

PUNITIVE DAMAGES E ERRO MÉDICO

Camila Lemos Azi Pessoa

PUNITIVE DAMAGES E ERRO MÉDICO*

Camila Lemos Azi Pessoa

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 *PUNITIVE DAMAGES*. 3 APLICABILIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO BRASILEIRO. 4 PARÂMETROS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO. 5 *PUNITIVE DAMAGES* E ERRO MÉDICO. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a aplicabilidade do instituto dos *punitive damages* nas demandas relativas à responsabilidade civil do médico no Brasil. Analisa o instituto no âmbito do direito inglês, onde ele nasceu, e norte-americano, suas características e as principais críticas que lhe são feitas. Em seguida, aborda as controvérsias atinentes à sua aplicabilidade no âmbito do direito brasileiro, as regras básicas de responsabilização civil do médico no ordenamento nacional e, por fim, analisa o entendimento doutrinário e jurisprudencial relativo à sua aplicação nos casos envolvendo erros médicos no país.

Palavras-chave: Indenizações punitivas; erro médico; *punitive damages*; dano moral; responsabilidade civil.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the applicability of the institute of punitive damages in the demands related to medical malpractice in Brazil. It analyzes the institute within the scope of the English law, where it was born, and North American, its characteristics

*ARTIGO RECEBIDO EM 09.12.2020 E APROVADO EM 29.09.2021.

and the main criticisms that are made to it. It then discusses the controversies regarding its applicability under Brazilian law, the basic rules of civil liability of the physician in the national legal system and, finally, analyzes the doctrinal and jurisprudential understanding regarding its application in cases involving medical errors in the country.

Keywords: *Punitive damages; medical error; punitive damages; moral damage; torts.*

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, houve, no Brasil, um aumento expressivo no volume de demandas judiciais em que são questionadas condutas técnicas do médico. Trata-se de um fenômeno conhecido como judicialização da medicina que tem, dentre suas causas, a clara influência da cultura liberal norte-americana e a sua tendência à judicialização das questões éticas como forma de se obter a sua regulamentação (VASCONCELOS, 2012, p. 394).

O sistema jurídico nos Estados Unidos tem sua base nos costumes (*common law*), de modo que as normas jurídicas decorrem, em sua maioria, da interpretação dada aos casos concretos pelos Tribunais. Já no Brasil, o sistema jurídico tem sua base na lei (*civil law*) de forma que as normas jurídicas são decorrentes, em sua maioria, de deliberações do poder legislativo.

A referida influência norte-americana no que se tange a processos judiciais envolvendo a atuação médica não se limita apenas ao aumento de sua quantidade, mas também ao próprio conteúdo das demandas, que passaram a replicar as teses dominantes naquele país. A diferença estrutural existente entre os sistemas jurídicos brasileiro e americano não impediu a incorporação, aqui, de institutos jurídicos típicos do *common law*, como é o caso dos *punitive damages*, aplicáveis, nos Estados Unidos, também às demandas envolvendo a má prática profissional.

Consistem os *punitive damages* em uma indenização complementar fixada em proveito da vítima de um dano sofrido em circunstâncias especiais, que denotam uma reprovabilidade ampliada da conduta do agressor. Assim, segundo o direito norte-americano, além

de indenizar os danos morais e materiais decorrentes de sua conduta, o médico pode, em certas situações de erro, ser compelido ao pagamento não apenas das indenizações de natureza compensatória, mas também de uma indenização adicional, de natureza punitiva, em razão de sua conduta prejudicar não apenas o paciente, mas também a coletividade, que passaria a temer a atuação médica, e a própria classe dos médicos, que teria sua respeitabilidade e prestígio maculados.

A aplicação dos *punitive damages* no âmbito do direito brasileiro ainda provoca discussões, a despeito da sua adoção pela jurisprudência nacional (ARAÚJO FILHO, 2014). A sua aplicabilidade no que se refere à responsabilidade civil do médico é, todavia, ainda pouco discutida no país.

Pretende o presente trabalho analisar o instituto dos *punitive damages*, a sua aplicabilidade a demandas judiciais envolvendo questionamentos de condutas médicas e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional e com as normas vigentes para a responsabilização do médico por má prática profissional.

2 PUNITIVE DAMAGES

Os *punitive damages* podem ser conceituados como sendo a indenização complementar excepcionalmente fixada em razão do caráter extremamente reprovável da conduta adotada pelo sujeito agressor, com o propósito de puni-lo por sua falta e de criar uma intimidação social, servindo seu caso como exemplo para que novas condutas semelhantes não sejam adotadas (caráter pedagógico).

Trata-se de uma indenização complementar, a ser fixada além daquelas de natureza reparatória ou compensatória (*compensatory damages*), que são proporcionais aos danos materiais e morais sofridos pela vítima. São fixados apenas em situações extremas, em que a conduta do sujeito agressor é considerada excepcionalmente reprovável, por ter sido praticada de forma dolosa, maliciosa, arbitrária ou reiterada, causando não apenas danos à vítima direta, mas um grave desequilíbrio social. Por isso, são também conhecidos como *exemplary damages* e, no âmbito do direito brasileiro, como indenização punitiva ou *Teoria do Valor do Desestímulo* (RESEDÁ, 2008, p. 233).

A despeito de sua ampla e notória utilização no âmbito do direito norte-americano, os *punitive damages* nasceram no direito inglês. Desde o século XIII, já havia previsão no ordenamento jurídico inglês de aplicação de indenizações de natureza punitiva (pena civil), mas apenas no século XVIII sua utilização passou a ser mais pronunciada, como uma resposta a condutas relativas a abuso de autoridade e restrições indevidas ao direito de ir e vir, que, além de ser protegido via *habeas corpus*, também passou a ser objeto de ações indenizatórias.

O caso pioneiro na fixação de *punitive damages* no direito inglês é o *Wilkes vs Woods*, de 1763, em que o Rei George III determinou a expedição de um mandado de prisão genérico, sem indicação do suposto autor do crime, em razão da publicação de um artigo por ele reputado ofensivo. Foram presas 43 pessoas, por ordem do Subsecretário de Estado, dentre elas o efetivo autor do artigo. Em razão do evidente abuso de autoridade praticado, com a prisão indevida de diversas pessoas, *Wilkes*, o autor do artigo, postulou não apenas o ressarcimento de prejuízos sofridos, mas também a fixação de uma “indenização exemplar”, a fim de que restasse demonstrada a inaceitabilidade desta conduta (RESEDÁ, 2008, p. 239).

A partir deste caso, os *punitive damages* passaram a ser aplicados a casos envolvendo abuso de autoridade e a situações em que o ilícito tivesse sido praticado de forma especialmente ultrajante, maliciosa, opressiva ou fraudulenta.

Com o tempo, os *punitive damages* foram perdendo força no âmbito do direito inglês, em especial por serem considerados incompatíveis com a natureza eminentemente reparatória/compensatória da responsabilização civil. Atualmente sua aplicação é residual, sendo cabível apenas em três hipóteses: quando o cidadão for privado arbitrariamente de seus direitos pela administração pública, quando o sujeito enriquecer em razão de uma conduta culposa (*tort*) ou quando houver previsão legal expressa para sua aplicação (*statute*) (SANSEVERINO, 2010. p. 70).

No âmbito do direito norte-americano, o instituto dos *punitive damages* já era aceito desde os seus primórdios, tendo sido recepcionado como parte do direito legado do colonizador inglês. Os primeiros casos em

que o instituto foi aplicado, todavia, ocorrem pouco tempo depois da sua aplicação inicial no âmbito do próprio direito inglês.

O primeiro caso em que este instituto foi utilizado nos Estados Unidos foi o *Genay vs Norris*, que data de 1784. Tratou-se de demanda proposta contra um médico que, após ser desafiado para um duelo, inseriu na taça de vinho do seu adversário uma droga inofensiva, mas capaz de lhe causar dores extremas, induzindo-o a ingeri-la. Entendeu-se que houve o uso indevido por parte do profissional médico de seus conhecimentos técnicos, sendo sua conduta extremamente reprovável, a justificar a fixação de uma indenização complementar (SCHREIBER, 2013, p. 211).

Em 1791, ocorreu um outro caso paradigmático, o *Coryell vs Colbough*, em que houve o rompimento de uma promessa de casamento quando a noiva já estava grávida, conduta reputada excessivamente constrangedora para a mulher (RESEDÁ, 2008, p. 243). Mas foi só a partir da década de 60 do século XX que o instituto passou a ser utilizado para reprimir grandes ou graves acidentes de consumo, disseminando-se por quase todos os estados americanos, sendo aplicável, atualmente, em sua grande maioria.

O sistema jurídico norte-americano dispõe que as demandas de qualquer natureza (cíveis ou penais) devem ser, como regra, julgadas por júri popular. Essa peculiaridade levou à ampla adoção e disseminação dos *punitive damages*, que passaram a ser aplicados pelos júris de forma livre, sem critérios técnicos, vinculação a pedidos específicos das partes e limitações de valor. Foram deferidas indenizações milionárias em demandas extremamente controversas, que foram fixadas, em sua maioria, não com base nas condutas praticadas, mas sim com base em características pessoais do agressor, sendo mais elevadas para agressores abastados ou impopulares (MORAES, 2000). Diante disso, a própria doutrina jurídica norte-americana passou a levantar objeções à aplicação do instituto. Tanto que em alguns estados já foram editadas normas tendentes a limitar ou eliminar sua aplicação.

A primeira delas é exatamente a falta de critérios uniformes para a aplicação dos *punitive damages* na medida em que não haveria previsão legislativa para tanto. Segundo Salomão Resedá (2008, p. 254) haveria,

ao contrário, vedação constitucional à imposição de penas excessivas. Não existiria nenhum parâmetro seguro para definição das condutas que mereceriam a incidência do acréscimo indenizatório, deixando as partes em um estado de imprevisibilidade total.

Diante dessa crítica, vários estados americanos passaram a exigir que o pleito de condenação em *punitive damages* fosse formulado pelo acionante desde a petição inicial, para viabilizar o direito de defesa do acionado, entendimento adotado pela Suprema Corte Norte-Americana. Ademais, os valores indenizatórios fixados passaram a ser revistos pelas cortes superiores, como forma de adequá-lo a critérios por elas objetivamente fixados, evitando-se as punições excessivas.

A Suprema Corte Norte-Americana fixou, a fim de reduzir a insegurança jurídica, balizas para a aplicação dos *punitive damages*. Em 1996, no julgamento do caso *BMW of North America, Inc. vs Gore*, entendeu que a Constituição impediria a fixação de indenizações arbitrárias ou irracionais, de modo que os valores das indenizações punitivas fixados pelos júris populares poderiam ser revistos pelos tribunais superiores com base em três critérios: o grau de repreensão da conduta do agressor, a desproporção entre o valor da indenização compensatória e o valor da indenização punitiva e a diferença entre o valor da indenização punitiva e das penalidades civis ou criminais autorizadas ou impostas em casos semelhantes no mesmo estado (MORAES, 2000, p. 62).

Em 2003, por ocasião do julgamento do caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. vs Campbell*, os critérios para fixação dos *punitive damages* foram novamente analisados pela Suprema Corte, sendo incluídos parâmetros complementares para a sua fixação, a saber, deverá ser analisado o grau de repreensão da conduta do agressor, se a vítima sofreu dano físico ou puramente econômico, se o dano é resultado de dolo, fraude, ou negligência do réu ou se é uma consequência natural da própria conduta, se o dano é fruto de ações reiteradas ou de uma ação isolada e se a conduta do agressor revela absoluta falta de consideração ou respeito pela vida de outrem (MORAES, 2000, p. 64).

Uma outra crítica trazida pela doutrina norte-americana aos *punitive damages* seria a de que a perspectiva de recebimento de tais indenizações induziria a um aumento da litigiosidade em razão unicamente

do interesse lucrativo (RESEDÁ, 2008, p. 255). Percebeu-se, com o tempo, um abuso por parte das vítimas, que criavam ou aumentavam as supostas lesões sofridas apenas para obtenção das indenizações milionárias. Este problema também vem sendo enfrentado no âmbito do direito brasileiro no que se refere às indenizações por danos morais, que vêm sendo postuladas e deferidas sem critérios seguros, criando uma verdadeira indústria, também não imune a críticas.

Alega-se, por fim, que os *punitive damages* levariam ao enriquecimento sem causa da vítima, que teria um ganho financeiro muito superior ao prejuízo por ela experimentado, percebendo valores que, a rigor, deveriam ser direcionados para outras vítimas dos atos praticados pelo agressor. Haveria a criação da chamada “loteria judicial”, em que o sujeito obtém o valor de um prêmio de loteria sem nenhuma razão justificável (RESEDÁ, 2008, p. 256).

A despeito das críticas formuladas, os *punitive damages* continuam sendo aplicados no âmbito do direito norte-americano. Apesar das limitações impostas pela Suprema Corte e das próprias restrições impostas por alguns Estados à sua aplicação, a era das condenações milionárias e desarrazoadas parece ainda não ter ficado para trás.

Após análise de decisões judiciais no estado de Massachusetts envolvendo a aplicação dos *punitive damages* durante vinte anos (de 1979 a 2000), Clermont e Eisenberg (2018) concluíram que os júris populares e os juízes concederiam indenizações punitivas em valores equivalentes para situações semelhantes, o que denotaria uma estabilização do instituto, com a adoção de critérios mais ou menos uniformes de valoração.

Tais conclusões foram, todavia, contestadas por Hersch e Viscusi (2018), que, analisando os mesmos dados, concluíram que 98% das grandes indenizações punitivas concedidas no período foram aplicadas por júris e apenas 2% por juízes singulares e que, além disso, as indenizações deferidas pelos júris eram imprevisíveis e sem correlação adequada com os *compensatory damages* fixados. Concluíram, ainda, que os júris seriam mais propensos à concessão de *punitive damages* e mesmo de *compensatory damages* em valores mais elevados que os juízes singulares.

Esses estudos demonstram que, apesar do uso disseminado dos *punitive damages* no âmbito do direito norte-americano, as controvérsias sobre a sua aplicabilidade, critérios de utilização e eficácia continuam atuais.

3 APLICABILIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO BRASILEIRO

A aplicabilidade do instituto dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro ainda é objeto de controvérsia. Alguns autores advogam a sua inaplicabilidade em razão de peculiaridades do sistema jurídico nacional, em especial no que se refere às funções da responsabilização civil. Outros defendem a sua plena aplicabilidade, com fundamento em normas de ordem constitucional e nos primados da boa-fé e da vedação ao abuso de direito (MORAES, 2000).

A primeira, e talvez a principal, objeção feita ao uso das indenizações punitivas no país se refere exatamente à ausência de previsão legislativa nesse sentido. Como assevera Maria Celina Bodin de Moraes, “não há na legislação brasileira nada que autorize a aplicação de uma função punitiva ao lado da função compensatória à indenização de danos extrapatrimoniais. Ao contrário, o instituto dos chamados (erroneamente) danos punitivos foi por diversas vezes rejeitado pelo legislador nacional” (MORAES, 2000, p. 47-48).

De fato, na medida em que os *punitive damages* têm inegável natureza de pena civil e que, nos termos do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, não se admite a imposição de pena sem prévia cominação legal, a sua utilização no âmbito do direito brasileiro dependeria necessariamente de uma alteração legislativa.

Como anteriormente asseverado, o Brasil adota o sistema jurídico do *civil law*, sendo, portanto, a previsão legislativa pressuposto para a aplicação de um instituto no país, ao passo que no âmbito do direito norte-americano, onde vige o sistema do *common law*, as normas jurídicas são criadas em função dos casos concretos levados à apreciação nos tribunais. Nesse sentido, a ausência de previsão legal refletiria uma clara opção do legislador nacional pelo caráter reparatório/compensatório da

responsabilidade civil, afastando-se das antigas concepções da indenização como pena civil. A esta objeção, os defensores dos *punitive damages* alegam que haveria previsão constitucional para a sua aplicação no Brasil.

Entendendo-se o dano como sendo a lesão a um interesse juridicamente tutelado, a simples conduta ilícita, violadora de um direito subjetivo, tenha ela consequências concretas ou não, causaria um dano, chamado de “dano evento”, na medida em que ofenderia o interesse da vítima direta e de toda a coletividade, ante a sua contrariedade ao direito. Uma mesma conduta ilícita pode gerar, também, um prejuízo efetivo para a vítima, com a redução de seu patrimônio ou agravos de natureza moral, sendo consequência do “dano evento”, chamado de “dano resultado”. Seriam o dano evento e o dano resultado duas etapas de uma mesma conduta. Como esclarecem Leal e Bonna, “[o] dano, sob uma perspectiva, é a lesão ao direito subjetivo ou ao interesse juridicamente protegido (dano-evento); por outra perspectiva, o dano será a consequência da lesão (dano-prejuízo)” (2017, p. 58).

De acordo com o art. 927 do Código Civil vigente, a função da responsabilidade civil é a de corrigir o dano prejuízo. Tanto que, segundo Sergio Cavalieri Filho,

[n]ão haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano” (2008, p. 70). Assim, o sujeito que comete um ilícito, mas não gera prejuízo efetivo, não poderia ser responsabilizado, já que teria havido o “dano evento” (ilícito), mas não o “dano prejuízo.

Segundo os seus defensores, os *punitive damages* buscariam subverter essa lógica, garantindo que mesmo condutas ilícitas que não causem “dano prejuízo” gerem o dever de indenizar. A responsabilidade civil serviria, assim, como um instrumento para desestimular condutas reprováveis que não causaram prejuízos para vítimas específicas ou que causaram prejuízos de pequena monta, não atrativos para a busca do ressarcimento do ponto de vista individual em razão dos custos agregados ao processo.

A utilização dos *punitive damages* estaria, assim, implicitamente autorizada pela Constituição Federal, que, ao preconizar o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem-estar geral (art. 3º. III e IV), a inviolabilidade dos interesses existenciais do ser humano e a função social da propriedade (art. 5º, XXIII), autorizaria a utilização da responsabilização civil como um instrumento não apenas para a reparação de prejuízos, mas também para a tutela dos interesses sociais, para a promoção da solidariedade social e da justiça distributiva (LEAL; BONNA, 2017).

A Constituição Federal admitiria a responsabilização civil sem a presença do “dano prejuízo”, quando ela desempenharia função diversa da reparatória. Em função da incidência dos princípios constitucionais também às relações privadas (Constitucionalização do Direito Civil), a responsabilidade civil poderia ser utilizada para punir condutas inadequadas, de modo que os *punitive damages* seriam uma indenização que funcionaria como um desestímulo às atividades violadoras de direitos e potencialmente causadoras de “danos prejuízos”, colaborando para a imposição de um padrão de comportamento socialmente desejado.

Desse modo, seria possível a imediata aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro. Não em todos os casos de responsabilização civil mas em situações em que as condutas dos agressores sejam marcadas por atos reiterados, ultrajantes, gravíssimos e caracterizados por alto grau de indiferença com os direitos alheios. Serviriam para sancionar o agressor naquelas hipóteses em que ele não teria perspectiva de ser responsabilizado civilmente, na medida em que suas condutas ilícitas não geram “danos prejuízo” ou geram lesões de pequena monta.

Farias, Braga Neto e Rosenvald defendem que os *punitive damages* também encontram guarida infraconstitucional. Não na cláusula geral de ilicitude, prevista pelo art. 186 combinado com o art. 927 do Código Civil, mas sim “em uma noção de sanção punitiva decorrente de fato ilícito em sentido amplo [...] inerente à teoria do fato jurídico, justificando uma série de dispositivos esparsos na lei civil”, a exemplo da indenização devida em caso de cobrança indevida, fixada pelo art. 42 do Código de Defesa do

Consumidor, e das sanções indicadas pelo art. 12 do Código Civil, para as situações de ameaças e/ou lesões a direitos da personalidade (2018, p. 467-468).

Os autores contrários à aplicação dos *punitive damages* trazem objeções acerca do enriquecimento sem causa da vítima e do estímulo à litigância excessiva e abusiva, críticas semelhantes às feitas ao instituto também no âmbito do direito norte-americano (RESEDÁ, 2008, p. 257).

A primeira objeção é rechaçada pelos seus defensores ao argumento de que o enriquecimento baseado em uma condenação judicial não seria reputado ilícito, já que decorrente de uma causa justificada. Ademais, como ressalta Luciana de Godoy Penteadó Gattaz, na medida em que as indenizações punitivas são arbitradas com o propósito de coibir condutas de extrema culpabilidade e que ofendem direitos fundamentais e da personalidade, como a vida, a saúde e a segurança das vítimas, “não é difícil defender que prevaleça sobre uma norma infraconstitucional, tal como é a vedação do enriquecimento sem causa” (2016, p.13).

Ademais, o ordenamento pátrio admite que o valor dos *punitive damages* seja direcionado não para a vítima mas sim para entidades de assistência social ou para o próprio Estado, o que também permitiria a solução dessa questão.

E quanto ao abuso nos pleitos indenizatórios, entende-se que ele seria apenas uma etapa necessária para a estabilização do instituto, podendo ser contido pelos mecanismos que obstam a litigância de má-fé em geral (ANDRADE, 2003).

Outra crítica à aplicação do instituto reside no fato de que no ordenamento jurídico brasileiro existem mecanismos específicos para a tutela de interesses da coletividade, tanto no âmbito civil (ação civil pública e ações coletivas) quanto no âmbito penal e administrativo (pagamento de multas). Paulo de Tarso Sanseverino (2010, p. 75) defende, inclusive, que “a única exceção admitida em nosso sistema jurídico de indenização com natureza punitiva é nas hipóteses de danos extrapatrimoniais coletivos”. Nesses casos, as indenizações pagas são direcionadas a fundos específicos, sendo revertidas em favor de toda coletividade. Diante disso, a condenação do agressor ao pagamento de *punitive damages* em demandas individuais

poderia implicar em um *bis in idem*, já que o objetivo desta indenização também seria o de recompor um dano coletivo já tutelado por outro instituto.

Em que pesem as divergências acima apontadas, o fato é que a ideia da fixação de uma indenização de caráter punitivo já foi incorporada ao direito pátrio através do processo de arbitramento das indenizações por danos morais. Como ressalta Anderson Schreiber,

[n]o Brasil, como em outros países de tradição romano-germânica, vive-se uma situação claramente anômala, na qual os *punitive damages* não vêm admitidos como parcela adicional de indenização mas aparecem embutidos na própria compensação do dano moral (2013, p. 211).

Em que pese o art. 944 do Código Civil determinar que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, denotando que ela deve ser fixada no valor necessário à reparação/compensação dos danos, o fato é que outras balizas vêm sendo adotadas no processo de arbitramento das indenizações por danos extrapatrimoniais.

Segundo Paulo de Tarso Sanseverino (2010), o Código Civil teria previsto implicitamente um critério de duplo arbitramento para as indenizações por danos morais, que devem ser fixadas em duas etapas. É o chamado método bifásico de quantificação do dano moral. Primeiramente, deve ser fixado um valor de base, tomando-se como parâmetro os precedentes dos tribunais para casos semelhantes e, em seguida, devem ser analisadas as situações do caso concreto, a saber, a capacidade econômica das partes, as consequências do evento danoso e o ânimo do agressor, em um processo semelhante ao efetuado quando da dosimetria da pena no âmbito do direito penal. Busca-se, assim, fixar uma indenização que seja capaz não apenas de compensar os prejuízos sofridos pela vítima, mas também de penalizar o ofensor, obrigando-o a dispendir um valor que considere expressivo.

O mesmo autor ressalta, todavia, que, a seu ver, a referência feita ao caráter punitivo das indenizações por danos morais não seria suficiente para enquadrá-las como *punitive damages*, sendo, na verdade, apenas uma

“fundamentação voltada ao arbitramento equitativo da indenização calcada na sua função satisfatória” (2010, p. 75-76).

Por ocasião das discussões acerca da reparabilidade do dano moral, que restaram superadas no âmbito do direito brasileiro com a Constituição de 1988, que previu expressamente a sua reparação (art. 5º, X), um dos argumentos a favor da indenização nesses casos era exatamente o de seu caráter punitivo e pedagógico. Talvez o entendimento acima referido seja baseado em um resquício dessa antiga discussão (MORAES, 2000).

De qualquer sorte, de acordo com Raul Araújo Filho (2014), os precedentes do Superior Tribunal de Justiça demonstram que, apesar da inexistência de previsão expressa de utilização da gravidade da culpa como critério para arbitramento dos danos morais, essa análise é comumente efetuada, havendo a majoração das indenizações arbitradas em situações em que a conduta do ofensor é considerada especialmente reprovável, seja a responsabilidade incidente objetiva ou subjetiva.

Assim, de *lege ferenda*, os *punitive damages* são amplamente aplicados no âmbito do direito brasileiro, a despeito das relevantes críticas que lhe são feitas. Todavia, não são cabíveis em qualquer demanda indenizatória, exigindo a confluência de certos requisitos que justifiquem a imposição de uma penalidade ao ofensor.

Segundo André Gustavo Andrade (2003), no âmbito do direito brasileiro os *punitive damages* só poderiam ser aplicados quando estivessem presentes os seguintes pressupostos:

a) Dano moral a ser compensado: nas hipóteses em que a vítima sofreu apenas danos materiais a aplicação dos *punitive damages* seria difícil ante a regra básica de que a indenização se mede pela extensão do dano sofrido e a ausência de previsão legislativa para a sua utilização. Mesmo no âmbito do direito norte-americano, não se admitiria, como regra, a fixação de indenizações punitivas nas hipóteses de simples descumprimento contratual, em que a lesão é puramente patrimonial, orientação também adotada no direito brasileiro¹. Já no que concerne às indenizações por danos

¹ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS.

morais, esse obstáculo restaria superado ante a inexistência de parâmetros objetivos para a mensuração dos valores necessários à compensação da vítima;

b) Culpa grave por parte do agressor: como a função dos *punitive damages* seria a de punir o agressor, bem como servir de exemplo para a sociedade, desestimulando a adoção de condutas semelhantes, há necessidade de valoração da conduta por ele adotada, que só pode ser apenada se for reprovável e merecedora de censura. Segundo Resedá (2008), a conduta reprovável do agressor, que justificaria a indenização punitiva, seria aquela praticada com má-fé, dolo ou atitudes moralmente culpáveis, comportamentos que podem ser agravados pela reincidência do agressor. Este mesmo autor pontua, ainda, a necessidade de que a conduta praticada seja desestimulada, não havendo sentido no arbitramento da indenização punitiva para situações pontuais, mas apenas para aquelas situações em que o comportamento seja passível de repetição por terceiros;

c) Lucro ilícito do agressor com a conduta: os *punitive damages* também seriam aplicáveis em hipóteses em que o agressor obtém vantagens financeiras com o ato praticado. Nesses casos, segundo Andrade (2003), seria dispensável até mesmo a prova da culpa grave para a aplicação da indenização punitiva na medida em que o simples fato de o sujeito obter lucro com a lesão a direitos extrapatrimoniais de terceiros, por si só, seria reprovável, havendo a necessidade de que as vantagens por ele obtidas sejam integralmente perdidas, eliminando-se o lucro indevido por meio do pagamento da indenização.

Deve ser observado, ainda, que os *punitive damages* são aplicáveis tanto em hipóteses de responsabilização objetiva quanto de responsabilização subjetiva. Em que pese a responsabilização objetiva

INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO.

1. Julgamento sob a égide do CPC/15.

2. O inadimplemento contratual não causa, por si só, danos morais.

Precedentes.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1684009/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 04/12/2017)

independer da existência de culpa do agressor, ela pode estar presente na conduta danosa e deverá ser analisada para a aferição do seu grau de reprovabilidade.

4 PARÂMETROS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO

A relação médico paciente é indubitavelmente uma relação jurídica na medida em que produz direitos e deveres para ambas as partes. Possui nítida natureza contratual, havendo alguma divergência nesse particular no que se refere a relações travadas com pacientes incapazes, bem como com prestadores de serviços públicos de saúde, que não teriam conotação negocial (KFOURI NETO, 2001).

Apesar de acirrada controvérsia doutrinária², o entendimento jurisprudencial majoritário é no sentido de que relação médico paciente é uma relação de consumo, de modo que incidem sobre ela as regras do Código de Defesa do Consumidor acerca da matéria³. E, de acordo com o

² O próprio Código de Ética Médica (Resolução CFM 2.217/2018) dispõe, em seu item XX, que: “A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.”

³ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA OFTALMOLÓGICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE PELO SERVIÇO PRESTADO. ART. 14 DO CDC. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta eg. Corte delimitou adequadamente a natureza da responsabilidade dos serviços de saúde prestados por sociedades empresárias e por pessoas físicas levando em consideração, notadamente, as peculiaridades de cada contrato.

2. “[...] aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC)” (REsp 1.145.728/MG, Relator o Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 28.6.2011).

3. A teor do art. 14, caput, do CDC, tem-se que o hospital responde objetivamente pelos danos causados ao paciente-consumidor em casos de defeito na prestação do serviço.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 768.239/MT, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016)

art. 14 deste diploma legal, a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva, salvo no caso dos profissionais liberais, em que ela é subjetiva (art. 14, §4º).

Nesse particular, o regramento do Código de Defesa do Consumidor pouco difere daquele previsto pelo Código Civil, na medida em que a atividade médica, isoladamente desempenhada, impõe a responsabilização subjetiva do profissional, conforme art. 951 do Código Civil, mas, desempenhada em larga escala, de forma empresarial, pode ser considerada uma atividade de risco, levando à incidência, nos casos de erro médico, das regras esculpidas nos arts. 927, parágrafo único, e 932, III, do Código Civil, que impõem a responsabilização objetiva do prestador de serviços. Ressalte-se que, mesmo nesses casos, a responsabilidade do médico é subjetiva, em razão do quanto disposto no referido art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, sendo a responsabilização objetiva imputável apenas à clínica/hospital.

Tradicionalmente, os danos passíveis de reparação são divididos de forma binária em danos materiais e morais. Os danos materiais seriam aqueles que implicam em uma redução patrimonial imediata (danos emergentes) ou futura (lucros cessantes e danos futuros). Já os danos morais seriam conceituados por exclusão, englobando todas as lesões a direitos de caráter extrapatrimonial (direitos da personalidade e direitos de família puros), bem como outras lesões não aferíveis pecuniariamente.

A reparação civil recaía exclusivamente sobre o patrimônio, cabendo ao agressor o dever de reparar as perdas patrimoniais imediatamente sofridas pela vítima bem como as vantagens que esta razoavelmente deixou de auferir. Com o reconhecimento dos direitos da personalidade, desenvolveu-se a teoria da reparabilidade do dano moral, decorrente da lesão a direitos de caráter extrapatrimonial, que devem ser compensados, minorando-se os inconvenientes sofridos pela vítima. A reparabilidade do dano moral no direito brasileiro não é mais controversa, na medida em que foi expressamente prevista pelo art. 5º, X, da Constituição Federal, como referido anteriormente.

De acordo com o entendimento atual da jurisprudência, são cumuláveis as indenizações por danos morais e materiais, conforme Súmula 37 do STJ. Isso porque uma mesma conduta pode lesar direitos

patrimoniais e extrapatrimoniais. Tal situação ocorre com frequência em casos de erro médico em que o paciente experimenta os prejuízos materiais decorrentes das despesas com o tratamento de saúde e com o período de convalescença bem como a lesão indevida à sua integridade física.

Ao lado da cumulação dos danos morais e materiais, admite-se, também, a cumulação dos danos estéticos, que são aqueles que geram alterações morfológicas permanentes no sujeito, que levam à sua segregação social, tornando-o objeto de repulsa (DINIZ, 2011). Segundo a Sumula 387 do STJ, caso o dano estético seja passível de apuração separada e tenha causa inconfundível com aquela geradora dos danos moral e material postulados, admite-se a cumulação das indenizações.

De acordo com o art. 944 do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano. Com isso, foi consagrado no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da reparação integral, garantindo-se que a vítima receba indenização proporcional ao prejuízo por ela experimentado, não enriquecendo ilicitamente (SANSEVERINO, 2010). No parágrafo único do mesmo dispositivo, determina-se, todavia, que, em havendo uma desproporção entre o grau da culpa do agressor e o dano, deve haver uma redução do valor da indenização devida.

No caso dos danos materiais, a fixação da indenização é mais fácil, por depender de um critério puramente objetivo, matemático. Já no caso da indenização por danos morais, essa tarefa é mais complexa, na medida em que se busca compensar prejuízos não aferíveis pecuniariamente. E essa incerteza quanto aos critérios a serem utilizados para a sua fixação é que vem, na prática, viabilizando a imputação de indenizações de caráter punitivo no direito brasileiro.

5 PUNITIVE DAMAGES E ERRO MÉDICO

Como acima esclarecido, no âmbito do direito norte-americano, os *punitive damages* são passíveis de utilização em demandas em que são questionados erros médicos/má prática profissional. Segundo Clermont e Eisenberg (2018), as demandas envolvendo erros médicos (*medical malpractice*) comporiam, somadas às demandas decorrentes de ilícitos

extracontratuais e contratuais (*torts e contracts*) e às demandas relativas à discriminação no trabalho (*job discrimination*), o universo dos processos em que são postuladas e deferidas indenizações punitivas.

A aplicação dos *punitive damages* não é cabível em qualquer situação de má prática médica, mas apenas em situações em que o profissional atua de forma extremamente reprovável, sendo assim consideradas aquelas em que ele age com negligência grave; indiferença/desprezo à segurança e bem-estar do paciente; patente desrespeito aos preceitos éticos que regem a sua profissão; malícia, violência ou opressão; imprudência extrema, fraude ou em outras circunstâncias que impliquem em agravamento de sua conduta (SCHLUETER; REDDEN apud ANDRADE, 2003, p. 146). O médico deve ser penalizado quando age de forma extremamente imprudente ou prejudicial ao seu paciente, estando ciente do caráter ilícito/antiético de sua conduta.

André Gustavo Corrêa Andrade (2003) aponta alguns casos em que foram aplicados *punitive damages* pelas cortes norte-americanas, em razão de *medical malpractice*, que evidenciam o seu caráter excepcional. Ele indica situações em que os profissionais deixaram de utilizar a técnica apropriada, adotaram as técnicas apropriadas e as executaram de forma imprópria, incompetente ou mesmo maliciosa ou deixaram de praticar atos de sua incumbência. Ressalta o caso de um médico que destruiu o prontuário de seu paciente com o objetivo de ocultar provas de sua negligência, o de um anestesista que abandonou a sala de cirurgia no curso do procedimento, expondo o paciente a risco de complicações, e o de um médico que implantou em sua paciente silicone impróprio para uso humano.

Outros casos relatados pela doutrina são o de um médico de prestava atendimentos parciais aos seus pacientes, para garantir o seu retorno para novos atendimentos, e o de um hospital que omitiu de pacientes idosos, de saúde mais frágil, a ocorrência recorrente de casos de infecção hospitalar, deixando-os suscetíveis à contaminação (SUSZEC, 2018).

Percebe-se, pelos casos narrados, que os *punitive damages* são aplicados quando há uma falta extrema por parte do profissional médico, capaz de causar o desprestígio para toda a classe médica e expor a risco a própria confiabilidade da relação médico-paciente.

As principais críticas à aplicação dos *punitive damages* em demandas envolvendo má prática profissional médica nos Estados Unidos são de ordem econômica.

A fixação de indenizações por erro médico de forma frequente, impôs a necessidade de contratação de seguros de responsabilidade por parte de médicos e hospitais, para garantia de suas atividades. E esse custo, como ocorre em qualquer atividade econômica, é repassado para os consumidores, com a elevação dos preços e consequente restrição do acesso aos serviços, situação que ganha contornos dramáticos quando se observa que, nos Estados Unidos, a saúde é prestada de forma inteiramente privada.

Como o prêmio dos seguros é proporcional ao risco de ocorrência do sinistro, quanto maior o valor das indenizações arbitradas, o que ocorre com a condenação em *punitive damages*, maiores se tornam os custos com seguro e, conseqüentemente, o preço dos serviços de saúde (SUSZEC, 2018).

Em alguns estados americanos, houve redução da própria oferta de seguros de responsabilidade civil para médicos e hospitais em razão de condenações reiteradas ao pagamento de indenizações punitivas muito elevadas. Esse fenômeno também vem sendo apontado como causa da redução da oferta de profissionais e serviços de saúde em áreas mais propensas a processos, como ginecologia e obstetrícia, cirurgia geral e cirurgia plástica.

Objeta-se, ainda, que os *punitive damages* teriam um caráter acessório, na medida em que a principal obrigação associada ao erro médico seria a de reparar/compensar os prejuízos sofridos pelos pacientes. Desse modo, a sua fixação serviria apenas para majorar o custo dos serviços de saúde, não se garantindo a compensação para todos os pacientes lesados pelo médico, mas apenas para aquele que vinha a ser agraciado pela fixação excepcional de uma indenização punitiva.

Em razão dessas ponderações, diversos estados americanos passaram a restringir ou mesmo a vedar a fixação de punitive damages em demandas relativas a erros médicos. Diante disso, os júris e julgadores passaram a utilizar a mesma estratégia utilizada no Brasil para fixação das indenizações punitivas, qual seja, a de majorar o valor dos compensatory damages a fim de punir, de forma transversa, o profissional médico. Para coibir esse comportamento, novas alterações legislativas vêm sendo efetuadas para fixar limites ao arbitramento não só das indenizações punitivas, mas também das indenizações por danos extrapatrimoniais, adotando-se em alguns estados um sistema de tabelamento (SHARKEY, 2018).

As mesmas objeções de ordem econômica à aplicação dos *punitive damages* nas situações de erro médico também são aplicáveis no âmbito do direito brasileiro. A judicialização da medicina vem ganhando força no país. De acordo com os dados dos Relatórios “Justiça em Números” elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2020), no ano de 2019 foram ajuizadas perante a Justiça Comum Estadual do país 28.164 novas demandas em que os autores postularam indenização por danos morais e/ou materiais em razão de erro médico, número superior ao verificado em 2018 (21.551) e inferior ao verificado em 2017 (29.273).⁴

Considerando-se que, segundo último levantamento do Conselho Federal de Medicina, existem no Brasil 523.528 médicos com registros ativos (CFM, 2020), pode-se afirmar que aproximadamente 15% dos médicos do país já tiveram suas condutas técnicas questionadas judicialmente nos últimos três anos.

Nessa esteira, diversos profissionais médicos e instituições de saúde vêm contratando seguros de responsabilidade profissional, apesar de expressa orientação do Conselho Federal de Medicina em sentido

⁴ Dados obtidos através do site do CNJ: <https://paineis.cnj.jus.br/QuAJAXZfc/opedoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 10 maio. 2020.

contrário. Como ressalta Gustavo Tepedino, apesar dessas contratações não fazerem parte da tradição brasileira, o aumento da litigiosidade da área médica vem levando à sua disseminação (2000, p. 74)

O fato é que, com base no entendimento acerca do caráter punitivo do dano moral, acima mencionado, a jurisprudência pátria vem fixando indenizações punitivas em casos de erro médico, majorando o valor tradicionalmente concedido para compensação de danos morais equivalentes quando constatada a extrema reprovabilidade da conduta dos médicos envolvidos.

No ano de 2004, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal manteve indenização fixada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª. Região à família de menor falecido em razão de erro médico. Segundo as provas produzidas, o menor teve afundamento frontal de crânio, edema cerebral e contusão hemorrágica em razão de parto a fórceps realizado em hospital público. A União foi objetivamente responsabilizada pelo resultado danoso, sendo condenada ao pagamento de indenização no valor de R\$144.800,00 (cento e quarenta e quatro mil e oitocentos reais), valor superior ao habitualmente fixado para situações de morte à época (máximo de 500 salários-mínimos), por ter sido considerado que houve, no caso, uma culpa elevada dos profissionais envolvidos. Em seu voto, o ministro-relator, Celso de Mello, asseverou a correção da aplicação de uma indenização punitiva no caso:

[...] Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público – presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal *a quo* - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (“*punitive*

damages”), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro⁵. (grifos do autor)

Em um julgamento mais recente, o Superior Tribunal de Justiça manteve indenização no valor total de R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais), sendo R\$60.000,00 (sessenta mil reais) a título de danos morais e R\$60.000,00 (sessenta mil reais) a título de danos estéticos, a uma paciente que teria sido submetida a várias cirurgias plásticas sem sucesso, evidenciando-se a imperícia e imprudência graves por parte do profissional médico responsável. Esse caso ganhou notoriedade, pois a paciente foi atendida por um médico que praticou diversos atos de imperícia, atuando corriqueiramente como cirurgião plástico sem possuir habilitação técnica para tanto. Estima-se que ele tenha lesado mais de 400 (quatrocentas) pacientes, que ficaram com deformidades corporais variadas, de modo que o Ministério Público propôs uma demanda coletiva em favor das vítimas e obteve a condenação solidária do médico e do Conselho Regional de Medicina do Estado, em razão deste ter se omitido de impedir os atos do médico a despeito de ter sido reiteradamente provocado nesse sentido. Ao tratar sobre a fixação da indenização por danos morais e estéticos, o ministro-relator, Herman Benjamin, ressaltou a necessidade de fixação de um valor expressivo em razão da maior reprovabilidade da conduta do profissional médico:

[...] No tocante à indenização por danos morais, esta acaba por se perfazer mediante recomposição, ou seja, através da fixação de valor em pecúnia, forma de se tentar minorar a contrariedade vivenciada, cujo montante há de ser compatível à extensão do dano causado, ao abalo psíquico suportado, sem dar ensejo ao enriquecimento

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo de Instrumento n. 455.846-4 - RIO DE JANEIRO. Relator: Ministro Celso de Mello, 11 de Outubro de 2004. De 21.10.2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AI%20455846%22&base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 23 ago 2021.

sem causa, bem como ostentar feição de reprimenda ao responsável pela ocorrência fática, para que em tal conduta não venha a reincidir, devendo ser de igual modo ponderada a situação econômica de ambas as partes. Ainda, consoante entendimento assente na doutrina e jurisprudência pátrias, deve o importe arbitrado observar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade (STJ, AGAREsp 313672).⁶

⁶ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO EM REITERADAS CIRURGIAS PLÁSTICAS. OMISSÃO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. DANOS MORAIS. REVISÃO DA INDENIZAÇÃO.

EXORBITÂNCIA NÃO CONFIGURADA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul - CRM/MS e A J R O, em razão da realização de reiteradas cirurgias plásticas das quais derivaram danos materiais, morais e estéticos em diversos pacientes, objetivando a condenação dos réus à indenização pelas sequelas advindas dos procedimentos cirúrgicos indevidamente realizados pelo ex-médico.

2. O Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, consignou que, «para a condenação solidária do Conselho à reparação pelos aludidos danos, foi considerado o fato de que o CRM/MS teve ciência «das barbaridades técnicas efetuadas pelo ex-médico» ao menos em 1992 [...] Dita circunstância, qual seja, a patente omissão do Conselho quanto ao seu dever fiscalizador por cerca de dez anos, há de ser ponderada para fixação do importe indenizatório, ainda que se vislumbre a alta somatória que poderá ser a final devida, considerando a totalidade das vítimas. [...] A tal realidade, somem-se os contornos fáticos da presente lide, os quais foram devidamente sopesados pelo magistrado a quo para fins da fixação da verba indenizatória ora impugnada, destacando-se que: a paciente foi submetida a cirurgia nos olhos e no nariz; o procedimento foi mal executado, resultando em epífora (lacrimejamento), dificuldade de fechar totalmente as pálpebras (dorme com os olhos abertos), sendo necessário o uso de colírios e pomadas; para fins de tratamento, o laudo médico pericial recomenda avaliação da permeabilidade dos canais lacrimais e a da possibilidade de enxerto de pele na pálpebra inferior para reposicionamento do orifício lacrimal; o laudo psicológico aponta o diagnóstico de transtorno de estresse pós-traumático e recomenda tratamento mediante psicoterapia cognitiva comportamental. [...] No tocante à indenização por danos morais, esta acaba por se perfazer mediante recomposição, ou seja, através da fixação de valor em pecúnia, forma de se tentar minorar a contrariedade vivenciada, cujo montante há de ser compatível à extensão do dano causado, ao abalo psíquico suportado, sem dar ensejo ao enriquecimento sem causa, bem como ostentar feição de reprimenda ao responsável pela ocorrência fática, para que em tal conduta não venha a reincidir, devendo ser de igual modo ponderada a situação econômica de ambas as partes. Ainda, consoante entendimento assente na doutrina e jurisprudência pátrias, deve o importe arbitrado observar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade (STJ, AGAREsp 313672). Desse modo, tendo em vista o histórico dos

Pela análise dos julgados acima, provenientes das mais altas cortes nacionais, pode-se inferir que os *punitive damages* vêm sendo aplicados no país a demandas envolvendo erros médicos, seja a responsabilidade incidente objetiva ou subjetiva. De fato, os valores arbitrados a tal título não chegam aos absurdos montantes fixados pelos tribunais norte-americanos, mas são valores expressivos e que penalizam o médico.

Cabe uma maior reflexão, assim, sobre o que se pretende com a aplicação dessas indenizações punitivas, pois, analisando-se a evolução da judicialização da medicina e o encarecimento das condenações nos Estados Unidos, percebe-se que elas não contribuíram para a melhoria dos serviços, mas apenas para o estabelecimento de um sistema de saúde cada vez mais excludente, acessível a uma pequena parcela da população.

6 CONCLUSÃO

A aplicabilidade dos *punitive damages* no que se refere a demandas envolvendo erros médicos é uma realidade no direito norte-americano. E, com o processo de transferência cultural decorrente da própria globalização, esse instituto, típico do *common law*, foi incorporado ao direito brasileiro sem previsão legislativa, como seria esperado em um país com a tradição do *civil law*, e de forma transversa, como um critério para o arbitramento da indenização por dano moral.

As mesmas premissas utilizadas para aplicação dos *punitive damages* em outras demandas indenizatórias são utilizadas também nos

dissabores passados pela agravada, decorrentes da malsucedida intervenção cirúrgica realizada pelo corréu Alberto Rondon, relatados em sede da decisão agravada, e em especial considerando a prova documental e pericial realizada, entende-se dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade a fixação procedida pela instância a quo, a saber, o importe de R\$80.000,00 a título de danos morais e, ainda, a mesma quantia, R\$80.000,00, para fins de reparação pelos danos estéticos.» 3. A revisão desse entendimento implica reexame de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgInt no AREsp 903.130/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 7.10.2016, e AgRg no REsp 1.505.298/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6.4.2015.

4. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1671671/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 12/09/2017)

processos relativos a erros médicos, sendo fixada a indenização punitiva quando verificada a ocorrência de condutas profissionais extremamente reprováveis, sem maiores reflexões sobre a influência dessas condenações na organização dos serviços médicos no país e como elas podem indiretamente impactar a população.

Sem pretender menosprezar os danos experimentados pelos pacientes que são vítimas de erro médico, que devem ser, sim, integralmente reparados, o fato é que os médicos podem ser penalizados com a majoração de indenizações decorrentes de suas faltas profissionais, que poderão ir além da compensação pelos danos efetivamente decorrentes de sua conduta, sem base legal e sem uma prévia reflexão social sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003.

ARAÚJO FILHO, Raul. Punitive Damages e sua Aplicabilidade no Brasil. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina: Edição comemorativa, 25 anos / Superior Tribunal de Justiça**. -- Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. p. 327-346

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Para enfrentar a covid-19, o Brasil conta com 422 mil médicos com menos de 60 anos em atividade**. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28715:2020-06-09-21-01-37&catid=3#:~:text=CFM%2FFMUSP%20%E2%80%93%202020.&text=Raz%C3%A3o%20por%20habitante%20%D%20O%20aumento,5%20m%C3%A9dicos%20por%201.000%20habitantes>. Acesso em: 09 dez. 2020

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, [2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, [2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula n. 37.** SÃO CUMULÁVEIS AS INDENIZAÇÕES POR DANO MATERIAL E DANO MORAL ORIUNDOS DO MESMO FATOS. Brasília, DF, [1992]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). **Súmula n. 387.** É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Brasília, DF, [2009]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **AgRg no AREsp 768.239/MT.** Relator: Ministro Raul Araújo, 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22RAUL+ARA%DAJO%22%29.MIN.&processo=768239&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **STJ, AGAREsp 313672.** Relator: Ministro Herman Benjamin, 27 de abril de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73015237&num_registro=201701047997&data=20170912&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **AgInt no REsp 1684009/SP.** Relatora: Ministra Nanci Andri ghi, 21 de novembro de

2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1684009&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo de Instrumento n. 455.846-4 - RIO DE JANEIRO**. Relator: Ministro Celso de Mello, 11 de Outubro de 2004. De 21.10.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63567>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

CAVALIERI FILHO. **Programa de Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CLERMONTÉ, Kevin. M; EINSENBURG, Theodore. **Litigation Realities** (2002). Cornell Law Faculty Publications. Paper 219. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/219>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

CREMESP. **Guia da Relação Médico-Paciente**. São Paulo: CREMESP, 2001. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=18>. Acesso em: 06 jun. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. Punitive damages no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais** 2016 RT VOL.964 (FEVEREIRO 2016). Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.964.07.PDF>. Acesso em 09 dez. 2020.

HERSCH, Joni; VISCUSI, W. Kip. **Punitive Damages: How Judges and Juries Perform.** Discussion Paper Nº. 362, 05/2002, Harvard Law School, Cambridge, MA 02138. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/>. Acesso em: 15 fev. 2018.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; BONNA, Alexandre Pereira. Responsabilidade Civil sem Dano Prejuízo?. **Revista Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 15 - n 2, p. 56-71, 2º sem. 2017. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume15_numero2/volume15_numero2_56.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2020.

MODRO, Nilenso Ribeiro. **Considerações sobre a Responsabilidade Civil:** um estudo comparado entre o dano imaterial nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autônoma de Lisboa, Lisboa, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Punitive Damages em sistemas civilistas:** problemas e perspectivas. Revista trimestral de direito civil. v. 18 (abril/junho 2004). Rio de Janeiro: Padma, 2000.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente.** Estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral/ Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SHARKEY, Catherine M. **Unintended Consequences of medical malpractice damages caps**. New York University Law Reviv. Volume 80, n. 2, May 2005. p. 391-504. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=668023>. Acesso em: 15 fev.2018.

SUSZEC, Andrew. **Can a Patient Get Punitive Damages for Medical Negligence?** Disponível em: <<http://www.alllaw.com/articles/nolo/medical-malpractice/punitive-damages.html>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

TEPEDINO. Gustavo. Responsabilidade civil médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo: Padma, v. 2, p. 41-75, abr./jun. 2000.

VASCONCELOS, Camila. Responsabilidade médica e judicialização na relação médico-paciente. **Revista Bioética** (Impr.) 2012; 20 (3): 389-96. Disponível em: <<https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista-bioetica/article/view/757>>. Acesso em: 09 dez. 2020.

Camila Lemos Azi Pessoa

Doutora em Direito Fundamentais, Cultura e Relações Sociais pela
Universidade Federal da Bahia

Bacharela em Direito pela Universidade Salvador

Procuradora do Município de Salvador

Advogada

