoabilidade, a proporcionalidade para que a decisão seja a mais justa e adequada possível e para que não haja enriquecimento ilícito do ofendido, assim como também se deve evitar o enriquecimento ilícito do ofensor, como dito anteriormente.

Mesmo com a observância de princípios e de critérios mais objetivos, é necessário usar como parâmetro a jurisprudência do órgão julgador e dos tribunais superiores, a fim de uniformizar a quantificação do valor dos danos morais em casos análogos, sempre buscando uma maior segurança jurídica para que as partes não sejam surpreendidas com decisões muito discrepantes em casos semelhantes.

Em demandas indenizatórias relacionadas à morte por erro médico, em 2002, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o valor de 300 salários mínimos era proporcional e razoável, motivo pelo qual o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira afirmou que “o valor equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos mostra-se razoável e moderado, a contar sobretudo a negligência dos médicos e o sofrimento pela perda de um filho recém-nascido em decorrência do parto”³¹, bem como a Quarta Turma do STJ firmou entendimento no sentido de que “ao julgar questão atinente ao pagamento de indenização por danos morais, decorrentes de morte por negligência médica, entendeu ser razoável sua fixação no montante de 300 (trezentos) salários mínimos”³².

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o AgInt no REsp nº 1653046/DF, sob a relatoria do Ministro Marco Buzzi da Quarta Turma (DJe 28/05/2018), afirmou que “a Corte Superior tem admitido a condenação em valor equivalente a até 500 salários mínimos em caso de morte de parente”³³, bem como fixou, nesse caso, a quantia de 200 salários mínimos para morte resultante de infecção hospitalar contraída por negligência médica.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 402.874/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=20082&num_registro=200200012557&data=20020701&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2019.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 371.935*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=884911&num_registro=200101586756&data=20031013&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2019.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1653046/DF*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82651029&num_registro=201603232368&data=20180528&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2019.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível verificar que a CRFB/88 em seu art.5º, inciso X, dispõe que é direito fundamental dos indivíduos a reparação pelos danos e prejuízos causados a ele, surgindo diversas controvérsias quanto aos critérios utilizados para o arbitramento dessa indenização, a fim de fixar um valor proporcional e razoável de indenização. Ademais, esse dever de indenizar também encontra respaldo no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Analisando os casos de morte por erro médico, surge a discussão em relação à responsabilização tanto dos médicos quanto dos hospitais, de maneira que o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que a responsabilidade do hospital é objetiva, quando ficar comprovada falha ou defeito na prestação do serviço do estabelecimento, e que a responsabilidade do médico é subjetiva, devendo ser comprovado dolo ou culpa, nos termos do art.14, §4º, do CDC, salvo nos casos de cirurgia plástica que o STJ entendeu que por se tratar de obrigação de resultado, a responsabilidade do médico será objetiva.

Ainda que haja culpa do médico, essa responsabilização poderá ser afastada nos casos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, fato de terceiro, consentimento informado do paciente, legítima defesa ou exercício regular de seu direito, através de uma leitura em conjunto do CC/2002 e do CDC.

Ressalta-se que o CDC será aplicado, pois estamos diante de uma relação de consumo, já que médicos e hospitais são equiparados às prestadoras de serviços de saúde. Dito isso, o consumidor possui diversos direitos básicos que por consequência são deveres do prestador de serviço, como o direito à informação clara, adequada e transparente sobre os serviços, o direito à assistência, o dever de cuidado, o dever de boa-fé e de cooperação.

Após a etapa de análise da existência de responsabilização, deverá ser fixado o *quantum* de indenização devida à vítima ou a seus familiares, como nos casos de morte de paciente por erro médico. A fixação da indenização sempre foi assunto polêmico, considerando que o CC, o CDC e a CRFB não fixam os limites e nem os critérios para seu arbitramento.

Como cada caso deve ser analisado separadamente e de acordo com suas particularidades, foi necessário que a jurisprudência fixasse critérios para o arbitramento da indenização a título de danos morais para que diminuísse a utilização apenas dos critérios subjetivos do magistrado. Assim, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu critérios razoáveis de objetivos para a fixação do valor devido dos danos morais, a fim de minimizar o dano sofrido pela vítima e punir o ofensor.

A indenização deverá observar os critérios de extensão do dano, a gravidade do fato, as consequências desse fato para a vítima e/ou seus familiares, período de duração do dano, repercussão geral ou social do dano, grau de culpa do agente, eventual participação culposa da vítima, condição econômica do agente do dano e condições pessoais da vítima.

Tomando como parâmetro esses critérios objetivos fixados pela jurisprudência dos tribunais superiores, verifica-se ser possível a uniformização da quantificação do valor dos danos morais em casos semelhantes entre si, buscando uma maior segurança jurídica.

Dito isso, a fim de diminuir a subjetividade na discricionariedade dos magistrados quanto ao valor devido a título de indenização por danos morais e diante da ausência de dispositivos legais para tal arbitramento, o STJ vem aplicando desde 2002 a quantia de aproximadamente 300 salários mínimos para os casos de morte resultantes de erro médico.

Recentemente, foi julgado caso semelhante que fixou os danos morais em 200 salários mínimos, bem como a Corte Superior passou a entender ser razoável a condenação em valor equivalente a até 500 salários mínimos em caso de morte de parente, não necessariamente por erro médico, sendo analisado cada caso separadamente. Assim, conclui-se que os tribunais brasileiros devem levar em consideração os parâmetros adotados pelo Superior Tribunal de Justiça para quantificar o dano moral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 07 set. 2019.

_____. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp>. Acesso em: 06 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Quarta Turma adota método bifásico para definição de indenização por danos morais*. Notícia. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portals/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-10-10_08-39_Quarta-Turma-adota-metodo-bifasico-para-definicao-de-indenizacao-por-danos-morais.aspx>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 371.935*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=884911&num_registro=200101586756&data=20031013&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 402.874/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencia=20082&num_registro=200200012557&data=20020701&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 819.008/PR*. Relator Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23423432&num_registro=200600298640&data=20121029&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 959.780-ES*. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14539430&num_registro=200700554919&data=20110506&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº.1.145.728/MG*. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12370197&num_registro=200901182632&data=20110908&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº.1.621.375*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76629851&num_registro=201602213760&data=20170926&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1653046/DF*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82651029&num_registro=201603232368&data=20180528&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.725.092/SP*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81264896&num_registro=201700590272&data=20180323&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade médica e o dever de informar. *Revista da EMERJ*, v.7, n.28. 2004.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. v.7. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. v.4. 3.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.