

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER
CURSO DE DIREITO

EDMILSON GOMES COSTA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FARMACÊUTICO POR MEDICAMENTO
FORNECIDO SEM PRESCRIÇÃO MÉDICA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

30217
Socru

Tombo nº	10089
Classif.	
Ex.:	01
Origem:	d
Data:	23/02/2010

RUBIATABA/GOIÁS

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER

CURSO DE DIREITO

EDMILSON GOMES COSTA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FARMACÊUTICO POR
MEDICAMENTO FORNECIDO SEM PRESCRIÇÃO MÉDICA**

Monografia apresentada à Facer, - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba -, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor, Samuel Balduino Pires da Silva.

RUBIATABA/GOIÁS

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

EDMILSON GOMES COSTA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FARMACÊUTICO POR
MEDICAMENTO FORNECIDO SEM PRESCRIÇÃO MÉDICA**

COMISSÃO JULGADORA

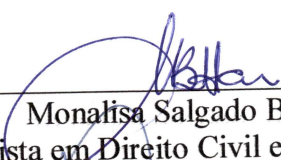
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

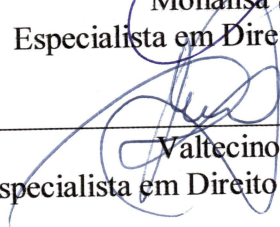
Orientador: _____

Samuel Balduino Pires da Silva.
Especialista em Direito Civil

Examinadora: _____


Monalisa Salgado Bittar
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

Examinador: _____


Valtecino Eufrásio Leal
Especialista em Direito Constitucional e Processual

Rubiataba, 2009.

Agradeço a Deus.

Aos professores Samuel e Gerusa, pelo auxílio, disponibilidade de tempo e pelo fornecimento de material para a pesquisa do tema.

Dedico este trabalho a Deus, pois sem Ele nada seria possível.

A minha amada, esposa, Mirna, por toda sua paciência e compreensão em todos os momentos desta e de outras caminhadas.

Aos meus pais e às minhas filhas que sempre me apoiaram e me ajudaram.

Ao meu professor e orientador Samuel Balduino Pires, pelo auxílio, disponibilidade de tempo e pelo fornecimento de material para a pesquisa do tema.

"Pouca coisa pode se opor a um homem capaz de conquistar a si próprio"

Louis XIV

RESUMO: A responsabilidade civil do farmacêutico, na venda de remédios sem prescrição médica é matéria de soberano valor e que envolve a todos, afinal o assunto em discussão fala, também, de saúde e esta, em todos os contextos, deve ser entendida como Vida. Por isso, a pesquisa, que aqui se apresenta, aborda desde a origem do instituto da responsabilidade, que está consubstanciada, em sua gênese, na concepção da vingança privada, perpassa pelo surgimento da responsabilidade civil e finaliza com a discussão sobre a pessoa do farmacêutico e sua responsabilidade no comércio de medicamentos, sem a prescrição médica.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Farmacêutico. Medicamentos. Prescrição Médica

ABSTRACT: Liability of the pharmacist in the sale of medicines without prescription is a matter of sovereign value and that involves everyone, after all the subject under discussion speaks also of health and this, in all contexts, be understood as Life. Therefore, the research presented here, addresses the origin from the Institute of responsibility that is reflected in its genesis, in the design of private revenge, running through the appearance of liability and concludes with a discussion on the person of the pharmacist and his responsibility in the trade of medicines without prescription.

Key words: Liability. Pharmaceuticals. Medicines. Prescription

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	13
1.1 Fases da responsabilidade civil e os Códigos de Hamurábi e Napoleão.....	13
1.1.1 Fase da vingança privada.....	13
1.1.2 Fase da composição voluntária.....	14
1.1.3 Fase da Lei Aquilia ou <i>Lex Aquilia</i> de Damno.....	15
1.2 Código de Hamurábi.....	15
1.3 Código de Napoleão.....	16
1.4 Evolução da responsabilidade civil no Brasil.....	18
2. RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITOS, PRESSUPOSTOS.....	19
2.1 Conceitos.....	19
2.2 Pressupostos.....	20
2.2.1 Ação ou omissão.....	20
2.2.2 Dano.....	21
2.2.2.1 Dano patrimonial.....	22
2.2.2.2 Dano moral.....	23
2.3 Nexo de causalidade.....	24
2.3.1 Excludentes de causalidade.....	25
2.3.2 Culpa exclusiva da vítima.....	25
2.3.3 Culpa concorrente da vítima e do agente.....	26
2.3.4 Culpa de terceiro.....	26
2.3.5 Caso fortuito e força maior.....	27
2.4 Culpa e dolo.....	28
2.5 Responsabilidade penal e civil.....	29
2.6 Responsabilidade objetiva e subjetiva.....	30
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FARMACÊUTICO: MARCO LEGAL.....	33
3.1 Aporte Legal que rege as ações do farmacêutico.....	33
3.2 Responsabilidade civil do farmacêutico no Código de Defesa do Consumidor e em outros dispositivos legais.....	34
3.3 Farmacêutico: ajudante do médico e executor de suas prescrições.....	36

3.4 O Farmacêutico: dono do negócio, comerciante ou fornecedor.....	38
3.5 Excludentes da responsabilidade civil previstos no Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90.....	40
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FARMACÊUTICO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS SEM RECEITA MÉDICA.....	41
4.1 Breves concepções históricas sobre o farmacêutico.....	41
4.2 Responsabilidade civil do comerciante e do profissional farmacêutico.....	43
4.3 A Responsabilidade técnica do farmacêutico.....	45
4.4 A venda de medicamentos sem prescrição médica: se prejuízo para o fornecedor pode ser dano para o consumidor.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do farmacêutico, na venda de remédios sem prescrição médica é assunto de imensurável valia e que importa a todos, afinal, a matéria em discussão fala, também, de saúde e esta, em todos os contextos, deve ser encarada como Vida.

A escolha do tema deu-se em virtude, do conhecimento informal, que o autor da pesquisa trazia consigo, sobre uso e comércio indiscriminado de remédios, o que tem sido alvo de fervorosos debates entre, no mínimo, em três esferas da sociedade. De um lado o farmacêutico/ profissional/comerciante; do outro o consumidor, entre estes, ou para melhor atendê-los, os dispositivos legais.

A pesquisa objetivou estudar a responsabilidade civil do farmacêutico por medicamento fornecido sem prescrição médica. Buscou-se, de igual modo, fazer um levantamento histórico da responsabilidade civil, assim como conhecer a responsabilidade partindo de seu conceito e alguns pressupostos básicos, preocupou-se também em analisar o aporte legal que trata especificamente da responsabilidade civil do farmacêutico, e, no término, houve a necessidade de compreender o papel desse profissional da saúde, mediante a venda de medicamentos com ou sem prescrição médica.

A discussão tem início com a verificação da origem do instituto da responsabilidade, que está consubstanciada, em sua gênese, na concepção da vingança privada, conforme fundamenta Stolze e Pamplona Filho (2003, p. 10):

De fato, nas primeiras formas de organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção da vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido.

Na sequência, houve preocupação em apresentar o conceito e discorrer sobre pressupostos de responsabilidade civil, onde foi possível verificar que o termo responsabilidade advém do latim *respondere*, e significa o fato de alguém ter-se constituído

garantidor de algo¹. Mas, muitos são os conceitos assinalados pela doutrina em relação à responsabilidade civil, os quais compreendem diferentes aspectos. Diniz (2003, p. 34), assim a define:

[...] aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Tal definição engloba o dano moral e o patrimonial, responsabilidade civil objetiva, que se funda na existência do dano e do nexu causal, dispensando-se a culpa.

Já, para Vilaça (1997, p. 272), “a responsabilidade civil nada mais é do que o dever de indenizar o dano que surge sempre quando alguém deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato ou quando deixa de observar o sistema normativo que rege a vida do cidadão”.

O conceito de responsabilidade civil supracitado abrange a responsabilidade prevista no texto legal, a extracontratual subjetiva e a objetiva e outras que porventura vieram a integrar o sistema. Isso ficou explícito no primeiro e segundo capítulos.

No decorrer da investigação, há uma abordagem, no capítulo 3, sobre a responsabilidade civil do farmacêutico no Código de Defesa do Consumidor e em outros dispositivos legais. Quando, então, constatou que a Lei número 8.078/1990, precisamente em seu artigo 12, é explícita em dizer dos deveres do produtor/fornecedor, seja ele de fármacos ou não.

Para finalizar a pesquisa, no capítulo quatro, o debate se fortificou em torno da responsabilidade civil do farmacêutico em comercializar medicamentos sem prescrição médica. Para tanto, logo no início falou-se do surgimento da pessoa do farmacêutico, aqui no

¹ PANTALEÃO. Juliana F. Ação civil *ex delicto*. Boletim Jurídico. (2004). Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=400>> Acesso em: 16 de ago. 2009.

Brasil, lembrando que em tempos passados essa figura, chamada boticário, era representada por curiosos investigadores que usavam das plantas para a cura das diferentes doenças.

No problema levantado para a realização da pesquisa, questionou-se se farmacêutico responde civilmente por danos causados em virtude de medicamento fornecido sem prescrição médica, onde o objetivo foi verificar esse assunto. Quanto à metodologia, utilizou-se o método da abordagem dialética, que conforme afirma Martins (1997, p. 9):

Nos estudos que utilizam técnicas bibliográficas e históricos com pesquisas de textos, documentos, registros e dados empíricos, priorizando a análise do discurso. Enquanto as categorias básicas da concepção positivista fundam-se na linearidade, harmonia, fatos aistoricidade, etc. a concepção materialista histórica apóia-se nas categorias de totalidade, contradição, mediação, ideologia, práxis.

Quanto à técnica de pesquisa empregada foi a bibliográfica, ou seja, fez-se busca em livros, textos e em outras produções inerentes ao assunto objeto da pesquisa, portanto, concretizou-se a investigação por meio de consultas a artigos doutrinários, revistas e materiais jurídicos ou não, retirados da internet.

Espera-se, com o desenvolvimento desta investigação, contribuir para o mundo jurídico e científico à medida que se demonstrará a necessidade de expansão do assunto, bem como sua maior divulgação devido à relevância social da temática abordada e, de igual modo, trazer contribuições atuais e úteis aos operadores do Direito, profissionais da Farmacologia e consumidores de fármacos (no caso toda espécie humana), com vista à responsabilidade civil do farmacêutico no comércio de medicamentos, sem a devida prescrição médica.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A evolução humana, vista pela aparência social coletiva, evidencia diversas faces atraentes que, tratadas de forma científica e usadas como pesquisa trazem à baila novos conhecimentos acerca do modo de vida atual. Dessa forma para que se entenda o hoje, deve-se conhecer o passado e suas transformações. Antes do estudo, propriamente dito, sobre conceitos e pressupostos da responsabilidade civil, observou-se ser relevante uma breve abordagem sobre a sua evolução histórica, enfatizando essa evolução aqui no Brasil.

1.1 Fases da Responsabilidade Civil e os Códigos de Hamurabi e Napoleão

1.1.1 Fase da Vingança Privada

Nos tempos primordiais, os homens viviam em grupo e, nessa época, imperava a chamada fase da vingança privada, onde a agressão sofrida era repelida com outra agressão que causasse um dano igual ao sofrido. Era a chamada Lei de Talião. Segundo Diniz (2003, p. 9-10), “para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou”.

Assim, a origem do instituto da responsabilidade está consubstanciada, em sua origem, na concepção da vingança privada, conforme fundamenta Stolze e Pamplona Filho (2003, p. 10):

De fato, nas primeiras formas de organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção da vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido.

Nesse modelo de reparação de dano, tudo era realizado de maneira emocional, pois o válido era o aspecto material e a perda sofrida, não levando em conta a reparação em sim. Não era possível a recomposição da perda sofrida ou acordo.

1.1.2 Fase da Composição Voluntária

Com o processo natural de evolução da sociedade, o homem passou a perceber que não estava havendo uma recomposição ao dano sofrido, sendo que a retaliação não permitia reequilibrar o patrimônio diminuído pela ação do agressor. Com isso, passou-se a operar a fase da composição entre autor e vítima, onde o agressor poderia adquirir o perdão do ofendido mediante pagamento em dinheiro ou objetos estipulados pela vítima. Sobre a aplicação da composição ensina Stolze e Pamplona Filho (2003, p. 11):

Há, porém, ainda na própria lei mencionada, perspectivas da evolução do instituto, ao conceber a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, evitando-se a aplicação da pena de Talião. Assim, em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de *poena*², uma importância em dinheiro ou outros bens.

A fase da composição voluntária é substituída, posteriormente, pela fase da composição obrigatória, onde o legislador obrigava a vítima a aceitar a composição fixada pela autoridade e vedava à vítima fazer justiça com as próprias mãos.

² *Poena*. Deus da mitologia romana ou, deusa do castigo. Disponível em: <Wikipédia, a enciclopédia livre.> Acesso em: 18 de jun. 2009.

1.1.3 Fase da Lei Aquilia ou *Lex Aquilia de Damno*

Insta consignar o grande marco histórico da responsabilidade civil, qual seja a *Lex Aquilia de damno*³. Essa lei inseriu a idéia de reparar o dano sofrido analisando-se a intenção do indivíduo quando da prática da lesão a outrem, verificando-se se o ofensor queria causar o dano ao ofendido. Com essa nova visão, inseriu-se o elemento subjetivo da culpa, para a caracterização da responsabilidade civil.

Essa lei é composta por três partes, sendo que defende a substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado. Em relação a *Lex Aquilia* e seu caráter substitutivo, observa Lima (1999, p. 22-23):

A Lei Aquilia não se limitou a especificar melhor os atos ilícitos, mas substituiu as penas fixas, editadas por certas leis anteriores, pela reparação pecuniária do dano causado, tendo em vista o valor da coisa durante os 30 dias anteriores ao delito e atendendo, a princípio, ao valor real venal; mais tarde, estendeu-se o dano ao valor relativo, por influência da jurisprudência, de sorte que a reparação podia ser superior ao dano realmente sofrido, se a coisa diminuísse de valor, no caso prefixado.

1.2 Código de Hamurábi

O Código de Hamurábi é um dos mais antigos conjuntos de leis já encontrados, e um dos exemplos mais bem preservados deste tipo de documento da antiga Mesopotâmia. Segundo os cálculos, estima-se que tenha sido elaborado por Hamurabi por volta de 1700 a.C..⁴

Portanto é um documento histórico e precioso porque esclarece muitos aspectos da vida social da antiguidade. Por exemplo, trata da existência de três categorias de seres

³ *Lex Aquilia de damno* – Expressão em Latin que significa - Ação aquiliana de dano. Disponível em: <http://faculdadeanicuns.edu.br/acad_monografias/direito/direito_200510_vinicius.pdf> Acesso em: 20 de jun. 2009.

⁴ Código de Hamurábi. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi> Acesso em: 17 de jun. 2009.

humanos, sendo aquele que é chamado de homem, ou seja, o homem livre e aristocrata; aquele que se curva, o que identifica o servo e o homem livre pobre; e aquele que é propriedade, isto é, o escravo. Faria (2008, p.1) diz que “a importância do Código de Hamurábi reside no fato de este ter sido o primeiro código escrito a reunir as leis que até então eram passadas de geração em geração através apenas da fala”.

O conjunto de leis compiladas por Hamurabi tornou-se conhecido por estabelecer o princípio denominado pena de talião (ou retaliação), que prevê ao culpado a aplicação de castigo semelhante ao crime cometido. Esse princípio é definido pela expressão olho por olho, dente por dente, em uma referência ao fato de que aquele que provocasse cegueira em alguém também seria cegado.

As ofensas pessoais, desde que ocorridas na mesma classe social, eram, no Código de Hamurabi, reparadas mediante ofensas idênticas. O Código incluía, ainda, a reparação do dano à custa de pagamento de um valor pecuniário. Já naquela época, a imposição de uma pena econômica constituía uma forma de proporcionar à vítima uma satisfação compensatória, por meio da diminuição patrimonial do agente lesionador, ou seja, uma forma primitiva de reparação dos danos morais com valores pecuniários. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2003).

1.3 Código de Napoleão

O Código de Napoleão traz o preceito básico da responsabilidade civil extracontratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada, permitindo a sistematização da culpa e a distinção entre culpa contratual e extracontratual.

Acerca do Código de Napoleão, ensinam Stolze e Pamplona Filho (2003, p. 12-13):

Permitindo-se um salto histórico, observe-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil Aquilia – contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela idéia de reparação do dano sofrido – foi

incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna, a saber, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

Como observa os doutrinadores supracitados, o Código Civil de Napoleão operava-se pela teoria clássica da culpa, porém essa não conseguia solucionar grande parte dos casos concretos, em virtude da impossibilidade de comprovação do elemento anímico.

Com isso, novas soluções foram sendo tomadas pela jurisprudência, que ampliou o conceito de culpa e aceitou novas teorias dogmáticas, que se consubstanciava pela reparação do dano em virtude do risco criado.

As referidas teorias foram sendo incorporadas nas legislações modernas, inclusive no atual Código Civil Brasileiro. Lima (1999, p. 41), trata acerca dessa evolução:

O movimento inovador se levanta contra a obra secular; a luta se desencadeia tenazmente e sem tréguas; Ripert proclama Saleilles e Josserand os 'sindicados da massa falida da culpa', e, a despeito das afirmações de que a teoria do risco desfaleceu no ardor de seu ataque, seus defensores persistem na tarefa, e as necessidades econômicas e sociais da vida moderna intensa obrigam o legislador a abrir brechas na concepção da teoria clássica da responsabilidade.

O Código de Napoleão, sem dúvida alguma, é um dos marcos do direito, portanto há que se destacar a importância do trabalho realizado, pois o mesmo serve de alicerce e exemplo, não somente para ordenamentos jurídicos que já vigoram, mas, do mesmo modo, para aqueles que ainda virão a fazer parte do mundo do direito.

Todavia, é visível que, desde a antiguidade aos tempos atuais, pode-se notar a gradativa supressão das penas atribuídas aos danos na esfera civil, assumindo seu lugar a reparação do dano, fundamentada na teoria da culpa e na responsabilidade contratual e extracontratual para fixar a indenização.

1.4 Evolução da Responsabilidade Civil no Brasil

No período colonial vigiam as Ordenações do Reino. Nessa época confundiam-se a pena, multa e a reparação. Posteriormente, com a entrada em vigor do Código Criminal, em 1830, inseriu-se em seu corpo, o Capítulo IV, intitulado *Da Satisfação*, que estabelecia a satisfação completa, analisando-se o dano por todas as suas partes e consequências; a restituição da própria coisa ou outra equivalente; o pagamento de juros e a busca da coisa que existir em poder de terceiro.

Atualmente, com os desenvolvimentos industrial e tecnológico, houve um aumento de danos, ocasionando o surgimento de novas teorias que buscam a total reparação da vítima. A teoria do risco, objetiva reparar todo tipo de dano causado. Com isso, a teoria do risco que trata da responsabilidade de danos causados por ato ilícito e do dano objetivo, juntamente com a teoria da culpa espera reparar qualquer tipo de dano causado.

Pantaleão (2004, p.1), afirma que “sempre se buscou a reparação pelo dano material, pois a reparação pecuniária do dano moral era considerada repugnante. Hoje, a responsabilidade é vista sob o aspecto objetivo e, havendo dano patrimonial, moral, ou ambos, surge para o seu autor a obrigação de repará-lo”.

No princípio, reparava-se, apenas, o dano material, usando-se a responsabilidade objetiva, onde não se verificava se havia culpa ou não, bastando apenas a aparência do nexo de causalidade entre a ação e o dano. Posteriormente, buscou-se, através da Lei Aquilia, a reparação baseada na culpa do agente e, atualmente, procura-se conciliar a responsabilidade subjetiva com a responsabilidade objetiva e também com a teoria do risco. Por meio dessa vertente, objetiva-se a reparação total do dano, tanto o material como o moral.

Após o estudo do contexto histórico da responsabilidade civil, o assunto agora é a responsabilidade civil: conceitos e pressupostos.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITOS E PRESSUPOSTOS

2.1 Conceitos

O termo responsabilidade advém do latim *respondere*, e significa o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo⁵. Múltiplos são os conceitos assinalados pela doutrina em relação à responsabilidade civil, os quais compreendem diferentes aspectos. Por seu turno, Diniz (2003, p. 34), define responsabilidade civil:

Como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Tal definição engloba o dano moral e o patrimonial, responsabilidade civil objetiva, que se funda na existência do dano e do nexu causal, dispensando-se a culpa. A responsabilidade subjetiva fundamenta-se na existência da culpa.

Responsabilidade civil, para Villaça (1997, p. 272), “a responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano que surge sempre quando alguém deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato ou quando deixa de observar o sistema normativo que rege a vida do cidadão”.

O conceito de responsabilidade civil supracitado abrange a responsabilidade prevista no texto legal, a extracontratual subjetiva e a objetiva e outras que porventura vieram a integrar o sistema.

⁵ PANTALEÃO, Juliana F. Ação civil *ex delicto*. Boletim Jurídico. (2004). Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=400>> Acesso em: 16 de ago. 2009.

Conclui-se do que foi exposto nesse item, que há uma intenção recente de objetivação da responsabilidade civil, começada historicamente com a Revolução Industrial, mas com alcance crescente sobre legislação brasileira.

É uma mudança de caráter prático no instituto da responsabilidade, possibilitando uma proteção jurídica maior a quem sofrera o dano, em nome do princípio segundo o qual o direito resguarda a todos os lesados.

2.2 Pressupostos

O que se pode perceber é que há discordância entre os doutrinadores em relação aos pressupostos da responsabilidade civil. Venosa (2003, p. 13), relaciona quatro pressupostos para que exista o dever de indenizar, afirmando que “(...) os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e finalmente, culpa.” Para Diniz (2003, p. 32) são três os pressupostos, ou seja, “ação ou omissão, dano e a relação de causalidade”. Rodrigues (2002, p.16) apresenta como pressupostos da responsabilidade civil “a culpa do agente, ação ou omissão, relação de causalidade e dano”. Percebe-se na doutrina que o dolo, do mesmo modo, pode aparecer na responsabilidade civil. Oliveira (2008, p. 1) “o dolo existe quando há intenção de causar dano, o agente deseja o resultado e age na intenção de provocá-lo”.

Na presente pesquisa, para melhor entendimento da temática principal, ou seja, a responsabilidade civil do farmacêutico por medicamento fornecido sem prescrição médica; serão abordados os seguintes pressupostos, quais sejam: a ação, o dano, o nexo de causalidade e a culpa ou dolo.

2.2.1 Ação ou Omissão

Toda ação ou omissão expressa por vontade própria é geradora de responsabilidade civil, podendo ou não admitir ressarcimento pelos danos causados, quando devidamente

provados. Ação ou omissão para Diniz (2003, p. 37), é “todo ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”.

Portanto, não se indaga se a ação ou a omissão tenha sido culposa ou dolosa; indaga-se somente se houve ação ou omissão. Nesse sentido, Ribeiro (2007, p. 2), afirma que:

Quando se fala em ação ou omissão, refere-se a qualquer pessoa, inclusive direta ou indiretamente, ou seja, por ato próprio ou ato de terceiro pelo qual o agente esteja de algum modo civilmente responsável, bem assim os danos causados por animais ou coisas que pertençam àquela pessoa indiretamente responsável.

2.2.2 Dano

Não há reparação com ausência de prejuízo; sendo assim, o dano é um elemento indispensável à caracterização da responsabilidade civil. Ribeiro (2007, 4) esclarece que:

Dano é o elemento que menos discussões suscita na doutrina. Há de ser certo, e não hipotético. Tem de ser atual, existindo quando da distribuição da ação, ou ainda que sem dúvida advirá (caso de perigo concreto, ou risco iminente). O dano, ainda, deve ser subsistente, carecendo direito à indenização se o responsável já o tenha reparado integral e espontaneamente, por si ou por interposta pessoa. Deve ser demonstrado, à exaustão, seja ele de que ordem for; mas, em relação a danos morais, muitas das hipóteses dispensam sua prova irrefutável, posto presumidos *in re ipsa* ou se revela público e notório, sendo que fatos públicos e notórios não exigem provas. Cingem-se os danos materiais ao que efetivamente perdeu ou razoavelmente deixou de lucrar.

Portanto, o dano pode ser considerado como uma circunstância basilar da responsabilidade civil. Pois é a partir do dano que se inicia a necessidade de reparação, considerando que não há o que se falar sobre indenização, nem em ressarcimento, se o dano não existir.

O dano é assim normatizado pelo atual Código Civil brasileiro, *in verbis*:

Artigo 402 – Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos, devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar.

Artigo 403 – Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

2.2.2.1 Dano Patrimonial

O dano patrimonial consiste em uma lesão ao patrimônio material da vítima, e que há uma desvalorização ou destruição dele, sendo passível de avaliação pecuniária e de indenização. O dano patrimonial é calculado pela diferença entre o bem deteriorado e o real valor do bem. Pode haver tanto o ressarcimento em dinheiro quanto a restituição natural da coisa quando possível.

O dano patrimonial encontra na lição de Cavalieri Filho (1999, p. 38) a sua melhor definição, “o dano patrimonial, [...], também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro”.

Então, o dano material engloba tanto o dano emergente (diminuição do patrimônio do titular do bem atingido pela deterioração ou destruição) como o lucro cessante (aquilo que o titular do bem deixou de ganhar com a ocorrência do dano). Assim, para calcular o valor da operação, tem que se verificar se houve o dano emergente e o lucro cessante. O ressarcimento do dano emergente procura devolver suprir à vítima o valor de seu patrimônio antes da ocorrência do dano. O lucro cessante busca compensar o lesado pelo lucro que ele deixou de ter em razão do dano ocorrido.

2.2.2.2 Dano Moral

O dano moral é a lesão a interesses não patrimoniais da vítima. Não é qualquer dor ou sofrimento que é indenizável pelo direito, mas apenas aqueles decorrentes da deterioração ou destruição de algum bem jurídico sobre o qual a vítima teria algum interesse protegido juridicamente. Para Cahali (1998, p. 20), dano moral:

É a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.

Um grande problema do dano moral é saber ao certo qual é esse valor de sua reparação, já que ele próprio é de difícil dimensionamento. Entre outros problemas para a indenização do dano moral, destacamos os seguintes: certeza da real existência do dano e qual a sua amplitude; qual o valor ideal para o ressarcimento da vítima; quantas foram as pessoas lesadas e qual o grau de lesão de cada uma delas. No dano moral, também há a possibilidade da reparação natural, que é a reconstituição natural do dano sofrido.

Mas, geralmente, a reparação do dano moral é pecuniária, aonde vai se buscar não pagar o sofrimento da vítima, se é que isso é possível, mas procurar compensar a dor que ela teve, procurando dar-lhe a possibilidade de adquirir tudo o que compense os seus sofrimentos.

Quem vai decidir se a reparação deverá ser pecuniária ou não, e o *quantum* a ser pago é o juiz da causa, tendo, por isso, papel muito importante nos casos de reparação por dano moral e sendo muito grande, também, a probabilidade de erro. Deverá ele estudar as circunstâncias do fato, a existência e o alcance do dano moral ocorrido. Quanto a isso o atual Código Civil brasileiro é claro quando assegura em seu artigo 944 que, *in verbis*: “a indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único: Se houver excessiva

desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”

O *caput*⁶ do artigo mencionado é muito claro. A indenização deve ser medida de acordo com a extensão do dano. Se o prejuízo é de “10”, compreendendo o dano emergente e o lucro cessante, a indenização terá de ser também de “10”. Não se pode esquecer, também, que o dano moral é acumulável com o dano material, mas este não é imprescindível para a ocorrência daquele.

2.3 Nexo de Causalidade

O último dos pressupostos necessários para haver responsabilidade civil é o nexo de causalidade entre a ação e o dano. O dano tem que advir da conduta do lesante, de sua ação. O nexo causal é uma relação imprescindível entre o evento danoso e a ação que o produziu. O que se tem que verificar é que o dano não ocorreria se a ação do lesante não tivesse acontecido. Basta que a ação do lesante seja apenas condição para a produção do dano, ele responde pelo que causar.

O nexo de causalidade concebe, desse modo, uma relação imprescindível entre a ocorrência danosa e a ação que o produziu, de modo que essa é tida como sua causa. Entretanto, de acordo com os preceitos de Couto Filho e Souza (2001, p. 25), “não basta que a condição ou fato tenha sido, em concreto, fator determinante do dano. Torna-se curial que o fato, análise abstrata, seja potencialmente uma causa adequada daquele resultado”. Portanto, esse não poderá ser a causa imediata, mas, se for fator para a geração do dano, o ator responderá pelo resultado.

No entanto há circunstâncias em que o nexo causal é excluído, mesmo que tenha acontecido o dano, o seu agente do mesmo é eximido da responsabilidade de repará-lo. Isso advém porque o ordenamento jurídico reverencia certas ações e não as reprime, classificando-as como escusas, ou quando não se pode garantir que o resultado tenha originado da atitude

⁶ Caput é o termo, geralmente usado nos textos legislativos, em referência ao enunciado do artigo. *Caput* vem do latim e significa “cabeça”. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caput> > Acesso em: 25 de mai. 2009.

do ator. Sobre quais são essas situações e como elas se caracterizam assevera Gomes (2004, p. 30):

O nexu causal pode ser excluído por: força maior e caso fortuito – acontecimentos que escapam ao controle do ser humano estão fora de toda a diligência, controle e vontade do homem e, ainda, a produção dos efeitos danosos era impossível de ser evitada ou impedida, e por isso estão fora do limite da culpa; Fato de terceiro – quando alguém que não tenha qualquer ligação com o causador aparente do resultado provoca por si só o resultado danoso à vítima; Culpa exclusiva da vítima – ocorre quando a conduta da vítima representa o fato exclusivo e decisivo para o resultado danos.

Por conseguinte, mesmo havendo o dano, o nexu causal entre a lesão e a conduta do agente e a verificação da culpa deste, isenta-se a obrigação de indenizar se aparecer uma ou mais das causas excludentes supracitadas.

2.3.1 Excludentes de Causalidade

Devem-se analisar, ainda, as excludentes de causalidade, que são circunstâncias nas quais o dano está presente, mas não há qualquer ressarcimento, já que falta a relação causal entre a ação e o dano, são verdadeiras excludentes de responsabilidade, pois a causalidade é pressuposto dela. Venosa (2003, p. 40), expõe que são excludentes de causalidade “culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente da vítima e do agente, culpa de terceiro, força maior e caso fortuito”. E são esses elementos que serão descritos a seguir.

2.3.2 Culpa Exclusiva da Vítima

Ocorre quando o dano se dá por ato exclusivo da vítima, não havendo, portanto, causalidade entre a atuação do agente e o dano, porque o agente foi apenas um instrumento do acidente. Nesse caso, afasta-se qualquer responsabilidade do causador do dano, devendo a

vítima arcar com todos os prejuízos. Cavalieri Filho (1999, p. 65), lembra que “a boa técnica recomenda falar em fato exclusivo da vítima, em lugar de culpa exclusiva”, vez que, “o problema, como se viu, desloca-se para o terreno do nexo causal, e não da culpa”.

2.3.3 Culpa concorrente da vítima e do agente

Neste caso, há culpa tanto do lesante como do lesado, ambos causando um mesmo dano, mas cada um com um ato independente. Sendo assim, cada um responde pelo dano na proporção de seus atos. Aqui, não há a exclusão da causalidade, apenas uma atenuação. Paranaguá (2008, p. 1), confirma o pensamento acima quando diz que “a culpa concorrente ocorre quando o agente e a vítima concomitantemente colaboraram para o resultado lesivo, implicando em redução proporcional do *quantum*⁷ indenizatório”

2.3.4 Culpa de Terceiro

Quando o dano é incitado por terceiro e não por quem teve a conduta assinalada como responsável, interrompe-se a ligação causal. É o que na doutrina chama-se fato de terceiro. Somente é afastada a responsabilidade quando a ação é exclusiva do terceiro, não havendo participação culposa do devedor, nem sendo pessoas por quem ele responda. Aqui, também, exclui-se totalmente a responsabilidade. Terceiro, na lição de Pereira (1999, p.300), é “qualquer outra pessoa, estranha a este binômio (o autor refere-se antes a autor e vítima), que influi na responsabilidade do dano”

⁷ *Quantum* é termo genérico que significa quantidade elementar. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Quantum>> Acesso em: 21 de ago.2009.

2.3.5 Caso Fortuito e Força Maior

Debate-se, na doutrina, sobre a identidade ou não dos conceitos de caso fortuito e de força maior. Sendo que, para alguns doutrinadores, as expressões são sinônimas e para outros são diferentes. Contudo a legislação pertinente não faz distinção entre ambos os casos, tratando-os como sinônimos, pode-se verificar isso diante do exposto no artigo 393 do Código Civil Brasileiro de 2002, *in verbis*:

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

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

Para exemplificar as divergências doutrinárias, segue exposto o pensamento de dois grandes doutrinadores. Di Pietro (1999, p. 518), afirma que:

Força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado [...], caso fortuito, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da Administração, não ocorre a mesma exclusão; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior.

É divergente a lição de Gonçalves (1995, p. 522), que, após reconhecer que o atual Código Civil brasileiro não faz distinção entre os conceitos, assinala-os da seguinte forma “o caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto”.

2.4 Culpa e dolo

Dolo ocorre quando o indivíduo age de má-fé, sabendo das consequências que possam vir a ocorrer, e o pratica para, de alguma forma, beneficiar-se de algo. Em Direito Civil, dolo é uma espécie de vício de consentimento, caracterizada na intenção de prejudicar ou fraudar outro. É o erro induzido, ou proposital. Má-fé. Diferencia-se da culpa por que no dolo o agente tem a intenção de praticar o fato e produzir determinado resultado: existe a má-fé. Na culpa, o agente não possui a intenção de prejudicar o outro, ou produzir o resultado. Não há má-fé⁸.

Portanto para que a vítima obtenha reparação do dano, é necessário o dolo ou culpa do agente, ou seja, é a teoria subjetiva. Como essa prova, muitas vezes, torna-se difícil de ser conseguida, o atual Código Civil brasileiro algumas vezes presume a culpa (artigo 936). E no artigo 927, em que há a previsão de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou atividade que implique risco por sua própria natureza.

Verifica-se que a responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, como mencionado acima.

Em geral, não se mede o dano pelo grau de culpa. O montante do dano é apurado com base no prejuízo comprovado pela vítima. O artigo 944 do Código Civil brasileiro de 2002 diz que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. No parágrafo único, menciona que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente a indenização”.

Quando se fala em culpa, é a culpa em sentido amplo, que engloba tanto a culpa propriamente dita como o dolo. Mas há também a responsabilidade fundada no risco. Nessa hipótese, verifica-se quem causou o dano e o nexo de causalidade entre o dano e o autor, não se verificando se houve culpa de alguém. A atividade é lícita, apenas pagando o autor pelo dano causado por sua atividade que é perigosa. De um lado, pois, temos a culpa; de outro, o risco por força de lei.

⁸ DOLO. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Dolo> > Acesso em: 16 de abr. 2009.

2.5 Responsabilidade penal e civil

A ação ou omissão ilícita pode acarretar dano indenizável. Essa mesma conduta pode ser punida no campo penal. Por exemplo: a pessoa que pratica lesões corporais em outrem está praticando crime de lesões corporais punível pelo Código Penal. Já para o Direito Civil só interessa se existiu dano a ser indenizado: despesas hospitalares, falta ao trabalho, prejuízo moral, dano estético, etc. Assim, quando se condena o agente causador das lesões corporais a pagar determinada quantia à vítima, objetiva-se o reequilíbrio patrimonial, desestabilizado pela conduta do causador do dano. Não há, no Direito Civil, sentido de punir o culpado, mas sim de indenizar a vítima.

A ilicitude pode violar uma norma jurídica penal ou civil: na responsabilidade penal o interesse lesado é o da sociedade; já, na civil o interesse lesado é do particular. A responsabilidade penal é pessoal e intransferível, respondendo o réu com sua privação de liberdade. A responsabilidade civil é patrimonial, é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações, podendo ser transferível para o representante legal, assim como dispõe o artigo 932 do atual Código Civil brasileiro.

Em suma: quando uma pessoa pratica uma conduta descrita como crime, será penalizado, pois trata-se da responsabilidade penal; em função dessa conduta criminosa o agente poderá ser responsabilizado civilmente (responsabilidade civil), indenizando a vítima, se, em razão do crime praticado, houve dano ou prejuízo à vítima. Assim, a responsabilidade é uma reação provocada pela infração a um dever preexistente que pode surtir efeitos no campo penal e civil, conforme estabelece o artigo 935 do Código Civil brasileiro vigente, *in verbis*: “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

O conceito de responsabilidade é, portanto, aquele em que há a existência de um ato ilícito, seja ele penal ou civil, que desrespeita um dever legal existente em uma relação contratual ou extracontratual, que para este utiliza-se o dever de não lesar outrem.

2.6 Responsabilidade objetiva e subjetiva

Na responsabilidade objetiva prescinde da idéia de culpa que em alguns casos é prevista e, em outros, nem se requer a prova de sua ocorrência, o que atribui inversão do valor da prova ao autor, para confirmar que seu procedimento não foi culposo. Para essa teoria, há a relação de causalidade entre o dano ocasionado a vítima e a ação do causador. Desta relação de causalidade surge o compromisso de compensar, mesmo que o agente tenha atuado sem culpa.

Está introduzida na responsabilidade objetiva a teoria do risco. Em conformidade com esta teoria, aquele que, em virtude de sua atividade, produzir risco de dano para terceiros, será obrigado a restituí-lo, ainda que não tenha agido culposamente, e que a atividade e o procedimento exercitados sejam liberados de culpa. Gonçalves (1995, p. 18) confirma o exposto dizendo que:

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível. Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida.

São quatro as hipóteses indispensáveis para ajustar o dever de indenizar. Vale lembrar que o ajuntamento de todas elas é fundamental em se tratando da idéia clássica de culpa. Entretanto, existe desacordo, entre certos doutrinadores, concernente ao número de pressupostos. Para Diniz (2003, p. 32) eles são três a “ação ou omissão, dano e relação de causalidade”. Porém, para Rodrigues (2002, p. 16) os pressupostos são a “ação ou omissão, culpa do agente, relação de causalidade e dano”.

Há que se seguir o entendimento de Rodrigues, por ser ele mais completo e pelo fato da responsabilidade no direito brasileiro fundar-se na culpa. Então Rodrigues (2002, p.16) assim explica sua compreensão sobre tais pressupostos:

a) Ação ou omissão: é o ato humano, ilícito, voluntário, do próprio agente, ou de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste, que cause dano a outrem, gerando a obrigação de satisfazer os direitos do lesado. b) Culpa ou dolo do agente: está na lei que se alguém causar dano a outra pessoa através de ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência, fica obrigado a indenizar. Desta maneira, para que a responsabilidade seja caracterizada, devemos provar que o comportamento do agente causador do dano, tenha sido doloso ou no mínimo culposo. Relação de causalidade: é o liame que relaciona a conduta do agente e o prejuízo experimentado pela vítima. O ressarcimento dos danos envolve somente os que ele tenha na realidade ocasionado, os que possamos considerar pelo mesmo, produzidos. Dano: é um prejuízo resultante de uma lesão a um direito, seja patrimonial ou moral.

Na culpa, o agente causador do dano não tinha a finalidade de gerar dano à vítima, mas por negligência, imperícia ou imprudência, o seu comportamento resultou o prejuízo ao lesado. No dolo existe o intento de cometer o ato que resulte no dano à vítima. O resultado desejado é alcançado pelo meio do procedimento do agente. Se a vítima sofrer um dano, mas não obter provas de que este foi causado pela atitude ou comportamento do agente, não há então o nexos de causalidade, logo, não há a obrigação de indenizar.

Contudo, é preciso esclarecer que têm as excludentes do nexos causal, ou seja, a culpa exclusiva da vítima; culpa concorrente; culpa comum; culpa de terceiro; força maior ou caso fortuito e cláusula de não indenizar, que excluem a responsabilidade civil, não por desaparecer o liame de causalidade, mas em razão da própria convenção.

Apenas o dano com a condição da certeza, atualidade e subsistência é que poderá ser ressarcível. No dever ressarcitório, não se bota um conceito quantitativo, porque o que norteia a justiça é o prejuízo ao direito ou interesse da vítima e não seu intuito financeiro. Em uma ação de perdas e danos, a vítima procede para evitar o prejuízo causado pelo dano e não obter vantagem.

Já a responsabilidade subjetiva (teoria da culpa) é aquela em que além do ato lesivo do agente causador de lesão, do dano estar presente no lesado e do nexos causal estar estabelecido entre o ato lesivo e o dano ao lesado, tem que se achar presente, nesta relação, a culpa do agente causador do dano. E, essa culpa, caracteriza-se pela presença no agir deste dolo ou pela presença só de culpa no sentido estrito, ou seja, de imprudência ou negligência

ou imperícia. Para a teoria da culpa subjetiva, deve existir a culpa para que haja responsabilidade civil do agente. Ou seja, deve ser provada a culpa (em sentido amplo, abrangendo o dolo ou a culpa em sentido estrito) para que o dano possa ser indenizável.

Em suma, a responsabilidade subjetiva (teoria da culpa) é aquela em que além do ato lesivo do agente causador de lesão, do dano estar presente no lesado e do nexos causal estar estabelecido entre o ato lesivo e o dano ao lesado, tem que se achar presente, nesta relação, a culpa do agente causador do dano. E, essa culpa, caracteriza-se pela presença no agir deste dolo ou pela presença só de culpa no sentido estrito, isto é, de imprudência ou negligência ou imperícia.

Assim dispõe o artigo 186 do atual Código Civil Brasileiro, *in verbis*: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Portanto, o Código Civil brasileiro em vigor adotou a teoria da culpa subjetiva como regra geral, em que cometido um ato ilícito, fica obrigado a indenizar a vítima, conforme dispõe o artigo 927, *in verbis*: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Neste capítulo dedicou-se a uma revisão dos conceitos e pressupostos e à evolução da responsabilidade civil. No capítulo subsequente, o assunto em pauta será a responsabilidade civil do farmacêutico e o aporte legal.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FARMACÊUTICO: MARCO LEGAL

3.1 Aporte legal que rege as ações do farmacêutico

O farmacêutico poderá responder civil e criminalmente, quando seus atos ou atos de terceiros que estiverem sob sua responsabilidade, ocasionarem danos ao cliente, seja pela não observância da prescrição médica, seja pela recomendação de remédios, isto é, o exercício ilegal da profissão médica.

Vários são os termos legais que regem a ação do farmacêutico, além das Resoluções provenientes dos Conselhos Regionais e Federal, há outras legislações que regulamentam a atividade farmacêutica, segundo enumeram Pereira; Garreta; Madureira, *et al* (2005, p. 1):

LEI Nº 5.991/73 – controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos;

DECRETO Nº 74.170/74 – regulamenta a Lei nº 5.991/73

LEI Nº 6.368/76 – medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica;

DECRETO Nº 78.992/76 – regulamenta a Lei nº 6.368/76;

CLT – artigos números 910 e 352, §1º, incisos “e”, “g” e “h”;

CÓDIGO CIVIL DE 1916 – artigos 1545, 1546, 1521, III, 896 e 915;

CÓDIGO CIVIL DE 2002 – artigos 931, 932, 933, 948, 949, 950 e 951;

CÓDIGO PENAL – artigos 268 e parágrafo único, 282, 283, 284, I, II, III e parágrafo único e 258;

LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS – pelo exercício ilegal de profissão ou atividade;

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – artigos 6, 8, 12, 13, 14, 34 (fornecedor); e,

LEI Nº 9.787/99 – dispõe sobre vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos e produtos farmacêuticos.

Não se pretende, aqui, esmiuçar toda a legislação de que trata o tópico, contudo necessário se faz uma abordagem mais detalhada sobre o código do consumidor e outras normas mais expressivas, na relação farmacêutico/cliente, vez que o contexto da pesquisa fala da responsabilidade civil do farmacêutico como profissional da saúde e também como vendedor de remédios ou comerciante.

3.2 Responsabilidade Civil do Farmacêutico no Código de Defesa do Consumidor e em outros Dispositivos Legais

A lei número 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor, estabelece que a responsabilidade civil, perante os consumidores, é objetiva. Assim, não é necessário que o consumidor do produto ou serviço prove a culpa do farmacêutico, bastando, somente, provar que houve o dano e esse foi causado pelo farmacêutico. Artigo 12, *in verbis*:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

O sistema previsto no Código de Defesa do Consumidor para responsabilidade civil é a objetiva, sendo que para que haja a caracterização do dever de indenizar, basta ocorrer o defeito do produto ou seu vício, o evento danoso e o nexo causal entre o dano e o defeito ou vício. A esse respeito, fala Arruda Júnior (2005, p. 76):

Portanto, o sistema de responsabilidade civil objetiva adotado pela Lei 8.078/90 deixa claro que não é relevante a conduta do fornecedor, na qual repousaria o elemento subjetivo da culpa, bastando a presença dos outros elementos: defeito ou vício do produto; evento danoso e nexo causal entre o defeito ou vício e dano, para gerar responsabilidade do fornecedor pelo produto.

Denari (*Apud* ARRUDA JUNIOR, p. 76), no mesmo caminho, assevera que:

No âmbito das relações de consumo, os lineamentos da responsabilidade objetiva foram logo acolhidos e denominados 'responsabilidade por fato do produto': não interessava investigar a conduta do fornecedor de bens ou serviços, mas somente se deu causa (responsabilidade causal) ao produto ou serviço, sendo responsável pela sua colocação no mercado de consumo.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, também corrobora esse entendimento quando diz que para poder definir, primeiramente, se foi aplicado o Código de Defesa do Consumidor "deve-se verificar a existência de relação de consumo, sendo necessária a existência dos seguintes elementos: produto ou serviço, fornecedor e consumidor".

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º informa quem é considerado consumidor, *in verbis*:

Artigo 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

O artigo 3º e parágrafos trazem a definição de fornecedor e de produto, *in verbis*:

Artigo 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Parágrafo 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

Parágrafo 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

O profissional farmacêutico, então, ao fornecer medicamento está se enquadrando no conceito de fornecedor e ensejando a atividade de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor prevê duas espécies de responsabilidade civil, sendo que a primeira está na responsabilidade do fato ou serviço, e a segunda, a responsabilidade por vícios do produto ou do serviço, sendo que ambas geram o dever de indenizar. Nesse sentido Gonçalves (*Apud* ARRUDA JUNIOR 2005, p.78), se posiciona da seguinte forma:

A primeira é derivada de danos do produto ou serviço, também chamados de acidentes de consumo (extrínseca). A segunda, relativa ao vício do produto ou serviço (intrínseca), tem sistema assemelhado ao dos vícios redibitórios, ou seja, quando o defeito torna a coisa imprópria ou inadequada para o uso a que se destina, há o dever de se indenizar.

Não se pode esquecer ainda, que existem cláusulas de exoneração da responsabilidade do fornecedor, fabricante, produtor.

3.3 Farmacêutico: Ajudante do Médico e Executor de suas Prescrições

Sobre esse aspecto, a responsabilidade do farmacêutico decorre da desobediência às prescrições médicas, de sua errada execução ou do exercício ilegal da arte médica. A este rol, pode-se acrescentar a responsabilidade pela venda de substâncias proibidas, venda de drogas vencidas ou deterioradas, venda de medicamentos sem receita médica ou da troca do produto receitado pelo médico por outro, ainda quando ignorar a composição do remédio vendido ou

as incompatibilidades dele com o organismo do cliente. (PEREIRA; GARRETA; MADUREIRA *et al*, 2005).

Quanto à responsabilidade pessoal do farmacêutico, por ato próprio, requer-se atuação culposa. Neste sentido, dispõe o artigo 951 do Código Civil brasileiro vigente, quanto ao disposto nos artigos 948, 949 e 950, que disciplinam a liquidação do dano em caso de homicídio e de lesão corporal, aplicando-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia causar morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para trabalho. (PEREIRA; GARRETA; MADUREIRA *et al* 2005).

Tais dispositivos já eram abarcados no Código Civil de 1916 sob égide do artigo 1.545, que previa, restritivamente, quais profissionais estavam sujeitos a tal regime (profissionais da área de saúde). Assim no Código Civil de 2002, o tratamento estendeu-se a todos os profissionais liberais, de forma genérica, consoante o artigos 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor. (PEREIRA; GARRETA; MADUREIRA *et al* 2005).

E quanto à prática de receitar ou sugerir, este ou aquele medicamento por parte do farmacêutico, ou sua aplicação no paciente por qualquer via de ingresso no organismo (oral, nasal, muscular, venosa, etc.) além de caracterizar infração prevista na lei penal – Código Penal, artigo 282, Exercício Ilegal da Medicina, pena de detenção de 06(seis) meses a 02(dois) anos, e se praticado com o fim de lucro, será aplicada multa – poderá acarretar responsabilidade civil, se dessa prática resultar danos à pessoa. (PEREIRA; GARRETA; MADUREIRA *et al* 2005).

Cumpre ainda salientar, com relação aos profissionais da área de saúde, que a responsabilidade civil com origem contratual, refere-se a uma obrigação de meio, o que se presume, na maioria das vezes, a responsabilidade subjetiva, em que é necessária a comprovação da culpa (negligência, imprudência ou imperícia). (PEREIRA; GARRETA; MADUREIRA *et al* 2005).

Conhecer a posição do farmacêutico, enquanto auxiliar do médico, na prescrição de remédio, é de fundamental importância para o usuário, vez que este, pensa muito em estar diante de duas funções não correlatas e passa a exigir do farmacêutico o aviar de receitas ditas

substitutas, desconsiderando, assim, a orientação do profissional da medicina, por 'achar' que um medicamento possa ser melhor que outro. Ou, até mesmo, estabelecer automedicação e cobrar do farmacêutico a venda de fármacos.

3.4 O Farmacêutico: Dono do Negócio, Comerciante ou Fornecedor

O farmacêutico atua como comerciante quando se dedica a venda de medicamentos pré-fabricados submetendo-se, desse modo às normas respectivas, principalmente no que concerne a concorrência desleal. Nesse caso, verifica-se, também, a sua subordinação ao Código de Defesa do Consumidor, uma vez que ele deve ser tratado não como profissional liberal, mas como fornecedor de produtos.

Para alguns doutrinadores, porém, o profissional, mesmo que exercendo o comércio como responsável por farmácia ou drogaria, manipulando ou não remédios, deve ser considerado profissional liberal, tendo em vista a formação específica (nível universitário) que dele se exige.

Todavia, o farmacêutico, no Código Civil de 1916, era contemplado com artigo específico (1.546) que previa uma responsabilidade agravada, de forma presumida e solidária deste com relação aos erros e enganos praticados pelos seus prepostos.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor e a posterior entrada em vigor da Lei número 10.406/02 (Código Civil Brasileiro), a responsabilidade civil, de forma geral, passou a ser caracterizada objetivamente, independentemente de culpa (artigos 34 do Código de Defesa do Consumidor e 933 do Código Civil) dos empregadores em geral, o que possibilitou a supressão do artigo 1.546. Assim rezam os artigos 35 e 933 dos códigos de Defesa do Consumidor e Civil respectivamente, *in verbis*:

Artigo 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

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

Destarte, considerando o farmacêutico apenas como profissional liberal, criam-se problemas com relação à sua responsabilização: se visto apenas como profissional liberal, poderia apenas imputar-se a responsabilidade subjetiva, excluindo a possibilidade de enxergá-lo como comerciante, na qual poderia ser responsabilizado subjetivamente, quando agisse com culpa e, objetivamente, pelos atos dos seus prepostos.

A tutela de segurança nas relações de consumo de medicamentos pressupõe a idéia de legitimidade do profissional farmacêutico no exercício de suas atribuições.

Com efeito, os medicamentos são produtos naturalmente perigosos, não se admitindo defeitos esperados. Assim como no caso de um medicamento com a data de validade vencida, e que continua exposto à venda.

Dessa feita, o fornecedor, no caso o farmacêutico, tem o dever de informar o consumidor consoante o artigo 8º, parágrafo único e 12 do Código de Defesa do Consumidor, sendo um direito básico conforme o artigo 6º do mesmo diploma legal.

Por exemplo: o fato de um farmacêutico comercializar medicamentos, que após a venda, foram considerados nocivos à saúde, muito embora o negócio mercantil tenha sido realizado antes da notícia, é inafastável o dever pós-contratual, como o da colocação de cartazes informativos no estabelecimento farmacêutico.

Nesse sentido, tem o farmacêutico, como fornecedor direto, obrigação de identificar os produtos distribuídos, bem como conservá-los adequadamente, evitando-se o perecimento, sob pena de responsabilização subsidiária ao fornecedor indireto. Sendo assim, o direito de regresso frente a este procedimento lhe é garantido pelo parágrafo único do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda deve ser observada a divergência existente quanto à caracterização da responsabilidade do farmacêutico. Isso se deve ao fato de esse profissional se colocar em

várias posições na relação jurídica. No caso supracitado, atuar apenas como profissional liberal acarretará em responsabilidade subjetiva, porém, na atuação do preposto, na comercialização do medicamento, indicará a responsabilidade objetiva.

3.5 Excludentes da Responsabilidade Civil Previstos no Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90

Em alguns casos, o profissional farmacêutico terá afastada a responsabilidade civil, não sendo responsável pela reparação do dano.

Nessa linha de raciocínio, o farmacêutico, atuando como comerciante ou na qualidade de auxiliar médico, bem como executando prescrições médicas, não será obrigado a indenizar nas seguintes hipóteses:

O comerciante poderá provar que o defeito não existe, nesse caso não será responsabilizado pelo dano. Essa possibilidade está prevista no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 12, parágrafo 3º, inciso II, *in verbis*: “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste”.

Caso o comerciante ou fornecedor conseguir provar que não colocou o medicamento em circulação, conforme prescreve o artigo 12, parágrafo 3º, inciso I, *in verbis*: “I – que não colocou o produto no mercado”

No capítulo que aqui se finda, houve a preocupação de analisar, mesmo que de forma singela, a responsabilidade civil do farmacêutico na ótica do aporte legal. Há que se focar, no próximo capítulo, o tema basilar da pesquisa em pauta, ou seja: a responsabilidade civil do farmacêutico por fornecimento de medicamentos sem receita médica.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FARMACÊUTICO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS SEM RECEITA MÉDICA

4.1 Breves Concepções Históricas sobre o Farmacêutico

Farmacêutico, numa definição mais singela, pode ser considerado como o profissional que desempenha, por meio de procedimentos pré-estabelecidos e com a utilização de técnicas e instrumentos especializados, tarefas vinculadas à composição e fornecimento de fármacos e/ou medicamentos, ou outras substâncias equivalentes.

No entanto, como asseveram Pereira, Garreta, Madureira, *et al.* (2005, p. 1):

O exercício desta profissão não se restringe apenas ao responsável pela elaboração de produtos farmacêuticos comercializados pelos laboratórios. Na verdade, engloba também o responsável técnico atuante em ponto comercial (drogarias e farmácias), que promove a fiel execução das prescrições médicas, atendimento adequado aos consumidores e esclarecimentos acerca dos produtos expostos.

Sendo assim, o farmacêutico, no laboratório, responsabiliza-se pela qualidade, efeito e garantia do produto, e pelo estabelecimento comercial, tornando-se o fundamental responsável pelo funcionamento deste, vez que assume o papel de diretor-técnico.

Sobre a evolução histórica do farmacêutico, pode-se ler na bibliografia pesquisada que “os farmacêuticos são profissionais da saúde de tradição milenar, *experts*⁹ no uso de fármacos e medicamentos e suas consequências ao organismo humano ou animal”.¹⁰ Um texto longo, mas que vale a pena ser registrado aqui, encontra-se na Wikipédia, a enciclopédia livre, conforme referência abaixo citada.

⁹ *Experts*: em português ‘perito’. Tradutor Google. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/#en|pt|expert%0D%0A%0D%0A>> Acesso em: 18 de nov. 2009.

¹⁰ Disponível em: <<http://wapedia.mobi/pt/Farmac%C3%AAutico>> Acesso em: 2 de nov. 2007

É um relato conciso, porém esclarecedor e que levará o leitor a uma viagem interessante, concedendo-lhe a oportunidade de ver que, no início da colonização brasileira, não apenas a profissão de farmacêutico, mas a de tantos outros, dependiam tão somente da inteligência, curiosidade e espírito aventureiro dos indivíduos, o que com certeza, colocava em risco, ainda mais, a vida do paciente. Somente depois de pouco mais de 300 anos da chegada dos colonizadores é que a coisa toma uma direção com mais acertos.

Os primeiros europeus, degradados, aventureiros, colonos entre outras figuras da sociedade que chegaram até o Brasil, deixados por Martin Afonso, sem opção, tiveram que render-se aos tradicionais ensinamentos dos pajés, utilizando ervas naturais para o combate de suas chagas. Medicamentos oficiais da Europa, só apareceram quando algum navio português, espanhol ou francês surgia em expedição, trazendo o cirurgião barbeiro ou uma botica com diversas drogas e curativos. Foi assim até a instituição do Governo Geral, de Thomé de Souza, que chegou à colônia com diversos religiosos, profissionais e entre eles Diogo de Castro, único boticário da grande armada, que possuía salário e função oficial. Os jesuítas acabaram assumindo funções de enfermeiros e boticários. Inicialmente, todo medicamento vinha de Portugal já preparado. Todavia, as ações piratas do século XVI e a navegação dificultosa impediam a constância dos navios e era necessário fazer grande programação de uso, como ocorria em São Vicente e São Paulo. Devido a estes fatos, os jesuítas foram os primeiros boticários do Brasil, onde seus colégios abrigavam boticas. Nestas, era possível encontrar remédios do reino e plantas medicinais. Em 1640 foram legalizadas as boticas como ramo comercial. Os boticários eram aprovados em Coimbra pelo físico-mor, ou seu delegado, na então capital Salvador. Tais boticários, devido à facilidade de aprovação, eram pessoas de nível intelectual baixo, por vezes analfabetos, possuindo pouco conhecimento sobre os medicamentos. Comerciantes de secos e molhados se juntavam com boticários para sociedade e isso era prática comum na época. Em 1744, o exercício da profissão passou a ser fiscalizado severamente, devido à reforma feita por Dom Manuel. Eram proibidas ilegalidades no comércio das drogas e medicamentos. O ensino de farmácia só se iniciou no Brasil em 1824, porém, ainda em 1809, o curso de medicina do Rio de Janeiro (cadeiras: Medicina, Química, Matéria Médica e Farmácia) era instituído e o primeiro livro daquela faculdade foi escrito por José Maria Bontempo, primeiro professor de farmácia do Brasil. Em 1825, ocorre a consolidação do curso com a criação da Faculdade de Farmácia da Universidade do Rio de Janeiro. Muitos cursos então surgiram. E em 1857, através do decreto 2055, foram estabelecidas condições para boticários não habilitados mantivessem suas boticas. Isto ocorreu devido a atitude leiga dos legisladores, leigos em questões de farmácia. Somente em 1886, é que o boticário deixa de existir e a figura do farmacêutico ganha força¹¹.

¹¹ Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Farmac%C3%AAAutico> > Acesso em: 23 de nov. 2009.

Hoje, o contexto é outro; os medicamentos em sua maioria, são de origem sintética, sem ter a necessidade de procurar na natureza quase nada. E o farmacêutico moderno não é somente um exímio na produção, manipulação e dispensa de medicamentos, mas, tem, também, o trabalho de prestar a assistência farmacêutica. Contudo, de uma maneira geral, ele pode trabalhar em farmácia, em hospital, na indústria, em laboratórios de análises clínicas, cosméticos, agricultura, prevenção de pragas, distribuição e transporte de medicamentos e, ainda, desenvolver novos medicamentos, entre outras funções e lugares. (informação verbal)¹².

Portanto, hoje, para ser farmacêutico no Brasil, deve-se cursar uma faculdade e formar-se em farmácia-bioquímica ou farmácia plena e ser licenciado junto ao Conselho Regional de Farmácia de seu respectivo Estado. No Brasil, todo estabelecimento comercial que promove dispensação de medicamentos deve ter um farmacêutico que ficará responsável, durante o período de funcionamento do estabelecimento. Vale salientar, ainda, a grande importância no que se diz respeito à evolução da profissão do farmacêutico no Brasil. (informação verbal).

4.2 Responsabilidade Civil do Comerciante e do Profissional Farmacêutico

O profissional farmacêutico, quando se dedica à venda de medicamentos, sendo ele o proprietário da farmácia, responde solidariamente pelos atos ilícitos de seus empregados ou prepostos, conforme prevê o artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

O profissional farmacêutico, quando exercer a sua atividade como profissional liberal, passa a ter responsabilidade subjetiva, nos termos do artigo 14, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, que vai transcrito, *in verbis*: “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos

¹² Conversa informal com uma farmacêutica, que não autorizou a publicação de seu nome, somente as informações.

consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Observa-se, portanto que o comerciante responde de duas maneiras perante o Código de Defesa do Consumidor: uma como responsável direto e outra de forma subsidiária. Como responsável principal, será aplicável o artigo 12, parágrafo 3º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, já transcrito acima. Na qualidade de responsável subsidiário, incidirá o artigo 13 e parágrafos, transcrito *in verbis*:

Artigo 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

Lisboa (*apud* ARRUDA JÚNIOR 2003, p.83), assim assevera sobre a culpabilidade do farmacêutico comerciante:

O fornecedor imediato ou direto, cognominado pelo legislador de comerciante, apenas virá a ser considerado diretamente responsável quando: a) não tiver conservado adequadamente os produtos perecíveis (artigo 13, III, da lei 8.078/1990); b) tiver concorrido para a ocorrência do prejuízo (artigo 13, par. único., parte final, da mesma lei); ou c) houver vício intrínseco no produto ou serviço fornecido ao consumidor, causando-lhe prejuízo econômico. Ressalvadas as sobreditas hipóteses, a responsabilidade do fornecedor direto será sucessiva e subsidiária, quando desconhecida ou insuficiente a identificação do fornecedor indireto ou mediato – o fabricante, o construtor, o produtor ou importador – (artigo 13, I e II, da lei 8.078/1990). Aspecto interessante, ponderado por James Marins, e que a culpa exclusiva do utente ou de terceiro, hipótese do artigo 12, parágrafo 3º, inciso III,

implica a exoneração do fornecedor com base no artigo anterior – inciso II do artigo 12, por inexistir ‘defeito juridicamente relevante no produto’.

Essa responsabilidade civil do farmacêutico/comerciante também se estende ao estabelecimento comercial, ou seja, o proprietário da farmácia poderá, caso o cliente queira, ingressar com uma ação de reparação de danos contra a empresa, pois o farmacêutico como visto anteriormente, é um funcionário da pessoa jurídica

4.3 A Responsabilidade Técnica do Farmacêutico

A responsabilidade técnica do farmacêutico está relacionada com o desempenho de suas atividades, sejam elas, específicas ou próprias, requerendo qualificação, conforme exigência da legislação específica.

Essa responsabilidade existe conforme Aguiar (2008, p. 8), para que “cada estabelecimento tenha um profissional habilitado para coordenar as atividades de dispensação, assistência e atenção farmacêutica, bem como as demais peculiaridades e, responder perante as autoridades e terceiros toda essa sequência de atos inerentes à atividade”.

O farmacêutico está sujeito, não só a sanções civis e penais, bem como a profissionais e administrativas. Para melhor entendimento desse pensamento, Aguiar (2008, p. 4), esclarece que:

É o desempenho, de atividades privativas, ou afins do farmacêutico, compreendidas no âmbito profissional, que requer qualificação, exigida pela legislação específica de sua área de atuação (profissional e sanitária), bem como o ato de aplicação dos conhecimentos técnico-científicos e profissionais, os quais estão sujeitos às sanções de natureza civil, penal, profissional, sanitária, ético-disciplinar e administrativa.

Assim, quando o farmacêutico fornece um medicamento sem prescrição médica, não responderá apenas pelo dano civil provocado, referente ao ato ilícito, mas também responde perante as Justiças, administrativa, sanitária e ético-disciplinar.

A responsabilidade técnica é necessária para submeter o profissional farmacêutico a um ordenamento jurídico, com o fito de preservar sua imagem, moralidade e disciplina.

Para que o farmacêutico desempenhe com excelência, sua atividade profissional deverá ter cautela em relação às suas atribuições, portanto ele deve fazer uma leitura pormenorizada da receita; constatar se o carimbo e a assinatura do médico estão corretos; analisar a possível incompatibilidade entre os medicamentos prescritos; relacionar os medicamentos com a idade do paciente, com outros fármacos de que possa fazer uso, alimentos, etc., dentre outras medidas necessárias ao correto desempenho da profissão. (informação verbal).

Há que se informar, aqui, que, um mesmo farmacêutico pode acumular a responsabilidade técnica por até duas drogarias. Em fevereiro de 2008, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu esse direito. A decisão comum da Primeira Turma do tribunal acompanha a concepção e o entendimento do relator, ministro José Delgado, conforme se apresenta a seguir:

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendeu não ser possível o acúmulo, sendo permitido a cada farmacêutico exercer a direção técnica de, no máximo, duas farmácias, sendo uma comercial e uma hospitalar. No recurso, o farmacêutico alega que a proibição à acumulação de responsabilidade está restrita a duas farmácias comerciais ou públicas (Lei n. 5.991/73), não atingindo, portanto, seu caso, que trata de uma farmácia e uma drogaria. Ao apreciar o pedido, o ministro José Delgado entendeu que o artigo 20 da Lei 5.991, de 1973, determina que 'a cada farmacêutico será permitido exercer a direção técnica de no máximo, duas farmácias, sendo uma comercial e uma hospitalar' não está proibindo a acumulação de exercício de direção técnica de uma farmácia e uma drogaria. O relator explica que a drogaria é uma espécie de farmácia com atividades limitadas, conforme estabelece as definições a respeito dispostos no artigo 4º, incisos X e XI, da Lei 5.991, de 1973. A conclusão do ministro é a de que a drogaria é uma espécie de farmácia onde, apenas, há distribuição e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e

correlatos em suas embalagens, e a farmácia, além de efetuar essa distribuição (dispensação) e comércio de drogas, pode manipulá-los. Assim, deu provimento ao recurso para permitir ao farmacêutico acumular a responsabilidade técnica em ambos os estabelecimentos.¹³

Por conseguinte, o que se pode observar é que qualquer estabelecimento que produza ou industrialize fármacos, drogas ou insumo farmacêutico não poderá trabalhar sem a assistência e o encargo responsável e efetivo do profissional técnico. Desse modo é imperativa para a construção e funcionamento regular da pessoa jurídica, a presença de um farmacêutico responsável técnico, legitimamente licenciado pelo Conselho Regional de Farmácia. Esse profissional poderá ser o proprietário, um sócio, um empregado ou mesmo um prestador de serviços designadamente convencionado para o fim.

4.4 A Venda de Medicamentos sem Prescrição Médica: se Prejuízo para o Fornecedor Pode ser Dano para o Consumidor

Especialistas afirmam que cerca de 20 mil pessoas morrem no País, vítimas da automedicação¹⁴. Mesmo tendo conhecimento de que a automedicação é potencialmente prejudicial à saúde do indivíduo, pois nenhum medicamento é inofensivo ao organismo, já que se automedicar sempre foi um hábito do brasileiro e isso pode ser afirmado observando apenas os fatores sociais e econômicos do povo, pois a dificuldade de acesso à saúde ainda é um problema sério no Brasil.

No Brasil, segundo o Sistema Nacional de Informações Tóxico-Farmacológicas (Sinitox), os remédios ocupam o primeiro lugar no *ranking*¹⁵ de casos de intoxicação. No estudo mais recente, de 2005, os remédios provocaram 25,96% do total de alergias e intoxicações no País. 'A cada 200 casos de intoxicação por remédio, pelo menos um leva à morte. E crianças até cinco anos são as maiores vítimas, respondendo por 30% dos casos. Na

¹³ Notícias Jurídicas. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/noticia.asp?idnoticia=20982>> Acesso em: 2 de Nov. 2009.

¹⁴ Disponível em: <<http://www.ocomercioweb.com.br/noticias01.php?id=264>> Acesso em: 3 de Nov. 2009.

¹⁵ *Ranking*: termo inglês que significa classificação. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/#en|pt|Ranking%20>> Acesso em: 23 de nov. 2009.

maioria das vezes, os principais responsáveis são os pais, que chegam a adulterar remédios de adultos para fazer efeito em crianças¹⁶.

Portanto, quando se fala das consequências da venda de fármacos, sem prescrição médica, não se deve levar em conta só as responsabilidades do fornecedor, mas também os efeitos desses medicamentos para o consumidor. Como descrito no Manual Merk¹⁷: “o bom senso é um elemento fundamental para cuidar de si próprio. Certas pessoas são mais vulneráveis do que outras à toxicidade potencial dos fármacos. As pessoas [...] só devem tomar fármacos sob precauções extremas, incluindo a vigilância médica”.

Mesmo os medicamentos que não necessitam de receitas médicas devem ser consumidos com sensatez e cuidados. Esses fármacos não podem ser mais comercializados aleatoriamente, isso porque seus efeitos colaterais podem até levar o indivíduo à morte. Em 18 de agosto próximo passado, foi publicada a Resolução 44/09, determinando que, *in verbis*: “os medicamentos sem prescrição não poderão mais ficar ao alcance do usuário em farmácias e drogarias”.

A medida foi tomada pela Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – para o comércio de medicamentos e a prestação de serviços nos estabelecimentos farmacêuticos.

Portanto os produtos livres de prescrição médica deverão ficar atrás do balcão para que o usuário solicite-o ao farmacêutico e compre o produto com a orientação certa. Daí uma das razões da presença do farmacêutico, não só nos laboratórios de manipulação, mas do mesmo modo nos estabelecimentos comerciais. Mesmo alguns medicamentos sendo isentos de prescrição médica continuam podendo ser adquiridos sem a apresentação da receita do médico, mas isso não expressa que eles sejam isentos de risco. (informação verbal)

Observa-se, portanto, que ser um profissional ou comerciante farmacêutico exige-se, não apenas habilidade para o assunto, mas também responsabilidade, respeito pela vida do outro e acima de tudo compromisso ético. É preciso estudar, conhecer teoria e relacionar esta com a prática e envolver com o trabalho, tendo em mente que os medicamentos a serem

¹⁶ Automedicação pode fazer mal à saúde. (texto publicado em 2008). Disponível em: <<http://homecareplus.blogspot.com/2008/05/automedicao-pode-fazer-mal-sade.html>> Acesso em: 4 de Nov. 2009.

¹⁷ Disponível em: <<http://www.manualmerck.net/?url=/artigos/%3Fid%3D39%26cn%3D601>> Acesso em: 4 de Nov. 2009.

oferecidos ao paciente, devem ser oferecidos sob a orientação de outro profissional da saúde, no caso o médico. Pode-se dizer então que se houver uma simbiose maior entre médico, paciente e farmacêutico, a vida está mais bem preservada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude das inúmeras doenças que afligem a humanidade, o homem passou a se automedicar com mais frequência e os profissionais de saúde, mormente médicos e farmacêuticos, tornaram-se mais preocupados em atender e prescrever com maior cuidado. Todavia somente com a criação e aplicação de leis específicas é que se tornou restrito o comércio de fármacos sem a devida prescrição médica.

Com o advento da responsabilidade civil, a partir do Código de Direito do Consumidor, do Código Civil de 2002 e outros instrumentos legais, a pessoa do farmacêutico passa a ter maior compromisso ético com o consumidor de remédios. O descumprimento da legislação leva esse profissional a ser enquadrado como criminoso e isso lhe atribui duras penas. Antes, o profissional que era considerado, por muitos, como um segundo médico, ou apenas o boticário, hoje é o farmacêutico, que tem como missão primeira, atender a seu cliente conforme prescrição médica, orientando-o devidamente no consumo dos remédios prescritos.

Portanto, hoje mais do que nunca, exige-se desses profissionais que busquem agir sempre com a máxima atenção, garantindo-se que possam sempre evidenciar cuidado inalterável com seus clientes, de modo a afastar qualquer vestígio de dano; além disso, cabe-lhes preocuparem-se em se manterem atualizados com os avanços técnicos e científicos de sua profissão.

Esses profissionais, em suas atividades diárias, lidam não só com manipulação e venda de fármacos, mas, de igual modo com o sofrimento humano. Portanto, devem poder sempre demonstrar que o fazem com afeição e zelo, procurando a competência, impedindo assim, que se lhes sejam atribuídos procedimentos menos cuidadosos que possam ser imputados à falta de ética e ao compromisso com a vida, sob pena de ficarem vulneráveis a responsabilidades pesadas, do ponto de vista profissional e patrimonial.

Ao finalizar a investigação, foi possível confirmar a hipótese levantada no projeto, ou seja, o farmacêutico, quando no exercício da sua profissão, especificadamente no

estabelecimento comercial é responsável civilmente por danos causados em virtude de medicamentos fornecidos sem prescrição médica, quando esta for exigida.

Diante de todo exposto, e em face da grandiosidade do tema, é importante destacar mais uma vez, que o que se requer do farmacêutico não é que seja onipotente ou todopoderoso e muito menos 'santo milagroso', mas tão-somente que atue em consonância com seus deveres, com esmero e cuidado no exercício de sua profissão, usando toda sua intrepidez e atenção.

Espera-se que essa pesquisa contribua com o meio acadêmico do Direito e ao mesmo tempo, com o mundo jurídico, mas pode-se estendê-la ao público em geral, pois a matéria é de interesse de todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Célia. **Responsabilidade Técnica do Farmacêutico**. (2008). Disponível em: <<http://www.ccs.ufrn.br/ppgcf/pdf/RESPONSABILIDADE%20TECNICA%20DO%20FARMACEUTICO%202008.pdf>> Acesso em: 2 de Nov. 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações**. 6 ed. São Paulo: RT, 1997.

ARRUDA JUNIOR, Antonio Carlos Matteis de. **Responsabilidade Civil pela Venda de Medicamentos Sujeita à Prescrição Médica**. São Paulo: Método, 2005.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. 2002.

_____. **Código Penal Brasileiro**. 1940. Atualizado em 2009.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. 1990.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1999.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira e SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FARIA, Caroline. **Código de Hamurabi**. InfoEscola Navegando e Aprendendo. (2008). Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/codigo-de-hamurabi/>> Acesso em: 25 de mai. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. V.3. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, José Eduardo Cerqueira. **Responsabilidades da Conduta do Médico**. Pará: Pakatatu, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Gilberto de Andrade. **Abordagens Metodológicas em Pesquisas na Área de Administração**. IN Revista de Administração. São Paulo, v. 32, nº 3, jul/set/1997.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **Pressuposto da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*. (2008). Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3580>. Acesso em 23 de abr. 2009.

PANTALEÃO, Juliana F. **Ação civil ex delicto**. *Boletim Jurídico*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=400>> Acesso em: 23 de jun. 2009.

PARANAGUA, Carla Lopes. **Qual a Distinção Entre Culpa Concorrente, Culpa Exclusiva e Culpa Contra a Legalidade?** (2008). Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2008111115340272> Acesso em: 27 de abr. 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Fábio C; GARRETA, Thaís R. T.; MADUREIRA, Juliana S. R. et all. **Responsabilidade Civil do Farmacêutico**. (2005). Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=802>> Acesso em: 18 de ago. 2009.

RIBEIRO, Alex Sandro. **Elementos da Responsabilidade civil**. *Revista Jus Vigilantibus*, (2007). Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/25210>> Acesso em 26 de abr. 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. V. 4, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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