

NATÁLIA AMÁBILE FELONTA ROGINOL

**TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA EM CASOS  
DE RESPONSABILIDADE CIVIL:  
Aplicação da teoria da imputação objetiva nos  
casos de responsabilidade civil por erro médico**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2012

NATÁLIA AMÁBILE FELONTA ROGINOL

**TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA EM CASOS  
DE RESPONSABILIDADE CIVIL:  
Aplicação da teoria da imputação objetiva nos  
casos de responsabilidade civil por erro médico**

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito das Faculdades Doctum, Unidade  
de Caratinga, como requisito parcial à  
obtenção de título de Bacharel em Direito.  
Área de concentração: Direito Civil, Direito  
Penal e Direito Constitucional.  
Orientador: Prof. Msc. Rodolfo Assis.

FIC – CARATINGA

2012

"A glória rapidamente conquistada,  
rapidamente também se perde".

(Arthur Schopenhauer)

Este trabalho é dedicado às pessoas que sempre estiveram ao meu lado pelos caminhos da vida, me acompanhando, apoiando e principalmente acreditando em mim.

## **AGRADECIMENTOS:**

À Deus, pela minha vida, pelas oportunidades, pela capacidade de realizar mais este sonho e por Seu amor divino;

À minha mãe, pelo exemplo de caráter e dignidade; que muitas vezes abdicou de seus sonhos em favor dos meus;

À minha filha, Manuela, meu maior tesouro, amor incondicional, razão de todo meu esforço e dedicação;

A todos os meus professores que são os maiores responsáveis por eu estar concluindo esta etapa da minha vida, compartilhando a cada dia os seus conhecimentos conosco;

Aos meus colegas de turma que, além de se tornarem amigos me ensinaram a conviver com pessoas diferentes a mim.

À Professora Alessandra Baião, que muito me ajudou, inspirou e motivou a sempre seguir em frente e nunca desistir;

Ao Professor Rodolfo de Assis Ferreira, pelo incentivo, pelos ensinamentos, pela orientação desta monografia e por ter acreditado em mim;

Aos Professores Eder e Wagner, pelos ensinamentos das normas para apresentação desta monografia;

À Rosilaine Nascimento, pela atenção, dedicação e paciência de sempre;

Ao Coordenador do Curso de Direito, Professor Oscar Alexandre por sua dedicação incondicional;

Aos meus companheiros de curso que estiveram comigo ao longo desta jornada;

E a todos aqueles que de alguma forma, contribuíram para esta vitória!

## **SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	
<b>Pressupostos da Responsabilidade Civil: conduta, dano e nexos de causalidade.....</b>	<b>16</b>
<b>O que se entende por Responsabilidade Civil.....</b>	<b>16</b>
<b>1.1 Dano e conduta.....</b>	<b>16</b>
<b>1.2 Nexos de causalidade.....</b>	<b>17</b>
<b>1.3 Culpa.....</b>	<b>20</b>
<b>1.4 Responsabilidade Civil objetiva e subjetiva.....</b>	<b>23</b>
<b>CAPÍTULO II – DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA</b>	
<b>2.1 O que se entende por Teoria da Imputação Objetiva.....</b>	<b>27</b>
<b>2.2 Justificativa constitucional para a aplicação da teoria da imputação objetiva nos casos de responsabilidade civil por erro médico.....</b>	<b>36</b>
<b>CAPÍTULO III - DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO.</b>	
<b>3.1 Responsabilidade Civil por erro médico.....</b>	<b>43</b>
<b>3.2 Estudo da casuística: Aplicação da teoria da imputação objetiva como excludente do nexos causal na responsabilidade civil por erro médico.....</b>	<b>46</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>52</b>

## **RESUMO**

O presente tema tem como objetivo a discussão concernente à aplicação da teoria da imputação objetiva, do Direito Penal, referente ao nexo de causalidade, nos casos de incidência da responsabilidade civil por erro médico. A responsabilidade civil surge frente ao descumprimento de determinada regra estabelecida ou de preceito normativo que regulam o nosso dia-a-dia. Esta teoria tem como elemento fundamental, o nexo de causalidade, que cria um elo entre a ofensa à norma (conduta do agente- ação) e o dano (resultado) causado a outrem. A teoria da imputação objetiva, do Direito Penal, surge quando se verifica que não é necessário imputar a alguém determinado resultado lesivo, pois, os fatores são primários e devemos analisar mais a fundo o risco criado ou incrementado e o resultado lesivo. Assim, para esta teoria se o risco for permitido, tolerado ou insignificante; ou não houver relação entre risco e o resultado, a imputação objetiva da conduta deverá ser excluída. Neste sentido, os penalistas têm a teoria da imputação objetiva da conduta como uma limitação ao nexo de causalidade, identificando, assim, os casos em que o resultado não deve ser atribuído ao agente. Poderíamos dizer deste modo que serviria mais como uma excludente do nexo de causalidade do que uma afirmação de sua existência. Portanto, a aplicação da referida teoria no que concerne a responsabilidade civil por erro médico, visa romper a cadeia causal de maneira a não gerar dever de indenizar uma vez que não haverá ligação entre a conduta e o dano.

**Palavras-chaves:** imputação objetiva; responsabilidade civil; nexo de causalidade; erro médico.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa explicar sobre a possibilidade de aplicação da teoria da imputação objetiva nos casos de responsabilidade civil por erro médico. Assim, partiremos da premissa de análise do que seja a responsabilidade civil e a seguir abordaremos a imputação objetiva, começando com breve conceituação do que se entende por erro médico.

Tendo em vista que a teoria da imputação objetiva se aplica na esfera penal, questiona-se: Caberá a aplicação da teoria da imputação objetiva, do Direito Penal, referente ao nexo de causalidade, nos casos de responsabilidade civil por erro médico?

A hipótese levantada para a solução do problema apresentado consiste em afirmar que sim, caberia a aplicação da teoria da imputação objetiva aos casos de responsabilidade civil por erro médico no intuito de identificar as hipóteses em que o resultado jurídico não pode ser atribuído ao agente, limitando assim, o nexo de causalidade ou até mesmo afirmando sua inexistência.

A base do nosso estudo serão as idéias sustentadas por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho na tentativa de afirmar esta possibilidade de aplicação.

[...] se alguém cria ou incrementa uma situação de risco não permitido, responderá pelo resultado jurídico causado, a exemplo do que ocorre quando alguém dá causa a um acidente de veículo, por estar embriagado (criação do risco proibido), ou quando se nega a prestar auxílio a alguém que se afoga, podendo fazê-lo, caracterizando a omissão de socorro (incremento do risco). Em todas as hipóteses, o agente poderá ser responsabilizado penalmente, e, porque não dizer, civilmente, para aqueles que admitem a incidência da teoria no âmbito do Direito Civil.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 9 Ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p 147.



Apesar de afirmarem que a aplicação poderia ser feita ao ramo do Direito Civil, os referidos doutrinadores não explicam ou não trazem um fundamento jurídico para ela ser aplicada ao Direito Civil. Esta falta de fundamentação cria um problema jurídico. Como é apenas um trabalho monográfico, testaremos a possibilidade de aplicação da teoria ao Direito Civil no caso do erro médico baseada em argumentos jurídicos. Ou seja, o objetivo geral da monografia consiste buscar argumentos jurídicos para que seja aplicada a teoria da imputação objetiva, construída e hoje difundida no Direito Penal, nos casos de incidência da responsabilidade civil por erro médico.

Neste sentido, pode-se afirmar um ganho jurídico, uma vez que possibilitará aos juristas uma visão geral da teoria da imputação objetiva nos casos de responsabilidade civil por erro médico, de modo a se tornar mais uma forma de defesa das partes envolvidas no litígio.

No que diz respeito ao ganho social, pretende-se fornecer à sociedade informações sobre o instituto da teoria da imputação objetiva de forma a contribuir para a despatrimonialização das relações interpessoais e fomentar o ideal do bem comum.

Por fim, no que concerne ao ganho acadêmico, busca-se conhecimento a cerca do assunto como forma de conhecimento pessoal, e mais tarde se interessante for, servir como matéria de estudo mais aprofundada.

Como metodologia do referido projeto são utilizados os setores de conhecimento transdisciplinar, pois, se entrelaçam informações de divergentes ramos jurídicos, a se destacar, direito civil, direito constitucional e direito penal.

Serão utilizados no presente projeto a pesquisa teórico-dogmática, uma vez que, se explora doutrinas a respeito do referido assunto, legislação, jurisprudência e os princípios constitucionais interligados ao tema em discussão.

A monografia será desenvolvida em três capítulos. O primeiro deles, sob o título “Da Responsabilidade Civil”, abordará o que se entende por responsabilidade civil, seus pressupostos: conduta, dano e nexos de causalidade, e analisando quando ela será objetiva ou subjetiva.

No segundo capítulo, sob o título “Da Teoria da Imputação Objetiva”, será apresentada uma visão geral sobre o que concerne esta teoria, e a

justificativa constitucional para a aplicação da teoria da imputação objetiva nos casos de responsabilidade civil por erro médico.

Finalizando, no terceiro capítulo, sob o título “Da aplicação da Teoria da Imputação Objetiva nos casos de Responsabilidade Civil por erro médico”, serão abordadas as noções gerais a respeito do assunto, e será apresentado um estudo de casuística referente a presente pesquisa.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A responsabilidade civil surge frente à necessidade de se reparar certo dano causado a determinada pessoa.

Tem como pressupostos a existência da conduta voluntária de um agente, o dano sofrido pela vítima que poderá ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial e a relação de causalidade entre a ação exercida e o dano sofrido.

Vejam os a seguir o que entendem por responsabilidade civil, os juristas Flávio Tartuce e posteriormente, Sérgio Cavalieri Filho.

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. <sup>2</sup>

(...) responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. <sup>3</sup>.

Deste modo, verifica-se que a responsabilidade civil busca resgatar os direitos da pessoa que sofreu com o dano causado. Sendo de relevante importância, se falar no nexo de causalidade, que “é a relação de causa e efeito que existe entre a conduta e o resultado naturalístico” <sup>4</sup>.

Neste sentido, a teoria da imputação objetiva, surge frente à necessidade de se estabelecer limites ao nexo de causalidade, pois, a mera ligação entre causa e efeito criaria uma cadeia de acontecimentos causais infinitos. É preciso que se analise se realmente o agente agiu com culpa de modo a dar forma ao resultado danoso.

---

<sup>2</sup>TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p 392.

<sup>3</sup>FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5 Ed. rev., aumentada e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p 24.

<sup>4</sup>GOMES. Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral: Teoria Constitucionalista do Delito*. 2 Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p 111.

Chama-se imputação objetiva porque procura descobrir se o fato pode ser imputado ao agente, independentemente do seu dolo. (...) O que se busca com a imputação objetiva é vincular a conduta do agente com o risco proibido criado.<sup>5</sup>

Por erro médico temos a definição do Manual de Orientação Ética Disciplinar do Conselho Federal de Medicina:

A falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior.<sup>6</sup>

Dizemos que o erro médico é a conduta inadequada deste profissional, supondo sua inobservância da técnica necessária e que resulta em dano à vida ou à saúde do paciente.

Portanto, erro médico significa o dano provocado no paciente pela ação ou omissão do médico no exercício da profissão. Há três formas de se configurar o erro médico: negligência, imprudência e imperícia.

Essas três formas advém da falta de cautela deste profissional.

A negligência se dá pela falta de cuidado por conduta omissiva, é a falta de atenção, inobservância e descuido na execução de ato. Pode-se citar como exemplo, o médico que deixa de tomar as providências necessárias, no caso Raios-X ou tomografia, a uma paciente vítima de acidente de veículos que vem a falecer por traumatismo craniano.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup>GOMES. Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral: Teoria Constitucionalista do Delito*. 2 Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p 120.

<sup>6</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em [http://portal.cfm.org.br/index.php?searchword=erro+medico&ordering=&searchphrase=all&itemid=1&option=com\\_search](http://portal.cfm.org.br/index.php?searchword=erro+medico&ordering=&searchphrase=all&itemid=1&option=com_search). Acesso em 07 de setembro 2012.

<sup>7</sup> A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9481&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9481&revista_caderno=7). Acesso em: 15 de novembro de 2012.

A imprudência advém da falta de cautela, agir perigosamente, agir precipitadamente, violar leis e regras preexistentes. A exemplo, um cirurgião que age de forma a colocar a saúde do paciente em perigo sem um motivo justificável.<sup>8</sup>

A imperícia se concretizará pela “falta de habilidade no exercício da atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente”. Bom exemplo, quando um médico que realiza a cirurgia lesa uma artéria, por falta de conhecimentos técnicos.<sup>9</sup>

Assim sendo, visando aplicar a teoria penalista ao Direito Civil, no que diz respeito à responsabilidade civil, pode-se afirmar ou não a existência do nexo de causalidade, analisando o caso concreto e não somente as hipóteses destacadas no artigo 188 do Código Civil.

---

<sup>8</sup> A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9481&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9481&revista_caderno=7). Acesso em: 15 de novembro de 2012.

<sup>9</sup> RESPONSABILIDADE MÉDICA. Disponível em: <http://www.consultormedico.com/consultar-doencas/outras/responsabilidade-medica-erro-medico.html>. Acesso em: 15 de novembro de 2012.

## CAPÍTULO I DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como demonstrado nas considerações conceituais, a responsabilidade civil atribui ao agente a obrigação legal de reparar o dano ou ressarcir o prejuízo ocasionado por uma conduta contrária a outrem. Assim, “[...] a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária a vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa”.

<sup>10</sup>Assim sendo, percebe-se que o objetivo da responsabilidade civil está em reparar um dano ocasionado, seja de ordem patrimonial ou moral.

Para que a responsabilidade civil se concretize é indispensável a existência de alguns elementos os quais serão expostos a seguir.

### 1.1 Dano e conduta

A ocorrência de um dano é indispensável para a existência da responsabilidade civil, uma vez que a obrigação de compensar não existirá não havendo o que reparar.

Dano na conceituação de Carlos Roberto Gonçalves:

Dano é toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem estar, capacidade de aquisição, etc.) como via de regra, a obrigação de indenizar se limita ao dano patrimonial a palavra “dano” se emprega correntemente, na linguagem jurídica no dano patrimonial e moral. <sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade Civil*- 9 Ed., São Paulo: Saraiva. 2010. p.09.

<sup>11</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil*; - v 4.5 Ed, São Paulo : Saraiva, 2010. p.355.

A conduta humana poderá ser positiva ou negativa na responsabilidade civil, já que a responsabilidade objetiva está fundada no risco. Deste modo, dizemos que a conduta poderá ser omissa ou comissiva, lícita ou ilícita.

Para que a conduta humana origine a responsabilidade civil do agente, é necessária a constatação do dano dela decorrente. Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado, visto ser um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, por isso que, sem o seu acontecimento não existe a indenização.

O doutrinador Sérgio Cavalieri Filho afirma que, não há de se falar em indenização ou ressarcimento quando não houver dano. Isto implica dizer que poderá haver responsabilidade sem culpa, mas não sem dano. O mesmo doutrinador afirma ainda que “sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa”.<sup>12</sup>

A extensão do dano pode ir além da esfera patrimonial, e a responsabilidade civil, afirma que o dever de indenizar deve existir sempre que se fizerem presente os elementos que caracterizam o ato ilícito.

A obrigação de indenizar os valores íntimos da personalidade, os quais, são amplamente tutelados pelo direito, evoluiu lentamente até atingirmos a concepção que temos atualmente. No Brasil, após a promulgação da Constituição da República em 1988, onde o homem passa a ser o vértice do ordenamento jurídico, transformando seus direitos no fio condutor de todos os demais ramos jurídicos, o dano moral passou a ser visto sob uma nova ótica.

Para Orlando Gomes, “dano moral, é, portanto, o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida a outrem”.<sup>13</sup>

Pode-se afirmar assim, que os danos morais e patrimoniais fazem parte do cotidiano do mundo jurídico como um todo.

## 1.2 Nexo de Causalidade

---

<sup>12</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p 88.

<sup>13</sup> GOMES, Orlando *Responsabilidade Civil* revisado e atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p 77.

Outro pressuposto essencial para a caracterização da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, que é o elo entre a conduta humana e o dano ocasionado.

Para que o ato ilícito seja fonte da obrigação de indenizar é necessário que haja uma relação entre o fato e o dano, a isto denominamos nexo causal. É necessário que o dano sofrido pela vítima seja consequência da conduta do agente causador.

Assim, nexo de causalidade é a conexão que deverá, basicamente, existir entre a conduta e o dano, mas, não basta que o agente tenha cometido uma conduta ilícita, tampouco que a vítima tenha sofrido um dano, é necessário que tenha uma relação de causa e efeito entre eles.

Trata-se do elo entre a conduta do agente e o dano provocado. O nexo de causalidade que permite que se avalie a relação entre esses dois elementos sobrepondo a importância deles na ação ou omissão praticada.

Ainda, o nexo de causalidade, dentro dos critérios de responsabilidade civil deve ser o primeiro a ser analisado para que se conclua sobre a existência ou não da responsabilidade jurídica, uma vez que somente poderemos decidir se o agente agiu ou não com culpa se através da sua conduta adveio um resultado.

Vale dizer, não satisfaz somente a prática de um ato ilícito ou ainda a acontecimento de um evento danoso, mas que entre estes se tenha a necessária relação de causa e efeito, um ligamento em que o ato ilícito seja a causa do dano e que a lesão sofrida pela vítima seja resultado daquele. É indispensável que se torne categoricamente certo que, sem determinado fato, o dano não poderia ter lugar.

Há duas teorias mais difundidas sobre o nexo de causalidade. Em primeiro lugar, temos a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais ou das Condições (*sine qua non*), a qual estabelece que qualquer das condutas que compõem a conjunto dos antecedentes é causa do resultado.

Para esta teoria, tudo que concorre para o resultado é causa dele. Esta teoria sofre muitas críticas, pois, por ser muito ampla traz insegurança. Se esta teoria for aplicada ao pé da letra, permitirá o que denominamos de *regressus ad infinitum*, ou seja, todos envolvidos causalmente no delito responderiam por ele.



É o caso, por exemplo, do comerciante que vendeu uma arma de fogo, ou o fabricante que a produziu, ou ainda a pessoa que extraiu a matéria prima para produzir a arma; enfim, todos eles também seriam responsáveis pela produção do dano.<sup>14</sup>

Para evitar que a função delimitadora do tipo penal perca seu sentido, usa-se a teoria da imputação objetiva como uma limitação à Teoria da equivalência dos antecedentes causais.

Em segundo lugar, temos a Teoria da Causalidade Adequada, segundo a qual deve se considerar como causa para a ocorrência do evento somente a ação ou omissão do agente capaz e adequada para provocar o resultado. Nesse caso deve-se considerar a causa predominante que ocasionou o dano. Visto que nem todos os antecedentes possuem a capacidade ser considerados no nexos causal, o que nem sempre atender o caso concreto. Esta teoria visa, portanto, limitar os exageros da Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais.

A título de exemplo tem-se o caso em que “A” agride “B” que, após a pancada recebida na cabeça, vem a óbito, tendo em vista ser portador de grave cardiopatia. Em conformidade com a teoria da causalidade adequada, a agressão não terá sido a causa do dano porque para esta teoria só é considerada causa, a condição idônea à produção do resultado, ou seja, ainda que tenha contribuído para a produção do resultado, o referido golpe desferido contra a vítima não teve idoneidade mínima para o desfecho da situação.

As críticas referentes a essa teoria encontram-se em “saber qual, entre várias condições, será a adequada”, qual delas é a mais apropriada.<sup>15</sup>

Além de tais teorias, o nexos de causalidade tem algumas excludentes, ou seja, algumas hipóteses que fazem com que ele não exista ou não seja imputado ao agente. É preciso considerar, nesse ponto as causas que excluem a existência da responsabilidade.

A primeira delas encontra disposta no artigo 945 do Código Civil: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização

---

<sup>14</sup> GOMES. Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral: Teoria Constitucionalista do Delito*. 2 Ed. rev. atual. ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p 111.

<sup>15</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 68.

será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Outro fato que afasta a existência do nexo de causalidade é a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Quando falamos em caso fortuito ou força maior logo estamos querendo ilustrar situações inevitáveis, ressaltando que no caso fortuito o acontecimento é independente da ação humana, como tempestades, por exemplo; enquanto na força maior a ação humana tem influência direta, como ocorre nos casos de guerra.

Auxiliando o nosso entendimento no que concerne ao caso fortuito ou força maior tem-se as considerações de Mirabette:

Fortuito é aquilo que se mostra imprevisível; é o que chega sem ser esperado e por força estranha à vontade do homem que não o pode impedir. Com a ocorrência do caso fortuito não deixa de existir a conduta, mas não será ela atribuída ao agente por ausência de dolo ou culpa em sentido estrito [...] na mesma ocasião está a força maior. Assim, o caso fortuito teria origem em um fato ou ato alheio à vontade das partes, tais como a greve, o motim, a guerra. Noutra prisma, a força maior seria derivada dos acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto.<sup>16</sup>

O exemplo nos é apresentado por Carlos Roberto Gonçalves:

Assim, por exemplo, se o raio provocou o incêndio que matou os passageiros transportados pelo ônibus, considera-se excluída a relação de causalidade e o ato do agente (no caso, o transportador) não pode ser tido como causa do evento.<sup>17</sup>

Ainda podem ser enumeradas, mas não são relevantes a este estudo, outras causas excludentes do nexo de causalidade, como: cláusula de não

---

<sup>16</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24 Ed., São Paulo: Atlas, 2009, p.95.

<sup>17</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil*; - v 4. 5 Ed, São Paulo : Saraiva, 2010. p 353.

indenizar, estado de necessidade, legítima defesa, culpa da vítima e fato de terceiro.<sup>18</sup>

Nesse sentido, ante a existência das causas enumeradas não há que se falar em nexos de causalidade e responsabilidade civil.

### 1.3 Culpa

A culpa é um elemento que está diretamente voltado para a conduta do agente. Como aduz Carlos Roberto Gonçalves, para que se configure a obrigação de indenizar, é necessário que além do autor do fato danoso ter procedido ilicitamente, violando direito de outrem, também tenha agido com culpa (ação ou omissão), por negligência, imprudência ou imperícia.<sup>19</sup>

Dizemos que a culpa é a ausência do dever de cuidado, que o agente podia observar e conhecer, nas palavras de Maria Helena Diniz, “é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Pressupõe, portanto, um dever violado (elemento objetivo) e a imputabilidade do agente (elemento subjetivo)”.<sup>20</sup>

Na mesma linha de raciocínio, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho falam sobre os elementos essenciais para constituir a responsabilidade civil:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil*; - v4. 5 Ed, São Paulo : Saraiva, 2010, p 353.

<sup>19</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil*; - v4. 5 Ed. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 314.

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil*. V. 7. 22 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p 42.

<sup>21</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade civil*- 9 Ed., São Paulo: Saraiva. 2010, p 14.

Tomando como base de estudos as lições do doutrinador Sergio Cavalieri Filho, precisamos destacar que culpa e erro profissional não se confundem. Haverá erro profissional quando a conduta do médico é correta e a técnica empregada por ele é feita de maneira incorreta.

Ou seja, haverá erro quando houver um mau resultado decorrente da ação ou omissão do médico. O erro médico será verificado através de três vertentes: a imperícia que decorre da falta de observação das normas técnicas, por conhecimento insuficiente ou por despreparo prático; a imprudência que decorre em submeter o paciente a procedimentos de risco; e a negligência que decorre de descaso ou falta de interesse do médico com os compromissos éticos.

A responsabilização do médico está diretamente relacionada com a existência da culpa, haja vista a relação de pessoalidade fundada entre o médico e o paciente. A culpa médica é fruto da falta de diligência ou cautela em relação ao que se esperava do trabalho do profissional; o erro é uma falha concernente a todo homem normal, consequência inevitável derivada da falha humana.

Haverá imperícia (falta de habilidade, experiência ou destreza; incompetência), quando a técnica empregada pelo médico é correta, mas a conduta por ele adotada é incorreta. “Exemplifica-se a imperícia quando o paciente vai a óbito após o médico se equivocar no diagnóstico ou tratamento, não dimensionado no quadro de gravidade da enfermidade”.<sup>22</sup>

Em resumo, a culpa advém da falta de diligência ao que diz respeito aos procedimentos esperados por parte deste profissional, e “o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana”.<sup>23</sup>

HOMICÍDIO CULPOSO - ERRO MÉDICO - INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE E PREVISIBILIDADE OBJETIVA - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. A imputação de responsabilidade penal, nos casos de homicídio oriundo de erro médico, ou de prática médica imprudente ou negligente, desafia prova robusta concreta na ciência

---

<sup>22</sup> COUTINHO, Luiz Augusto. *Responsabilidade Penal do Medico*. 1 Ed. Curitiba: Juruá, 2010. p 56.

<sup>23</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5 Ed. rev., aumentada e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p 373.

da culpa *stricto sensu* do profissional da medicina, o que não se verifica no caso em apreço, restando incomprovado o nexo causal entre a conduta do agente e o evento lesivo, bem como a inobservância dos deveres objetivos de cuidado, razão porque deve-se manter a absolvição firmada. 2. Recurso desprovido. (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0024.01.013155-5/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, p. 27.10.2008).<sup>24</sup>

No Direito Civil clássico aplica-se o princípio da culpa como fundamental da responsabilidade extracontratual, permitindo, apesar disso, exceções para a responsabilidade por risco, tendo, assim, um sistema misto de responsabilidade.

Como aduz o doutrinador Sergio Cavalieri Filho “nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo (...)” sua obrigação é destinar ao paciente todos os cuidados necessários, ou seja, não tem a obrigação de curar, mas se compromete a realizar seus serviços em conformidade com as regras e métodos estabelecidos por sua profissão.<sup>25</sup>

Portanto, a obrigação que o médico assume no exercício de sua profissão é a de meio, ou seja, como aduz o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira, nas obrigações de meio “a inexecução caracteriza-se pelo desvio de certa conduta ou omissão de certas precauções a que alguém se comprometeu, sem se cogitar do resultado final”.<sup>26</sup>

Deste modo, concluímos que a responsabilidade do médico é contratual, subjetiva e com culpa comprovada. Cabe ao paciente, ou herdeiros, provar que o mau resultado do tratamento deriva de negligência, imprudência ou imperícia.  
27

#### 1.4 Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva

---

<sup>24</sup> BRASIL. TJMG. Apelação Criminal nº 1.0024.01.013155-5/001. Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos. Publicado em: 27/10/2008, acesso em 20/05/2012.

<sup>25</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5 Ed. rev., aumentada e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p 371.

<sup>26</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 15 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 214.

<sup>27</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 373.

A responsabilidade civil se divide em duas outras formas, ou seja, responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Sergio Cavalieri Filho, a este respeito, expressa que:

A idéia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação, sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.<sup>28</sup>

Nesse sentido, existindo o elemento culpa a responsabilidade será subjetiva, lado outro será objetiva caso não seja necessário a comprovação desse elemento, de acordo com Marcelo Silva Brito o qual expressa:

Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória. A responsabilidade do causador do dano, pois, somente se configura se ele agiu com dolo ou culpa. [...] A lei impõe, entretanto, em determinadas situações, a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa. É a teoria dita *objetiva* ou do risco, que prescinde de comprovação da culpa para a ocorrência do dano indenizável. Basta haver o dano e o nexo de causalidade para justificar a responsabilidade civil do agente. Em alguns casos presume-se a culpa (responsabilidade objetiva imprópria), noutros a prova da culpa é totalmente prescindível (responsabilidade civil objetiva propriamente dita).<sup>29</sup>

Chama-se de responsabilidade civil objetiva aquela que não tem a culpa como elemento formador: “na responsabilidade objetiva prescinde-se

---

<sup>28</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 38.

<sup>29</sup> BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em: 01 out. 2012.

totalmente de prova da culpa. Ela é reconhecida independente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano”.<sup>30</sup>

Tal é o entendimento trazido pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: “[...] 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”.<sup>31</sup>

Importante frisar que a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, ficando circunscrita aos limites legais.

Nesse ponto pautam-se as considerações de Caio Mário da Silva Pereira:

A regra geral de que deve presidir à responsabilidade civil é a sua fundamentação na idéia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva.<sup>32</sup>

Fazendo a interpretação do artigo em comento Udelson Josué afirma que:

A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que autorize. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é a regra geral no direito brasileiro. Em casos excepcionais, levando em conta os aspectos da nova lei, o juiz poderá concluir pela responsabilidade objetiva no caso que examina.

---

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil*; - v4. 5 Ed, São Paulo : Saraiva, 2010. p 314.

<sup>31</sup> BRASIL. CÓDIGO CIVIL, CÉSPEDES, Livia. PINTO, Antonio Luiz de Toledo. WINDIT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008.p 226.

<sup>32</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva *Instituições de Direito Civil*. V III. 15 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 507.

No entanto, advirta-se, o dispositivo questionado explica que somente pode ser definida como objetiva a responsabilidade do causador do dano quando este decorrer de "atividade normalmente desenvolvida" por ele.<sup>33</sup>

Nesse sentido, não cabe a escolha de qual responsabilidade irá prevalecer, seja objetiva ou subjetiva, já que as duas formas se conjugam e dinamizam.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves a responsabilidade subjetiva deve ser tida como a regra geral da responsabilidade civil, conforme se verifica a seguir:

Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado em princípio por sua ação ou omissão culposa ou dolosa. Mas, isso não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios se leve em conta a responsabilidade objetiva, esse é o ponto fundamental.<sup>34</sup>

Em análise do citado pelo autor, é possível afirmar que embora a responsabilidade subjetiva deva ser tida como a regra, não se deve questionar a importância da responsabilidade objetiva e seus critérios de aplicação, devendo ser aproveitada, nos momentos oportunos, para que a responsabilidade civil como um todo possa estar protegida.

Como já mencionado, o contido no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil tem se mostrado de grande valia, na admissão da responsabilidade civil sem a existência da culpa, pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa riscos para os direitos de outrem, permitindo que o judiciário amplie seu campo de aplicação nos casos de dano indenizável.

---

<sup>33</sup> RALDI, Udelson Josué. Responsabilidade civil objetiva: alcance do disposto no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8474>>. Acesso em 1 out. 2012.

<sup>34</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil*; - v4. 5 Ed, São Paulo : Saraiva, 2010. p 51.



A seguir passaremos a dissertar sobre a imputação objetiva, cerne da nossa pesquisa e sobre a justificativa constitucional para a sua aplicação em sede de Direito Civil, sobretudo em se tratando da responsabilidade civil por erro médico.

## CAPITULO II- DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Direito Penal é uma das ciências jurídicas de origem mais remota. Desde tempos mais primitivos, tem-se a necessidade de se restringir a prática dos acontecimentos que mais intensamente atingissem as pessoas da sociedade.

A função primordial do direito penal está pautada na proteção dos bens jurídicos considerados essenciais ao indivíduo e à comunidade, por meio da imposição de penas para aqueles que praticam condutas delitivas, lesivas ou perigosas a esses bens. “O Direito Penal tem por meta a segurança jurídica, seu objetivo é a proteção da sociedade”.<sup>35</sup>

O ilícito, a violação de um dever ou de norma jurídica, somente existe enquanto ação humana e não como estado, condição social, modo de ser ou atitude, sobretudo em uma sociedade livre e democrática, em que vigora com primazia o contido na lei e o respeito aos direitos e garantias fundamentais do homem.

Embora existam divergências doutrinárias no que concerne aos componentes do crime, a maioria tem como elementos basilares para a sua constituição a determinação de ser a conduta criminosa, típica, antijurídica e culpável.

Nesse ponto expressa Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro- parte geral*. v1.9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p 88.

<sup>36</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte geral. Parte especial*. 5 ed. São Paulo. Revista dos tribunais. 2008.p 158.

Deste modo, a primeira análise para saber se determinado fato da vida real deve ser ou não penalmente valorado, é submetê-lo ao tipo descrito na norma para se localizar a tipicidade. Depois, não bastando a simples subsunção ao tipo, é preciso que a conduta do agente seja ligada ao resultado pelo nexu causal.

Nesse contexto, o conceito de conduta mais adotado é o da teoria finalista que considera que a conduta é ação ou omissão, voluntária e consciente, que dá a entender em movimentação do corpo humano, voltado a um desígnio. É esta conduta que deve dar causa ao resultado, motivando o liame necessário para se compor o fato típico.<sup>37</sup>

Importante frisar que o conceito de conduta adotado pela teoria finalista é muito parecido com o conceito de conduta trazido pelo direito civil. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, a conduta se dá pelo “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”.<sup>38</sup>

Em ambas as definições têm como cerne conceitual o comportamento humano que levará ao resultado, que cria o elo entre aquela conduta e o resultado por ela produzido.

Sobre a teoria finalista as considerações de Mirabette são importantes:

Para a teoria finalista da ação (ou da ação finalista) como todo comportamento do homem tem uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente casual, como ela é um fazer (ou não fazer) voluntário, implica necessariamente um finalidade. Não se concebe a vontade de nada ou para nada, e sim, dirigida a um fim e integra a própria conduta e assim deve ser apreciada juridicamente. Em suma, a vontade constitui elemento indispensável à ação típica de qualquer crime, sendo seu próprio cerne. Isso, entretanto, não tem o condão de deslocar para o âmbito da ação típica, igualmente, o exame do

---

<sup>37</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- parte geral- V1* . 13 Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011, p 169.

<sup>38</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 373.

conteúdo de formação dessa vontade, estudo que há de ser reservar à culpabilidade.<sup>39</sup>

Importante ressaltar que existem delitos em que a atividade se configura diante da simples realização da conduta, pouco importando se existe ou não resultado naturalístico, praticamente não se valem da teoria do nexo causal, e são bem diferentes dos casos civis.

Mas há outros casos em que o ilícito penal está relacionado à conduta humana e a produção de um resultado. Nestes casos, é imprescindível que exista o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Para a determinação desta relação de causalidade, o Código Penal Brasileiro adotou a denominada Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, em que, quaisquer das condições que venham a constituir a totalidade dos antecedentes. Em outras palavras, seria causa do resultado, pois a sua incoerência impediria a produção do evento.

Frise-se que essa teoria é uma das adotadas para que seja configurado o nexo de causalidade, no entanto, no que diz respeito à responsabilidade civil a prevalência é a da teoria da causalidade adequada.<sup>40</sup>

Pouco importa os acontecimentos extraordinários, fortuitos, excepcionais, anormais. Tem-se como exemplo um incêndio ocasionado por fagulhas que saíram de uma lareira. Logo, não existe relação causal entre acender uma lareira no inverno e o incêndio produzido pelas fagulhas carregadas pelo vento.<sup>41</sup>

Para Rogério Greco essa teoria:

Considera-se a conduta adequada quando é idônea a gerar o efeito. A idoneidade baseia-se na regularidade estatística. Donde se conclui que a conduta adequada (humana e concreta) funda-se no *quodplerumque accidit*, excluindo acontecimentos extraordinários, fortuitos, excepcionais, anormais. Não são levadas em conta todas as

<sup>39</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24. Ed., São Paulo: Atlas, 2009, p 89.

<sup>40</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5 Ed. rev., aumentada e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p 68.

<sup>41</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, v1, 11 Ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p 256.

circunstâncias necessárias, mas somente aquelas que, além de indispensáveis, sejam idôneas à causação do evento.<sup>42</sup>

Mas esta teoria é muito criticável, porque traz insegurança e pode levar à injustiças, uma vez que, cria cadeias causais infinitas, ou seja, todos envolvidos causalmente no delito responderiam por ele. Frise-se, ainda que, essa teoria sofre duras críticas como preleciona Luís Regis Prado:

Esta teoria sofre críticas por ser geradora de uma regressão ao infinito, colocando no nexos causal condutas que, dentro da lógica, são despropositadas. Como exemplo, baseado exclusivamente nesta tese, o fabricante de uma arma que teria sido utilizada por alguém para matar um terceiro, também teria dado causa ao resultado do homicídio.<sup>43</sup>

Objetivando solucionar os problemas dessa ordem, na determinação de quando a lesão de um interesse jurídico pode ser considerada como a atuação de uma pessoa, surge outra teoria denominada de Imputação Objetiva.

A saber, “a Imputação Objetiva é uma teoria originária de Karl Larenz e Richard Honig nos anos 30 que permaneceu adormecida na Alemanha até obter o seu grande impulso pelas mãos de Claus Roxin na década de 70”.<sup>44</sup>

A teoria da imputação objetiva tem por objetivo atribuir ao agente a prática de um resultado delituoso exclusivamente quando o seu comportamento tiver criado, verdadeiramente, um risco não aceito, nem permitido, ou tolerado ao bem jurídico.

Em conformidade com os ensinamentos de Rogério Greco:

---

<sup>42</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p 216.

<sup>43</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, v1, 11 Ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p 60.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p 310.

Na verdade, a teoria da imputação objetiva surge com a finalidade de limitar o alcance da chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais, sem, contudo, abrir mão desta última. Por intermédio dela, deixa-se de lado a observação de uma *relação de causalidade puramente material*, para se valorar outra, de natureza jurídica, normativa.<sup>45</sup>

Ela aparece com o desígnio de restringir o alcance da chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou seja, uma limitação da responsabilidade penal, porque a atribuição de um resultado a uma pessoa não é determinado pela relação de causalidade, mas sim pela concretização de um risco proibido pela norma.

Deixa-se de lado a observação de uma relação de causalidade puramente material, para se valorar outra de natureza jurídica, normativa. (...) Não é propriamente, em que pese o nome, imputar o resultado, mas, em especial, delimitar o alcance do tipo objetivo, de sorte que, em rigor, é mais uma teoria da 'não imputação' do que da imputação.<sup>46</sup>

Nesse caso deixa de considerar o extrapolamento das condutas limitando o alcance na busca do que efetivamente deu causa ao resultado, nesse caso tem-se a delimitação da relação da causalidade.

Sobressalte-se que a imputação é denominada de objetiva, tendo em vista a que essa possibilidade de previsão não é medida, embasada na capacidade e conhecimentos do autor concreto, mas de acordo com um critério geral e objetivo, o do homem mediano, dotado de inteligência e prudência.

Ter por base o "homem inteligente-prudente" é o critério que permite imputar ao sujeito determinado fato e diferenciá-lo dos acontecimentos fortuitos é a finalidade objetiva. (...) Examina-se não

---

<sup>45</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p 235.

<sup>46</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p 235.

o conhecimento e as vontades atuais do autor, mas sim suas capacidades potenciais. Por isso trata de uma imputação objetiva, já que esta não indica qual a relação psíquica existente entre o sujeito e o resultado a ele imputado.<sup>47</sup>

Desse modo, é possível afirmar que Claus Roxin, tendo por base o chamado Princípio do Risco, cria uma teoria geral da imputação para as condutas que geram resultado lesivo.

Outro grande defensor da imputação objetiva, ainda que de linha diferente, é Gunther Jakobs. Sob a sua ótica, são avaliadas outras vertentes da teoria, dando destaque à imputação do comportamento.<sup>48</sup>

Neste sentido, avaliando o fato que o homem é um ser social e, conseqüentemente, divide seu espaço mantendo contatos sociais, cada um de nós desempenha determinado papel na sociedade. Com isso, o modo normativo da imputação objetiva deve levar em conta esses padrões de comportamento que norteiam os membros da comunidade.

Rogério Greco nos traz as quatro instituições jurídico-penais que orientam a imputação, são elas: risco permitido (quando uma pessoa age dentro dos padrões de normalidade, mas desta conduta advém o resultado lesivo); princípio da confiança (quando não se pode imputar o resultado a alguém que obrou na confiança de que terceiros se manteriam nos limites do perigo permitido); proibição de regresso e competência ou capacidade da vítima (quando a vítima se coloca em risco, afasta a responsabilidade do autor do dano).<sup>49</sup>

A seguir passaremos a analisar as condições que evitarão a sua imputação objetiva.

## 2.1 A diminuição do risco

---

<sup>47</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, v. 1, 11 Ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p 318.

<sup>48</sup> GOMES, Luiz Flavio. *Direito Penal Parte Geral*. v2 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p 275.

<sup>49</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p 235.

Não há imputação objetiva da conduta ou do resultado quando o sujeito atua com a finalidade de diminuir o risco de maior dano ao bem jurídico.

Ações que diminuam o risco não são imputáveis ao tipo objetivo, apesar de serem causa do resultado em sua forma concreta e de estarem abrangidas pela consciência do sujeito, quem convence o ladrão a furtar não mil, mas somente cem marcos alemães, não é punível por participação no furto, pois, sua conduta não elevou, mas diminuiu o risco de lesão. O mesmo vale para a redução de lesões corporais em rixas, bem como para vários casos análogos.<sup>50</sup>

Nesse intento, o agente ocasiona um dano menor ao objeto jurídico para lhe evitar um mal maior. Não indica e nem acresce o perigo juridicamente reprovável à objetividade abrangida. Ao contrário, age para diminuir a amplitude do risco de dano, o que gera efeito de atipicidade da conduta.

A este respeito o doutrinador Damásio de Jesus nos traz o um exemplo:

O sujeito "A" atira uma pedra em direção à cabeça do sujeito "B", na intenção de matá-lo. Pela forma que fora arremessada será mortal para "B". No entanto, um sujeito "C", desvia a pedra com a mão, e em consequência atinge ao sujeito "D" e lhe causa lesão corporal. Neste caso, dizemos que, "C" não deve ser incriminado pela lesão corporal em face de "D", pois, a norma não proíbe a conduta que reduz o risco de dano a um bem jurídico; neste caso, a conduta de "C" diminuiu o risco à vida de "B". Dizemos então que "C" fica isento de dolo, em razão da atipicidade da conduta.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> ROXIN, Claus. *A teoria da imputação objetiva- Claus Roxin*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Ano 9 n.38 Abril- junho de 2002, p 26.

<sup>51</sup> JESUS, Damásio E. de Jesus. *Imputação Objetiva*, Editora Saraiva, 2000.



Tendo em vista, como citado anteriormente a necessidade da tipicidade da conduta como elemento formador do delito, a teoria da imputação objetiva nesses casos, exclui a existência desse elemento, tornando a conduta atípica.

## 2.2 Aumento do risco permitido

O perigo de um dano é algo intrínseco a toda atividade humana. Atividades diárias e banais do cotidiano como andar nas calçadas, submeter-se a uma cirurgia, viajar de avião ou mesmo aquelas que são consideradas mais exóticas como caminhar por uma trilha ecológica ou pular de pára quedas, por exemplo, não constituem comportamentos liberados de perigos.

É imaginável que o sujeito, desempenhando uma conduta resguardada pelo risco permitido, venha objetivamente dar causa a um resultado naturalístico danoso que se associa a descrição de um crime, como por exemplo, uma pessoa dirigindo, dentro dos padrões de normalidade, envolve-se num acidente automobilístico com vítima pessoal.

Nesse ponto pautam-se as considerações de Rogério Greco:

Conforme afirma Roxin, o aumento ou a falta de aumento do risco permitido é a versão simplificada do princípio do incremento do risco desenvolvido pelo mestre alemão em 1962. Nos termos do preconizado princípio, se a conduta do agente não houver, de alguma forma, aumentado o risco de ocorrência do resultado, este não lhe poderá ser imputado.<sup>52</sup>

Igualmente são as considerações de Claus Roxin

A importância do risco permitido vai bastante além do princípio da confiança. Sempre que, em virtude de sua preponderante utilidade social, ações perigosas forem permitidas pelo legislador – em certos casos sob a condição de que se respeitem determinados preceitos de

---

<sup>52</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p 235.

segurança- e, mesmo assim, ocorra um resultado de dano, essa causação não deve ser imputada ao tipo objetivo.<sup>53</sup>

Logo, só haverá imputação objetiva quando a conduta do sujeito aumenta o risco já existente ou excede os limites do risco juridicamente permitido.<sup>54</sup>

Podemos citar como exemplo o caso em que o dono de uma fábrica de laticínios entrega a seus funcionários alguns produtos já vencidos, o que ocasiona a morte de alguns deles. Porém, ao longo da investigação, fica provado que, mesmo que os laticínios estivessem na data de validade correta não teriam evitado as mortes.

Em casos como esse, cumpre afirmar a imputação objetiva do resultado quando a conduta do agente- ao inobservar o dever de cuidado- dá lugar a um incremento do risco permitido. Ao desatender o cuidado devido, o empresário aumentou a esfera do risco permitido, o que possibilita a imputação objetiva do resultado.

### 2.3 Criação ou não de um risco juridicamente relevante

Nos casos em que a ação não tenha criado um risco juridicamente relevante de lesão para um bem jurídico não se pode falar em fato típico.

De acordo com Rogério Greco

Se a conduta do agente não é capaz de criar um risco juridicamente relevante, ou seja, se o resultado por ele pretendido não depender exclusivamente de sua vontade, caso este aconteça deverá ser atribuído ao acaso. Podemos citar o exemplo daquele que, almejando a morte de seu tio, com a finalidade de herdar-lhe todo o patrimônio, compra-lhe uma passagem aérea na esperança de que a aeronave sofra um acidente e venha a cair. Por acaso, o acidente acontece e a aeronave cai, matando o seu tio, bem como os demais passageiros.

---

<sup>53</sup> ROXIN, Claus. *A teoria da imputação objetiva*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Ano 9 n.38 Abril- junho de 2002, p 18.

<sup>54</sup> TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA. Disponível em: [http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BB578C567-4D17-4253-B3A0-3018239442CE%7D\\_023.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BB578C567-4D17-4253-B3A0-3018239442CE%7D_023.pdf). Acesso em: 12 de novembro de 2012.

Embora fosse esse o desejo do agente, tal resultado jamais lhe poderá ser imputado, uma vez que com sua conduta, isto é, o fato de comprar as passagens desejando a queda do avião, não houve a criação de um risco juridicamente relevante.<sup>55</sup>

Portanto, “se a conduta do agente não é capaz de criar um risco juridicamente relevante, ou seja, se o resultado por ele pretendido não depender exclusivamente de sua vontade, caso este aconteça, deverá ser atribuído ao acaso” e não ao indivíduo.<sup>56</sup>

Nesses casos deve se avaliar a criação ou não de um risco jurídico efetivamente relevante para que se possa imputar ao agente. Nestes casos não há domínio do resultado através da vontade humana.

#### **2.4 Âmbito de proteção da norma**

Não haverá imputação objetiva quando a extensão punitiva do tipo incriminador não compreende o gênero de risco criado pelo sujeito ao bem jurídico e nem os efeitos ou as consequências dele derivadas, a saber: as implicações decorrentes do risco ou do resultado.

A relevância jurídica que autoriza a imputação objetiva ainda deve ser apurada pelo sentido protetivo de cada tipo incriminador; ou seja, somente haverá responsabilidade quando a conduta afrontar a finalidade protetiva da norma. Existem casos em que o aumento do risco para além dos limites do permitido não acarreta imputação, pois a situação está fora do alcance da norma jurídica incriminadora.<sup>57</sup>

Nesse intento, “somente haverá responsabilidade quando a conduta afrontar a finalidade protetiva da norma. Ex. A mata B e a mãe da vítima ao

---

<sup>55</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p 235.

<sup>56</sup> GUEDES, Lucio Ferreira. *A teoria da imputação objetiva no Direito Penal*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22749>>. Acesso em: 21 out. 2012.

<sup>57</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p 236.

receber a notícia sofre um ataque nervoso e morre. Neste caso, A não pode ser responsabilizado pela morte da mãe de B”.<sup>58</sup>

A imputação objetiva demanda a existência de um relacionamento direto entre o dever transgredido pelo sujeito e o resultado. Só haverá responsabilidade penal pelos danos diretos.

De forma que o autor não responde pelas consequências secundárias, ou seja, pelos danos indiretos ou resultados que não se localizam na extensão da acusação da figura típica. Ele fica imune de responsabilidade pelas implicações e riscos secundários se o efeito jurídico da conduta não era aquele que a norma queria evitar.

## **2.5 Justificativa constitucional para aplicação da teoria da imputação objetiva em âmbito do Direito Civil**

É certo que, cabe ao Estado uma intervenção para que a sociedade seja tecnicamente organizada. Seu principal interesse com essa normatização é a proteção dos indivíduos, estabelecendo limites, restringido os abusos e, sobretudo o embate de interesses.

Essa intervenção na visão de Rodrigo da Cunha Pereira é vista da seguinte forma: “[...] como um verdadeiro interdito proibitório dos impulsos que podem inviabilizar o convívio social”.<sup>59</sup>

Dessa maneira, os fatos da convivência diária foram regulamentados, transformados em norma jurídica mediante a imposição de sanções àqueles que as transgredissem. “ainda que tenha o Estado o dever de regular as relações das pessoas não pode deixar de respeitar o direito a liberdade e garantir o direito à vida, não só vida como um mero substantivo, mas vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz”.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> GUEDES, Lucio Ferreira. *A teoria da imputação objetiva no Direito Penal*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22749>>. Acesso em: 21 out. 2012.

<sup>59</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p 132.

<sup>60</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 Ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p 25.

Temos assim, que o surgimento das normas, faz com que valores fiquem evidenciados. Dessa maneira, o ordenamento jurídico possibilita a vida em sociedade de forma harmônica.

Ainda que se tenha a existência de norma, é de suma importância que estejam voltadas para a determinação constitucional, ante o contido no princípio da supremacia constitucional que norteia todo ordenamento jurídico.

Nesse sentido fica evidenciado o princípio da supremacia constitucional, o qual tem a seguinte definição pelo doutrinador José Afonso da Silva:

Nossa constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem dos Municípios ou do Distrito Federal soa soberanos, porque todos são limitados expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.<sup>61</sup>

A Constituição da República é a Lei Maior de todo nosso ordenamento jurídico. Alexandre de Moraes, assim a define:

Constituição, *lato sensu*, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além

---

<sup>61</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p 46.

disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.<sup>62</sup>

É através dos dispositivos constitucionais que a sociedade se organiza como um todo. Nela estão contidos preceitos que estabelecem direitos e deveres a serem seguidos. É ela quem garante validade a leis e atos normativos a serem acompanhados.

A esse respeito às ponderações de José Afonso da Silva são pertinentes:

A constituição é algo que tem como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e; finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo<sup>63</sup>.

Diante dessa primazia em relação às demais normas, temos a força normativa da Constituição, onde todos os demais atos devem estar em conformidade com seus preceitos.

Conforme evidenciado a Constituição possui força normativa, pois ela quem rege todo nosso ordenamento jurídico, para que a sociedade viva de forma harmoniosa.

Frente a uma sociedade altamente complexa, globalizada, salienta-se a o valor que tem a constituição, com sua força normativa, no regramento das condutas e das relações humanas.

Nesse intento tem-se a constitucionalização dos demais ramos do direito, que vai ao encontro não apenas de atentar às disposições ali contidas, mas também estabelecer relação direta com os princípios constitucionais.

---

<sup>62</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p 36.

<sup>63</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p 39.

Há fundamentos jurídicos para aplicação da teoria da imputação objetiva ao direito civil, e ela será abordada daqui em diante.

O objetivo da imputação objetiva está pautado na necessidade de se estabelecer limites ao nexo de causalidade, pois, a mera ligação entre causa e efeito criaria uma cadeia de acontecimentos causais infinitos. É preciso que se analise se realmente o agente agiu com culpa de modo a dar forma ao resultado danoso.

A cadeia de acontecimentos causais infinitos torna a profissão médica mais arriscada, violando, portanto o dever constitucional de promoção da Saúde e o Direito de Liberdade de Profissão.

A redução da cadeia de acontecimentos causais e a utilização da teoria da imputação objetiva encontra aplicação no direito civil, visto que, a Constituição da República estabelece a liberdade profissional em seu artigo 5º, inciso XIII, a liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

O profissional da medicina enquadra-se nesses preceitos de liberdade, visto que qualquer entendimento contrário tornaria a profissão inviável. Nesse norte o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, em seu artigo 125 estabeleceu a liberdade de diagnosticar e tratar os pacientes dentro dos seus critérios.

A liberdade de escolha pelo Médico dos meios de diagnóstico e tratamento, não pode ser limitada por disposição estatutária, contratual ou regulamentar, ou por imposição da entidade de prestação de cuidados médicos.

O disposto no número anterior não impede o controlo médico hierarquizado do ato Médico o qual, quando exista, deve realizar-se sempre no interesse do doente.<sup>64</sup>

A liberdade no exercício da profissão escolhida é inviolável. Desta forma, as restrições que a lei poderá colocar são constituídas diante do potencial

---

<sup>64</sup> CÓDIGO DEONTOLÓGICO DA ORDEM DOS MÉDICOS. Disponível em [http://ldf.planetaclix.pt/codigo\\_med.htm](http://ldf.planetaclix.pt/codigo_med.htm). Acesso em 12 nov. 2012.

lesivo do exercício de determinada profissão, voltada sempre para o interesse público.

Seguindo essa linha de raciocínio observa-se que ante o contido na teoria dos antecedentes causais, o médico se verá privado do livre exercício da profissão, tendo em vista o temor que o rodeará diante de todo o procedimento, tem a capacidade de limitar seus atos. Ou seja, por medo de praticar uma conduta considerada como elemento capaz de responsabilizá-lo.

Além disto, a redução da cadeia de acontecimentos causais e a utilização da Imputação Objetiva realiza a consagração da Dignidade da Pessoa Humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Além de um princípio, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e encontra-se inserido no artigo 1º, III da Constituição da República. Cabe ao Estado oferecer condições mínimas de existência digna conforme os ditames da justiça social com o fim de manter ordem econômica.

Para Luiz Antônio Rizzato Nunes:

A palavra *dignidade* vem do latim *dignitas* que significa honra, virtude ou consideração, razão porque se entender que dignidade é uma qualidade moral inata e é à base do respeito que lhe é devido. Então, a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência [...].<sup>65</sup>

Quando se fala em condições mínimas de existência encontra-se englobado nesse contexto a necessidade de exercer a profissão de modo livre, sempre ressaltando a necessidade dos devidos cuidados legais.

Ora, é sabido que o mínimo existencial é um direito a condições mínimas de uma existência humana digna, e que necessita de prestações positivas por parte do Estado. Se limitarmos a atuação do médico em detrimento de acontecimentos causais ilimitados, estaremos além de lhe negar

---

<sup>65</sup>. RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p 49.



o livre exercício da profissão também fazendo com que ele se negue a determinados procedimentos para se resguardar das possíveis consequências.

E por último, e não menos importante, a redução da cadeia de acontecimentos causais e a utilização da Imputação Objetiva realizaria o dever constitucional de saúde.

A Constituição Federal aduz em seu artigo 196, que

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>66</sup>

Reafirmando o que diz o citado artigo acima, a Lei nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990, em seu artigo 2º, nos resguarda que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, **devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício**”.<sup>67</sup> (grifo nosso).

Portanto, se responsabilizarmos o médico tomando por base a teoria da equivalência das condições, já descrita anteriormente, e não tivermos a imputação objetiva como forma de proteger o exercício de sua profissão, criaremos limitações à sua atuação, o que além de ferir o Princípio Constitucional da Liberdade de Profissão, fere o direito fundamental à saúde.

Sergio Cavalieri Filho preleciona que

(...) não basta dizer que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. PINTO, Antônio Luiz de Toledo [org.]. 11 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p 71.

<sup>67</sup> Brasília. *Estatuto de Promoção, Proteção e Recuperação da saúde*. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 15 de novembro de 2012.

<sup>68</sup>FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª ed. rev., aumentada e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 65.

E finaliza o autor, dizendo que “em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o quê a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato”.<sup>69</sup>

A imputação objetiva deve ser aliada à responsabilidade civil justamente para que se faça esta análise da conduta do agente, e assim, concluir se este responderá ou não pelo fato.

### **CAPÍTULO III - DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO.**

#### **3.1 Noções gerais**

---

<sup>69</sup>Idem, p. 65.

Na pós-modernidade, pode-se perceber uma tendência mundial de ampliação do conhecimento, principalmente, na busca de melhores entendimentos sobre questões diversificadas, e nesse ponto surgem as questões da imputação objetiva.

Como já visto a responsabilidade civil pretende resgatar os direitos da pessoa que sofreu com o dano causado. Sendo de relevante importância, se falar no nexo de causalidade, que “é a relação de causa e efeito que existe entre a conduta e o resultado naturalístico”<sup>70</sup>.

Neste sentido, a teoria da imputação objetiva, surge frente à necessidade de se estabelecer limites ao nexo de causalidade, pois, a mera ligação entre causa e efeito criaria uma cadeia de acontecimentos causais infinitos.

A partir do momento em que se tem a existência de um trabalho a ser executado por uma equipe de profissionais, a base principal é a confiança, que tem aplicação direta. Como, por exemplo, o cirurgião que acredita na competência de seus auxiliares e espera uma conduta em conformidade com a precaução exigida pela sua profissão. No caso do anestesista, que providencie uma dose ajustada; no caso da enfermeira, que esterilize todo o equipamento a ser usado. Assim, se um de seus auxiliares deixa de agir dentro do que lhe é encarregado, ocasionando a morte do paciente, o médico não poderá ser responsabilizado por tanto, pois ele não tem o dever de vigiá-lo.

Nesse contexto a aplicação da imputação objetiva ao erro médico, excluindo a existência do nexo de causalidade, permite o respeito aos ditames da dignidade da pessoa humana e da liberdade de profissão.

É preciso que se analise se realmente o agente agiu com culpa de modo a dar forma ao resultado danoso. Como dito anteriormente, não basta apenas que o autor tenha praticado uma conduta ilícita e a vítima sofrido o dano, é necessário que o dano tenha sido o resultado da conduta ilícita e que entre ambos haja uma relação de causa e efeito.

Importante também se faz refrizar que “em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja

---

<sup>70</sup>GOMES. Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral: Teoria Constitucionalista do Delito*. 2 Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p 111.

resultado desse ato, sem o quê a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato”.<sup>71</sup>

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que surge como autônoma e independente, sendo proposta como uma reavaliação do nexos de causalidade. “o âmago da questão está em estabelecer um critério de imputação do resultado em face da conduta no campo normativo, valorativo”.<sup>72</sup>

Pode se considerar que para a existência da imputação objetiva, para que uma conduta seja considerada causa do resultado é preciso que num primeiro momento o agente, com sua ação ou omissão, forme verdadeiramente, um risco não consentido nem permitido ao bem jurídico, ainda, esse o resultado não fosse advir de qualquer forma. Por fim, a vítima não deve contribuir com sua atitude insensata ou fornecer o seu consentimento para o acontecimento do resultado.

A imputação objetiva deve ser aliada à responsabilidade civil justamente para que se faça esta análise da conduta do agente, e assim, concluir se este responderá ou não pelo fato. É neste sentido que o doutrinador Luiz Flávio Gomes, dirá a respeito da imputação objetiva:

Chama-se imputação objetiva porque procura descobrir se o fato pode ser imputado ao agente, independentemente do seu dolo. (...) O que se busca com a imputação objetiva é vincular a conduta do agente com o risco proibido criado.<sup>73</sup>

Neste sentido, podemos perceber que somente teremos esta teoria se, o risco criado ou incrementado é relevante; se há conexão entre o risco criado ou incrementado e o resultado; e se este risco está no âmbito de proteção da norma.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup>GOMES. Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral: Teoria Constitucionalista do Delito*. 2 Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p 65.

<sup>72</sup> NOGUEIRA, José Wagner Guedes. *A teoria da imputação objetiva como solução para a crise do dogma da causalidade*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9651>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

<sup>73</sup>GOMES. Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral: Teoria Constitucionalista do Delito*. 2 Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p 120.

<sup>74</sup>GOMES. Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral: Teoria Constitucionalista do Delito*. 2 Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p 120.

No vigente Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n°. 2.848, de sete de dezembro de 1940; em seu artigo 13, teremos o entendimento do legislador, retificando o que afirmam os doutrinadores acerca da relação de causalidade. Assim, “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem o qual o resultado não teria ocorrido”.<sup>75</sup>

Como ficou demonstrado acima, é a lei que nos afirma que antes de responsabilizar o agente deve-se analisar se foi este que lhe deu a causa. Em termos de responsabilidade civil, pode-se dizer, que desta maneira configura-se o nexos de causalidade.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, analisando a teoria da imputação objetiva sob a releitura de Luiz Flávio Gomes sustentam a possibilidade de aplicação.

Muitos desconhecem, mas KARL LAREZ, partindo do pensamento de HEGEL, já havia desenvolvido a teoria da imputação objetiva para o Direito Civil visando estabelecer limites entre os fatos próprios e os acontecimentos acidentais. (...) É, portanto, muito mais uma teoria excludente do nexos causal do que propriamente afirmativa de sua existência.<sup>76</sup>

O penalista Luiz Flávio Gomes traz as regras relacionadas à teoria imputação objetiva da conduta, são elas: “não há imputação objetiva quando o risco criado é permitido; não há imputação objetiva quando o risco é tolerado; não há imputação objetiva quando o risco criado é insignificante”.<sup>77</sup>

No sentido de evitar que sejam penalizadas pessoas injustamente, é que se deve aliar esta teoria ao que cabe à responsabilidade civil.

---

<sup>75</sup>BRASIL. Decreto-Lei n°. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. “Dispõe sobre crimes, penas, condenações, ação penal e medidas de segurança”. PINTO, Antônio Luiz de Toledo [org.]. 11 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p 578.

<sup>76</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de Direito Civil*. Vol.3 Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2012. p 146-147.

<sup>77</sup>GOMES. Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral: Teoria Constitucionalista do Delito*. 2 Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p 122/127.

Portanto, visando aplicar a teoria penalista ao Direito Civil, no que diz respeito à responsabilidade civil, pode-se afirmar ou não a existência do nexo de causalidade, analisando o caso concreto e não somente as hipóteses destacadas no art. 188 do Código Civil.

### **3.2 Aplicação da teoria da imputação objetiva como excludente do nexo causal na responsabilidade civil por erro médico**

Num primeiro momento cabe uma análise da avaliação dos riscos os quais devem ser divididos em permitidos e proibidos. De modo lógico o perigo de dano é inerente a toda atividade humana, assim o fato de o médico anestésiar um paciente, tomando os devidos cuidados contra as adversidades existentes alérgico–medicamentosas, deve ser considerado um risco permitido, ainda que um choque anafilático ocorra.

Entretanto, quando se tem uma desobediência das regras procedimentais existentes para a atividade e vem ocasionar uma complicação para o paciente, tem-se a existência do denominado risco proibido, que passa a ser punível em virtude de desvalor da sua ação.

A partir do momento em que se tem a imputação objetiva, conseqüentemente se tem a atipicidade do fato. Ora, a criação de um risco permitido é atípico, mesmo que venha a produzir um resultado jurídico, excluindo o ato ilícito pela falta de causalidade.

Tem-se o seguinte exemplo da ausência da responsabilidade: uma paciente chega a uma unidade hospitalar, após um acidente grave, necessitando de uma cirurgia em caráter de urgência e é submetida à mesma, vindo a óbito posteriormente devido a complicações advindas do anestésico aplicado.

Como poderá o anestesista evitar que esta paciente, cardiopata, não morrerá por parada cardíaca em razão de anestésico?

O Egrégio Tribunal de Justiça não respondeu às questões apresentadas, e condenou o anestesista num caso similar:

Configurados os requisitos da responsabilidade civil, respondem tanto o médico quanto o hospital onde os fatos se deram, pelos danos causados ao paciente. Prestações de trato sucessivo, tais como pensionamento mensal, prescrevem em cinco anos. O valor da indenização decorrente do dano moral deve seguir o critério da razoabilidade e atender às circunstâncias fáticas de cada caso. A correção monetária e os juros moratórios, alusivos aos lucros cessantes, pensionamento mensal e despesas com tratamento, fluem desde o evento danoso, aplicando-se a Súmula 43 e 54, respectivamente, do colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo que, em relação aos danos morais, o termo inicial de incidência é a data em que os mesmos são reconhecidos em juízo.<sup>78</sup>

No caso em tela a paciente foi submetida a uma intervenção cirúrgica de emergência, sendo que o anestesista agiu dentro do esperado, sua prioridade era agir de forma a tentar salvar a vida da paciente, porém teve um resultado adverso, visto que a paciente demonstrou sequelas. Dizemos que agiu dentro do esperado pois sua função enquanto médico é usar de todos os meios e técnicas para tentar salvar vidas.

Neste caso, o risco assumido pelo médico era permitido, pois, fez uma intervenção cirúrgica de emergência com o objetivo de lhe salvar a vida, porém não tinha condições de agir de forma diferente, pois a paciente poderia morrer.

O juízo de primeiro grau reconheceu a responsabilidade do anestesista e do hospital. Inconformado com a decisão, o anestesista recorreu ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais objetivando ter a sentença reformada e excluída sua responsabilidade no caso.

Como se observa da simples leitura da jurisprudência citada, a responsabilidade não foi afastada, ficando evidenciada a necessidade de reparação do dano ocasionado. Sendo responsabilizados o hospital e o profissional, anestesista.

Porém devemos nos atentar ao seguinte fato de que o procedimento foi realizado em caráter de urgência, não permitindo ao profissional realizar os

---

<sup>78</sup> BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Apelação Cível 2.0000.00.446806-6/000 Des.(a) Unias Silva Data de Julgamento 28/04/2005 Data da publicação da súmula 25/05/2005. Acesso em: 12 novembro 2012.

exames prévios, tampouco verificar a existência ou não de doença preexistente.

O inteiro teor da jurisprudência citada enfatiza essa urgência no atendimento, como se verifica a seguir:

Deste ensinamento, é possível entender que no caso de anestésias, deveriam os procedimentos serem considerados como de resultado, eis que não se pretende curar um doente, apenas amenizar o sofrimento por determinado lapso de tempo. E mais, é outro o profissional, também médico, que irá agir buscando a cura do indivíduo/paciente.

Não passa despercebido, também, o fato de que os anestésicos possuem efeitos diversos de pessoa para pessoa, portanto, pode a atuação do profissional da área ser de meio. Porém, como neste caso o atendimento da autora se deu em caráter de urgência, a obrigação dos médicos que lhe atenderam se caracteriza como de meio. Não poderiam os médicos fazer nada a não ser agir, mas isto não significa agir com imprudência, imperícia ou negligência.

Note-se que pela aplicação da teoria da imputação objetiva não poderá o anestesista ser responsabilizado em razão de estar praticando uma ação na qual o risco é permitido.

Entendimento contrário a esse faz com que se amplie o alcance no nexo de causalidade, visto que, as condições nas quais o procedimento foi realizado se deram em caráter de urgência. A confiança e a liberdade de profissão garantida aos profissionais médicos possibilitam usar a discricionariedade para escolher o melhor procedimento adequado ao caso concreto, atentando às peculiaridades das condições existentes.

Nesse caso a teoria da imputação objetiva afastaria qualquer espécie de responsabilização por parte do profissional. Já que o nexo de causalidade a ser considerado é o trabalho efetivo e não houve nenhuma comprovação de inobservância dos cuidados devidos.

A Constituição Federal nos reserva o direito a vida e a saúde, e cabe ao Estado assegurá-los, e destinar a todos uma vida digna quanto à subsistência.



Neste sentido, precisamos da aplicação da teoria da imputação objetiva, como forma de limitar o alcance do nexo de causalidade, para que seja resguardado ao médico sua liberdade de profissão. Além de garantir a liberdade de profissão, a teoria da imputação objetiva também garante a dignidade da pessoa humana e a proteção à saúde.

Como dito anteriormente, a não aplicação da teoria da imputação objetiva viola o direito fundamental da liberdade de profissão a que o médico está resguardado. Se tomarmos como norte a teoria da imputação objetiva, reduziremos a cadeia causal, ou seja, nos limitaremos a imputar ao médico somente aqueles casos em que seu erro foi grosseiro e foi consequência de negligência, de imprudência ou de imperícia. Com isto, ampliamos a atuação do médico, e garantimos de antemão seu livre exercício de profissão.

Ora, se o médico estiver sujeito a uma cadeia causal ilimitada, estaremos negando a quem necessita dele proteção a proteção à saúde, uma vez que, o médico se recusará determinados procedimentos por medo das consequências.

Como já dito outrora, a Lei n°. 8.080 de 19 de setembro de 1990, em seu artigo 2°, nos resguarda que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, **devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício**”.<sup>79</sup> (grifo nosso).

No caso exemplificado do anestesista, fica bem claro que, sua atividade é dotada de riscos, e se aliamos a ela a Teoria dos Equivalentes Causais, sem a limitação da teoria da imputação objetiva, tornaremos o exercício de sua profissão inviável. É sabido que o anestesista é solicitado por vezes, em casos de urgência e emergência, nos quais ele necessita “produzir um dano” menor para evitar a ocorrência de um dano maior (morte).

Portanto, se responsabilizarmos o médico tomando por base a teoria da equivalência das condições, e não tivermos a imputação objetiva como forma de proteger o exercício de sua profissão, criaremos limitações à sua atuação, o que além de ferir o Princípio Constitucional da Liberdade de Profissão, fere o direito fundamental à saúde.

---

<sup>79</sup> Brasília. *Estatuto de Promoção, Proteção e Recuperação da saúde*. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 15 de novembro de 2012.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que uma ação ou omissão dê ensejo à responsabilidade civil é preciso que conjugue alguns elementos, a saber: a conduta, o nexo de causalidade e o dano.

A existência de um dano é fundamental para a existência da responsabilidade civil, tendo em vista que a obrigação de compensar não existirá não havendo o que reparar.

Quando se fala na conduta, logo se faz menção à existência de culpa, não se revelando como elemento essencial e sim accidental, pois está voltada para as ações tidas como negligentes, imperitas ou imprudentes.

O nexo de causalidade é a ligação existente entre a conduta e o dano.

Dentro do nexo de causalidade tem-se a teoria da equivalência das condições, também conhecida como equivalência dos antecedentes, que diz que todas as condutas que fazem parte do resultado devem ser consideradas.

Já para a teoria da causalidade adequada, somente a ação ou omissão do agente é considerada pra ao resultado haja vista que nem todos os antecedentes possuem a capacidade ser considerados no nexo causal.

Tem-se, ainda, a imputação objetiva, um instituto penal desenvolvido por Claus Roxin, tendo por objetivo fazer com que o agente seja responsabilizado diante de um resultado delituoso apenas quando a sua conduta tiver criado, verdadeiramente, um risco não aceito, nem permitido, ou tolerado ao bem jurídico. Ou seja, a teoria da imputação objetiva busca diminuir o alcance do nexo de causalidade determinado pela teoria da equivalência dos antecedentes causais.

Desse modo existe uma limitação da responsabilidade, a fim de que a atribuição de um resultado a uma pessoa não é determinado pela relação de causalidade, mas sim pela concretização de um risco proibido pela norma.

Em sede de Direito Civil a aplicação da teoria da imputação objetiva está diretamente relacionada com a constitucionalização desse ramo de direito,

tendo em vista o princípio da supremacia constitucional o qual estabelece a necessidade de respeito das demais normas do ordenamento jurídico ao contido na Lei Maior.

Portanto, a dignidade da pessoa humana e o livre exercício da profissão que ali se encontram garantidos devem ser respeitados.

A imputação objetiva está ligada à responsabilidade civil exatamente para que se faça esta análise da conduta do médico e assim, concluir se este responderá ou não pelo fato.

Restou demonstrado com a pesquisa que não há que se falar em responsabilidade civil no erro médico quando o risco criado é permitido, o risco é tolerado ou mesmo quando o risco criado é insignificante.

Quando se fala de erro médico é preciso que se faça a análise minuciosa a fim de que se constate a existência do dever de ser responsabilizado, pois, como visto a aplicação da imputação objetiva ao erro médico, diminuindo o alcance do nexo de causalidade, admite o respeito aos preceitos constitucionais de dignidade da pessoa humana e da liberdade de profissão, do dever de promover a saúde, fazendo com que possa exercer sua profissão com responsabilidade e liberdade até mesmo diante da relação de confiança existente entre médico e paciente.

## REFERÊNCIAS

GAGLIANO, Pablo Stolze. Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. rev., aumentada e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMES. Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral: Teoria Constitucionalista do Delito*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em [http://portal.cfm.org.br/index.php?searchword=erro+medico&ordering=&searchphrase=all&Itemid=1&option=com\\_search](http://portal.cfm.org.br/index.php?searchword=erro+medico&ordering=&searchphrase=all&Itemid=1&option=com_search). Acesso em 07 de setembro 2012.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9481&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9481&revista_caderno=7). Acesso em: 15 de novembro de 2012.

RESPONSABILIDADE MÉDICA. Disponível em: <http://www.consultormedico.com/consultar-doencas/outras/responsabilidade-medica-erro-medico.html>. Acesso em: 15 de novembro de 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil*; - v 4. 5. ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES. Orlando *Responsabilidade Civil* revisado e atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil*. V. 7. 22 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COUTINHO, Luiz Augusto. *Responsabilidade Penal do Medico*. 1 Ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. TJMG. Apelação Criminal nº 1.0024.01.013155-5/001. Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos. Publicado em: 27/10/2008, acesso em 20/05/2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva *Instituições de Direito Civil*. v. III. 15 Ed Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em: 01 out. 2012.  
BRASIL. CÓDIGO CIVIL, CÉSPEDES, Lívia. PINTO, Antonio Luiz de Toledo. WINDIT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RALDI, Udelson Josué. Responsabilidade civil objetiva: alcance do disposto no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8474>>. Acesso em 1 out. 2012

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro- parte geral*. v1. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte geral. Parte especial*. 5 ed. São Paulo. Revista dos tribunais. 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- parte geral- V. 1*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, v.1*, 11 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROXIN, Claus. *A teoria da imputação objetiva- Claus Roxin*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Ano 9 n.38 Abril- junho de 2002.

JESUS, Damásio E. de Jesus. *Imputação Objetiva*, Editora Saraiva, 2000.

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA. Disponível em: [http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BB578C567-4D17-4253-B3A0-3018239442CE%7D\\_023.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BB578C567-4D17-4253-B3A0-3018239442CE%7D_023.pdf). Acesso em: 12 de novembro de 2012.

GUEDES, Lucio Ferreira. *A teoria da imputação objetiva no Direito Penal*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22749>>. Acesso em: 21 out. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. ev. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CÓDIGO DEONTOLÓGICO DA ORDEM DOS MÉDICOS. Disponível em [http://ldf.planetaclix.pt/codigo\\_med.htm](http://ldf.planetaclix.pt/codigo_med.htm). acesso em 12 nov. 2012.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

Brasília. *Estatuto de Promoção, Proteção e Recuperação da saúde*. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 15 de novembro de 2012.

NOGUEIRA, José Wagner Guedes. *A teoria da imputação objetiva como solução para a crise do dogma da causalidade*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9651>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n°. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. “Dispõe sobre crimes, penas, condenações, ação penal e medidas de segurança”. PINTO, Antônio Luiz de Toledo [org.]. 11 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Apelação Cível 2.0000.00.446806-6/000 Des.(a) Unias Silva Data de Julgamento 28/04/2005 Data da publicação da súmula 25/05/2005. Acesso em 12 nov. 2012.