



RESPONSABILIDADE CIVIL
MÉDICO-HOSPITALAR E A
QUESTÃO DA CULPA NO
DIREITO BRASILEIRO





LEONARDO VIEIRA SANTOS

Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito.
Professor da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Médico-Hospitalar
da Universidade Católica do Salvador (UCSAL).

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR E A QUESTÃO DA CULPA NO DIREITO BRASILEIRO

2008



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Capa: Carlos Rio Branco Batalha
Diagramação: Carla Piaggio
carlapiaggio@gmail.com

Conselho Editorial

Dirley da Cunha Jr.
Fernanda Marinela
Fredie Didier Jr.
Gamil Föppel El Hireche
José Marcelo Vigliar

Nestor Távora
Pablo Stolze Gagliano
Robério Nunes Filho
Rodolfo Pamplona Filho
Rodrigo Reis Mazzei
Rogério Sanches Cunha

Todos os direitos desta edição reservados à Edições *Jus*PODIVM.

Copyright: Edições *Jus*PODIVM

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *Jus*PODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Av. Octávio Mangabeira, nº 7709
Corsário Center, Sl. B5, Boca do Rio
CEP: 41706-690 – Salvador – Bahia
Tel.: (71) 3363.8617 Fax: (71) 3363.5050
e-mail: livros@editorajuspodivm.com.br
Site: www.editorajuspodivm.com.br

*A minha amada esposa, Aninha,
por ser tão especial, como ninguém
jamais poderia ter sido e continuar sendo,
a meus filhos, Mateus e Carol,
pela bem-vinda revolução em minha vida
e a meus pais, Humberto e Augusta,
por tudo, por tudo.*



SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
APRESENTAÇÃO	13
INTRODUÇÃO	15
Responsabilidade civil: importância e atualidade de um velho tema	15
O viés da objetivação: elogio e crítica	17
Responsabilidade médico-hospitalar: comentários iniciais	19
Outros comentários à guisa de introdução	21
Capítulo I	
RESPONSABILIDADE JURÍDICA	23
1. Conceito de responsabilidade jurídica	23
2. Espécies: responsabilidade civil, penal e administrativo-profissional	25
Capítulo II	
NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL	29
1. Conceito	29
2. Natureza jurídica	31
3. Desenvolvimento histórico	32
4. Pressupostos	38
5. Excludentes de responsabilidade civil	56
6. Culpa	65
7. Responsabilidade objetiva	82
8. Responsabilidade extracontratual e contratual	90
9. Obrigações de meio e de resultado	96
10. Ônus da prova	101
Capítulo III	
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS	107
1. Generalidades	107
2. Normas aplicáveis	117
3. Evolução histórica	123
4. Atualidades	126
5. Especificidades da atividade médica	137
6. Clarividência <i>versus</i> imediatismo	141
7. Responsabilidade contratual: regra	144

8. Obrigação de meios: regra	149
9. Erro médico e fato escusável: ajustes terminológicos	155
10. A adoção da teoria clássica	159
11. <i>Res ipsa loquitur</i>	177
12. Perda de uma chance	179
13. Consentimento informado	182

Capítulo IV

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS 193

1. Generalidades	193
2. Conceito de hospital	194
3. Especificidades da atividade hospitalar	195
4. Clarividência <i>versus</i> imediatismo	196
5. Abordagem histórica	197
6. Responsabilidade contratual	198
7. A adoção da teoria subjetiva quanto ao dever de assistência médica	200
8. A adoção da teoria objetiva quanto ao dever de hospedagem.....	226
9. O Código de Ética Médica e a delimitação da responsabilidade civil dos hospitais	228

CONCLUSÃO 231

REFERÊNCIAS 237

PREFÁCIO

Conheço o Prof. *Leonardo Vieira Santos* há mais de vinte anos.

Não que ele e eu sejamos vetustos senhores para os quais a contagem do tempo não tenha mais a velocidade dos minutos juvenis, mas, sim, a tranqüilidade das décadas...

É que, realmente, nos conhecemos há muito tempo...

Tempo que parece impor ciclos de aproximação e afastamento, como ondas que trazem e levam oportunidades, renovando o sentido da luta e o gosto pela vida...

E estes ciclos atçam a memória tais quais flashes de imagens que nem este mesmo tempo consegue apagar...

Lembro-me de Léo no Colégio Antônio Vieira, quando ele foi colega de sala de meu irmão mais novo...

Lembro-me de Léo como meu calouro na Faculdade de Direito da UFBA — Universidade Federal da Bahia...

Lembro-me de Léo como causídico militante e combativo, que honra a inteligência da advocacia baiana...

Mas a imagem que não consigo esquecer é a de um dos mais belos sentimentos que um ser humano pode ter e que é, para mim, um dos mais evidentes diferenciais de integridade: a gratidão.

Isso porque as peculiares circunstâncias que me levaram a avaliar o trabalho ora transformado em livro talvez justifiquem o motivo pelo qual recebo, com prazer redobrado, o convite para prefaciá-lo (honra que não mereço sinceramente e que somente atribuo a este belo sentimento do autor).

Em dois momentos distintos, teria eu toda a compreensão do mundo se recusasse a avaliá-lo: a primeira, no próprio convite para compor a banca, em que teria de ler toda a sua profícua reflexão em um período muito curto, já que, em verdade, fui convidado, muito próximo da data designada, para substituir a avaliadora original, impossibilitada por problemas particulares de saúde na família; a segunda, exatamente no dia da defesa, que coincidiu com a data do nascimento prematuro do meu filho (03/06/2005), em que eu teria que sair diretamente (ou seja, sem escalas para uma melhor apresentação pessoal) do hospital para a universidade.

Nestes dois momentos, pensei: eu já passei por esta fase que Léo está vivendo... eu sei o *stress* que é aguardar a avaliação da banca examinadora... eu sei bem

mesmo todo o sacrifício pessoal que se tem de fazer para obter este grau acadêmico... quem não vive para servir não serve para viver...

E, por isso, resolvi, nas palavras do próprio autor, colaborar quando poucas pessoas colaborariam...

E não me arrependo em nenhum momento disso.

Ao contrário, é motivo de grande honra e satisfação.

Leonardo Vieira é um Professor com “P” maiúsculo.

Do tipo que não tergiversa, nem tolera mediocridade. Daquele que sempre exige o máximo de cada aluno, na esperança e certeza de que tem o seu futuro em suas mãos...

Prefaciando a obra de estréia de alguém assim é um privilégio, pois estas palavras de abertura devem soar como um amuleto de boas-vindas de um futuro cada vez mais repleto de outras vitórias.

E, no caso concreto, tal prazer é multiplicado, por ser fruto da brilhante dissertação de Mestrado, apresentada, sob a competente orientação da Prof. Dra. Mônica Aguiar, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia.

O tema, “*Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro*”, tem sido objeto das mais diversas reflexões na doutrina e jurisprudência brasileiras, indubitavelmente pela relevância derivada da nobreza da vida e da saúde enquanto inalienáveis direitos da personalidade.

Optou o autor pelo enfrentamento do problema da necessidade de se saber, à luz do direito positivo, se, no momento da delimitação do dever de indenizar de médicos e hospitais, deve-se manter a culpa no rol dos pressupostos da responsabilidade civil ou se, de modo diverso, prevalece a teoria objetiva abrigada pela legislação consumerista e prevista em inovadora cláusula geral trazida a lume pelo novo Código Civil.

A hipótese adotada é a de que as especificidades deste ramo de atuação profissional obrigam, em regra, a adoção da teoria subjetiva no particular, máxime quando se tratar de obrigações de meios.

Antes de se enfrentar a questão central do trabalho, todavia, buscou-se o estudo das noções gerais sobre a responsabilidade civil, com ênfase no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, como forma de construir a base imprescindível para uma abordagem apropriada do tema eleito.

PREFÁCIO

A idéia que permeia toda a dissertação consiste na necessidade da adoção de postura ponderada, que se situe a meio caminho dos pólos ocupados pelos que pretendem a radical impunidade diante dos erros médicos e pelos que, de outro, almejam a extremada responsabilização dos esculápios e nosocômios (este culto à “última flor do Lácio” é uma marca do autor...), baseada na teoria do risco, obrigando-lhes a indenizar até mesmo os danos decorrentes da inexatidão da ciência médica. Destaca-se, quanto a esta última tendência, que o exagero, em última análise, prejudicará não apenas os médicos e hospitais, mas também os pacientes e a sociedade em geral, o que deve ser evitado.

Recomendo, portanto, pessoalmente, este livro de estréia deste jovem jurista, colega e amigo, na certeza de que esse estudo será apenas o primeiro de muitos a resplandecer na constelação de uma nova escola baiana de pensamento jurídico.

Salvador, páscoa de 2008

Rodolfo Pamplona Filho

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA (Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região).
Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da UNIFACS – Universidade Salvador.
Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia.
Coordenador do Núcleo de Pesquisa da Faculdade Baiana de Direito
Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho do JusPodivm/BA.
Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.
Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.



APRESENTAÇÃO

A responsabilidade civil de médicos e hospitais tem sido alvo de meus estudos e da minha atividade advocatícia há mais de dez anos. O contato com as repercussões práticas do tema redundou na necessidade de estudos sistematizados e influenciou na decisão de retorno à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, em busca de vivência e reflexões de pós-graduação. Assim, o presente livro reproduz a dissertação apresentada quando da bem sucedida conclusão do curso de Mestrado em Direito.

O retorno ao mundo acadêmico potencializou a junção da teoria à prática, somando à diuturna advocacia as atividades de professor e palestrante, com a constante abordagem do tema atinente ao dever de indenizar derivado de danos à vida e saúde humanas.

Foi justamente esta vivência prática que alimentou gradativamente o desejo de ver a dissertação de mestrado transformada em livro. As discussões em sala de aula, os debates derivados das palestras e o crescente número de consultas advocatícias consolidaram a certeza da atualidade do tema, comprovaram a falta de informação que ainda existe na sociedade no que concerne à responsabilidade civil de médicos e hospitais e evidenciaram a necessidade da defesa de postura ponderada, que se situe a meio caminho dos pólos ocupados pelos que pretendem a radical impunidade diante dos erros médicos e pelos que, de outro lado, almejam a extremada responsabilização dos médicos e hospitais, obrigando-lhes a indenizar até mesmo os danos decorrentes da inexatidão da ciência médica.

Dessa maneira, a satisfação e a felicidade com o lançamento deste livro derivam diretamente da firme esperança de que este trabalho possa, ainda que de forma modesta, contribuir para que seja aperfeiçoado o tratamento jurídico dispensado a pacientes, profissionais da área de saúde, estabelecimentos hospitalares e assemelhados. A adequação deste tratamento é indispensável para o bem-estar social e para a efetivação do direito à vida e à integridade física, alvos de proteção no ordenamento jurídico como um todo e, em especial, no hodierno direito civil constitucional.

Agradeço a todos que colaboraram para que este trabalho se tornasse realidade. Em especial, a Aninha, minha amada esposa, por existir e ser tão compreensiva ao longo de meses e meses de estudos e pesquisas. Aos meus filhos, Mateus e Carol, por terem sido fonte de inspiração e de energia antes mesmo de seu nascimento. Aos meus pais, Humberto e Augusta, por serem virtuosos arquétipos que me impeliram adiante, norteando meus passos. À minha orientadora, Mônica

LEONARDO VIEIRA SANTOS

Aguiar, pelos preciosos conselhos que ajudaram a moldar este trabalho. Aos amigos Danilo Calasans e George Assis, pela minuciosa revisão do texto. Ao amigo Sergio Ricardo Oliveira, pelos incentivos direcionados a esta publicação. Aos demais amigos da OCAV Advogados e Consultores Associados, pelo irrestrito apoio. A Rodolfo Pamplona Filho, pela disponibilidade e por ter colaborado quando pouquíssimas pessoas colaborariam. À Editora JusPodivm e à Múltipla, pela confiança na qualidade das linhas que seguem, nas pessoas de Francisco Salles, Guilherme Bellintani e Ricardo Didier.

Agora é esperar a apreciação crítica dos leitores e aguardar os comentários e colaborações que se depreendam da leitura do texto, que poderão ser dirigidos ao seguinte endereço: leonardo@ocav.com.br.

INTRODUÇÃO

A delimitação da responsabilidade civil na atividade médico-hospitalar materializa desafio que resultou em acalorados debates doutrinários no Brasil, sobretudo após o advento da Constituição Federal (CF/88) e do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A polêmica foi renovada e ganhou força em razão do Código Civil de 2002 (CC/02), trazendo a lume significativas mudanças normativas e justificando a edição de novas ou remodeladas obras que revelam, muitas vezes, pontos de vista diametralmente opostos.

Diante de tais constatações, nada mais pertinente do que oferecer contribuição para o entendimento do assunto, indicando, por um lado, o que já é consenso quanto à obrigação de indenizar de médicos e hospitais e refletindo, de outro, acerca do que ainda é discutível e gera perplexidade: a culpa enquanto pressuposto ou não da responsabilidade civil, por exemplo.

Trata-se, pois, de tema importante e atual, que desperta a atenção dos juristas e da sociedade como um todo, conforme sinaliza a vívida repercussão na imprensa dos chamados “casos de erro médico”.

Tecidas tais considerações, torna-se pertinente, ainda em caráter introdutório, decompor o tema, ratificando sua relevância. Desta maneira, comentar-se-á a responsabilidade civil enquanto tema geral, passando por seus reflexos na atividade de esculápios e nosocômios, para, em seguida, oferecer visão panorâmica da dissertação que ora se inicia.

RESPONSABILIDADE CIVIL: IMPORTÂNCIA E ATUALIDADE DE UM VELHO TEMA

A responsabilidade civil, qualificada de “apaixonante tema” por Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.27), é de inolvidável importância e atualidade, ao ponto de Aguiar Dias (1995, p.3) asseverar que “toda a manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade civil”, de Vieira Júnior (2003, p.XXI) sustentar que a “responsabilidade civil é hoje um dos temas que suscita a maior gama de reflexões[...]” e de Garcez Neto (2000, p.5) apregoar que “o problema da responsabilidade e do seu fundamento continua sendo o tema predileto das investigações jurídicas”. Resta incontestável, pois, que o campo em que se pretende penetrar é atraente e digno de atenções.

É cediço que o ser humano, uma vez prejudicado, tende inexorável e instintivamente à busca da vingança ou de qualquer outro tipo de ressarcimento. É o que, em outras palavras, leciona Pinto (2004, p.148): “[...] da idéia que sempre existiu em todos os povos e épocas, sobre a necessidade de reparação do dano causado a alguém, correspondendo isso, a um verdadeiro sentimento de justiça humana [...]”.

Em tempos imemoriais, sob a égide da barbárie, na ausência de regras concernentes à responsabilidade civil para a delimitação do dever de indenizar, imperavam absolutas a violência e a lei do mais forte, as quais, em dado momento, levavam, necessariamente, ao caos social (MONTEIRO, 2003, p.445). Haveriam de surgir, portanto, regras para disciplinar a resposta ao ato lesivo, cujo estudo assume posição de relevo no Direito. Sobre as raízes da responsabilidade destaca-se a lição de Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.10):

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

O império da violência, entretanto, configura situação antitética ao objetivo perene do Direito, em uma de suas acepções mais difundidas, qual seja, a manutenção da paz social (COUTO FILHO; SOUZA, 2001, p.63-65; SILVA, 2004, p.290; WALD, 1995, p.23), imprescindível para a evolução do ser humano (GARCEZ NETO, 2000, p.44; MONTEIRO, 2003, p.447). Neste diapasão, dizem Couto Filho e Souza (2001, p.17) ser “o instituto da responsabilidade civil [...] instrumento de obtenção de paz social”, enquanto Monteiro (2003, p.448) leciona que “a teoria da responsabilidade civil visa o restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social [...] único meio de cumprir-se a própria finalidade do direito, que é viabilizar a vida em sociedade, dentro do conhecido ditame de *neminem laedere*”. Dessa maneira, a responsabilidade civil é ponto nuclear do ordenamento jurídico, sendo tema tão antigo quanto o próprio Direito (GARCEZ NETO, 2000, p. 5-6).

Mantém-se a responsabilidade civil, assim como o Direito (KÜHN, 2002, p.93), em constante desenvolvimento, diante da necessidade de acompanhamento da evolução social (MONTEIRO, 2003, p.449), em circunstância que desfaz o aparente paradoxo da atualidade de um tema milenar. Sobre a questão, destaca-se o ensinamento de Sanseverino (2002, p.XXI):

A sociedade evolui à medida que amplia o conceito de responsabilidade, e o Estado tem ordenamento jurídico melhor quando cria mecanismos suficientes para a reparação do dano injusto. Trata-se de longa caminhada histórica, que se desenvolveu em diferentes ritmos no tempo e de modo diverso em cada país ou região.

Não há como negar, pois, a importância da responsabilidade civil para os cultores do Direito, na medida em que ela está intimamente ligada ao êxito das finalidades do próprio ordenamento jurídico.

No Brasil do início do Século XX, Clóvis Beviláqua, inspirado no Direito Romano (KÜHN, 2002, p.23), cristalizou a culpa enquanto pressuposto do surgimento da obrigação de indenizar, ao lado da conduta humana, do dano e do liame etiológico. É o que Martins-Costa (2000, p.301) reconhece ao asseverar que “consagra o Código Civil [1916], no art. 159, uma verdadeira cláusula geral de responsabilidade por culpa [...]”. A evolução social, entretanto, levou gradativamente a doutrina brasileira, também no rastro da doutrina alienígena, a questionar esta teoria clássica da responsabilidade civil e induziu o legislador pátrio a editar normas como o CDC e o CC/02. Esta é a tendência que, ainda à guisa de introdução, se comenta em seguida.

O VIÉS DA OBJETIVAÇÃO: ELOGIO E CRÍTICA

Um dos aspectos mais notáveis do desenvolvimento teórico da responsabilidade civil diz respeito ao gradativo avanço da teoria objetiva sobre o espaço antes ocupado exclusivamente pela teoria clássica ou da culpa, com o fito de beneficiar as vítimas dos danos. O viés da objetivação começou a ser decididamente observado no Brasil em normas de incidência limitada a determinados segmentos, como *verbi gratia* (v.g.) o dos transportes, disciplinado pelo Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. A tendência foi, então, consolidada em 1990 pelo CDC, de abrangência significativamente maior, sendo, por fim, abraçada, em termos, pelo CC/02. Tal evolução teórica foi descrita por Passos (2001, p.133-134) nos seguintes termos:

A responsabilidade civil, é do saber comum dos juristas, evoluiu de sua compreensão subjetiva e individual, algo imputável a quem deu causa a um dano que jamais teria ocorrido se inexistente o ato do responsável, para o estágio mais avançado da culpa presumida, ultrapassado pela concepção da responsabilidade objetiva, por sua vez suplantada pela teoria do risco. [...].

No campo delimitado por essas duas coordenadas — o incremento do risco e o crescente esgarçamento e anonimato das relações sociais — a velha responsabilidade civil viu-se compelida a buscar outros fundamentos que não a culpa individual, deduzida de um comportamento sobre o qual teria o agente algum poder de opção. Na atualidade, urge deslocar o ponto focal da responsabilidade, justamente em sua dimensão mais significativa, a do causador imediato do dano e de sua culpa, para o imperativo da reparação do dano.

Tal objetivação configura tendência elogiável, digna do alvorecer deste novo século, quando juristas de vanguarda, como Fachin (2000), Grau (2001) e Martins-

Costa (2000), pugnam pela superação dos vetustos e egoísticos moldes oitocentistas usados quando da elaboração do Código Civil de 1916 (CC/16) e ainda enraizados nas mentes de muitos operadores do Direito, mesmo após o advento da CF/88 e do CDC. Os vanguardistas visualizam o direito civil sob as luzes dos princípios constitucionais e consumeristas, o que implica em verdadeira revolução na maneira de se encarar os contratos, a família e a responsabilidade civil, dentre outros temas jurídicos de basilar importância, em tendência que se intensificou depois de janeiro de 2003, quando passaram a vigorar as normas do novo Código Civil.

No que tange especificamente à responsabilidade civil, todavia, não é de agora a preocupação doutrinária com a mitigação da exigência da culpa para que se caracterize o dever de indenizar, que vem sendo defendida muito antes da promulgação da Carta Magna de 1988. Neste sentido, célebre é a obra de A. Lima (1999), recentemente revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Rocha Barros, cuja primeira edição remonta a 1960. Já a lição de O. Gomes (1988a, p.311), no particular, foi veiculada em livro inicialmente editado em 1961, do qual, em edição ainda anterior à CF/88, se retirou o seguinte trecho doutrinário:

Sem culpa não há ato ilícito. Esta assertiva parece reacionária, em face da tendência para a chamada objetivação da responsabilidade, mas verdadeiramente não é, uma vez se façam certas distinções. [...]. Uma coisa é ser obrigado a pagar indenização, outra atribuir a alguém ato ilícito.

Se é certo que o avanço da teoria objetiva revolucionou a responsabilidade civil, também é inegável que as revoluções, mesmo quando benfazejas, geralmente fazem vítimas e atingem violentamente segmentos que não deveriam atingir, consubstanciando o que se poderia chamar de efeitos revolucionários colaterais. Assim, a crescente objetivação haveria de ter suas distorções, como ocorre no que tange à sua aplicação no âmbito da atividade de facultativos e hospitalares. Eis que as especificidades deste ramo de atuação profissional tornam necessária, em regra (máxime quando se tratar de obrigação de meios), a adoção da teoria subjetiva para se definir o dever de indenizar decorrente de serviços médicos malogrados, em **hipótese** a ser considerada ao longo deste trabalho.

Se a importância e atualidade da responsabilidade civil saltam aos olhos, também não é possível olvidar a imensidão do raio de abrangência do tema, ainda que limitado à questão da culpa. Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.XIX) advertem que “largo [...] é o horizonte da passagem que a peregrinação pela responsabilidade civil traduz”, enquanto Bahia (1997, p.3) obtempera que o “assunto oferece dificuldades de grande monta ao jurista”, no que concorda Wald (1992, p.494) ao admitir que o tema “passou a ser um problema ‘terrivelmente perturbador’ que com argúcia e finura os juristas se esmeraram em resolver”. Diniz (2002a, prefácio) realça tal convicção nos seguintes termos:

INTRODUÇÃO

O tema “responsabilidade civil”, pela sua vastidão, por ser atinente a todos os ramos do direito, e não apenas ao Direito Civil, e pela complexidade que engendra, além de árduo, não se encontra bem estruturado nem na legislação nem na seara doutrinária e jurisprudencial, erigindo-se, por isso, num desafio a todos os que pretendam escrever sobre ele.

As exigências da vida moderna, as condições econômicas do desenvolvimento técnico-industrial fizeram com que a “responsabilidade civil” se tornasse o grande problema da atualidade.

O respeito dedicado neste trabalho à imponência do tema, portanto, torna necessária e salutar uma maior delimitação, garantida quando a ele se agrega determinado aspecto que tenha relevância, como inegavelmente a tem a atividade médico-hospitalar. A abordagem introdutória de tal aspecto foi tangenciada acima, mas será feita especificamente abaixo.

RESPONSABILIDADE MÉDICO-HOSPITALAR: COMENTÁRIOS INICIAIS

Se há miríades de pontos que poderiam ser abordados à luz do amplo tema da responsabilidade civil, nenhum ultrapassaria em importância o da responsabilidade médico-hospitalar. Neste sentido, são dignas de nota, *v.g.*, tanto a circunstância da esmagadora maioria dos doutrinadores de escol dedicar espaço à responsabilidade no âmbito médico ao tempo em que silenciam a respeito de outras profissões, quanto a ancestralidade da Medicina, no que se aproxima da responsabilidade civil e do próprio Direito. Kfoury Neto (2003, p.45) afirma, neste diapasão, que as “doenças e as dores nasceram juntamente com o homem. Por isso, desde seu primeiro momento de racionalidade, tratou ele de predispor os meios necessários para combater ambos os males”. Tal ponderação tem o respaldo de França (2001, p.24) quando diz que a “Medicina é tão antiga quanto a dor, e seu humanismo tão velho quanto a piedade humana”. Vê-se, por conseguinte, que o aspecto eleito para delimitação do tema qualifica-o ainda mais em importância.

Em outra semelhança com o Direito, a Medicina tem evoluído, só que de maneira mais veloz, como registra a exposição de motivos trazida a lume em anexo à Resolução CFM nº 1.627/2001 (SÁ JÚNIOR, 2001 apud SANTOS, A., 2003, p.67). A evolução da ciência médica, paradoxalmente, aumenta, de forma exponencial, as possibilidades de resultados indesejados, os quais, aliados ao perfil do cidadão esclarecido do Século XXI, ou seja, das pessoas que hoje têm mais acesso à educação e à informação do que um dia tiveram seus antepassados, tornaram o tema “erro médico” uma questão de amplo interesse social. Desta forma, não apenas aos médicos e hospitais, não somente aos pacientes, mas à sociedade como um todo interessa o assunto. Croce e Croce Júnior (2002, p.XXI) apreendem tal realidade quando sustentam o seguinte:

Nos dias atuais, o erro médico (*medical malpractice*) tornou-se, em todo o mundo civilizado, assunto palpitante, que interessa aos advogados, promotores, juízes de todos os graus, e, diretamente, também aos discípulos de Esculápio [...].

Kfourri Neto (2003, p.32) sintetiza em poucas palavras o cadinho do qual emana o crescente número de processos de responsabilidade civil médico-hospitalar, conforme evidencia a transcrição feita abaixo, *in verbis*:

Verifica-se uma medicalização da vida — desde a ingestão de vitaminas, que se populariza, à cirurgia plástica estética, controles dietéticos — ao passo que o homem se torna mais reivindicativo, cômico de seus direitos, e o relacionamento com os médicos se torna mais e mais despido de conotação pessoal.

Sobre a postura mais aguerrida das pessoas atingidas por danos, vale destacar, ainda, a doutrina de Garcez Neto (2000, p.18-19):

A mentalidade contemporânea também não suporta a idéia de dano, e não há, atualmente, quem se submeta, resignadamente, a um prejuízo. O homem dos nossos dias, em face do dano, reage de maneira muito diversa do que ocorria em outras épocas: não se conforma com o mal, preferindo atribuir sempre o dano à ação de outro homem, de um seu semelhante, que é quem deve arcar com as conseqüências do evento. Daí porque, nos dias que correm, surgem demandas que antes a ninguém ocorreria propor.

Conhecidos a “medicalização” da vida hodierna e o aumento da possibilidade de resultados indesejados nos procedimentos médicos, constatado o perfil do homem contemporâneo e vista a tendência da objetivação da responsabilidade civil, resta um **problema**: no momento da delimitação da responsabilidade civil dos médicos e hospitais, à luz do direito positivo, deve prevalecer a teoria subjetiva abraçada pelo CC/16 e ainda mantida, como regra geral, pelo novo *codex* (2002) ou a teoria objetiva abrigada pela legislação consumerista e prevista excepcionalmente pelo CC/02?

Eis a polêmica que constitui o principal foco deste trabalho, impulsionado pela convicção de que impor tratamento jurídico mais rigoroso do que o possível, diante das especificidades da medicina, redundaria em prejuízos para todos os envolvidos e, em especial, para os próprios pacientes. Esta visão percuciente, menos imediatista, pode ser constatada na seguinte reflexão abrangente de Wald (1992, p.525):

Essa alteração da visão dos problemas jurídicos implica, necessariamente, em modificação da conduta do profissional ou do fornecedor, que deverá procurar garantir-se, inclusive, pelo seguro, contra eventuais indenizações que terá que pagar, repassando, geralmente, o custo da operação para o consumidor. Assim sendo, nesta verdadeira “guerra civil” que se trava entre profissionais e consumidores, é preciso ponderar que a radicalização,

INTRODUÇÃO

em alguns casos, pode prejudicar o consumidor, retirando-lhe o acesso a determinados produtos ou serviços ou tornando-os mais onerosos, nem sempre no interesse da sociedade e dos próprios consumidores.

OUTROS COMENTÁRIOS À GUIA DE INTRODUÇÃO

Evidenciadas a importância e a atualidade do tema eleito, urge salientar que a dissertação em tela tem por escopo, inicialmente, fixar noções básicas no que tange à responsabilidade jurídica, com destaque para as relativas à responsabilidade civil, isto é, a espécie a ser aqui enfocada. À culpa, por força do problema a ser enfrentado, será dedicada maior atenção nesta etapa do trabalho.

A partir do momento em que, ao depois, a análise voltar-se para a atividade médico-hospitalar, esta será dividida em duas vertentes: a relativa aos médicos e a atinente aos hospitais. Em ambas haverá, outrossim, preocupação inicial com a apreensão de noções gerais, para, em seguida, ter em mente a questão da culpa e do risco para se definir a obrigação de indenizar.

Para viabilizar o bom resultado do que se delineou acima, examinar-se-á a legislação pertinente, iluminada pela pesquisa doutrinária incidente sobre as obras indicadas nas referências bibliográficas vistas ao final. Não se desconhece, entretanto, a circunstância de que a maior parte das diversas obras escritas sobre o tema enfrenta-o genericamente, ora abordando a responsabilidade civil do médico (em maior escala), ora estudando a dos hospitais. Atenta-se, por conseguinte, para o fato de ser relativamente reduzido o número de páginas doutrinárias dedicadas à questão da culpa enquanto pressuposto da obrigação de indenizar de médicos e hospitais. São ainda mais reduzidas as linhas dedicadas pela doutrina ao tema, quando se leva em conta o novel Código Civil e, mais especificamente, o reflexo da cláusula geral trazida a lume pelo parágrafo único do seu art.927 no que concerne ao segmento médico-hospitalar.

Não se olvidará, também, a análise da jurisprudência, de extrema importância para o estudo da responsabilidade civil, a despeito de se ter consciência de que a repercussão do novo *codex* ainda tardará um pouco para se fazer notar nos Tribunais, já que “[...] todo estatuto novo, de grande projeção e envergadura, com poder de irradiar reflexos, revogar disposições paralelas e alterar as relações jurídicas, demora para ser aplicado e interpretado pelo Poder Judiciário” (STOCO, 2004, p.445). Far-se-á, ainda, referência aos resultados da pesquisa feita em jornais a respeito da repercussão dos erros médicos na mídia, para confirmação de algumas das premissas que servirão de sustentáculo para a conclusão do trabalho.

Estas são as linhas gerais da dissertação cujo desenvolvimento ora se inicia, não sendo demais ressaltar que não há aqui, em absoluto, qualquer intenção de exaurir o tema, nem de produzir texto com ares de definitividade, uma vez que esta é tarefa afeita aos expoentes da doutrina nacional. Assim, é bom repetir, torna-se facilmente perceptível que, do grande tema da responsabilidade civil, pinçou-se a questão da culpa enquanto pressuposto da obrigação de indenizar, para análise de seus reflexos na atividade médico-hospitalar. É este o aspecto central deste trabalho dissertativo e que deverá ser desenvolvido com maior profundidade, em preocupação que não se verifica no que diz respeito a outros aspectos aqui tidos como periféricos.

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDADE JURÍDICA

SUMÁRIO: 1. Conceito de responsabilidade jurídica — 2. Espécies: responsabilidade civil, penal e administrativo-profissional.

1. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE JURÍDICA

A responsabilidade jurídica é gênero do qual a responsabilidade civil é espécie. Assim, por óbvio, tudo o que se disse acima no que tange à relevância desta última é absolutamente válido quando se trata da primeira. Não poderia ser diferente, tendo em vista que a idéia de responsabilidade jurídica engloba a de responsabilidade penal e administrativo-profissional, ao lado da noção de responsabilidade civil. Cada espécie em seu campo contribui para a consecução dos fins do Direito, viabilizando um mínimo de harmonia na convivência humana (GARCEZ NETO, 2000, p.44). Neste sentido, é válido mencionar, mais uma vez, a exposição de motivos trazida a lume pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil em anexo à Resolução CFM nº 1.627/2001 (SÁ JÚNIOR, 2001 apud SANTOS, A., 2003, p.62):

A responsabilidade é uma conquista importante da civilização, como exigência do convívio social, e pode ser exercida em diversos planos da existência social, como responsabilidade civil, responsabilidade penal, responsabilidade administrativa [...].

É curial, de logo, trazer à tona o conceito de “responsabilidade jurídica”, tendo sempre em vista, agora e durante todo o desenvolvimento deste trabalho, a perene e lúcida lição de Bezerra da Silva (1980, p.140 apud BAHIA, 1997, p.5), ao sustentar que os conceitos “fornecem as bases para o desenvolvimento das teorias científicas, servindo como guia para a observação controlada do mundo empírico”.

A etimologia e três diferentes dicionários foram usados por Baptista (2003, p.60) ao apresentar a seguinte contribuição no que concerne ao conceito de responsabilidade:

A palavra responsabilidade provém de responder, do verbo latino *respondere* (*re* e *spondeo* = prometer) que, além de dar ou escrever resposta, objetar ou remeter correspondência, significa também, segundo a etimologia do vocábulo, obrigar-se, assumir pagamento, representar, responsabilizar-se (donde as expressões responder pela obrigação, responder pela evicção, responder por vício redibitório), retribuir equivalentemente, oferecer garantia, empenhar a palavra (*respondere fide sua*).

Diniz (2002a, p.18) é sintética ao lecionar que a “responsabilidade jurídica apresenta-se, portanto, quando houver infração de norma jurídica civil ou penal, causadora de danos que perturbem a paz social, que essa norma visa manter”. Já Cardoso (2002, p.265), em busca do conceito de responsabilidade civil, cita Aguiar Dias, em explanação genérica mais apropriada para definir responsabilidade jurídica:

José de Aguiar Dias, com base em G. Marton, define a responsabilidade como a “situação de quem, tendo violado norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas”.

Coube, porém, a Cretella Júnior (1980, p.7 e 8) conceituar a responsabilidade jurídica em bem lançadas e lapidares palavras, como se constata em seguida:

A responsabilidade jurídica nada mais é do que a própria figura da responsabilidade, “*in genere*”, transportada para o campo do direito, situação originada por ação ou omissão de sujeito de direito público ou privado que, contrariando norma objetiva, obriga o infrator a responder com sua pessoa ou bens.

Desdobrada em modalidades diversas, filiadas ao protótipo comum categorial, a responsabilidade jurídica é una, típica, reunindo sempre, em essência, a entidade personativa, que se projetou ou se omitiu no mundo das normas jurídicas, quebrando-as e provocando dano, a convulsão maior ou menor no sistema, a exigir imediata recomposição do equilíbrio atingido.

Envolve a responsabilidade jurídica, desse modo, a pessoa que infringe a norma, a pessoa atingida pela infração, o nexa causal entre infrator e infração, o prejuízo ocasionado, a sanção aplicável e a reparação, consistente na volta ao “*status quo ante*” da produção do dano.

Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.3) também propuseram a sua versão do conceito, com a clareza que lhes é peculiar:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Da análise comparativa das diversas transcrições feitas acima, necessárias diante da importância do conceito em questão para o trabalho em tela, torna-se facilmente perceptível a correta preocupação da doutrina mais recente, como a de Gagliano e Pamplona Filho (2003), em afastar da aludida definição a prática de ato ilícito pelo responsável. Atenta-se à circunstância, afeita à responsabilidade civil, do surgimento da obrigação de indenizar decorrente da prática de ato lícito (em questão que será detidamente analisada abaixo).

Fixado o conceito de responsabilidade jurídica, torna-se necessária rápida abordagem de suas espécies, como se verá em seguida.

2. ESPÉCIES: RESPONSABILIDADE CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVO-PROFISSIONAL

A responsabilidade jurídica tem três espécies: civil, administrativa e penal. A primeira consubstancia o tema principal desta dissertação e será tratada específica e detalhadamente no capítulo seguinte. A segunda será abordada neste trabalho, ainda que *en passant*, dada a circunstância da medicina ser uma profissão regulamentada. À terceira, entretanto, não serão dedicadas maiores atenções, por escapar às lindes propostas para esta dissertação.

Desta forma, torna-se pertinente, neste item, apenas demonstrar o que aqui se entende por responsabilidade administrativo-profissional, com o desiderato de driblar problemas terminológicos constatados na doutrina. Demais disso, insta salientar tão-somente a diferença entre a responsabilidade civil e a penal, para que se possa, com segurança, ter em mente o que constitui objeto de estudo e o que resta fora dos limites aqui estabelecidos.

Diga-se, de logo, que ao se mencionar “responsabilidade administrativo-profissional” nesta dissertação, sempre se tratará da responsabilidade dos médicos e hospitais em virtude do desrespeito às normas editadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), dando ensejo a punições expressamente previstas no Código de Ética Médica (CEM), dentre as quais a mais grave é a de cassação do diploma.

Não é vã tal preocupação terminológica, já que há doutrinadores que reservam a expressão “responsabilidade administrativa” para hipóteses relativas ao dever de indenizar advindo de infração de normas de Direito Administrativo (BAHIA, 1997, p.108; SCAFF, 1993, p.41), incluindo a punição imposta pelo organismo corporativo no seio da responsabilidade civil (KÜHN, 2002, p. 9-10). Outros, como França (2001, p.258), sustentam que os processos ético-disciplinares remontam à “responsabilidade moral”, em opção que apresenta o inconveniente de desconsiderar a distinção entre o Direito e a moral, que sabidamente interagem, mas não se confundem. Nesta dissertação, como visto, será utilizada a terminologia adotada, *v.g.*, por Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 247), além de Ramos (2001, p.247) e Dias (2001, p.317), para quem as sanções eventualmente aplicadas pelos Conselhos de Medicina têm natureza administrativa, entendendo não ser correta sua inserção no âmbito da responsabilidade civil ou, ainda, da responsabilidade moral.

Consolide-se, pois, a idéia de que a responsabilidade administrativo-profissional na atividade médica consubstancia-se no âmbito dos Conselhos de Medicina, à luz das normas por estes editadas, não se confundindo com a responsabilidade civil, nem com a responsabilidade penal. Posto isto, torna-se necessário, então,

diferençar responsabilidade civil e penal, em tarefa que gera debates na doutrina, conforme será demonstrado em seguida.

Há doutrinadores que pretendem estabelecer a susreferida diferença com base no desequilíbrio social, que decorreria exclusivamente do ilícito penal, enquanto o ilícito civil repercutiria exclusivamente na seara individual. Wald (1992, p.479), por exemplo, aduz que “enquanto o ilícito penal viola norma que se destina a proteger a sociedade, o ilícito civil infringe interesses privados [...]”. É o que também defende Garcez Neto (2000, p.51), quando leciona o seguinte:

A evolução jurídica aprofundou a distinção entre reparação e pena, dando nascimento a uma distinção já hoje clássica e que consiste no seguinte:

- a reparação penal, organizada pelo Estado no interesse social, tem por finalidade a punição dos atos repreensíveis mediante a aplicação de uma pena;
- a responsabilidade civil, ao contrário, organizada no interesse dos particulares, vítimas de um dano, tem como finalidade a reparação do prejuízo em favor da pessoa ofendida.

Percebe-se que a distinção feita acima remonta a velha e polêmica questão doutrinária, qual seja, a da diferença entre o direito público e o privado. Hodiernameamente, quando se admite a imbricação destes ramos do Direito, em fenômeno sintetizado, v.g., pelo advento do direito econômico ou, ainda, pela constitucionalização do direito civil, haveriam de surgir críticas à clássica distinção entre responsabilidade civil e penal vista acima. O. Gomes (1988a, p.316), por exemplo, já advertia que “a distinção baseada na repercussão do dano é contestada por alguns, para os quais o fundamento da responsabilidade penal e da responsabilidade civil é o mesmo, variando simplesmente as condições que as determinam”.

Nesta senda segue Valler (1995, p.17 apud PAMPLONA FILHO, 2001, p.269), que vai de encontro à distinção clássica nos seguintes termos: “Em seus aspectos fundamentais há uma perfeita coincidência entre o ilícito civil e o ilícito penal, pois ambos constituem uma violação da ordem jurídica, acarretando, em consequência, um estado de desequilíbrio social”. Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.42), a respeito do assunto, complementam o que se vê abaixo:

Aliás, outro mito que se deve destruir é a idéia de que o dano, para o Direito Civil, toca, apenas, a interesses individuais. O Direito Civil não deve ser produto do cego individualismo humano. Diz-se, ademais, nessa linha equivocada de raciocínio, que somente o dano decorrente de um ilícito penal teria repercussões sociais.

Nada mais falso.

Toda forma de dano, mesmo derivado de um ilícito civil e dirigido a um só homem, interessa à coletividade. Até porque vivemos em sociedade, e a

violação do patrimônio — moral ou patrimonial — do meu semelhante repercute, também, na minha esfera pessoal.

Kfouri Neto (2003, p.103) habilmente tangencia a polêmica acima evidenciada, em que a razão certamente está com os críticos da distinção clássica, e recorre à doutrina de Casabona para oferecer preciosa e pragmática distinção entre a responsabilidade penal e a civil como se vê abaixo:

a) a culpa penal se caracteriza por sua tipicidade, a conduta proibida deve encontrar-se descrita na lei penal — o que não ocorre com o mesmo rigor na culpa civil; b) as conseqüências de uma e outra são distintas: a culpa penal pressupõe a cominação de uma pena, enquanto a culpa civil gera o direito à reparação ou recomposição do dano; c) no terreno da responsabilidade, a penal é estritamente pessoal, ao passo que a civil poderá estender-se a outras pessoas.

Outro aspecto polêmico e de relevância prática remonta aos efeitos da sentença penal no âmbito cível. A questão era regulada pelo art. 1.525 do CC/16 e hoje resta disciplinada pelo art.935 do CC/02, que em nada inovou. Assim, somente em dois aspectos aquilo o que foi decidido no juízo criminal deverá necessariamente ser acatado no juízo cível, conforme revela Baú (2002, p.16), quando afirma que “[...] havendo coisa julgada na esfera penal, apesar da polêmica, não se poderá mais discutir no civil quanto à negação da autoria e à inexistência do fato: a coisa julgada no penal transfere-se para o civil”.

Assim, não obstante a legislação passada e a presente reconheçam textualmente que a “responsabilidade civil é independente da criminal”, há, em verdade, uma independência relativa, como visto acima. Admita-se, todavia, que este é assunto que merece estudo interdisciplinar mais profundo, o qual foge aos limites propostos para este trabalho.

Tecidas tais considerações no que concerne à responsabilidade jurídica e, mais especificamente, à responsabilidade administrativo-profissional e penal, abre-se o caminho para uma análise menos superficial da responsabilidade civil, que consubstancia o amplo objeto deste trabalho.



CAPÍTULO II

NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

SUMÁRIO: 1. Conceito — 2. Natureza jurídica — 3. Desenvolvimento histórico — 4. Pressupostos — 5. Excludentes de responsabilidade civil — 6. Culpa — 7. Responsabilidade objetiva — 8. Responsabilidade extracontratual e contratual — 9. Obrigações de meio e de resultado — 10. Ônus da prova.

Antes de focar o ponto central deste trabalho, ou seja, a questão da culpa na delimitação da responsabilidade civil médico-hospitalar, é imprescindível sedimentar algumas noções gerais que serão indispensáveis para o enfrentamento do problema acima expandido. É este cabedal que se começa a construir no capítulo em tela.

1. CONCEITO

A apresentação de um conceito de responsabilidade civil que pacifique o tormento doutrinário existente em torno do assunto tem sido perseguida há bastante tempo, sem que fosse possível lograr êxito na tarefa de sequer minimizar as incertezas. Enquanto Diniz (2002a, p.33) pondera que “grandes são as dificuldades que a doutrina tem enfrentado para conceituar a responsabilidade civil”, Couto Filho e Souza (2001, p.22) obtemperam que “conceituar responsabilidade civil não é tarefa fácil”, ao tempo em que Pamplona Filho (2001, p.266) formula a seguinte advertência:

Desta forma, se conceituar cientificamente um instituto jurídico já é, de ordinário, uma atividade complexa, conceituar responsabilidade (e, por consequência, responsabilidade civil) pode tornar-se tarefa inglória, tendo em vista a enorme quantidade de acepções que a doutrina tradicional tem apresentado sobre o tema, notadamente no que diz respeito ao seu embasamento jurídico.

As sobreditas dificuldades, todavia, não têm o condão de impedir a constatação da necessidade impostergável de se fixar, neste trabalho, um conceito de responsabilidade civil, por força da sua importância operacional no que tange ao enfrentamento do problema eleito. Assim, ainda que não se trate do foco principal desta dissertação e que não se pretenda verdadeiramente mergulhar no profundo oceano criado por esta caudalosa polêmica, indicar-se-á, abaixo, alguns dos conceitos propostos na doutrina, revelando ao final aquele que se afigura mais apropriado tecnicamente e que melhor se ajusta à realidade do instituto no Brasil.

Na doutrina alienígena, o autor que mais influenciou as obras brasileiras foi Savatier, como se constata, por exemplo, nos trabalhos de Rodrigues (2002, p.6), Wald (1992, p.111, 478), Kühn (2002, p.11), Vieira Júnior (2003, p.5) e Baptista

(2003, p.60), sendo que este último apresenta a seguinte tradução do original francês: “a responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o dano causado a outrem por seu fato, ou pelo fato de pessoas ou de coisas dependentes dele”.

Trata-se de conceito útil e bem aceito dada a sua generalidade, que o faz driblar armadilhas como a de agrilhoar a responsabilidade civil ao ato ilícito ou como a de incluir os pressupostos do dever de indenizar na definição, visto que estes podem variar a depender das especificidades de cada ordenamento jurídico.

Tal mérito levou um doutrinador da estirpe de Rodrigues (2002, p.6), no momento da conceituação da responsabilidade civil, a citar única e exclusivamente o supracitado conceito, com o objetivo de tangenciar a polêmica que caracteriza o assunto.

No rastro de Rodrigues (2002), ou seja, com o deliberado escopo de evitar maiores discussões, torna-se pertinente a apropriação do conceito proposto por Diniz (2002a, p.34), em “concepção baseada nas idéias de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, [...] Francisco dos Santos Amaral Neto, [...] e Carlos Alberto Bittar”, como o que melhor se amolda aos fins aqui colimados, visto que levantado com a expressa preocupação de abarcar tanto a responsabilidade subjetiva quanto a objetiva. Assim, tenha-se em mente, doravante, o seguinte conceito de responsabilidade civil:

[...] poder-se-á definir a 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 (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

O propósito de não participar da verdadeira batalha criada em torno da formulação de um conceito supremo de responsabilidade civil e o contentamento com a definição acima evidenciada não impedem, entretanto, que se reconheça, no particular, a relevância do trabalho de Baptista (2003, p.59), que se destaca na vasta planície doutrinária justamente por adotar diferente ângulo de visada. Usa de conhecimentos da teoria geral do Direito e da moderna concepção de responsabilidade civil para fornecer o seguinte conceito próprio:

Podemos definir a responsabilidade civil como a relação obrigacional decorrente do fato jurídico dano, na qual o sujeito do direito ao ressarcimento é o prejudicado, e o sujeito do dever o agente causador ou o terceiro a quem a norma imputa a obrigação.

Insta salientar que os três conceitos acima mencionados escapam ao equívoco de aferrar a responsabilidade civil à idéia de ato ilícito ou de culpa. Todos, como era de se esperar, fundam-se na idéia central do dever de “reparação” do dano ou

de “ressarcimento” imputável a pessoa direta ou indiretamente ligada aos fatos danosos. Eis, pois, o sumo do que se quis fixar na seção secundária em epígrafe.

2. NATUREZA JURÍDICA

Se, de um lado, a maior parte da doutrina especializada dedica atenção ao conceito de responsabilidade civil, a definição da sua natureza jurídica, de outro, enfrenta realidade diametralmente oposta.

Entre os poucos que dedicaram algumas linhas a tal assunto figura Cavaliere Filho (2003, p.26), para quem a responsabilidade civil, enquanto obrigação de indenizar, é uma obrigação legal (e não “voluntária”), visto que “é a própria lei que determina quando a obrigação surge e a precisa conformação que ela reveste”, motivo pelo qual recorre à doutrina de Theodoro Júnior para lhe qualificar de “obrigação-sanção”. Contra este posicionamento poder-se-ia argumentar que a sanção advém necessariamente de ato ilícito, ao qual a responsabilidade civil não está dependente, diante da previsão legal de hipóteses de responsabilidade objetiva. Pamplona Filho (2001, p.274-276), contudo, rebate tal objeção, aduzindo o seguinte:

No caso de responsabilidade civil originada de imposição legal, como é a hipótese, por exemplo, dos acidentes de trabalho [do segurador e não do patrão, por força do art.7º, inciso XXVIII, da CF/88] ou das atividades nucleares, as indenizações devidas não deixam de ser sanções, que decorrem não por causa de algum ato praticado pelo responsabilizado civilmente, mas sim por um reconhecimento do direito positivo (previsão legal expressa) de que os danos causados já eram potencialmente previsíveis, em função dos riscos profissionais da atividade exercida. [...].

Por tais fundamentos, concluímos que a natureza jurídica da responsabilidade será sempre sancionadora, independentemente de se materializar como pena, indenização ou compensação pecuniária.

Torna-se facilmente perceptível, pois, que a natureza sancionadora da responsabilidade civil não pode ser contestada. Visão mais abrangente da natureza jurídica do instituto, todavia, é adotada por Vieira Júnior (2003, p.9), como se vê na seguinte citação:

Quanto à sua natureza, como nos recorda o Mestre Francisco Amaral, a responsabilidade civil é sanção indireta, de função preventiva e reparadora. Indireta, porque, na impossibilidade de se restabelecer a situação anterior ao evento lesivo, a lei determina a reparação do prejuízo causado. Preventiva, porque, como toda sanção, destina-se a garantir o respeito à lei, e restauradora no sentido de que, violado o preceito jurídico e configurado o dano, o infrator se obriga a indenizar o lesado. É, portanto, e simultaneamente, uma sanção e uma garantia de ressarcimento.

Fixados o conceito e a natureza jurídica da responsabilidade civil, segue-se uma abordagem histórica do instituto, apresentada na seção secundária seguinte.

3. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Para a perfeita compreensão do quadro contemporâneo de determinado instituto, é curial ter-se em mente seu desenvolvimento histórico. A tarefa, no particular, não é fácil, visto que, como já se disse em sede de introdução, a responsabilidade civil é quase tão antiga quanto o próprio Direito (VASCONCELOS, 2003, p.65), sendo relevante lembrar, nesse sentido, as palavras de Couto Filho e Souza (2001, p.22):

A célebre frase diz que onde está o homem também estará o direito pode ser empregada, igualmente, *mutatis mutandis*, para a seara do instituto ora em estudo, daí se poderia dizer, sem pestanejar, que onde existir o homem também existirá a responsabilidade.

O que se pretende agora é estudar as raízes da responsabilidade civil, passando pela sua fase de maturação e, conseqüentemente, revelando o encadeamento que resultou nas regras a ela dedicadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, acarretando o problema focalizado neste trabalho.

O estudo doutrinário do tema em epígrafe leva à constatação de que boa parte dos autores nacionais da atualidade, confessadamente ou não, inspirou-se na clássica obra de A. Lima (1999, p.19-42), cujas linhas iniciais foram escritas em 1938, tendo sido, então, ampliadas para sua primeira edição, de 1960. Dessa maneira, tenha-se sempre em vista tal fonte doutrinária no momento de se estudar a evolução da responsabilidade civil, como se fará em seguida.

É bom advertir, inicialmente, que A. Lima (1999, p.19) elege o Direito Romano como ponto de partida desta análise histórica. Indica como alvorecer da responsabilidade civil o momento em que, na civilização romana, a *vindicta privata* “passou para o domínio jurídico, como reação legalizada e regulada; o poder público passa a intervir no sentido de permiti-la ou de excluí-la quando injustificável” (LIMA, A., 1999, p.20).

Caso não se opte, à feição de A. Lima (1999), pelo Direito Romano como marco zero desta análise, pode-se afirmar, como destacado na introdução deste trabalho, que a vingança privada descontrolada, dominante em tempos imemoriais, e que, ainda hoje, ocasionalmente emerge do lado animalesco da natureza humana (apenas anestesiado pela civilização), representa antítese do Direito, visto que, via de regra, descamba para o caos social. Assim, na medida em que os agrupamentos humanos evoluíam, percebia-se que combater o “mal pelo mal”, de forma

desordenada, geralmente implicava em espiral de violência, gerando, por fim, prejuízos insuportáveis para a coletividade.

Pode-se sustentar, por conseguinte, que a origem do instituto da responsabilidade civil repousa no momento em que já há um mínimo de organização política capaz de disciplinar, de alguma forma, a vingança privada, o que contraria a afirmação da lavra de Couto Filho e Souza (2001) que se reproduziu acima. Dessa maneira, não seria correto afirmar que a responsabilidade civil tenha nascido com a raça humana, mas sim com a disciplina da vingança privada por um poder político forte o suficiente para impor tal disciplina.

Tendo por norte a premissa acima fixada, deve-se reconhecer que o instituto da responsabilidade civil nasceu em data imprecisa e em local indeterminado, não sendo recomendável limitar o estudo de sua evolução ao Direito Romano e à Lei das XII Tábuas, que é de “meados do século V a.C” (NORONHA, 2003, p.529). Ou será que o primevo Código de Hammurabi, “de começos do século XVIII a.C” (NORONHA, 2003, p.529), ao disciplinar a pena de Talião, também não trouxe para o “domínio jurídico”, a vingança privada?

Para além da referência a Hammurabi, que já foi feita por diversos autores, deve-se expandir a reflexão. Tome-se o exemplo de sociedades como a dos índios norte-americanos, surgidas de há muito, em data incerta, onde também se constatou o regramento ou, até mesmo, a coibição da vingança privada. Em certas tribos cabe a respeitados anciãos definir como se dará a solução de um litígio, conforme se viu no filme *Dança com Lobos* (*Dances with wolves*), de Kevin Costner, exibido em 1990 e vencedor de sete Oscar em 1991, incluindo melhor filme e melhor diretor.

Mesmo que se obtempere tratar-se de uma obra de ficção, ambientada em passado relativamente recente, sabe-se que o filme foi fruto de séria e notória pesquisa sobre os antigos e sedimentados costumes indígenas, tendo sido, inclusive, falado no dialeto *sioux*. Neste se vê que os componentes do grupo reconhecem o poder central e no caso concreto da discussão em torno do furto/devolução de um chapéu, dá-se uma composição orientada pelos anciãos, ou seja, verifica-se estágio evolutivo da responsabilidade civil posterior ao da vingança privada, a ser comentado mais adiante.

Ainda que se tenha como “ponto de partida” o momento em que, nos agrupamentos humanos, há um poder central capaz de disciplinar, de alguma forma, a vingança privada, é pertinente, ainda sobre os primórdios da responsabilidade civil, lembrar o seguinte aspecto destacado por Wald (1992, p.479), que chega até mesmo a anteceder a regulação da vingança privada:

A responsabilidade data dos primórdios da história e apresentou-se, inicialmente, com caráter coletivo, respondendo o grupo social pelo ato praticado por qualquer de seus membros. Neste sentido, a Bíblia já representou um progresso ao determinar que cada um respondesse pelos seus atos (Deuteronômio, 24, 16) [...].

O envolvimento coletivo em questões relativas a indivíduos fazia-se notar não apenas no que concerne a quem respondia, como também em relação aos que buscavam a vingança. Esta circunstância depreende-se dos ensinamentos de Diniz (2002a, p.9): “nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes”. A individualização da responsabilidade é, pois, importante aspecto da sua evolução.

À primeira fase da vingança privada regrada pelo Direito seguiu-se o estágio da “composição voluntária”. O fato é que, aos poucos, percebeu-se que a vindita privada saciava o desejo instintivo de punir quem causou o dano, mas, em última análise, apenas gerava “duplo dano”, como lembra Monteiro (2003, p.447): “a vingança privada, como modo de compensar o dano, era contraproducente; em verdade, com ela não havia reparação alguma, porém, duplo dano, redobrada lesão, a da vítima e a de seu ofensor, depois de punido”.

Desta maneira, melhor do que a vítima, v.g., destruir a plantação do vizinho que arruinou sua safra (diminuindo ainda mais o número de grãos ofertados à coletividade) seria esta receber, como diz A. Lima (1999, p.20), “um resgate (*poena*), isto é, uma soma em dinheiro, ou a entrega de objetos”. Fala-se em “composição voluntária” porque caberia aos litigantes definir como seria tal resgate. É o caso da cena do filme *Dança Com Lobos* acima mencionada, e é o que O. Gomes (1988a, p.308) constata ao afirmar, a propósito, que o “pagamento devido pelo agente conservou o caráter de multa privada, ajustada entre as partes”.

Segue-se, então, a fase da “composição tarifada, imposta pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor” (LIMA, A., 1999, p.21). Trata-se do mesmo sistema visto acima, com a diferença da norma imposta pelo Direito fixar, ainda que de forma casuística, os valores da pena, banindo, via de regra, a vingança privada. Assinala Baptista (2003, p.23) que a crítica que se faz à composição tarifada é que a aparente igualdade, ao final, redundava em extrema desigualdade, já que eram estabelecidas penas uniformes que não levavam em conta as particularidades de cada caso, como a fortuna do ofensor ou a extensão do dano suportado pelo ofendido.

A etapa seguinte recebe destaque unânime da doutrina e materializa-se com o advento da Lei Aquília. Baptista (2003, p.23) chama a atenção para o fato de ter

sido a *Lex Aquilia de damno iniuria dato* (286 a.C.) “a primeira tentativa de generalização dos preceitos delituais, introduzindo uma regulamentação nova aos danos sobre as coisas, em lugar das prescrições casuísticas da Lei das XII Tábuas”. De mais disso, a despeito da polêmica doutrinária a respeito de ter ou não a *Lex Aquilia* sido pioneira na introdução da culpa enquanto pressuposto do dever de indenizar, na pior das hipóteses inspirou tal evolução, como adverte A. Lima (1999, p.26). Eis aqui, por conseguinte, a importante norma que deu ensejo, ainda segundo A. Lima (1999, p.27) à “evolução [...] no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal” e que foi, de acordo com Monteiro (2003, p.447), “precursora da moderna indenização por perdas e danos”.

O próximo estágio evolutivo remonta à França e aos seus notáveis juristas. Diniz (2002a, p.10-11) aponta Domat como o corifeu da criação da teoria geral da responsabilidade civil, que veio a ser abraçada pelo Código de Napoleão, no seu art. 1.382, “influenciando quase que todas as legislações que estabeleceram como seu fundamento a culpa”. A relevância desta norma é tanta, que Couto Filho e Souza (2001, p.24) afirmam que “o Direito francês é o berço da legislação moderna em matéria de responsabilidade civil”. Eis aqui, o surgimento do que se convencionou chamar de teoria clássica da responsabilidade civil, tendo como pressupostos a conduta humana, o dano, a relação de causa e efeito entre eles e a culpa.

Por último, veio a fase de críticas à teoria subjetiva ou clássica, com a mitigação da exigência da culpa enquanto *conditio sine qua non* para a configuração do dever de indenizar, de acordo com o que se convencionou chamar de “tendência à objetivação”. Depois, há especulações em torno do porvir, tendo em vista que alguns doutrinadores festejados, como Diniz (2002a, p.13), indicam que o futuro haverá de consagrar a plena “socialização da responsabilidade”, com a disseminação do seguro de responsabilidade civil. Tal estágio e todos os aspectos vinculados à culpa serão objeto de comentários mais aprofundados em seção específica deste trabalho.

Para encerramento deste vôo panorâmico sobre o desenvolvimento histórico da responsabilidade civil, urge, ainda, voltar os olhos para a evolução do instituto no Brasil. No particular, merece destaque a clássica doutrina de Pereira (1991, p.11), que esquadrinha aquele que denominou de “direito pré-codificado” (anterior à existência de um código civil), dividindo-o em três fases, comentadas a seguir.

O primeiro estágio remonta ao Brasil colonial e às Ordenações do Reino. Tal norma, por força da Lei da Boa Razão (Lei de 18 de agosto de 1769), impunha expressamente a aplicação subsidiária do Direito Romano nos “casos omissos”, o que explica a decisiva influência romanista no instituto da responsabilidade civil em terras brasileiras.

Baú (2002, p.11-15), ao também mencionar a situação vigente ao tempo do Brasil-colônia, refere-se aos arts. 21, 22 e 29 das Ordenações do Reino, os quais estabeleciam, respectivamente, “a obrigação do delinqüente de reparar o dano causado com o delito”, “que a satisfação devesse ser a mais ampla possível e que, em caso de dúvida, a interpretação fosse feita em favor do ofendido” e, por fim, que os herdeiros respondessem pelo dano “até o limite dos bens herdados”. Vê-se que tais normas eram genéricas, dando, de fato, ensanchas à aplicação subsidiária do Direito Romano.

Pereira (1991, p.11) aponta o Código Criminal de 1830 (posterior, portanto, à independência) como marco da segunda fase do direito pré-codificado pátrio, por esboçar “no instituto da ‘satisfação’, a idéia de ressarcimento”. Por mais que tal diploma legal tenha merecido encômios de doutrinadores do porte de Aguiar Dias (PEREIRA, 1991, p.11), não se deve perder de vista que a disciplina da responsabilidade civil no bojo de um código penal é fato emblemático de época em que ainda não se distinguiu a responsabilidade civil da penal.

A terceira fase indicada por Pereira (1991, p.11) diz respeito à Consolidação das Leis Civis, de 1858. Trata-se do monumental e desbravador trabalho do baiano Teixeira de Freitas, encomendado pelo governo imperial como vetor preparatório em direção à codificação do direito civil pátrio. A propósito, o Ministro Nilson Naves (2003 apud FREITAS, 2003, p.VI) assinala que tal “esboço de Código Civil, não aproveitado no Brasil, serviu de base para o Código Civil da República Argentina”. Dentre os variegados méritos de Freitas, Pereira (1991, p.11) destaca sua oposição “a que a responsabilidade civil estivesse geminada à criminal”, como se constata após a leitura do art.799 da referida Consolidação. Demais disso, desenvolveu o instituto, relativamente neófito no Brasil, chegando ao requinte de tratar da responsabilidade indireta (art.808), além de, conforme lembra Pereira (1991, p.11), minudenciar “diversos aspectos da reparação e da liquidação do dano”.

Freitas foi indubitavelmente um homem à frente de próprio tempo (final do Século XIX), duramente criticado por idéias como a da unificação do direito privado em um único código envolvendo normas de direito civil e comercial (AGUIAR JÚNIOR, 2003 apud FREITAS, 2003, p.XV-XVI), o que veio a se materializar, ao menos parcialmente, no início do Século XXI, com o CC/02. A incompreensão dos seus contemporâneos levou à rejeição de suas idéias, externada com a rescisão do seu contrato pelo governo (AGUIAR JÚNIOR, 2003 apud FREITAS, 2003, p.XV).

Pereira (1991, p.11) destaca, então, a Nova Consolidação de Carlos de Carvalho, que também se dedicou ao desenvolvimento da responsabilidade civil, tendo o valor histórico de ter previsto, no seu art.1014, a culpa enquanto pressuposto do

dever de indenizar. Vale ressaltar que as consolidações de Carvalho e de Freitas não chegaram a ter força normativa, sendo apenas trabalhos relevantes para a compreensão do trajeto evolutivo da responsabilidade civil em terras tupiniquins.

Baú (2002, p.11) desconsidera o Código Penal de 1830 e sustenta que depois das Ordenações do Reino e mesmo após a independência, a responsabilidade civil permaneceu carente de disposições normativas expressas e sistematizadas, à exceção do regramento a respeito do funcionário público, na Constituição Federal então vigente e da disciplina legal relativa ao transporte de coisa, fixada no Código Comercial. Defende (BAÚ, 2002, p.11), ainda, que “Lei específica surgiu, pela primeira vez, em 1912, versando sobre a regulamentação da responsabilidade das estradas de ferro”, até que, em 1916, veio a lume o Código Civil de Beviláqua, com seus arts. 159 e 160, que disciplinaram genericamente o instituto até o final do Século XX, consagrando a culpa enquanto pressuposto da obrigação de indenizar.

L. Gomes (2000, p.21), ao analisar o trajeto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, baseia-se, quase que exclusivamente, na retromencionada obra de Pereira (1991), a despeito de agregar importante referência à Carta Magna de 1988. Lembra que a CF/88 consagrou “os princípios da responsabilidade civil em tema de dano moral, da ofensa a bens imateriais, como o meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico e paisagístico [...]”. Por oportuno, note-se que determinação constitucional de que o dano moral é indenizável pôs fim ao intenso debate doutrinário havido sobre o tema, dando ensejo a um notável acréscimo do número de pedidos judiciais neste sentido. Os arestos, a princípio, fixavam indenizações milionárias a este título e, hoje, em muitos casos, estabelecem valores ínfimos, consubstanciando movimento pendular que ainda busca o seu ponto de equilíbrio.

A tendência à objetivação, mencionada quando se falou do desenvolvimento global da responsabilidade civil, bem retratada por Vasconcelos (2003, p.69), repercutiu no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente, mediante concessões normativas esporádicas e por reiteradas decisões judiciais fundadas na presunção de culpa e, por fim, na teoria do risco. Esta última somente veio a ser abraçada no Brasil por norma de maior abrangência após a edição do CDC em 1990 e, já no Século XXI, ao ser expressamente prevista pelo CC/02. Neste *codex*, o *caput* do art.927 mantém, como regra geral, a responsabilidade subjetiva, mas o parágrafo único, em cláusula geral, abre ampla passagem para a aplicação da teoria objetiva, ou seja, para o surgimento da obrigação de reparar o dano independentemente de culpa.

Analisada a evolução do instituto da responsabilidade civil, do seu surgimento à sua disciplina pelo novel Código Civil, percebe-se o total acerto de Monteiro

(2003, p.449) ao afirmar que “não existe e não pode existir teoria permanente sobre a responsabilidade civil, por ser um instituto dinâmico, que se adapta e se transforma conforme evolui a civilização”. Isto, de resto, coaduna-se com a característica do Direito como um todo, como já advertia Pereira (2001, p.5), ao defender a necessidade de se “[...] aceitar que o Direito está em mutação constante. *Perpetuum mobile*”.

Tecidas tais considerações, conhecido o desenvolvimento teórico da responsabilidade civil, o próximo passo a ser dado, de logo, é o de estudar os pressupostos do instituto eleito como tema geral desta dissertação.

4. PRESSUPOSTOS

Estabelecido o conceito de responsabilidade civil, vista a sua natureza jurídica e analisado o seu desenvolvimento histórico, faz-se mister discorrer sobre seus pressupostos, tendo sempre em mente, por força do tema eleito e da delimitação a ele imposta, a realidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Convém iniciar esta seção eliminando dúvidas terminológicas e fixando o conceito de “pressupostos da responsabilidade civil”. Compartilha-se, pois, a preocupação de Sanseverino (2002, p.91), ao assim citar o português Fernando Pessoa Jorge: “conceitua pressupostos da responsabilidade civil, ‘a que por vezes se chama menos adequadamente de elementos ou requisitos’, como sendo ‘os fatos e condições que, em conjunto, produzem essa modalidade de obrigação de indenizar’”. Sanseverino (2002, 101) ratifica seu rigor terminológico ao aduzir a seguinte orientação: “A doutrina utiliza indiscriminadamente como sinônimos para ‘pressupostos’, as palavras ‘elementos’, ‘requisitos’ e ‘condições’. O sinônimo mais adequado é o vocábulo ‘elementos’ [...]”. Note-se, a propósito, que Varela (2000, p.526-527) emprega indistintamente tanto “pressupostos” quanto “elementos constitutivos da responsabilidade civil”.

Da atenta leitura do conceito expendido acima, depreende-se que os pressupostos são idéias que óbvia e logicamente antecedem a configuração da responsabilidade civil, o que revela acertada a decisão de não os mencionar expressamente quando se trata do conceito daquele instituto (vide seção específica, *supra*).

Baptista (2003, p.64) assevera que há “várias divergências” quanto aos pressupostos da responsabilidade civil, tanto na “doutrina nacional”, quanto na “estrangeira”. É o que também afiança Diniz (2002a, p.35), como se vê abaixo:

Bastante difícil é a caracterização dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil, ante a grande imprecisão doutrinária a respeito. Deveras, díspares são as conclusões dos juristas sobre os elementos

imprescindíveis à caracterização da responsabilidade civil, pois, p.ex., Marty e Raynaud apontam o “fato danoso”, o “prejuízo” e o “liame entre eles” com a “estrutura comum” da responsabilidade; Savatier apresenta a culpa e a imputabilidade como seus pressupostos; Trabucchi exige o fato danoso, o dano e a antijuridicidade ou culpabilidade.

Ousa-se discordar de Diniz (2002a), no particular. Basta que se leve em consideração o desenvolvimento histórico do instituto e as especificidades de cada ordenamento jurídico quando da análise da doutrina alienígena, para que se conclua que as discussões sobre os pressupostos da responsabilidade civil apenas refletem as agruras da adaptação de um cenário em que a teoria subjetiva imperava absoluta, para um quadro em que esta convive com o acatamento, em certos casos, da teoria objetiva.

Assim, a falsa polêmica alimenta-se ora de divergências entre doutrinadores que escreveram para a realidade de seus países, que necessariamente não é a mesma em outros ordenamentos jurídicos, ora da dificuldade de adaptação ao novo cenário decorrente da chamada “tendência à objetivação”. No Brasil de hoje, basta que se interprete o art. 186 do CC/02, sem olvidar o teor do art.927 do mesmo *codex*, para que se elimine qualquer sombra de dúvida que venha a obnubilar a perfeita compreensão do assunto. Desta exegese decorre a certeza de que a prática de ato ilícito e a culpa não são pressupostos da responsabilidade civil, como ainda erroneamente sustentam, v.g., Gonçalves (2002, p.15) e Rodrigues (2002, p.13-14), que alinham o elemento subjetivo ao lado dos indiscutíveis pressupostos, quais sejam, a conduta humana, o dano, o liame etiológico e o nexo de imputação.

Ora, levando em conta que o parágrafo único do art.927 do CC/02 prevê expressamente a “obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” e tendo em vista que se entende “pressuposto” como os “fatos e condições” sempre ocorrentes, constata-se que no Brasil, necessariamente, o ato ilícito e a culpa são, apenas, elementos acidentais da responsabilidade civil. Dessa maneira é bom repetir que se sob a égide do CC/16, que não previa expressamente a responsabilidade objetiva, só acatada, para alguns, em microsistemas jurídicos, justificava-se a polêmica, hoje, com o novel Código Civil, as discussões deste jaez indubitavelmente perderam substância.

Se é correta a exclusão da culpa do rol dos pressupostos da responsabilidade civil genericamente considerada, não se afigura acertado afirmar, como Azi (2000, p.24), que “[...] são três os pressupostos da Responsabilidade Civil: a ação, o dano e o nexo de causalidade.” Entende-se melhor a posição de Aguiar Júnior (1995, p.34) ao indicar quatro pressupostos:

A responsabilidade civil que decorre da ação humana tem como pressupostos a existência de uma conduta voluntária, o dano injusto sofrido pela vítima, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; a relação de causalidade entre o dano e a ação do agente; o fator de atribuição da responsabilidade pelo dano do agente, de natureza subjetiva (culpa ou dolo), ou objetiva (risco, equidade, etc.).

Pela vereda traçada por Aguiar Júnior (1995, p.34) segue Baptista (2003, p.65), sempre coerente na sua opção de tratar a responsabilidade civil rigorosamente à luz da teoria geral do direito. É o que se constata na citação vista abaixo, *in verbis*:

A nosso ver, os pressupostos da responsabilidade civil são quatro: (1°) o **fato jurídico antecedente**, lícito ou ilícito; (2°) o **dano** ou fato jurídico danoso; (3°) o **nexo de causalidade** entre o fato antecedente e o dano; e (4°) a **imputação de responsabilidade** ao sujeito causador ou a terceiro.

Estas duas últimas posições têm o mérito de incluir entre os pressupostos da responsabilidade civil, ao lado dos indiscutíveis “ação humana”, “dano” e “nexo de causalidade”, aquilo que Aguiar Júnior (1995, p.34) chamou de “fator de atribuição da responsabilidade” e que Baptista (2003, p.65), adotando terminologia mais feliz, denominou de “imputação de responsabilidade”. Tal pressuposto, visto assim, engloba a noção de culpa ou de risco, a depender de como venha a ser a subsunção do caso concreto à cláusula geral do art.927 do CC/02. Dessa forma, nesta dissertação, adotar-se-á o entendimento de que há quatro pressupostos da responsabilidade civil: a conduta humana, o dano, o nexo de causalidade e o “nexo de imputação”, na terminologia usada por Branco (2002, p.74), Sanseverino (2002, p.102) e Varela (2000, p.526).

Revelado o sobredito quarteto, torna-se pertinente abordar, mais detalhadamente, cada um dos pressupostos da responsabilidade civil, na ordem em que foram citados no parágrafo anterior.

O primeiro pressuposto a ser analisado, é, portanto, o da “**conduta humana**” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p.28). Optou-se por tal terminologia, em lugar de expressões análogas vistas acima e em outras diversas referências doutrinárias, como “ato danoso”, “ação humana”, “fato jurídico antecedente, lícito ou ilícito”. Note-se que “conduta” é vocábulo que denota maior abrangência do que “ação” ou “ato”, sendo que este último, ao ser acompanhado do adjetivo “danoso”, remete inadequadamente ao dano, o qual já configura outro pressuposto da responsabilidade civil. A terminologia de Baptista (2003), a seu turno, resta mais apropriada ao contexto de sua obra, a qual, como já se disse, estuda o instituto por ponto de vista diverso do tradicionalmente adotado.

A conduta humana, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, abrange a ação ou a omissão de determinada pessoa que venha a acarretar o dano (outro

pressuposto que será mencionado mais abaixo). Somente interessa a conduta do ser humano, porque apenas este poderá ser responsabilizado, ainda que de forma indireta, como em situações em que os danos advêm diretamente de animais ou coisas. Note-se, por exemplo, que os danos provocados pelas mordidas de um cão bravo em uma criança somente serão indenizáveis em sendo identificável o seu proprietário ou a pessoa que deveria impedir o ataque. Caso se trate de um animal sem dono ou possuidor, somente se poderia cogitar de ação indenizatória movida contra o Estado, a depender das circunstâncias do caso concreto.

A conduta haverá de ser voluntária, no sentido de que a pessoa poderia agir de modo diverso com o fito de evitar o dano. Nas hipóteses em que não seria possível exigir que o indivíduo se conduzisse de maneira diferente, entra-se no campo das excludentes de responsabilidade, explorado em seção específica, *infra*.

Anosas obras doutrinárias mencionam o ato ilícito como pressuposto da responsabilidade civil em lugar da conduta humana, a despeito de clássicos e vanguardistas como O. Gomes (1988a, p.310) já lecionarem que “o dano causado a alguém pode ser reparado por determinação legal, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido, em sentido estrito, ato ilícito”. Hoje, à luz do parágrafo único art. 927 do CC/02, não há mais espaço para insistir na vinculação férrea e exclusiva do ato ilícito à responsabilidade civil, na medida em que o dever de indenizar pode surgir “independentemente de culpa”, a qual configura elemento indissociável da ilicitude, como ratificou o art.186 do novo *codex*.

Tal situação torna-se ainda mais evidente quando, por exemplo, se considera o teor dos arts. 188, II, 929 e 930 do CC/02. O primeiro estatui expressamente que o deteriorar ou destruir coisa alheia ou impor lesão a pessoa para remover perigo iminente (estado de necessidade) não constitui ato ilícito, ao passo em que os outros dois impõem o dever de indenizar tais danos, em certas situações. Vê-se, assim, responsabilidade civil onde não há ato ilícito, ou seja, tem-se em mira situação onde a conduta humana, conquanto lícita, gera o dever de indenizar.

Diniz (2002a, p.37), talhada para a arte de bem conceituar, oferece a seguinte lição doutrinária, que, de certa forma, resume tudo o que foi exposto até então, desde que, no que tange à terminologia, se substitua “ação” por “conduta humana” e “elemento constitutivo” por “pressuposto”:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o 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.

O **dano** é o segundo pressuposto a ser trazido à tona, sendo, sob o ponto de vista lógico, imprescindível para que surja o dever de indenizar, uma vez que a

“indenização supõe um dano, ou seja, uma diminuição de um bem da vida, no memoroso dizer de Clóvis Bevilacqua” (BAHIA, 1993, p.327). Kfoury Neto (2003, p.106), a propósito, sustenta que “o dano é o elemento nuclear da responsabilidade civil”, já que “sem o dano, por mais grave que seja a conduta, não existe prejuízo ressarcível”. Garcez Neto (2000, p.147) reforça tal assertiva nos seguintes termos: “O fato doloso ou culposo que não cause dano a outrem poderá engendrar responsabilidade penal se está cominado pelo Código Penal, mas de modo algum poderá gerar responsabilidade civil”. Varela (2000, p.597), por fim, assevera que “[...] para haver obrigação de indenizar, é condição essencial que haja dano [...]”.

Diga-se, de logo, relembrando o que já se mencionou em seção anterior, que a CF/88 categoricamente sepultou a discussão em torno do cabimento da indenização do dano moral, acatada em definitivo no ordenamento jurídico pátrio (o que foi ratificado pelo art.186 do CC/02).

Antes de 1988 alguns autores insistiam em conceituar dano ligando-o exclusivamente ao aspecto patrimonial, adotando linha de pensamento que Cardoso (2002, p.302) chamou de “teoria da diferença”. O. Gomes (1988a, p.328), entretanto, antevendo o acatamento do dano moral na Carta Magna e esposando a chamada “teoria do interesse” (CARDOSO, 2002, p.302), mostrava-se atento à necessidade de um conceito que não descambasse exclusivamente no dano material:

Desenvolve-se tendência para considerar plausível o dano moral ao lado do dano material, que é eminentemente patrimonial. Por isso, escritores modernos definem o dano como a diminuição ou subtração de um bem jurídico (FORMICA), a lesão de um interesse (TRABUCCHI).

Adotar-se-á, neste trabalho, o conceito de dano proposto por Varela (2000, p.598): “O dano é a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais, morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar”, secundado pela conceituação de Diniz (2002a, p.58): “O dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Definido que o dano genericamente considerado pode ser moral ou material, cabe discorrer com mais vagar sobre tais espécies, começando pelo dano moral. Diniz (2002a, p.56) os conceitua como “[...] danos cujo conteúdo não é dinheiro nem uma coisa comercialmente redutível a dinheiro, mas a dor, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral, ou melhor, a sensação dolorosa experimentada pela pessoa”.

Existe, ainda no que toca ao dano moral, assunto que merece abordagem, relativo à questão do dano estético. Há polêmica na doutrina, dividida entre os majoritários, que entendem ser o dano estético um tipo de dano moral e os minoritários,

que advogam a tese de que deveria consubstanciar uma categoria à parte, isto é, um terceiro tipo de dano. Conquanto fuja aos objetivos deste trabalho aprofundar tal polêmica, convém reproduzir a respeito o seguinte trecho doutrinário da lavra de Cardoso (2002, p.313):

Realmente, prepondera na doutrina e na jurisprudência que o dano estético causa sofrimento de natureza moral, sendo que sua indenização subsume-se na indenização do dano moral. Porém, a melhor solução seria indenizar-se autonomamente o dano estético, cumulativamente com o dano moral, sob o fundamento de que a indenização deve ser a mais ampla possível.

Diverge-se de Cardoso (2002), uma vez que, na essência, não há como fugir da visão dúplici de dano: moral ou patrimonial. Tome-se o exemplo do próprio dano estético. Uma pessoa que, em virtude de um erro médico, sobreviva com uma deformidade no rosto, sofrerá dano moral, que se agrega ao padecimento já decorrente do próprio procedimento médico malogrado. O fundamento de que “a indenização deve ser a mais ampla possível” não justifica a criação de uma nova espécie de dano, já que basta que o valor da condenação do esculápio que impôs sofrimentos desnecessários durante o ato médico mas não gerou deformidades seja menor do que a do galeno que deu ensejo ao sofrimento duplo.

Não pode fugir à mente, outrossim, que o dano estético também pode redundar em dano patrimonial. Imagine-se, no exemplo supracitado, que a vítima seja uma *top model*, cujos rendimentos decorram, sobretudo, da beleza física. É óbvio que neste caso o dano estético, além da repercussão moral, implicará em danos materiais, seja sob a forma de danos emergentes, seja sob a forma, mais provável, de lucros cessantes. Não há razão, pois, para se cogitar de uma terceira categoria de dano, ao lado dos danos materiais e morais.

Já o dano material divide-se em duas espécies: dano emergente (*dannum emergens*) e lucros cessantes (*lucrum cessans*). O primeiro consiste na concreta diminuição do patrimônio que a vítima possuía antes do evento danoso decorrente da conduta do ofensor. Daí a constatação sempre feita pelos doutrinadores de que a indenização do dano material visa prioritariamente recompor o *status quo ante*, isto é, reconstituir o patrimônio da vítima. Já os lucros cessantes correspondem aos valores que a vítima tenderia razoavelmente a auferir e que deixa de obter em razão do fato lesivo. Não se exige a certeza de que a vítima teria o lucro, mas apenas que este seria a consequência natural do desenrolar dos fatos não fosse a conduta do ofensor.

Sob a égide do novel Código Civil, não é possível falar em dano sem aludir à inovação introduzida por seu art.944. Eis que no ordenamento jurídico pátrio sempre se adotou o “princípio da reparação integral do dano” (SANSEVERINO,

2002, p.220), que foi mantido pelo *caput* do art.944 do CC/02. Ocorre que seu parágrafo único inovou ao estatuir que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”. Trata-se, pois, de exceção ao retromencionado princípio que ressuscitou no direito civil brasileiro a importância da gradação da culpa, a ser tratada em seção específica, *infra*.

É mister destacar, ainda, que “quanto à pessoa lesada pelo evento danoso, pode-se falar em vítima direta ou indireta. A direta diz respeito à pessoa do lesado. A indireta, à pessoa da família ou a terceiros” (DINIZ, 2002a, p.59). Tal noção é importante no trabalho em tela, que trata da responsabilidade médico-hospitalar, onde não raro o fato lesivo em discussão é a morte de um indivíduo, fazendo com que remanesçam apenas vítimas indiretas.

O terceiro pressuposto a se ter em linha de consideração é o **nexo de causalidade** ou liame etiológico. Na ausência deste elo entre a conduta humana e o dano não se pode falar em responsabilidade civil. Trata-se de pressuposto a ser visto com bastante atenção, na medida em que tal conhecimento será ferramenta relevante no momento em que se enfrentar o problema proposto neste trabalho.

Com base em O. Gomes (1988a, p.332), evidencie-se noção ampla de nexo de causalidade, tendo-o como a relação de causa e efeito que une a conduta humana ao dano, fazendo nascer o dever de indenizar.

É cediço que “não é fácil a determinação do nexo causal” (O. Gomes, 1988a, p.333), sendo de se destacar que tais dificuldades são realçadas quando se leva em conta, *v.g.*, uma intervenção médica no corpo humano, como se verá em seção específica deste trabalho. Tal exemplo é caso clássico em que, via de regra, constata-se a chamada “causalidade múltipla” (COUTO FILHO; SOUZA, 2001, p.25), que impõe a necessidade da análise atenta das teorias desenvolvidas em busca do melhor critério para definição se um dano efetivamente decorreu de dada conduta. É o que se faz em seguida.

Antes de mais nada, entretanto, assevere-se, em conjunto com Noronha (2003, p.587), que “um dos pontos mais difíceis da responsabilidade civil é este de saber que danos acontecidos podem ser considerados causados por um determinado fato”. Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.103) obtemperam que “existe uma certa imprecisão doutrinária, quando se cuida de estabelecer qual a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro, referente ao nexo de causalidade”.

Entende-se, todavia, que os autores baianos foram até mesmo comedidos na sobredita afirmação, tendo em vista que a “imprecisão doutrinária” é total, reinando absoluto desacerto entre os autores, o que tem refletido na jurisprudên-

cia. Houveram-se melhor, portanto, quando afirmaram que “lamentavelmente, entretanto, esta matéria [nexo causal] é muito mal compreendida — talvez por ser mal explicada — gerando dúvidas e, freqüentemente, levando os tribunais a adotarem posicionamentos confusos em torno do mesmo objeto de observação [...]” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p.96).

Diga-se, para começar, que a dissonância da doutrina cível talvez passe pelo fato de se ter começado a discussão a partir de tema originalmente desenvolvido por penalistas (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p.51; KÜHN, 2002, p.53), em considerações naturalmente havidas na seara do direito penal, sob o influxo do código respectivo. Ao se fazer o transplante desses estudos de um ramo jurídico para outro, há o risco de distorções que podem gerar, às vezes, textos confusos no campo do direito civil.

Se havia um ponto em que se podia cogitar de consenso, este era o relativo à certeza de que o nexo causal seria uma concepção naturalística e não jurídica. Assim, para a esmagadora maioria dos autores, o nexo de causalidade submete-se a leis naturais e não a regras de Direito. É o que expressamente afirmam, por exemplo, Cavalieri Filho (2003, p.66) e Diniz (2002a, p.97). No mesmo sentido, Couto Filho e Souza (2001, p.26) asseveram que “[...] está correto afirmar que a relação causal não encontra seu conceito em pilares jurídicos, e sim na própria natureza, pois advém do princípio universal e natural da causa e efeito”. Ocorre que nem mais este aspecto pode ser tido como pacífico, a partir do momento em que Sanseverino (2002, p.237) firmou a seguinte posição:

O conceito de nexo causal tem sido fixado, tradicionalmente, com base em uma concepção naturalística, buscando-se subsídios apenas nas leis naturais. Essa concepção não se mostra a mais correta, pois, embora receba o direito subsídios das ciências naturais, o conceito de causa e, por conseguinte, a própria definição do nexo causal são noções eminentemente jurídicas. Dentre a multiplicidade de causas e condições que podem integrar o processo causal, que culmina com o surgimento de determinado evento danoso, deve-se estabelecer quais delas efetivamente interessam ao direito. E os critérios dessa escolha são em sua essência jurídicos.

A despeito de minoritário, entende-se acertado o susoreferido posicionamento de Sanseverino (2002), que inclusive encontra apoio na doutrina de Varela (2000, p.617). Primeiro porque mesmo os autores que defendem o contrário — entre os quais Azi (2000, p.32) também se alinha — não têm como sustentar que a conduta omissiva seja tida como “causa” sob o prisma naturalístico, uma vez que, pelas leis naturais, a omissão não dá causa a nada. Somente o tratamento jurídico do assunto justifica a circunstância de uma omissão ser tida como causadora de um dano, como admite Azi (2000, p.33), citando Damásio de Jesus. Por fim, a simples existência de teorias a respeito do nexo causal e a singela constatação de que

não há consenso em torno delas já deixa entrever a natureza jurídica e não naturalística do tema ora focado.

Far-se-á, em seguida, rápida análise das três principais teorias desenvolvidas em torno do nexa causal com o objetivo, de, em seguida, estudar o tema com espeque no ordenamento jurídico brasileiro, objeto deste trabalho. São elas: a) teoria da equivalência de condições; b) teoria da causalidade adequada; c) teoria da causalidade direta ou imediata.

Convém não olvidar que já nesse ponto de origem a sobredita polêmica faz-se sentir, na medida em que há doutrinadores (CAVALIERI FILHO, 2003, p.65-87; COUTO FILHO; SOUZA, 2001, p.24-26; GARCEZ NETO, 2000, p.202-213; SANSEVERINO, 2002, p.237-257) que apenas consideram relevantes as duas primeiras teorias, enquanto outros (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p.96-105; GOMES, O., 1988a, p.333-335; WILLEMANN, 2002, p.15), além de citar a tríade teórica, chegam a optar pelo predomínio da teoria sequer mencionada pelos demais. Não podem ser olvidados, ainda, os autores que simplesmente deixam de mencionar as teorias, preferindo trazer a lume apenas as idéias que julgam mais apropriadas, como é o caso de Diniz (2002a, p.96-98).

A complexidade da questão, porém, efetivamente leva à necessidade da abordagem das três teorias antes destacadas. A primeira é a teoria da equivalência de condições, também denominada de teoria da *conditio sine qua non*, que foi “exposta pela primeira vez por von BURI, de 1860 a 1899” (GARCEZ NETO, 2000, p.205). Trata-se da teoria que “[...] não distingue causa, condição ou ocasião, de modo que tudo o que concorrer para o resultado é causa dele” (STOCO, 2004, p.146). Assim, em havendo multiplicidade de causas, todas terão relevância para a configuração do nexa causal, desde que sem elas o resultado danoso não acontecesse.

Para apurar, neste contexto, o que seria ou não causa de um evento danoso, dever-se-ia adotar o “método de Thyrén” mencionado por Azi (2000, p.32) que “consiste na eliminação mental dos atos relativos ao resultado danoso, para que se possa aferir sem qual ou quais deles poderia-se chegar a resultado semelhante ao ocorrido”. É o que Stoco (2004, p.146) define da seguinte maneira:

Desse modo, para determinar se uma condição constitui “causa” do evento ou resultado procede-se eliminando *in mente* essa condição. Se, ainda assim, o resultado persistir, essa condição não será causa.

Mas, se eliminada hipoteticamente essa condição o resultado não se verificar, então a condição em apreço é causa que poderia fazer eclodir o evento.

A teoria em tela foi adotada pelo Código Penal (CP) brasileiro, conforme revela seu art.13, *in fine*: “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Este é o motivo pelo qual os autores reconhecem ser ela

predominante na seara penal, como aduzem, por exemplo, Cavalieri Filho (2003, p.68), Couto Filho e Souza (2001, p.25) e Levenhagen (1981, p.241).

Ocorre que tal teoria traz em seu bojo a fragilidade insuperável de ampliar ao extremo a causalidade, a ponto de ser possível a responsabilização de infinitas pessoas pelo dano. Assim, em oportuno exemplo formulado por Azi (2000, p.33), admitindo-se um caso de flagrante erro médico como o do esquecimento de uma compressa no organismo do paciente após uma cirurgia, seria possível responsabilizar o fabricante daquela pelos danos havidos. De fato, pelo método de Thyrén, também aludido por Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.97), caso a compressa não tivesse sido fabricada, não poderia ter sido esquecida e, portanto, não haveria o dano.

Amplie-se o exemplo acima mencionado e os pais do galeno que conduziu o ato cirúrgico poderiam também ser responsabilizados, já que este só cometeu o erro porque lhe foi dada a oportunidade de nascer. Seriam responsáveis, outrossim, os professores que alfabetizaram o facultativo, uma vez que este só logrou êxito no vestibular de medicina porque sabia ler e escrever. Posto isto, salta aos olhos que a teoria sob análise possibilitaria infundáveis especulações deste jaez, dotando a causalidade de incomensurável abrangência, o que “poderia levar sua investigação ao infinito” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p.98).

Vê-se, pois, que a teoria da equivalência de condições não pode ser tida como válida para explicar o nexos de causalidade, como afirmam em uníssono os civilistas, em um dos raros aspectos em que chegaram a um consenso. Os inconvenientes desta visão teórica são tantos que até mesmo na seara criminal, onde existe o supracitado art. 13 do Código Penal, ou seja, norma expressa albergando a teoria da *conditio sine qua non*, já há movimento doutrinário no sentido de proclamar a sua insubsistência. É o que destaca Noronha (2003, p.591):

Superação da teoria da equivalência das condições, no próprio Direito Penal. Se, como se diz no §1º do art. 13 do Código Penal, “a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado” (o adjetivo “relativamente” [sic] foi acrescentado pela reforma de 1984), parece que mesmo no âmbito penal a teoria da equivalência das condições está ultrapassada.

Torna-se pertinente, por fim, comentar a seguinte frase de Noronha (2003, p.588), construída para introduzir a abordagem das três concepções teóricas mencionadas acima: “As teorias da causalidade procuram saber, dentre todos os fatores sem os quais um determinado dano não teria ocorrido, quais devem ser selecionados como dele determinantes. Os fatores determinantes serão causas, os demais serão meras condições”. Conquanto o Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) tenha trazido a lume um dos mais profundos textos a respeito do nexos de causalidade e suas teorias, entende-se que, na verdade, o

trecho doutrinário reproduzido acima não se aplica a todas as teorias, mas apenas à segunda e à terceira, que serão analisadas abaixo.

De fato, para a teoria da equivalência de condições ou da *conditio sine qua non* não há diferença entre “causas” e “condições”, conforme se constata acima e como o próprio Noronha (2003, p.589), em rara contradição, admite.

Tecidas tais considerações a respeito da primeira teoria, onde todos os antecedentes ligados ao dano são tidos como causas deste, faz-se mister abordar as outras duas teorias, as quais, de fato, distinguem “condição” de “causa”, como destacado acima. Ambas têm como ponto de partida a premissa de que o precedente significativo é aquele sem o qual não teria havido o dano, no que seguem a teoria da equivalência das condições, a qual pretendem limitar, pelo acréscimo de outra exigência, que tenha o condão de mitigar a excessiva elasticidade da visão teórica da *conditio sine qua non*. O que cada uma agrega e as diferenças entre elas são os pontos analisados em seguida.

A teoria da causalidade adequada, “exposta por von KRIES em 1888” (GARCEZ NETO, 2000, p.208) agrega à premissa posta pela teoria anterior a idéia de “adequação”. Assim, não basta a aplicação do método de Thyrén, sendo imprescindível ter em vista se o antecedente, abstratamente considerado, dentro do natural desenrolar das circunstâncias, era adequado à produção do evento danoso. Tão-somente nesta hipótese estaria configurada uma “causa”, sendo os demais antecedentes, sem a mencionada “adequação”, meras condições. A propósito de tal concepção teórica escreveu N. Souza (2001, p.9):

Dentro da ótica do direito, a teoria da causalidade adequada procura qual a mais provável e compatível causa circunstancial do fato danoso, inclusive cronologicamente, e assim, poder atribuir ao agente o dever obrigacional de ressarcir o lesado. Levando-se em conta o que ocorre habitualmente, uma determinada condição é a adequada para desencadear o fato, se o ato efetuado pelo agente que lesou foi significativo para ocasionar o dano. Ao contrário será a não adequada e sem significação, se para ocasionar o dano for totalmente indiferente a presença desta condição, tendo este dano ocorrido por motivos fora do normal e extraordinários que ocorreram num determinado caso.

Aguiar Júnior (1995, p.51), defensor desta teoria, leciona que sob a ótica da causalidade adequada, “[...] o juiz, num juízo de inferência estabelecido a partir dos dados experimentais, determina qual, naquelas circunstâncias, era a condição mais adequada para produzir o resultado. O autor dessa condição responde pelo resultado danoso”.

Entende-se, todavia, após releitura das obras consultadas, que quem melhor escreveu a respeito foi mesmo Noronha (2003, p.600-601), conforme se constata no trecho doutrinário a seguir reproduzido:

A teoria da causalidade adequada parte da observação daquilo que comumente acontece na vida (*id quod plerumque accidit*) e afirma que uma condição deve ser considerada causa de um dano quando, segundo o curso normal das coisas, poderia produzi-lo. Essa condição seria a causa adequada do dano (e daí o nome da teoria); as demais condições seriam circunstâncias não causais. [...].

Para determinar se o dano pode ser considerado consequência normalmente previsível do fato, a teoria apela para o que chama de prognose retrospectiva [...]. Nesse exercício de prognose retrospectiva, o observador coloca-se no momento anterior àquele em que o fato ocorreu e tenta prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer. Se concluir que o dano era imprevisível, a causalidade ficará excluída. Se concluir que era previsível, como consequência do fato praticado, mesmo que estatisticamente não fosse muito provável que viesse a ocorrer, a causalidade será adequada.

Como o objetivo desta fase do trabalho é o de assegurar as ferramentas que serão usadas no momento de enfrentar o problema acima destacado, saliente-se que a previsibilidade é o fundamento da teoria da causalidade adequada, como bem pontificou Garcez Neto (2000, p.210), em texto que, de certa forma, aproxima a idéia de nexa causal à noção de culpa, como se verá no momento oportuno:

Aliás, sem erigirmos em princípio absoluto a idéia de previsibilidade do evento, base da teoria da causalidade adequada, como anotam os irmãos Mazeaud, temos que concluir que esse critério é do mais alto interesse sempre que, dadas as condições locais, o agente podia e devia prever o evento danoso verificado.

Os aprofundados estudos de Noronha (2003) sobre o tema ora em baila levaram-no, ainda, a destacar aspecto olvidado nas demais obras consultadas, que vem a ser a circunstância de que “a teoria da causalidade adequada se apresenta sob duas formulações fundamentais, chamadas de formulações positiva e negativa” (NORONHA, 2003, p.601). Diz que tais formulações surgem em torno da necessidade de se definir o que vem a ser “causa adequada”. Para a formulação positiva, causa adequada “é a aquela que favorece a produção do dano”. Já a formulação negativa estatui que “causa adequada” é a que “não é estranha à produção do dano”. Afirma, ainda, que a formulação negativa é a prevalecente na doutrina, tendo a vantagem de ampliar “o âmbito da causalidade”, já que, nesta, “em vez de se caracterizar a adequação, diz-se o que é causa inadequada: nesta formulação, a causalidade só fica excluída quando se trate de consequências indiferentes ao fato, estranhas ou extraordinárias”.

Se é verdade que a teoria da causalidade adequada encontra ardorosos defensores, também atrai críticos, como Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.100), conforme deixa ver a seguinte transcrição doutrinária:

Se a teoria anterior [da equivalência das condições] peca por excesso, admitindo uma ilimitada investigação da cadeia causal, esta outra [da causalidade adequada], a despeito de mais restrita, apresenta o inconveniente de admitir um acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, causa do resultado danoso.

Não há como acompanhar, no caso específico, o entendimento dos profícuos mestres baianos, uma vez que aquilo que chamaram de “acentuado grau de discricionariedade” do julgador não pode ser tido como inconveniente, máxime quando o novo Código Civil, definidor de novas diretrizes no ordenamento jurídico brasileiro, está prenhe de cláusulas gerais, assim definidas por Martins-Costa (2000, p.286):

Estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado com uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas cláusulas gerais.

As cláusulas gerais, portanto, consubstanciam uma técnica legislativa caracterizada pela deliberada vagueza semântica, que sempre concede aos julgadores certa liberdade durante o ato jurisdicional, encontrando limites não na própria norma, mas em “*standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento [...]” (MARTINS-COSTA, 2000, p.274). E o que seria a expressão “curso normal das coisas” usada pela teoria da causalidade adequada que não um “arquétipo exemplar de comportamento” ou um “*standard*”? De fato, caso o legislador tivesse criado uma norma para tratar do nexos causal e houvesse usado a aludida expressão, não seria aceitável a crítica de que se trata “de muita liberdade para o juiz”, pois pensar assim levaria inexoravelmente à defesa da oitocentista técnica da casuística e ao retorno ao modelo fechado do “código total, totalizador, e totalitário” (MARTINS-COSTA, 2000, p.282) para, dentre outros objetivos, coibir arbitrariedades judiciais.

Eis, por conseguinte, as razões pelas quais não há como concordar, neste ponto específico, com Gagliano e Pamplona Filho (2003), preferindo-se o rumo tomado por Noronha (2003). Aliás, no particular, ressalte-se a ironia da constatação de que o receio de se atribuir amplos poderes aos magistrados remonta ao panorama oitocentista tão combatido pelos doutos autores baianos, como bem destaca Ripert (2000, p.388): “A desconfiança do poder judiciário parece ser particular à França do Século XIX. Começa a desaparecer entre nós, e é desconhecida em

certos países. O novo Código Civil suíço deu ao juiz amplos poderes, e esse Código tem, justamente, em conta, a moralidade das ações”.

A terceira e última teoria, “da causalidade direta ou imediata”, também denominada “da interrupção do nexo causal”, defendida por Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.101), foi intitulada de “teoria da causalidade necessária” na obra de Noronha (2003, p.595-596), que a ela se contrapõe. Trata-se de teoria “que recebeu uma formulação acabada no século XIX, mas cujas raízes já podem ser encontradas em Pothier [...]” (NORONHA, 2003, p.596) e que “foi desenvolvida, no Brasil, pelo ilustrado Professor AGOSTINHO ALVIM [...]” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p.101).

Assim como a teoria da causalidade adequada apega-se à “adequação” como forma de minimizar a amplitude da teoria da *conditio sine qua non*, a teoria da causalidade direta ou imediata busca tal delimitação ao estabelecer que “causa [...] seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p.101). Esta formulação é baseada na seguinte lição doutrinária de A. Alvim (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p.101):

A Escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta à necessidade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as fontes históricas da teoria do dano, como se verá. [...].

Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da execução.

Noronha (2003, p.597-599) dedicou três páginas inteiras de sua obra para criticar a teoria em tela. Demonstra, inclusive com a transcrição literal de parte da obra de A. Alvim, que tal autor entende que “a expressão direto e imediato significa o nexo causal necessário”. Assim, o aspecto agregado por esta concepção teórica com o fito de distinguir causa de condição é justamente a “necessariedade”, em lugar da “adequação” a que se apega a teoria da causalidade adequada. Ocorre que o Professor da UFSC traz a lume decisivas objeções às idéias de A. Alvim, como evidencia a transcrição feita a seguir (NORONHA, 2003, p.597-599):

Nos termos em que A. Alvim formulou a teoria da causalidade necessária, seria possível dizer que causa do dano é a condição necessária e suficiente dele: é condição necessária, porque sem ele não teria havido dano (“ele a ela se filia”, nas palavras de Alvim); é condição suficiente, porque sozinha era idônea para produzir o resultado (“por não existir outra que explique o

mesmo dano”, com “exclusividade”, no dizer do Mestre). Todavia, exigir que um fato seja condição não só necessária como também suficiente de um dano, para que juridicamente possa ser considerado sua causa, parece excessivo. É que dificilmente encontraremos uma condição à qual o dano possa com exclusividade ser atribuído. [...].

Por outro lado, mesmo que ficássemos apenas com a exigência da necessidade, ou seja, se por necessário entendêssemos aquilo que é forçoso, inevitável, fatal, ainda assim teríamos de reconhecer a existência de danos não necessários e apenas possíveis, mas que devem ser ressarcidos. Efetivamente, se a dicção legal “efeito direto e imediato” significasse efeito forçoso, inevitável, fatal, não se compreenderia que nos arts. 399, 862 e 1.218 se determine que o devedor em mora, o gestor de negócios (este quando procede contra a vontade do dono do negócio) e o possuidor de má-fé respondam até por danos acidentais, salvo se provarem que estes teriam ocorrido igualmente caso a coisa estivesse em poder da pessoa com quem deveria estar (o credor no caso da mora, o dono no caso da gestão, ou o reivindicante no caso do possuidor). [...].

Por outro lado, se todas as condições que contribuíram para provocar o dano ou, pelo menos, para agravá-lo deverem ser entendidas como condições dele necessárias, mesmo que não sejam suficientes, então acabaremos ficando sem um critério que nos permita saber qual é a condição mais importante, qual é aquela que explica sozinha o dano. Todas as condições seriam necessárias e, portanto, causais. Porém, concluir assim é cair na velha teoria da equivalência das condições.

Quando haja diversas causas do dano, próximas ou remotas, saber qual deveremos considerar a necessária, “por não existir outra que explique o mesmo dano”, nas palavras de A. Alvim, não é tarefa fácil. Isso dependerá até do ponto de vista do observador, que tenderá a considerar como causa aquela condição do dano que por qualquer título repute mais importante.

Dentre as três teorias postas em observação, portanto, entende-se que a teoria da causalidade adequada é aquela que recebe menos objeções substanciais, devendo prevalecer na seara juscivilista quando da análise do nexo causal enquanto pressuposto da obrigação de indenizar no Brasil. Segue-se, pois, o rastro de Aguiar Júnior (1995, p.51), Cavalieri Filho (2003, p.68), Levenhagen (1981, p.241), Noronha (2003, p.608); N. Souza (2001, p.5) e Sanseverino (2002, p.243), os quais asseveram ser tal concepção teórica predominante na doutrina brasileira.

No campo doutrinário, ainda, deve-se lembrar que vozes respeitáveis levantam-se em favor da idéia de que a teoria da causalidade direta ou imediata é a mais apropriada para a definição das causas dos danos. É o caso de Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.103), Gonçalves (2002, p.70) e de Kühn (2002, p.54), os quais sustentam que, doutrinariamente, a concepção desenvolvida por A. Alvim é a melhor das três ora enfocadas.

Discorda-se, entretanto, da maioria dos autores que viam no art.1.060 do CC/16 e no seu sucessor e “clone”, ou seja, no art.403 do CC/02, a previsão legal expressa de uma ou outra teoria do nexa causal. Diverge-se, pois, de Couto Filho e Souza (2001, p.25), de Garcez Neto (2000, p.212) e de Lisboa (2002, p.224), quando sustentam que o Código Civil brasileiro — pretérito ou presente — acata ou acata a teoria da causalidade adequada, bem como de O. Gomes (1988a, p.334-335), Gonçalves (2002, p.71), Kühn (2002, p.54) e de Willemann (2002, p.15), quando afirmam que as aludidas normas abraçaram a teoria da causalidade direta ou imediata.

Em verdade, tem-se em mente que a exegese que se quis dar ao art. 1.060 do CC/16 e que se intenta atribuir ao art.403 do CC/02 é, por demais, extensiva, já que são normas que especificamente regulam a hipótese de inexecução de obrigações contratuais, não tendo o condão de se espraiar para o campo da responsabilidade civil como um todo, abraçando completamente a seara extracontratual. Note-se, inclusive, que o novo *codex* inovou ao trazer a lume um título específico para a responsabilidade civil (arts. 927 a 954), sem que tivesse dedicado nenhum dos artigos para a adoção de uma das teorias aqui tratadas. É certo que se o legislador desejasse optar por essa ou aquela visão teórica o faria neste título, tendo em vista que o nexa de causalidade é um dos pressupostos do dever de indenizar.

Observe-se, por oportuno, que não seria de se esperar que o legislador brasileiro de 1916 ou, ainda, o de 2002, resolvesse disciplinar tema tão polêmico de forma tão tímida e subliminar, na parte final de um deslocado dispositivo. Se desejasse optar por uma das visões teóricas em questão o teria feito de forma expressa, como ocorreu na Argentina. Veja-se, a propósito, a informação de Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.100):

É a teoria [da causalidade adequada] adotada no Direito Argentino, conforme se pode ler na obra de GHERSI: “*Esta teoria fue adoptada por nuestro Código Civil, con la reforma de 1968, en el art. 906. Su idea central es que todo daño le es atribuible a una conducta — acción u omisión — si normal y ordinariamente acaece así en las reglas de la experiencia*”.

A forçosa interpretação do art.1.060 do CC/16 e do art. 403 do CC/02 foi objeto de precisa reflexão feita por Stoco (2004, p.147):

Houve quem vislumbrasse a adoção dessa teoria no revogado Código Civil de 1916, tomando como exemplo a dicção do art. 1.060 [...].

Esse preceito está reproduzido no art. 403 do atual Código Civil, com pequeno acréscimo [...].

Argumenta-se que a expressão “efeito direto e imediato” estaria a evidenciar que nem todas as causas têm relevância na imputação do dano, mas

somente aquela que foi a mais direta, a mais determinante, não bastando que o ato ilícito se erija em causa indireta ou remota do dano.

O argumento não nos convence, pois o nexo causal é elemento de ligação entre a pessoa que praticou o ato e o resultado que dele decorre, enquanto a disposição invocada pertine apenas às conseqüências da inexecução das obrigações, sejam elas decorrentes de obrigação contratual, sejam do ato ilícito, pressupondo, portanto, que este já esteja identificado e completo em sua formação.

Neste passo, a despeito de se entender que doutrinariamente a teoria mais apropriada é a da causalidade adequada, como exposto acima, convém o alinhamento com os autores que entendem que o Código Civil pátrio não albergou, quer na sua versão de 1916, quer no seu molde atual, nenhuma das teorias do nexo de causalidade. É o que expressamente sustenta Azi (2000, p.32) e o que defende Sanseverino (2002, p.242) nos seguintes termos: “[...] o Código Civil brasileiro de 1916, seja no art.159 (CC/2002, art.186), seja no art. 1.060 (CC/2002, art.389), não se inclinou por nenhuma das teorias. Aliás, a maioria das legislações opta por não se filiar a nenhuma teoria em especial”.

Em um cenário confuso como o acima delineado, em que não há o mínimo consenso entre os doutos que se debruçaram sobre o tema, havendo quem sustente ser o nexo causal uma “noção, antes de tudo, filosófica” (GARCEZ NETO, 2000, p.200) ou, ainda, um “juízo filosófico-político mais do que lógico-jurídico” (MORAES, M., 2003, p.207), não se poderia esperar outra situação nos Tribunais.

Assim, também na jurisprudência se faz sentir o reflexo de tanto desacerto, a ponto de Cavalieri Filho (2003, p.72) ponderar o seguinte: “na minha experiência de magistrado tenho constatado que este é um ponto onde se registra o maior número de divergências entre os julgadores de todos os graus”. Sanseverino (2002, p.243-244) noticia que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplica predominantemente a teoria da causalidade adequada, mas cita aresto em que surpreendente e inesperadamente foi adotada a teoria da equivalência de condições. Já Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.103-105) transcreveram trechos de dois acórdãos, sendo um oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), onde se aplicou a teoria da causalidade adequada e outro do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), no qual se invocou a teoria da causalidade necessária.

Diante de todo o exposto, resta compreensível a posição de autores que optam por posicionamento cauteloso e abrangente, admitindo a coexistência de todas as teorias e deixando a cargo do juiz a definição do que usar em cada caso concreto. É o que pontua Cardoso (2002, p.315-317) ao afirmar que “segundo Miguel Kfourri Neto, não há obrigação de adoção de qualquer uma dessas teorias [...]. Assim, na hipótese de ocorrência de várias causas [...] deverão ser apreciados e identifica-

dos [todos os acontecimentos] pelo juiz no caso concreto”. Eis, pois, a relevância da seguinte advertência de Noronha (2003, p.608):

Se a causalidade adequada parece a teoria que melhor atende aos interesses e valores em jogo na matéria, não se pense, porém, que ela seja panacéia capaz de conduzir à solução justa de todos os casos. Nenhuma solução jurídica pode fundamentar-se apenas em relações causais cegas, antes deve partir de juízos de valor, daqueles juízos que estejam subjacentes às normas.

Por fim, após tratar da conduta humana, do dano e do liame etiológico, resta falar do **nexo de imputação** enquanto quarto e último pressuposto da responsabilidade civil. Para se submeter ao dever de indenizar, o agente, além de ter causado o dano, deverá ter contra si um fator de atribuição (imputação), que poderá ser a culpa ou a simples determinação legal, como ocorre nos casos de responsabilidade decorrente de ato lícito, dos quais é exemplo a responsabilidade objetiva decorrente, v.g., do risco de uma atividade.

Ao que já se disse acima a respeito do tema importa agregar que o nexo de imputação é idéia imprescindível para os que desejem tratar da moderna teoria geral da responsabilidade civil, que não mais se encontra restrita à culpa, estando submetida aos influxos da teoria do risco. Trata-se “da atribuição de poder ou dever a alguém para responder por determinado fato jurídico”, sendo que “no campo da responsabilidade civil é a aptidão para ser sujeito do dever de reparação” (BAPTISTA, 2003, p.67).

Vê-se, por conseguinte, que o nexo de imputação é idéia apropriada para ocupar o lugar que um dia foi da prática do ato ilícito (culpa) enquanto único fator de atribuição da responsabilidade civil. Desta maneira, o indivíduo terá o dever de indenizar sempre que legalmente imputado a responder por ato próprio, ilícito (que pressupõe a culpa) ou lícito, ou, ainda, por atos de terceiros, ainda que civilmente incapazes, como ocorre, v.g., nos casos de responsabilidade indireta.

Noronha (2003, p.490), a propósito do tema, afirma que “[...] quando faltar um nexo de imputação, seja ele a culpa do agente ou o risco de sua atividade, não surgirá a obrigação de indenizar”. A assertiva merece apenas um único reparo, já que o risco é somente o principal fundamento da responsabilidade objetiva, mas não é o único. Perceba-se que a equidade, por exemplo, também é fator de atribuição do dever de indenizar, como comprova a responsabilidade civil dos incapazes estabelecida pelo art.928 do CC/02, em circunstância que, por si só, demonstra o equívoco da afirmação do mestre catarinense.

Diga-se, por oportuno, que a noção clássica de imputabilidade (LISBOA, 2002, p.186), enquanto pressuposto da culpa, que vem a ser a “idoneidade psíquica do agente para entender e querer” (WALD, 1992, p.482), ou seja, “[...] a posse de

certo discernimento (capacidade intelectual e emocional) e de certa liberdade de determinação (capacidade volitiva)” (VARELA, 2000, p.563), não se confunde com a idéia de nexa de imputação ora visualizada, isto é, enquanto pressuposto da responsabilidade civil.

Para clarear a supracitada distinção, tome-se o exemplo da inovação introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo art.928 do novel Código Civil. Trata-se de hipótese normativa excepcional, em que “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuseram de meios suficientes”. Neste caso, vê-se o nexa de imputação no que concerne aos incapazes, diante da determinação legal fundada na equidade para que estes tenham o dever de indenizar, a despeito de obviamente não se poder falar em imputabilidade enquanto pressuposto da culpa, haja vista que os incapazes não têm “indoneidade psíquica para entender e querer”, sendo tradicionalmente inimputáveis.

5. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Eis aqui outra noção que demanda maiores atenções, visto que indispensável para a abordagem do problema eleito neste trabalho. Trata-se de mais um aspecto ao qual boa parte dos doutrinadores consultados não dispensou o devido tratamento. Destaque-se que o objeto de análise desta seção secundária são as excludentes de responsabilidade, que não necessariamente se confundem com as excludentes de causalidade ou, ainda, com as excludentes de ilicitude. É o que se demonstra abaixo.

Uma vez configurados os quatro pressupostos da responsabilidade civil, surge inexoravelmente o dever de indenizar. Uma das mais tradicionais formas de defesa dos que se encontram no pólo passivo de ações indenizatórias passa pela busca das chamadas “excludentes de responsabilidade”, as quais, obviamente, são circunstâncias que afastam a responsabilidade civil, ora por força da desconstituição do nexa causal, ora por simples disposição legal.

Vale frisar que as excludentes de responsabilidade não desconstituem ou impedem o nexa de causalidade em todos os casos, havendo pelo menos uma exceção. Esta configura-se quando a responsabilidade civil é posta de lado em razão do exercício regular de um direito reconhecido, o qual, no ponto de vista aqui adotado, não ataca o liame etiológico, como será explicado abaixo. Assim, urge salientar que as excludentes de responsabilidade não se confundem com as do nexa causal. Discorda-se, portanto, em termos, do seguinte conceito de excludentes de responsabilidade formulado por Gagliano e Pamplona Filho

(2003, p.112): “todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória”.

Impende salientar, ainda, que as “excludentes de responsabilidade” não se confundem com as “excludentes de ilicitude”, as quais poderão ou não afastar o dever de indenizar. Estas são as situações em que, a despeito de se dar causa ao evento danoso, a lei expressamente exclui a ilicitude da conduta do agente, muito embora, em certas hipóteses, imponha o dever de indenizar. Não se pode, hoje, fazer ouvidos moucos à gritante realidade da “[...] figura do dano tolerado, em que a ordem jurídica permite que o interesse de um venha sobrepor-se ao interesse de outro, impondo a despeito disso o dever de o ofensor indenizar o prejudicado” (BAPTISTA, 2003, p.25).

Salta aos olhos, portanto, que assim como não se deve equiparar a prática do ato ilícito à responsabilidade civil, é um equívoco confundir as excludentes de responsabilidade civil e as de ilicitude. De fato, em ocorrendo as primeiras não haverá o dever de indenizar, ao passo que as últimas nem sempre afastam a responsabilidade civil. Veja-se o que diz Gonçalves (2002, p.13) a respeito de conhecida excludente de ilicitude (e não de responsabilidade): “[...] atos praticados em estado de necessidade, considerados lícitos pelo art. 188, II, do Código Civil, mas que, mesmo assim, obrigam seu autor a indenizar o dono da coisa, como prevê o art.929 do mesmo diploma; [...]”.

Eis o porquê de não se concordar com Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.112-113) quando incluem o “estado de necessidade” entre as “causas excludentes de responsabilidade civil”, a despeito de paradoxalmente registrarem que se “o terceiro atingido não for o causador da situação de perigo, poderá exigir indenização do agente que houvera atuado em estado de necessidade [...]” e eis o motivo pelo qual se reputa equivocada a doutrina de Sousa (2003, p.5) ao afirmar que as excludentes de ilicitude, alinhadas no art.188 do CC/02, indiscriminadamente, afastam o dever de indenizar.

São excludentes de ilicitude, portanto, a “legítima defesa” e o “exercício regular de um direito reconhecido”, previstos no inciso I do aludido art.188 do CC/02, no qual estaria implícito, ainda, o “estrito cumprimento de dever legal” (GONÇALVES, 2003, p.712; VENOSA, 2003b, p.46), e o “estado de necessidade”, cuja previsão remonta ao inciso II do mesmo dispositivo legal.

No que tange ao estado de necessidade já ficou claro que se trata apenas de excludente de ilicitude e não de responsabilidade, desde que o dano seja imposto a indivíduos que não sejam “culpados do perigo” (art.929, CC/02).

Sua definição depreende-se do próprio texto legal do inciso II do susoreferido art.188: “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”, sendo a idéia complementada pelos ditames do parágrafo único do mesmo artigo ao estabelecer que “[...] o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

Na doutrina, destaque-se o conceito proposto por Varela (2000, p.558): “Noção. O estado de necessidade consiste na situação de constrangimento em que age quem sacrifica coisa alheia, com o fim de afastar o perigo actual de um prejuízo manifestamente superior”.

Noronha (2003, p.374), a propósito, menciona o clássico exemplo dos dois naufragos e da tábua capaz de suportar apenas um deles, sendo que o que consegue salvar-se “causa” a morte do outro em estado de necessidade. Perceba-se, em oportuno reforço à distinção acima estabelecida entre excludente de responsabilidade e de causalidade, que em situação de estado de necessidade não se poderia exigir outra conduta da pessoa sujeita ao perigo iminente, o que configura excludente de causalidade, a despeito de não excluir a responsabilidade civil. Ver-se-á abaixo que a inevitabilidade é o elemento característico das mais tradicionais excludentes de causalidade (caso fortuito e força maior), sendo possível afirmar que como a luta pelo único meio de salvação em tais circunstâncias é natural e o dano (morte) inevitável, o estado de necessidade, neste diapasão, aproxima-se do caso fortuito e da força maior. De fato, o uso da tábua de salvação não é causa adequada da morte no exemplo indicado, visto que esta, em verdade, remonta à própria circunstância do naufrágio. O uso da tábua seria, portanto, condição da morte havida, mas não sua causa.

Note-se, ainda, que se o morto por afogamento não tiver culpa no que tange ao naufrágio, o indivíduo que se salvou poderá ser compelido a indenizar civilmente a família do que morreu, a despeito de não se lhe poder atribuir a prática de um ato ilícito, o que confirma, ainda, a diferença existente entre as excludentes de ilicitude e de responsabilidade.

Outro exemplo de estado de necessidade que se pode formular é o do indivíduo que arromba a porta de apartamento vizinho como única forma de salvar criança que perigosamente estiver a se deslocar pela balaustrada de um prédio. Não terá agido ilicitamente, mas terá o dever de indenizar os prejuízos decorrentes do arrombamento do imóvel, desde que o proprietário deste não seja responsável pelos atos da criança.

Retornando à distinção entre as excludentes de ilicitude e as de responsabilidade, deve-se admitir, entretanto, que fora o estado de necessidade, as de-

mais hipóteses das primeiras afastam o dever de indenizar, assumindo assim, natureza dúplice, ou seja, de excludentes de ilicitude e de responsabilidade. Gonçalves (2003, p.712) é muito claro ao afirmar que “embora quem pratique o ato danoso em estado de necessidade seja obrigado a reparar o dano causado, o mesmo não acontece com aquele que o pratica em legítima defesa, no exercício regular de um direito e no estrito cumprimento do dever legal”. Por essa vereda, diga-se por oportuno, também segue Baptista (2003, p.47). Desta maneira, ao se falar, abaixo, a respeito destas três últimas excludentes, tenha-se em mente a abordagem das três primeiras **espécies** de excludentes de responsabilidade civil.

A legítima defesa afasta o dever de indenizar e consiste em impor dano a outrem para evitar que este dê continuidade a ataque ou concretize ameaça atual e iminente de injusta agressão contra aquele que se defende ou contra terceiro. Quem desejar enquadrar-se nesta excludente não pode ter previamente provocado o agressor e deve reagir proporcionalmente à agressão. Neste caso, a conduta de quem legitimamente se defende não será ilícita e não implicará no dever de indenizar os danos impostos ao agressor.

Note-se, no rastro de Varela (2000, p.555), que a legítima defesa diferencia-se do estado de necessidade por ser uma “atitude de reação” e não “de ataque ou iniciativa”, como este último. Demais disso, na legítima defesa “[...] o perigo resulta da agressão da pessoa contra quem se reage [...]”, enquanto que no estado de necessidade “[...] o perigo é devido as mais das vezes a caso fortuito, sendo o acto praticado contra interesses de terceiro” (VARELA, 2000, p. 559).

É bom destacar que a legítima defesa putativa (aquela em que, por erro de julgamento, se entende ameaçadora a postura de pessoa inofensiva, que vem a ser atingida sem razão) não afasta o dever de indenizar daquele que interpretou mal os fatos, não tendo, portanto, a repercussão que assume na seara do direito penal, onde, por vezes, consubstancia eficaz argumento de defesa. Lembre-se, ainda, que também surgirá a responsabilidade civil nos casos em que o indivíduo, ao agir em legítima defesa, por erro de procedimento, atinge terceiro que não o agressor. Terá de indenizar o terceiro, tendo apenas direito de regresso contra o agressor (art.930, parágrafo único, do CC/02).

Por fim, ainda quanto à legítima defesa, vale destacar, no rastro do que já foi dito acima quanto ao estado de necessidade, que como não se poderia exigir outra conduta da pessoa que não se defender (inevitabilidade do dano imposto), então esta excludente de ilicitude e de responsabilidade também pode ser tida como excludente de causalidade, configurando situação em que se reúnem as três noções. De fato, a legítima defesa é inevitável, vez que instintiva, no que se aproxi-

ma, como se verá, do caso fortuito e da força maior, que indiscutivelmente excluem onexo causal. Neste sentido, é pertinente a analogia para afirmar que a legítima defesa também exclui o liame etiológico.

O estrito cumprimento do dever legal, a seu turno, diz respeito aos casos em que a pessoa que dá causa ao dano o faz por imposição de um dever que emana da lei. Assim, o criminoso não poderá exigir indenização de um policial pelo fato de estar tetraplégico por força de bala alojada em sua coluna vertebral, após tiro recebido durante violenta fuga de uma delegacia, salvo comprovação do emprego excessivo da força. Como também não seria possível esperar outra atitude do policial que não a de cumprir o seu dever (inevitabilidade), também é possível sustentar, à semelhança do quanto dito em relação à legítima defesa, que esta excludente de ilicitude e de responsabilidade pode ser considerada, outrossim, uma excludente de causalidade.

O exercício regular de um direito também afasta o dever de indenizar, na medida em que a conduta do seu titular está albergada pelo ordenamento jurídico. Assim, se o evento danoso decorreu da atitude de pessoa que regularmente exercia direito, então este dano não deverá ser indenizado. Convém aduzir que aqui se trata de excludente de ilicitude e de responsabilidade, a qual, entretanto, de acordo com o entendimento aqui sustentado, não pode ser tida como excludente de causalidade, haja vista que a pessoa indiscutivelmente poderia optar entre exercer ou não o direito em questão.

Assim, se se opta por levar o título de um devedor em mora a protesto, “negativando” o seu nome e gerando-lhe danos, não se pode qualificar de ilícita a conduta do credor, nem se pode cogitar de indenização em favor de quem deve, visto se tratar do regular exercício de um direito. Não há, todavia, como afastar onexo de causalidade, na medida em que o protesto do título é causa adequada para a “negativação” do nome do devedor, sendo uma opção (e não uma atitude inevitável) do credor adotar ou não tal medida, ou, por exemplo, conceder mais prazo para o pagamento (dentro do limite imposto pela prescrição).

Ao se tratar do exercício regular de um direito é imperativo registrar que o novel Código Civil inovou ao expressa e diretamente prever a figura do abuso do direito no seu art. 187 (o CC/16 dele tratava de forma implícita, tendo a doutrina de recorrer à interpretação *a contrario sensu* do seu art. 160, I), que é mais um exemplo do uso da técnica das cláusulas gerais pelo legislador. Dessa maneira, a pessoa que deseje enquadrar-se na excludente do exercício regular de um direito deve exercê-lo sem exceder “os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, sob pena de abusar do direito, cometendo ato ilícito e tendo de se submeter à obrigação de indenizar.

Postas tais ponderações a respeito da legítima defesa, do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular do direito, é mister abordar as espécies remanescentes relativas à exclusão do dever de indenizar, quais sejam: caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da própria vítima e fato de terceiro, além da cláusula de não indenizar.

Sobre o caso fortuito e a força maior, causas excludentes de causalidade e de responsabilidade, deve-se enfatizar, de logo, a grande divergência doutrinária que se formou em torno do assunto. Há os que distinguem as duas noções, formulando conceitos diversos para cada uma delas, os quais, em alguns casos, chegam a ser invertidos, para perplexidade de quem decide estudar o tema. Outros preferem equiparar o caso fortuito e a força maior, com base no Código Civil, que não os distinguiu, o que tornaria a discussão em torno de eventual diferença mero academicismo. É neste terreno pantanoso que se pretende buscar o mínimo de firmeza exigível para o enfrentamento do problema eleito neste trabalho.

Não deixam de ter razão os doutrinadores que, com base na exegese do antigo art. 1.058 do CC/16 e, hodiernamente, com espeque no art. 393 do CC/02, sustentam que não há motivo para discussões em torno da distinção entre o caso fortuito e a força maior, já que no ordenamento jurídico brasileiro ambos produzem os mesmos efeitos, ou seja, a exclusão do dever de indenizar (WALD, 1992, p.113).

Assevere-se, por oportuno, que este é posicionamento enraizado na memória jurídica brasileira. Na primeira metade do Século XX, Aires (1941, p.7) destacava a inutilidade da distinção no Brasil diante do teor da lei pátria, alertando que “[...] a palavra acaso tanto exprime caso fortuito como força maior”.

Retornando-se ainda mais no tempo, nota-se que em manual de direito civil publicado em Portugal no Século XIX, o respeitado M. Rocha (1984, p.64) já equiparava as noções de caso fortuito e de força maior, denominando-os indistintamente de “acaso”. Sobre o tema dizia: “Diz-se acaso todo acontecimento que o homem não pode prever, nem desviar naturalmente. Em regra o acaso reputa-se uma desgraça, e ninguém é obrigado a indenizar a perda que dele proveio”. Desta anosa definição depreendem-se duas importantes características: a imprevisibilidade e a inevitabilidade.

Após a leitura dos parágrafos únicos dos artigos 1.058 do CC/16 e do art. 393, do CC/02, torna-se facilmente perceptível, todavia, que o principal elemento característico de tais excludentes no Brasil de hoje é justamente a inevitabilidade. Eis o texto legal: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Assim, todas as vezes que a conduta humana redunde no evento danoso de forma inevitável, não há o que falar emnexo causal e, portanto, não se trata de dever de indenizar, por se configurar hipótese de força maior ou de caso fortuito. Enfrentando o tema de forma pragmática, Sanseverino (2002, p.295) afirmou, com base em aresto de 1998, que o “Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, de forma expressa, no sentido de que o traço característico do caso fortuito e da força maior não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade”.

A supracitada menção à imprevisibilidade decorre da existência de forte corrente doutrinária que não se contenta com a equiparação legal antes mencionada e, com fundamento no longínquo Direito Romano e, mais precisamente, com esteio nas lições de Ulpiano (SANSEVERINO, 2002, p.292), defende que enquanto o caso fortuito seria o evento imprevisível e, por isso, inevitável, a força maior seria a ocorrência inevitável, conquanto eventualmente previsível. Esta é a posição adotada, v.g., por Couto Filho e Souza (2001, p.31), Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 123), Lisboa (2002, p.255) e Plácido e Silva, conforme citação de Willemann (2002, p.39).

Outros doutrinadores, sem maiores preocupações com a fundamentação, sustentam que as hipóteses de força maior seriam acontecimentos naturais, como raios, inundações e terremotos, enquanto as hipóteses de caso fortuito seriam aquelas que adviessem de fatos humanos ou não exclusivamente naturais ou, ainda, de causas desconhecidas. Este é o posicionamento de Baptista (2003, p.53), Diniz (2002a, p.101) e Gonçalves (2002, p.127).

Por fim, há uma terceira visão doutrinária, fundamentada nas lições de Josserrand (SANSEVERINO, 2002, p.293), desenvolvidas no Brasil por Agostinho Alvim, segundo a qual o caso fortuito seria o impedimento atinente à pessoa a quem se pretende imputar o dever de indenizar, enquanto a força maior seria um evento ocorrido fora de sua órbita. É esta mesma concepção teórica que, com uma terminologia diferente, propõe a idéia de se usar a expressão “caso fortuito” enquanto gênero, dividido em duas espécies: a) caso fortuito interno (ou caso fortuito *stricto sensu*); b) caso fortuito externo (equivalente à força maior). Tais autores, dentre os quais merece destaque Bahia (1997, p.113), geralmente pelem no campo da teoria do risco ou da responsabilidade objetiva, sustentando que em tais casos, somente o caso fortuito externo exclui a responsabilidade. Sobre isso comenta Gonçalves (2002, p.128):

Modernamente se tem feito, com base na lição de Agostinho Alvim, a distinção entre “fortuito interno” (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e “fortuito externo” (força maior, o *Act of God* dos ingleses). Somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa

do agente e à máquina, excluiria a responsabilidade, principalmente se esta se fundar no risco. O fortuito interno não.

É mister dizer, em reforço ao que se pontuou inicialmente, que esta última corrente doutrinária não tem respaldo legal expresso no Brasil, assim como ocorre em relação a todos os demais critérios distintivos vistos acima. Diga-se, ainda, que não há disposição normativa que fundamente a assertiva de que o chamado “fortuito interno” não exclua a responsabilidade, tratando-se de pura doutrina.

Tome-se, a propósito, a questão do microsistema jurídico consumerista, que muito interessa ao tratamento do problema a ser enfrentado neste trabalho. Não há no CDC um único artigo que dê guarida apenas ao “fortuito externo” enquanto excludente de responsabilidade. Em verdade, os arts. 12, §3º, e 14, §3º, deste *codex*, que tratam das excludentes de responsabilidade em relação ao fornecimento de produtos e à prestação de serviços, respectivamente, sequer mencionam o caso fortuito e a força maior. Tal circunstância gera discussão relativa ao cabimento ou não destas excludentes na seara consumerista, mas não oferece sequer um “gancho” para a tese do fortuito externo e interno antes mencionada.

A discussão que persiste, no particular, origina-se na presença do advérbio “só” em ambos os parágrafos dos artigos acima aludidos. Diante disso, há doutrinadores especializados em direito do consumidor que afirmam que o caso fortuito e a força maior não são causas excludentes de responsabilidade na ótica consumerista, como é o caso de Nunes (2000, p.195). Outros, em posição mais razoável, sustentam que não há porque desconsiderar o caso fortuito e a força maior, já que o CDC não adotou a teoria do risco agravado, pois se assim o fosse teria expressamente tirado destas tradicionais excludentes de responsabilidade o efeito a elas inerente, ou seja, a exclusão do dever de indenizar. É o que dizem, com razão, Denari (2001, p.175), Martins (2004, p.93) e Sanseverino (2002, p.290).

A próxima excludente de responsabilidade a ser analisada é a culpa exclusiva da própria vítima, que se configura quando os danos são suportados pela pessoa que a eles realmente deu causa, sendo o outro indivíduo envolvido no evento apenas mero figurante na cena pela própria vítima criada. Assim, no exemplo doutrinário clássico, não se fala de responsabilidade do motorista que, dirigindo em velocidade regulamentar, não consegue evitar a morte de pessoa que, de inopino, se joga sob as rodas do veículo.

Já no que tange ao fato de terceiro, é bom iniciar a análise por uma ponderação relativa à terminologia, haja vista que a legislação brasileira fala em “culpa de terceiro”. Pela opção feita neste trabalho percebe-se a concordância com a crítica feita por Sanseverino (2002, p.281), ao lecionar que melhor do que “culpa de terceiro”, expressão escolhida pelo legislador brasileiro, seria dizer “concurso de

fato de terceiro” ou “intervenção de terceiro”, que, inclusive, é “a utilizada pela Diretiva nº 85/374/CEE”. E a explicação é bem simples, tendo em mente que o fato de terceiro não precisa necessariamente ser culposo para desconfigurar o nexos de causalidade e afastar o dever de indenizar.

O fato de terceiro deriva da conduta de qualquer pessoa que não tenha nenhuma relação com os indivíduos imediatamente envolvidos no evento danoso e que venha, em última análise, a dar causa aos danos. Usando o exemplo indicado acima quando da análise da culpa exclusiva da própria vítima, não haveria como se falar de responsabilidade do motorista que atropela criança arremessada por um terceiro (ainda que inimputável) diretamente sob as rodas do seu veículo.

Por fim, resta comentar a cláusula de não indenizar, que materializa uma excludente de responsabilidade apenas ocorrente no campo da responsabilidade contratual, em constatação óbvia, que ficará ainda mais clara quando se fizer, abaixo, a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual.

Vale salientar, ainda, que os doutrinadores de vanguarda são muito críticos no que diz respeito a esta excludente, por entenderem ser ela um dos símbolos da visão egoística do direito civil forjado nos moldes oitocentistas. Apesar de não se esposar totalmente tal concepção, entende-se que, de fato, esta cláusula de não indenizar encontra atualmente bem menos espaço para vigorar do que já encontrou um dia. O CDC, por exemplo, expressamente estatui ser defeso incluir tais cláusulas em prejuízo do consumidor. Assim, houveram-se bem Gagliano e Pamplona Filho (2002, p.133) quando, de forma ponderada, registraram que “poderíamos fixar a premissa de que essa cláusula só deve ser admitida quando as partes envolvidas guardarem entre si uma relação de igualdade, de forma que a exclusão do direito à reparação não traduza renúncia da parte economicamente mais fraca”.

Diga-se, por derradeiro, que há situações excepcionais em que, por expressa disposição legal, nem as excludentes de responsabilidade mais tradicionais têm o condão de obstaculizar o surgimento do dever de indenizar. São as hipóteses em que se adota a chamada teoria do risco agravado (que alguns sustentam, sem respaldo legal, imperar na seara consumerista, como mencionado acima), entre as quais Diniz (2002a, p.52) destacou a seguinte: “[...] no que atina aos danos sofridos pelos proprietários marginais da linha, a responsabilidade das estradas de ferro será objetiva, mesmo se tais prejuízos forem resultantes de força maior ou caso fortuito”. Sobre o risco agravado haverá outras considerações na seção secundária dedicada à análise da responsabilidade objetiva.

Analisadas as excludentes de responsabilidade, cujo conceito, é bom repetir a título de desfecho, não se confunde com o das excludentes de causalidade ou de

ilicitude, torna-se pertinente estudar a culpa enquanto elemento acidental da responsabilidade civil, sendo desprovido de destacar sua óbvia importância para a abordagem do problema que constitui o nó górdio deste trabalho.

6. CULPA

Não configura um exagero qualificar de “espinhosa” a tarefa de conceituar a culpa. Apesar de já se ter feito advertência semelhante em outras passagens deste trabalho, reconheça-se que é justamente a polêmica que caracteriza seus elementos o fator que torna a responsabilidade civil um dos temas mais atraentes para os civilistas. Assim, não é demais destacar a advertência de O. Gomes (1988a, p.319) quando assevera que “reina a maior confusão na doutrina” em torno da idéia de culpa, ao passo em que Aguiar Dias (1984, p.274) lembra, no particular, “[...] as intermináveis discussões, gerando verdadeira anarquia sobre o tema”.

A imprecisão doutrinária afigura-se ainda mais problemática quando se percebe que o legislador pátrio, seja o do início do Século XX, seja o do início do Século XXI, ao se dedicar à elaboração do Código Civil, optou por não conceituar a culpa, deixando esta tarefa a cargo dos doutrinadores.

Aliás, é bom que se diga que a dificuldade na conceituação da culpa foi um dos argumentos usados pelos corifeus da teoria objetiva para lhe destronar da sua posição central no que tange à responsabilidade civil. Tal argumentação é discutível quando se percebe que a idéia de culpa é apenas mais uma hipótese em que o legislador empregou uma “expressão programaticamente vaga”, que reenvia o juiz a “valores objetivamente assentados pela moral social” (MARTINS-COSTA, 2000, p.313-314). Assim, se a teoria objetiva tem os seus méritos e acertos — como de fato os tem — isto se dá por outros motivos (que serão vistos na seção secundária seguinte) que não o da total pertinência da crítica antes mencionada.

Apesar destas ponderações, o problema eleito nesta dissertação impõe, como dito acima, o enfrentamento da tarefa de trazer à baila o conceito de culpa, cujo domínio será obviamente essencial no momento de se discutir se ela deve ou não prevalecer na delimitação da responsabilidade civil de médicos e hospitais.

As obras consultadas revelam, de fato, dissenso doutrinário sobre o conceito em tela, mas podem ser agrupadas, grosso modo, de acordo com duas tendências. A primeira fundamenta-se nos ensinamentos de Savatier, que mais uma vez desponta na doutrina alienígena como a principal fonte de inspiração dos autores brasileiros, tal como ocorre no que concerne à definição de responsabilidade civil. Nota-se tal influência, expressa ou implicitamente, nas obras de Diniz (2002a, p.41), Monteiro (2003, p.449), Sanseverino (2002, p.44) e Wald (1992, p.481), ora

mencionados a título de exemplo. Este último, neste passo, apresenta a seguinte citação: “Afirma Savatier que ‘a culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar’. O comportamento culposo pressupõe dois elementos: um objetivo — o dever violado — e o outro subjetivo — a imputabilidade”.

O mérito desta definição de Savatier é sua generalidade, o que lhe possibilita ser aplicável à culpa em sentido amplo, envolvendo a idéia de dolo e de culpa em sentido estrito. De tão genérica, todavia, a definição em tela torna difícil apurar, nos casos concretos, a ocorrência ou não das condutas culposas.

Demais disso, há pertinente crítica que indica o equívoco de se apontar como elemento constitutivo da culpa a necessária lesão do direito de terceiro, como leciona M. Moraes (2003, p.210-211). De fato, “não se pode fixar como elemento da culpa a violação de um direito, pois, do contrário, toda violação do direito de outrem seria culposa, o que não é verdade” (LIMA, A., 1999, p.53). Em complemento, lembra A. Lima (1999, p.53) que poderá haver uma conduta culposa, sem que haja lesão à esfera jurídica de terceiro, citando o exemplo de indivíduo que dirige automóvel em alta velocidade, sem a devida habilitação, sobre uma via movimentada e, a despeito de tudo isso, não provoca nenhuma colisão ou atropelamento. Há culpa, mas não há lesão a direito de outrem, ou seja, dano.

É fato, por outro lado, que Savatier aponta como elemento objetivo o “dever violado” e não a “violação de direito de outrem”. Não se pode esquecer, todavia, que diante da sedimentada idéia da bilateralidade da norma jurídica, isto é, da noção de que todo direito implica em dever correlato, a lição de Savatier pode, de fato, levar ao equívoco, apontado por A. Lima (1999, p.53), de se indicar como elemento constitutivo da culpa a lesão a direito de outrem. É esta a erronia que se verifica, *v.g.*, na obra de Sanseverino (2002, p.44), como se percebe no seguinte trecho doutrinário: “[...] conceito de culpa, alargando-se o elemento objetivo (atentado ilegal ao direito alheio) em detrimento do elemento subjetivo (psicológico)”.

Diante destas últimas ponderações, entende-se mais adequada a posição dos autores que preferem conceituar a culpa como um “erro ou defeito de conduta”, em entendimento que acabou se tornando amplamente predominante, conforme leciona M. Moraes (2003, p.210-212). Trata-se de conceito inspirado na doutrina dos franceses Mazeaud e do belga Henri de Page, conforme elucida Pereira (2001, p.111-112) ao aderir a tal definição.

Detecta-se a influência dos irmãos Mazeaud e de Henri de Page na obra de diversos autores pátrios. É o caso de A. Lima (1999, p.69), para quem a culpa “é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente [...]”, de Baú (2002, p.14), que sustenta que a “culpa supõe algum defeito na conduta do devedor, traduzido pela falta de previsão dos danos que sua ação ou omissão possa ocasionar”, de

Garcez Neto (2000, p.15), que leciona sobre “[...] a idéia de culpa, entendida como erro de conduta, como um comportamento reprovável [...]”, de Santana (1997, p.152-153) que declara que “[...] a culpa é a omissão de diligência (que seria necessária) no atuar em certa situação, quando exigível o mínimo de atenção e cautela” e de Montenegro (1982, p.41) ao apregoar o seguinte: “culpa [...] importa em erro de conduta. O agente deve responder pelo resultado danoso porque foi incapaz de modelar o seu comportamento na dimensão jurídica e social a que estava obrigado como cidadão”.

Analisadas as definições acima transcritas, torna-se facilmente perceptível que não se leva em conta o dito “elemento objetivo” da culpa, sobretudo se lhe tem como lesão a direito alheio. Ainda quanto aos conceitos antes reproduzidos, constate-se, mesmo que *en passant*, o substrato moral da noção jurídica de culpa (comentado abaixo), em uma das circunstâncias que levou Ripert (2000, p.226) a exclamar que a “responsabilidade civil não é mais do que a determinação e a sanção legal da responsabilidade moral”, que induziu Montenegro (1982, p.40) a sustentar que pela “concepção clássica aparece a culpa quando um ato lesivo pode ser moralmente imputado ao seu autor” e que levou Noronha (2003, p.435) a lecionar que o “princípio da culpa [...], sendo fundado no livre-arbítrio, tem conotações essencialmente éticas [...]”.

Adota-se neste trabalho, portanto, conceituação segundo a qual culpa é o erro de conduta do indivíduo que não se comporta da maneira normalmente esperada para evitar danos a terceiros, independentemente da efetiva materialização destes danos. Diante disso, resta apenas a tarefa de definir qual seria esta “conduta esperada”, a qual inexoravelmente leva ao tratamento das diferenças existentes entre a culpa *in abstracto* e *in concreto*.

Há autores, como Varela (2000, p.574) e M. Moraes (2003, p.213) que admitem chamar a culpa em abstrato de “culpa objetiva”, denominando a culpa em concreto de “culpa subjetiva”. Evitar-se-á neste trabalho tal terminologia, na medida em que se entende inadequada a expressão “culpa objetiva”, sobretudo para evitar confusões ligadas à dicotomia da responsabilidade subjetiva e objetiva. De fato, deve ser evitado o paradoxo, ainda que apenas aparente, de se cogitar hipótese de responsabilidade subjetiva com a exigência de culpa objetiva. É melhor, portanto, nomeá-la somente de “culpa em abstrato”.

Para ao subjetivistas mais ferrenhos, a culpa deve ser analisada *in concreto*, ou seja, deve-se analisar a conduta do agente, de maneira individualizada, levando-se em conta suas circunstâncias pessoais, suas “particularidades psíquicas ou morais” (LIMA, A., 1999, p.62), para que se defina se este agiu culposamente ou não. Alguns autores sustentam que a averiguação em concreto da culpa passa

pelo exame do “comportamento do agente em relação à diligência que habitualmente tem nos seus negócios” (WALD, 1995, p.197). É o que também leciona Varela (2000, p.574).

Esta última noção já deixa entrever os inconvenientes desta linha teórica, já que não se poderia conceber que indivíduo altamente desleixado com “seus negócios” pudesse agir da mesma maneira no que concerne aos de terceiros sem que se lhe pudesse apontar a culpa.

Tal visão encontra-se ultrapassada, na medida em que, na grande maioria dos casos, torna-se impossível penetrar na insondável intimidade do ser humano, o que, em última análise, diminui sobremaneira a identificação da culpa e, conseqüentemente, reduz, em muitas hipóteses, a configuração da responsabilidade civil. Garcez Neto (2000, p.114) critica duramente esta visão teórica ao lecionar: “Positivamente, este entendimento é inaceitável, pois impor a consagração da irresponsabilidade para a torpeza e para a imprudência”.

Eis o motivo de se reputar indicada, quando do predomínio da apuração em concreto da culpa, o uso da expressão “elemento anímico” para a ela se referir, como fazem Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.13). De fato, sob este ângulo de visada (apuração da culpa em concreto), fazia-se imprescindível tentar sondar a alma ou a psique do agente. Entende-se incorreto, todavia, o uso indiscriminado da expressão sob comento para toda e qualquer situação em que se trate de culpa, como também se verifica na obra de Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.230) ou, ainda, de Kfoury Neto (2002, p.155), vez que a apuração desta em abstrato, prevalente nos dias de hoje, torna desnecessária a sondagem da alma do agente, como se demonstra em seguida.

Parte dos subjetivistas, portanto, pressionados pela pertinência das críticas dos defensores da teoria objetiva em torno da dificuldade de se perscrutar os recônditos da alma humana em busca da culpa, passaram a adotar a apuração *in abstracto* desta (GOMES, O., 1988a, p.325), em entendimento hoje amplamente predominante no âmbito da teoria subjetiva da responsabilidade civil (MORAES, M., 2003, p.212). Dentre as obras consultadas, por exemplo, constatou-se apenas a divergência isolada de Cardoso (2002, p.286).

E o que se fez para confrontar a apuração *in concreto* da culpa? Desde o Código de Napoleão (GONÇALVES, 2003, p.6), de 1804, que se recorreu mais uma vez ao Direito Romano e à noção do *bonus pater familias*, com o desiderato de estabelecer um padrão de conduta a ser confrontado com a do agente, verificando-se se houve ou não a culpa. Assim, abstratamente retira-se da cadeia de fatos o agente e coloca-se em seu lugar o “bom pai de família”. Se ainda assim o dano

advier, então não terá havido culpa do agente. Caso contrário, será culpado e deverá indenizar a vítima.

Note-se que a noção de “bom pai de família” configura um conceito jurídico indeterminado e está relacionada com a conduta do homem médio, que convive harmonicamente em sociedade, conduzindo-se de forma atenta e cautelosa, evitando, assim, causar danos a terceiros.

A apuração em abstrato da culpa deve levar em conta tal *standard*, desde que o padrão varie de acordo com cada caso concreto. M. Moraes (2003, p.213) leciona: “Evidentemente, tais modelos serão variáveis, porque devem sempre ser compatíveis com a atividade desempenhada”. Assim, a verificação da conduta de um rude sertanejo acerca de supostos danos morais decorrentes de eventual agressão verbal deverá levar em conta o padrão do homem médio da comunidade em que vive tal agente, que por certo será diferente do *standard* a ser usado em relação ao agressor criado em uma metrópole, dotado de escolaridade superior.

Não se trata aqui de visão elitista ou preconceituosa, mas apenas da certeza da exigência da flexibilidade na adoção dos *standards*, no que se poderia chamar de uma apuração em abstrato da culpa, levemente temperada com sua apuração em concreto. Explica-se: a verificação da culpa deverá ser levada a cabo em abstrato, tendo-se em mente um *standard*, o qual, por sua vez, deverá ser fixado tendo em vista as peculiaridades de cada caso concreto. Sobre o tema posicionou-se M. Moraes (2003, p.213): “[...] que se estabeleçam padrões — *standards* — de conduta que exigirão do agente um comportamento judicioso, o qual variará em cada situação, consideradas sua profissão e demais circunstâncias pessoais”.

Esta flexibilidade na adoção do referencial usado para a apuração da culpa em abstrato pode ser vista explícita ou implicitamente em várias das obras consultadas. Gonçalves (2003, p.11-12), com base na doutrina do sempre lembrado Savatier, prega que seria “iníquo considerar de maneira idêntica a culpabilidade [...] do ignorante e do homem instruído, do leigo e do especialista, do homem são e do enfermo [...]”. Já Bahia (1992, p.353), ao tratar da responsabilidade civil dos administradores das sociedades anônimas, tem a necessidade do uso da culpa *in abstracto* como certa, tendo como referência a doutrina de Geraldo Sobral Ferreira, que adota o padrão da conduta de um “homem ativo e probo” para servir de *standard* nos casos concretos. Note-se que as referências a “probo” e, sobretudo, a “ativo” são mais adequadas para análise da conduta de um administrador, do que o genérico paradigma do “bom pai de família”.

A idéia ora sustentada torna-se ainda mais evidente quando se leva em conta a lição de Aguiar Júnior (1995, p.38) ao analisar a responsabilidade civil dos médi-

cos. Para aferir se o facultativo agiu ou não com culpa, o mestre apega-se à referência, também abstrata, de como “[...] um médico prudente ter-se-ia comportado, nas mesmas circunstâncias [...]”. Aqui, em lugar do “bom pai de família”, que, por óbvio, necessariamente não terá conhecimentos médicos, recorreu-se ao *standard* consubstanciado pelo “médico prudente”. É como também procedeu Kühn (2002, p.83), citando João Álvaro Dias e “os padrões pelos quais se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo”.

Aliás, como se verá no momento oportuno, a questão dos médicos deixa transparecer a imbricação entre as modalidades em abstrato e em concreto de apuração da culpa, já que não se afasta a pertinência de se considerar, quando da apuração da culpa médica, circunstâncias exteriores ao galeno, como materiais e equipamentos disponíveis, condições de trabalho, etc., havendo, ainda, quem sustente, neste diapasão, que “o clínico geral deve ser tratado com mais benevolência que o especialista” (CARDOSO, 2002, p.287). É o que também reconhece Varela (2000, p.581).

Dando respaldo a esta linha de pensamento, O. Gomes (1988a, p. 326), em ponderação genérica, obtempera “[...] que a aceitação desse critério [abstrato] não importa no completo desprezo das circunstâncias de tempo, meio, classe social, usos, costumes e hábitos sociais, levando-se em consideração, por conseguinte, alguns elementos concretos”.

É bom que se diga que tal fixação do *standard* com a observância de elementos concretos não representa novidade em Portugal e na Itália, como indica Varela (2000, p. 576): “[...] a diligência relevante para a determinação da culpa é a que um homem normal (um bom pai de família) teria em face do condicionalismo próprio do caso concreto”.

Da análise dos exemplos acima mencionados desanuvia-se o mecanismo da apuração da culpa *in abstracto*, consistente na definição de um *standard* que deveria ser observado pelo agente para fins de comparação a ser feita por quem tiver de apurar se houve ou não uma conduta culposa.

A despeito de se entender, como se entende, que o critério de apuração da culpa mais adequado e prevalecente na doutrina é o abstrato, deve-se reconhecer que tanto no CC/16, quanto no novo *codex*, há a excepcional previsão da necessidade de se averiguar a culpa *in concreto*. Tal circunstância, destacada por Wald (1992, p.481), remontava aos arts.1.251 e 1.266 do CC/16, que somente obrigavam o comodatário e o depositário a pagar uma indenização caso não tivessem com a coisa emprestada ou depositada, respectivamente, o cuidado que teriam com os seus próprios bens. Resta claro, pois, que haveria de ser analisada a conduta em concreto de cada agente. Note-se que tais hipóteses excepcionais foram mantidas pelos arts. 582 e 629 do CC/02.

Fixe-se, por conseguinte, na visão aqui adotada, que a culpa consiste em erro de conduta, sendo esta a que se espera do homem médio em sociedade diante do princípio do *neminem laedere*, razão pela qual se emprega o critério abstrato de sua apuração, com base em *standard* de conduta fixado a depender das circunstâncias do caso concreto, à exceção dos raros casos em que se é obrigado a apurá-la em concreto, por expressa disposição legal.

Acresça-se, ainda, à sobredita noção, com base nos ensinamentos de Montenegro (1982, p.40) e de Gonçalves (2003, p.10), que haverá culpa quando o evento danoso seria previsível caso o agente fosse substituído na ação pelo *homo medius*. Sobre esta “previsibilidade”, aliás, assim se manifestou Gonçalves (2002, p.4): “O previsível da culpa se mede pelo padrão médio de comportamento”.

Postas tais ponderações, torna-se pertinente avançar no campo das demais classificações da culpa. Convém abordar, de logo, a divisão da culpa *lato sensu* em dolo e culpa *stricto sensu*. Trata-se de noção por demais sedimentada entre os operadores do direito. O dolo é a modalidade de culpa em sentido amplo em que o agente conduz-se deliberadamente para produzir o dano a terceiro ou, ainda quando sabendo da possibilidade da produção deste dano, age mesmo assim (dolo eventual). Segundo Varela (2000, p.569), o dolo consubstancia-se nos casos em que “[...] o agente quis directamente realizar o facto ilícito [...]”.

Trata-se de conduta que obviamente não seria adotada pelo homem médio, uma vez que se isso ocorresse não se poderia cogitar de vida em sociedade. Ou seja, no dia em que o *homo medius* caracterizar-se pela deliberada afronta ao princípio do *neminem laedere* restará inviabilizada a coexistência humana. O dolo é, pois, uma anomalia combatida pelo Direito.

Já a culpa em sentido estrito verifica-se quando a conduta do agente não se coaduna com o padrão do homem médio, a despeito desse *standard* ser identificável e de, à luz deste, ser previsível o evento danoso. A culpa *stricto sensu* divide-se em três subespécies: a imprudência, a negligência e a imperícia. A primeira passa por uma conduta açodada, precipitada, diferente da que seria seguida pelo homem médio, dono de postura mais cautelosa. Os autores costumam ligar a conduta imprudente a atos culposos comissivos. A negligência, a seu turno, diz respeito a uma conduta indolente e preguiçosa, que se afasta do *standard* médio, que implica em postura mais diligente, isto é, não desidiosa ou desleixada. A doutrina habitualmente conecta a conduta negligente a atos culposos omissivos. Já a imperícia passa pelo agente que se predispõe a atuar profissionalmente sem estar plenamente apto ou qualificado para função, seja por não dominar a melhor técnica na prática, seja por desconhecer ou não compreender a teoria.

Atente-se bem para a classificação vista acima, vez que o art.186 do CC/02, à semelhança do art.159 do CC/16, dela se utiliza ao se referir ao ato ilícito, que consubstancia uma das idéias centrais da responsabilidade civil. Vale destacar, a propósito, que o legislador não se referiu expressamente nem ao dolo, nem à imperícia, a despeito da melhor doutrina sustentar sua alusão normativa implícita. De fato, quando se fala em ação “voluntária”, a intenção seria a de aludir ao dolo, enquanto que a imperícia, na condição de modalidade de negligência profissional, estaria abarcada pela menção a este vocábulo. É o que, por exemplo, sustentam Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.144-145).

A despeito da inovação implementada pelo art. 933 do novel Código Civil, que tornou objetiva a responsabilidade civil indireta de pais, empregadores e comitentes, por atos de seus filhos, empregados e prepostos (art.932, CC/02), em situação a ser melhor explorada abaixo, deve-se dedicar algum espaço à classificação que divide a culpa em *in vigilando* e *in eligendo*. A primeira é atinente ao dever de vigilância que os ditos responsáveis indiretos deveriam observar em relação aos seus subordinados, para que estes não impusessem danos a terceiros. Já a culpa *in eligendo* diz respeito mais especificamente às hipóteses em que o responsável indireto tem a possibilidade de escolher o seu subordinado, passando, então pela má escolha daquele que foi eleito para a tarefa. Tal classificação da culpa, repita-se, será abordada com mais vagar, quando da abordagem, abaixo, do desenvolvimento teórico da culpa.

A gradação da culpa em grave, leve e levíssima é antiga e remonta ao Direito Romano, como revela M. Rocha (1984, p.216). Perdeu substância no direito brasileiro, entretanto, após o CC/16 e, inesperadamente, ressurgiu com o advento do CC/02, em razão do seu art.944, parágrafo único. Stoco (2004, p.127) dispensa a tal gradação o seguinte tratamento:

Na culpa grave, embora não intencional, seu autor, sem “querer” causar o dano, “comportou-se como se o tivesse querido”, o que inspirou o adágio *culpa lata dolo aequiparatur*.

Culpa leve é a falta de diligência que um homem normal (*homo medius*) observa em sua conduta.

Culpa levíssima, a falta cometida em razão de uma conduta que escaparia ao padrão médio, mas que um diligentíssimo *pater familias*, especialmente cuidadoso, guardaria.

Tal gradação, como dito acima, era tida por despicienda no Brasil até janeiro de 2003 porque “o Código Civil [1916] não fez distinção entre os graus de culpa como geradora de responsabilidade civil” (PEREIRA, 1984, p.274). Imperava no ordenamento jurídico brasileiro o princípio de que a culpa, sobretudo em se tratando de responsabilidade extracontratual, ainda que levíssima, implicava no de-

ver de indenizar (RODRIGUES, 2002, p.148), além de se ter por certo o princípio da *restitutio in integrum*, ou seja, fosse qual fosse o grau da culpa o prejuízo haveria de ser integralmente indenizado.

Diante dessas duas assertivas, a maioria da doutrina afirmava que a gradação da culpa era irrelevante, não passando de inócua discussão doutrinária. M. Moraes (2003, p.216-217), todavia, nega, com brilhante acerto, que a antiga norma segundo a qual *in Lex Aquilia et levissima culpa venit* tenha transcendido ao Direito Romano, na medida em que a hodierna culpa em abstrato somente se caracteriza quando há erro de conduta apurado com base no paradigma do *homo medius* e não do diligentíssimo *pater familias*.

Tal raciocínio conduz à seguinte conclusão: no Direito brasileiro a culpa levíssima não é suficiente para fazer surgir o dever de indenizar, mesmo em se tratando de responsabilidade extracontratual. Somente a culpa leve ou grave materializaria o pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, visto que nela não incorreria o homem médio.

O supracitado art.944 do CC/02, em verdadeira inovação normativa, apesar de manter no *caput* a regra dominante no Código revogado, possibilitou, em seu parágrafo único, a redução equitativa da indenização “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”. É, em síntese, o que O. Gomes (1988a, p.326), sempre na vanguarda, já sustentava de há muito, ainda que “ferindo o princípio de que o dano deve ser cabalmente ressarcido” vigente no código recentemente revogado.

A simples existência do sobredito parágrafo tem o condão de, em definitivo, “espanar toda a poeira” que se acumulara sobre as páginas doutrinárias dedicadas à gradação da culpa, tornando vívido o interesse no seu domínio. Assim, doravante, sempre que se tratar de responsabilidade civil subjetiva, haverá de se ter em mente se a culpa foi levíssima, leve ou grave, para, depois, analisar se efetivamente haverá o dever de indenizar e, em havendo, se a indenização será ou não equivalente ao total do prejuízo suportado pela vítima. Para tanto, tendo-se em mente a revalidada lição de M. Rocha (1984, p.65), culpa grave será “a omissão de diligência que se podia evitar com uma capacidade ordinária, e sem esforços de atenção; leve, a que podia evitar com uma atenção ordinária; e levíssima, a que não se podia evitar, senão com uma habilidade transcendente”.

A questão que remanesce em aberto diz respeito à possibilidade desta redução equitativa do valor do *quantum* indenizatório, de acordo com a gradação da culpa, em se tratando de responsabilidade objetiva. Parece que o legislador não andou bem ao posicionar seu art.944, silenciando em torno do aspecto ora levantado. Sustenta-se, neste trabalho, que se o legislador estivesse disposto a afastar

esta redução do valor da indenização em casos de responsabilidade objetiva, o teria feito expressamente. Diverge-se, por conseguinte, do entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.161) no particular.

Por este motivo, doravante, a avaliação da culpa, enquanto elemento de eventual atenuação do valor indenizatório, passa a ser relevante em todos os casos de responsabilidade civil, seja ela subjetiva ou objetiva, conforme se depreende, *mutatis mutandis*, da obra de Sanseverino (2002, p.275) e de acordo com a orientação expressa de Coelho (2004, p.401):

Cabe a redução equitativa em qualquer hipótese de responsabilização em que tenha havido baixo grau de culpa do devedor. [...] Mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva, cabe avaliar o grau de diligência e zelo do devedor nas questões afetas à segurança de sua atividade. A presença ou ausência de culpa, e o grau desta, como assentado, é sempre irrelevante para a questão da existência da obrigação. Para definir-se sua extensão, porém, é relevante. [...] Do mesmo modo, o empresário responde por acidente de consumo de forma objetiva, quer dizer, ainda que tenha empregado diligentemente na produção os mais avançados processos disponíveis e o melhor controle de qualidade. Mas não é justo tratar igualmente o empresário relapso e o preocupado com a questão da segurança. Obrigado ele está, a despeito de sua diligência, mas o valor da indenização pode ser menor em função dela.

É o que também sinaliza Martins-Costa (2002, p.128, grifos nossos), em festejada obra especificamente dedicada à interpretação do novo Código Civil:

Por evidente, e no que toca à indenização, as normas do art.927 e seu parágrafo devem ainda ser conjugadas com a do art.944, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do dano, cabendo ao juiz, no caso de desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduzir 'equitativamente' a indenização.

Por fim, menciona-se aqui a distinção que se faz entre culpa ordinária e culpa profissional apenas em atenção à circunstância dela ter sido destacada por dois dos principais autores pátrios especializados em responsabilidade civil médica. De fato, tanto Kfoury Neto (2003, p.80) quanto França (2001, p.250) citam tal distinção sem maiores preocupações em evidenciar o conceito de cada espécie. Kfoury Neto (2003, p.80) limita-se a exemplificar: "Reconhece-se a culpa ordinária no fato de um cirurgião, v.g., dar início a uma cirurgia em estado de embriaguez. Já um erro de diagnóstico revelaria culpa profissional".

Ora, se é verdade que o próprio Kfoury Neto (2003, p.80) admite que na prática não há motivo para fazer tal distinção, entende-se, outrossim, que sequer doutrinariamente se justifica tal pretensão. De fato, no susoreferido exemplo do "médico embriagado" tem-se conduta que se enquadra na figura do dolo eventual ou,

na melhor das hipóteses, na de imprudência. Já o erro diagnóstico, a depender das circunstâncias, configurará imperícia. Assim, não há motivo para classificar a culpa em ordinária ou profissional, visto que tal classificação resta desnecessária diante da suficiência da sedimentada distinção entre dolo e culpa em sentido estrito (imprudência, negligência e imperícia).

Posto o conceito de culpa e abordadas suas classificações mais habituais, é mister analisar o **desenvolvimento teórico** que retirou a culpabilidade da condição de único fundamento da responsabilidade civil, tornando possível o surgimento do dever de indenizar sem que se tivesse de perquirir a respeito da existência ou não da culpa. Em verdade, sobre esta tendência à objetivação já se falou em sede de considerações introdutórias, tornando necessária, agora, tão-somente uma abordagem mais detida do tema.

É fundamental, inicialmente, tecer alguns comentários a respeito das raízes históricas desta noção que até o final do Século XIX reinou absoluta no posto de idéia central da responsabilidade civil, tendo, ao depois, seu espaço minorado pelo advento da visão teórica objetivista.

Ressalte-se, entretanto e de imediato, que a posição hoje ocupada pela culpa na teoria geral da responsabilidade civil, conquanto não mais absoluta, ainda é respeitável, máxime na realidade brasileira, onde o novel Código Civil, inserido no ordenamento jurídico mais de cem anos após a criação das primeiras teorias objetivas, ainda mantém, como regra geral da responsabilidade civil, a culpa como fator de imputação, conforme se constata após a leitura dos seus arts. 186 e 927. Note-se, quanto a isto, que Varela (2000, p.524), ao comentar semelhante regra do Código Civil português no que tange ao risco e à culpa, asseverou: “Não pode, efectivamente, descurar-se o alto valor educativo e social da ideia de que a responsabilidade assenta em regra sobre a culpa do agente ou omitente”.

Quando se deseja fazer um retrospecto da culpa no mundo jurídico é recomendável voltar os olhos sobre o pequeno e precioso trabalho de Cabral (2001), publicado na tradicional Revista dos Mestrados em Direito Econômico da Universidade Federal da Bahia (UFBA), recentemente aprimorada e rebatizada de “Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Ufba”.

Se é consenso na doutrina que a noção de culpa origina-se ou começa a surgir com o Direito Romano, coube a Cabral (2001, p.58) alertar para a circunstância de que este estendeu-se por quase um milênio e meio, dividindo-se em três fases, durante as quais o conceito de culpa sofreu mutações. A noção hoje em voga encontra suas verdadeiras raízes na idéia de culpa vigente durante a terceira e última fase do Direito Romano (a partir do Século terceiro d.C.), sendo importan-

te lembrar que ao longo da primeira e segunda fases (750 a.C até o Século terceiro d.C.) o vocábulo “culpa” era empregado em sentido mais abrangente, confundindo-se com o que hoje se denomina de nexa causal.

É relevante ter as sobreditas informações sob domínio para que se perceba, como indica o mestre baiano (CABRAL, 2001, p.62), que a idéia de culpa gestada pelos romanos e que veio a influenciar o Código Civil francês (e, depois deste, o mundo ocidental moderno), sofreu fortes influências do cristianismo (então dominante em Roma), sendo estruturada sobre uma base de natureza moral.

Ripert (2000, p.222) comentou tal assunto ao afirmar que a “idéia de reparação é uma das mais antigas idéias morais da humanidade. Foi posta em primeiro plano pela moral cristã. O arrependimento não basta para apagar a falta se não houve uma reparação do prejuízo”. Assim, o indivíduo há de se comportar como o normalmente esperado, sob pena de cometer um “pecado jurídico”, de ter a sua conduta reprovada e de responder por seus atos. Eis a idéia subjacente ao tratamento dispensado pelo Direito à culpa, como se constatou acima quando da abordagem do seu conceito.

Tendo em mente a premissa de que a idéia de culpa foi gestada em Roma, pode-se afirmar que antes disso, nos primórdios da responsabilidade civil, o objetivismo imperava incontestado. É bom destacar que tal “objetivismo” não se confunde com a moderna responsabilidade objetiva, bem fundada, em regra, na idéia de risco, como se verá em seção específica deste trabalho. Tratava-se de responsabilidade civil primitiva, unicamente voltada para a constatação do dano e para a necessidade de se dar uma resposta dura e imediata ao ofensor. Neste diapasão, não há como negar que a idéia de culpa representou significativa evolução na teoria geral da responsabilidade civil, como bem destacaram Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.136):

A exigência da culpa como pressuposto da responsabilidade civil representou, inegavelmente, um grande avanço na história da civilização, na medida em que se abandonou o objetivismo típico das sociedades antigas, onde a resposta ao mal causado era difusa, passando-se a exigir um elemento subjetivo que pudesse viabilizar a imputação psicológica do dano ao seu agente.

Desta maneira, ainda que se polemize em torno da norma que teria tido a primazia na previsão da culpa enquanto pressuposto da responsabilidade civil, havendo os que indicam a Lei Aquília dos romanos e os que apontam para o Código Civil francês, não restam dúvidas de que a noção de culpa tem suas raízes fincadas no Direito Romano, fonte direta de inspiração dos franceses quando da elaboração do *Code de Napoléon*. A idéia inicial de culpa enquanto elemento puramente anímico serviu de lastro para o que se pode chamar de “teoria subjeti-

va inicial” da responsabilidade civil, que era assim resumida por De Page (1940, p.864 apud GARCEZ NETO, 2000, p.88):

A irresponsabilidade é a regra; a responsabilidade é a exceção. Não há responsabilidade se não há culpa, isto é falta de aptidão, de habilidade, de diligência, de prudência, cujos resultados funestos poderiam ser previstos, pelo menos implicitamente.

Por esta teoria, a responsabilidade civil só se configura quando à conduta humana, ao dano e ao nexo de causalidade que os une, junta-se o elemento subjetivo “culpa”. Assim, “somente os atos ilícitos voluntários, que fossem fruto da intenção do agente (dolo) ou que resultassem de um descuido (negligência ou imprudência), ensejavam o surgimento da obrigação de indenizar” (SANSEVERINO, 2002, p.43). Trata-se de uma extremada exigência de uma idéia pouco abrangente de culpa enquanto pressuposto da responsabilidade civil, como resta evidente após a releitura do trecho doutrinário acima reproduzido, quando se afirmava que a “irresponsabilidade é a regra”.

Note-se, todavia, que a teoria subjetiva da responsabilidade civil hoje vigente não se confunde com a visão inicial comentada acima, visto que inaugurada, em termos de direito positivo, pelo art.1.382 do Código Civil francês. Esposa-se uma noção ampliada da culpa, viabilizando-se, além da sua apuração em abstrato, as chamadas “presunções de culpa”, que serão comentadas em seguida (GARCEZ NETO, 2000, p.88-89). É esta a teoria que deve ser chamada de teoria clássica da responsabilidade civil, diante da grande repercussão do Código de Napoleão em todo o mundo ocidental.

Como o aludido *Code de Napoleón* entrou em vigor em 1804 e os primeiros textos doutrinários produzidos na Europa com o fito de criticar o dogma da culpa para a configuração da responsabilidade civil remontam aos estertores do Século XIX, é correto afirmar que a teoria clássica imperou durante quase cem anos sem opositores.

No Brasil, como Beviláqua buscou nos moldes oitocentistas a fôrma usada para criar o Código Civil de 1916, não é de se estranhar que seu art. 159 abraçasse incondicionalmente a teoria subjetiva, impondo a culpa como único fator de imputação da responsabilidade civil, admitindo-se pontualmente as presunções de culpa (ex.: art.1.527 do CC/16) e a aferição em abstrato desta, como indicava a mais abalizada doutrina.

Na Europa, todavia, o final do Século XIX e o início do Século XX (anos antes do advento do CC/16) serviram de palco para a confirmação do triunfo das indústrias como nova mola propulsora do desenvolvimento humano, no contexto da chamada revolução industrial. Já se disse acima que toda revolução implica em

efeitos colaterais, como o foi o notável incremento do risco nas relações humanas, com o crescente número de acidentes de trabalho verificados nas fábricas. As vítimas, via de regra, não logravam êxito nas ações indenizatórias, diante da dificuldade de se provar a culpa dos patrões pelos sinistros, o que colocou na berlinda a teoria clássica da responsabilidade civil.

Neste cenário, surgem em França os dois primeiros grandes opositores da teoria subjetiva da responsabilidade civil, Saleilles e Josserand, os quais, dada a grande influência da doutrina francesa no Brasil, podem ser apontados como os precursores da teoria objetiva hoje abraçada pelo novo Código Civil brasileiro no parágrafo único do art. 927.

De fato, tanto Saleilles quanto Josserand, já no crepúsculo do Século XIX, desferiram violentas críticas à culpa enquanto pressuposto da responsabilidade civil. Sanseverino (2002, p.46) lembra que Josserand, ao analisar a culpa, sugeriu “seu banimento completo do domínio da responsabilidade civil”, pregando a substituição da idéia de culpa “pela de risco, pois ‘quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as conseqüências’”. Invocando-se a análise feita acima acerca de “nexo de imputação” enquanto pressuposto da responsabilidade civil, constata-se que neste momento, com a doutrina de Josserand, nasceu mais um fundamento para a configuração da responsabilidade civil, que viria, mais tarde, a figurar ao lado da culpa como fator de atribuição do dever de indenizar.

Diga-se, de passagem, que, a despeito da maioria da doutrina apontar a França como berço da sobredita teoria objetiva, Garcez Neto (2000, p.95), entretanto, atribui a Mataja, em 1888, na Alemanha, o pioneirismo na elaboração da teoria do risco. Depois dele, em 1894, viria Orlando, na Itália e, somente em seguida, já em 1897, viriam a lume, “quase simultaneamente”, as lições de Saleilles e Josserand.

Quem minimamente conhece o Direito sabe que uma revolução teórica tão radical como a pregada por Josserand e Saleilles não seria acatada pelos demais juristas sem que houvesse intenso e ferino debate. Assim, até que se chegasse a normas da estirpe do art. 927, *caput* e parágrafo único, do CC/02, onde coexistem as teorias subjetiva e objetiva, um longo e fatigante caminho haveria de ser percorrido.

O advento da teoria objetiva ou do risco teve o condão de intensificar a contínua evolução da teoria subjetiva inicial, que só admitia o dever de indenizar na hipótese de constatação de culpa enquanto elemento anímico, ou seja, apurada em concreto. Assim, a noção de culpa veio sendo dilatada aos poucos, até como forma de melhor atender às demandas de uma sociedade que evoluía rapidamente, agregando progresso, avanços tecnológicos inimagináveis e, na mesma pro-

porção, riscos e danos. Foi por isso que a idéia de culpa foi sendo gradativamente ampliada, foi por tal motivo que à apuração *in concreto* da culpa contrapôs-se a sua verificação em abstrato, foi por força disto que se chegou, ainda, à idéia de culpa presumida.

O aumento de danos não ressarcidos no novo cenário social que ganhava forma levou os subjetivistas — mesmo sem cogitar a hipótese de se abrir mão da idéia de culpa para a configuração da responsabilidade civil — a capitular, pelo menos em parte, com a admissão da possibilidade de se inverter o *onus probandi*, retirando da vítima o dever de provar a culpa do ofensor e impondo a este o ônus de provar não ter agido culposamente caso desejasse afastar sua responsabilidade civil. Veja-se, a propósito, a lição de Cardoso (2002, p.279):

[...] surgiram meios ou processos técnicos, visando ampliar as chances de a vítima obter o devido ressarcimento, evitando a impunidade dos ofensores. A solução, chamada de intermediária entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva, é a presunção de culpa ou “culpa presumida”. [...].

Por esse sistema, a culpa continua sendo necessária para a configuração da responsabilidade civil, porém há uma inversão do ônus da prova, que passa da vítima para o ofensor.

Foi neste cenário que ganharam importância as noções de culpa *in eligendo* e *in vigilando*, acima mencionadas, já que, em se tratando de responsabilidade civil indireta, a culpa dos pais e patrões, por exemplo, passou a ser presumida.

Tratar da culpa presumida é importante quando se constata que há errônea tendência a uma confusão entre ela e a própria teoria objetiva. Não raro, operadores do Direito tratam a culpa presumida como se fosse uma hipótese de responsabilidade objetiva, quando, em verdade, isto é um flagrante equívoco, uma vez que não se prescinde da idéia de culpa, havendo apenas uma inversão no ônus da prova. Veja-se exemplo do que se trata no seguinte trecho da lavra de Baú (2002, p.54): “Já com as empresas respondendo objetivamente, ocorrerá a inversão do ônus da prova, devendo elas próprias provar a sua não-culpa para livrar-se do encargo”. Vê-se nitidamente que se fala de responsabilidade objetiva em hipótese de culpa presumida, em errônea que deve ser terminantemente evitada.

Neste ponto é bom destacar outro equívoco que se constata após a leitura de algumas obras em passagens dedicadas à culpa presumida. Quando se fala em inversão do ônus da prova tem-se a presunção *juris tantum* de culpa, ou seja, que admite prova em contrário. Quando se trata, todavia, de presunção *juris et de jure* de culpa, isto é, que não aceita prova em contrário, então, em verdade, se está diante de hipótese de responsabilidade objetiva e não no estágio intermediário aqui tratado. Ora, se a presunção de culpa é absoluta, então não há espaço para

qualquer análise subjetiva da conduta do agente, o que, repita-se, remonta à própria teoria objetiva. Tal constatação não é novidade, remontando à obra do próprio Josserand, como adverte Garcez Neto (2000, p.89-90).

Sobre os objetivistas e o fundamento da sua visão teórica falar-se-á mais detidamente na seção secundária seguinte, sendo importante destacar, de logo, além do que já foi dito acima, apenas que na esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos a culpa continuou a ocupar espaço de destaque na teoria geral da responsabilidade civil, a despeito de coadjuvada pelo risco, como exemplifica o próprio CC/02, nos termos antes indicados.

Neste quadro em que se delineia a evolução teórica da responsabilidade civil em relação à idéia de culpa, não se poderia deixar de mencionar, ao final, visão doutrinária acerca do porvir, que serviria de palco para o seguro, vetor da socialização da responsabilidade, pela qual todos os danos haveriam de ser indenizados, mesmo quando ausentes elementos como a culpa, o nexo de causalidade ou identificação do ofensor, sendo o peso das indenizações suportado pela sociedade. Tome-se como exemplo a doutrina de O.Gomes (1986a, p.154):

O problema da responsabilidade civil, tanto contratual como extracontratual, está a ser considerado de um novo ângulo visual. A noção de ato ilícito é substituído [sic] pela noção de dano injusto, aperta-se a intervenção do mecanismo do seguro e tende-se para a socialização dos custos em face do aumento do número de danos e da criação de novos riscos. [...].

Das mudanças que apontam novos rumos da responsabilidade civil, releva a que transfere para segurador profissional a obrigação de reparar o dano, por isso que a expansão dessa técnica acabará por destruir a teoria de tal responsabilidade.

Não se pode espessar a linha de pensamento indicada acima, na medida em que existem diversos obstáculos à “destruição da teoria da responsabilidade” por força da “expansão da técnica do seguro”. Tal posição leva à lembrança do extremismo dos primeiros arautos da teoria objetiva, que sustentavam que esta substituiria a teoria subjetiva, o que, como visto, não se verificou, havendo hodiernamente a convivência das duas visões teóricas.

S. Dias (1995, p.410), por exemplo, ao analisar a doutrina de O.Gomes sobre o seguro, elogia o solidarismo subjacente a tal linha de pensamento, ao tempo em que, todavia, destaca contra ela relevantes obstáculos apontados pelo próprio O. Gomes, quais sejam, “a inviabilidade da generalização do seguro [...] e o desaparecimento do efeito intimidatório do pagamento da indenização”. S. Dias (1995, p.410) acrescenta, da sua própria lavra, outro importante óbice à implementação exclusiva do seguro, representado pela “inevitabilidade da limitação da indenização no esquema do seguro”.

De fato, por mais rica que seja uma sociedade, por mais pujante que seja uma economia, é utópica a possibilidade da implementação de um fundo securitário capaz de “banciar” a indenização de todos os danos verificados no grupo social. Demais disso, imaginar-se que a indenização seria sempre suportada por um fundo serviria de estímulo para o cometimento de atos lesivos pelos indivíduos mais refratários às boas regras de convivência, ou seja, a certeza da impunidade, ainda que sob o prisma pecuniário, acabaria aumentando o número de indesejáveis eventos danosos.

Por fim, em desenvolvimento do aspecto levantado por S. Dias (1995, p.410), o qual, em verdade, é corolário da impossibilidade de generalização do seguro, diga-se que é inerente a este e a seu raciocínio atuarial a limitação dos valores segurados. Isto implica dizer que no sistema de seguros isoladamente considerado, em regra, os danos não seriam indenizados totalmente, em prejuízo das vítimas. Veja-se o exemplo do seguro obrigatório de veículos automotores para a hipótese de acidentes de trânsito. A despeito de válido, seu uso pelas vítimas é geralmente secundado por ações indenizatórias contra os proprietários dos automóveis, fundadas na teoria da responsabilidade civil, já que o seguro é quase sempre insuficiente para reparar integralmente os prejuízos sofridos.

Vê-se, pois, que o seguro há de ser considerado no campo do desenvolvimento teórico da responsabilidade civil, mas não como etapa que veio ou virá para sepultar a teoria subjetiva ou objetiva da responsabilidade civil e sim como mais uma forma de reparação de danos a ser cogitada em cada caso concreto, em convivência com fatores de atribuição como a culpa e o risco. Este posicionamento ponderado pode ser constatado na doutrina de Wald (1992, p.481), em trecho doutrinário que tem, ainda, o mérito de sintetizar boa parte do quanto dito até aqui a respeito do desenvolvimento teórico da responsabilidade civil e sua relação com a culpa:

Na história do direito, a valorização do elemento subjetivo representou incontestável progresso, tanto no direito penal, como no direito civil. Num determinado momento, sentiu-se, todavia, a necessidade de, em certos tipos de atividades, consideradas perigosas para os terceiros, superar a teoria subjetiva para garantir os direitos da vítima, que ela também, como membro da sociedade, tem o direito à vida, à saúde e à segurança, cabendo à justiça distribuir adequadamente os riscos entre o autor do dano, a vítima e a própria coletividade, com os seus instrumentos de diluição de riscos que são as companhias de seguro e as entidades de previdência social.

Tecidas tais considerações a respeito da culpa, restam sedimentadas variegadas noções sobre a teoria subjetiva da responsabilidade civil, imprescindíveis ao adequado tratamento do problema eleito nesta dissertação. Impende, pois, abordar mais detidamente, a teoria objetiva, para que se possa, em seguida, analisar qual das duas prevalece no momento de delimitar a responsabilidade civil de médicos e hospitais. É justamente a abordagem da teoria objetiva que se inicia na próxima seção secundária.

7. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Várias considerações pontuais referentes à responsabilidade objetiva já foram feitas acima, sobretudo em sede de introdução e quando do tratamento da culpa. Faz-se mister, neste momento, complementar esta abordagem, com base em ponderações mais sistematizadas, como se constata em seguida.

A primeira questão a ser enfocada diz respeito à certeza de que a teoria objetiva merecidamente conquistou o seu espaço, apresentando o risco enquanto principal fator de atribuição da responsabilidade civil, a despeito de não ter tido o condão de abolir a responsabilidade subjetiva do cenário jurídico, como inicialmente pregaram Jossierand e Saleilles.

Repetita-se que Sanseverino (2002, p.46), ao analisar a obra de Jossierand, afirma que este, de início, pregava o “banimento” da culpa do “domínio da responsabilidade civil”. Ocorre que o próprio mestre francês (JOSSERAND, 1941, p.559), em conferências pronunciadas quase quatro décadas após ter lançado a teoria do risco em França, obtemperou o seguinte:

Isto não é dizer que a velha teoria da culpa aquiliana esteja condenada, mas que sua insuficiência é certa e se acusa cada vez mais. A responsabilidade moderna comporta dois pólos, o pólo objetivo, onde reina o risco criado e o pólo subjetivo onde triunfa a culpa; é em torno desses dois pólos que gira a vasta teoria da responsabilidade.

Por outro lado, Sanseverino (2002, p.45) comenta, em nota de rodapé, a evolução do pensamento de Saleilles a respeito da culpa, que passou de uma concepção mais radical para uma fase mais moderada. Estas oscilações na doutrina dos dois corifeus da teoria objetiva não configuram nenhum demérito, na medida em que a implementação inicial da revolucionária objetivação da responsabilidade civil naturalmente demandava a firmeza de uma posição iconoclasta como forma de quebrar o poderoso dogma da culpa. Superada a fase inicial, eles próprios, como visto, admitiram a necessidade da convivência harmônica da culpa e do risco enquanto fatores de imputação. É o que, de resto, sustentava Hauriou, citado por Ripert (2000, p.226), quando afirmava que a “velha corrente do direito subjetivo continua o seu curso tranqüilo ao lado do direito objetivo”.

Fixada, portanto, a premissa de que a teoria objetiva não veio a lume para o fim de substituir *in totum* a teoria subjetiva ou aquiliana, torna-se pertinente, agora, abordar a visão teórica objetivista mais detalhadamente, com ênfase nos seus fundamentos. Tal abordagem reveste-se de imensa importância, uma vez que se admite a coexistência das duas teorias, como comprovam o art. 927 do CC/02 e o art. 14 do CDC, vislumbra-se, de logo, a relevante tarefa doutrinária e jurisprudencial de analisar as hipóteses em que uma ou outra deverá prevalecer. Aliás,

como cediço, o problema eleito nesta dissertação não passa justamente do tratamento desta *quaestio* no que tange à atividade de médicos e hospitais.

Pode-se afirmar que o grande fundamento da teoria objetiva é o risco, a despeito de não se poder olvidar a equidade ou, ainda, a simples disposição legal, que também justificam, em alguns casos excepcionais, o dever de indenizar sem a verificação da culpa.

Como já dizia O. Gomes (1988a, p.342), a “responsabilidade de equidade” foi consagrada no Código Civil alemão e depois acatada, de igual forma, no direito italiano. Convém não olvidar que a equidade também já fundamentava a responsabilidade civil dos incapazes no direito português, conforme indica Varela (2000, p.564-565). Hoje, com o advento do supracitado art.928 do CC/02 e a possibilidade de, em situações excepcionais, se responsabilizar incapazes, como os menores e os insanos de razão, aos quais obviamente não se pode imputar a culpa, o direito brasileiro incorporou expressamente esta hipótese de “indenização por equidade”, justificando, inclusive, obras específicas sobre o tema, como exemplifica o trabalho de Carvalho Filho (2003).

Há, ainda, situações em que a obrigação de indenizar decorre do “exercício de determinados direitos” (GOMES, O., 1988a, p.372), por simples imposição legal. Este é o caso do estado de necessidade, excludente de ilicitude que não exclui a responsabilidade, como visto acima. De fato, o novo Código Civil estabelece que a pessoa que age “a fim de remover perigo iminente”, não pratica ato ilícito (art.188, inciso II, do CC/02) e, portanto, não atua com culpa, ao tempo em que determina a obrigação desta de indenizar o prejuízo, quando os prejudicados “não forem culpados do perigo” (art.929 do CC/02).

Comentadas brevemente a equidade e a simples disposição legal, deve-se analisar com mais atenção o risco enquanto fundamento do dever de indenizar sem culpa, diante da circunstância deste ter sido a base sobre a qual, pioneiramente, se construiu toda a teoria objetiva e diante da constatação de que, até hoje, representa o seu principal embasamento. De fato, as hipóteses de indenização por equidade ou decorrentes do exercício de certos direitos são excepcionais e, portanto, muito raras, demandando expressa previsão legal (que é, no particular, incomum) para que possam ser implementadas concretamente. Já os casos de responsabilidade objetiva fundada no risco são inúmeros, diante da existência de diversas e antigas normas extravagantes que os prevêm e, sobretudo, diante do elastério da cláusula geral veiculada pelo parágrafo único do artigo 927 do CC/02.

Registre-se, por oportuno, que se é verdade que os objetivistas sempre tiveram o desiderato de quebrar o dogma da culpa enquanto pressuposto subjetivo de natureza moral da responsabilidade civil, é certo também que a própria teoria do

risco, na condição de principal fundamento da teoria objetiva, não passa de outra justificativa moral para embasar a decisão de se imputar a responsabilidade civil a pessoas que não agiram com culpa.

O próprio Jossierand (1941, p.550) atribui a um “mal estar moral” coletivo diante do sofrimento das vítimas impossibilitadas de provar a culpa dos responsáveis por atividades perigosas e, portanto, diante dos prejuízos não indenizados, a condição de mola propulsora da criação da teoria objetiva da responsabilidade civil, cujo surgimento seria “um caso de pura justiça humana”. Ripert (2000, p.213), neste passo, lançou a seguinte lição: “Não se julgue que na elaboração desta teoria nova, os espíritos não tenham sido guiados pelas mais altas considerações morais”.

Esta preocupação com o respaldo moral do fator de atribuição inerente à teoria do risco torna-se evidente após a análise das diversas subespécies ou modalidades do risco, que serão analisadas em seguida.

De todos os autores consultados, o que melhor tratou as modalidades do risco, essenciais para a perfeita compreensão da teoria objetiva e do seu desenvolvimento, foi Cavaliere Filho (2003, p.145), apresentando cinco diferentes visões teóricas assim denominadas: a) risco profissional, b) risco-proveito, c) risco criado, d) risco excepcional, e) risco integral.

As modalidades foram apresentadas acima em ordem diferente da que foi proposta pelo mestre carioca, por se entender mais adequada ao desenvolvimento histórico da teoria do risco como um todo. Diante disso, diga-se de logo que a “teoria do risco profissional sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado” (CAVALIERI FILHO, 2003, p.145). Como a própria definição revela, trata-se de linha teórica criada para justificar a responsabilidade objetiva decorrente de acidentes do trabalho, o que remonta ao próprio surgimento da teoria do risco no pioneiro texto doutrinário de Saleilles, datado de 1897 e intitulado de *Les accidents de travail et la responsabilité civile* (JOSSERAND, 1941, p.557; SANSEVERINO, 2002, p.45). Eis o motivo pelo qual se entende que esta deve, de fato, ser a primeira modalidade do risco a ser abordada por quem se dispuser a estudar o tema.

Ocorre que a doutrina do risco não nasceu para se limitar ao campo dos acidentes do trabalho, como comprovaram, depois, as obras que propuseram a eliminação da culpa no que dizia respeito à responsabilidade pelos fatos das coisas inanimadas, dentre as quais se destaca, pela qualidade e pioneirismo, a de Jossierand. Foi da obra deste que derivou a teoria do risco-proveito, segundo informa A. Lima (1999, p.119). Trata-se de visão teórica que “se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*)” (GONÇALVES, 2003, p.22).

Cavaliere Filho (2003, p.146) adverte que o grande problema da teoria do risco-proveito reside na conceituação do que seria “proveito” e na necessidade de se provar que, de fato, aquele que está à frente da atividade de risco aproveitou-se dela. Assim, neste diapasão, eliminar-se-ia a dificuldade da prova da culpa, mas a substituiria pela não menos complicada necessidade da comprovação do efetivo proveito. Eis o porquê de Gonçalves (2003, p.22), do próprio Cavaliere Filho (2003, p.147) e de Kühn (2002, p.25) sustentarem que a teoria do risco criado veio para ampliar o raio de abrangência decorrente da idéia do risco-proveito. Ver-se-á abaixo, quando do tratamento específico desta concepção teórica, que ela realmente não apresenta os sobreditos inconvenientes de natureza probatória e de conceituação, simplificando a incidência da obrigação de indenizar sem culpa.

A teoria do risco criado também derivou da obra de Josserand (1941, p.556), como se observa a partir da transcrição de trecho doutrinário da lavra do mestre francês: “[...] quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as conseqüências, abstração feita de qualquer falta cometida”. Vê-se, de fato, que se trata de teoria mais simples que a do risco-proveito, na medida em que não se discute se a atividade mantida pelo indivíduo traz-lhe ou não proveito, sendo suficiente a constatação de que esta cria riscos para terceiros, os quais, uma vez prejudicados, poderão reivindicar indenizações independentemente de culpa. Dentre todas as visões teóricas sobre o risco, esta foi a que prevaleceu, tanto doutrinariamente, quanto em termos de direito positivo, como se demonstrará abaixo, após a abordagem das duas modalidades restantes.

A teoria do risco excepcional, que Monteiro (2003, p.456) prefere denominar de “teoria dos atos normais e anormais”, teve origem na doutrina de Ripert, segundo A. Lima (1999, p.119) e se configura quando são levados em conta casos de atividades que envolvem riscos extraordinários, de evidente anormalidade, segundo o padrão médio vigente na sociedade. Nestas situações, em “[...] razão dos riscos excepcionais a que essas atividades submetem os membros da coletividade de modo geral, resulta para aqueles que as exploram o dever de indenizar, independentemente da indagação de culpa” (CAVALIERE FILHO, 2003, p.147). Esta é uma visão teórica que não teve uma repercussão ampla, mesmo porque a teoria objetiva não poderia ficar restrita a estas “atividades anormais”, que foram assim exemplificadas por Cavaliere Filho (2003, p.146-147): “casos de rede elétrica de alta tensão, exploração de energia nuclear, materiais radioativos, etc”.

Por fim, não se pode olvidar a teoria do risco integral, que Noronha (2003, p.487-488), em terminologia própria, chama de “responsabilidade objetiva agravada”. Trata-se de “uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexos causal”

(CAVALIERI FILHO, 2003, p.147), ou seja, mesmo nas situações em que os danos advenham de casos fortuitos ou de força maior o responsável pela atividade haverá de indenizar a vítima. Como se vê, radicaliza-se ao extremo a responsabilidade objetiva, que, nesta hipótese, além de prescindir da culpa, desconsidera o liame etiológico entre a conduta e o dano enquanto pressuposto do dever de indenizar.

Esta última visão teórica sobre o risco, justamente por ser extremada, só foi adotada no Brasil em raríssimas situações. Sanseverino (2002, p.48), em nota de rodapé, aponta a Lei nº 8.213/91 (acidente do trabalho) e as Leis nº 6.194/74 e 8.441/92 (seguro obrigatório de veículos) como exemplos concretos da adoção da teoria do risco integral no país.

Afirmou-se acima que a teoria do risco criado foi a que prevaleceu diante de todas as demais antes declinadas. De fato, a taxativa conclusão de A. Lima (1999, p.119) não deixa dúvidas quanto a isto: “A teoria objetiva, que funda a responsabilidade extracontratual no risco criado pelas [...] atividades humanas, foi, sem dúvida, a que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade sem culpa, passando do campo doutrinal para o direito positivo”.

Notável comprovação do quanto sustentado acima, no que diz respeito ao direito positivo, decorre da leitura do parágrafo único do art.927 do CC/02, que torna facilmente perceptível a opção do legislador pátrio pela teoria do risco criado, como expressamente reconhecem Monteiro (2003, p.461) e Cavalieri Filho (2003, p.171).

Percebe-se que a esmagadora maioria dos autores consultados sequer comenta a existência das demais linhas teóricas, limitando-se à menção do risco criado, como exemplificam as obras de Azi (2000, p.27), Baptista (2003, p.54), Baú (2002, p.12), Cardoso (2002, p.280), Diniz (2002a, p.49), Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.139), Garcez Neto (2000, p.96) e Hofmeister (2002, p.100). Para ilustrar, veja-se a seguinte transcrição do trecho doutrinário da lavra desta última: “Nosso direito clássico da responsabilidade civil coloca a ênfase sobre as condições da caracterização da responsabilidade, quer seja ela fundada na culpa pessoal ou no risco criado”. Salta aos olhos que ao mencionar o fator de imputação objetivo, a autora apegar-se apenas ao risco criado, sem sequer aludir às demais modalidades. É este o perfil de todas as obras que compõem o rol acima exposto.

Evidenciado que a teoria do risco criado prevaleceu diante das demais modalidades, torna-se necessário precisar a noção de risco, firmando posição quanto a aspecto polêmico, cuja abordagem, porém, afigura-se indispensável. Boa parte dos doutrinadores simplesmente equipara as noções de risco e perigo, como, v.g., é o caso de Cavalieri Filho (2003, p.145). Análise mais detida da teoria do risco, entretanto, leva à certeza de que a razão está com Passos (2001, p. 132-133) quando distingue as duas noções, afirmando o seguinte:

E se entendermos “perigo” como a probabilidade de um evento futuro danoso, resultante do que pode ser imputada a algo externo, colocado fora do poder de opção do agente, será possível falar-se de “risco” quando um dano, qualquer que seja, for passível de ser entendido como consequência de uma decisão, seja ela imputável ao agente ou atribuível a um outro que não ele.

À respeitável voz do grande jurista baiano soma-se a de Hofmeister (2002, p.37) que defende exatamente a mesma distinção entre risco e perigo vista acima, com base na doutrina de Raffaele di Giorgi. O acerto deste posicionamento torna-se óbvio quando se analisa a teoria do risco iniciada em França por Saleilles e Josserand, os quais se levantaram justamente contra os danos derivados da implementação de atividades pelos homens que criam, por opção própria, no exercício da livre iniciativa, cada vez mais riscos para seus semelhantes. Não chegaram, todavia, a sustentar a imputação da responsabilidade quanto aos danos que não estivessem ligados pelo nexa causal à atividade dita arriscada.

Fixada a distinção entre risco e perigo e revistas as modalidades do risco antes aludidas, conclui-se que apenas a extremada teoria do risco integral prevê a reparação dos danos decorrentes do perigo ao lado dos derivados do risco, enquanto as demais estatuem unicamente a indenização dos prejuízos advindos do risco. No momento oportuno, tendo em mente o problema e a hipótese desta dissertação, analisar-se-á se a atividade de facultativos e nosocômios é arriscada ou perigosa, com importantes repercussões no que tange ao dever de indenizar no segmento médico.

Tendo por norte, ainda, o problema a ser enfrentado neste trabalho, é crucial refletir acerca do fundamento da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços estabelecida pelo CDC. A tarefa não é fácil, como revela a seguinte advertência de Sanseverino (2002, p.176):

A grande discussão travada na doutrina situa-se em torno do fundamento da responsabilidade civil do fornecedor (teoria do risco da atividade ou responsabilidade objetiva não culposa). O núcleo da controvérsia situa-se em torno da exigência, tanto no direito comunitário europeu como no direito brasileiro, de que o dano sofrido pelo consumidor seja provocado por um defeito do produto [ou do serviço] para que o fornecedor possa ser responsabilizado. Ou seja, o fornecedor não é responsabilizado pelo simples fato de ter colocado no mercado um produto [ou serviço] perigoso [melhor seria substituir o adjetivo “perigoso” por “arriscado” de acordo com a distinção acima estabelecida entre perigo e risco] que causou danos, pois, se não houver defeito, não há obrigação de indenizar.

Diante do exposto teor dos arts. 12 e 14 do CDC, os quais não só impõem a necessidade de que o produto ou serviço seja defeituoso para que se configure a obrigação de indenizar, como ainda trazem à baila precisa definição do que seria o defeito, Cláudia Lima Marques (1999, p.627 apud SANSEVERINO, 2002, p.176) sustenta interessante ponto de vista, baseado na doutrina alemã e exposto em seguida.

Segundo a sobredita autora, a responsabilidade objetiva consumerista não seria um tipo de responsabilidade por risco da atividade (decorrente, portanto, da prática de atos lícitos), na medida em que “[...] a responsabilidade prevista no CDC [...] concentra-se no resultado dessa atividade, que é a introdução no mercado de um produto com defeito (ato antijurídico, contrário ao dever de segurança), causador de um dano ao consumidor” (SANSEVERINO, 2002, p.176-177). Eis o motivo pelo qual seria hipótese de “responsabilidade objetiva não culposa” e não de responsabilidade objetiva decorrente do risco.

A despeito do firme posicionamento de Marques, Sanseverino (2002, p.177) demonstra ser prevalecente na doutrina pátria a idéia de que se adotou na seara consumerista a teoria do risco enquanto fundamento da responsabilidade civil objetiva, mencionado, neste sentido, inclusive, o posicionamento taxativo dos autores do anteprojeto do CDC, Nelson Nery Júnior e Antônio Herman Benjamin. O próprio Sanseverino (2002, p.177) assim conclui: “Com o respeito que merecem as profundas reflexões de Cláudia Lima Marques sobre a questão, a teoria do risco da atividade ainda é a que melhor explica o regime de responsabilidade objetiva do fornecedor adotado pelo direito brasileiro”. É o que também sustenta Martins (2004, p.72), em recente obra dedicada ao direito do consumidor.

O posicionamento de Cláudia Lima Marques decorre da sobredita referência legal ao defeito do produto ou do serviço como pressuposto consumerista específico para a configuração da responsabilidade civil do fornecedor. Ora, como o fornecimento de produto ou serviço defeituoso não poderia ser tido como um ato lícito, não haveria como encaixar a responsabilidade civil objetiva do CDC no seio da teoria do risco, a qual, como cediço, caracteriza-se justamente pela imposição do dever de indenizar quando da prática de atos lícitos.

Ocorre que no Brasil há pacífica definição de ato ilícito segundo a qual a culpa *lhe* é elemento indissociável. Diante disso, a base do raciocínio de Marques resta desfeita, vez que “o fornecimento de produto ou serviço defeituoso” poderia sim ser tido como ato lícito, desde que inexistente a conduta culposa, o que não significa dizer que o fornecedor escaparia do dever de indenizar. Pensar-se em um ato ilícito sem culpa fundado no desrespeito ao “dever de segurança” seria imaginar uma nova modalidade de ato ilícito, não prevista no direito brasileiro, para o qual este se consubstancia quando da afronta ao direito subjetivo de terceiros, desde que se trate de uma afronta culposa.

A decisão de vincular a responsabilidade objetiva do fornecedor à teoria do risco não leva à eliminação da polêmica existente em torno do assunto. Há grande desacerto no seio da doutrina no momento de especificar qual a modalidade de

risco que teria sido abraçada pelo CDC. Kühn (2002, p.25), por exemplo, afirma que a defesa do consumidor adotou a teoria do risco-proveito, sem apresentar qualquer tipo de fundamento para tanto. O equívoco é evidente, na medida em que é irrelevante na seara consumerista se o fornecedor tirou ou não proveito do lançamento do produto ou serviço no mercado, bastando que um ou outro seja defeituoso e gere dano para que advenha o seu dever de indenizar nos moldes objetivistas.

Na certeza de que o CDC adotou a teoria do risco como fundamento, a modalidade desta mais adequada para o caso específico é aquela proposta pela teoria do risco criado. Stoco (2004, p.165, 444) peremptoriamente afirma que foi esta a visão teórica adotada no CDC. É o que também se constata, ainda que indiretamente, na obra de Noronha (2003, p.486), quando afirma que os chamados “riscos de atividade”, os quais, em uma das suas modalidades (por ele denominada de “risco de empresa”), teriam sido adotados como fundamento pelo CDC, são exatamente aqueles previstos no parágrafo único do art.927 do CC/02. Como tal norma expressamente esposou a teoria do risco criado, conforme se demonstrou acima, o CDC teria buscado nesta concepção teórica o embasamento para sua previsão de responsabilidade objetiva. Assim, onde se lê “teoria do risco da atividade” nas obras consumeristas, entenda-se “teoria do risco criado”.

A despeito da solução vista acima ser a mais indicada, não se pode esconder a dificuldade de se compatibilizar a teoria do risco criado com a exigência consumerista do defeito, na medida em que já se disse que por esta visão teórica basta que a atividade em tela gere ou crie riscos às pessoas para que surja o dever de indenizar do responsável pela sua condução. Pela teoria do risco criado, portanto, não se admitiria o defeito enquanto pressuposto da responsabilidade civil conforme estatuído pelo CDC. Eis o motivo pelo qual se pode afirmar que na seara consumerista o ponto de partida foi a teoria do risco criado, mas, ao final, estabeleceu-se fundamento novo para o dever de indenizar, consistente no oferecimento de produtos ou serviços defeituosos e geradores de danos, o que implica na inobservância do dever de garantia da incolumidade das pessoas.

É curial asseverar a importância do perfeito domínio destas visões teóricas sobre o fundamento da responsabilidade objetiva, ora no campo juscivilista, ora no âmbito do CDC, para que se viabilize a abordagem do problema eleito nesta dissertação. Far-se-á, no momento oportuno, a análise delas em relação à atividade de galenos e hospitais (por exemplo: como definir se um serviço médico foi ou não defeituoso?), para que se possa, ao final, firmar uma posição acerca do predomínio ou não da responsabilidade subjetiva quando da delimitação da responsabilidade civil no segmento médico-hospitalar.

8. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL E CONTRATUAL

Não se poderia encerrar a primeira parte desta dissertação, dedicada às noções gerais da responsabilidade civil, sem o tratamento da sua conhecida divisão em contratual e extracontratual. Se é verdade que há críticas a esta dicotomia criada a partir do critério da origem da obrigação de indenizar, não há como negar a importância de se dominar a distinção entre ambas, na medida em que, quanto aos efeitos, há significativas e inolvidáveis diferenças entre elas no ordenamento jurídico brasileiro.

Diga-se, inicialmente, que a responsabilidade civil contratual caracteriza-se quando, em virtude do descumprimento de uma obrigação decorrente de um contrato, surge o dever de indenizar. Já no que tange à extracontratual, este surge quando o agente atua em direto descompasso com a própria lei ou, ainda, em desconformidade com o princípio do *neminem laedere*, isto é, em dissonância com o preceito segundo o qual as pessoas devem conviver em sociedade sem causar danos a terceiros.

Vê-se, pois, que a maneira de se diferenciar a responsabilidade civil extracontratual da contratual é ver se entre as partes envolvidas no evento danoso havia ou não uma relação jurídica preexistente. Em havendo, trata-se de responsabilidade contratual. Caso contrário, tem-se a extracontratual.

Antes de se analisar se há importância na distinção acima estabelecida, convém criticar, de logo, a postura de parte da doutrina pátria que insiste em manter o arraigado hábito de denominar a responsabilidade extracontratual também de “aquiliana” ou “delitual”, em postura flagrantemente inadequada diante do quadro hodierno da teoria geral da responsabilidade civil.

É cediço que, desde há muito a culpa deixou de ser o único fator de atribuição do dever de indenizar, na medida em que a teoria subjetiva ou aquiliana passou a conviver, lado a lado, com a teoria objetiva. Diante disso, não há como continuar chamando indistintamente a responsabilidade extracontratual de “aquiliana” ou “delitual”, como fazem, por exemplo, Baú (2002, p.12), Cardoso (2002, p.270), Diniz (2002a, p.14), Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.18), Martins (2004, p.74) e Wald (1992, p.480). Resta inolvidável que o uso da palavra “aquiliana” remete diretamente à culpa, já que na Lei Aquília dos romanos residiriam as raízes deste elemento subjetivo, como demonstrado acima.

Já o vocábulo “delitual” remonta diretamente ao ato ilícito e, por via de consequência, à culpa. Tal aspecto terminológico mereceu a atenção de Varela (2000, p.520), nos seguintes termos: “A expressão responsabilidade delitual também suscita as suas reservas, já porque é vaga e imprecisa a noção de delito (quer no

direito civil, quer no direito criminal), já porque a responsabilidade civil se estende muito para além dos casos de delitos tipificados na lei penal”.

Tal postura é fruto de reminiscência da época em que ainda não se conhecia ou aceitava a teoria do risco e deve ser evitada, na medida em que, como cediço, também existe a responsabilidade extracontratual objetiva. Para ilustrar, tome-se o caso das Leis nº 6.194/74 e 8.441/92 (seguro obrigatório de veículos) como exemplos concretos da adoção da teoria do risco integral em que, via de regra, a obrigação de indenizar surge no campo da responsabilidade civil extracontratual.

De fato, a vítima de um atropelamento, que normalmente não mantém qualquer relação jurídica prévia com o condutor do veículo, será indenizada independentemente de perquirição de culpa ou da configuração de um ato ilícito, em flagrante caso de responsabilidade extracontratual objetiva. Diante dessa e de outras hipóteses, resta evidente o sobredito equívoco terminológico dos autores antes mencionados, sendo preferível seguir, no particular, a memorável lição de O. Gomes (1988a, p.338-339):

[...] atraindo casos nos quais se entende ser justa a imposição legal do dever de reparar o prejuízo, mas em que a eliminação da culpa impossibilita a inclusão entre os atos ilícitos. Nessas hipóteses, cada dia mais numerosas, não se deveria falar em responsabilidade delitual. [...] Nessa ordem de idéias, distinguem-se nitidamente duas espécies de responsabilidade civil extracontratual, a que se funda na culpa, chamada subjetiva, e a que abstrai esse elemento na justificação do dever de indenizar, denominada objetiva.

Alguns doutrinadores, como Garcez Neto (2000, p.69-74) e Sanseverino (2002, p.191), dedicam espaço à análise das teorias monista, dualista e eclética (ou intermediária), entre as quais se discute o cabimento ou não da distinção da responsabilidade civil em contratual ou extracontratual. Para além de discussões de cunho ontológico, note-se pragmaticamente que todos reconhecem, no direito pátrio, que, ao menos, há diferenças de efeitos ou de regimes entre ambas as espécies no campo juscivilista, em circunstância que, por si só, já justifica a preocupação com a capacidade de diferenciar uma da outra, identificando, portanto, se se tem caso de responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

Sobre as diferenças antes aludidas, atente-se para a primeira delas, que Garcez Neto (2000, p.78) assim define: “A constituição em mora (‘mise em demeure’) nunca é exigida na responsabilidade aquiliana [melhor seria dizer ‘extracontratual’], o que não ocorre, em princípio, no campo da responsabilidade contratual”. É o que também reconhece a jurisprudência, como revela o seguinte aresto transcrito por Monteiro (2003, p.481), em nota de rodapé:

Responsabilidade civil. A 2ª seção estabeleceu distinção entre as espécies de responsabilidade, de sorte que, no caso da extracontratual, os juros flu-

em desde o evento danoso (CCv, art.962), e no caso da contratual, a partir da citação inicial (CCv, art.1.536, §2º) somente (STJ, REsp 16238-SP, 3ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. 9-3-1992).

Nota-se que o julgado acima transcrito é anterior ao advento do novo Código Civil. A situação, todavia, permaneceu inalterada após janeiro de 2003, conforme ratifica Sanseverino (2002, p.192-193): “[...] na responsabilidade extracontratual, a mora é automática, resultando na prática do próprio ato ilícito (art.962 do CC/1916; art.398 do CC/2002). Na responsabilidade contratual, há necessidade da constituição em mora (art. 960 do CC/1916; art.397 do CC/2002)”. Tal distinção estabelecida no direito positivo quanto à mora, por si só, já justifica o estudo dicotômico em tela, elevando-o a um *status* superior ao da mera relevância didática.

Outra diferença significativa diz respeito ao ônus da prova da culpa, que recebe tratamento diferenciado, quando se compara a responsabilidade extracontratual à contratual, desde que esta seja subjetiva e diga respeito a uma obrigação de resultados e não de meios (em noções que serão abordadas na seção secundária superveniente).

De fato, na responsabilidade extracontratual o *onus probandi* atinente à culpa cabe sempre à vítima do dano. Já na responsabilidade contratual subjetiva (na objetiva as discussões em torno da culpa obviamente perdem substância), desde que o contratante tenha assumido a obrigação de atingir determinado resultado, a este caberá provar a ausência de culpa na sua conduta para que não lhe seja imputada a obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes da não obtenção do resultado prometido. Há, portanto, uma inversão do ônus da prova no que tange à culpa, bastando à vítima provar o dano e o nexo causal para que se configure seu direito à indenização, que subsistirá salvo a prova da não culpa a cargo do agente.

Impende ressaltar que nos casos de responsabilidade civil originados do descumprimento de obrigações de meio não haverá a inversão do ônus probatório da culpa antes mencionado, como atestam Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.20), Garcez Neto (2000, p.77), Monteiro (2003, p.451), Wald (1992, p.480), dentre outros. Devem ser evitadas, portanto, afirmações generalizantes como a de Kühn (2002, p.42), que ao tratar a teoria dualista acima referida, leva a crer que em todas as hipóteses de responsabilidade contratual haverá a inversão do ônus da prova da culpa.

A despeito da importância da distinção vista acima, não é possível fechar os olhos para a tendência que se verifica em certos campos do direito, segundo a qual, de fato, perde relevo a dicotomia entre responsabilidade civil contratual e extracontratual. Veja-se o que diz Sanseverino (2002, p.193) a respeito, com base em doutrina alienígena:

Geneviève Viney, em função da inexistência de diferença ontológica entre os dois regimes e as novas modalidades de responsabilidade civil surgidas, que não permitem uma perfeita catalogação em qualquer dos regimes, especialmente a responsabilidade profissional (fabricantes, médicos, transportadores, construtores, notários), propugna a adoção de um *tertius genus*, que seria o da responsabilidade legal prevista pelas leis especiais em oposição à responsabilidade comum do Código Civil.

Focando-se, à luz do trecho doutrinário acima reproduzido, a responsabilidade profissional, que, por motivos óbvios, muito interessa ao trabalho ora desenvolvido, atente-se que tais dificuldades já haviam sido detectadas, outrossim, por Wald (1992, p.111), nos seguintes termos:

Na realidade, a doutrina moderna tende a unificar as duas responsabilidades e a própria jurisprudência brasileira, em matéria de transporte e de responsabilidade profissional, tem recorrido ora aos princípios da responsabilidade contratual, ora às normas reguladoras da responsabilidade delitual [melhor seria dizer extracontratual]. [...].

A própria responsabilidade profissional tem, conforme os diversos sistemas jurídicos, sido compreendida como de ordem contratual ou delitual [melhor seria dizer extracontratual].

No Direito alemão, Larenz (1997, p.377), após advertir que uma “[...] das questões de concurso mais discutidas em Direito civil é a da relação entre responsabilidade contratual e extracontratual”, leciona que, “[...] ambos os complexos de regulação são aplicáveis, em princípio, um de par com o outro”. Afirma que o propósito de beneficiar a pessoa lesada é a senha para o uso concomitante das regras atinentes à responsabilidade contratual e extracontratual (LARENZ, 1997, p.378), mas acaba reconhecendo a continuidade da dicotomia ao escrever (LARENZ, 1997, p.379):

Ambas as regulações coincidem no facto de que, em princípio, ligam um dever de indenização por danos a toda conduta culposa. Nos casos em que a regulação jurídico-contratual exige uma culpa qualificada, isso significa que acolhe a decisão negativa do legislador de que na falta de tal culpa não deve surgir uma pretensão de indenização por danos. Se, apesar disso, fosse aplicada também nesses casos a regulação jurídico-delitual [responsabilidade extracontratual], isso equivaleria a fazer cair esta decisão do legislador. Ambas as regulações incorreram, por isso, no que respeita a este caso, numa contradição, que a doutrina dominante soluciona a favor da regulação jurídico-contratual [...]. Trata-se, aí, de um ponto de vista metodológico, de uma redução teleológica do âmbito de aplicação das regras jurídico-delituais a favor da decisão que o legislador tomou no Direito Contratual.

Tendo em mente o ordenamento jurídico brasileiro, foco desta dissertação, não há como concordar com as idéias de unificação defendidas por Sanseverino (2002, p.193) e Wald (1992, p.111), na medida em que a responsabilidade profes-

sional, sobretudo a dos médicos, é, via de regra, contratual, conforme será detalhado abaixo, em seção secundária específica.

O que pode levar a uma conclusão precipitada a respeito da responsabilidade profissional é a circunstância do ônus da prova concernente à culpa só se inverter nos casos em que se tratar de obrigações de resultado, conforme demonstrado acima. Tendo em vista que muitos profissionais, como os médicos e advogados, predominantemente assumem obrigações de meio, pode-se chegar à errada conclusão de que se lhes aplica o regime da responsabilidade extracontratual. Este, porém, só lhes será aplicável quando excepcionalmente prestarem seus serviços sem o ajuste prévio de um contrato escrito ou verbal, como no caso de um esculápio que presta socorro a uma vítima de atropelamento abandonada no asfalto em estado de inconsciência. Sobre esses aspectos, far-se-á abordagem mais detalhada quando do tratamento específico da responsabilidade médico-hospitalar.

Diga-se, por fim, que se a idéia da irrelevância da divisão da responsabilidade civil em contratual ou extracontratual não pode prosperar no que tange à seara juscivilista, o mesmo não se pode dizer, com tanta ênfase, no que diz respeito ao microsistema consumerista e suas especificidades, que dão sustentáculo para o seguinte posicionamento doutrinário de Sanseverino (2002, p.199-201):

Apesar das críticas desferidas ao contato social como fonte das obrigações, a verdade é que essa noção se apresenta como o melhor fundamento para sistematizar e catalogar o fato de onde decorre o nascimento da obrigação de indenizar do fornecedor de produtos e de serviços em situações nas quais o grau de vinculação entre ele e a vítima do acidente de consumo é extremamente tênue.

O contato social de consumo é gerado pela aproximação estabelecida entre o fornecedor e o consumidor, por meios de atos puramente materiais, independentemente de manifestações claras de vontade de qualquer das partes, no âmbito de um mercado de consumo massificado. Aproxima o consumidor do fornecedor em momento anterior ou, até mesmo, fora de qualquer vínculo contratual, seja em face da publicidade, seja em função de facilidades concedidas ao consumidor para comparecer a determinados locais. Nessas situações, mesmo antes de qualquer contrato efetivo de consumo, estabelecido o contato social, ainda na fase pré-contratual, já se caracteriza a responsabilidade do fornecedor por acidentes de consumo. [...].

Para além da responsabilidade pré-contratual, o contato social de consumo explica o motivo pelo qual todas as vítimas de acidentes de consumo são equiparadas aos consumidores.[...]. Portanto, superada a *summa divisio* entre responsabilidade contratual e extracontratual, o contato social de consumo, no regime adotado pelo CDC, apresenta-se como a fonte da responsabilidade civil por acidentes de consumo.

Fez-se necessária a longa transcrição para que se possa lealmente divergir de Sanseverino (2002) no particular. Se é certo que no microsistema jurídico criado

pelo CDC perdeu certa relevância a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, isto não parece decorrer da inovadora visão do “contato social” (de origem sociológica) enquanto fonte da responsabilidade civil. Tendo em vista os argumentos acima citados, bastaria caracterizar como casos de responsabilidade extra ou pré-contratual todos os eventos danosos anteriores aos contratos de consumo, para que a anosa dicotomia pudesse perdurar.

Martins (2004, p.75), *v.g.*, sustenta que o furto de automóveis no interior de estacionamentos de *shopping centers*, exemplo sempre usado pelos defensores da teoria do contato social, trata-se de hipótese “[...] de típica responsabilidade por relação pré-contratual”.

Note-se, ainda, que mesmo nas situações em que o “grau de vinculação” entre o fornecedor e a vítima é muito tênue, esta poderia recorrer ao princípio do *neminem laedere* para fundamentar o seu pleito indenizatório. Por fim, diga-se que a previsão dos “consumidores por equiparação” pelo art. 17 do CDC, antes de dar respaldo à teoria do contato social, fundamenta apenas a intenção do legislador de abarcar não apenas a responsabilidade contratual como a extracontratual no microsistema consumerista.

Em verdade, entende-se que a dita “superação [melhor seria dizer ‘suavização’] da velha dicotomia das responsabilidades contratual e extracontratual” (DENARI, 2001, p.155) no âmbito do direito do consumidor passa pela singela circunstância do CDC ter estabelecido, como regra geral, a responsabilidade objetiva. Neste contexto, como afirmado acima, deixa de existir “a mais importante distinção” (MONTEIRO, 2003, p.451) que sempre sustentou a “velha dicotomia”, qual seja, a questão do *onus probandi* relativo à culpa. Ora, se via de regra o dever de indenizar do fornecedor surge independentemente de culpa, então não há o que se discutir em torno do ônus de provar se o ato lesivo foi ou não culposo.

Mesmo quando o CDC, em exceção à sua regra geral, previu que a responsabilidade dos profissionais liberais permaneceria subjetiva, ainda assim, em muitos casos, não ocorrerá a inversão do ônus da prova, na medida em que boa parte destes profissionais, como médicos, publicitários e advogados, em regra, assumem obrigações de meios, o que, como fixado acima, impede, de início, que o *onus probandi* seja invertido. É o que pondera, de forma elucidativa, Cavalieri Filho (2004, p.37):

[...] em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no CDC para os profissionais liberais? [...] Logo, continuam a ser-lhes aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assumem obrigação de meio, e as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem obrigação de resultado.

Como se não bastassem todas as constatações feitas acima, ainda resta inolvidável o teor do art. 6º, inciso VIII, do CDC, que, indistintamente, seja em hipóteses de responsabilidade contratual, seja em casos de responsabilidade extracontratual, estatui a possibilidade do Magistrado inverter o ônus da prova, não só da culpa, bem como de todos os demais pressupostos da responsabilidade civil consumerista, quando “for verossímil” a alegação do consumidor, ou quando este for “hipossuficiente”, constatando-se a configuração destas condições “segundo as regras ordinárias de experiência”.

Por tais motivos, como o ônus da prova, na seara consumerista, não está, em regra, vinculado à circunstância da responsabilidade ser contratual ou extracontratual, é que se afigura correto afirmar que tal dicotomia perdeu substância no direito do consumidor, não tendo o relevo que assume na seara juscivilista. Sustenta-se neste trabalho, todavia, entendimento de que a multicitada dicotomia não foi “superada” no âmbito consumerista. Teve apenas sua importância mitigada pelos motivos acima delineados. Note-se, por exemplo, que Denari (2001, p.154), nas primeiras linhas dedicadas à responsabilidade consumerista, mesmo sustentando, ao depois, a “superação da velha dicotomia”, acaba por revelar a subsistência desta:

A colocação de bens ou serviços no mercado de consumo a cargo dos fornecedores *in genere* suscita, em contrapartida, a relação de responsabilidade, decorrente do inadimplemento de obrigação contratual (responsabilidade contratual) ou da violação de direitos tutelados pela ordem jurídica de consumo (responsabilidade extracontratual).

Vê-se, pois, que a dicotomia ainda encontra espaço, ainda que reduzido, no campo do direito do consumidor, mesmo porque algumas diferenças ainda subsistem, como a atinente à mora. Já que não há artigos específicos no CDC a respeito, tem-se de aplicar, subsidiariamente e *mutatis mutandis*, os arts. 397 e 398 do CC/02 no particular. Assim, mesmo no direito do consumidor é importante saber se se trata de responsabilidade extracontratual, quando a mora é automática, ou de responsabilidade contratual, quando há a necessidade da constituição em mora.

Da leitura atenta de tudo o que foi exposto na seção secundária ora encerrada decorre a certeza da imperiosa necessidade de, antes do início da abordagem da responsabilidade médica, se dar maior atenção a uma outra dicotomia: a da distinção que se faz entre as obrigações de meio e de resultado. É o que se leva a cabo em seguida.

9. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Fixou-se acima a certeza de que a inversão do ônus da prova da culpa somente se materializa em sede de responsabilidade contratual subjetiva e quando se tratar de obrigação de resultado, que se opõe à idéia de obrigação de meio. Resta, pois, a

necessidade de se trazer a lume o conceito de cada uma destas espécies obrigacionais, firmando-se, conseqüentemente, a distinção entre elas.

A dicotomia em tela, surgida no seio do direito obrigacional, tem em mira o núcleo da obrigação assumida pelo devedor. Atenta-se, pois, para a relação jurídica havida entre as partes, analisando se o devedor tem a obrigação de atingir certa meta específica, quando se terá uma obrigação de resultado ou se ele se obrigou apenas a desempenhar certa atividade, agindo com denodo e dedicação, usando de todos os meios existentes, de acordo com o estágio atual da ciência, com o desiderato de atingir o resultado, mas sem se obrigar a atingi-lo, hipótese em que se terá uma obrigação de meio. Sobre esta distinção assim se posicionou Diniz (2002a, p.241-242):

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão-somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem contudo, se vincular a obtê-lo. [...]. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final. [...].

A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só se considerará adimplida com a efetiva produção do resultado colimado.

O surgimento desta teoria remonta à existência de certos serviços que, por força de especificidades que lhes são inerentes, não permitem ao agente a garantia da concretização do resultado esperado, cuja obtenção depende não só da atividade deste, como também de fatores randômicos. Nas obrigações de meio, ao agente resta desempenhar seu papel, de forma diligente, atenta e conscienciosa, e esperar que o resultado venha, a despeito deste depender de fatores cujo domínio está além do seu alcance. É justamente por isso que não responde pelos efeitos da não obtenção do resultado.

Este é o caso, via de regra, do médico, que somente pode garantir o emprego da melhor técnica disponibilizada pela ciência no caso concreto, não podendo garantir a cura ou impedir a morte em certas ocasiões, por força da circunstância da medicina não ser uma ciência exata e das reações do corpo humano ainda serem, em boa parte, uma incógnita para os que lhe têm como objeto de estudo. É esta álea inerente à ciência médica que leva dois indivíduos com a mesma moléstia a reagirem diferentemente ao mesmo medicamento, que pode representar a cura para um e o agravamento da doença para outro.

É também a situação do advogado, que só pode prometer o emprego dos melhores argumentos possíveis, não lhe sendo possível, todavia, garantir o julgamento favorável, eis que dependente do entendimento dos magistrados. De fato, em situações semelhantes, os mesmos argumentos lançados em uma defesa podem ser acolhidos ou não judicialmente a depender do perfil mais ou menos positivista dos juízes incumbidos da jurisdição em primeira e última instância, dentre outras circunstâncias.

É, por fim, a situação do publicitário, que apenas pode assumir o compromisso de gerar uma campanha criativa e bem elaborada, não lhe sendo possível garantir o aumento das vendas de um produto qualquer, dependente dos humores do mercado, das táticas de defesa dos concorrentes, dentre outros elementos aleatórios.

Resta óbvio que se qualquer profissional compromete-se a atingir um resultado, mesmo que este compromisso consubstancie uma temeridade, não poderá, ao depois, alegar que se tratava de obrigação de meio, com o fito de escapar da obrigação de indenizar. Assim, o médico que garantiu ao paciente e sua família a cura de certa moléstia e não a obtém, poderá ser compelido a indenizar. O mesmo pode ser dito com relação ao advogado que promete o êxito de uma ação judicial e que acaba obtendo desfecho contrário ou no que diz respeito ao publicitário que se obriga a aumentar as vendas em, por exemplo, dez pontos percentuais, obtendo acréscimo equivalente a apenas um por cento.

Diga-se, ainda, que certas atividades dos profissionais acima aludidos podem implicar em obrigações de resultado. Veja-se o exemplo do advogado que assume a obrigação de entregar um contrato de locação no prazo de um dia ao cliente e só o faz depois de uma semana. Nesta hipótese não há que se falar em obrigação de meio, porque a elaboração tempestiva do contrato não dependia de terceiros e sua serôdia entrega apenas revelou o descumprimento de obrigação de resultado, dando ensejo a uma ação indenizatória onde caberá ao causídico o ônus de provar não ter laborado com culpa, de acordo com a inversão do *onus probandi* acima mencionada. Com os médicos acontece fenômeno semelhante, que será abordado detalhadamente abaixo, na seção secundária especificamente dedicada ao tema.

Por outro lado, certas atividades, tradicionalmente indicadas como de resultado, podem, a depender das circunstâncias do caso concreto, configurar obrigações de meio. Veja-se o caso dos transportadores, que, em regra, têm a obrigação de resultado de levar o passageiro do ponto de partida ao local de destino, incólume. Cogite-se, todavia, de um paciente cujo grave estado de saúde não recomendasse uma viagem de ônibus, que se transformara no único meio de transporte capaz de levá-lo ao hospital em busca de uma possibilidade de salvação. Neste caso o transportador terá unicamente a obrigação de meio, ou seja, terá de viabilizar uma condu-

ção segura, rápida, desde que sem solavancos, mas não poderá ser responsabilizado na hipótese do doente chegar ao estabelecimento hospitalar sem vida.

Lembre-se, ainda neste sentido, do engenheiro, que geralmente tem a obrigação de resultado de levantar obras seguras e que se mantenham duradouramente em pé. Terá, todavia, obrigação de meio, caso seja convocado de inopino para empregar todos os seus conhecimentos com o escopo de evitar o iminente desabamento de um prédio. Se os apressados escoramentos não logram êxito e ocorre o evento indesejado, haverá de se analisar a conduta do profissional, isto é, se ele adotou todos os meios adequados e que estavam ao seu alcance para evitar o desabamento, pelo qual, a princípio, não poderá ser responsabilizado. Ter-se-á, pois, obrigação de meio.

De todos os exemplos acima formulados decorre a certeza de que deverá ser analisada cada atividade para que se afigure se a obrigação é de meio ou de resultado. Dessa maneira, espousa-se, no particular, o posicionamento de Cardoso (2002, p.274), quando afirma que “[...] cabe ao julgador decidir, no caso concreto, se o desiderato do contratante consistiu apenas na obtenção dos diligentes esforços do profissional, ou visou precisamente a consecução de um resultado final, pois não existe uma fórmula geral à qual se amoldam todas as profissões”.

A divisão das obrigações em “de meio” e “de resultado” tem suas raízes no Direito Romano, tendo sido mencionada depois, ainda que de maneira esparsa, na Alemanha e na França, conforme lecionam Kfoury Neto (2002, p.226) e Stoco (2004, p.159). Coube, todavia, a René Demogue, entre 1925 e 1930 (KFOURI NETO, 2002, p.226; SANSEVERINO, 2002, p.338), sistematizar a chamada “teoria do resultado”, quando tratava da questão do ônus da prova, que redundou na regra mencionada na seção secundária anterior e repetida poucas linhas atrás.

A despeito da ampla aceitação da “teoria do resultado” na doutrina e jurisprudência brasileiras, não se pode fazer ouvidos moucos às tonitruantes lições de Jorge Mosset Iturraspe, que têm reverberado no Brasil, conforme atestam as obras de Kfoury Neto (2002, p.232-239) e de Cardoso (2002, p.273). O mestre argentino (ITURRASPE, 1998, p.250 apud CARDOSO, 2002, p.273) sustenta que “a qualificação das obrigações como de ‘meios’ não é feliz, na medida em que a expressão parece desvincular o dever do devedor do ‘compromisso de alcançar um resultado’ do ‘interesse’ do credor, juridicamente protegido, de lograr um resultado benéfico”. Aduz ainda, conforme interpretação da lavra de Kfoury Neto (2003, p.145), que, em verdade, não há obrigações de meio, já que “toda obrigação implica um resultado a ser obtido e meios apropriados para atingi-lo”.

O mais importante é que a argumentação de Iturraspe leva-o a afirmar que cabe ao devedor da obrigação de meio o dever de provar que laborou conscienciosa e diligentemente, contrariando a sedimentada regra de que nestes casos não pode

haver a inversão do *onus probandi*. Tal conclusão e, claro, os argumentos alinhados acima, dentre outros aspectos menos relevantes, levaram Kfoury Neto (2002, p.237) a propor “o abandono, puro e simples, da vetusta classificação de Demogue”.

Ratificou tal entendimento ao escrever, em arremate, que a “evolução do trato jurisprudencial da responsabilidade civil [...] já não se torna compatível com a aceitação desse discrimine — obrigações de meios e de resultado — em sua formulação original. Por isso, tal conceito se encontra em fase terminal”. Sustenta-se nesse trabalho, todavia, que Kfoury Neto (2002) precipitou-se ao se posicionar nestes termos, como será demonstrado em seguida.

A despeito de se reconhecer a engenhosidade do raciocínio de Iturraspe, não se pode mudar a regra do ônus da prova da culpa consolidada no particular. De fato, mesmo na hipótese de se admitir que, em última análise, as obrigações de meio podem ser tidas como de resultado caso se entenda que este será a própria atividade diligente esperada, não há como atribuir ao devedor, ao menos no Brasil, o ônus de provar que efetivamente agiu desta maneira. Ora, continuando nesta linha de raciocínio, assim como o credor de uma clássica obrigação de resultado suporta o encargo de provar que este não foi atingido (exemplo: cabe ao credor provar que o transporte não ocorreu da forma ajustada, assim como lhe incumbe a prova de que o comodatário não devolveu a coisa), também caberá ao credor a prova de que a “atividade diligente” não foi cumprida, mesmo que se entenda que esta é “o resultado” do que se convencionou chamar da obrigação de meio.

Entende-se, pois, que o acerto, no particular, está com Sanseverino (2002, p.186), ao taxativamente afirmar que “[...] a teoria do resultado de Demogue continua a ter grande utilidade prática [...]”.

Exemplo da sobredita “utilidade prática” é a conclusão de Cavalieri Filho (2003, p.175) ao encerrar seus comentários acerca da melhor exegese do importante parágrafo único do art.927 do CC/02: “Em nosso entender, a responsabilidade objetiva prevista no dispositivo em exame só se configura quando a natureza do serviço (atividade desenvolvida) gerar para o fornecedor uma obrigação de resultado, e não apenas de meio”.

Nessa senda vai Stoco (2004, p.161) quando assevera que “[...] a teoria do resultado encontra aplicação plena aos profissionais liberais, tendo em vista que o art.14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor reafirmou sua responsabilidade pessoal mediante a verificação de culpa”.

Eis importantes e atuais aplicações da teoria desenvolvida por Demogue, em assertivas que serão analisadas mais detidamente quando se iniciar a análise da responsabilidade civil de médicos e, sobretudo, de hospitais.

10. ÔNUS DA PROVA

Tratou-se acima da questão do *onus probandi* como aspecto secundário e limitado, conquanto relevante, das dicotomias que dividem a responsabilidade em contratual e extracontratual e as obrigações em de meios e de resultados. Em arremate a esta primeira parte da dissertação ora em baila, impende fixar importantes noções relativas à teoria do ônus da prova, que se afiguram essenciais nos casos em que se debate a existência ou não do dever de indenizar. É o que destaca Zarif (2001, p.182):

Em todos os tempos na história da humanidade, a idéia de solução de controvérsia, entendida esta em qualquer de seus aspectos, esteve ligada à idéia de prova.

Toda controvérsia pressupõe a existência de um fato, e conhecer a realidade e a verdade desse fato é a grande tarefa de quem se propõe a dirimir a controvérsia. [...].

A quem incumbirá provar a verdade dos fatos sobre os quais existe controvérsia?

É exatamente nesse campo de atividade que se apresenta a teoria do ônus da prova, através da qual se procura determinar a quem compete a prova dos fatos no processo.

O processualista alemão Adolfo Schönke (1950, p.203 apud KFOURINETO, 2002, p.52) trouxe à tona a seguinte definição: “ônus da prova é aquele que recai sobre uma das partes, a respeito de um fato fundamental para o processo, que se pretende seja levado em consideração no julgamento e que tenha sido discutido”.

A despeito de Zarif (2001, p.185) advertir que “nas legislações estrangeiras [...] a matéria é disciplinada ora no Código de Processo Civil [CPC], ora no direito material”, no Brasil, a regra geral do *onus probandi* reside no art.333 do Código de Ritos, que estatui caber ao demandante o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito e ao demandado o da prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. É em razão desta regra geral que no campo juscivilista, a princípio, cabe à vítima provar os sobreditos pressupostos da responsabilidade civil, ou seja, a conduta do agente, o dano, o nexo de causalidade e, em casos de responsabilidade subjetiva ou aquiliana, a culpa. Para que caiba ao agente o *onus probandi* relativo a qualquer um destes pressupostos há de ocorrer, por previsão legal ou doutrinária, a inversão do ônus da prova, tão comentado acima.

Tal inversão do *onus probandi*, ainda em se tratando do dever de indenizar no campo juscivilista, ocorrerá, como visto anteriormente, apenas em relação à culpa, desde que obviamente se trate de hipótese de responsabilidade subjetiva e que se tenha em mente caso de responsabilidade contratual onde o agente tenha as-

sumido uma obrigação de resultado, nos moldes expostos alhures. O fundamento disto é que o ao se comprometer com a obtenção do resultado e falhar, a culpa do agente é presumida. Trata-se, entretanto, de presunção *juris tantum*, vez que se admite que o agente demonstre que sua conduta não foi culposa. Corolário do que foi afirmado neste parágrafo é a certeza de que não se admite a inversão do ônus da prova no que tange à conduta, ao dano e ao nexo de causalidade, pressupostos da responsabilidade civil.

O que ocorre, todavia, quando se sai do campo juscivilista e se entra no microssistema jurídico criado pelo CDC? Além de alteração no quadro dos pressupostos do dever de indenizar, há que se considerar importante diferença no que concerne ao ônus da prova. Lembre-se primeiramente, no rastro de Nunes (2000, p.194) que “é ao consumidor a quem incumbe a realização da prova do dano, do nexo de causalidade entre o dano e o serviço, com a indicação do responsável pela prestação do serviço”. Até este ponto não há, pois, novidade quando se compara à realidade juscivilista.

As diferenças surgem quando se pensa no *onus probandi* relativo ao pressuposto consumerista específico do dever de indenizar: o defeito do serviço ou produto. Por expressa disposição do art.12, §3º, II e art.14, §3º, I, do CDC, cabe ao fornecedor (e não ao consumidor como seria de se esperar de acordo com o art.333 do CPC) a prova de que tal defeito inexistente.

Além da notável diferença demonstrada acima, não se pode desconsiderar a ampla possibilidade de inversão do ônus da prova prevista pelo art.6º, VIII, do CDC, que já foi objeto de comentários acima. Da simples leitura desta norma depreende-se a certeza de que o direito do consumidor conferiu aos magistrados o poder de amplamente inverter o ônus da prova desde que, “segundo as regras ordinárias de experiência”, haja verossimilhança na alegação do consumidor ou, ainda, seja este hipossuficiente.

Neste passo, tem o juiz o poder de retirar do consumidor o ônus de provar o dano e o liame etiológico entre um ou outro e o dano, atribuindo ao fornecedor o encargo de provar, v.g. que não houve prejuízo para o consumidor ou que, se houve, não se verificou o nexo de causalidade.

O art.6º, VIII, do CDC, gera, ainda, duas polêmicas questões doutrinárias. A primeira surge a respeito do momento em que o juiz deve efetivar tal inversão. Há autores, como Baú (2002, p.39), que sustentam que o magistrado pode inverter o *onus probandi* em qualquer fase processual, inclusive quando da prolação da sentença, admitindo, inclusive, que se inverta o *onus probandi* em segundo grau de jurisdição. O acerto, contudo, está, com aqueles que advogam a necessidade de se

estabelecer o despacho saneador como limite para tal inversão, até para que o réu não alegue cerceamento de defesa, anulando todo o processo. Veja-se, neste sentido, a lição de Sanseverino (2002, p.335):

A deliberação do juiz a respeito da inversão do ônus probatório *ope judicis* deve ocorrer, no curso da relação processual, em momento anterior ao encerramento da instrução, de modo a respeitar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. [...].

O melhor momento para essa inversão, sem que cause surpresa para qualquer dos demandantes, é a fase de saneamento do processo, quando já se conhecem as alegações das duas partes e se cristalizaram os pontos controvertidos da demanda.

A segunda questão polêmica que reside no seio da doutrina diz respeito à possibilidade da inversão do ônus probatório prevista pelo art.6º, inciso VIII, do CDC no que diz respeito aos profissionais liberais, albergados pela exceção legal estabelecida pelo §4º do art. 14 do mesmo *codex*. De fato, enquanto a regra geral consumerista estabelece a responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviços, a supracitada norma estatui que o dever de indenizar surgirá para os profissionais liberais tão-somente quando estes tenham laborado com culpa.

A doutrina sustenta em uníssono que o aludido §4º do art. 14 do CDC estabeleceu a aplicação da teoria subjetiva clássica para a apuração do dever de indenizar dos profissionais liberais, obrigando os consumidores a indicar o responsável pelo serviço defeituoso, provando, ainda, o dano, o nexo causal e a culpa.

Há autores, todavia, que vão além desta assertiva, sustentando que tal norma de exceção obstaculiza a aplicação ao art.6º, VIII, do CDC no que toca aos profissionais liberais. É o caso de Bahia (1995, p.403), com escólio na doutrina de Miguel Tupinambá Nascimento, ao afirmar que “a subjetividade foi reservada ao profissional liberal para servir-lhe de ‘garantia, que o juiz não pode revogar’”. Em torno desta corrente agregam-se, ainda, outras vozes respeitáveis, como as de Baú (2002, p.66) e de Rios, Lazzarini e Nunes Júnior (2001, p.34).

Diverge-se do susoreferido posicionamento simplesmente porque a inversão do ônus da prova da culpa não implica, *data venia*, em revogação da subjetividade assegurada à responsabilidade civil dos profissionais liberais, como bem anotou Sanseverino (2002, p.340). Não se pode, de fato, confundir culpa presumida com responsabilidade objetiva, como anteriormente demonstrado. Afirma-se isto pois o CDC trata de uma presunção *juris tantum*, ou seja, que admite prova em contrário. Somente seria possível afirmar a ocorrência da objetivação da responsabilidade civil dos profissionais liberais caso se tratasse de uma presunção *juris et de jure*, isto é, que não admitisse prova em contrário, que não ocorre *in casu*.

Há, ainda, posição doutrinária diametralmente oposta que consiste em advogar a idéia de que o CDC previu excepcionalmente a culpa enquanto pressuposto da responsabilidade civil destes profissionais na seara consumerista, mas estabeleceu imediata e necessária inversão do ônus da prova quanto a este elemento subjetivo, impondo em qualquer hipótese ao fornecedor do serviço o ônus de provar a ausência da culpa para afastar sua condenação. Constata-se este entendimento, por exemplo, na obra de Couto Filho e Souza (2001, p.7). É, ainda, o que Denari (1998, p.160 apud SANSEVERINO, 2002, p.338) defende nos seguintes termos:

[...] se o dispositivo comentado afastou, na espécie sujeita, a responsabilidade objetiva, não chegou a abolir a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Incumbe ao profissional provar, em juízo, que não laborou em equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de sua atividade.

Não procede, outrossim, o sobredito entendimento, tendo em vista que o teor do art.6º, inciso VIII, norma matriz da inversão do ônus probatório, é muito claro ao atribuir ao juiz a análise do caso concreto para definição acerca do cabimento ou não de se inverter tal ônus.

Entende-se neste trabalho, pois, que não há qualquer fundamento válido tanto para sustentar a impossibilidade de se inverter o *onus probandi* nos casos em que se discuta o dever de indenizar dos profissionais liberais na seara consumerista, como para defender a tese radicalmente oposta.

O acerto está com os que se posicionam de forma intermediária, ou seja, desde que, no caso concreto, haja verossimilhança na alegação do consumidor ou sua hipossuficiência, nos termos do art.6º, VIII, do CDC, poderá o juiz atribuir ao profissional liberal, mediante técnica de inversão, o ônus de provar não apenas que não laborou com culpa, como também de que não houve o dano ou, ainda, de que não se consubstanciou o nexo causal.

A regra geral é, pois, a de que cabe ao consumidor o ônus da prova nos casos do §4º do art.14 do CDC (KÜHN, 2002, p.89), sendo possível, entretanto, a inversão deste ônus em cada situação específica, à luz dos requisitos impostos pelo art.6º, inciso VIII do CDC, a critério do juiz (BRANCO, 1996, p.64; CARDOSO, 2002, p.285; DANTAS, 2003b, p.16; FRANÇA, 2001, p.105; SANSEVERINO, 2002, p.339-341; SOTTO, 2003, p.7; SOUSA, 2003, p.9).

Depois de tecidas tantas considerações sobre o ônus da prova, insta salientar que nem sempre tais regras serão aplicadas nos processos, haja vista que em muitos casos as partes produzem provas a respeito de todos os fatos relevantes para o deslinde do feito, independentemente da distribuição legal do encargo para o autor e para o réu.

Nesta hipótese o magistrado terá a sua disposição todos os elementos fáticos para a formação do seu convencimento, no momento de aplicar o direito ao caso concreto, ou seja, de exercer a jurisdição. A identificação de quem cabia provar isto ou aquilo somente será necessária nos casos em que, ao final da fase de instrução probatória, não se produziu prova a respeito de fato essencial para o deslinde do feito. Nestas situações, como o juiz não pode furtar-se da obrigação de decidir os processos, usará das regras do ônus probatório que emanam do art.333 do CPC e de outras normas, tais quais as dos arts. 302, 319, 320 e 334, também do Código de Ritos, para dizer o direito aplicável ao caso concreto. Zarif (2001, p.187-188) retrata este quadro da seguinte forma:

Assim, em resumo, pode-se entender que diante da matéria fática de um processo e das provas apresentadas, possa o juiz formular três formas de conduta. Poderá ter formado uma certeza plena da verdade dos fatos, diante da própria natureza desses fatos e das circunstâncias pelas quais eles se evidenciam no processo. Poderá, de outra parte, formar sua convicção como resultado do convencimento decorrente das diversas provas produzidas ao longo do processo. Poderá, por fim, constatar seu estado de perplexidade diante dos mesmos fatos, quer porque não foram eles provados, quer porque é impossível formar convencimento diante da disparidade apresentada.

Na primeira hipótese, em decorrência da certeza absoluta, encontra-se ele apto a manifestar o direito ao caso concreto. Também no segundo caso ele assim agirá, apenas que, para a formação de seu convencimento, aplicou o magistrado as regras pertinentes à valoração da prova, que deverão evidenciar plena coerência interna.

Apenas na terceira hipótese é que se podem utilizar as regras do ônus da prova, e são elas utilizadas apenas porque o juiz é obrigado a, de alguma forma, considerar os fatos deduzidos pelas partes para efeito de aplicar o direito ao caso que lhe é submetido.

Feita a análise da teoria do ônus da prova, que no Brasil é matéria disciplinada entre as regras processuais, mas que, no direito comparado, apresenta exemplos de regramento no campo do direito material, como visto acima, encerra-se a primeira etapa deste trabalho, com a esperança de se ter logrado êxito na apropriação dos elementos teóricos genéricos imprescindíveis para a abordagem da responsabilidade civil de médicos e hospitais e, mais especificamente, para o enfrentamento do problema eleito nesta dissertação.



CAPÍTULO III

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

SUMÁRIO: 1. Generalidades — 2. Normas aplicáveis — 3. Evolução histórica — 4. Atualidades — 5. Especificidades da atividade médica — 6. Clarividência *versus* imediatismo — 7. Responsabilidade contratual: regra — 8. Obrigação de meios: em regra — 9. Erro médico e fato escusável: ajustes terminológicos — 10. A adoção da teoria clássica — 11. *Res ipsa loquitur* — 12. Perda de uma chance — 13. Consentimento informado.

1. GENERALIDADES

Asseverou-se acima, na introdução deste trabalho, que a junção da medicina à responsabilidade civil servia, a um só tempo, para delimitar e qualificar este último tema. Neste diapasão, a importância da ciência médica, seu conceito, evolução histórica e finalidades, além da relevância da responsabilidade civil dos médicos propriamente dita, configuram o objeto destes comentários iniciais.

O imenso valor dos conhecimentos interdisciplinares tem sido atualmente destacado e mencionado à exaustão nos meios profissional e acadêmico. Deste contexto não se poderia fugir nesta dissertação, visto que não há como negar que a definição sobre o surgimento ou não do dever de indenizar decorrente da conduta de um esculápio impõe não apenas o domínio de noções jurídicas gerais acerca da responsabilidade civil, nos moldes vistos acima, como também a compreensão básica sobre o que vêm a ser a medicina, seus fins e suas especificidades.

É de inelutável necessidade, portanto, que sejam de logo tecidos alguns comentários acerca da ciência médica. Na exposição de motivos anexa à Resolução CFM nº 1.627/2001, Sá Júnior (2001, p.13) afirmou que “[...] a Medicina costuma ser definida, com muita propriedade, como ciência e arte de curar”. O conceito de medicina foi, outrossim, trazido a lume por Thomaz Júnior (1997, p.88), conforme se constata abaixo, *in verbis*:

A Medicina não só é a arte de estudar as doenças e fixar procedimentos curativos necessários a fazer as pessoas voltarem ao estado saudável anterior ao mal que as acometeu, como também a de estabelecer as formas e condutas preventivas tendentes a evitar a eclosão de males e ataques à saúde.

Vê-se, pois, ser uma constante a idéia de que a medicina tem natureza dúplice de ciência e de arte, em circunstância que se tornará ainda mais compreensível abaixo, em seção secundária destinada ao tratamento das especificidades inerentes ao atuar médico.

Da leitura da definição doutrinária acima transcrita depreende-se que a tentativa de conceituar medicina acaba resvalando na indicação de suas finalidades, as

quais foram, outrossim, sinteticamente indicadas por França (2001, p.19) nos seguintes termos: “[...] a finalidade da Medicina, em qualquer parte e em qualquer tempo, será sempre a mesma: prevenir, aliviar, tratar e curar”. Note-se que o profícuo doutrinador médico, a despeito de ter sido sucinto, teve o inegável mérito de, em quatro palavras, resumir plenamente o campo de atuação dos esculápios.

Comentou-se alhures acerca da ancestralidade da medicina desde que se lhe considere amplamente como a atividade daqueles que se dedicam ao diagnóstico, prevenção, tratamento e cura de moléstias. Existia, nos primórdios, uma confusão entre doenças e desígnios divinos ou demoníacos, na época em que não havia como apurar as causas da grande maioria dos males. Destacava-se, neste contexto, a atuação de xamãs, feiticeiros, curandeiros, sacerdotes, ou seja, dos pretensos taumaturgos que utilizavam panacéias ou outros meios ditos e tidos como sagrados visando ao tratamento e cura dos doentes. Sobre o assunto assim discorreu Gaarder (1995, p.68):

Os gregos dos primeiros tempos também responsabilizavam os deuses pelas doenças. Assim, as doenças contagiosas freqüentemente eram vistas como um castigo dos deuses. De outro lado, os deuses também podiam curar as pessoas, bastando para isso que lhes fosse feito o sacrifício apropriado.

Esta idéia não é típica apenas dos gregos. Em tempos mais recentes, antes que a moderna ciência da medicina se desenvolvesse, era muito comum ouvir que as enfermidades tinham uma causa sobrenatural. A palavra *influenza*, que empregamos até hoje, significa originalmente que alguém estava sob a “influência” maligna dos astros.

Coube a Hipócrates, nascido “na ilha de Cós por volta do ano 460 a.C.” (GAARDER, 1995, p.68), pioneiramente demonstrar que “[...] a doença nada mais era que simplesmente um processo natural, recebendo, inclusive, influência dos fatores externos, como clima, ambiente, dieta e gênero de vida” (FRANÇA, 2001, p.31). Tido como “o pai” da medicina e das outras ciências da área de saúde, Hipócrates trouxe à baila idéias cujo resultado foi “[...] a morte da Medicina mágica e o nascimento da Medicina clínica” (FRANÇA, 2001, p.31).

As idéias de Descartes, datadas do Século XVII, também foram deveras importantes na transmutação da magia em ciência, sobretudo quando se tem em mente o livro “Discurso do método” e a lição segundo a qual o verdadeiro conhecimento passa pela decomposição de “um problema complicado em tantas partes isoladas quanto possível” (GAARDER, 1995, p.255). Resta facilmente perceptível, pois, o avanço propiciado por tal norte no momento de se pesquisar as causas das moléstias. Ao serem levadas ao extremo nos séculos seguintes, todavia, as idéias cartesianas implicaram na exacerbada especialização da medicina e na conseqüente focalização das partes em detrimento do todo, às quais, no particular, se contrapõe uma visão hipocrática, mais generalista e abrangente (SOALHEIRO, 2004, p.52).

A verdade é que, tanto os ensinamentos de Hipócrates, quanto os de Descartes trouxeram diversos benefícios para a medicina, abrindo gradualmente caminho para a notável revolução científica nas lutas contra as enfermidades que marcaram o Século XIX, cujas descobertas foram, conforme sustenta R. Pinto (1999, p.289), “de maior grandeza” até mesmo quando comparadas às do Século XX.

Lembrando a “experiência acumulada na época”, o que valoriza e qualifica os resultados obtidos pelos pesquisadores oitocentistas, o aludido autor (PINTO, R., 1999, p.290-291) arrola entre as principais conquistas do Século XIX a teoria da patologia celular de Virchow e a teoria microbiana de Pasteur e Koch, capazes de explicar a causa de muitas patologias; a descoberta da anestesia geral, por Long e Morton e da anti-sepsia por Lister, revolucionando as cirurgias; a adoção do estetoscópio por Laennec e a descoberta dos Raios X por Roentgen, viabilizando diagnósticos mais precisos.

Vê-se, efetivamente, que foi no Século XIX que as sonoras e milenares lições de Hipócrates contra a medicina mágica encontraram plena ressonância, materializando o norte seguido pelos médicos e pesquisadores do Século XX e ainda mantido nos dias de hoje.

É fato, outrossim, que tais conquistas científicas, de forma paradoxal, potencializaram o desenvolvimento da responsabilidade civil dos esculápios, uma vez que, de um lado, ampliaram o raio de atuação da medicina e, conseqüentemente, os perigos (e não riscos) enfrentados pelos médicos e, de outro, fizeram com que os pacientes e familiares passassem a se conformar cada vez menos com explicações simplistas que atribuíam aos desígnios divinos ou demoníacos os resultados de procedimentos médicos malogrados.

Não é mera coincidência, portanto, a circunstância do parecer do Procurador-Geral da Câmara Civil da Corte de Cassação de Paris, André Marie Jean-Jacques Dupin, marco histórico da moderna responsabilidade civil dos médicos, também remontar ao Século XIX (1836).

Tecer loas a Hipócrates e ao desenvolvimento científico da medicina é quase um lugar-comum. Hodiernamente, todavia, críticas têm sido feitas à exacerbação do cientificismo médico, como exemplifica a doutrina de Stancioli (2004), o qual apregoa a necessidade da correção de distorções da medicina atual, tais quais a de considerar os pacientes como coisas, objetos, números, sem que sejam levados em conta seus desejos, sua autodeterminação, em um cenário que realça a importância cada vez maior do consentimento informado, dentre outras circunstâncias, cuja análise específica será feita a seguir.

Tecidas as considerações iniciais acerca da medicina, torna-se pertinente começar a abordagem inaugural da responsabilidade civil dos médicos propriamente dita. É cediço que o Direito é didaticamente dividido em inúmeros ramos e subramos, razão pela qual, antes de mais nada, urge situar o tema dentro desta extensa planície jurídica. Salta aos olhos, de logo, que se trata de uma das espécies de responsabilidade civil, motivo pelo qual é comumente tratada, *en passant*, nos textos doutrinários dedicados a este instituto jurídico, sobre o qual se discorreu genericamente acima.

Não se pode desprezar a circunstância, todavia, da responsabilidade civil dos facultativos, foco do trabalho em tela, ser apenas mais um dos assuntos que devem ser abrangidos pelo Direito Médico, nova disciplina que, mais cedo ou mais tarde, será aquinhoadada com a autonomia necessária à sua inclusão nos cursos jurídicos.

Além da responsabilidade dos esculápios e hospitais, a nova disciplina abarcaria a Medicina Legal, a Bioética e o Biodireito, envolvendo temas polêmicos e carentes de melhor tratamento legal, como o aborto, a esterilização, o transexualismo, a reprodução assistida, o transplante, a eutanásia, a clonagem e demais manipulações do *deoxyribonucleic acid* (DNA), o uso do corpo humano em pesquisas e suas implicações jurídicas, dentre outras questões de insofismável relevância.

Espera-se que em breve o Direito Médico seja inserido como matéria obrigatória nas Faculdades de Direito, dada a imprescindibilidade do seu estudo sistemático. Adere-se, por conseguinte, no particular, à doutrina de França (2001, agradecimento):

Todos sabem que nem o legislador nem o aplicador da lei terão respostas prontas e acabadas diante de certas situações oriundas do relacionamento que envolve o médico e o paciente, ou o paciente e o pesquisador, por exemplo. Daí a necessidade imediata de definir uma série de circunstâncias que ainda permanecem desafiando e inquietando nossa consciência. As ciências biológicas, esteio e alicerce das profissões de saúde, atravessam atualmente instantes de muito tumulto, seduzidas e embriagadas pelos acenos irresistíveis da tecnologia utilitarista, que tudo parece saber e tudo explicar. E no rastro dessa fascinante revolução técnico-científica, o impacto medonho das conseqüências da manipulação molecular.

Desse modo, compreende-se logo haver uma premência de se criarem novos dispositivos e de trazer o que está solto para um só corpo de normas, disciplinando não só o exercício da medicina, mas também aquilo a que todos estão perante ele obrigados, seja médico, paciente, hospital ou o próprio Estado. Sente-se, portanto, a necessidade da criação de um Direito Médico, autônomo e independente, como disciplina própria. E não seria nenhum despropósito sua instituição nos Cursos de Medicina e de Direito.

O deslocamento das disposições acerca da responsabilidade civil dos médicos, do campo genérico que hoje ocupam para o seio da sobredita disciplina es-

pecífica, é aqui sustentado em decorrência da inquietude que surge após a constatação das dificuldades havidas quando da tentativa de adequação das normas de responsabilidade civil hoje existentes às especificidades da profissão médica.

Tal inquietude, aludida genericamente por França (2001) no texto transcrito acima e que será especificamente percebida abaixo, quando do enfrentamento do problema eleito nesta dissertação, leva a uma certeza: a de que a oportunidade em que se discutia no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 268 de 2002, que visava, segundo sua justificção, instituir “uma ‘Lei do Médico’, nos moldes da ‘Lei do Advogado’ (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994), dando organicidade à matéria que está dispersa, consolidando-a no que tem de princípios organizadores e normas gerais e ampliando o seu tratamento”, deveria ser aproveitada para a ampla disciplina, em “um só corpo de normas”, da atividade médica, englobando-se, inclusive, a responsabilidade civil de esculápios e hospitais.

Não é esta, todavia, a tendência que se verifica. O susoreferido PLS, que já não era ideal, por não se predispor à disciplina da responsabilidade civil na atividade médica, parece que efetivamente não vingará no Congresso. O Senador Tião Viana, em parecer de 30/06/04, aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, votou pela rejeição deste projeto, propondo substitutivo sucinto, dedicado tão-somente à delimitação do campo de atuação exclusiva dos esculápios.

Se as especulações acerca do porvir, *de lege ferenda*, são inegavelmente relevantes, os estudos sobre o quadro atual da responsabilidade civil dos médicos são de importância ainda mais imediata, ora em razão da ponte que consubstanciam entre o direito e a medicina, duas das mais vitais áreas do conhecimento humano, ora por força das discussões e polêmicas que o tema continua a gerar na doutrina e na jurisprudência. Demais disso, resta inolvidável o interesse que a matéria desperta não apenas entre os operadores do Direito e no meio médico, mas também na sociedade de um modo geral, como comprova a recorrente exploração do assunto pela mídia.

A relevância do tema, cuja abordagem ora se inicia, já foi apontada por destacados juristas. Santana (1997, p.147) qualifica a responsabilidade médica como “[...] um tema marcante, bastante significativo para a compreensão das exigências muitas a que se sujeita a vida destes profissionais”. Já Branco (1996, p.75) afirma ser “[...] este tema, relativamente novo, ao menos perante a idade da medicina e da responsabilidade civil”, motivo pelo qual assevera que “[...] deve ser atentamente estudado [...]”. Aguiar Júnior (1995, p.33), a seu turno, destaca “[...] a intensificação do interesse pelo estudo da responsabilidade civil do médico”. Sanseverino (2002, p.186) reconhece que dentre os profissionais liberais, a “responsabilidade dos médicos [...] é seguramente a modalidade que suscita maior

debate [...]”. Ramos (2001, p.244), por fim, afirma que se trata de “assunto de extremo interesse em todo o mundo civilizado, que tem suscitado muitos questionamentos e controvérsias [...]”.

Se é verdade, como o é, que a responsabilidade civil dos médicos pressupõe uma “visão multidisciplinar” (COUTO FILHO; SOUZA, 2001, p.48), não se poderia prescindir, neste capítulo, da menção a trabalhos e textos da lavra de esculápios a respeito do tema. Lembre-se, neste diapasão, que França (2001, p.237) obtempera o seguinte sobre a atividade médica e o Direito: “Não existe no momento, no mundo inteiro, outra atividade mais visada que a medicina, chegando a ser uma das mais difíceis de se exercer sob o ponto de vista legal”.

Luna (2002, p.8), conselheiro do Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia (CREMEB), em artigo publicado pelo Jornal A Tarde, após proclamar “a tempestividade e a pertinência da temática procelosa do erro médico”, traz a lume a seguinte conclamação: “Meditar sobre uma nova relação médico-paciente, este encontro inevitável de interesses recíprocos [...] revelar-se-á como uma conquista social e cultural para um admirável mundo novo na área de saúde”.

O trabalho em tela tem por desiderato oferecer contribuição neste sentido sinalizado por Luna (2002, p.8), pela adoção de posicionamento ponderado, fruto de detida meditação, que se situe no meio do caminho entre os extremos onde se encontram os que propõem a radicalização no momento de responsabilizar os médicos e os que, de outro lado, protegem corporativamente os esculápios, mesmo quando claro o seu dever de indenizar.

Veja-se, neste sentido, a advertência de Santana (1997, p.159): “Nem admitir a irresponsabilidade absoluta, que transformava o médico em pessoa sacralizada, no passado, nem castigá-lo como pessoa hoje endemoniada, muito à conta de erros supostos, divulgados pela mídia”. Neste passo, merece ainda destaque a ponderação da lavra de Luis Martinez-Calcerrada y Gómez, parafraseado por Kfoury Neto (2003, p.24-25) nos seguintes termos:

Martinez-Calcerrada — há que frisar — identifica com precisão este quadro atual. De uma tradicional debilidade, quando se entendia que qualquer dano ou mal advindo do tratamento médico era inevitável ou se carecia de meios para se reclamar a reparação, vê-se, hoje, um panorama bastante diferente, não só de proteção ao lesado, como também do convencimento deste em atribuir sempre a uma má prática médica resultado prejudicial da atividade curativa. Ambos os extremos são criticáveis.

Não se diga que o capítulo ora em baila seria desnecessário diante da abordagem feita acima sobre a responsabilidade civil genericamente considerada, na medida em que a incidência deste instituto jurídico na atividade profissional dos médi-

cos gera especificidades e nuances que, é bom repetir, efetivamente recomendam estudo particularizado. Neste sentido, vale lembrar a perene lição de O. Gomes (1988b, p.449): “Trata-se, evidentemente, de uma espécie de responsabilidade civil [responsabilidade médica no plano civil] que se distingue por particularidades de relevante significação para sua organização, a começar pelo fundamento”.

Vale dizer, mesmo assumindo o risco de resvalar na tautologia, que a responsabilidade civil dos médicos pressupõe, como lembra Thomaz Júnior (1997, p.90) “[...] seja o agente formado em Faculdade de Medicina, diplomado e com diploma registrado”. Assim, o objeto da análise a ser desenvolvida neste capítulo é a atuação profissional de médicos que dá causa a danos cuja reparação se impõe.

O próximo passo a ser dado consiste na apresentação de um breve conceito de responsabilidade civil dos médicos. Se é fato que a conceituação do instituto feita acima torna despidos maiores aprofundamentos, é recomendável reproduzir ao menos uma definição doutrinária, a despeito da obviedade que encerra. Assim, recorre-se às lições de Couto Filho e Souza (2001, p.27) para trazer a lume o seguinte conceito: “A responsabilidade civil médica é, pois, a obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano porventura causado a outrem no exercício de sua profissão”.

Tal conceito leva à necessidade de se definir o que se entende por exercício profissional do médico. Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.228) definem “atividade profissional” como “[...] conjunto de atos praticados por um sujeito, em decorrência do exercício de seu ofício (profissão autônoma ou subordinada)”. Assim, aqui interessa a discussão em torno do dano advindo de um ato praticado pelo esculápio no exercício do seu mister, sendo irrelevantes os prejuízos causados fora da atividade profissional, como, v.g., seria o caso do médico que causa um acidente de trânsito ou que comete homicídio em uma briga de bar.

Se a responsabilidade civil dos facultativos enfoca a atividade profissional do esculápio, não há como fugir da necessidade de se debruçar, ainda que superficialmente, sobre o tormentoso tema do “ato médico”.

E o que vem a ser “ato médico”? Eis uma questão aparentemente simples, mas que se revela complexa no momento de responder, máxime nos dias de hoje, quando os serviços de saúde são divididos por diversas profissões, como enfermagem, veterinária, odontologia, farmácia e outras mais recentes, tais quais nutrologia, psicologia, fonoaudiologia, fisioterapia e terapia ocupacional. Digase, de logo, que até 23 de outubro de 2001, por incrível que pareça, não existia nenhuma norma no Brasil que se predispusesse a definir o ato médico, cuja importância seria a de delimitar o campo de atuação privativa dos esculápios. Nesta

data, todavia, veio a lume a Resolução CFM nº 1.627/2001, cujo art.1º tem a seguinte redação, *in verbis*:

Art.1º — Definir o ato profissional de médico como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado e dirigido para:

I. a promoção da saúde e prevenção da ocorrência de enfermidades ou profilaxia (prevenção primária);

II. a prevenção da evolução das enfermidades ou execução de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos (prevenção secundária);

III. a prevenção da invalidez ou reabilitação dos enfermos (prevenção terciária).

§1º — As atividades de prevenção secundária, bem como as atividades de prevenção primária e terciária que envolvam procedimentos diagnósticos de enfermidades ou impliquem em indicação terapêutica (prevenção secundária) são atos privativos do profissional médico.

§2º — As atividades de prevenção primária e terciária que não impliquem na execução de procedimentos diagnósticos e terapêuticos podem ser atos profissionais compartilhados com outros profissionais da área de saúde, dentro dos limites impostos pela legislação pertinente.

A iniciativa do CFM, contudo, não resolveu a questão da coexistência das profissões citadas acima, tendo em vista que a sobredita norma tem força impositiva apenas no que tange aos médicos. É certo que os demais profissionais de saúde não estão submetidos ao CFM, tendo sua atuação disciplinada por seus respectivos órgãos de classe, entre os quais, a título de amostragem, podem ser citados o Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (COFFITO), para os terapeutas ocupacionais e fisioterapeutas e o Conselho Federal de Psicologia (CFP), para os psicólogos.

De fato, aos órgãos de classe cabe criar normas que deverão ser observadas pelos profissionais a eles vinculados, não sendo de se esperar a ascendência de uns sobre os outros. A título de ilustração, tome-se o caso do COFFITO, ao qual foi atribuída pela Lei nº 6.316/75 (art.5º) função normativa estritamente limitada a atos destinados à interpretação e execução dela própria (lei) e à fiscalização do exercício profissional dos fisioterapeutas e dos terapeutas ocupacionais. Não poderia o COFFITO, portanto, pretender impor suas normas aos médicos, assim como não se admite que o CFM imponha suas resoluções aos fisioterapeutas, por exemplo.

Com o objetivo de resolver a questão suscitada acima, o Senador Geraldo Althoff, em 27 de fevereiro de 2002, apresentou o PLS nº 25 de 2002, afirmando, em sua justificção, que “o escopo deste projeto tem por base a diretriz estabelecida pelo Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução CFM nº 1.627/2001”.

De fato, o art.1º do supracitado projeto reproduzia integralmente o conteúdo da norma elaborada pelo CFM, vista na transcrição feita acima. Demais disso, seu art.2º conferia ao CFM a competência para “fixar a extensão e natureza dos procedimentos próprios dos profissionais médicos, determinando, quando necessário, o campo privativo de atuação desses”. Note-se, portanto, que se tal projeto viesse a se transformar efetivamente em lei, o CFM passaria a ter o poder de impor normativamente às demais profissões seu entendimento do que vem a ser ato médico, isto é, o campo privativo de atuação dos esculápios.

Como não poderia deixar de ser, tal PLS nº 25 de 2002, chamado de “Lei do Ato Médico”, já nasceu polêmico e vinha encontrando forte resistência entre nutricionistas, enfermeiros, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, psicólogos e outros. O receio destes profissionais era o de que o CFM aumentasse abusivamente o campo de atuação exclusiva dos médicos, reduzindo, conseqüentemente, as possibilidades de trabalho das demais profissões de saúde.

O assunto repercutiu na imprensa. Celestino (2004, p.10), colunista do jornal A Tarde, endossou o protesto da Rede Sarah de Hospitais contra o “absurdo projeto que tramita no Senado e que define o alcance do ato médico”, concluindo que se a “Lei do Ato Médico” vingar, “só [...] restará o corporativismo médico e o obscurantismo que disso resultará”.

Para além das preocupações corporativistas, deve-se reconhecer que o PLS nº 25 de 2002, que atualmente tramita em conjunto com o retromencionado PLS nº 268 de 2002, conferia ao CFM uma prerrogativa que transbordava a função essencial que dele se espera, qual seja, a de regulamentar a atuação profissional dos médicos e apenas dos médicos. Ora, como se lhe outorgava competência para impor o campo de atuação exclusiva dos esculápios, à revelia dos outros órgãos de classe que disciplinam o exercício das demais profissões, em última análise o CFM estaria inconstitucionalmente ingerindo na atuação de todos os profissionais da área de saúde.

A distorção era tão evidente que foi detectada pelo Senador Tião Viana no susoreferido parecer aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, já que, no seu substitutivo, houve por bem corrigir “[...] a inconstitucionalidade do art.2º original, que atribuía competência legislativa ao Conselho Federal de Medicina”. Note-se, a propósito, que tal substitutivo visou também driblar as resistências ao projeto, em ação diversiva, sustentando não mais objetivar a definição do “ato médico” e sim, apenas (?), dizer quais são as atividades privativas dos médicos.

É verdade que existe a necessidade de uma lei que defina o ato médico, mas esta deveria ser trazida a lume após amplo debate que lhe legitimaria perante toda a sociedade.

Enquanto não se encerra a polêmica no que diz respeito à positivação do conceito de ato médico, torna-se pertinente enfatizar o que diz a doutrina no particular. Aguiar Júnior (1995, p.40), *v.g.*, assim o define: “o ato médico, propriamente dito [é aquele] que somente pode ser realizado por médico (diagnóstico, indicação terapêutica, cirurgia, prognóstico), e pelo qual ele responde”. Trata-se de lição doutrinária que se reflete nas obras mais recentes, como, *v.g.*, a de Almeida (2004, p.23).

A despeito de se concordar que, em sentido estrito, o ato médico realmente será aquele que somente pode ser praticado pelo esculápio, formado em medicina e devidamente inscrito no Conselho de Medicina competente, faz-se pequena restrição ao trecho doutrinário antes reproduzido, visto ser equivocada a menção ampla à cirurgia e ao diagnóstico como atos privativos dos médicos. Convém lembrar que os odontologistas, por exemplo, podem levar a cabo tanto diagnósticos, como cirurgias. É o que assinala França (2001, p.81-82):

[...] é do entendimento geral que a Cirurgia e Traumatologia Buco-Maxilo-Facial “é especialidade odontológica que cuida do diagnóstico, tratamento cirúrgico e coadjuvante das doenças, traumatismos, lesões, anomalias, congênicas e adquiridas, do aparelho mastigatório e anexos, e estruturas crânio-faciais associadas”, assim como da cirurgia estética do aparelho estomatognático.

Lidas e relidas as obras consultadas, pode-se afirmar que a melhor e mais completa definição de ato médico encontra-se, mesmo, na obra de França (2001, p.80-81), como se constata após a leitura da transcrição feita abaixo, *in verbis*:

[...] deve-se entender, na hora atual, como ato médico, todo esforço consciente e organizado, traduzido por técnicas, ações e recursos em favor da vida e da saúde do homem e da coletividade.[...] O ato médico pode ser genérico ou específico.

O ato médico genérico é aquele realizado por um agente de saúde que tenha como proposta de ação a saúde individual ou coletiva. Assim, as atividades profissionais do enfermeiro, do dentista ou do fonoaudiólogo não deixam de ser um ato médico *lato sensu*.

Já o ato médico específico conceitua-se como a utilização de meios e recursos para prevenir a doença, recuperar e manter a saúde do ser humano ou da coletividade, inseridos nas normas técnicas dos conhecimentos adquiridos nos cursos de medicina e aceitos pelos órgãos competentes, estando quem o executa, supervisiona ou solicita, profissional e legalmente, habilitado. Esse é o ato médico *stricto sensu*.

Desse modo, o ato médico específico seria um conjunto de práticas exercidas ou supervisionadas de forma exclusiva pelos que estão legalmente habilitados ao exercício da profissão médica, aceito e recomendado por instituições responsáveis pela fiscalização da Medicina e pela capacitação cien-

tífica formadora ou continuada, sendo, portanto, de prescrição, realização e avaliação próprias do médico. Isso não quer dizer que outros profissionais da saúde não possam complementá-lo, sempre que se fizer necessário seu concurso, dentro das bases específicas de sua formação. É o caso do fisiatra que completa o tratamento do seu paciente com a participação do fisioterapeuta. Em suma, o ato médico específico está delimitado por um núcleo conceitual que inclui a propedêutica e a terapêutica médicas, como atividades estritamente privativas do médico.

Por mais erudita que seja a fonte doutrinária, não há como negar, todavia, que enquanto não houver a acurada positivação do conceito de ato médico persistirão “atos que ainda permanecem numa fronteira imprecisa entre duas áreas de atividade: psicologia e psiquiatria, fisioterapia e fisioterapia [...]” (FRANÇA, 2001, p.81). Diante dos limites deste trabalho, todavia, importa dizer que todas as vezes que se apurar se um galeno deverá ou não indenizar os danos verificados no exercício de sua profissão adentrar-se-á no campo da responsabilidade civil dos médicos.

Tecidas tais considerações iniciais, é mister indicar quais as normas aplicáveis quando se tem em mente o estudo da responsabilidade civil dos médicos. É o que se faz em seguida.

2. NORMAS APLICÁVEIS

A CF/88, no seu art.5º, *caput*, estabelece, em cláusula pétrea, que o direito à vida é inviolável. Já o art.196 da Carta Magna estatui que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos [...]”. Como os escúlipios lidam diretamente com a vida e a saúde, bens supremos da pessoa humana, tutelados constitucionalmente, e a responsabilidade civil dos médicos trata de casos em que são gerados danos a estes bens, não é exagero afirmar que o tema eleito para esta dissertação tem marcante matriz constitucional, tendo, inclusive, “relevância pública”, conforme disposto no art.197 da Lei Maior.

Eis o motivo pelo qual não se pode contestar o acerto de França (2001, p.26) ao afirmar que “[...] a medicina curativa tornou-se uma instituição de interesse coletivo, em que o Estado passou a exigir mais dos profissionais da Medicina, como elementos de grande valia para estabelecer a ordem pública e a paz social”.

Haja vista que o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, impende destacar, de logo, as normas que disciplinam a atividade profissional dos médicos.

O vetusto Decreto nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932, “regula e fiscaliza o exercício da Medicina, da Odontologia, da Medicina Veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil, e estabelece penas”, sendo de se destacar que seu art.2º torna exclusivo o exercício da medicina no território nacional aos profissionais devidamente habilitados e com diplomas devidamente registrados (no que reitera o art.232 do Decreto nº 16.300, de 13 de dezembro de 1923), enquanto seu art.10 refere-se às penalidades decorrentes do exercício ilegal da medicina.

A Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, “dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências”. Seu art.2º estabelece que tanto o CFM como os Conselhos Regionais de Medicina têm competência para supervisionar a ética profissional dos médicos (apenas destes, como se destacou acima), julgando-lhes e submetendo-lhes às regras disciplinares, zelando, assim, pelo “prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente”. Tal lei, no seu art.20, reforça a ilicitude do exercício ilegal da medicina. Demais disso, estabelece os parâmetros para a punição dos médicos por infrações éticas, estabelecendo, em seu art.22, as penas a que se sujeitam os esculápios no âmbito desta responsabilidade administrativo-profissional.

No rastro da sobredita Lei, veio o Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, que “aprova o regulamento do Conselho Federal e Conselhos Regionais de Medicina a que se refere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957”.

Por fim, merece menção a Lei nº 9.436, de 5 de fevereiro de 1997, que “dispõe sobre a jornada de trabalho de médico, médico de saúde pública, médico do trabalho e médico veterinário da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas federais e dá outras providências”.

Além das normas citadas acima, que constituem o sumo do que se poderia chamar de “legislação básica profissional” (LTR EDITORA, 1998, p.5), poderiam ser referidas diversas outras de menor importância, como a Lei nº 3.999 de 15 de dezembro de 1961, que “altera o salário-mínimo dos médicos e cirurgiões-dentistas”, o Decreto-Lei nº 150, de 9 de fevereiro de 1967, que “dispensa de registro, no Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, os diplomas expedidos por Escolas ou Faculdades de Medicina e Farmácia”, a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, que “dispõe sobre as atividades do médico residente, e dá outras providências”, a Lei nº 6.838, de 29 de outubro de 1980, que “dispõe sobre o prazo prescricional para a punibilidade de profissional liberal, por falta sujeita a processo disciplinar, a ser aplicada pelo órgão competente” e a Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que, em seu art.58, dispõe sobre a personalidade jurídica e as atribuições dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas.

Levando-se em consideração a antiguidade da maioria das precitadas normas, bem como a fragmentação da disciplina legal da atividade dos médicos, não há como discordar de França (2001, p.17) quando diz:

A profissão médica é, talvez, no mundo inteiro, aquela que mais está sujeita a normas e regulamentos especiais, tanto no exercício liberal, como no exercício público. No entanto, essas normas estão dispersas nos vários códigos e regulamentos, reclamando-se, por isso, a criação de um Direito Médico autônomo e independente, devido à indiscutível influência do médico e da Medicina, tanto sobre a sociedade como sobre o próprio indivíduo em si. Desta maneira, criando-se uma legislação específica, dá-se ao médico a capacidade de exercer a profissão em sua plenitude, dentro dos limites da legalidade, estabelecendo, no profissional e na sua ciência, a confiança do indivíduo e da sociedade.

Nos últimos anos, surgiram no Congresso Nacional alguns projetos de lei com o objetivo de modernizar a legislação profissional dos médicos. Além do controvertido PLS nº 25 de 2002, que visa definir o ato médico, sobre o qual já foram tecidos comentários acima, tenha-se em mente o PLS nº 268 de 2002, também comentado anteriormente, que pretendia levar a cabo a consolidação clamada por França (2001, p.17), disciplinando a atividade dos médicos, seus direitos e deveres, as relações de trabalho que lhes envolvam, passando pela definição do médico empregado, sua jornada de trabalho e seus honorários, chegando ao amplo tratamento dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e à definição dos parâmetros da responsabilidade administrativo-profissional.

Ambos os projetos, submetidos à tramitação conjunta, foram objeto do supracitado parecer do Senador Tião Viana, que votou pela rejeição do primeiro e pela aprovação do segundo nos termos do referido substitutivo. Resta agora aguardar os trâmites de praxe no Congresso para saber se haverá ou não inovação legislativa no que concerne ao segmento médico.

Os facultativos devem, ainda, submeter-se às normas trazidas a lume pelo CFM, uma vez que, em lhes desconsiderando, ficam sujeitos a processos disciplinares cuja pena mais grave consiste na cassação do diploma. Não se pode olvidar, portanto, a Resolução CFM nº 1.246, de 8 de janeiro de 1988 que “aprova o Código de Ética Médica”. Trata-se de norma de extrema importância que traz em seu bojo diversos e relevantes artigos, dentre os quais se destaca, quando do enfoque da questão do erro médico, o art.2º, que estabelece que o “alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor da sua capacidade profissional”. Atente-se, outrossim, para o teor do art.29, que estatui ser vedado ao médico “praticar atos profissionais danosos ao paciente que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou

negligência” e do art.57, que veda ao médico “deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento ao seu alcance em favor do paciente”.

Outra norma de significativa importância é a Resolução CFM nº 1.617/2001, de aplicação obrigatória a todos os Conselhos de Medicina, conforme estatui o art.1º, §1º, da sua parte introdutória, que trouxe a lume o Código de Processo Ético-Profissional (CPEP), o qual disciplina os procedimentos que deverão ser adotados quando do trâmite de uma sindicância ou de um processo ético-profissional.

A Resolução CFM nº 1.627 de 23 de outubro de 2001 já foi mencionada anteriormente e tem por objetivo estabelecer o conceito de ato médico. Destaque-se, mais uma vez, que tal regra tem força impositiva limitada aos médicos, na medida em que o CFM não poderia cassar o diploma, por exemplo, de um psicólogo que, em competição com um psiquiatra, insistisse em praticar um ato profissional que o órgão de classe dos esculápios julgue ser privativo aos galenos.

Além das normas especificamente voltadas para a atividade profissional dos médicos, vistas acima, há de se levar em conta neste trabalho, com máxima atenção, por motivos óbvios, as normas destinadas à disciplina da responsabilidade civil amplamente considerada. Na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, ou seja, no novo Código Civil, destacam-se, em conjunto, os arts. 186 e 927, que estabelecem que a responsabilidade civil será, em regra, subjetiva e excepcionalmente objetiva. Ao lado deles, com importância igualmente marcante nesta dissertação, há o art. 951 do mesmo diploma legal, onde o legislador, expressamente, referiu-se à responsabilidade civil decorrente da atividade profissional. É claro, todavia, que haverão de ser considerados, também, os ditames dos arts. 13, 15, 187, 188, 928 a 950 e 952 a 954 nas reflexões que serão levadas a cabo mais adiante.

Deve-se citar, ainda, o art. 229, I, do CC/02, que está relacionado ao sigilo médico, por estabelecer que “ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato [...] a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo”, no que ratifica o quanto disposto no art. 347, II, da Lei nº 5.869 de 1973, ou seja, do CPC. Por fim, convém não olvidar que o art.206, §3º, V, do CC/02 fixa em três anos o prazo prescricional para a “pretensão de reparação civil”.

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que veicula o CDC, por sua vez, também traz à baila diversos artigos de grande relevância. Neste trabalho, ganham ainda mais relevo os arts. 12 a 27 e 101 do código consumerista, dedicados à disciplina da responsabilidade civil, com destaque para o §4º do art.14, que estabelece a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, fugindo à regra geral da responsabilidade objetiva, que impera nas relações envolvendo fornecedores de bens e serviços e consumidores. Reveja-se, outrossim, o teor do art.6º do CDC, com especial atenção para o seu inciso VIII, que possibilita a

inversão do *onus probandi* em previsão normativa polêmica e de grande importância em ações indenizatórias.

Atente-se, também, para o art. 27 do CDC que fixa em cinco anos o prazo prescricional no que concerne à “pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço”. O choque entre este dispositivo e a regra do art.206, §3º, V, do CC/02, que estabelece o sobredito prazo de três anos, será certamente objeto de polêmica, sendo que o enfrentamento desta questão processual ultrapassa os limites impostos a este trabalho dissertativo.

Para encerrar esta apresentação das normas que haverão de ser consideradas para o estudo da responsabilidade civil dos médicos, retorne-se, com certo pesar, ao campo dos projetos de lei. Eis que tramitam no Congresso Nacional dois projetos que têm por escopo limitar as indenizações decorrentes de erros médicos e de danos morais.

O Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 6.659/2002, do Deputado Federal Darcísio Perondi, visa estabelecer um teto para as condenações decorrentes de *medical malpractice*, conforme noticiou o Jornal A Tarde (PROCURADOR..., 2002, p.23). O projeto, na realidade, apresenta dois artigos, sendo importante apenas o primeiro, que dispõe: “Estabelece que a indenização, quando decorrente de culpa do médico, por má prática comprovada, fica limitada a 100 (cem) salários mínimos, ou, alternativamente, ao equivalente a 5 (cinco) vezes o valor pago pelo paciente”. Espera-se que tal idéia não vingue, ao final, na Casa Legislativa, visto ser evidente o absurdo de se tarifar o valor pecuniário da vida ou integridade física do ser humano, além de representar um retrocesso evolutivo na trajetória da responsabilidade civil, lembrando a chamada composição tarifada.

Nesta mesma linha foi proposto o PLS nº 150/1999, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, que “dispõe sobre danos morais e sua reparação” e que “pretende limitar os valores indenizatórios por dano moral, dentro de determinadas faixas” (VENOSA, 2003b, p.209). Após lenta tramitação e depois de parecer e substitutivo da lavra do Senador Pedro Simon, o projeto foi reapresentado, estando hoje sob apreciação da Câmara dos Deputados. Contra tal projeto, mesmo após o substitutivo, afigura-se válida a argumentação vista acima, quando da crítica ao projeto do Deputado Federal Perondi.

Sustenta-se neste trabalho que qualquer tentativa de tarifar indenizações, engessando valores indenizatórios, leva a distorções e injustiças por necessariamente estabelecer tratamento uniforme a situações diferenciadas, em descompasso com a verdadeira idéia de isonomia, a qual, como cediço, implica no tratamento desigual para os desiguais na medida de sua desigualdade. Os eventuais desacertos verificados no Poder Judiciário no momento de fixar indenizações por dano

moral não podem ser corrigidos pela imposição de faixas de valores que variem de acordo com a intensidade do dano moral.

Aliás, como já se disse alhures, se forem pesquisados os arestos mais recentes sobre a matéria verificar-se-á que os juízes cada vez mais reduzem os valores das condenações, sendo que hoje já se pode afirmar que os julgados tendem a fixar valores indenizatórios inferiores ao necessário para que o sofrimento da vítima fosse amenizado e para que se concretizasse o efeito educativo que se espera provocar no ofensor.

Esta dúplice finalidade das reparações do dano moral é, inclusive, objeto, na Câmara dos Deputados, por iniciativa do Deputado Ricardo Fiúza, do “Projeto de Lei nº 6.960/2002, que pretende alterar vários dispositivos do novo Código” e “acrescenta parágrafo ao art.944: ‘a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante’” (VENOSA, 2003b, p.207).

Há de se confiar no prudente arbítrio dos Magistrados brasileiros, em todas as instâncias, que certamente atingirão o ponto de equilíbrio desejável no momento de fixar as indenizações por dano moral, sem a necessidade de normas tais quais as propostas acima. A própria imprensa, tão afeita às críticas, tem reconhecido que a maioria dos magistrados brasileiros age adequadamente quando de julgamentos deste jaez. Na revista *Veja*, por exemplo, em matéria intitulada de “loteria do dano moral”, afirmou-se que “boa parte dos juízes tem cuidado na fixação de indenizações” (NEGREIROS, 2003, p.71). A *Gazeta Mercantil*, em matéria acerca do seguro de responsabilidade civil médica, também aponta na mesma direção (BUENO, 2002, p. B-3):

Até pouco tempo atrás, as seguradoras brasileiras tinham receio de operar com a carteira de danos morais, em razão das experiências das companhias dos Estados Unidos, obrigadas, pela justiça, a pagar indenizações estratosféricas que chegaram a atingir US\$ 100 milhões. “Várias companhias dos EUA foram à falência e muitas deixaram de operar com a carteira, o que ajudou a controlar os valores determinados pela justiça norte americana”, lembrou o executivo. A experiência brasileira tem mostrado que os tribunais têm agido de forma mensurada, determinando indenizações médias em torno de R\$ 40 mil, acrescentou.

Já quanto às indenizações dos danos materiais decorrentes de erros médicos, não há como se afastar da idéia de que também devem ser calculadas de acordo com a efetiva diminuição patrimonial experimentada pelo paciente prejudicado.

Deve-se ter em mente, apenas, a inovadora reflexão prevista pelo CC/02 no parágrafo único do seu art. 944, que diz que “se houver excessiva desproporção

entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Não merecem encômios, pois, os sobreditos projetos de lei que visam tarifar o dano moral e as indenizações por erro médico.

Da análise de todas as normas expostas acima, entre as quais não figuram as de natureza penal, dados os limites fixados na introdução deste trabalho, depreende-se que a atividade dos médicos amplamente considerada e, mais especificamente, sua responsabilidade civil, encontram-se disciplinadas por uma vasta gama de normas.

Estas normas, a despeito de numerosas, não têm, paradoxalmente, o condão de afastar polêmicas diversas, dentre as quais se pinçou a questão do predomínio ou não da responsabilidade subjetiva no momento de se apurar o dever de indenizar dos galenos e estabelecimentos hospitalares, elegendo-a como problema a ser tratado nesta dissertação.

Veja-se, em seguida, uma rápida abordagem do desenvolvimento histórico da responsabilidade civil dos médicos, para que se possa bem situar o tema ora enfocado.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A abordagem da evolução da responsabilidade civil dos médicos passa pela releitura do que já foi exposto anteriormente, quando se tratou do desenvolvimento histórico da responsabilidade civil genericamente considerada e, também, quando se discorreu acerca da medicina e da transmutação da magia e obscurantismo em ciência, sinalizada por Hipócrates e plenamente materializada a partir do Século XIX. Tendo isto em mente, evitar-se-á inútil repetição, viabilizando melhor análise específica do desenvolvimento da responsabilidade dos esculápios na história, com especial atenção para a culpa enquanto pressuposto ou não do dever de indenizar.

Na fase da medicina pré-científica ou mágica os médicos ora eram revestidos pela aura da impunidade, ora eram responsabilizados barbaramente pela não obtenção da cura. É mister apurar as características de cada grupo social para que se tenha uma definição entre uma ou outra hipótese. Ou seja, era aplicada de imediato a lei do Talião? Ou, por outro lado, as pessoas eram mais crédulas? A resposta passa também pela verificação da maior ou menor habilidade dos sacerdotes, pajés, curandeiros etc., no convencimento dos seus “pacientes” quanto à capacidade de dialogar com os deuses.

Respondidas tais perguntas e feita tal verificação será possível constatar o cenário em que a maioria dos insucessos das intervenções médicas era atribuída, exclusivamente, às punições divinas ou demoníacas ou o seu oposto, que tornava

corriqueiras penas como a de amputação das mãos dos galenos ou, ainda, sua morte como consequência do fracasso na eliminação das moléstias. O certo é que não se discutia a questão da culpa do médico, tendo em vista que esta é uma idéia que só viria a ser plenamente utilizada, nos moldes atuais, a partir de Século XIX.

Kfouri Neto (2003, p.46) é taxativo ao afirmar que o “primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.) [...]”, no que é seguido por outros autores, como Azi (2000, p.7) e Dantas (2003a, p.2). Em época na qual se desconhecia a idéia de culpa, eram previstas penas duríssimas, tal qual, repita-se, a da amputação das mãos do médico que não conseguisse impedir a morte do paciente. Como não poderia deixar de ser, diante do momento histórico, havia o tratamento casuístico da responsabilidade civil, inclusive dos médicos, uma vez que norma abrangente e genérica sobre a matéria só viria a lume com o Código de Napoleão, em França, finalizando o caminho apontado pela Lei Aquília (ano 468), conforme exposto acima.

É justamente a Lei Aquília que deve ser destacada quando se põe em foco o Direito Romano, como, de resto, é obrigatório no tratamento histórico de muitos institutos jurídicos. Kfouri Neto (2003, p.47-48), a propósito, leciona o seguinte:

Na *Lex Aquilia* encontram-se os primeiros rudimentos de responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou deportação do médico culpado de falta profissional. Nas obras de Plínio, todavia, deparam-se reclamações de impunidade médica, tendo em vista a dificuldade, já naquela época, das tipificações legais.

O texto doutrinário acima reproduzido propicia algumas reflexões. Primeiro revela que em Roma, ainda na fase pré-científica da medicina, havia a situação já comentada anteriormente onde se oscilava entre um tratamento extremamente rigoroso para os casos de insucesso dos galenos e a impunidade destes profissionais. Por fim, impende comentar o trecho em que o autor afirma que a pena seria aplicada ao “médico culpado de falta profissional”. Trata-se de posicionamento no mínimo questionável, haja vista que muitos doutrinadores sustentam que a idéia de culpa, tal qual a hoje em voga, só se materializou com o advento do Código de Napoleão, apesar de se entender que o acerto efetivamente está com Cabral (2001, p.58), quando indica a terceira e última fase do Direito Romano (a partir do Século terceiro d.C.) como verdadeiro berço da noção de culpa.

A fase da medicina científica, plenamente configurada no Século XIX, como mencionado anteriormente, caracteriza-se, no início, pelo predomínio da chamada “responsabilidade eufemística” (ITURRASPE, 1979, p.67 apud KFOURI NETO, 2003, p.50), pela qual os médicos, credenciados pelas novas e espantosas descobertas, reunidos em influentes corporações, cuja origem remonta ao ano de

1300 na Grécia (KFOURI NETO, 2003, p.50), passaram a se considerar “acima do bem e do mal”, com a aceitação da própria sociedade (DANTAS, 2003a, p.9). Neste sentido, Aguiar Júnior (1995, p.33) leciona que “[...] no final do século passado, primórdios deste, o médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência [...] que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços e, menos ainda, a litigância sobre eles”.

Vê-se, pois, que a transição da medicina da sua fase mística e religiosa para a científica momentaneamente fez pender para o lado da impunidade dos médicos a balança que até então oscilava entre este cenário e o seu oposto, ou seja, o da responsabilização exacerbada dos galenos pelos insucessos profissionais. Levando-se em conta que este mesmo momento histórico consagrou, de forma indubitosa, a culpa enquanto pressuposto do dever de indenizar, não causa espanto que ainda hoje permaneça arraigada a errônea idéia de que a responsabilidade subjetiva necessariamente implique em impunidade para os médicos.

Santana (1997, p.151) trata destas “duas correntes [que] se firmaram ao longo do tempo” e menciona o ano de 1825, em França, como o início dos questionamentos ao que chamou de “absoluta irresponsabilidade do médico”, destacando, neste diapasão, o “famoso ‘caso Hélie’”.

Relatam Croce e Croce Júnior (2002, p.09-10), a propósito, que o médico Hélie, encontrando certa dificuldade no momento de auxiliar a senhora Foucault a dar à luz, amputou, desnecessariamente, os dois braços da criança que nascia e que sobreviveu sem os membros. A despeito de se tratar de um caso de evidente erro médico, o profissional, amparado na supracitada “responsabilidade eufemística” e no espírito de corpo reinante na Academia de Medicina de Paris, obteve desta um laudo onde se concluía pela sua não responsabilidade. A doutrina desta academia era “voltada para a inexistência de responsabilidade jurídica de seus membros, atendo-se meramente à responsabilidade ética e moral” (DANTAS, 2003a, p.10).

Foram o caso do doutor Hélie e outros do mesmo jaez que deram origem ao sobredito parecer do Procurador-Geral Dupin, datado de 1836, que foi qualificado acima, sem exagero, de “marco histórico da moderna responsabilidade civil dos médicos”, e que forneceu argumentos decisivos para a ulterior derrocada da “responsabilidade eufemística”.

De fato, coube ao francês Dupin afirmar a possibilidade de se responsabilizar os médicos que dessem causa a danos, desde que de forma culposa. O que hoje parece óbvio, na época abriu o caminho para se chegar ao desejado cenário intermediário situado entre a inaceitável impunidade dos médicos e a não menos indesejável exacerbção de suas condenações. França (2001, p.243) perorou, a

propósito, que com “o parecer de Dupin, fixou-se uma boa doutrina: 1 — o médico, como profissional, está sujeito às sanções da lei; 2 — na aplicação dessas sanções os tribunais devem ser prudentes; 3 — isto não afeta o prestígio nem o progresso da Medicina”.

A despeito do parecer de Dupin remontar a meados do Século XIX, a “responsabilidade eufemística” ainda teve ardorosos defensores durante quase cem anos, uma vez que até “o final a primeira metade do século XX” o médico teve suas “[...] determinações cumpridas como verdade inquestionável” (DANTAS, 2003a, p.12). Esta constatação também vale para o Brasil, onde até 1950 predominava a chamada “imunidade jurídica” (BRANCO, 1996, p.54) dos médicos, a despeito do teor do art.1.545 do antigo Código Civil, que desde 1916 já impunha aos médicos o dever de indenizar os danos a que dessem causa de forma culposa.

Apesar da sobredita previsão normativa específica, a impunidade dos médicos no Brasil apenas começou a ruir na medida em que se iniciou o fim gradativo da figura do médico de família, esmaecida pela realidade dos planos de saúde e dos grandes hospitais.

A partir dos anos oitenta (ROCHA, N., 2002, p.3) tal fenômeno intensificou-se, atingindo o seu zênite na última década do Século XX, fazendo com o que os pacientes e seus familiares, transformados em números frios e impessoais, sob o influxo das informações técnicas divulgadas pelos meios de comunicação de massa, começassem a mover ações indenizatórias contra os galenos, colocando em cheque a dita “responsabilidade eufemística”.

Se o banimento da impunidade médica é digno de aplausos, não há como render homenagens aos que apregoam o recrudescimento das condenações em *actios* indenizatórias, independentemente da idéia de culpa e em valores hiperdimensionados. Tal política, infelizmente, causaria prejuízos a todos os envolvidos, médicos e pacientes, podendo ser comemorada, talvez, pelas companhias de seguro e apenas por elas, como será demonstrado adiante. Neste ponto, torna-se pertinente encerrar a abordagem da evolução histórica da responsabilidade civil dos médicos e iniciar análise do seu quadro atual.

4. ATUALIDADES

A precitada superação da impunidade médica conduz a reflexão ora em baila para o cenário atual da responsabilidade civil dos médicos. O que se deseja é o triunfo da idéia de que o julgamento das ações indenizatórias movidas contra facultativos deve ser escoimado dos exageros, sejam os que apregoam a impunidade dos galenos, sejam os que pregam a exagerada punição destes. Trata-se de

idéia que constitui um dos pilares de sustentação deste trabalho, motivo pelo qual permeia toda a dissertação, voltando, neste momento, a ser utilizada.

Muito se discute no Brasil acerca da “*estadunização* das relações médico-paciente” (RIBEIRO, D., 2002, p.XVI), ou seja, sobre a possibilidade do setor médico brasileiro experimentar um crescimento exagerado no número de ações de indenização, inflado por demandas aventureiras, além de apresentar valores condenatórios hiperdimensionados.

Tais fatores trariam no seu rastro o medo, muitas vezes desmedido, dos esculápios, levando-os à adoção de táticas de defesa, tais quais a não atuação em determinadas especialidades de maior risco, como a obstetrícia e a anestesiologia, a solicitação de caros exames laboratoriais por tudo e para tudo, a contratação de dispendiosos seguros médicos e o conseqüente aumento dos honorários e custos da medicina, dentre outras providências, em um país onde a maioria da população é carente de recursos.

A grande maioria da doutrina especializada admite o risco desta indesejável importação da realidade norte-americana, demonstrando preocupação com o fenômeno. Os Estados Unidos da América (EUA) são, segundo França (2001, p.238), no mundo, o país que dispensa o tratamento mais rigoroso no momento de responsabilizar os médicos, além de ser peculiar aos norte-americanos uma verdadeira “avalanche de aventuras jurídicas”, no dizer de A. Santos (2003, p.73), agravada pelo exagero no momento de fixar os valores indenizatórios.

De fato, I. Moraes (1995, p.243) já comentou que a sociedade americana tudo “[...] reclama do médico, exigindo e conseguindo grandes indenizações”. Vieira (2001, p.135), ainda a propósito, assevera que a “[...] má prática médica anualmente produz uma das duas ou três maiores recompensas jurídicas em todo o sistema legal americano [...]”.

Dantas (2002, p.3), neste sentido, afirma categoricamente o seguinte: “Não é possível inserir em nossa sociedade a ‘solução norte-americana’, até mesmo por se tratar de realidades absolutamente distintas”. A. Santos (2003, p.XIII), no mesmo passo, mostra-se preocupado com o “modismo latino de anglicizar”. Couto Filho e Souza (2001, p.14), a seu turno, advogam contra “[...] o modismo de processar, de cujos males o povo americano padece — aliás, nefasto modelo que temos a obrigação de não copiar”. Baú (2002, p.27), enfaticamente, diz ser um “problema” no Brasil a “tendência de copiar acriticamente” os EUA.

D. Ribeiro (2002, p.XVI), todavia, trouxe a lume posição discordante, ao sustentar o seguinte:

Fala-se que há uma tendência de *estadunização* das relações médico-paciente, expressão ampla que inclui todas as áreas de cuidados com a saúde e

a vida. Essa referência destaca o excesso de litigância por indenizações em tribunais americanos, modelo que seria nocivo para as relações médico-paciente e que estaria sendo copiado no Brasil.

Particularmente não vejo excesso de litigância nem acho nociva a busca de tutela jurídica. A expectativa de direitos é inerente ao processo de consolidação democrática de qualquer país. E a busca de tutela judicial ou extrajudicial para essa expectativa demonstra apenas o exercício da cidadania. Pior seria se a população buscasse pelas próprias mãos resposta para o que entende ser direito de cada cidadão. Portanto, o aumento da litigância contra profissionais de saúde além de demonstrar cidadania na prática, evidencia um processo de humanização profissional em que principalmente os médicos passam a ter compromissos menos divinos e mais humanos com seus pacientes.

D. Ribeiro (2002), em verdade, acaba por subestimar um problema concreto e que se mostra iminente, sobretudo diante da constatação de sinais no Brasil que evidenciam o início da indesejável transplantação de realidades. O crescimento exponencial do número de ações indenizatórias é apenas um dos seus fatores indicativos. É verdade que isolado não seria de se criticar, pois representaria apenas uma reação natural diante da demanda reprimida durante a fase da “responsabilidade eufemística”.

O direito de ação é garantido constitucionalmente no Brasil e o seu exercício, por si só, não pode ser encarado negativamente, a menos que boa parte do aumento das demandas decorra de “aventuras jurídicas”, dissociadas de respaldo fático-técnico, com o desiderato de incrementar uma nova “indústria de indenizações”, como a que, segundo Sousa (2003, p.15), existe nos EUA.

O notável incremento no ajuizamento de ações no Brasil, sobre o qual se falará mais detalhadamente em seguida, é tão-somente mais um dos fatores que, conjugados, revelam indícios da desditosa importação antes comentada. Trata-se de questão complexa, que passa pela antítese da “responsabilidade eufemística”, ou seja, pela responsabilização exacerbada dos galenos em decorrência dos insucessos de suas intervenções profissionais. Todo radicalismo é, em regra, prejudicial.

Há, de fato, indicativos de uma crise no Brasil que lembra em muito a caótica situação experimentada nos EUA. Não foi sem motivo, pois, que começaram a pulular no Congresso Nacional brasileiro os projetos de lei que visam tarifar as indenizações, ora por dano moral, ora por dano patrimonial.

Não foi à toa, outrossim, que a Associação Médica do Rio Grande do Sul criou um bizarro manual “para orientar seus filiados sobre como se prevenir de processos por erro médico” (MANSUR, 1999, p.86), trazendo a lume agressivas recomendações que revelam a preparação da classe para uma verdadeira “guerra”. São medidas pouco éticas, às vezes ilegais, como a de prestar depoimento perante

autoridades “usando a linguagem mais técnica e hermética possível”, para obstaculizar as denúncias ou, ainda, a de “retirar o patrimônio de nome próprio, para evitar o risco de perdê-lo para o paciente demandante”, dentre outras citadas por Mansur (1999, p.86-87). Vê-se, pois, que o radicalismo apenas gera mais posições radicais, em ciclo vicioso prejudicial a todos os envolvidos.

Outro aspecto preocupante diz respeito à atuação de parte da mídia brasileira que explora de forma sensacionalista o tema, visando exclusivamente aumentar as vendas ou a audiência. Aguiar Júnior (1995, p.34), em seu clássico trabalho sobre responsabilidade civil médica, já destacava “a disposição da mídia de escandalizar o infortúnio”. Couto Filho e Souza (2001, p.15) sustentam que há exploração dos procedimentos médicos malogrados porque estes materializam “[...] a manchete que vende, pois se trata de mostrar a desgraça alheia [...]”. Santana (1997, p.152) foi ainda mais abrangente ao afirmar o seguinte: “Para a mídia, qualquer insucesso é resultado derivado de erro médico e o generaliza na indistinção das situações, sem ao menos resguardar o conteúdo científico do próprio atuar médico”. Ramos (2001, p.247), por fim, arremata o seguinte:

Ressalte-se, ainda, que a apuração da existência fática de um erro médico, não se dá apenas na esfera administrativa, pelos Conselhos Regionais de Medicina, e/ou pelo Judiciário, mas também, e muitas vezes de maneira injusta, inadequada e sensacionalista, pela mídia, que não confere o direito de defesa ao profissional, podendo acarretar conseqüências extremamente desastrosas para o desempenho de sua atividade.

É claro que não se pode generalizar e estender as críticas acima expostas à totalidade dos meios de comunicação. Como em todo setor de atuação profissional, há os profissionais competentes, responsáveis e atentos a sua função social, ao lado dos que, infelizmente, abusam da leviandade, certos de que “os fins justificam os meios”.

Não se pode esquecer, ainda, enquanto sinal da sobredita importação, a mudança de mentalidade havida entre os médicos, rompendo barreira cultural típica do Brasil, onde normalmente se resiste à contratação de seguros de responsabilidade civil em geral, com poucas exceções, como a relativa aos veículos automotores. Tepedino (2000, p.74 apud DANTAS, 2002, p.4), aliás, previu o desenrolar dos fatos nos seguintes termos:

Não é tradição brasileira a contratação de seguros de responsabilidade civil pelo médico ou pelos hospitais [...]. Deve-se ter em linha de conta, é bem verdade, o aumento vertiginoso da litigiosidade na experiência brasileira da última década, prenúncio de uma alteração nesse estado de coisas. Já se verifica nos grandes centros, particularmente em São Paulo, ainda que sem controle estatístico preciso, a difusão dos seguros profissionais na área médica.

É fato a quebra da sobredita “tradição brasileira”. Mansur (1999, p.86), já há algum tempo, informava que “[...] há companhias de seguro oferecendo planos especiais de cobertura para os médicos. Uma delas, a Arias Villanueva, já tem 400 clientes”.

O setor médico tornou-se, efetivamente, um dos mais novos alvos de atuação das empresas da área. Foi o que noticiou a Gazeta Mercantil em 30 de julho de 2002, em reportagem de Bueno (2002, p.B-3) sobre a novidade consubstanciada pela oferta para médicos de seguros que cobrem condenações por dano moral. A manchete estampava: “Seguros & Previdência. Responsabilidade civil. Erro Médico: novo filão do setor”. A repórter anotou, quanto a isto, que as seguradoras atuantes no Brasil inicialmente decidiram não oferecer cobertura para danos morais por inspiração da experiência norte-americana, onde milionárias condenações deste jaez levaram companhias de seguro à falência.

Diante de tais constatações acerca dos seguros de responsabilidade civil para médicos, vê-se que o receio da maior parte da doutrina especializada quanto à sobredita transplantação não é despicienda, como supõe D. Ribeiro (2002, p.XVI).

Uma das conseqüências da ascensão das seguradoras no segmento médico é o repasse dos custos para o preço dos honorários. Isto fornece uma das explicações — ainda que de menor importância quando comparada a outras causas mais contundentes tais quais a própria “proletarização” dos esculápios — para a pública e notória luta dos galenos contra os planos e seguros de saúde (que obviamente não se confundem com os seguros de responsabilidade civil dos médicos).

Tal mobilização marcou o ano de 2004 com paralisações e boicotes aos clientes da SulAmérica Saúde e Bradesco Saúde. Os médicos pleiteavam a implantação da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), visando aumentar seus ganhos, em custo que certamente seria repassado para os pacientes. A questão tem repercutido na imprensa, como exemplificam as matérias da lavra de M. Moura (2004, p.17) e Jorge (2004, p.21), veiculadas pelo jornal A Tarde, destacando-se desta última o seguinte trecho:

Se a queda de braço que os médicos estão travando com as administradoras de planos de saúde afeta diretamente o bolso do consumidor, a resolução do impasse tem a ver com as próprias condições de atendimento aos pacientes. Com uma remuneração menor, os profissionais precisam trabalhar mais do que o recomendável, o que acaba determinando uma menor atenção a quem está em busca de um diagnóstico. Por conta da valorização da quantidade, a qualidade do atendimento cai [...].

É por tudo isso que se entende impertinente cogitar uma objetivação da responsabilidade médica (afastada pela hipótese desta dissertação), que poderia consubstanciar a ponta da lança destinada a potencializar esta indesejável trans-

plantação de realidades. Se é que há uma tendência dos brasileiros tornarem-se mais belicosos em relação a tudo o que diga respeito ao segmento médico-hospitalar, é óbvio que esta seria estimulada caso se retirasse a culpa dos pressupostos do dever de indenizar de esculápios e nosocômios. Note-se, aliás, que este seria um elemento catalisador inexistente até mesmo nos EUA, onde a responsabilidade civil por *medical malpractice* é subjetiva.

Para que se tenha idéia da realidade do setor médico nos EUA e dos motivos pelos quais é de se repudiar a sua transplantação para o Brasil, convém mencionar as estatísticas que têm sido divulgadas a respeito do assunto. Baú (2002, p.27), citando dados publicados em 1994, afirma que eram movidas, anualmente, cerca de vinte e oito mil ações indenizatórias contra médicos nos EUA. De cada quatro processos, em um o paciente saía vitorioso. As indenizações variavam em média entre US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares) e US\$ 80.000,00 (oitenta mil dólares). No período, um cirurgião chegava a gastar US\$ 100.000,00 (cem mil dólares) anuais com a contratação de seguros, em informação também registrada por Kfoury Neto (2003, p.23). Azi (2000, p.8) trouxe à baila dados muito semelhantes, agregando, apenas, a informação de que um em cada sete médicos norte-americanos já respondeu ou está respondendo a processo por erro médico.

Santana (1997, p.156), também dispendo de dados de 1994, informou que, nos EUA, 57% (cinquenta e sete por cento) das ações ordinárias de indenização dizem respeito ao erro médico.

França (2001, p.238), usando fonte norte-americana de 1995, já fala em cinquenta mil demandas anuais, ou seja, quase o dobro do número apontado por Baú (2002) e Azi (2000). Aduziu, ainda, que três em cada sete médicos já haviam sido citados por responsabilidade médica, sendo que na Califórnia, onde o problema atingiu o seu ápice, três em cada quatro esculápios já haviam sido levados a juízo.

Diante do problema do setor médico nos EUA, Kfoury Neto (2003, p.23) registrou que é “[...] tão grande a afluência aos tribunais, que chega a alarmar a classe médica, surgindo uma nova classe de advogados: os médicos juristas (ou juristas médicos)”, para depois citar Howard P. House, jurista norte-americano, segundo o qual os processos contra galenos são “*the bread and the butter of the legal professions*”, ou seja, o “ganha-pão” das profissões legais (KFOURY NETO, 2003, p.57).

Deve-se reconhecer que o tema ora em tela tem o seu enfoque qualificado quando se leva em conta a doutrina dos que vivenciam diretamente a experiência norte-americana. Assim, torna-se pertinente destacar aqui o que disse Kelly (1971, apud FRANÇA, 2001, p.238): “[...] estamos alarmados pelo crescente número de

ações de responsabilidade médica [...]. Parece uma onda de ações [...] a varrer todos os Estados Unidos a partir da Califórnia”. Insta destacar, também, a doutrina de Weiler, professor da *Harvard Law School*, reproduzindo trechos da sua obra *Medical malpractice on trial*, de 1991, retirados da transcrição em inglês¹ feita por Dantas (2002):

A mais imediata, mais óbvia fonte da notável crise na má prática médica é o incremento no total das coberturas nos seguros de responsabilidade médica nos Estados Unidos de cerca de US\$ 60 milhões em 1960 para mais de US\$ 7 bilhões em 1988. [...].

Aproximadamente a metade de todas as demandas contra médicos gera algum pagamento, e essa proporção não caiu na medida em que o número absoluto de queixas subiu. De acordo com estimativas até mesmo conservadoras da frequência de processos, cerca de 1 em 25 médicos nos Estados Unidos é atualmente acionado de forma bem sucedida por erros médicos a cada ano. [...].

Nacionalmente, todavia, a média das condenações por erro médico mais do que dobrou de menos de US\$12.000,00 em 1970 para mais de US\$ 26.000,00 em 1975, pulando então para US\$ 45.000,00 por volta de 1978, quase dobrando de novo para US\$80.000,00 por volta de 1984, atingindo o auge de US\$ 100.000,00 em 1986 — um aumento agregado muito acima da inflação. [...] E há, evidentemente, uma relação direta entre o atual crescimento dos veredictos do júri e os valores que serão requeridos nos casos ajuizados futuramente, e, conseqüentemente, a probabilidade de se atrair ainda mais pacientes para o ajuizamento de queixas em um sistema que lhes promete recompensas mais generosas.

[...] em 1988 e 1989 litígios por erros médicos produziram entre as mais altas indenizações por danos pessoais daqueles anos — US\$ 52 milhões de um hospital em Houston, Texas e US\$ 54 milhões de um hospital em Los Angeles. (WEILER, 1991 apud DANTAS, 2002, p. 10-13, tradução nossa).

Os dados vistos acima podem ser minimamente atualizados com base na reportagem de Zimmerman (2002), vinculada ao *Dow Jones Newswires*, em maté-

1. No original: “The most immediate, most obvious source of the perceived crisis in medical malpractice is the increase in total expenditures on medical liability insurance in the United States from about \$60 million in 1960 to more than \$7billion in 1988.[...] Nearly half of all medical practice claims generate some payment, and this proportion has not dropped as the absolute number of claims has risen. According to even conservative estimates of claims frequency, roughly 1 in 25 doctors in the United States is now successfully sued for malpractice every year. [...] Nationally, however, the average malpractice settlement more than doubled from under \$12,000 in 1970 to over \$26,000 in 1975, then jumped to \$45,000 by 1978, nearly doubled again to \$80,000 by 1984, and topped \$100,000 by 1986 — an aggregate increase far in excess of inflation.[...] And there is, of course, a direct relationship between currently rising jury verdicts and the amounts that will be required to settle cases in the future, and consequently the likelihood of attracting even more patients to file claims in a system that promises them more generous recoveries.[...] in 1988 and 1989 malpractice litigation produced among the very highest personal injury awards in those years — \$52 million from a hospital in Houston, Texas, and \$54 million from a hospital in Los Angeles” (WEILER, 1991 apud DANTAS, 2002, p. 10-13).

ria republicada pela Gazeta Mercantil de 27 de junho de 2002. Segundo a repórter, “[...] desde 1994, as indenizações estabelecidas pelo Judiciário nos casos de imperícia médica saltaram 175%, para uma média de US\$ 1 milhão, em 2000”. Informou ainda que “a Associação Médica Americana diz que Flórida, Nevada, Nova York, Pensilvânia e outros oito estados enfrentam uma ‘crise’ porque ‘o sistema legal produz indenizações multimilionárias regularmente’”.

O fato é que a situação norte-americana é tão grave que alguns estados dos EUA chegaram ao extremo de modificar suas leis para proteger os facultativos dos efeitos da indústria de indenizações por erro médico (FRANÇA, 2001, p.238). O Presidente George W. Bush, neste contexto, conforme noticiado em reportagem veiculada no *The New York Times*, reproduzida pelo jornal A Tarde de 27 de fevereiro de 2003, propôs ao Congresso a criação de leis com o fito de impor limites máximos para o valor das condenações por erro médico, com ênfase na “tarifação” dos danos não patrimoniais. Eis trecho da sobredita matéria, da lavra de Stolberg (2003, p.22):

Com médicos de todo o país reclamando sobre o aumento das indenizações por erros médicos, e alguns fechando seus consultórios em decorrência disto, Bush tenta alterar o sistema de responsabilidade médica, incluindo leis que imporiam, entre outras coisas, uma cobertura de US\$ 250 mil para danos não-econômicos, ou “danos psicológicos”.

Trata-se de medida equivocada, pelos argumentos expostos acima quando se comentou a proposta de “tarifação” dos projetos de lei em trâmite em Brasília. A crise norte-americana é tão acentuada, todavia, que certamente algo tem de ser feito antes que todo o sistema entre em colapso. Induvidosa, portanto, é a pertinência do alegado pelos que se preocupam e advertem para os riscos da “importação”, pelo Brasil, deste cenário ianque onde, como visto, atuam juristas, empresas, médicos, pacientes e governantes “à beira de um ataque de nervos”.

E o que dizer do cenário brasileiro? Repita-se, de logo, que até meados do Século XX imperava no Brasil a chamada “responsabilidade eufemística”. A partir dos anos cinqüenta deu-se início a uma transformação gradativa, que levaria à quase extinção do chamado médico de família ou de cabeceira, ou seja, do profissional que acompanhava de perto, de forma personalíssima, a saúde de determinados grupos de pessoas.

Era o início do surgimento da chamada medicina de massa, sob a tutela de grandes empresas. Sobre o tema, Paraná (2002, p.8), professor da Faculdade de Medicina da UFBA, teve a oportunidade de se manifestar nos seguintes termos: “[...] este modelo de exploração de saúde como negócio foi rapidamente absorvido na América Latina sem que a sociedade se desse conta da necessidade de impor limites à atuação dessas empresas”.

O atendimento médico passou a ser altamente especializado, tendo sido influenciado, tanto positiva, quanto negativamente, pelo avanço tecnológico cada vez mais intenso. Positivamente, por motivos óbvios e negativamente em decorrência da deterioração das relações entre os médicos, absorvidos pela engrenagem capitalista montada no setor de saúde, e os pacientes, mais informados, mais racionais e menos religiosos, cada vez mais propensos à rebelião contra o tratamento impessoal e instantâneo imposto pela nova realidade e contra a não obtenção da cura plena das moléstias. Azi (2000, p.8), Baú (2002, p.8) e Diniz (2002b, p.586-587) discorrem muito bem sobre estas transformações, destacando, inclusive, que se trata de fenômeno experimentado em escala global e não apenas no Brasil.

Causas tipicamente brasileiras para o fim da responsabilidade eufemística e que estariam levando o país para o extremo oposto, ou seja, para uma realidade semelhante à norte-americana, seriam as precárias condições de trabalho da maioria dos médicos brasileiros e a péssima formação acadêmica de muitos deles (AZI, 2000, p.10). De fato, diante das notórias dificuldades do sistema de saúde, insuperáveis para o galeno, muitas vezes não há como distinguir o erro médico do malogro provocado pela ausência de materiais, equipamentos e pessoal especializado minimamente necessários ao atuar médico do início do novo milênio.

Demais disso, destaque-se a deficiente formação acadêmica dos médicos brasileiros (FRANÇA, 2001, p.257), propiciada tanto pelo surgimento de faculdades voltadas exclusivamente para a exploração de um dos cursos mais procurados pelos vestibulandos, quanto pela escassez de vagas que possibilitem aos jovens galenos a prática da residência médica. Não obstante se tratar de requisito essencial para a formação de bons profissionais (MANSUR, 1999, p.85), Couto Filho e Souza (2001, p.16) dizem que somente um terço dos que se formam tornam-se residentes.

Na década de oitenta o sobredito processo acelerou-se. Foram os anos do avassalador surgimento dos planos de saúde e da consolidação dos grandes hospitais (BRANDÃO, 2003, p.2). Trata-se do período em que os médicos atuantes no setor privado começaram a vivenciar, assim como os que labutam no setor público, o aviltamento de seus honorários, desta feita causado, dentre outros motivos, pela necessidade de, segundo Brandão (2003, p.2), “garantir os salários dessa nova elite da indústria da medicina (administradores, gerentes, auditores, etc.)”.

O certo é que nesta época muitos ainda não haviam percebido o cenário que viria a se apresentar nos anos noventa. Note-se que Wald (1992, p.490), por exemplo, em sua clássica obra, cuja primeira edição remonta a 1962, em exemplar lançado trinta anos depois, revisado, portanto, à luz dos fatos havidos na década de oitenta, registrava:

Os arts. 1.545 e 1.546 do Código Civil tratam, especialmente, da responsabilidade dos médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas, esclarecendo que são obrigados a indenizar os danos provenientes de sua imprudência, negligência ou falta de técnica. [...] Embora nossa jurisprudência seja pobre na matéria, a evolução do direito nos revela uma tendência no sentido de responsabilizar, cada vez mais, o profissional, pelas suas falhas [...].

Foi, por conseguinte, nos últimos dez anos do século passado que o processo de mudança atingiu seu apogeu, sendo os primeiros anos deste novo milênio decisivos para que haja uma acomodação do terreno ora explorado, possibilitando que se visualize se a realidade brasileira apontará para a ponderação, para o meio-termo, no que concerne à responsabilidade médica, ou se haverá a instauração de postura radical semelhante à norte-americana.

O fato é que este “boom” verificado no setor médico brasileiro, havido na década de noventa sob o influxo da CF/88 e do CDC, veio a ser notado tanto pela doutrina, como pela mídia. No meio doutrinário, merecem destaque os registros feitos em alguns dos trabalhos especificamente dedicados à responsabilidade médica. Dantas (2003a, p.15) identificou uma “[...] crescente interposição [*sic*] de ações judiciais contra erros médicos em todas as regiões do país [...]”. Willemann (2002, p.1) anotou que “[...] grande foi o aumento do número de ações indenizatórias com o sentido de reparar os danos causados por profissionais da saúde” após a CF/88. Por fim, Azi (2000, p.8), com base em dados de 1999, informou que o número de processos no país decorrentes de *medical malpractice* aumentou sete vezes em apenas uma década.

A gritante transformação experimentada no segmento médico também encontrou ressonância na imprensa. O Jornal A Tarde, a partir de 2000, passou a apresentar diversas matérias sobre o fenômeno, produzidas por diferentes repórteres, como se vê em seguida.

Fonsêca (2000, p.5), em matéria de novembro de 2000, apurou que “médicos e hospitais estão sendo cada vez mais acionados na Justiça pela população [...]”. Na sua reportagem, entrevistou o então presidente do Sindicato dos Hospitais da Bahia, Eunivaldo Diniz, que afirmou o seguinte: “[...] está assustando é o aumento rápido dessas ocorrências, que são cada vez mais frequentes”. Destacou, ainda, o alerta do CREMEB “para o grande número de ações que estão na Justiça, onde os médicos têm sido obrigados a pagar indenizações milionárias por conta das falhas cometidas”. Informou, ao final, que as lideranças médicas “acreditam que boa parte das ações judiciais contra médicos e hospitais decorre de abusos por parte dos pacientes”.

O trabalho de Fonsêca (2000, p.5) revela, a um, que as sobreditas previsões de Wald (1992, p.490) eram precisas, a dois, que os anos noventa materializaram mu-

dança do quadro verificado até então e, a três, que há fortes indícios de que cenário semelhante ao verificado nos EUA ameaça se instalar no Brasil, conforme indicam os comentários assustados e radicais dos médicos e de seus órgãos de classe.

O mês de abril de 2001 foi marcado pela reportagem de Nascimento (2001, p.15), trazendo a lume, sob a manchete “erro médico: quando a medicina mata”, graves e numerosos casos de *medical malpractice*.

No ano de 2002 devem ser destacadas as matérias de Chetto (2002, p.4) e de Verônica (2002, p.22). A primeira, de junho, dava conta de que “no Brasil [...] é certo que o número de casos e queixas de erros médicos vem aumentando nos últimos anos”. A segunda, de setembro, reforça a informação ao aduzir que “[...] o número de processos dobrou nos últimos anos”. Note-se que a repórter trata de dados relativos aos primeiros momentos do novo milênio, uma vez que a revista *Veja*, em matéria a ser comentada abaixo, em 1999, já informava que, na verdade, o volume de ações aumentou sete vezes na década de noventa (MANSUR, 1999, p.80), reforçando a informação constante do trabalho de Azi, antes mencionado (AZI, 2000, p.8).

O periódico, ainda em 2002, veiculou o já anteriormente comentado artigo de Luna (2002, p.8), esculápio, que antevia o seguinte: “As demandas contra os médicos e empresas hospitalares devem escalar significativamente, nos próximos meses, no Brasil”.

Em jornal de junho de 2003, Conrado (2003, p.5) informava que, no CREMEB, o número de denúncias contra galenos “triplicou nos últimos cinco anos”, o que revela a consistência do fenômeno verificado na última década do Século XX e sua propagação no novo milênio. Noticiou, ainda, que no “[...] Brasil, nos últimos três anos, as queixas mais comuns contra médicos são registradas nas especialidades de cirurgia plástica, ginecologia e obstetrícia”.

Por fim, já em outubro de 2004, Lobo (2004, p.7), em matéria que ocupou uma página inteira do jornal, sob a manchete “justiça faz diagnóstico do erro médico”, informava que o “Credeb recebe uma média de 40 denúncias por mês, em geral nas áreas de ginecologia e obstetrícia, cirurgia (geral e plástica), anestesia, ortopedia e traumatologia”, o que demonstra a inserção da Bahia no contexto nacional aqui comentado.

Se este “vôo panorâmico” sobre as principais matérias publicadas pelo jornal *A Tarde* serviu para demonstrar que o assunto ora em baila está sempre em pauta, convém obter que, nacionalmente, uma das reportagens mais emblemáticas foi, realmente, a abrangente matéria da revista *Veja* de 3 de março de 1999, já aludida acima. Não foram outros os motivos que fizeram o tema merecer a capa da revista que não as importantes transformações havidas na década de noventa,

ora comentadas. Na tradicional “carta ao leitor” afirmou-se que “as histórias de erro médico são tão antigas quanto a medicina, mas no Brasil nunca houve tantas denúncias nesse campo” (O ERRO..., 1999, p.9).

Evidenciadas a realidade do setor médico brasileiro e a concreta possibilidade de uma importação da crise norte-americana, faz-se mister abordar os motivos pelos quais se entende que o tratamento dispensado à responsabilidade médica não pode descambar para o radicalismo punitivo, como pretendem alguns. Não se trata de posicionamento genuflexo diante de anacrônica visão sacramental dos galenos, mas do reconhecimento ponderado e racional de que sua atividade apresenta especificidades em relação a outras profissões, a justificar tratamento diferenciado.

5. ESPECIFICIDADES DA ATIVIDADE MÉDICA

Já se teve oportunidade de comentar, acima, que a pretensão de radicalizar na punição de médicos em decorrência do malogro de suas intervenções decorre de natural reação à fase em que os médicos, com o respaldo de uma sociedade mal informada e crédula, julgavam-se intocáveis, protegidos de qualquer questionamento acerca da correção no desempenho do seu mister.

Os movimentos pendulares, ou seja, a necessidade de se transitar pelos extremos até se atingir o meio-termo, caracterizam a história humana. Note-se, por exemplo, que não foi à toa que à fanática religiosidade da Idade Média se opôs a sociedade laica e demasiadamente racional que lhe seguiria, com o Renascimento. Não foi sem motivo, outrossim, que, no Brasil, após o reconhecimento dos danos morais pela Constituição de 1988, em um primeiro momento, as condenações foram milionárias, seguindo-se fase em que os valores foram gritantemente minimizados.

A partir de dois exemplos tão distintos tornam-se facilmente perceptíveis os motivos pelos quais não deve causar estranheza o fato de, no Brasil, a “responsabilidade eufemística” dos médicos ter gerado para alguns, ao depois, sua antítese, ou seja, a “caça às bruxas”, inspirada na realidade norte-americana.

Ocorre que as especificidades da medicina impedem que o radicalismo punitivo seja implementado sem que haja prejuízos a todos os envolvidos, ou seja, médicos, pacientes e sociedade em geral como será demonstrado abaixo. Antes, porém, deve-se apurar se há tais particularidades e quais são elas.

Não se pode olvidar que G. Lima (1993, p.426) de há muito já dizia que “a atividade profissional do médico tem características e contornos especiais [...]”. França (2001, p.17), a propósito, posiciona-se de igual forma quando sustenta que a medicina é “[...] uma profissão que encerra características genuínas, eminentemente pessoais e circunstanciais, que a tornam diferente das demais profissões”.

Note-se, primeiramente, como reforçado por Diniz (2002a, p.243), que a profissão médica está entre aquelas “dotadas de função social”. Assim, crises no segmento médico fatalmente implicam em distúrbios sociais indesejáveis, motivo pelo qual se lhe deve disponibilizar máxima atenção.

Perceba-se, outrossim, que as particularidades da medicina decorrem do seu objeto de estudo, ou seja, a vida e a saúde humanas. Lidar com elas impõe aos médicos não apenas preparo técnico, como também emocional e ético. Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.238) constataam esta circunstância, destacando inclusive a função social do atuar médico, nos seguintes termos:

Poucas atividades profissionais envolvem uma carga tão grande de emotividade quanto a medicina.

Ter a vida de um paciente, em suas mãos, esvaindo-se como grãos de areia na ampulheta, tendo de decidir os rumos a serem tomados, antes que seja tarde demais, é uma atribuição para verdadeiros vocacionados, como um sacerdócio estabelecido para o bem da coletividade.

Pela mesma vereda segue Kfoury Neto (2003, p.25) ao aduzir que “por respeito à dignidade do ser humano, a relação [...] entre o médico e o paciente deverá estar sempre impregnada de humana consideração pelo semelhante e pelos valores espirituais que ele representa”.

É claro que os arautos da radicalização da responsabilidade médica argumentarão que a nobreza da medicina destacada nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2002) e de Kfoury Neto (2003) não passa de retórica vazia ou, ainda, de premissa esmagada pelo advento da medicina da massa, para, depois, justificar a ampliação desmedida das condenações decorrentes de procedimentos mal sucedidos.

Não podem, entretanto, negar a circunstância da medicina ser uma ciência inexata, ora em virtude do seu estágio científico atual, ora em razão da unicidade de cada organismo humano, com suas imprevisíveis reações diante dos tratamentos médicos. São particularidades maciçamente reconhecidas pela doutrina, como se demonstrará em seguida.

Para Thomaz Júnior (1997, p.94), a “[...] ciência médica é incerta e conjectural”. Forster (1997, p.84), por sua vez, afirma que a medicina é “[...], por definição, uma ciência incompleta, que a cada dia desbrava novas fronteiras, defrontando-se com enfermidades até então desconhecidas, talvez na mesma medida em que vai descobrindo os meios de curar muitas delas”. França (2004, p.5) aduz que a “[...] medicina não conta com os benefícios da exatidão matemática, nem se propõe oferecer respostas perfeitas e uniformes”. Croce e Croce Júnior (2002, p.4) preferiram simplesmente asseverar “[...] não ser a Medicina uma ciência exata, pelo que nem sempre se pode imputar [...] um tratamento médico desfavorável

ao profissional que a exerce[...]”. A inexatidão do atuar médico foi, ainda, destacada por diversos autores, tais quais, Azi (2000, p.53), Kfouri Neto (2003, p.73) e A. Santos (2003, p.75).

Esta constatação deriva da circunstância do organismo humano ainda ser, em boa parte, um mistério para a medicina (CARDOSO, 2002, p.289; COUTO FILHO, 2004, p.140), o que leva o galeno a enfrentar situações muitas vezes imprevisíveis. É por isso que os “médicos dizem que não há doenças, há doentes — porquanto dois pacientes, acometidos do mesmo mal e tratados de modo idêntico, podem apresentar reações absolutamente distintas à terapia: num caso a cura; noutro, o agravamento da enfermidade e, até, a morte” (KFOURI NETO, 2003, p.82).

De fato, não há como fugir da verificação do estágio atual da ciência médica no momento de se apurar se existe ou não o dever de indenizar decorrente de erro médico, haja vista que o facultativo pode obter um resultado indesejado em virtude das limitações do próprio conhecimento humano. É cediço, neste sentido, que existem “doenças misteriosas como as alergias, ainda mal compreendidas pela medicina [...]” (SOALHEIRO, 2004, p.56). Assim, não há que se falar em punição para um esculápio, por exemplo, “[...] quando, durante uma cirurgia, o paciente apresenta quadro raro de alergia ao talco que envolve as luvas do cirurgião” (LOBO, 2004, p.7).

Pode-se dizer o mesmo, em mais um exemplo, no que diz respeito aos casos de choque anafilático, que já vitimaram muitas pessoas, em casos fatais, como o da cantora Clara Nunes, ou não, como o da modelo Cláudia Liz ou ainda, mais recentemente, o do cantor Marcus Menna. É o que já se reconheceu judicialmente, como revela o seguinte trecho de acórdão do Tribunal de Alçada do Paraná, reproduzido por Kfouri Neto (2003, p.155):

[...] sendo de notória sabença nos meios médicos que a ciência ainda não definiu procedimentos ou exames pré-cirúrgicos para detectar, com absoluta eficiência, a intolerância do paciente a uma droga e a decorrente possibilidade deste sofrer algum choque anafilático, irretocável é a sentença monocrática [...] absolveu os acusados da imputação (TAPR — Ap. Crim. 111801-6 — 1. Câ. Crim. — Rel. Juiz Luiz Cezar de Oliveira — j.25.03.1999).

Não se deseja, com o que foi demonstrado até aqui, sustentar a necessidade do retorno à “responsabilidade eufemística”, já que há critérios para, de forma ponderada, à luz da responsabilidade subjetiva, apurar se houve ou não um erro na conduta do médico que tenha dado ensejo ao dano. Nesta hipótese deve ser configurado plenamente o dever de indenizar e punido o médico à luz do direito. O que não pode ocorrer é pregar a objetivação desta responsabilidade, colocando sobre os ombros dos esculápios o peso da inexatidão da ciência que resolveram abraçar.

Tome-se o exemplo do julgado parcialmente reproduzido acima. Nele, os médicos foram absolvidos pela ocorrência de choque anafilático que não puderam prever. Poderiam e deveriam ter sido condenados, todavia, caso não tivessem procedido com os cuidados necessários e possíveis para a adoção de medidas de urgência já definidas nos manuais médicos para intercorrências deste jaez. O que deve ser buscado, dentro do meio-termo aqui proposto, é, pois, o caminho sinalizado por França (2001, p.241): “[...] embora não haja na Medicina a exatidão fria da Matemática, sempre existe um critério de previsibilidade, a fim de se afastarem os danos considerados evitáveis”.

Vê-se, pois, mais uma vez aqui, o posicionamento intermediário já defendido anteriormente, pelo qual se defende a responsabilidade civil dos médicos “[...] sem rigor excessivo, nem benevolência ao extremo [...]” (VASCONCELOS, 2003, p.177), como também intuem Croce e Croce Júnior (2002, p.4) nos termos vistos abaixo, *in verbis*:

[...] se é certo que a Medicina, por suas próprias características, de um lado deve receber, em determinada circunstância, respaldo da fortuidade do evento, em contrapartida sempre precisa ser exercida cautelosamente, sem açodamento ou sofreguidão, com competência, amor e respeito à vida e ao direito dos pacientes [...] [sob pena de o médico ser] [...] chamado à responsabilidade, civil ou criminal [...].

Neste passo, lembrando-se o que foi visto acima no que tange à diferença existente entre “risco” e “perigo”, à luz da doutrina de Passos (2001) e Hofmeister (2002), pode-se afirmar que a atividade médica é muito mais perigosa do que arriscada. Ora, os esculápios, diante da inexatidão da medicina e da incerteza da reação de cada organismo humano em particular, lidam preponderantemente com “[...] algo externo, colocado fora do poder de opção do agente [...]” (PASSOS, 2001, p.132-133). É por isto que a cura é um objetivo “[...] que não depende somente da vontade do médico, mas também de circunstâncias que lhe escapam ao controle e à vontade” (CARDOSO, 2002, p.275).

Assim, se se trata de situação que não pode ser evitada, nem foi criada por decisão do agente, resta incorreto qualificá-la de arriscada, sendo, em verdade, perigosa.

Resta óbvio que as doenças e a morte estão mais para perigo do que para risco. Todo ser humano, ao longo de sua vida, ficará, em regra, doente e, necessariamente morrerá. Por outro lado, o normal é que uma pessoa passe a vida toda sem ser vítima de um acidente de trabalho, de uma contaminação radioativa ou de uma colisão fatal de trânsito.

Caso o homem, por exemplo, abdicasse da energia nuclear, poderia eliminar o risco da radioatividade. Na hipótese de se acabar com a medicina, com os esculá-

pios e com os hospitais, entretanto, não haveria redução das mortes e das doenças, muito antes pelo contrário. É por tudo isto que se pode afirmar taxativamente ser a medicina uma atividade perigosa que se distingue de outras antes mencionadas, que são de risco, visto decorrerem da vontade humana.

É claro que, excepcionalmente, os médicos podem adentrar na seara do risco, como ocorre, *v.g.*, quando decidem pela adoção de uma técnica inovadora, porém pouco conhecida, em lugar de outra igualmente eficiente e plenamente dominada. É bom repetir, todavia, que situações tais quais esta são evidentemente excepcionais.

Esta reflexão nada tem de estéril, sendo, pelo contrário, de extrema importância para o enfrentamento do problema eleito nesta dissertação, mormente no que tange à exegese de uma das cláusulas gerais trazidas à tona pelo novo Código Civil. Tenha-se em mente, pois, que a medicina é uma atividade que envolve perigo e não risco.

Demonstradas as especificidades da medicina, resta apurar as conseqüências que deverão ser enfrentadas caso se decida pela sua desconsideração. É o que se faz em seguida.

6. CLARIVIDÊNCIA *VERSUS* IMEDIATISMO

A adoção de posicionamentos incisivos pode trazer inicialmente benefícios para certas pessoas, mas, ao depois, acabar gerando, para elas mesmas, prejuízos mais graves do que aquele que se pretendeu compensar ou evitar. A economia brasileira, *v.g.*, tem vivido tal aprendizado nos últimos dois governos, quando se passou a evitar medidas populares de curto prazo, que se transformam em impopulares em um segundo momento. É o caso dos aumentos sem sustentação do salário mínimo, que incrementavam a inflação, a qual, meses depois, deteriorava a majoração concedida, chegando mesmo à diminuição do seu valor real.

O que se prega neste trabalho é que assim como “[...] o erro médico não interessa a ninguém: nem ao médico, nem ao paciente, nem à sociedade” (FRANÇA, 2001, p.282), a radicalização da responsabilidade médica no Brasil também gerará prejuízos a todos e não apenas aos médicos.

É óbvio que os facultativos não deixariam de reagir à tendência de se lhes responsabilizar pelas intervenções malogradas em decorrência do estágio atual da medicina ou de reações imprevisíveis do corpo humano. E é mesmo de se esperar que o radicalismo da postura de defesa dos médicos seja conseqüência da radicalização da sua responsabilidade civil profissional. Não deve causar estranheza, portanto, a circunstância de que “[...] os demandantes que parecem, a princípio, sair ganhando, sairão certamente perdendo” (FRANÇA, 2001, p.240).

Discorda-se, pois, de posicionamentos como o de Dantas (2003b, p.25), o qual sustenta que na relação em foco “quem mais importa” é “o paciente, o consumidor dos serviços médicos”. Na verdade, defende-se neste trabalho que diante de todas as especificidades da medicina, analisadas anteriormente, não se pode segmentar a relação médico-paciente, sendo importante ter uma visão abrangente, do todo, que possibilite atingir a ponderação tantas vezes defendida acima.

Se, diante da intolerância com o insucesso médico, os galenos têm de “[...] trabalhar sob verdadeira espada de Dâmocles” (DINIZ, 2002b, p.587), se “[...] a atuação profissional [...] termina por ser exercida com receio, até certo medo, como alguns já anunciam” (SANTANA, 1997p.151) e se, por fim, “a responsabilidade médica [...] com o passar dos dias vai se transformando num sistema tão complexo e de tanta generosidade aos que demandam contra médicos” (FRANÇA, 2001, p.30), não é de se estranhar que se tenha formado o cadinho do qual emana a chamada “medicina defensiva”. Trata-se de postura tão prejudicial aos médicos quanto aos pacientes, por ser “cara [...], contraproducente e desgastante” (BAÚ, 2002, p.28).

“Medicina defensiva” é a expressão consagrada doutrinariamente (FORSTER, 1997, p.89; FRANÇA, 2001, p.289) e também usada na mídia (MANSUR, 1999, p.86), para definir as conseqüências deletérias da radicalização da responsabilidade médica. Dentre estas, o maior destaque é dado para o incremento dos seguros médicos e o conseqüente repasse dos custos para os pacientes e, também, para o abandono pelos médicos de certas especialidades mais arriscadas, como, v.g., a obstetria e a cirurgia, obrigando os que necessitam dos serviços a um périplo que lhes impõe, às vezes, viagens intermunicipais ou interestaduais. É o que, v.g., destaca I. Moraes (1995, p.243):

Quem tem se prejudicado é o doente, pois o médico, para proteger-se, é obrigado a fazer enormes seguros de responsabilidade civil, o que desestimula o bom cirurgião, cuja fama, atraindo pacientes graves, torna-o de alto risco para as Companhias de Seguros, que cobram elevados prêmios. Muitos trabalham metade do ano, outros afastam-se precocemente das lides cirúrgicas.

Às conseqüências mencionadas acima devem ser agregados, ainda, os embates que têm ocorrido no Congresso Nacional, onde se entrecrocavam *lobbies* antagônicos, como se constata nas discussões em torno de projetos de lei que visam à “tarifação” das indenizações decorrentes de erro médico, que já foram comentados acima. Em se materializando no ordenamento jurídico brasileiro esta pretensão decorrente da medicina defensiva, os prejuízos para os pacientes serão óbvios, uma vez que muitos deles, vitimados por erros médicos propriamente ditos, ou seja, decorrentes da má conduta dos esculápios, receberão indenizações em montantes inferiores aos efetivamente devidos.

Chega-se a falar no próprio afastamento dos galenos da medicina, “temerosos com processos milionários” (SANTOS, A., 2003, p.XIII). Apesar de se tratar de consequência extremada, de difícil concretização efetiva, ao menos em larga escala, é importante destacar que a carência de médicos é, por motivos óbvios, um dramático problema para quem necessita de atendimentos. Não dá para confiar, pois, no acerto da desditosa frase cunhada pelo ex-governador da Bahia, Nilo Coelho, “[...] durante uma das inúmeras greves e atos de protesto realizados por profissionais da área de saúde na década de 80 [...]” (MOURA, M., 2002, p.4). Segundo ele, os médicos seriam como o sal: brancos, baratos e fáceis de encontrar.

Postas tais ponderações, não há como fugir da necessidade de se driblar o apriorismo, adotando-se uma visão mais percuciente da questão, para que se conclua que o meio-termo entre os extremos da responsabilidade eufemística e sua antítese é o único caminho que apresenta mais benefícios do que prejuízos para todos os envolvidos na relação médico-paciente. Calejados no enfrentamento do problema em tela, alguns norte-americanos já tomaram consciência disto, como revela o posicionamento ponderado do advogado e médico Wachsman (1993, p.75 apud FORSTER, 1997, p.89):

[...] os melhores médicos não examinam, diagnosticam, ou tratam pacientes com um olho no que é preciso evitar para não ser processado. Os melhores médicos dirigem esforços no sentido de providenciar o melhor tratamento possível para os seus pacientes. Médicos e pacientes também deveriam insistir em nada menos do que isso.

Se a idéia a ser defendida passa pelo reconhecimento de que o paciente é a parte mais fraca da relação — como inegavelmente o é —, não podendo suportar sozinho o peso das intervenções mal sucedidas por força das especificidades da ciência médica, então que não se lhe transfira para os ombros dos esculápios, que não o suportarão. A única saída viável que se pode enxergar é a da socialização dos perigos, ou seja, a “[...] criação dos fundos mutuários coletivos”, conforme proposto especificamente por França (2001, p.289) e genericamente por Passos (2001, p.135).

Esta implementação securitária, nos mesmos moldes obrigatórios hoje usados para os acidentes de trabalho e de trânsito, poderia ser a solução no que tange a tais indenizações, a despeito de materializar uma opção que “não contribui para a melhoria das relações médico-paciente nem com a qualidade da assistência médica” (FRANÇA, 2001, p. 289).

A sobredita ressalva feita por França (2001) está relacionada, sobretudo, à certeza de que boa parte das lides envolvendo médicos e pacientes decorre da falta de diálogo qualificado entre as partes, na maioria das vezes em razão da postura fria e impessoal dos esculápios, o que não poderia ser sanado pelo advento de um seguro obrigatório.

A preocupação em se evitar a responsabilização dos médicos pela inexatidão da medicina e pela incerteza das reações do organismo humano não é despropositada. Veja-se que o Poder Judiciário tem sido instado a se posicionar a respeito. Merece destaque, neste sentido, decisão do TJRJ, transcrita por Couto Filho e Souza (2001, p.65):

Não se pode responsabilizar o médico por situações para as quais a própria ciência médica não tem explicação. Se assim fosse, não haveria mais uma só pessoa que se dispusesse a seguir tão nobre profissão. Tornar o médico responsável pelo desconhecido é estabelecer nova espécie de responsabilidade objetiva, o que é de todo inadmissível.

A impossibilidade da objetivação da responsabilidade civil médica, todavia, será objeto de estudo mais aprofundado adiante, quando da primeira abordagem específica do problema eleito nesta dissertação. Antes, porém, ainda se faz mister a análise de dois aspectos técnico-jurídicos próprios da responsabilidade civil médica que lhe devem logicamente anteceder: a responsabilidade médica será contratual ou extracontratual? E a obrigação dos esculápios, é de meios ou de resultado?

7. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL: REGRA

A subsistência da velha dicotomia que divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, a importância prática de se saber distinguir uma e outra nos casos concretos e outros aspectos de não menos relevo já foram objeto de atenção acima. Agora, resta saber onde se enquadra a responsabilidade médica neste particular.

Em edição recente da obra de Diniz (2002a, p.241) ainda consta a seguinte advertência: “Bastante controvertida é a questão da natureza jurídica da responsabilidade profissional, pois há autores que a incluem na seara contratual, outros na extracontratual e os que a enquadram num ou noutro campo, conforme as circunstâncias”. Sanseverino (2002, p.183), entretanto, sustenta posicionamento diametralmente oposto, como se constata abaixo:

Encontra-se hoje superada a discussão em torno da natureza contratual da responsabilidade de determinados profissionais liberais como os médicos [...] que decorria da inserção da regra do art. 1.545 do Código Civil de 1916, entre as modalidades de responsabilidade aquiliana. O entendimento doutrinário dominante acerca da responsabilidade desses profissionais é, em regra, efetivamente, contratual.

A razão está com Sanseverino (2002), tendo em vista que a esmagadora maioria dos doutrinadores sustenta ser a responsabilidade dos médicos, em regra, contratual (BRANCO, 1996, p.58; CARDOSO, 2002, p.265, FRANÇA, 2001, p.272; GOMES, L., 2000, p.212; GONÇALVES, 2002, p.111; KÜHN, 2002, p.61;

MALUFE, 2000, p.3; MONTEIRO, 2003, p.491; SÁ JÚNIOR, 2001, p.12; SILVA, C.,2003, p.17; SOTTO, 2003, p.1; WALD, 1992, p.367).

Dentre todos os trabalhos supracitados, merece destaque o de Kühn (2002, p.61) quando afirma, categoricamente, que “a responsabilidade médica é considerada de natureza contratual por praticamente toda a doutrina”. Diz, a propósito, que coube a Josserand, em 1936, defender tal posicionamento em França, tendo ele enfrentado resistências dado o receio desta constatação implicar na culpa presumida dos médicos, nos moldes já explicitados anteriormente. O receio dos franceses somente foi superado com a difusão da teoria de Demogue sobre as obrigações de meio e de resultado e suas repercussões no que tange ao ônus da prova, igualmente vistas acima.

As precitadas “resistências” e a forte influência exercida pelo Código Civil francês sobre Beviláqua no momento da elaboração do CC/16 talvez revelem um dos motivos pelos quais o art.1.545 do velho *codex* foi colocado no campo da responsabilidade extracontratual, alimentando a antiga polêmica.

Coube a Aguiar Dias (1994, p.254-255) demonstrar que, a despeito da posição ocupada pelo art.1.545 no CC/16, a responsabilidade civil dos médicos é, em regra, contratual. O pioneirismo e a percuciência das lições de Aguiar Dias (1994) no encerramento desta polêmica não escaparam aos olhos atentos de Croce e Croce Júnior (2002, p.29) e de Kfoury Neto (2003, p.71).

De fato, analisada de perto a relação médico-paciente, não há como negar que, tácita ou expressamente, haverá na esmagadora maioria das vezes um contrato disciplinando as obrigações de parte a parte. A doutrina dominante admite apenas poucas exceções, como a do médico que encontra pessoa sozinha e desacordada na via pública, prestando o devido socorro (GONÇALVES, 2002, p. 111). Nesta hipótese, como não haveria a possibilidade do acordo bilateral de vontades, há óbice à materialização do liame contratual.

Outro caso seria o do atendimento a menor impúbere que não esteja devidamente representado. Nesta hipótese, obviamente, também restaria inviabilizado o surgimento do contrato diante da impossibilidade da manifestação válida da vontade. Seria, ainda, “[...] extracontratual quando o dano resulte da negativa de atendimento ou perante terceiros [...]” (BRANCO, 1996, p.59), como no caso de atestado médico indevidamente concedido que gera prejuízo para uma empresa. Nota-se, entretanto, que tais hipóteses configuram tão-somente exceções que apenas confirmam a regra de que a responsabilidade médica é contratual.

Se, de um lado, é certo que a polêmica resta encerrada no particular, de outro, não é possível olvidar o entendimento de Aguiar Júnior (1995) e de Baú

(2002), que, minoritariamente, sustentam haver na atividade médica, ora a responsabilidade contratual, ora a extracontratual. Veja-se, inicialmente, o que diz Baú (2002, p.26):

As relações do médico com o paciente podem, então, ser de natureza contratual ou extracontratual. São contratuais quando derivadas de um contrato estabelecido livremente entre as partes, em geral, caracterizado pelo costume e de forma não escrita, compreendendo as relações do âmbito da medicina privada. Ocorre exatamente na situação do paciente que procura o médico em seu consultório particular, remunerando-o, diretamente, mediante a prestação da consulta ou do procedimento.

É caracterizada, como sendo extracontratual, a relação entre o médico e o paciente sempre que não houver, ainda que tácita, a existência do contrato. O cliente não procura o médico no seu consultório privado, e sim busca atendimento na rede de credenciados, não importando, de maneira definitiva, o fato de ser atendido pelo profissional “A” ou “B”, sendo então irrelevante para o credor a pessoa do médico. [...] Também é extracontratual a relação entre o médico e o paciente segurado, mesmo havendo contrato entre o paciente e a seguradora ou convênio de saúde, não há contrato entre o paciente e o médico que presta diretamente o serviço.

É mister discordar do entendimento de Baú (2002). A circunstância do paciente escolher aleatoriamente o nome do médico em um livro de profissionais credenciados pelo plano de saúde não impede a materialização do contrato quando chega ao consultório e decide levar adiante a consulta previamente marcada. Afinal, nada impediria que o paciente desistisse da relação antes mesmo dela começar, se, quando da sua chegada à sala de espera, detectasse, por exemplo, que o profissional era grosseiro com as pessoas ou, ainda, descuidado com o asseio pessoal.

O fato do médico ser credenciado, não podendo, a princípio, recusar o atendimento também não afasta a caracterização do contrato. De fato, o direito contratual do novo milênio, sobre o qual já se teve a oportunidade de escrever (SANTOS, L., 2003), mitigou a autonomia da vontade, abalando o conceito clássico dos contratos.

Assim, nos dias de hoje não se questiona a natureza contratual de certas relações surgidas independentemente da vontade de uma das partes. Neste sentido os chamados contratos coativos, como os de seguro obrigatório, por exemplo, e, ainda, os contratos necessários, quando “a decisão de contratar deriva não da vontade do contratante, mas sim da imperiosa necessidade que este tem de apropriar-se do bem ou de receber o serviço, somente obtidos mediante contratação de determinada pessoa” (SANTOS, L., 2003, p.142), como é o caso dos contratos firmados, v.g., com uma empresa que monopolize o fornecimento de energia elétrica em dada cidade.

Grau (2001, p.129), ao tratar desta crise da teoria dos contratos forjada sob os moldes oitocentistas, questionando a amplitude do alicerce consubstanciado pelo princípio da liberdade contratual, casualmente forneceu um exemplo que vem a calhar para a demonstração do quanto aqui pretendido: “Entre as obrigações de contratar por imposição dos bons costumes, segundo Larenz, incluem-se as do médico — que não pode se recusar, sem motivos fundados, a atender um enfermo [...]”. Vê-se, pois, que a circunstância do galeno não poder recusar o paciente não afasta a natureza contratual da relação.

A inspiração de Baú (2002) para trazer a lume o posicionamento ora contestado remonta ao trabalho de Aguiar Júnior (1995, p.35), que, em resumo, também sustenta a natureza extracontratual sempre que “[...] o atendimento é obrigatório, pressupondo uma relação primária de direito administrativo ou de direito civil entre o médico e a empresa ou hospital público [...]”. Também contra este posicionamento são válidos todos os argumentos acima expendidos. O certo é que o próprio Aguiar Júnior (1995, p.46) acaba por fornecer eficaz “munição” contra seu próprio posicionamento, nos seguintes termos:

Figueiredo Dias e Monteiro sustentam que, embora entre o doente e o médico que o assiste, por dever de ofício, em hospital público, não haja contrato, deve ser reconhecida a existência de uma relação contratual de fato entre o paciente e a organização hospitalar, pois o doente internado não é um estranho [...].

O certo é que se a situação atinente ao direito administrativo envolve uma certa complexidade, não há como sustentar a posição de Baú (2002, p.26), que até mesmo nos casos dos seguros de saúde advoga se tratar de caso de responsabilidade extracontratual dos galenos. Ora, os pacientes segurados têm ampla liberdade de escolha dos esculápios com os quais pretendem se tratar, obtendo o ressarcimento ulterior das despesas respectivas, até o limite previsto na apólice. A relação contratual entre o médico e o paciente resta, pois, óbvia, sem prejuízo do contrato mantido entre este e a seguradora.

Definido que a relação médico-paciente pressupõe, em regra, um contrato, resta apurar a natureza jurídica deste. A maioria da doutrina sustenta que se trata de um contrato de prestação de serviços (BRANCO, 1996, p.56; CARDOSO, 2002, p.266; KFOURI NETO, 2003, p.72; SÁ JÚNIOR, 2001, p.12; SANSEVERINO, 2002, p.183; SILVA, C., 2003, p.17; SOTTO, 2003, p.1; WALD, 1992, p.367), cuja disciplina legal hoje remonta aos arts. 593 a 609 do CC/02. Note-se, por oportuno, que nas obras anteriores ao advento do novo Código Civil era comum que se mencionasse “locação de serviços” para denominar este mesmo contrato, eis que o antigo *codex*, nos seus arts.1.216 a 1.236, fazia uso desta expressão para o disciplinar.

Como o contrato de prestação de serviços é semelhante ao de empreitada de trabalho seria de se perguntar o porquê da maioria dos doutrinadores preferir o primeiro ao segundo no momento de definir a natureza jurídica do contrato médico. A resposta é simples, já que a ênfase do contrato de prestação de serviços é na própria energia de trabalho, ou seja, no próprio serviço, enquanto que o contrato de empreitada, ainda que de labor, enfatiza a conclusão da obra.

Veja-se o que diz Wald (1992, p.369) a respeito: “[...] na empreitada o fim é a obra que deve ser terminada; na prestação de serviços, é só o trabalho, ou seja, na empreitada há uma obrigação de resultado; na prestação de serviços, obrigação de meio”. Tendo em vista que a atividade médica, em regra, implica em obrigação de meios, nos termos que serão detalhados mais adiante, torna-se facilmente perceptível o principal motivo da opção doutrinária pelo contrato de prestação de serviços.

É bom reconhecer que a definição da natureza do contrato médico constitui tema polêmico e que mereceria uma análise mais detida, a qual, entretanto, foge aos limites propostos para este trabalho. Esta limitação, todavia, não impede que se transcreva a conclusão a que chegou Kühn (2002, p.95-96) a respeito, por se tratar da autora que melhor escreveu sobre o tema entre os doutrinadores consultados, com a qual se concorda nesta questão específica:

O contrato de locação de serviços está previsto em lei. Consideram-se contrato [sic] de prestação de serviço todos aqueles que não se ajustam ao conceito de contrato de trabalho, ou por não existir a subordinação, ou pela falta de continuidade, ou pelos fins da atividade. [...] No nosso ponto de vista, este é o contrato típico que mais se aproxima do contrato médico-paciente, porém falta, entre os seus elementos essenciais, a participação do paciente, voluntária ou involuntária, sendo esta última o próprio componente de álea que caracteriza e individualiza este contrato. [...].

Como não conseguimos encontrar lugar para o contrato médico-paciente dentre os contratos típicos, concluímos que este é um contrato atípico. [...] Assim, podemos dizer que o contrato médico-paciente é um contrato atípico modificado, por conter elementos do contrato de prestação de serviços aliados a elementos próprios desta peculiar relação jurídica.

Pode-se afirmar que Kühn (2002) efetivamente acertou ao definir a natureza do contrato médico, por apreender e levar em conta as particularidades da atividade médica, analisadas acima.

Uma de suas inspirações foi, indubitavelmente, a doutrina de Meyer Coutinho, que lecionou o seguinte: “na prática médica, o que diferencia qualquer outro contrato é a circunstância de o próprio contratante, o paciente, ser co-partícipe e também responsável pelo êxito do tratamento” (COUTINHO, 1997 apud KÜHN, 2002, p.73). Em complementação, Kühn (2002, p.73) recorreu à paráfrase, conforme se depreende do texto a seguir transcrito:

O autor explica que a participação do paciente é voluntária quando este exerce seu direito de seguir ou não o que foi recomendado pelo médico. No caso do paciente não cumprir a prescrição médica, o contrato se desfaz, não se podendo falar em responsabilidade do profissional. Quanto à participação involuntária do paciente (credor), dá-se quando este é incapaz de tomar decisões ou quando seu organismo não responde à medicação ou intervenção realizada pelo médico.

Tecidas tais considerações acerca da responsabilidade dos médicos ser contratual e sobre a natureza deste contrato, resta aprofundar a análise acerca da obrigação dos galenos ser, em regra, de meios e não de resultados, conforme se afirmou acima, *en passant*, em diversas ocasiões.

8. OBRIGAÇÃO DE MEIOS: REGRA

Dedicou-se, acima, espaço para uma abordagem ampla da dicotomia que divide as obrigações em “de meios” e “de resultado”. Foi quando se teve a oportunidade de apontar sua utilidade prática, decorrente das repercussões no que tange ao *onus probandi*, aproveitando-se o ensejo para rebater as críticas que lhe têm sido dirigidas nos últimos tempos.

Ao se buscar o conceito e a distinção entre as obrigações de meios e de resultados, viu-se que as primeiras são caracterizadas por fatores randômicos, aleatórios, os quais impedem o devedor de garantir ao credor o fim almejado, adimplindo o que dele se espera desde que empregue, com o máximo denodo, sua energia em busca do resultado colimado, mesmo que não o alcance. Diante disso e das especificidades da medicina, ou seja, da inexatidão da ciência médica e da imprevisibilidade das reações do organismo humano, resta intuitiva a caracterização das obrigações dos médicos como de meios e não de resultados.

Kfoury Neto (2003, p.49) e Dantas (2003a, p.7) buscam as raízes históricas do tema em tela na Grécia, apontando Platão e Aristóteles como precursores da idéia de que os médicos não podem ser, em regra, responsabilizados quando sua atuação não gerar o resultado desejado, sendo de se lhes exigir, apenas, que dispensem cuidados conscienciosos, de acordo com o estágio atual de sua ciência.

Retrocedendo menos no tempo, Kühn (2002, p.45) destaca que coube a Jossierand “[...] demonstrar perante a Corte de Cassação que entre o médico e o paciente existia um contrato, com obrigação de meio”. A raiz francesa da questão também foi explorada por Forster (1997, p.84) quando aduziu que a “[...] sedimentação da tese de que o trabalho médico envolve obrigação de meios e não de resultados veio, em boa parte, do sempre citado acórdão da Corte de Cassação Francesa, adotado em 1936, em processo de responsabilidade médica”.

Anos depois, após beber nas fontes grega e francesa, a esmagadora maioria da doutrina brasileira posiciona-se no sentido de reconhecer que a atividade médica implica, via de regra, em obrigações de meios (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p.35; AZI, 2000, p.51; BAÚ, 2002, p.27; BRANCO, 1996, p.55; CARDOSO, 2002, p.274; DINIZ, 2002a, p.242; FRANÇA, 2001, p.106; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p.229; GOMES, O., 1988b, p.449; GONÇALVES, 2002, p.111; KFOURI NETO, 2003, p.81; MONTEIRO, 2003, p.451; RODRIGUES, 2002, p.248; SÁ JÚNIOR, 2001, p.10; SANSEVERINO, 2002, p.186; SANTANA, 1997, p.157; SILVA, C., 2003, p.18; SOTTO, 2003, p.2; SOUSA, 2003, p.2; THOMAZ JÚNIOR, 1997, p.91), justamente por não se poder imputar ao galeno a responsabilidade pela álea inerente à sua atuação profissional, exigindo-lhe que sempre alcance a cura.

A polêmica começa, entretanto, quando se trata de apurar se há exceções a esta regra e, em havendo, no momento de se definir quais são elas. A maior parte dos doutrinadores sustenta ou, ao menos, menciona uma única especialidade médica que redundaria em obrigações de resultado: a cirurgia plástica. Dividem-se entre os que pregam que o cirurgião plástico terá obrigação de resultado sem fazer qualquer ressalva, como é o caso, v.g., de Cardoso (2004, p.274), Rodrigues (2002, p.252) e C. Silva (2003, p.18), e os que classificam a cirurgia plástica em reparadora e meramente estética, sustentando que apenas esta última implicaria em obrigações de resultado, conforme exemplificam os ensinamentos de Cavaliere Filho (2004, p.37), de Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.230), de L. Gomes (2000, p.215), de Gonçalves (2002, p.111) e de Queiroga (2003, p.101).

De fato, no que tange à cirurgia plástica estética, ou seja, aquela em que, estando a saúde física da pessoa em perfeitas condições, visa-se apenas ao embelezamento, a maior parte dos juristas brasileiros sustenta tratar-se de obrigação de resultado. Segundo Croce e Croce Júnior (2002, p.30), este entendimento majoritário “[...] é perfeitamente compreensível lembrando-se que a resultância da operação é a própria razão de ser do contrato fixado entre o médico e o paciente”. França (2001, p.269), a despeito de também referendar a tese da maioria, obtempera que hoje já se olha com reservas tal posicionamento.

Muitos dos que advogam a idéia de que a cirurgia estética gera obrigação de resultado fazem questão de citar, entretanto, o posicionamento divergente de Aguiar Júnior (1995, p.40), cujo brilho tem gerado reflexos, com o surgimento de respeitáveis doutrinadores que discordam do entendimento majoritário (AZI, 2000, p.53; COELHO, 2004, p.324; FORSTER, 1997, p.88; KÜNH, 2002, p.96). É por esta trilha que se segue neste trabalho, pelos motivos a seguir expostos.

Os principais argumentos dos que qualificam a cirurgia estética como exceção à regra de que a atividade médica implica em obrigações de meios são: “[...] a

desnecessidade moral da cirurgia, bem como [...] sua inutilidade perante a saúde da operada” (BRANCO, 1996, p.56). Quanto à suposta “desnecessidade moral” vale dizer que esta assertiva somente teria algum cabimento caso fossem levados em conta os padrões morais de antanho, quando as cirurgias plásticas causavam estranheza e repúdio social. Quanto a isto, escreveu O. Gomes (1988b, p.450): “Muito longe estamos dos tempos em que a restauração plástica de um nariz praticada por Tagliacozzi foi considerada, por seus conterrâneos bolonheses da época, um ato sacrílego e quase diabólico”.

Hoje, em uma sociedade voltada para o culto ao corpo, onde se valoriza intensamente a beleza física das pessoas, há total aceitação dos procedimentos estéticos na medicina pela coletividade. Rocha e Verônica (2002, p.6), em matéria publicada pelo jornal A Tarde, informaram que, “[...] segundo levantamento, em 2001, foram realizadas 350 mil cirurgias deste tipo [estéticas] no Brasil [...]”. Não é exagero afirmar, portanto, que a cirurgia plástica estética encontra-se perfeitamente adequada socialmente.

O. Gomes (1988b, p.450), mais uma vez demonstrando clarividência, já registrava, tempos atrás, que as cirurgias estéticas “[...] tornaram-se comuns, ‘deixando de ser a boa aparência um motivo de frivolidade para se converter em algo que proporciona melhores oportunidades e facilita a realização de muitas aspirações’”.

Isto, aliás, não se resume à cirurgia plástica, bastando lembrar, neste sentido, o crescente número dos que resolvem enfrentar a calvície tomando remédios como o “propécia”, apesar do perigo de impotência sexual ou os que enfrentam cirurgias de redução do estômago, mesmo sem a total caracterização da obesidade mórbida que a recomenda clinicamente.

Não pode prevalecer, também, o argumento de que haja uma “inutilidade perante a saúde” da pessoa que se submete à cirurgia plástica estética. Insistir em tal posicionamento equivale a desconhecer o atual significado da palavra “saúde”, que hoje é muito mais amplo do que já foi um dia. Kfoury Neto (2003, p.166) já teve a oportunidade de lecionar que se deve “[...] entender saúde, todavia, como bem-estar não somente físico, mas também psíquico e social”.

Neste diapasão, resta óbvia a importância da cirurgia plástica estética para pessoas que são perseguidas, muitas vezes desde a juventude, por rótulos maldosos, decorrentes do peso excessivo ou reduzido, do cabelo escasso, ou do nariz desproporcional etc. Kfoury Neto (2003, p.154-155) pondera que atualmente “[...] não há dúvida que a cirurgia plástica integra-se normalmente ao universo do tratamento médico e não deve ser considerada uma ‘cirurgia de luxo’ ou mero capricho de quem a ela se submete”.

Muitas vezes tal procedimento cirúrgico é a senha para uma nova vida, onde a pessoa, transmudada, sente-se mais confiante, integrada à sociedade. Não é possível desconsiderar que distúrbios na psique das pessoas muitas vezes repercutem na saúde física destas, sendo de se registrar, neste sentido, a título de ilustração, as suspeitas da ciência médica de que uma das causas do câncer estaria relacionada com o sofrimento psicológico do doente. Assim tem total pertinência a constatação de Kfoury Neto (2003, p.157) ao registrar que “[...] dificilmente um paciente busca a cirurgia estética com absoluta leviandade e sem real necessidade, ao menos de ordem psíquica”.

Refutados os dois principais argumentos dos que entendem que a cirurgia estética implica em obrigação de resultados, resta trazer a lume o motivo pelo qual se entende ser incorreta tal tese. Ora, como já observaram juristas de escol (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p.40; KÜHN, 2002, p.96), não se pode olvidar que a cirurgia estética também está sujeita à álea inerente às demais especialidades da medicina, a qual justifica a afirmação de que implica, tanto quanto aquelas, em obrigação de meio.

De fato, seja na hipótese de cirurgia plástica corretiva, seja no caso da estética, o médico especialista atuará sobre o corpo humano e, em especial, sobre a pele, cujas reações ainda não são integralmente conhecidas pela medicina, caracterizando, pois, o fator randômico que justifica as obrigações de meio. Coube à doutrina francesa destacar tal aspecto: “[...] de acordo com as conclusões da ciência médica dos últimos tempos, o comportamento da pele humana, de fundamental importância na cirurgia plástica, é imprevisível em numerosos casos” (CHABAS apud MALUFE, 2000, p.2). Em trabalho específico sobre o tema, Forster (1997, p.85) fez questão de ilustrar tal circunstância aludindo ao quelóide: “[...] aquela calosidade cicatricial que pode ocorrer no local da cirurgia. A ciência médica simplesmente desconhece, hoje, por que quelóide ocorre em algumas pessoas, ao passo que não se apresenta em outras”.

Tecidas tais considerações, pode-se afirmar que a cirurgia plástica, ainda que meramente estética, também implica em obrigações de meios. Tal conclusão, todavia, não afasta de tal especialidade a premência na adoção de cuidados ainda maiores por parte dos médicos no que tange ao dever de informação, ao consentimento informado e à boa-fé no relacionamento com os pacientes.

É bom que se diga, outrossim, em ressalva que também vale para as obrigações dos médicos em todas as especialidades da medicina, que se o profissional garante resultados para potencializar sua clientela ou por qualquer outro motivo, se faz uso de avançados *softwares* para simular o “antes e o depois”, assegurando este “depois”, então sua obrigação será tratada como se de resultado fosse. Veja-

se, neste sentido, o que dizem Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.237): “Excepcionalmente, atividades que denotam uma obrigação de meio podem se converter em uma obrigação de resultado, a depender da forma como se deu a pactuação com o consumidor dos serviços médicos”.

Outra especialidade médica que costuma ser indicada como exceção à regra de que a obrigação dos galenos é de meios e não de resultados é a anestesiologia (FRANÇA, 2001, p.106; VASCONCELOS, 2003, p.84). Abordada com menos frequência do que a dos cirurgões estéticos, tal atividade implicaria em obrigações de resultados porque aos anestesistas caberia atingir resultados específicos: tornar o paciente insensível à dor, desacordando-o e, depois, trazê-lo de volta à consciência.

Entende-se, todavia, que a razão está com Kfoury Neto (2003, p.221) quando assegura que o anestesista tem, em verdade, obrigação de meios, em razão de enfrentar, como qualquer médico, a imprevisibilidade das reações do organismo humano. Convém lembrar, a propósito, que se teve anteriormente a oportunidade de exemplificar as especificidades do atuar médico justamente com caso em que se registrou a impossibilidade científica de se prever ou evitar totalmente os choques anafiláticos.

Dessa maneira, o anestesista assume obrigação de meios simplesmente porque ele, mesmo que queira, não pode assegurar o resultado, ou seja, não pode garantir que o paciente não vá apresentar uma hipersensibilidade a determinada droga, que inviabilize o seu retorno incólume ao estado de consciência. E é justamente esta impossibilidade de garantir o resultado desejado que caracteriza as obrigações de meio, como frisou Nunes (2000, p.200).

Não há, pois, qualquer respaldo para o posicionamento de Vasconcelos (2003, p.84), que além de afirmar que o anestesista tem uma obrigação de resultados, sustenta sua responsabilidade objetiva em confronto com os ditames do §4º do art.14 do CDC. Vê-se, por conseguinte, que o recrudescimento da responsabilização dos médicos, de forma extremada, que se deseja a todo custo evitar, não é mera figura de retórica.

Outra questão que merece destaque é a relativa à transfusão de sangue, que, segundo Aguiar Júnior (1995, p.35), França (2001, p.287) e L. Gomes (2000, p.349) também geraria uma obrigação de resultado. Nesta atividade, assim como na anestesia, resta evidente a presença dos fatores aleatórios inerentes à medicina.

Não há como negar que a principal obrigação do médico responsável pela transfusão seria a de evitar que a pessoa que venha a receber o sangue contraia doenças, as quais muitas vezes podem ser fatais, como é o caso da *Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS)*.

Ocorre que é cediço que a chamada “janela imunológica” impossibilita o esculápio de garantir a total segurança da transfusão (DINIZ, 2002b, p.207). De fato, os testes hoje disponíveis detectam, por exemplo, se o doador contraiu a *AIDS* nos meses anteriores ao exame, mas muitas vezes não acusam a doença caso o contato com o vírus seja recente.

Assim, não há também como fugir à constatação de que a obrigação do médico na transfusão de sangue é de meios e não de resultado, não sendo compreensível o motivo pelo qual Diniz (2002b, p.207), contraditoriamente, reconhece o fator randômico desta especialidade, ao tempo em que sustenta se tratar de obrigação de resultado.

As reflexões acerca do tema ora em baila levam ao entendimento de que Azi (2000, p.53) laborou em acerto ao concluir o seguinte: “Em que pese as brilhantes posições em contrário, a nosso ver, em qualquer hipótese a obrigação do médico será sempre de meios”. Para que tal conclusão esteja totalmente correta, todavia, há de se lhe amenizar os termos, uma vez que, muito excepcionalmente, no plexo de obrigações assumidas pelos médicos, poder-se-á identificar obrigações de resultado.

Entende-se neste trabalho, pois, que não se pode falar em obrigação de meios quando o atuar médico não estiver condicionado ao fator randômico decorrente das especificidades da medicina.

Tome-se o caso do anestesista, tratado acima. Se é verdade que deve ser julgado à luz de uma obrigação de meios quando de um choque anafilático, também é certo que tem a obrigação de resultado no que tange, *v.g.*, ao dever de não abandonar o paciente enquanto este estiver sob os efeitos da anestesia, para que possa adotar os procedimentos emergenciais no caso de qualquer intercorrência ou, ainda, no que diz respeito à simples realização do exame pré-anestésico, cuja importância foi destacado por Diniz (2002b, p.589).

O mesmo que se disse acima sobre a anestesia pode ser afirmado no que tange à cirurgia estética, tendo em mente que o galeno terá obrigação de resultado, por exemplo, no que diz respeito ao dever de bem informar o paciente e na obtenção do seu consentimento esclarecido.

Posto isto, pode-se avançar em direção à primeira abordagem específica do problema eleito neste trabalho dissertativo. Nas linhas que se seguem analisar-se-á se a responsabilidade dos médicos pressupõe a adoção da teoria clássica, subjetiva, ou se há espaço para o desenvolvimento da doutrina dos que advogam a sua objetivação. Antes, porém, é importante definir o que se entende por “erro médico” e “fato escusável”.

9. ERRO MÉDICO E FATO ESCUSÁVEL: AJUSTES TERMINOLÓGICOS

A revisão bibliográfica revelou um grande desentendimento doutrinário acerca do significado das expressões “erro médico”, “fato escusável” e outras correlatas. Os autores chegam a vincular expressões idênticas a significados diametralmente opostos, como será demonstrado abaixo.

Faz-se mister, por conseguinte, um esclarecimento de ordem terminológica no que tange à polissemia destas expressões, para que sejam evitados distúrbios de comunicação. Carrió (1986, p.94-95)² teve a oportunidade de destacar o problema das palavras e expressões camaleônicas ou “proteiformes”, no dizer de Martins-Costa (2000, p.273), advertindo para a necessidade de que as estipulações dos significados de palavras e expressões sejam explícitas, visando tornar o texto plenamente compreensível. Anson (1919 apud GARNER, 1999, p.925, tradução nossa) também alertou que “[...] a precisão do pensamento legal é difícil quando os termos fundamentais têm significados oscilantes”³.

Assim, ver-se-á, no particular, o teor das divergências, não para apontar o certo ou o errado, mas sim para definir a terminologia que melhor se enquadra nesta dissertação, fixando-a de maneira clara e inuvidosa.

Inicie-se pela definição do que vem a ser “erro médico”. Sousa (2003, p.5), de forma isolada, sustenta que “[...] não há um conceito de erro médico [...]”. Registrou-se o isolamento de Sousa (2003) porque não faltam na doutrina definições, muitas vezes desencontradas, para a expressão em baila, como se verá em seguida.

Santana (1997, p.155) equipara o erro médico ao “resultado de insucesso”, asseverando, portanto, que pode haver erro médico culposos ou não. Ou seja, as mortes ou lesões decorrentes da inexatidão da ciência médica ou das reações impre-

2. No original: “No puede hablarse, por lo tanto, sin grave riesgo de equívocos, de dar ‘definiciones reales’, o de ‘describir el significado intrínseco o esencial de un término o expresión’, o de ‘determinar la naturaleza de la entidad designada por la palabra’.

Es verdad que los hombres hemos pretendido, y seguimos pretendiendo, hacer estas cosas, pero también lo es que al amparo de estos rótulos oscuros se hacen muchas cosas distintas, que no deben ser confundidas. De lo contrario se multiplican los equívocos, favorecidos por la ambigüedad, no siempre advertida, de preguntas tales como ‘¿Qué es democracia?’ ‘¿Qué es usufructo?’ o ‘¿Qué es derecho?’.

Es verdad que quien se vale de una palabra apartando-se del significado usual que en contextos análogos ella recibe, o escogiendo como único aceptable uno de los significados usuales con exclusión de los otros, corre el riesgo de que los demás no lo entiendan, o lo entiendan mal, si no hace explícita la estipulación o ella no resulta del contexto. Pero tal estipulación no puede ser calificada de verdadera ni de falsa, y, por lo tanto, no puede ser probada ni refutada mediante la invocación de hechos. Tampoco pueden serlo los enunciados que se derivan directamente de ella”. (CARRIÓ, 1986, p.94-95).

3. No original: “Accurate legal thinking is difficult when the fundamental terms have shifting senses” (ANSON, 1919, apud GARNER, 1999, p.925).

visíveis do organismo humano, apesar de não fazerem surgir o dever de indenizar, também poderiam ser qualificadas de “erros médicos”. Esta mesma opção terminológica foi abraçada por Croce e Croce Júnior (2001, p.33), já que admitem o “[...] erro médico [...] escusável” e por Cardoso (2002, p.289), conforme revela o seguinte trecho do seu livro: “Nem sempre o erro médico caracteriza culpa desse profissional, ensejando a obrigação de indenizar [...]”.

De outro lado estão Azi (2000, p.13), Diniz (2002b, p.591) e Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.247), que preferem atrelar a expressão em foco exclusivamente à atuação culposa do médico. Dessa maneira, sustentam que não se pode qualificar de “erro médico” a atuação profissional malograda em decorrência do que se chamou acima de “especificidades da medicina”, isto é, da incerteza a ela inerente.

Resta patente, pois, a falta de uniformidade doutrinária neste aspecto terminológico em especial. A circunstância da expressão “erro médico” estar ligada a mais de um significado foi bem apreendida por Ramos (2001, p.245), como se constata abaixo:

Basicamente, verificam-se três definições acerca da expressão em análise.

A primeira delas constituiria uma acepção mais genérica, considerando o erro como todo ato do médico que colida com os dispositivos do Código de Ética Médica. A segunda concepção corresponde ao entendimento da maioria dos pacientes, para os quais o erro médico é o resultado diverso ou frustrante em relação ao desempenho do médico, isto é, seu advento está atrelado a uma expectativa não correspondida pelo médico, no que tange ao diagnóstico ou tratamento por ele utilizado. Por fim, há um aspecto mais restrito do objeto em discussão, pelo qual o erro médico coincide com a prática de ato profissional danoso ao paciente, caracterizado por qualquer das três modalidades de culpa: imprudência, negligência ou imperícia [...].

Em meio a tantos desencontros doutrinários, não faltou quem propusesse que a expressão “erro médico” simplesmente deixasse de ser usada. Não se sabe se por força da ideologia ligada à medicina defensiva ou em decorrência do próprio estado de beligerância de parte da classe médica, Sá Júnior (2001, p.1-2), na exposição de motivos da multicitada Resolução CFM nº 1.627/2001, desferiu ataque ao uso da expressão em tela, trazendo a lume a seguinte diatribe:

Uma categoria particular de ato profissional é o ato médico ou ato profissional de médico. Analogamente, deve-se atentar que a expressão erro médico, muito usada na mídia contemporânea, é uma contração da expressão erro profissional de médico. Não é restrito aos médicos, ainda que estes sejam muito mais cobrados por sua prática. A expressão erro médico tem sido empregada com propósitos antimédicos. Não deve ser usada por quem não se solidarize com esse propósito, a não ser que também fale (e até escreva) erro odontológico, erro advocatício, erro engenheiral e outros semelhantes. Curiosamente, nota-se que muitos médicos cultivam essa de-

nominação, ao invés de preferir erro profissional de médico, o que conceitualmente seria melhor e politicamente mais correto.

Para além dos aspectos político-ideológicos dos argumentos de Sá Júnior (2001), entende-se que não há motivo que justifique o banimento do uso da expressão “erro médico” como apregoadado. Muito antes pelo contrário. Primeiro, porque não se pode olvidar a “consagração nos meios jurídicos” do seu uso, à semelhança do que fez Bahia (1997, p.108), ao tratar de situação análoga. Segundo, porque a expressão “erro profissional”, sugerida para a substituição, já é usada por diversos juristas em sentido exatamente contrário ao por ele proposto, como se verá mais adiante. Decidida a manutenção do uso da expressão “erro médico”, impende esclarecer, no rastro de Carrió (1986), o significado que aqui lhe será atribuído.

Sem a pretensão, repita-se, de definir quem está certo ou errado, usar-se-á neste trabalho “erro médico” exclusivamente para designar a atuação culposa do esculápio, ou seja, uma conduta negligente, imprudente ou imperita, em desrespeito ao dever de dispensar cuidados conscienciosos em favor dos pacientes. Digase, de logo, que aqui não se vinculará a expressão ao efetivo dano, motivo pelo qual se adere à ala minoritária de mais uma polêmica doutrinária envolvendo o conceito de “erro médico” que foi registrada por Azi (2000, p.13-14). Decide-se, assim, por entender adequado vincular a expressão a apenas dois dos pressupostos da responsabilidade civil dos galenos, quais sejam, a conduta e a culpa.

Dessa maneira, de acordo com a opção feita neste trabalho, é possível haver erro médico sem dano, haja vista que o profissional poderá ser negligente, imprudente ou imperito e dar a sorte de não gerar prejuízos para seu paciente. Vê-se, pois, que não se deseja aqui equiparar o conceito de erro médico — restrito — ao de responsabilidade civil — mais amplo e que pressupõe o primeiro — como optou Ramos (2001, p.245).

Anote-se, ainda, que “erro médico” e “*medical malpractice*” ou “má prática médica” são expressões sinônimas, como também sustentam Croce e Croce Júnior (2001, p. XXI) e Kühn (2002, p.86). O registro não é desnecessário, uma vez que Diniz (2002b, p.591-592), por exemplo, reserva a expressão “má prática” para condutas dolosas dos esculápios, distinguindo-a de “erro médico”, que atrela à culpa *stricto sensu*.

Tomadas tais deliberações, resta decidir como se denominará a intervenção malsucedida em decorrência dos fatores randômicos inerentes à ciência médica, ou seja, as lesões e mortes que não decorrem do atuar médico culposos. A expressão mais usada por alguns autores no particular é “erro profissional”. É o caso de Kühn (2002, p.82): “[...] lembra, todavia, que não se deve considerar como culpa o erro profissional, o qual define, apoiado nas conclusões de Giorgi, como o re-

sultado da incerteza ou da imperfeição da arte e não da negligência [...] daquele que a exerce”. É o que também sustentam Aguiar Júnior (1995, p.37) e Croce e Croce Júnior (2002, p.32), tendo o primeiro afirmado o seguinte: “Aníbal Bruno distingue imperícia, elemento da conduta culposa, do erro profissional ‘que provém das imperfeições da própria arte ou ciência’”.

Ocorre que, além de Sá Júnior (2001), nos termos vistos anteriormente, outros doutrinadores (DINIZ, 2002a, p.259; MONTEIRO, 2003, p.492; VASCONCELOS, 2003, p.71) têm utilizado a expressão em sentido exatamente oposto, isto é, remontando ao atuar médico culposo. Eis o motivo pelo qual se opta neste trabalho pela expressão “fato escusável” para denominar o desfecho danoso de procedimento médico, quando havido mesmo após a adoção de cuidados conscienciosos e adequados à luz do estágio atual da medicina, abarcando outras denominações propostas, menos genéricas, como, v.g., “acidente imprevisível” e “resultado incontrolável” (DINIZ, 2002b, p.592; FRANÇA, 2001, p.256).

Não se decidiu pelo uso das expressões “erro escusável” (CROCE; CROCE JÚNIOR, 2002, p.32) e “erro honesto” (KFOURI NETO, 2001, p.97; SOUZA, N., 2000, p.2), pois em muitas das supracitadas situações não se pode falar, em verdade, que o galeno tenha errado, já que apenas se viu impotente para evitar o inevitável. Note-se, ainda, que, por vezes, a lesão imposta ao paciente não decorre de um erro, mas de uma opção consciente do médico visando evitar um mal maior, como ocorre na hipótese de iatrogenia *stricto sensu*, que ainda será objeto de análise mais detida. Demais disso, é bom evitar a repetição do vocábulo erro, já usado na expressão antitética destinada a denominar os danos decorrentes da conduta culposa.

Esclarecidos tais aspectos terminológicos, cuja uniformização seria um dos prováveis benefícios da consolidação do Direito Médico enquanto disciplina autônoma, torna-se pertinente, enfim, iniciar a abordagem da responsabilidade civil dos médicos, com supedâneo nos conhecimentos fixados no primeira capítulo desta obra.

10. A ADOÇÃO DA TEORIA CLÁSSICA

Da leitura de tudo o que foi escrito até então, depreende-se que o entendimento esposado neste trabalho é o de que a apuração do dever de indenizar decorrente do atuar médico implica na adoção da teoria clássica da responsabilidade civil, ou seja, passa necessariamente pela idéia de culpa. Esta, aliás, é a hipótese a ser considerada nesta dissertação, conforme se revelou desde o primeiro momento. Antes da análise da culpa médica, entretanto, deve-se dedicar algum espaço aos

demais pressupostos da responsabilidade civil dos facultativos, ou seja, o ato médico, o dano e o nexo causal.

Quando da primeira parte deste trabalho apontou-se a “conduta humana” como pressuposto do dever de indenizar. Em se tratando especificamente da definição do dever de indenizar dos galenos, a sobredita expressão genérica pode e deve ser substituída pela de uso consagrado, isto é, “ato médico”, cujo conceito e polêmica em torno da sua positivação foram analisados acima.

Neste momento, impende salientar que o sobredito ato médico não é apenas aquele que é privativo dos esculápios, mas o ato médico amplamente considerado, envolvendo, também, “[...] os atos realizados por pessoal auxiliar mediante a sua direta supervisão, ou por pessoal qualificado seguindo suas instruções” (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p.40).

Com o objetivo de ampliar ainda mais as possibilidades do surgimento do dever de indenizar, deve-se ter em mente a moderna visão doutrinária, que considera as três fases da relação contratual, nas quais, potencialmente, pode ocorrer a configuração da responsabilidade civil. Neste sentido, veja-se o ensinamento de Vieira Júnior (2003, p.53):

Hoje, a noção mais clara e viva que se tem é que o contrato é um processo (uma sucessão de “tempos” como ocorre com o próprio negócio jurídico) que vai, desde a fase pré-contratual, esta, decomposta em fase das negociações e da oferta, passando à fase contratual, distribuída em três fases menores (conclusão do contrato, eficácia e execução/adimplemento do contrato), e indo até a fase pós-contratual, todas subordinadas à boa-fé objetiva.

Salta aos olhos, por conseguinte, que o esculápio poderá cometer o erro médico tanto direta quanto indiretamente, mesmo nos momentos que antecedem ou sucedem a fase contratual propriamente dita. Trata-se, portanto, de atividade a ser exercida como muita atenção, prudência e perícia.

O ato médico *stricto sensu*, ou seja, que somente pode ser praticado pelo galeno, divide-se basicamente em três fases: anamnese, diagnóstico e tratamento. Quanto à primeira, Matielo (1998, p.96 apud SILVA, C., 2003, p.34) oferece o seguinte conceito:

Anamnese é o procedimento singelo, através do qual o paciente, ou responsável por ele, informa ao médico sobre o início da moléstia em seus sintomas, tempo em que isso ocorreu, principais sintomas, bem como outras informações úteis, tais como a incidência de casos daquela patologia em parentes próximos, modo de vida (ativa, sedentária, etc.) e tudo o mais que possa auxiliar na pesquisa da melhor solução.

Nota-se, pois, que se trata da fase inicial em que o médico colhe dados essenciais para o desenrolar da relação, conforme destacam G. Lima (1993, p.428) e

Kühn (2002, p.85). Esta última ressalta, ainda, que tais informações restam protegidas pelo sigilo médico. Assim, caso o esculápio rompa o segredo, descumprindo verdadeira obrigação de resultado, tendo em vista que não está condicionada à álea que caracteriza a medicina, estará sujeito ao dever de indenizar. Mesmo em relação à típica obrigação de meios, isto é, a perseguição da cura, a anamnese é de grande importância, uma vez que o zelo na sua condução obviamente aumenta as chances de um diagnóstico correto.

A segunda etapa, como visto, consiste no diagnóstico. A despeito de se tratar de noção de domínio comum, é interessante trazer a lume a seguinte definição: “O diagnóstico é o momento no qual se informa ao paciente qual é a doença ou mal que lhe afeta [...]” (BRANCO, 1996, p.62).

Trata-se, por conseguinte, da fase em que os fatores randômicos da ciência médica tornam comuns fatos escusáveis consubstanciados pelos chamados erros de diagnóstico. Note-se que a medicina ainda não domina a totalidade das moléstias existentes, em rol que, aliás, sempre é acrescido pela identificação de doenças até então desconhecidas. Demais disso, não escapam ao observador atento as dificuldades geradas pelas enfermidades que apresentam sintomas idênticos ou muito semelhantes. Foi o que advertiu Thomaz Júnior (1997, p.94) ao lembrar que os “[...] mesmos sintomas podem indicar diversas situações patológicas”. Por todos estes motivos, entende-se que somente haverá falha médica nesta fase em caso de erro evidente.

O tratamento é a etapa seguinte a ser considerada. Branco (1996, p.62), com apoio em Aguiar Dias, propõe o seguinte conceito: “O tratamento consiste em fase posterior ao diagnóstico, na qual o médico utiliza distintos meios ‘para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor’”. Aqui, mais uma vez, resta evidente a presença da inexatidão que predominantemente caracteriza o atuar médico, visto que o mesmo tratamento pode significar a cura para uns e a morte para outros, sem que a medicina tenha as respostas acerca dos motivos do disparate consubstanciado por tão diversas reações do organismo humano.

Tecidas tais considerações acerca dos momentos em que pode vir à tona um erro médico, resta comentar o dano enquanto segundo pressuposto da responsabilidade civil dos facultativos. A verdade é que o dano médico não apresenta especificidades significativas que justifiquem grandes acréscimos ao que já foi genericamente dito acima.

Merece destaque, apenas, a iniciativa de Kfoury Neto (2003, p.105) em classificar os danos médicos em “[...] físicos (ou corporais), materiais ou morais”, apesar de se discordar deste entendimento. Sustenta-se neste trabalho dissertativo que não há como fugir da visão dúplice de dano: patrimonial ou moral. Assim, em

verdade, os danos físicos que Kfouri Neto (2003) fez questão de separar em uma categoria à parte acabarão subsumindo-se em uma ou outra categoria, ou seja, ora gerarão danos materiais, ora morais, em raciocínio idêntico ao que foi desenvolvido acima quando de tratou dos danos estéticos.

O que deve, de fato, ser realçado enquanto certa particularidade dos danos médicos é a circunstância do CC/02 especificamente dedicar-lhes o seu art.951. Tal norma remete aos arts. 948 a 950 do mesmo *codex* a disciplina da liquidação das indenizações respectivas, estabelecendo regras distintas para as hipóteses de falecimento da vítima de erro médico ou de sobrevivência desta com lesões ou outro danos à saúde.

Se o tratamento dos dois primeiros pressupostos da responsabilidade civil médica é relativamente simples, a análise dos dois restantes, nexos causal e culpa, representa complexo desafio, coerentemente com as dificuldades percebidas acima, quando do estudo genérico do instituto em tela.

Kfouri Neto (2003, p.87) advertiu que o nexo de causalidade desafia “a argúcia do julgador” nos casos de responsabilidade médica. Isto efetivamente ocorre porque as especificidades da medicina agravam ainda mais a complexidade do tema. É o que destacou Aguiar Júnior (1995, p.51), nos seguintes termos:

A resolução do tema causalidade, em se tratando de responsabilidade médica, tem sido sempre um tormento para a doutrina, e também para os tribunais, uma vez que a ação médica se faz presente em situações peculiares, provocando reações orgânicas e psíquicas às vezes imprevisíveis, e de conseqüências sérias. Daí a dificuldade de explicitar qual realmente foi a causa posta pelo galeno. Ainda mais se agrava a questão quando interferem condições supervenientes, com a participação de outras pessoas, médicos ou não; nestes casos, não há a responsabilidade do que primeiro atuou se o resultado decorreu de fato novo e alheio, que por si só causou o resultado.

Outra manifestação específica sobre o tema que merece destaque é da lavra de Iturraspe (1979, p.262 apud CARDOSO, 2002, p. 316-317), conforme se constata abaixo:

O juiz, que deve decidir acerca de uma controvérsia sobre responsabilidade médica, deve atuar como um “observador retrospectivo”, colocado no momento de executarem-se os “fatos médicos”, e julgar se a partir desses fatos o curso natural e ordinário da enfermidade desemboca em tal ou qual resultado final. Se o evento concreto no qual culminou o processo é ou não é resultado do curso natural dos fatos desencadeados.

Em tal caso, a previsibilidade “média” ou de um “homem normal” deve ser substituída pela previsibilidade de um profissional da ciência médica, de uma pessoa especializada no conhecimento dos processos patológicos, psíquicos e somáticos.

Nota-se que Iturraspe (1979), de forma não declarada no trecho acima transcrito, alinha-se com a teoria da causalidade adequada, que foi objeto de análise linhas atrás. De fato, as referências ao “curso natural dos fatos” e à “previsibilidade” falam claro neste sentido.

Sobre esta visão teórica, tida aqui como a mais pertinente entre todas aquelas que foram criadas para apuração das relações de causa e efeito, é mister reproduzir, mais uma vez, a doutrina de Aguiar Júnior (1995, p.51): “[...] o juiz, num juízo de inferência estabelecido a partir dos dados experimentais, determina qual, naquelas circunstâncias, era a condição mais adequada para produzir o resultado. O autor dessa condição responde pelo resultado danoso”.

Dessa maneira, em termos de responsabilidade civil médica, não há como escapar da necessidade de se apurar a conduta do médico, ao lado dos fatores randômicos da medicina, para que se saiba se o dano decorreu efetivamente do ato médico, ou se a causa adequada foi, v.g., a reação inesperada do organismo humano. Veja-se, a propósito, a exemplificação engendrada por Gonçalves (2002, p.73) ao tratar do nexa causal: “Não se culpa [responsabiliza], por exemplo, o médico porque a paciente morreu durante o parto, vítima da ruptura de um edema, que não guarda nenhuma relação com o parto e pode ter origem congênita”.

Da sobredita constatação derivam duas relevantes assertivas: a primeira relativa a uma ligação entre o nexa causal e a culpa, a ser melhor explorada adiante, quando se tratar da responsabilidade civil dos hospitais e a segunda atinente à necessidade da imediata abordagem das excludentes de causalidade, que assumem ainda mais importância em sede de responsabilidade médica.

Convém não olvidar, neste ponto, que a única excludente de responsabilidade que não desconstitui o nexa causal é o exercício regular de direito, motivo pelo qual ao se tratar abaixo das hipóteses em que se rompe a relação de causa e efeito entre o ato médico e o dano sofrido pelo paciente, restarão evidenciadas as hipóteses em que inexistente o dever de indenizar. Por oportuno, vale lembrar que já se teve a oportunidade de discorrer acima sobre a diferença existente entre as excludentes de responsabilidade, de ilicitude e de causalidade, o que torna desnecessária eventual repetição.

Sustenta-se que os esforços dos autores no sentido de demonstrar a existência de excludentes de causalidade específicas da atividade médica terminam sendo em vão. Na verdade, acabam apontando, via de regra e em última análise, situações de caso fortuito e força maior ou de outras excludentes já conhecidas no mundo jurídico, apenas usando terminologias diferentes, inspiradas no vocabulário médico, em decorrência dos fatores randômicos inerentes à medicina.

Diniz (2002b, p.592-593), por exemplo, fala do “acidente imprevisível [...], insuscetível de ser evitado por não poder ser previsto” e do “resultado incontrollável” que “[...] a ciência médica atual não dispõe de meios para impedir”, vinculando apenas os primeiros ao caso fortuito e à força maior, no que foi seguida por Vasconcelos (2003, p.72). Esta vinculação, entretanto, também existe no que concerne aos “resultados incontrolláveis”, já que a inevitabilidade é justamente o traço mais característico do caso fortuito e da força maior, como demonstrado acima.

O importante, todavia, é saber que o “acidente imprevisível e o resultado incontrollável não geram responsabilidade civil médica, por não haver nexos de causalidade entre a conduta do profissional da saúde e o dano sofrido pelo paciente em sua saúde ou vida” (DINIZ, 2002b, p.593).

Já Couto Filho e Souza (2001, p. 51) denominam de “complicações ou intercorrências médicas” os fatos escusáveis, isto é, os danos decorrentes da álea que caracteriza a medicina. Acabam, a certa altura, reconhecendo que a “[...] intercorrência médica [...] também é um fator fortuito ou de força maior”, o que vem ao encontro do que aqui ora é sustentado.

Vale repetir, a respeito do caso fortuito e da força maior, o que foi dito acima sobre o predomínio do entendimento de que são excludentes de responsabilidade válidas na atividade médica, mesmo na seara consumerista, a despeito da redação do §3º dos arts.12 e 14 do CDC.

Maior atenção, quando se fala em afastamento do dever de indenizar, merece a iatrogenia, que por certo é uma excludente de responsabilidade típica do segmento médico, mas que implica em maiores reflexões no momento de ser enquadrada no âmbito das eximentes tradicionalmente consideradas no plano jurídico.

Insta, de logo, trazer a lume o conceito de iatrogenia, reproduzindo, para tanto, as palavras de Couto Filho (2004, p.138): “Iatrogenia é uma palavra composta que vem do grego: *iatros* (médico) + *genos* (geração). Trata-se de expressão usada para indicar o que é causado pelo médico, oriundo, pois, do proceder médico”.

Em complementação à indicação etimológica vista acima, Couto Filho (2004, p.141) adverte que é importante “[...] fazer a distinção entre a iatrogenia *lato sensu* e a iatrogenia *stricto sensu*”, em preocupação procedente que não tiveram, por exemplo, AGUIAR JÚNIOR (1995, p.37) e DINIZ (2002b, p.589). Iatrogenia em sentido amplo é a expressão usada para indicar todo e qualquer dano, culposo ou não, decorrente da atuação profissional do médico. Já iatrogenia em sentido estrito é a que se configura quando a lesão decorrente do atuar médico foi, deliberadamente ou não, causada pelo esculápio por ser necessária ou decorrente de tratamento imprescindível para se tentar “[...] a cura de um mal maior” (AZI, 2000, p.31).

O exemplo de iatrogenia *stricto sensu* comumente oferecido pela doutrina é o da amputação de uma perna (COUTO FILHO; SOUZA, 2001, p.49; SANTOS, A., 2003, p.38) em virtude de diabetes ou para evitar uma gangrena. Neste caso, tendo em vista que a perna foi extirpada por ser a medida mais indicada para evitar dano maior à saúde do indivíduo, este não terá direito a uma indenização junto ao médico pela perda do membro.

Outro caso que se poderia citar a este respeito aponta para a queda dos cabelos de pessoa submetida à quimioterapia com o objetivo de evitar a propagação de um câncer. Não pode o paciente, ao depois, obter o direito de ser indenizado em razão dos danos estéticos experimentados.

Segundo Azi (2000, p.31), a iatrogenia obstaculiza o dever de indenizar por se tratar de um exercício regular de um direito do médico. Diverge-se de tal entendimento porque a necessidade de adotar o melhor tratamento possível para evitar um mal maior está mais para um dever do esculápio do que para um direito deste.

Já Couto Filho (2004, p.141) sustenta que a lesão iatrogênica seria caso de força maior. Discorda-se também, levando-se em conta que muitas vezes a iatrogenia em sentido estrito não é absolutamente inevitável, decorrendo de uma decisão técnica, à luz da melhor ciência, onde o médico e o paciente ponderam os prós e os contras do quanto decidido.

Uma outra possibilidade seria sustentar que a iatrogenia *stricto sensu* está mais para a hipótese de estado de necessidade, visto que se trata, em última análise, “de impor lesão a pessoa para remover perigo iminente”, como dito acima ao se definir esta última excludente. O problema é que esta eximente só se consubstancia na medida em que a pessoa lesada seja culpada do “perigo” (art.929, CC/02), sendo óbvio que o paciente pode não ter culpa pela doença que lhe aflige.

Há, portanto, uma dificuldade de enquadramento da iatrogenia entre as eximentes conhecidas. Reconheça-se, entretanto, que o mais importante do ponto de vista prático é dominar o conceito de iatrogenia e ter a certeza de que esta materializa indiscutível hipótese de excludente de responsabilidade no segmento médico.

Convém lembrar, no final desta abordagem específica do nexo causal no campo médico, que as demais excludentes genericamente vistas na primeira parte deste trabalho dissertativo também poderão ser utilizadas pelos esculápios em suas defesas, desde que devidamente configuradas. Para ilustrar, tome-se o caso da culpa exclusiva da própria vítima em hipótese de cirurgia plástica estética. Ora, se o médico determina que na fase do pós-operatório o paciente não deverá tomar sol na cicatriz sob pena de comprometer o resultado e, ainda, assim, a

pessoa não observa a orientação, não terá, ao depois, direito a indenização pelos danos decorrentes da exposição solar.

Outro exemplo que se poderia cogitar remonta ao fato de terceiro. O cirurgião plástico, por óbvio, não estaria obrigado a indenizar a paciente que fosse compelida por um terceiro a levantar os braços, mediante coação, na fase posterior a uma mamoplastia, dentro do prazo de resguardo necessário para evitar a desarmonia na posição dos seios.

Tecidas tais considerações, torna-se oportuno, enfim, começar a abordagem da culpa enquanto quarto e último pressuposto da responsabilidade civil dos médicos. Sobre o tema já se manifestaram Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.227): “[...] tentar diagnosticar a forma de tal responsabilidade [dos profissionais] — se subjetiva (contratual ou extracontratual) ou objetiva — é um desafio que empolga todos aqueles que se debruçam sobre o tema”.

É sem fugir à regra, de forma empolgada, que, após a apropriação de diversas pré-noções, se inicia o primeiro tratamento específico do nó górdio deste trabalho dissertativo, que se depreende da leitura do problema e hipótese expostos desde a introdução. É bom que se diga, entretanto, que o tema só restará totalmente explorado após a análise do nexa de imputação no que tange à responsabilidade civil dos hospitais, objeto do capítulo seguinte.

Diga-se, de logo, que o segmento médico não escapou da mira dos que alimentaram a indiscriminada tendência à objetivação da responsabilidade civil, uma vez que tem “[...] recrudescido, nos dias de hoje, a corrente dos que se opõem à idéia de culpa, como fundamento da responsabilidade civil [...] mesmo em se tratando de dano médico” (KFOURI NETO, 2003, p.61).

Em consonância com o que foi dito alhures, todavia, deve-se assegurar que as especificidades da medicina representam óbice intransponível à idéia de retirar a culpa do posto de fator de imputação do dever de indenizar decorrente da atuação profissional dos esculápios.

A despeito disso, não faltaram doutrinadores para sustentar que a responsabilização dos galenos deveria ser objetivada. É o caso de Queiroga (2003, p.98): “E há até outra tendência mais forte: a de conceituar-se essa responsabilidade como objetiva, ante os riscos que são criados no relacionamento do médico/[...] paciente, e as dificuldades de as vítimas enfrentarem o laudo pericial [...] elaborado por profissionais do mesmo ramo”. Veja-se, ainda a propósito, a doutrina de Leme (1993, p.130):

Seja ou não a melhor e mais adequada para a solução do problema da responsabilidade civil no campo da medicina, a verdade é que a teoria objetiva, ou de risco, é, hoje em dia, acertadamente, a meu ver, a preferida dos

tribunais, que até bem pouco, optavam decididamente pela subjetiva ou da culpa, considerando caracterizada a responsabilidade civil do médico apenas em face de erro grosseiro ou indesculpável negligência. Prevalece, agora, o reverso da medalha, incorrendo responsabilidade do facultativo somente quando inexistente nexos de causalidade ou comprovadamente presentes atos de terceiro, força maior ou culpa do próprio paciente.

Tal posicionamento deixa entrever o radicalismo apontado anteriormente como reação (o “reverso da medalha”) à fase de responsabilidade eufemística dos médicos (“responsabilidade civil do médico apenas em face do erro grosseiro”). Tendo em vista que não há qualquer respaldo normativo para a objetivação da responsabilidade dos médicos, o único fundamento que se pode imaginar para sustentar as idéias de Leme (1993) remonta ao que S. Dias (1995, p.411) definiu como “[...] poder revolucionário dos juizes, respaldados no consenso social [...]” do qual emanaria “[...] a permissão que tem levado a jurisprudência a admitir o risco como fundamento da responsabilidade nestas atividades perigosas, mesmo sem texto expresso de lei”.

No que concerne à responsabilidade médica, entretanto, não há qualquer “consenso social” no sentido desta objetivação, mesmo porque a teoria do risco não pode servir de fundamento para tanto, como se demonstrará abaixo, quando da análise específica do parágrafo único do art.927 do CC/02. Demais disso, no particular, o dito “poder revolucionário” dos magistrados encontraria óbice legal no §4º do art.14 do CDC, tendo de recorrer a decisões *contra legem* para tornar objetiva a responsabilidade dos facultativos.

A verdade é que o acerto está com Kfoury Neto (2003, p.34) que, a despeito de admitir as dificuldades para a apuração da culpa, assevera ser ela indissociável da responsabilidade dos médicos, pelo menos enquanto subsistir o fator randômico inerente à medicina.

Como reforço a este posicionamento, o mestre paranaense recorreu ao direito comparado, demonstrando que na França, Alemanha, Portugal, Suíça, Itália, Espanha, Argentina e demais países latinos, a culpa continua ostentando a condição de pressuposto da responsabilidade civil dos facultativos (KFOURI NETO, 2003, p.55-58), muito embora seja cediço que muitos desses países estejam em estágio avançado no que tange ao uso da teoria objetiva em relação à responsabilidade civil genericamente considerada.

Apesar de Kfoury Neto (2003, p.56) não ter sido claro a respeito da situação dos EUA, cômico, talvez, da circunstância de que as regras variam a cada estado americano e em respeito às diferenças existentes entre o *common law* e o *civil law*, pode-se afirmar que a regra geral da responsabilidade médica por aquelas plagas também remonta à teoria subjetiva.

Para tanto, basta consultar o *Black's Law Dictionary*, um dos mais festejados dicionários técnico-jurídicos dos EUA, na expressão “*medical malpractice*”⁴, para que se perceba a patente exigência da comprovação da culpa, exigida em abstrato, no que diz respeito ao dever de indenizar do médico (GARNER, 1999, p.971, tradução nossa): “Erro médico. Uma falha do médico no exercício do nível de cuidado e habilidade que um esculápio ou cirurgião da mesma especialidade médica usaria em circunstâncias similares”. Note-se, neste passo, que Forster (1997, p.88) optou pela consulta a outro dicionário técnico norte-americano e obteve resultado semelhante:

[...] oportuno referir o conceito de *malpractice* trazido pelo *Ballentine's Law Dictionary*, especificamente em relação ao erro médico: “o erro, pelo qual um médico ou cirurgião é responsável perante seu paciente quando resulta lesão ao paciente [sic], consiste na falta daquele grau razoável de informação, habilidade e experiência que ordinariamente são possuídas por outrem em sua profissão, na omissão em proporcionar razoável cuidado e diligência na execução de sua técnica e na aplicação de seu conhecimento, ou na sua falha em exercer o melhor julgamento no caso que lhe foi confiado”. Dito em nossa linguagem jurídica, o direito norte-americano considera erro profissional aquela conduta em que ocorra imperícia, negligência ou imprudência, a identificar a conduta culposa, em termos comissivos ou omissivos.

Quanto à Inglaterra, por fim, resta mencionar o trabalho da “*Royal Commission of Liability And Compensation for Personal Injury*”, materializado no Relatório Pearson, da década de setenta do século passado, no qual se concluiu que “[...] a responsabilidade civil decorrente de erros médicos deveria continuar vinculada aos princípios da culpa [...]” (KFOURI NETO, 2003, p.35).

Vê-se, pois, que ao menos no mundo ocidental não tem logrado êxito a tendência à objetivação no que diz respeito aos médicos, certamente por força das especificidades da medicina. É o que foi internalizado por Kfoury Neto (2003, p.35-36), como se demonstra abaixo:

[...] é deveras perigoso adotar a responsabilidade sem culpa no âmbito médico, posto que estar-se-ia [sic] fomentando a despersonalização num campo tão estritamente pessoal como o das relações médico-paciente, que nenhuma semelhança possui com o ato de se conduzir automóvel por uma rua.

Isso faria como que se equiparassem o médico estudioso, atento e diligente com o profissional descuidado, que nunca mais abriu um livro de medicina desde sua formatura.

4. No original: “**Medical malpractice.** A doctor’s failure to exercise the degree of care and skill that a physician or surgeon of the same medical specialty would use under similar circumstances”. (GARNER, 1999, p.971).

Ademais, revela-se dificuldade intransponível, na aplicação da teoria da responsabilidade sem culpa à profissão médica: como saber se a morte ou a invalidez decorreram [sic] de um erro médico ou da própria natureza humana? De igual, seria absurdo atribuir ao conjunto de profissionais da medicina a responsabilidade por quaisquer danos, pois são exatamente esses profissionais que, em conjunto, mitigam as dores das pessoas.

Por fim, o ser humano está sujeito a doenças, ao sofrimento — e toda tentativa que vise a suprimir a culpa conduz à transformação da prestação devida pelos médicos, tão-só, em obrigação de resultado —, o que de modo algum se torna aceitável.

Dessa maneira, nem mesmo o solidarismo subjacente à idéia de objetivação da responsabilidade civil justifica colocar sobre os ombros dos esculápios o peso da fragilidade humana e da inexatidão da medicina. Todavia, convém obtemperar que se sustenta, com alguma razão, que “[...] assim como é injusto o médico responder pela falibilidade da ciência ou pela sua própria limitação, mais injusto é deixar o paciente à sua própria sorte, quando, buscando um bem, encontra um mal” (FRANÇA, 2001, p.279). Ocorre que já se demonstrou acima que o recrutamento da responsabilização dos médicos acaba, em última análise, trazendo prejuízos para os próprios pacientes e para a sociedade.

Reitere-se, pois, que em se entendendo que os pacientes devem ser indenizados sempre que sofrerem lesões após um serviço médico, em qualquer hipótese, a única saída que se pode divisar é a da instituição de um fundo securitário capaz de garantir tais indenizações, a despeito de todos os inconvenientes que o seguro médico, público ou privado, traria para este segmento profissional, conforme se ponderou acima.

No Brasil, não há como tergiversar, deixando de reconhecer que a tradição legislativa sempre foi a de vincular a responsabilidade civil dos esculápios à culpa. O CC/16, nos seus arts. 159 e 1.545, era claro neste sentido e não deixava margem para dúvidas, nem terreno fértil para o desenvolvimento da tendência à objetivação.

Tal quadro poderia ter sido alterado com o advento do CDC, no início da última década de noventa. Não foi isso o que ocorreu, tendo em vista que o §4º do art. 14 deste *codex* afastou da sua regra geral de responsabilidade objetiva a apuração do dever de indenizar dos profissionais liberais, entre os quais, a despeito da polêmica em torno da sua conceituação (VASCONCELOS, 2003, p.26-51), indubitavelmente figuram os médicos.

A clareza do CDC no que tange à subjetividade da responsabilidade civil dos galenos desloca para o próximo capítulo a análise da exigência do “defeito” para configuração do dever de indenizar na seara consumerista e seus reflexos na responsabilidade médico-hospitalar. A única polêmica digna de nota a respeito do dever de

indenizar dos médicos remonta ao art.6º, inciso VIII do mesmo *codex* e, portanto, à questão do ônus da prova da culpa, sobre a qual já se comentou anteriormente.

Da leitura da sobredita norma consumerista, portanto, não se depreende qualquer brecha que justifique o posicionamento minoritário (DINIZ, 2002a, p.387-388; MARTINS, 2004, p.85; NERY JÚNIOR apud BRANCO, 1996, p.64) segundo o qual a exegese do §4º, do art.14 do CDC autorizaria o entendimento de que a responsabilidade dos profissionais liberais seria subjetiva apenas no que concerne às obrigações de meio, haja vista que as obrigações de resultado, uma vez inadimplidas, dariam ensejo à responsabilidade objetiva (em se verificando os demais pressupostos), a não ser que se entenda acertado, outrossim, o raciocínio análogo a ser formulado abaixo quando da abordagem da responsabilidade dos hospitais.

Note-se, por oportuno, que Nunes (2000, p.207) e Sanseverino (2002, p.188), notórios especialistas em direito do consumidor, lecionam que a responsabilidade do profissional liberal será subjetiva, à luz do §4º do art.14 do CDC, independentemente de se tratar de obrigação de meios ou de resultado, havendo, apenas, a diferença quanto ao ônus da prova sobre a qual já se falou alhures. É, diga-se de passagem, o que também sustentam Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.230) e Bahia (1995, p.403), apesar deste último — reconheça-se — criticar a indistinção feita pela norma em tela.

O CC/02, a seu turno, trouxe a lume os arts. 927 *caput* e parágrafo único, bem como o art.951, que deram início à mais nova discussão doutrinária a respeito do tema. Será que o novo Código Civil, pelo elastério da cláusula geral de responsabilidade objetiva, abriu caminho para a objetivação da responsabilidade dos médicos?

A simples possibilidade disto ocorrer tem despertado pavor nas hostes médicas, como revela V. Moura (2003, p.1), presidente da Regional de Rondônia da Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia:

MEDICINA E MÉDICOS AMEAÇADOS

Os artigos “Os Médicos e o Novo Código Civil”, de autoria de Néri Tadeu Câmara Souza, e “A Medicina e os Médicos no Novo Código Civil”, de Luiz Augusto Pereira, merecem leitura atenta de toda a classe médica. Os articulistas afirmam, cobertos de razão, que a medicina e os médicos estão ameaçados com o advento do novo Código Civil. Como podemos aceitar que alguém tenha a obrigação de reparar um dano “independente de culpa” (art.927— parágrafo único)? Uma análise atenta do Código leva a conclusão de que cada um de nós, médicos, foi colocado no paredão diante de um pelotão de fuzilamento disposto a nos executar por qualquer motivo. No afã de punir aqueles que não conseguem os resultados esperados pelos pacientes que tratam e/ou seus afins, e assim dar resposta compensadora aos anseios emocionais dos reclamantes, a legislação fere gravemente a cidadania dos médicos. Tamanha injustiça com profissio-

nais de tanta relevância social e humanitária é absolutamente inaceitável num verdadeiro Estado de Direito.

As palavras de V. Moura (2003) servem, primeiro, para constatar o estado de espírito dos esculápios tupiniquins, em mais uma evidência de que o recrudescimento da responsabilidade dos médicos acabaria, efetivamente, gerando reações virulentas, muitas vezes desproporcionais, em prejuízo para toda a sociedade. Muitos podem qualificar de caricatural a posição deste facultativo, líder de classe, mas seria bom, antes disso, imaginar a reação dos advogados, *v.g.*, se eles, de repente, achassem que seriam responsabilizados civilmente pelos prejuízos decorrentes de todos os processos em que não houve o chamado “ganho de causa”, independentemente de terem ou não empregado a melhor técnica no caso concreto.

Em segundo lugar, a precitada diatribe de V. Moura (2003) tem serventia para que se perceba o quanto as reações apressadas e a desinformação aproximam as pessoas do equívoco, uma vez que, na realidade, não há como sustentar a objetivação da responsabilidade médica com base no parágrafo único do art.927 do CC/02, sendo absolutamente improvável que os tribunais pátrios assim se posicionem.

Impende salientar, inicialmente, que o novo Código Civil trouxe a lume duas cláusulas gerais no seu art.927. O *caput* diz respeito à regra geral da responsabilidade civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p.17), abraçando a teoria clássica para o fim de manter a culpa enquanto nexos de imputação do dever de indenizar. O parágrafo único, por sua vez, prevê a aplicação da responsabilidade objetiva “nos casos especificados em lei” (responsabilidade civil do Estado, por exemplo) ou “[...] quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Nesta hipótese, portanto, o fator de imputação passa a ser o risco.

Torna-se facilmente perceptível, quanto à segunda hipótese, que o legislador pátrio fundamentou a “[...] inédita cláusula geral de responsabilidade civil objetiva” (SANSEVERINO, 2002, p.49) na teoria do risco criado, como afirma Monteiro (2003, p.461), diante da expressão “implicar risco”.

Salta aos olhos, neste momento, que a análise feita acima das visões teóricas da responsabilidade objetiva será de extrema importância ao se apurar se a atividade médica deveria ser enquadrada no *caput* ou no parágrafo único do art.927 do CC/02, mesmo que se admitisse, apenas para argumentar, que o art.14, §4º, do CDC tivesse sido derogado pela superveniência do novo Código Civil.

O certo é que a atividade dos médicos não gera ou cria risco para os pacientes. Lembre-se, mais uma vez, a distinção feita acima entre perigo e risco com espeque na doutrina de Passos (2001, p.132-133) para que se possa afirmar, sem receio,

que o atuar médico lida com o perigo e não com risco. Eis o motivo pelo qual se deve evitar chamar esta atividade (perigosa) de arriscada.

A profissão médica, em verdade, lida com perigos (doenças, iatrogenia, morte), tendo em vista que não está nas mãos dos esculápios a decisão sobre as reações do organismo humano e as formas de ataque à saúde das pessoas, as quais, com médicos ou sem médicos, continuarão adoecendo e falecendo. Couto Filho (2004, p.142), que não se alinha entre os que distinguem risco de perigo, faz, todavia, pertinente advertência quanto à impotência dos médicos diante das especificidades da sua ciência: “Porém, os riscos existem de qualquer maneira, independente do atual [sic] e do querer do profissional, não tendo sido eles — os riscos — criados pelos médicos”. O certo é que eventual extinção dos médicos não implicaria no fim das mortes e lesões decorrentes de moléstias.

Eis a diferença do que ocorre no que tange às atividades arriscadas propriamente ditas, já que se a humanidade resolvesse, *v.g.*, abdicar da energia atômica, não mais, doravante, haveria danos como os decorrentes do célebre e macabro caso de Chernobyl. Os prejuízos decorrentes de acidentes de avião, em outro exemplo, também desapareceriam caso os homens simplesmente deixassem de desafiar os céus. O mesmo raciocínio poderia ser desenvolvido em relação “[...] à produção de energia elétrica ou de explosivos [...]; à exploração de minas, à instalação de fios elétricos, telefônicos e telegráficos; ao transporte [...] marítimo e terrestre; à construção e edificação de grande porte etc.”, que são outros exemplos de atividades tipicamente geradoras de riscos citados por Diniz (2002a, p.48).

É bom repetir, portanto, que se os médicos deixassem de existir, em hipótese absurda, ainda assim ocorreriam danos decorrentes de moléstias, só que, por óbvio, aumentados pela ausência de tratamento especializado.

Percebe-se, pois, que a atividade dos médicos não se enquadra na hipótese do parágrafo único do art. 927 do CC/02, conforme já lecionou Couto Filho (2004, p.137). N. Souza (2002, p.3), na mesma trilha, posicionou-se firmemente a respeito deste dispositivo: “Não é possível considerá-lo como um comando para tornar objetiva a responsabilidade do médico [...] haja vista o risco não ser criado pela sua atividade”. É o que também afirma Kfoury Neto (2003, p.60), taxativamente, fundamentando sua assertiva nos seguintes termos:

Evidentemente, a ninguém ocorrerá atribuir aos profissionais da área de saúde o exercício de atividade que, normalmente, por sua própria natureza, implica risco aos direitos do paciente — hipótese que, caso admitida, descartaria a verificação da culpa, na atribuição da responsabilidade, acarretando a adoção da responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco criado. Isso porque a atividade curativa, em regra, não gera risco ao paciente. Antes, muito pelo contrário, visa a afastar o risco [melhor seria di-

zer “perigo”] de agravamento do seu estado de saúde, propiciando melhora ou a cura total.

A otimista previsão feita por Kfourri Neto (2003) no sentido de que ninguém defenderia a tese de que a atividade médica gera riscos falhou. Veja-se o que dizem, a propósito, Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.232):

Um interessante problema que está vindo à tona, com o advento do Novo Código Civil brasileiro, diz respeito à atuação de determinados profissionais liberais que empreendem atividade de risco, a exemplo de médicos [...].

Ninguém discute que o exercício de tais profissões envolve acentuada potencialidade de dano: imagine o erro de um cirurgião [...].

Em verdade, antes mesmo do advento do CC/02, Nunes (2000, p.191) já equiparava a atividade dos médicos a outras nitidamente arriscadas, como se vê no trecho reproduzido em seguida: “Em cima dessas considerações, lembre-se, então, que há serviços que naturalmente geram insegurança, tais como viagens de avião, navio, serviços de odontologia, hospitalares, médicos, etc. [...]”. Foi o que também escreveu Queiroga (2003, p.98): “[...] conceituar-se essa responsabilidade como objetiva, ante os riscos que são criados no relacionamento do médico/dentista/paciente [...]”. No mesmo sentido parece rumar Baú (2002, p.70) quando escreve o seguinte:

[...] prática da profissão médica é, eminentemente, perigosa quando não exercida por profissionais altamente treinados e competentes, podendo por em risco a vida do consumidor. E há, também, que se falar no risco em si a que fica sujeita a pessoa que terá seu corpo submetido a exames, medicamentos, procedimentos, e outros.

A despeito de se discordar frontalmente de Baú (2002), de Gagliano e Pamplona Filho (2003), de Nunes (2000) e de Queiroga (2003), com fundamento na argumentação acima expendida, convém obtemperar que este tipo de controvérsia já era de se esperar na interpretação de uma típica cláusula geral como a apresentada pelo art.927, parágrafo único, do CC/02.

Mesmo que se admitisse que a modalidade do risco a ser considerada no que tange ao segmento médico deveria ser a do risco-proveito em lugar da do risco criado, ainda assim não lograria êxito a tentativa de objetivação. De fato, não se pode afirmar que os médicos e hospitais colham, no particular, exclusivo proveito da situação (VARELA, 2000, p.525) ou, ainda, “[...] o principal benefício (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commodum, ibi incommodum*)” (VARELA, 2000, p.633). Ora, se é verdade, de um lado, que estes obtêm desta atividade suas receitas profissionais, de outro, também é certo que os pacientes, em regra, garantem — ou ao menos buscam garantir — os bens mais preciosos que se pode imaginar: a vida e a saúde.

A sorte dos médicos, todavia, é que a inserção da culpa no rol dos pressupostos da sua responsabilidade civil não passa apenas pela definição da natureza da sua atividade, mas também pela exegese de duas outras normas que não podem ser olvidadas do particular: o art.951 do CC/02 e o art.14, §4º, do CDC.

Ora, o art. 951 do novo Código Civil deixa entrever a opção do legislador pátrio pela manutenção da culpa enquanto pressuposto do dever de indenizar dos esculápios, como entende Gonçalves (2002, p.110-111). Note-se que não faria sentido prever uma forma de liquidação do dano médico válida apenas para as hipóteses em que houvesse culpa, deixando sem disciplina legal a forma de liquidar as indenizações decorrentes da hipotética responsabilidade objetiva dos galenos.

Demais disso, convém não desconsiderar que a norma do parágrafo único do art.927 do CC/02 é genérica, não podendo revogar a regra específica do §4º do art.14 do CDC, dedicada exclusivamente aos profissionais liberais, como sustentam Cavalieri Filho (2003, p.177) e Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.232). Diga-se, de passagem, que Pinto (2004, p.156) preocupou-se em refutar a tese de que o CC/02 teria genericamente revogado o CDC. Diante disso, também por este argumento, permanece incólume a posição da culpa enquanto nexos de imputação da responsabilidade dos médicos no Brasil.

Por derradeiro, antes de se pregar o enquadramento “a fórceps” da atividade médica no parágrafo único do art.927 do CC/02, há de se refletir sobre a seguinte ponderação. Ora, se é verdade — como o é — que o CDC antecedeu o CC/02 no que tange a “[...] princípios como o da boa-fé, da transparência, eticidade, porque necessários ao instituto da responsabilidade civil quando aplicado à relação de consumo” (PINTO, 2004, p.157) e se é certo que o *codex* consumerista, ainda assim, manteve a teoria subjetiva no que tange à responsabilidade civil dos médicos, por força de “[...] um juízo de razoabilidade de parte do legislador, atendendo à natureza das atividades [...] dos profissionais liberais” (SANSEVERINO, 2002, p.181), não seria o CC/02, contra o qual foram desferidas críticas em razão do conservadorismo e da timidez das suas “inovações” (BRANCO, 2002, p.79), que teria o condão de lhe objetivar.

Tecidas tais considerações, relembrando o problema desta dissertação, constata-se que a hipótese do predomínio da teoria subjetiva no que tange à responsabilidade dos médicos é, de fato, precedente.

Não é demais lembrar, ainda, que a culpa, enquanto pressuposto da responsabilidade civil genericamente considerada, já foi objeto de análise detida anteriormente. Assim, é desnecessário agora repetir várias abordagens que permanecem válidas quando se trata da culpa médica, a qual, na essência, não difere daquela que se poderia chamar de culpa comum, como sustenta Aguiar Júnior

(1995, p.38). Discorda-se, pois, de Diniz (2002a, p.257) quando afirma que na responsabilidade médica existiria uma “[...] espécie particular de culpa”.

Note-se, por exemplo, que os conceitos de imprudência, negligência e imperícia permanecem plenamente válidos quando transplantados do campo da teoria geral da responsabilidade civil para a seara médica.

Torna-se pertinente, portanto, apenas citar alguns exemplos fornecidos pela doutrina para cada uma das subespécies de culpa na atuação dos esculápios. Caso de imprudência seria o do “[...] cirurgião que opera sem o diagnóstico correto e sem o preparo adequado do paciente” (ZAMPIERI JÚNIOR; ZAMPIERI, 1998, p.5), haja vista que se trata de situação em que se agiu precipitadamente, sem a cautela devida. Percebe-se a natureza comissiva da conduta do esculápio ao dar início à operação.

Hipótese de negligência seria o “[...] abandono do paciente, deixando de atendê-lo quando precisa” (DINIZ, 2002b, p.589), uma vez que se verifica desídia do profissional, que deixou de fazer o que deveria ter sido feito. Salta aos olhos, neste caso, a natureza omissiva da conduta.

Por fim, seria episódio de imperícia o do “[...] obstetra que, na operação cesariana, corta a bexiga da parturiente” (KFOURI NETO, 2003, p.97), tendo-se em mente que o desconhecimento da melhor técnica explica a lesão imposta à paciente.

A maneira de apurar a culpa também não varia, uma vez que na área médica, assim como se dá na teoria geral da responsabilidade civil, não se tenta investigar os recônditos da subjetividade do autor do dano, visando-se, pelo contrário, sua verificação em abstrato, ou seja, “[...] julga-se a conduta do médico comparando-a com aquela que teria sido observada por um [galeno] escrupuloso, de inteligência e prudência normais” (KFOURI NETO, 2003, p.76).

A particularidade que se faz notar em relação à culpa médica remonta ao *standard* a ser levado em conta quando da comparação de condutas mencionada acima. Mas, como já se teve a oportunidade de afirmar neste trabalho, é de se esperar que para cada atividade seja usado um paradigma específico, já que a apuração em abstrato da culpa admite que se leve em consideração alguns elementos concretos (GOMES, O., 1988a, p.326). Dessa forma, como se exemplificou anteriormente, o genérico *standard* do “bom pai de família” acaba substituído pelo padrão mais específico para cada atividade.

E como se divisa o padrão de conduta na seara médica? Ou seja, como se delinea a imagem do médico paradigmático? A pergunta poderia gerar certa perplexidade para o observador mais incauto. Para obter a resposta, todavia, basta que se atente para a chamada *lex artis ad hoc*, com supedâneo na primorosa defi-

nição trazida à baila por Kfoury Neto (2003, p.163), mais uma vez com base na doutrina espanhola de Luis Martinez-Calcerrada y Gómez⁵:

A Lex Artis ad doc [sic] é o critério valorativo da correção do ato concretizado pelo profissional da medicina — arte ou Ciência Médica —, visando a verificar se a atuação é compatível — ou não — com o acervo de exigências e a técnica normalmente requeridos para determinado ato, observando-se a eficácia dos serviços prestados e a possível responsabilidade do médico/autor pelo resultado obtido.

Levam-se em consideração, nessa análise, principalmente, as características pessoais do profissional, os recursos materiais que dispõe, as peculiaridades inerentes à especialidade, a complexidade e importância do ato para a preservação da vida e o estado geral do paciente.

Na aferição da conduta médica, tem-se em conta a generalidade de condutas profissionais diante de casos análogos.

Toda profissão é regida por uma *Lex Artis*. Na medicina, porém, não obstante seu caráter geral, essa *lex* é aplicada a cada ato médico individualizado (*ad hoc*).

É certo que a *lex artis* tem o desiderato de fornecer o padrão exigível para a verificação da culpa médica. É o que sustenta Gómez (1989, p. 474 apud LIMA, G., 1993, p.427), para quem o objetivo da *lex artis* é “valorar a correção ou não do resultado de dita conduta, ou sua conformidade com a técnica normal requerida, ou seja, que essa atuação médica seja adequada ou se corresponda com a generalidade de condutas profissionais perante casos análogos”.

Vê-se, pois, que, de fato, a apuração da culpa médica é feita em abstrato, com base no sobredito *standard*, o qual, todavia, sofre, aqui e ali, temperamentos de aspectos concretos, como também destaca Kühn (2002, p.83), parafraseando João Álvaro Dias. É por isso que o grau de exigência com um especialista será maior do que o imposto ao generalista. É por este motivo, outrossim, que serão levadas em conta as condições do serviço médico, já que não se pode tratar igualmente, por exemplo, o médico que leva a cabo uma cirurgia previamente marcada e o que é obrigado a operar diversos pacientes em uma única noite em razão de um desastre natural, por exemplo.

5. O texto original de Gómez sobre a *lex artis* que serviu de base para Kfoury Neto (2003) foi integralmente transcrito por G. Lima (1993): “[...] es el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina — ciencia o arte médica — que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del actor, y en su caso, de la influencia en otros factores endógenos — estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria -, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)”. (GÓMEZ, 1989, p.473-474 apud LIMA, G., 1993, p.426-427).

O que é preciso alumiar é que não se busca a apuração do aspecto anímico do médico, ou seja, uma sondagem do seu interior para definir se houve ou não negligência, imprudência ou imperícia. O padrão que deve ser observado é o imposto pela *lex artis*, ou seja, a pergunta a ser feita é saber se, diante de um dano derivado do atuar médico, o galeno empregou ou não todos os meios adequados ao seu alcance para evitar a lesão, à luz das “[...] regras unanimemente aceitas e seguras da ciência médica [...]” (KFOURI NETO, 2003, p.102) ou, por outras palavras, do “conjunto de regras técnicas” que esteja consagrado “pela experiência médica” (FRANÇA, 2001, p.250). O médico paradigmático, portanto, é o que procede de acordo com a *lex artis*.

Se é verdade que a expressão “*lex artis ad hoc*” pode causar certa estranheza aos juristas que não se dedicam ao estudo específico da responsabilidade médica, não se pode esquecer que sua idéia de há muito é considerada na doutrina jurídica, ainda que de forma implícita, como se torna facilmente perceptível após a leitura dos comentários de Beviláqua (apud CROCE; CROCE JÚNIOR, 2002, p.35) ao art.1.545 do CC/16, a seguir reproduzidos:

O direito exige que esses profissionais exerçam sua arte, segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhe confiam, nos pressupostos de que os zelam. E esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso, que a lei repressiva lhe pune as infrações.

Postas tais ponderações, julga-se suficientemente abordada a culpa enquanto pressuposto da responsabilidade civil dos médicos, tornando cabível a análise dos últimos aspectos relativos ao dever de indenizar dos facultativos, para que se possa dedicar atenção, ao depois, para a situação dos hospitais.

11. RES IPSA LOQUITUR

A teoria da *res ipsa loquitur* foi desenvolvida no âmbito do sistema da *common law*, encontrando significativa ressonância em tribunais dos EUA. Tem sido ultimamente, de forma paulatina, mencionada na fundamentação de algumas decisões sobre responsabilidade médica no Brasil. Eis o que justifica uma breve análise a respeito no corpo deste trabalho, sobretudo quando se constata sua vinculação com a culpa enquanto pressuposto do dever de indenizar.

Kfouri Neto (2003) apresentou a mais abrangente abordagem sobre o assunto dentre as obras consultadas. O mestre paranaense diz que “[...] a teoria da *res ipsa loquitur* ou de que a coisa fala por si mesma” materializa-se da seguinte forma: “Ante a simples ocorrência de um fato [...] surge a presunção de negligência,

contra o médico e a favor do paciente. Extrai-se a ilação de que o fato não teria ocorrido se não tivesse havido culpa do médico” (KFOURI NETO, 2003, p.67).

As lições acima mencionadas encontram guarida no quanto exposto por Garner (1999, p.1311, tradução nossa)⁶, no seu *Black's Law Dictionary*, como se vê: “*res ipsa loquitur* [...] [latim ‘a coisa fala por ela própria’] [...] A doutrina estabelecendo que, em certas circunstâncias, o simples fato de uma ocorrência danosa levanta uma dedução de negligência [...]”.

A esta altura resta facilmente perceptível que a visão teórica ora em baila, aplicada ao segmento médico, consiste na presunção de culpa do profissional em certos casos concretos. Feita esta constatação, a primeira pergunta que vem à mente diz respeito às circunstâncias que justificam a adoção desta teoria. A resposta pode ser obtida mediante leitura das lições de Kfoury Neto (2003, p.68) ao apontar tais requisitos, com base na doutrina de Joseph H. King Jr., nos seguintes termos:

Os elementos da *res ipsa loquitur* são os seguintes: a) (o dano) deve ter resultado de um fato que não ocorre ordinariamente se não houver negligência (ou outra forma de culpa); b) deverá ter sido causado diretamente pelo médico ou por alguém atuando sob sua direção e controle; c) deverá ter ocorrido em circunstâncias que indiquem que o paciente não o produziu voluntariamente ou por negligência de sua parte.

Exemplos de fatos que falam por si mesmos seriam o de objetos esquecidos no corpo do paciente após cirurgias eletivas ou levadas a cabo em condições de normalidade e, ainda, o caso do galeno que extirpa o pulmão saudável, deixando no lugar o outro atingido pela moléstia, que justificara a intervenção médica.

A próxima indagação a ser feita remonta à natureza da supracitada presunção: *juris tantum* ou *juris et de jure*? Trata-se de aspecto importante, uma vez que, como visto acima, na primeira hipótese tem-se mera inversão do *onus probandi*, dentro do campo da responsabilidade subjetiva, enquanto que na segunda tem-se situação de responsabilidade objetiva. A resposta não é simples, na medida em que os autores brasileiros (obras consultadas) não se posicionam a respeito. Recorrendo-se à doutrina alienígena de Speiser (1972, p.5-6 apud GARNER, 1999, p.1312, tradução e grifos nossos)⁷, entretanto, pode-se afirmar que se trata de presunção *juris tantum*, ou seja, que admite prova em contrário, como se vê abaixo:

6. No original: “**Res ipsa loquitur** [...]. [Latin ‘the thing speaks for itself’] 1. Torts. The doctrine providing that, in some circumstances, the mere fact of an accident’s occurrence raises an inference of negligence [...]”. (GARNER, 1999, p.1311).

7. No original: “The phrase ‘res ipsa loquitur’ is a symbol for the rule that the fact of the occurrence of an injury, taken with the surrounding circumstances, may permit an inference or raise a presumption of negligence [...] inferring that the accident was probably the result of the defendant’s negligence, in the absence of explanation or other evidence which the jury believes” (SPEISER, 1972, p.5-6 apud GARNER, 1999, p.1312).

A frase “*res ipsa loquitur*” é um símbolo para a regra de que o fato da ocorrência de um prejuízo, considerado com as circunstâncias que o cercaram, pode permitir uma inferência ou levantamento de presunção de negligência [...] inferindo-se que o acidente foi provavelmente o resultado da negligência do réu, **na ausência de explicação ou outra evidência na qual o júri acredite.**

Dessa maneira, mesmo consideradas as conhecidas diferenças existentes entre o direito norte-americano e brasileiro, impende reconhecer que se trata de uma presunção que somente prevalecerá se o réu não conseguir convencer o júri do contrário.

De todas as maneiras, ainda que se questione tal conclusão, uma coisa é certa, somente terá cabimento tal visão teórica no Brasil na medida em que não implique na objetivação da responsabilidade dos médicos, por todos os motivos já expostos anteriormente.

É por isso que se discorda da interpretação dada por N. Souza (2000, p.3) à teoria sob comento, ao sustentar que o juiz, escorado na *res ipsa loquitur*, poderia inclusive dispensar a produção da prova pericial em caso de indenização por erro médico.

Tal posicionamento deixa margem para que se entenda existente uma presunção *juris et de jure*, que não admitiria prova em contrário, com o que não se pode concordar, ao menos na realidade jurídica brasileira.

Dessa maneira, tendo em mente os “elementos da *res ipsa loquitur*” acima indicados, pode-se afirmar que tal visão teórica no Brasil necessariamente aproxima-se da inversão do ônus da prova da culpa, cuja possibilidade é prevista no já comentado art.6º, inciso VIII, do CDC.

É isto o que resta pontificado na doutrina de Zuliani (2003, p.17) o qual, ao tratar de situações que lembram “a coisa fala por si mesma, dos americanos”, aduziu o seguinte:

Mas, em caso em que o dano é evidente, a experiência do Juiz confirma que a finalidade desejada na prestação de serviços médicos foi desviada do que seria, razoavelmente, esperado. [...] parece claro que a modificação do sistema probatório decorrente do art.6º, VIII, da Lei 8.078/90 introduziu-se para dar a ele, juiz, a chance real de redistribuir a carga probatória” (ZULIANI, 2003, p.18).

De fato, relendo-se os sobreditos “elementos” (KFOURI NETO, 2003, p.68), torna-se facilmente perceptível sua proximidade com a noção de “verossimilhança” exigida pelo CDC. É certo que se a coisa “fala por si mesma” é porque será extremamente verossímil a alegação do paciente em sede de ação indenizatória. Conclui-se, por conseguinte, que a teoria da *res ipsa loquitur*, em verdade, não representa grandes inovações na realidade do direito brasileiro, como se poderia entender após uma análise menos detida do tema.

12. PERDA DE UMA CHANCE

Outra questão que merece destaque no final deste capítulo é atinente à teoria da perda de uma chance, concebida em França, em cujos tribunais foi identificada a partir de 1965 (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p.51; SOUZA, N., 2000, p.8) e que também tem sido aludida em algumas decisões judiciais brasileiras como fundamento para condenação dos esculápios.

Não há como fugir, no particular, da constatação de que também coube a Kfourri Neto (2003) trazer a lume os ensinamentos mais aprofundados sobre o tema. Eis sua definição a propósito: “*La perte d’une chance* [...] representa, na teoria francesa, a afirmação de que o erro é precisamente não dar todas as chances de cura ou sobrevivência ao doente” (KFOURI NETO, 2003, p.52).

O que se pretende, em resumo, é condenar o profissional sob o argumento de ter retirado do paciente ao menos a chance de obter a cura, independentemente de se saber se a conduta culposa do médico foi efetivamente ou não a causa adequada do dano experimentado.

Aproveitando-se os sólidos fundamentos construídos na primeira etapa deste trabalho, pode-se afirmar que tal teoria propõe, portanto, a mitigação do nexo causal enquanto pressuposto da responsabilidade civil, ou seja, uma espécie de liame etiológico presumido. Vê-se, pois, que diferentemente da teoria da *res ipsa loquitur*, a visão teórica francesa representa verdadeira inovação na teoria geral da responsabilidade civil brasileira, por atingir um de seus pressupostos até então tido como inquestionável, a não ser nas muito excepcionais hipóteses de risco agravado.

Aguiar Júnior (1995, p.51), neste sentido, foi taxativo ao afirmar que a teoria da perda de uma chance foi aceita em alguns tribunais franceses “[...] para vencer a dificuldade da prova do nexo de causalidade”. N. Souza (2000, p.3, grifos nossos) também acaba demonstrando que tal teoria enfoca o nexo causal, a despeito de mencionar uma presunção de culpa que, de acordo com o entendimento esposado neste trabalho, resta inexistente no particular. É o que se constata em seguida:

[...] teoria da “perda de uma chance” [...]. Admite-se, nessa teoria, que a culpa do médico tenha comprometido as possibilidades de viver do paciente ou a sua integridade. O juiz não precisa estar convencido de que o prejuízo — lesão — ao paciente **foi causado** por culpa do médico, pois, segundo essa teoria, é necessário [sic] apenas a dúvida de que isso aconteceu por culpa do médico. Há, assim, aqui também, presunção de culpa contra o médico. **Os tribunais aceitam o nexo causal existente entre dano e culpa, pois ela se constitui no fato de não ter dado o médico todas as oportunidades ao paciente.** O doente não teve todas as chances a que tinha direito de se recuperar.

Não há como concordar, pois, com o entendimento dos autores que lecionam que o alvo principal da teoria sob comento é o dano enquanto pressuposto da responsabilidade civil. Branco (1996, p.64), por exemplo, diz que a “[...] perda de uma chance é um tipo especial de dano”. Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.44), bem como Garcez (2000, p.151), seguindo o mesmo norte, tratam desta teoria francesa quando da abordagem do dano indenizável.

A verdade é que, repita-se, o principal objetivo da *perte d'une chance* é mitigar o nexos causal enquanto pressuposto da responsabilidade civil, visto que a idéia é de punir uma conduta culposa independentemente de se conseguir provar o efetivo liame etiológico entre esta conduta e o dano experimentado. É o que leciona Ataz López (1985, p.343 apud KFOURI NETO, 2003, p.64-65):

Há casos em que não se busca uma causalidade pura, sim uma causalidade jurídica; um motivo suficiente para a imputação do dano; não foi o médico mesmo quem, com seus atos, causou o dano. Contudo, podendo e devendo interromper o processo natural da enfermidade, não o fez, ou porque absteve-se em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inúteis, que podem revelar imperícia. O médico terá descumprido, nesse caso, uma obrigação jurídica de atuar, e em razão desse descumprimento, o dano resultante de um processo natural lhe é imputável. Observe-se que, em tais casos, não se pode dizer que o médico tenha causado o dano. Precisamente por essa dificuldade de apreciar em muitos casos o nexos causal entre a atuação do médico e o dano sofrido, a jurisprudência francesa vem aplicando há quase 20 anos aquela que se chama doutrina da perda de possibilidades de sobrevivência.

A única particularidade que esta visão teórica impõe no que tange ao dano remonta ao fato de indicar que o médico não deverá, em tais casos, ser condenado a indenizar a totalidade do dano, mas somente parte deste. Como a origem da condenação é a perda de uma chance pelo paciente, sem se saber ao certo se a conduta não culposa do médico teria de fato impedido a lesão, propõe-se que o valor indenizatório seja equivalente a apenas parte do prejuízo, na proporção da probabilidade de concretização da chance perdida. Percebe-se, pois, que o dano terá de ter ocorrido para que surja o dever de indenizar; o que se flexibiliza é a apuração de que ele tenha derivado efetivamente da conduta médica.

Trata-se, pois, de “[...] um prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria” (KFOURI NETO, 2003, p.66). Assim, tome-se o exemplo de um médico negligente que deixasse de administrar um remédio que teria 40% (quarenta por cento) de chance de evitar a morte de um paciente, segundo a literatura médica. Nesta hipótese, deveria o esculápio ser condenado a indenizar a família do falecido no valor equivalente a 40% (quarenta por cento) do que pagaria caso ficasse cabalmente demonstra-

do o liame etiológico. Por óbvio, se o paciente ficar curado mesmo sem a administração do remédio, não há dano e, portanto, não se pode falar em responsabilidade do esculápio.

É cediço que nos casos concretos não será tão simples quantificar a probabilidade, como feito hipoteticamente acima. Cardoso (2002, p.303-304), após advertir que a “[...] chance tolhida com a culpa profissional, deve ser séria, viável, plausível e não meramente eventual”, ressalva que a verificação desta seriedade, viabilidade e plausibilidade da chance “nem sempre é fácil, cabendo ao prudente arbítrio do juiz identificar [...]” tais circunstâncias.

A despeito do entusiasmo de alguns doutrinadores quando apregoam a grande utilidade da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil dos médicos, como Cardoso (2002, p.303), sustenta-se que ela deve ser recebida com cautela no Brasil. Eis que no direito brasileiro o nexo causal é um pressuposto indiscutível do dever de indenizar, não sendo possível, em qualquer caso, de forma indiscriminada, condenar indivíduos independentemente da prova cabal da relação de causa e efeito entre sua conduta e o dano experimentado pela vítima.

Entende-se, por conseguinte, que a teoria da perda de uma chance deve ser usada com parcimônia, apenas nos casos em que haja grau elevado de culpa na conduta do agente, a ponto de autorizar a flexibilização do nível de exigência do magistrado no momento de apreciar o liame etiológico. É o que felizmente tem ocorrido, como registra Branco (1996, p.66): “No Brasil a perda de uma chance não tem sido indenizada, exceto em alguns casos específicos, por alguns tribunais”.

Não podem ser aplaudidas, portanto, certas distorções fundadas em tal visão teórica, como a de Cardoso (2002, p.305), que chega ao extremo de propor, com base na perda de uma chance, a necessidade de se indenizar a vítima, “[...] ainda que esta não comprove prejuízo atual ou futuro, em decorrência da falha do médico”. Resta facilmente perceptível, todavia, que não há como indenizar se não houver dano.

Note-se que nem mesmo na França a teoria em foco é aceita de forma pacífica. Kfoury Neto (2003, p.65) registra, a propósito, as críticas formuladas por Savatier, para quem esta visão teórica seria “[...] uma porta aberta a todas as arbitrariedades [...]”. Aguiar Júnior (1995, p.52), a seu turno, retrata a polêmica de forma ainda mais ampla:

O Prof. François Chabas critica a solução, pela qual se faz a abstração do laço de causalidade, presumindo-se a sua existência, e preconiza o retorno à teoria clássica da culpa com nexo causal. Jean Penneu também a critica, mas Chamard e Monzein consideram que a atual orientação da Corte francesa, diante da evolução atual da medicina, é uma solução de equidade e necessária.

Convém repetir, neste diapasão, que a teoria da perda de uma chance, por ser “[...] sem dúvida, manifestação de um espírito sancionador deveras rigoroso” (KFOURI NETO, 2003, p.53), deve ser usada com moderação, buscando-se o ponto de equilíbrio nos casos de responsabilidade médica, como sempre pregado ao longo deste trabalho dissertativo.

13. CONSENTIMENTO INFORMADO

Pode um galeno que levou a cabo uma cirurgia, usando a melhor técnica prevista pela *lex artis*, de forma conscienciosa e atenta e que, ao final, não gerou nenhum dano corporal ao paciente, bem sucedido no seu procedimento, ser condenado a pagar uma indenização em favor deste?

Depois de tudo o que foi visto até então, a resposta tende a ser obviamente negativa. Ocorre, todavia, que poderá não ser assim, em razão da ausência do que se convencionou chamar de consentimento informado ou esclarecido, cujo resultado prático poderá ser, em última análise, a objetivação da responsabilidade civil decorrente da prática de um ato médico. É o que será demonstrado após a apropriação de pré-noções essenciais à perfeita compreensão do tema.

Ao consentimento informado, “[...] figura relativamente nova [...]” (BAÚ, 2002, p.33), serão, portanto, dedicadas as próximas linhas, cujo objetivo é jogar alguma luz sobre este importante aspecto da responsabilidade médica. Não há, entretanto, qualquer intenção de oferecer uma abordagem exaustiva do tema.

O consentimento informado do paciente é o que se exige para que o galeno possa proceder a qualquer intervenção médica que ofereça algum risco. Diz-se “consentimento” porque o paciente ou seu responsável, por opção do primeiro ou quando este não puder se manifestar, precisará concordar com o tratamento que o médico pretende administrar. Fala-se em “esclarecido” porque o aludido consentimento deverá ser obtido após as informações detalhadas a respeito, de forma acessível e individualizada, levando-se em conta as particularidades daquele que deverá consentir.

Dessa maneira, só após receber as devidas informações e compreendê-las é que será possível, a quem tem de decidir, sopesar os prós e os contras do procedimento, consentindo ou não com ele, de forma esclarecida. Martins-Costa (2000, p.439), a propósito, afirma que o médico tem o dever de “[...] esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado [...]”.

As raízes históricas do instituto sob comento foram trazidas a lume por Aguiar (2005, no prelo), em obra predestinada a enriquecer a doutrina pátria especializada em Direito Médico, conforme se constata em seguida:

Instituto desenvolvido pelo direito americano a partir de 1950 surgiu como reação às experiências realizadas com prisioneiros nos campos de concentração, durante a 2ª guerra mundial e, ainda, em face das experimentações feitas nos EUA durante o período conhecido como guerra fria.

Esses fatos geraram resposta normativa, consubstanciada pela consagração expressa do direito ao consentimento livremente informado, primeiro no Código de Nuremberg de 1947 e, em seguida, nas Declarações da Associação Médica Mundial de 1964 e 1975, conhecidas como Helsinque I e Helsinque II.

No Brasil, entretanto, enquanto os esculápios continuaram ostentando a condição de profissionais plenipotenciários, inquestionáveis no seu agir e escudados pela chamada responsabilidade eufemística, não se cogitava da exigência deste consentimento. Eis que este quadro, de absoluta submissão do paciente aos desígnios do galeno, não despertava, na época, maiores questionamentos, por força da relação muito próxima que havia entre os pacientes e os chamados médicos de família.

Depois, com as profundas transformações havidas no segmento médico sob a égide da medicina de massa, com os pacientes sentindo-se desconsiderados enquanto seres humanos, como de fato ainda o são, e com a entronização constitucional dos direitos da personalidade, foi criado o cadinho do qual emanou a exigência do aludido consentimento informado enquanto regra geral a ser seguida nos procedimentos médicos. Neste sentido aponta Kfoury Neto (2003, p.36): “Nos dias atuais, as ocorrências associadas ao consentimento informado têm assumido grande importância, no contexto da responsabilidade civil do médico. [...] em breve, será esse o ponto central das discussões acerca do tema”. Diniz (2002b, p.4), a seu turno, com base na doutrina de Joaquim Clotet, arrola, entre as novidades das ciências biomédicas, a emancipação do paciente, sobre a qual discorre:

A emancipação do paciente, uma vez que com o reconhecimento dos seus direitos fundamentais como pessoa surge a vitória sobre o poder da classe médica, que, então, deverá respeitar sua autonomia da vontade, somente podendo intervir após o seu consentimento livre e informado quanto ao diagnóstico, prognóstico e processo terapêutico a que será submetido.

Dessa maneira, o que se valoriza é o chamado princípio da autonomia, “[...] pelo qual todo indivíduo tem por consagrado o direito de ser autor do seu próprio destino e de optar pelo caminho que quer dar a sua vida” (FRANÇA, 2001, p.36). A respeito disto asseverou John Stuart Mill, citado por Moreira Filho (2002, p.2): “[...] sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano”.

Tendo em vista o sobredito princípio, o tratamento médico deixou de ser unilateralmente decidido pelo esculápio, tornando-se essencial o consentimento esclarecido de quem enfrenta a moléstia, ou seja, “[...] uma decisão que leva em con-

sideração os objetivos, os valores, as preferências e necessidades do paciente e por ele tomada depois da avaliação dos riscos e benefícios” (DINIZ, 2002b, p.580).

Cumprido destacar que este direito do paciente de somente ser submetido a tratamento médico após o consentimento informado encontra guarida no direito positivo pátrio. Merecem destaque, neste sentido, o art. 6º, Inciso III, e o art. 31 do CDC. O primeiro eleva à condição de direito básico do paciente “a informação adequada e clara sobre [...] serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. Já o art.31 garante ao paciente, antes mesmo da concretização do vínculo contratual, o recebimento de claras e abrangentes informações sobre variados aspectos dos serviços em questão, com destaque para os “[...] riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores”.

Deve, pois, o paciente receber todas as informações a respeito da moléstia que lhe aflige, sobre o tratamento a ser utilizado e a respeito do prognóstico provável. Exceção a esta regra, que deriva das especificidades da medicina, remonta ao chamado “privilegio terapêutico” (DINIZ, 2002b, p.584; SILVA, C., 2003, p.15-16), pelo qual o médico está autorizado a sonegar informações ao paciente sempre que estas possam prejudicá-lo psicologicamente, a ponto de agravar o seu estado de saúde ou de reduzir suas chances de cura. Nestes casos excepcionais as informações deverão ser repassadas para o representante legal ou familiares próximos da pessoa afetada pela doença.

Se o direito consumerista garante integralmente ao paciente o direito de ser bem informado, requisito essencial para que ele possa livremente decidir acerca da conveniência de se submeter ao procedimento médico, o CEM é explícito ao estatuir, no seu art.46, ser vedado ao esculápio “efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida”. A importância dada à autonomia do paciente e, conseqüentemente, ao seu direito à informação e ao consentimento esclarecido é tamanha que o preceito é repetido, em outras palavras e adaptado às várias fases do atuar médico, pelos arts. 48, 56, 59 e 67 do referido *codex*.

Em reforço ao arcabouço normativo mencionado acima, vieram os arts. 13 e 15 do CC/02, os quais afastaram qualquer dúvida, em termos de direito positivo, acerca da condição de direitos da personalidade atribuída à proteção ao corpo humano, à integridade física da pessoa, bem como ao consentimento esclarecido do paciente no que concerne à submissão a procedimentos médicos.

Tecidas tais considerações, resta insofismável o dever que os médicos têm de somente levar a cabo qualquer procedimento após as devidas, claras e

abrangentes informações ao paciente ou seu representante legal, depois de confirmar se o receptor das informações está esclarecido a respeito e após obter o necessário consentimento.

Sustenta-se neste trabalho que os sobreditos deveres configuram, em verdade, obrigações de resultado do galeno, motivo pelo qual, em havendo discussão judicial a respeito do seu inadimplemento, caberá ao médico provar que informou, esclareceu e obteve o consentimento. De fato, convém lembrar o que já foi dito acima: assim como o advogado tem, em regra, obrigação de meios, mas terá obrigação de resultado quando, v.g., se comprometer a entregar no prazo um contrato que lhe foi encomendado, o médico também pode ter, excepcionalmente, obrigações de fim, como ocorre na hipótese ora abordada.

Diante disso, tendo-se em mente os ditames do §4º, do art. 14 do CDC e levando-se em conta se tratar, geralmente, de relação contratual, o ônus de provar o porquê de não se ter atingido o resultado esperado, ou seja, o consentimento esclarecido, é do profissional.

Não se trata, pois, de inversão do ônus probatório que tenha de ser determinado judicialmente com base no art. 6º, inciso VIII, do CDC, sob o fundamento de que “[...] as práticas médicas ocorrem a portas fechadas”, como sustenta C.Silva (2003, p.24) ou, ainda, decorrente da hipossuficiência “científica e técnica” do paciente perante os médicos, conforme opina Kühn (2002, p.92), com base na doutrina de Zucherino, de quem pontualmente se discorda nesta dissertação.

E como o médico deve se desincumbir deste *onus probandi*? A maioria dos autores consultados sugere que se elabore um documento escrito (DINIZ, 2002b, p.582; KFOURI NETO, 2003, p.41; SILVA, C., 2003, p.9-10), apesar de não haver nenhuma norma que transforme a prova documental no único meio aceitável para o profissional demonstrar ter informado, esclarecido e obtido o consentimento do paciente, como parece entender Baú (2002, p.68). A indicação de que seja elaborado um documento a ser assinado pelo paciente ou seu representante legal repousa na certeza de que, via de regra, constituirá importante elemento para a formação do convencimento do magistrado que venha a apreciar eventual ação indenizatória.

É bom registrar, a propósito, que a exigência do consentimento informado não resta atendida pela simples assinatura pelos pacientes formulários padronizados no momento em que entram no estabelecimento médico em busca do tratamento, como adverte França (2001, p.36). Primeiro porque obviamente não levam em conta as particularidades, o perfil, do receptor das informações. Segundo porque normalmente são genéricos e recheados de informações técnicas ininteligíveis para o leigo em medicina. Por fim, porque o procedimento médico naturalmente

implica na prática de sucessivos atos, que podem não ser previsíveis no início da prestação de serviços. Na verdade, como assevera França (2001, p.37), o consentimento há de ser continuado, devendo ser renovado sempre que a evolução da moléstia impuser uma mudança de rumos no tratamento a ser adotado.

Tais limitações inerentes aos documentos padronizados que visam materializar o consentimento esclarecido levaram Sotto (2003, p.7) a formular a seguinte crítica:

Entretanto, há que se atentar para o fato de que a informação escrita, consubstanciada em termos de responsabilidade e similares, pode auxiliar o diálogo entre médico e paciente mas nunca o substitui.

Pelo contrário, como bem adverte André Gonçalo Pereira, “os prestadores de cuidados de saúde podem ser acusados de usarem estes documentos como forma de se libertarem do fardo da prova da obtenção de um consentimento informado”. Ou seja, a exibição de documentos assinados pelo paciente ou por seu responsável legal pode ser interpretada judicialmente como uma conduta abusiva ou até mesmo como má-fé.

Há que se ter em mente que o aconselhamento é um processo contínuo, que se estende por todo o tratamento e até mesmo para além dele. Desse modo, a assinatura de um termo de responsabilidade no momento de uma internação apenas atesta que houve uma tentativa de esclarecimento naquele instante específico, mas não que o aconselhamento foi continuado e adaptado à evolução do tratamento daquele paciente em especial. [...].

Assim, cremos que os formulários padronizados devem ser utilizados apenas como instrumentos auxiliares do cumprimento do dever de informar, restringindo-se a procedimentos e situações especialíssimos.

Após constatar as limitações do formulário padronizado enquanto meio de prova da obtenção do esclarecimento esclarecido, Sotto (2003, p.7) sugere que tal desiderato pode ser melhor alcançado pelo preenchimento cuidadoso do prontuário médico, onde deveriam ser indicados os nomes das pessoas que tenham “[...] assistido ao concreto diálogo de esclarecimento [...]”, que seria uma “[...] providência relativamente simples [...]”.

À sobredita sugestão poder-se-ia agregar a elaboração de documentos individualizados relativos a cada paciente para registrar o consentimento sempre que este se fizer necessário e a gravação da conversa mantida entre o médico e o paciente. Se tais medidas não são factíveis diante da limitação de recursos que caracteriza boa parte do segmento médico brasileiro, seriam bem viáveis, v.g., em clínicas de cirurgia estética, cuja especialidade impõe maior rigor no que concerne ao consentimento esclarecido, conforme assinalam Aguiar Júnior (1995, p.36) e Rodrigues (2002, p.253).

É claro que em certas situações a preocupação com os meios para comprovar o consentimento esclarecido fica naturalmente mitigada, como nas atividades

médicas mais corriqueiras e simples, a exemplo do engessamento do braço do paciente que se dirige a uma clínica de traumatologia após sofrer uma torção ou da realização de curativo em pessoa que acaba de sofrer um corte na perna. Nestes casos, o consentimento esclarecido chega a ser intuitivo, implícito, dispensando-se maiores cuidados comprobatórios, como a assinatura de documentos e a gravação dos diálogos.

Adverte-se, ainda, para a circunstância do consentimento ser revogável (FRANÇA, 2001, p.37; SILVA, C., 2003, p.11), ou seja, o paciente pode mudar de idéia no meio do tratamento médico, que deverá ser interrompido de forma imediata, a não ser que, como adverte França (2001, p.38), esta interrupção coloque a vida do próprio paciente em risco. Situação semelhante é tratada por Aguiar Júnior (1995, p.36) ao aludir à situação do médico que, autorizado para a prática de ato cirúrgico simples, descobre durante a cirurgia problema mais complexo. Não deverá o profissional, nesta hipótese, tentar solucionar de imediato o novo problema, sem renovar o consentimento do paciente, a não ser que deixar de intervir imediatamente coloque em risco a vida deste.

É curial asseverar que a obtenção do consentimento esclarecido não equivale ao ajuste de uma cláusula de não indenizar entre médico e paciente. Esta excludente de responsabilidade, como visto acima, resta vedada de forma cogente pelas normas consumeristas, motivo pelo qual restará inválida, mesmo quando pactuada entre as partes. Dessa maneira, ainda que o paciente haja consentido, de forma esclarecida, com o tratamento médico, o profissional poderá ser condenado por erro médico na hipótese de culposamente causar um dano. É o que leciona C. Silva (2003, p.22): “[...] o consentimento informado não é um salvo-conduto para o médico cometer excessos e descuidar da técnica a todos imposta. [...] legitima a ação médica, embora não afaste a possibilidade de responsabilização por erro decorrente da culpa”.

Note-se, ainda, que o consentimento será, de logo, inválido, caso diga respeito a procedimentos médicos desnecessários (KFOURI NETO, 2003, p.40), já que a integridade física do paciente é um direito indisponível. Branco (1996, p.69), por exemplo, ressalva o seguinte:

Porém, mesmo que haja autorização do paciente, não poderá o profissional utilizar tratamentos ou intervenções cujos riscos sejam desproporcionais às vantagens. É pacífico que o corpo humano é indisponível juridicamente, assim como o são todos os direitos da personalidade. Não poderá, por isso, o profissional realizar experiências sobre o corpo humano. Não excluirá a responsabilização a alegação de sua atuação “desinteressada”.

Se, de um lado, após tudo o que se viu acima, sendo o paciente “[...] sujeito, e não mero objeto da atuação médica [...]” (SILVA, C., 2003, p.8), resta inques-

tionável que o “[...] consentimento informado já faz parte do atual exercício da medicina, e é encarado como um direito dos particulares e uma obrigação dos médicos” (MOREIRA FILHO, 2002, p.5), de outro, pode-se afirmar categoricamente que não se trata de um direito absoluto, uma vez que sua observância pode ser dispensada sempre que houver iminente perigo para vida do paciente. É quando, estando em conflito o supracitado princípio da autonomia e o princípio da beneficência, pelo qual o médico é obrigado a adotar todos os meios ao seu alcance para preservar a vida do paciente, prevalece este último.

É o que reconhece Diniz (2002b, p.583), quando afirma que o consentimento do paciente poderá ser dispensado em caso de “necessidade inadiável de prática médica de urgência, em razão de iminente perigo de vida (art.46 do Código de Ética Médica)”. Pode-se, aliás, ir mais além, entrando em um campo polêmico, para afirmar que o procedimento poderá ser realizado mesmo contra a vontade do paciente ou de seu representante legal, na hipótese de inelutável necessidade para salvar sua vida. Entende-se, pois, acertado o posicionamento de França (2001, p.37) ao analisar o cabimento do que chama de “tratamento arbitrário”:

O mesmo se diga quando o paciente nega autorização diante de uma imperiosa e inadiável necessidade do ato médico salvador, frente a um iminente perigo de vida. Nesse caso estaria justificado o tratamento arbitrário, onde não se argüi a antijuridicidade do constrangimento ilegal nem se pode exigir um consentimento. Diz o bom senso que, em situações dessa ordem, em que o tratamento é indispensável e inadiável, estando o próprio interesse do doente em jogo, deve o médico realizar, com meios moderados, aquilo que aconselha sua consciência e o que é melhor para o paciente (princípio da beneficência).

Não é de se invejar, portanto, a posição do médico, na medida em que tem, na situação acima exposta, a obrigação de provar que havia realmente o perigo iminente de vida, com as dificuldades impostas pela inexatidão da ciência médica. Por outro lado, caso decidisse “livrar-se do problema” criado pelo paciente que resiste ao necessário tratamento e, por exemplo, liberá-lo nas sobreditas condições, dando-lhe “alta a pedido”, mesmo diante de um requerimento formal expresso nesse sentido, a superveniência da morte gerará, de forma inexorável, a responsabilidade, podendo ser, inclusive, acusado de omissão de socorro, conforme adverte França (2001, p.38). Fica, portanto, o profissional “entre a cruz e a espada”.

É por isso que C. Silva (2003, p.10), ao concordar com a pertinência do tratamento arbitrário nas condições expostas acima, recomenda cautela ao médico, como se vê em seguida:

Nos casos de grave risco à vida do paciente, somos favoráveis à intervenção, se possível, precedida de esclarecimento, mas independente da vontade.

Todavia, a decisão solitária do médico deverá ser esclarecida em juízo, caso haja questionamento [...] cabendo ao médico provar que a gravidade da situação justificava a prática adotada, não sendo exagero recomendar ao médico que em tais casos decida auxiliado pela opinião de outros profissionais.

Mais do que colher a opinião de outros galenos, deve o médico, em sendo possível, buscar o apoio do Poder Judiciário, como têm feito alguns profissionais em casos extremos, como o das Testemunhas de Jeová, que mesmo sob iminente risco de vida, recusam-se a se submeter à transfusão de sangue. É o que revela aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reproduzido por Branco (1996, p.72), onde se concluiu que “se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste [...], ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos”. É o que também sustenta Diniz (2002b, p.217).

Tecidas tantas considerações, resta indiscutível a complexidade da “[...] multifacetada questão [...]” (KFOURI NETO, 2003, p.36) ora em baila, que demandaria um tratamento mais detido, o qual, contudo, transbordaria os limites propostos para esta dissertação.

Não se poderia encerrar esta análise, entretanto, sem explorar o questionamento formulado no início desta seção secundária, ou seja, pode o médico ser condenado a indenizar o paciente em virtude do simples descumprimento dos deveres atinentes ao consentimento esclarecido? A resposta é positiva, como se verá em seguida.

De fato, o médico que resolva descumprir o dever de informar, confirmar a compreensão do quanto dito e colher o necessário consentimento para a prática do ato médico, torna-se responsável por todo e qualquer tipo de dano que advenha do tratamento, ainda que este derive da álea inerente à medicina, isto é, mesmo que tenha adotado a técnica mais perfeita para o caso concreto prevista pela literatura médica. É o que sustenta, com razão, Diniz (2002b, p.580), nos seguintes termos:

[...] a informação deficiente por ele [médico] dada ao paciente o tornará responsável pelo resultado danoso oriundo de sua intervenção, mesmo que esta tenha sido correta tecnicamente, pouco importando que o dano derive do risco comum em qualquer prática médica.

O fundamento para tanto reside na circunstância de que, uma vez informado, caberia ao paciente, no exercício da sua autonomia da vontade, decidir se iria ou não correr os riscos do procedimento médico. Se o galeno lhe retira esta possibilidade ou mesmo se não presta as informações de forma escurra, prejudicando a decisão do paciente, torna-se responsável por tudo o que venha a acontecer, ainda que sejam danos advindos, por exemplo, de reações inesperadas do próprio organismo humano. Veja-se, ainda neste sentido, a doutrina de C.Silva (2003, p.23):

Ademais, a falta de oportunidade ao paciente de não se submeter a qualquer tratamento, que posteriormente lhe ocasionou o dano corporal ou psíquico, enseja, ainda que o médico tenha agido de acordo com a técnica, a indenização pela violação do consentimento informado, vez que o paciente, ciente dos riscos, poderia não se submeter ao tratamento médico, não se aplicando o caso fortuito ou força maior para isenção da responsabilidade.

Constata-se, pois, que o esculápio, ao descumprir o dever de bem informar e de obter o consentimento para a prática do ato médico acaba, por vias transversas, objetivando sua responsabilidade civil no que tange ao procedimento médico em si mesmo. Note-se que não se trata nem de transformar sua habitual obrigação de meios em uma de resultado, porque desrespeitar o direito do paciente de decidir sobre a conveniência do ato torna o galeno responsável até mesmo pela inexatidão da ciência médica. Assim, não excluirá o dever de indenizar mesmo que prove que não laborou com culpa durante o procedimento ocorrido sem o consentimento do paciente. Sua defesa estará limitada à prova de que não teve culpa pelo fato de não ter obtido o consentimento informado deste.

E mesmo que do procedimento havido sem consentimento não resulte dano corporal ao paciente, este ainda poderá ajuizar ação indenizatória para obter compensação pelos danos morais puros decorrentes da intervenção havida no seu corpo sem o devido consentimento informado. É o que admite Penneu (1990, p.538 apud AGUIAR JÚNIOR, 1995, p.36). C. Silva (2003, p.19-20), a seu turno, em brilhante trabalho sobre o tema, desenvolve irrefutável argumentação neste mesmo sentido:

[...] acreditamos que a violação ao consentimento informado além de constituir elemento caracterizador da culpa do médico, tem também proteção autônoma, em outras palavras, a disposição sobre o próprio corpo e o direito à integridade física de que decorre o consentimento informado são bens jurídicos que merecem proteção em si. [...]

Assim, não nos parece razoável que a devolução indevida de um cheque por insuficiência de fundos justifique a indenização pelo dano moral puro, e a violação ao direito de disposição sobre o próprio corpo com afetação à integridade física não mereça sequer igual tratamento.

Para facilitarmos a visualização de eventual efeito danoso da ausência do consentimento informado, imaginemos uma situação onde a pessoa contrata um médico para realizar uma cirurgia plástica com o objetivo de enrijecer a pele do rosto. No decorrer do tratamento, o cirurgião, por conta própria, decide fazer uma intervenção cirúrgica no nariz do paciente para sua diminuição, vez que o considera demasiadamente desproporcional ao restante do rosto.

O nariz do paciente após a operação apresenta evidente melhora na aparência e proporcionalmente, eis que não existiria razão para se falar em dano estético do ponto de vista objetivo.

Ocorre que a privação ao direito de decidir sobre o próprio corpo é uma ação invasiva e prejudicial ao indivíduo, razão pela qual entendemos que

aquela intervenção cirúrgica deu causa ao dano moral por violação ao direito da personalidade representado no consentimento informado, embora possa se discutir a existência de dano corporal.

Encerra-se, assim, a fundamentação da resposta ao questionamento suscitado no começo desta seção secundária, já que, mesmo em inexistindo dano corporal, após um procedimento médico perfeito à luz da *lex artis*, poderá o galeno ser condenado a compensar o dano moral puro experimentado pelo paciente de quem se esqueceu de colher o consentimento esclarecido.

Para além da gravidade das supracitadas conseqüências decorrentes da postura refratária do esculápio perante a necessidade do consentimento esclarecido, convém ressaltar que muitos autores (DINIZ, 2002b, p.602; SILVA, C., p.32-33), apontam o acatamento deste direito do paciente — de ser informado e consultado para decidir acerca da prática do ato médico — como importante medida profilática contra o crescimento do número de ações indenizatórias envolvendo médicos, em circunstância que, por si só, deve servir de estímulo para uma melhoria na disposição destes profissionais no progresso da qualidade do diálogo mantido com seus pacientes.

Tecidas tais considerações, dá-se por encerrada a abordagem da responsabilidade civil dos médicos, nos seus aspectos mais relevantes, com especial ênfase nos pontos, direta ou indiretamente, ligados à culpa enquanto inegável pressuposto do dever de indenizar.

Ver-se-á, em seguida, se a hipótese deste trabalho dissertativo também prevalece em se tratando da responsabilidade civil dos hospitais, adotando-se a mesma sistemática usada até então, ou seja, primeiro a apropriação das pré-noções essenciais ao tratamento posterior do ponto central da análise, ligado ao problema eleito neste trabalho.



CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS

SUMÁRIO: 1. Generalidades — 2. Conceito de hospital — 3. Especificidades da atividade hospitalar — 4. Clarividência *versus* imediatismo — 5. Abordagem histórica — 6. Responsabilidade contratual — 7. A adoção da teoria subjetiva quanto ao dever de assistência médica — 8. A adoção da teoria objetiva quanto ao dever de hospedagem — 9. O Código de Ética Médica e a responsabilidade civil dos hospitais.

1. GENERALIDADES

A responsabilidade civil dos hospitais sempre despertou menos a curiosidade dos juristas do que a atinente aos esculápios. Um dos motivos desta relativa falta de interesse repousa na prévia necessidade de avaliação do atuar médico para que se possa definir se a instituição hospitalar terá ou não o dever de indenizar decorrente da sua principal atividade, ou seja, a prestação de serviços de saúde.

Esta premissa, que será aprofundada adiante, leva à constatação de que muito do que foi analisado no capítulo anterior é aplicável e necessário quando se leva em conta a responsabilidade civil dos estabelecimentos de hospitalização.

Dessa maneira, convém manter em mente os conceitos de medicina e de ato médico; lembrar das normas aplicáveis; não esquecer a importância do posicionamento ponderado quanto a esta responsabilização, evitando-se que o radicalismo desemboque em quadro de crise indesejável para médicos, hospitais, pacientes e sociedade em geral; não olvidar as especificidades da atividade médica e a circunstância destas, via de regra, implicarem em obrigações de meios; dentre outros aspectos comuns à análise da responsabilidade civil tanto de facultativos quanto de hospitais.

Cai a lançar notar que outra explicação para esta preferência doutrinária pelo estudo do dever de indenizar dos galenos, em detrimento da responsabilidade civil dos hospitais, reside na própria evolução histórica do segmento médico, como se verá em seguida, em seção secundária específica.

A tendência que se verifica atualmente, entretanto, é a da ascensão da responsabilidade civil dos hospitais na lista de prioridades dos estudiosos do direito, o que torna ainda mais pertinente a abordagem que ora se inicia.

A importância da instituição hospitalar é indiscutível, haja vista que esta “[...] existe, antes de mais nada, para servir aos pacientes e à comunidade, por necessidade pública e por interesse social” (FRANÇA, 2001, p.104). Demais disso, resta inolvidável a circunstância de que “[...] o bom êxito do atendimento médico não

depende, apenas, do profissional, mas da qualidade dos serviços hospitalares” (KFOURI NETO, 2003, p.30), já que, em diversas situações, os “[...] serviços médicos só podem ser prestados num espaço adequado e com equipamentos apropriados que, efetivamente, só o hospital pode oferecer” (ALMEIDA, 2004, p.23).

A análise ganha relevo, outrossim, diante da certeza de que “[...] o hospital se salienta como órgão de profunda e multifacetada responsabilidade” (CINTRA, 2001, p.1), cuja configuração do dever de indenizar desperta acesa polêmica doutrinária e jurisprudencial, como registra Azi (2000, p.95). Almeida (2004, p.14), na mesma senda, assevera que se trata de “[...] matéria tormentosa e não pacificada jurisprudencialmente [...]”, não sendo demais repetir, a propósito, que é justamente a divergência reinante na doutrina e nos tribunais o principal combustível que impele a pesquisa jurídica.

Registre-se, por fim, que o campo explorado nesta dissertação é o do direito privado, motivo pelo qual a indenização dos fatos danosos advindos dos serviços hospitalares do setor público foge ao raio de abrangência deste trabalho. Sobre o tema, recomenda-se a leitura das virtuosas obras específicas de Bahia (1997) e Cretella Júnior (1980).

2. CONCEITO DE HOSPITAL

Do estudo das obras especificamente dedicadas ao tema ora em baila depreende-se a preocupação de se diferenciar a estrutura física e o nome do hospital da pessoa jurídica que o mantém, que deverá ser indicada no pólo passivo dos processos eventualmente movidos em busca de indenizações fundadas na má prestação dos serviços hospitalares.

Os autores, ao que tudo indica, desejam evitar equívocos técnicos como o que, *mutatis mutandis*, leva ao ajuizamento de ações contra as prefeituras em lugar dos municípios, isto é, confundindo o prédio, a sede da pessoa jurídica, com ela própria. É neste sentido o esclarecimento de Caramuru Afonso Francisco (1991, p.184 apud ZARIF, 2001, p.178):

[...] hospital é estabelecimento aparelhado com todos os recursos médicos e cirúrgicos para o tratamento de doentes [...].

[...] este estabelecimento que se denomina hospital, não é dotado de personalidade jurídica, consoante lição dos juristas. Este estabelecimento é objeto de direito, é universalidade de fato, para aqui se utilizar ensinamento próprio do direito comercial, mas que encontra total aplicabilidade no tema em tela. A este estabelecimento, a este conjunto de bens e serviços está relacionado um titular, este sim o sujeito de direito, a pessoa jurídica, a associação, a sociedade ou a fundação.

Apesar do trecho doutrinário acima transcrito ter repercutido intensamente nas obras dos autores que lhe seguiram, como, v.g., as de Aguiar Júnior (1995, p.41) e de Almeida (2004, p.14), sem falar no trabalho do próprio Zarif (2001), o conceito de hospital proposto parece ser muito excludente, uma vez que existem no Brasil poucos hospitais aparelhados com efetivamente “todos os recursos médicos e cirúrgicos para o tratamento de doentes”. As dificuldades materiais e carências de toda ordem enfrentadas por diversos estabelecimentos hospitalares brasileiros não têm, em verdade, o condão de lhes retirar a natureza de hospitais.

Entende-se mais apropriado, pois, o conceito abrangente proposto por Azi (2000, p.63) nos seguintes termos: “Pode-se conceituar hospital, também conhecido como nosocômio ou casa da saúde, como sendo o local onde se recebem e se tratam os doentes”. Esta definição tem ainda a vantagem de melhor justificar a opção terminológica de Almeida (2004, p.15) e Zarif (2001, p.177), os quais se decidiram pelo uso do vocábulo “hospital” como gênero que abarca, também, sanatórios, clínicas, casas de saúde e similares. Esta, aliás, é uma boa idéia, também abraçada neste trabalho dissertativo, considerando-se que os estudos relativos à responsabilidade civil dos hospitais em sentido estrito são perfeitamente válidos no que tange a todo e qualquer estabelecimento habitualmente destinado a servir de palco para a prática de atos médicos.

3. ESPECIFICIDADES DA ATIVIDADE HOSPITALAR

Os hospitais, assim, como os esculápios, estão sujeitos à álea inerente à medicina, a qual forçosamente leva ao reconhecimento de que suas obrigações, no que tange aos serviços médicos propriamente ditos, serão de meios e não de resultados. De fato, “se a responsabilidade do médico é de meio e não de resultado, assim também o é a do hospital, naquilo que diz respeito aos mesmos fatos pertinentes à atuação do profissional liberal” (ZARIF, 2001, p.181), haja vista que “[...] não se pode exigir, ou mesmo esperar do hospital a garantia de vida ou asseguramento de cura daqueles ali internados [...]” (ALMEIDA, 2004, p.33).

Repita-se, pois, que são perfeitamente válidas as ponderações feitas acima quando da análise da responsabilidade civil dos galenos, a respeito das particularidades do atuar médico e da natureza de suas obrigações.

Outra especificidade do segmento hospitalar diz respeito à constatação da circunstância dos nosocômios não poderem diretamente praticar atos médicos em sentido estrito (AZI, 2000, p.64). De fato, como visto acima, o exercício da medicina é exclusivo para os profissionais devidamente graduados nas faculdades respectivas e devidamente registrados no órgão de classe (SANTOS, A., 2003, p.45).

Demais disso, vale destacar que os médicos, mesmo quando subordinados por força de relações de emprego, conservam de alguma maneira sua natureza de profissionais liberais, mantendo “[...] certa autonomia no exercício de suas profissões” (WALD, 1992, p.497). Encontram, para tanto, respaldo no art.8º do CEM: “O médico não pode, em qualquer circunstância ou sob qualquer pretexto, renunciar sua liberdade profissional [...]”. Veja-se, ainda neste sentido, o art.16 do mesmo *codex*: “Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital [...] poderá limitar a escolha, por parte do médico, dos meios a serem postos em prática para estabelecimento do diagnóstico e para execução do tratamento [...]”.

O supracitado PLS nº 268 de 2002 era ainda mais explícito quanto à impossibilidade de ingerências no atuar médico, ao dispor, no art. 11, o seguinte: “A relação de emprego, na qualidade de médico, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerente à prática médica”.

Vê-se, por conseguinte, que mesmo em se tratando de corpo clínico fechado, ou seja, quando o hospital tem sua própria equipe de médicos contratados, há óbice à eventual pretensão do nosocômio de direcionar a prática de um ato médico em sentido estrito, determinando-lhe os rumos, como teria a possibilidade de fazer, por exemplo, em relação a um projeto arquitetônico ou no que tange à limpeza do estabelecimento hospitalar.

As sobreditas constatações serão de extrema importância no momento de se discutir, como se fará abaixo, sobre a possibilidade da total objetivação da responsabilidade civil dos hospitais, seja com espeque no art.14 do CDC, seja com base no art. 927, parágrafo único, e art. 933, ambos do CC/02.

4. CLARIVIDÊNCIA *VERSUS* IMEDIATISMO

Impende salientar que, da mesma forma como ocorre no que tange aos médicos, a postura dos que sustentam uma radicalização do momento de responsabilizar os hospitais leva, em última análise, a um prejuízo para todos os envolvidos, inclusive para os pacientes. Sim, porque são inexoráveis, neste quadro, o aumento dos custos com os serviços hospitalares e a configuração da inviabilidade econômica de certos estabelecimentos, em especial daqueles especializados em áreas mais sujeitas ao perigo, como a oncologia e a obstetrícia, por exemplo.

Não se pode, pois, cogitar da aplicação irrestrita da teoria objetiva da responsabilidade civil no que tange aos nosocômios, impondo-lhes o dever de indenizar mesmo quando inexistente a culpa dos galenos que praticaram diretamente o ato médico. Seria como responsabilizar os hospitais pela incerteza da ciência médica, atribuindo-lhes uma carga insuportável, mesmo que se lhes visualize como a comple-

ta materialização da frieza e impessoalidade da medicina de massa ocidental, como sugeriu Soalheiro (2004, p.60), em matéria veiculada pela revista *Superinteressante*, ao indagar ironicamente: “Ou alguém aí acha os hospitais agradáveis?”.

O certo, também aqui, é que não se pode divisar outra saída que não a da instituição de um fundo securitário, preferentemente de natureza pública e obrigatória, caso prevaleça a idéia de não mais deixar que os pacientes suportem o ônus dos fatores randômicos de um procedimento médico-hospitalar, a despeito dos diversos inconvenientes que tal saída oferece no que tange especificamente ao segmento médico, que também já foram objeto de comentários alhures.

5. ABORDAGEM HISTÓRICA

Os hospitais também experimentaram, até cerca de cinquenta anos atrás, situação semelhante à responsabilidade eufemística dos médicos. Esta época em que sequer se cogitava o ajuizamento de ações indenizatórias contra os nosocômios foi comentada por França (2001, p.261) nos seguintes termos: “Era conceito antigo que o hospital não poderia ser considerado negligente, uma vez que não é ele quem cuida do paciente”. Viviam-se, pois, no pólo oposto ao hoje ocupado por aqueles que defendem a absoluta objetivação da responsabilidade civil dos estabelecimentos hospitalares. Croce e Croce Júnior (2002, p.18) assim retratam o supracitado período:

[...] tempo houve em que não era admitida a responsabilidade dos hospitais e casas de saúde, sob alegação de que esses estabelecimentos limitam-se somente a oferecer meios e recursos para o médico exercer sua função profissional, sendo este, assim, o único passível de responder por danos advindos de ato culposo por ele promovido.

Um dos motivos que explicam a origem desta espécie de “imunidade indenizatória” que protegia os hospitais no particular está relacionada com o fato dos primeiros nosocômios brasileiros terem sido implementados e administrados por religiosos, sem fins comerciais, em circunstância que desestimulava a busca de indenizações pelos pacientes prejudicados, conforme leciona Zarif (2001, p.178).

Esta constatação pode ser ilustrada com a realidade baiana, haja vista que N. Rocha (2002, p.3) informou que até “[...] a década de 50, o Estado contava com uma assistência médica e hospitalar baseada quase que exclusivamente nas Santas Casas de Misericórdia e hospitais filantrópicos, que sucederam as pioneiras Casas Pias”, noticiando, ao depois, que a principal característica destes nosocômios era a presença de religiosos à frente de sua administração.

Ocorre, todavia, que assim como aconteceu com a responsabilidade eufemística dos médicos, a “imunidade” dos hospitais não poderia perdurar diante das profundas modificações experimentadas pelo segmento, sob a égide da chamada

medicina de massa. Uma das conseqüências deste fenômeno é a tendência dos esculápios organizarem clínicas e hospitais, visando a exploração capitalista e profissionalizada da atividade médica (NUNES, 2000, p.203).

De fato, nos últimos vinte anos verificou-se grande crescimento no número dos estabelecimentos hospitalares dominados pela iniciativa privada. Este, aliás, é um fato contra o qual não há argumentos, sendo um dos motivos pelos quais existe hoje um maior interesse pelo estudo da responsabilidade civil dos hospitais, conforme mencionado anteriormente, no início deste capítulo.

Para que se tenha exemplo concreto do que se disse acima tome-se, mais uma vez, o caso da Bahia, emblemático por se tratar do Estado onde se instalou a primeira Faculdade de Medicina do Brasil. Maia Filho (2002, p.10) noticiou que até o fim dos anos sessenta do século passado, só havia dois hospitais de grande porte na Bahia: “o Português e o Espanhol, que eram filantrópicos”. Depois, qualificou de marcos históricos da saúde privada baiana a inauguração do Hospital São Rafael, em 1990 e do Hospital Aliança, 1991, que, sem dúvida, revolucionaram o segmento hospitalar estadual. Por fim, informou que outros hospitais vinculados à iniciativa privada têm sido inaugurados no Estado nos últimos tempos, como o Hospital da Cidade e o Jaar Andrade.

Vê-se, pois, que se saiu de um quadro em que havia poucos estabelecimentos hospitalares, em sua grande maioria administrados por religiosos e protegidos pelo que aqui se convencionou chamar de “imunidade indenizatória”, para chegar à situação hodierna, caracterizada por grandes hospitais, instalados sobre premissas contemporâneas, para o bem e para o mal, sem que haja mais espaço para a sobredita “imunidade”.

Sobre isto manifestou-se Fonsêca (2000, p.5) que, em matéria veiculada pelo jornal A Tarde, registrou o aumento das demandas contra hospitais com base no depoimento dos líderes do segmento. França (2001, p.285), a seu turno, constatou: “Mais recentemente, vem-se cuidando com mais rigor da responsabilidade dos hospitais, clínicas, laboratórios e bancos de sangue, através do ajustamento do ordenamento jurídico atual à realidade social que vivemos [...]”.

O problema é definir se o “rigor” mencionado por França (2001) implicará em uma visão ponderada, ou se descambará na radical objetivação. Contudo, este é assunto a ser desenvolvido mais adiante.

6. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

A responsabilidade dos hospitais é contratual, sendo a doutrina e jurisprudência pátrias pacíficas e uniformes neste particular. Diante desta constatação, tor-

nam-se necessárias algumas considerações acerca do contrato hospitalar, antes do início da derradeira abordagem do problema eleito neste trabalho dissertativo.

Aguiar Dias (1994, p.382) teve a oportunidade de expor que o contrato hospitalar implica basicamente em dois tipos de deveres para o nosocômio: dever de assistência médica e dever de hospedagem. No rastro desta notável doutrina seguiram os mais diversos autores pátrios, como, por exemplo, Aguiar Júnior (1995, p.41) e Diniz (2002b, p.599).

De fato, não há como negar que a relação contratual entre hospital e paciente, via de regra, imporá ao nosocômio o dever de prestar serviços médicos amplamente considerados, envolvendo os atos médicos em sentido estrito (praticados exclusivamente por esculápios) e em sentido amplo (cuja prática pode ser atribuída a outros profissionais da área de saúde, como os enfermeiros). Ao lado deste, haverá sempre o dever de hospedagem, similar ao do hoteleiro, tendo em vista que o paciente geralmente é compelido a usufruir as instalações do hospital enquanto espera o término da prática dos atos médicos.

Resta claro que o dever de hospedagem assumido por um hospital não guarda inteira identidade com o de um hotel, já que o paciente apresenta especificidades inegáveis quando comparado a um hóspede comum, como leciona Almeida (2004, p. 21-22).

É verdade que os serviços de telefonia, de alimentação, de portaria e de alojamento são muito próximos, mas não se pode olvidar, por exemplo, que o dever do hospital quanto à limpeza e à segurança é muito mais intenso e rigoroso do que o de um hotel. Não é possível desconsiderar, também, que o nosocômio está obrigado a ofertar toda uma estrutura apropriada para suprir as legítimas expectativas de quem nele se interna (instrumentos cirúrgicos e equipamentos médicos, por exemplo). Deve, *v.g.*, ser capaz de oferecer medicação, alimentação especializada e específica quando o quadro clínico assim exigir, dentre outras peculiaridades que obviamente não são constatadas em um hotel.

A sobredita distinção, todavia, no entendimento aqui esposado, não leva à necessidade de mudança da visão bipartida que a doutrina costuma dar aos deveres que se depreendem do contrato hospitalar, como pretende Almeida (2004, p.21-24). Sustenta-se, pois, que a melhor opção didática é, ainda, a de analisar o contrato de hospitalização ora no que tange ao dever de assistência médica, envolvendo os serviços de esculápios, enfermeiros e demais profissionais da área de saúde, ora no que concerne ao dever de hospedagem, englobando a acomodação do paciente e a própria estrutura que se pode legitimamente esperar de um hospital.

Tendo por norte o problema eleito nesta dissertação, resta enfrentar a questão da culpa enquanto pressuposto do dever de indenizar dos hospitais no que diz respeito ao dever de assistência médica, bem como no que toca ao dever de hospedagem. É o que se faz em seguida.

7. A ADOÇÃO DA TEORIA SUBJETIVA QUANTO AO DEVER DE ASSISTÊNCIA MÉDICA

O advento do art.14 do CDC, bem como, mais recentemente, dos arts. 933 e 927, parágrafo único, do CC/02, foi a senha para que surgisse e se consolidasse uma polêmica doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilidade civil dos hospitais no que se refere ao dever de assistência médica. De um lado, estão os defensores de uma radical objetivação do dever de indenizar dos nosocômios. De outro, posicionam-se os que entendem que permanece exigível a apuração da culpa do médico como pressuposto da responsabilidade civil hospitalar, o que significa dizer que remanesce aplicável, em última análise, a teoria subjetiva no particular. Este último é o posicionamento mais acertado, de acordo com o ponto de vista assumido neste trabalho dissertativo.

Antes de se iniciar o estudo dos argumentos técnicos que existem, de lado a lado, a respeito dos sobreditos dispositivos legais, torna-se necessário revelar os motivos pelos quais se entende que a apuração da culpa do médico resta imprescindível no momento de se definir se há ou não o dever de reparar para um hospital.

É preciso, inicialmente, insistir na circunstância de que a obrigação dos hospitais no que tange ao dever de assistência médica é, em regra, de meios, assim como ocorre em relação aos médicos. Esta constatação, já assinalada acima, configura óbice intransponível à objetivação total da responsabilidade hospitalar, a ponto de se obrigar o nosocômio a responder por todo e qualquer dano havido nas suas dependências, ainda que decorrente da álea inerente à medicina.

De fato, se o hospital firma o compromisso de prestar serviços médicos, não assume a obrigação, nem poderia assumir, da obtenção da cura, mas apenas a da adoção dos melhores cuidados previstos pela *lex artis* para o caso concreto. Sendo assim, a objetivação pretendida levaria o nosocômio a responder pelo que não se obrigou, o que não pode prevalecer. Sobre este obstáculo à retirada da culpa do rol dos pressupostos da responsabilidade dos hospitais assim se manifestou Stoco (1995b, p.74): “[...] a responsabilidade objetiva alonga o espectro do dever de indenizar, transcendendo os limites e as barreiras estabelecidas pelas partes na avença contratual [obrigação de meios]”.

Note-se que França (2001, p.270) assegura, a propósito, que “[...] na obrigação de meios, o resultado que se promete na assistência médica não é a cura do paciente, mas a forma orientada para esse fim [...]”. É por isso que a responsabilidade objetiva resta incompatível com este tipo de obrigação, haja vista que o “dano” seria apenas o derivado da inobservância da “forma orientada” e não o decorrente da natural e inevitável evolução da moléstia. Azi (2000, p.70-71) foi taxativa ao se posicionar a respeito:

A nosso ver, de fato, existe uma incompatibilidade lógica entre a responsabilidade objetiva e a obrigação de meios. Como nestes casos, a obrigação consiste na própria atividade diligente, prudente e perita do agente ou de seus prepostos, o seu descumprimento já pressupõe automaticamente, a ocorrência de conduta culposa. Ademais, se as partes avençaram contratualmente determinada prestação de meios, seria injusto que, mesmo após cumprir toda a sua obrigação, fosse o devedor ainda responsabilizado pelos danos decorrentes do risco do empreendimento [ressalte-se aqui que, em verdade, os hospitais não criam o risco, apenas lidando com o perigo inerente às moléstias, conforme exposição vista acima].

Não se desconhece a importância da teoria objetiva no sentido de modernizar a responsabilidade civil, retirando o enfoque da figura do ofensor e o direcionando para a situação da vítima. Ocorre, todavia, que enquanto a medicina não dominar o organismo humano assim como o mecânico domina o motor de um carro, a exigência da culpa imperará no que diz respeito à responsabilidade de médicos e hospitais. Haverá, portanto, a necessidade de se analisar a conduta do facultativo para definir se o dano havido decorreu ou não da inexactidão da ciência médica mesmo no que toca à responsabilidade hospitalar.

Não se diga que inexistem chances da medicina evoluir a ponto de se criar um “manual do organismo humano”, à semelhança dos manuais de fábrica dos automóveis. Há indícios de que este dia chegará quando se noticia, por exemplo, que os cientistas, já no ano 2000, conseguiram mapear “[...] 97% do código genético da humanidade” (MACHADO, O., 2002, p.7). Leve-se em conta, ainda, o conjunto de miraculosas possibilidades das aplicações das células-tronco e se concluirá que a ciência médica poderá no futuro deixar de ser caracterizada por fatores randômicos. Entrementes, enquanto a medicina continuar sendo uma ciência inexata, deve permanecer sob a égide da teoria subjetiva.

Esta constatação, por si só, não significa desconsiderar, repita-se, a importância da teoria objetiva, mas tão-somente reconhecer o acerto dos que, como visto acima, apregoam a coexistência de ambas as visões teóricas no cenário da responsabilidade civil, entre os quais se destaca o próprio Jossierand (1941, p.559). A teoria subjetiva apenas predomina na prestação de serviços médico-hospitalares em razão de serem assumidas por galenos e nosocômios, via de regra, obrigações de meios.

Diniz (2002a, p.241) asseverou que, em se tratando de obrigações de meios, “[...] é imprescindível a análise do comportamento do devedor, para verificar se ele deverá ou não ser responsabilizado pelo evento [...]”. É por isso que não se pode aceitar a total objetivação da responsabilidade dos hospitais decorrente de serviços médicos sujeitos à inexatidão da medicina, consubstanciada quando se admite impor o dever de reparar independentemente da análise da conduta e da constatação de culpa do esculápio que praticou o ato médico malgrado.

Caso se chegue ao consenso de que as pessoas devem ser indenizadas mesmo que os danos advenham da álea da medicina, a saída, como já se disse, mesmo que não ideal, é a da socialização do perigo médico, sem se cogitar da objetivação da responsabilidade dos hospitais.

Foi o que, por exemplo, ocorreu no que se refere aos acidentes do trabalho, por expressa determinação constitucional, como se vê no art. 7º, inciso XXVIII, da Carta Magna brasileira. Havendo um infortúnio decorrente da relação de emprego o acidentado tem o instantâneo direito a uma indenização, à luz da teoria objetiva, decorrente do seguro pago pelo Estado. O empregador, entretanto, somente será obrigado a pagar uma indenização complementar em agindo com dolo ou culpa.

O constituinte, dentre outros motivos, certamente visou evitar que diversas empresas tivessem suas atividades inviabilizadas pelo peso que teriam de suportar caso sua responsabilidade por acidentes do trabalho fosse objetivada, mesmo em atividades arriscadas. Ao tratar do risco profissional e da possibilidade dos empregados obterem indenizações independentemente de culpa na infortunística, Ripert (2000, p.219) ponderou: “A regra assim apresentada só tem valor se a organização econômica permite aplicá-la. Se o seguro não existisse o risco profissional teria esmagado os pequenos patrões”.

Diante da constatação de que nem na área que serviu de inspiração para Saleilles criar a teoria objetiva (obra supracitada: *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, de 1897) retirou-se a culpa do rol dos pressupostos da responsabilidade de quem cria o risco, como defender a objetivação da responsabilidade civil dos hospitais, cuja atividade sequer gera risco, lidando predominantemente com o perigo, conforme demonstrado alhures?

Não é demais lembrar que se, de repente, as pessoas deixassem de prestar serviço subordinado, sob a égide do liame empregatício, se poderia cogitar do fim dos acidentes de trabalho. O mesmo, contudo, não poderia ser dito se o segmento médico-hospitalar deixasse de existir, já que as doenças e as mortes continuariam ocorrendo, até de forma mais intensa, sem que fosse possível evitar os prejuízos delas decorrentes. Isto prova que a atividade hospitalar relacionada com a presta-

ção de serviços médicos não se enquadra na teoria do risco simplesmente pelo fato de não o gerar.

Tome-se o exemplo dos bancos de sangue, que para Diniz (2002b, p.207) têm obrigação de resultado, estando submetidos à responsabilidade objetiva. Esta posição leva a crer que nas vezes em que o receptor do sangue contrair moléstias como a *AIDS*, v.g., a empresa deverá ser necessariamente condenada a indenizar os danos respectivos.

Convém lembrar, mais uma vez, que a mesma autora (DINIZ, 2002b, p.207), paradoxalmente, reconhece a existência das chamadas “janelas imunológicas”, decorrentes da impotência da medicina mundial para criar um teste sorológico capaz de oferecer total segurança quanto à presença do vírus da *AIDS*. Tal fato leva à certeza de que se trata, no particular, de uma obrigação de meios, haja vista que não está ao alcance do banco de sangue garantir que o receptor não irá contrair tal doença, sendo exigível apenas que sejam empregados todos os meios ao alcance da medicina para evitar o pior.

Dessa maneira, em se omitindo o banco de sangue quanto à realização dos testes sorológicos pertinentes, ter-se-á negligência, materializando-se o dever de indenizar. No entanto, se forem adotadas todas as cautelas previstas pela *lex artis* e, ainda assim, advier o dano, não se pode falar em responsabilidade civil, porque a janela imunológica é óbvio exemplo da álea inerente à medicina.

Será que é correto o próprio banco de sangue responder subjetivamente por um acidente de trabalho, como o de um funcionário que se contamina com o vírus da *AIDS* ao manipular o sangue de um doador, e, objetivamente, pelos prejuízos do receptor de sangue que se torna soropositivo por força de uma janela imunológica, isto é, em decorrência da inexatidão da ciência médica? Entende-se, de forma convicta, que não.

Pamplona Filho (2001, p.278), ao dissertar sobre a responsabilidade civil decorrente de acidente de trabalho, afirmou o seguinte: “Parece-nos, porém, ser medida de extrema justiça resguardar-se, sempre, a possibilidade de ação regressiva do empregador, pelos atos de seus empregados”.

Pode-se afirmar, então, por analogia, que seria medida de extrema injustiça obrigar os hospitais a indenizar, à luz da teoria objetiva, os pacientes pelos danos decorrentes de serviços médicos, sem que pudessem ter em seu favor o direito de regresso em relação ao médico que, com absoluta liberdade profissional, conduziu o procedimento. Convém reafirmar que a responsabilidade civil do galeno será em regra subjetiva, com espeque no §4º do art.14 do CDC. Zarif (2001, p.180) manifestou-se a propósito: “Não se pode admitir que pelo mesmo fato se reconheça a

ausência de responsabilidade do médico porque não agiu com culpa, mas se impute a responsabilidade ao hospital independentemente de ter ocorrido a culpa”.

Não se diga que a preocupação com a moral, com o que é justo ou injusto, é exclusiva dos subjetivistas, uma vez que o cuidado de fundamentar a responsabilidade objetiva no risco criado ou na equidade demonstra que os objetivistas sempre se preocuparam com a justificativa moral de sua visão teórica, como se comentou anteriormente. Pereira (2001, p.13), aliás, já advertiu que “[...] não se pode desprezar a palavra de Hauriou, quando assevera que a estrutura do Direito reside no ‘discernimento do justo e injusto’, e esse discernimento qualitativo ‘é próprio do espírito humano’ (Georges Hauriou, *Principes de Droit Publique*, p.58)”.

Outro argumento que se costuma usar contra a idéia de retirar a culpa do rol dos pressupostos do dever de indenizar dos hospitais diz respeito à circunstância destacada acima, relativa à independência dos esculápios na condução dos procedimentos médicos, mesmo quando subordinados a uma relação de emprego.

Os hospitais não podem, de fato, pretender ingerir na prática do ato médico em sentido estrito, cuja execução é reservada ao médico por força de lei, como poderiam fazer, v.g., junto ao engenheiro que prepara o terreno para uma construção ou ao arquiteto que projeta as formas de um prédio. Esta constatação leva, no mínimo, à imprescindibilidade de se apurar a culpa dos galenos antes de se condenar um hospital na indenização de danos suportados por um paciente, além de ensejar outra linha de argumentação que será expandida mais adiante, quando da abordagem específica da responsabilidade dos nosocômios à luz das normas consumeristas.

A verdade é que a polêmica em tela teve origem na má redação do §4º do art.14 do CDC. O legislador equivocou-se ao prever a excepcional responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais, seja qual for a natureza da obrigação por eles assumida, deixando de fora da exceção legal, à primeira vista, as pessoas jurídicas onde estes profissionais atuam.

É por isso que há autores que se esforçam para driblar a interpretação literal da lei tanto para impor responsabilidade objetiva aos médicos pelo descumprimento de obrigações de resultado (DINIZ, 2002a, p.387-388; MARTINS, 2004, p.85), quanto para apurar à luz da teoria subjetiva a responsabilidade das pessoas jurídicas por descumprimento de obrigações de meios, conforme será demonstrado abaixo. Bahia (1995, p.403), tratando da primeira hipótese, formulou crítica ao desacerto do legislador que assume pertinência global em relação ao quanto comentado acima:

Fez o Código, no entanto, grave indistinção entre as obrigações de meio (nas quais o devedor se compromete a utilizar a técnica e as normais diligências para alcançar o resultado, não se comprometendo em atingi-lo — é o

caso dos advogados, médicos, etc.) e as obrigações de resultado (nas quais o devedor se compromete com o credor a garantir-lhe certo resultado [...]).

É por tudo isso que, *de lege ferenda*, sustenta-se a necessidade do regramento da responsabilidade civil médico-hospitalar em uma lei específica, com uma cláusula geral que estabeleça uma ponte com o CDC no que tange aos princípios genéricos de proteção ao consumidor — como, *v.g.*, o que impõe o direito à ampla informação ou o que possibilita a inversão judicial do *onus probandi* — mas que evite claramente a atribuição da responsabilidade objetiva em casos que envolvam obrigações de meios vinculadas a serviços médicos, mesmo no que se refere a contratos hospitalares.

Todas as ponderações feitas acima podem até ser questionadas pelos defensores da objetivação da responsabilidade dos hospitais, mas o certo é que não há como fugir da necessidade da apuração da culpa do galeno que conduziu o procedimento médico antes de se condenar o nosocômio na indenização dos danos sofridos pelo paciente. Se não se analisar a conduta do médico à luz dos preceitos da *lex artis* com o desiderato de apurar sua culpa, inexoravelmente haverá a necessidade de se fazer tal análise quando da averiguação do nexa causal. É o que se demonstra em seguida.

Veja-se, a título de ilustração, que Nunes (2000, p.204-205, grifos nossos), ao advogar a idéia da plena objetivação da responsabilidade civil dos hospitais, é obrigado, como não poderia deixar de ser, a admitir a exigência do nexa causal para que surja o dever de indenizar:

[...] pode um hospital cujo paciente tenha sofrido dano beneficiar-se da prerrogativa da apuração da responsabilidade por verificação da culpa, alegando que o problema foi causado por médico, que, como profissional liberal, recebe os benefícios do §4º do art. 4º do CDC?

A resposta, em nossa opinião, é não. [...] ele é responsável objetivamente pelos danos *causados por seus serviços*, independentemente de quem os executa.

Salta aos olhos, pois, que Nunes (2000) é contra a necessidade de se apurar a culpa do médico para que se configure o dever de indenizar do hospital, a despeito de reconhecer que a responsabilidade civil deste só será materializada quando houver o liame etiológico entre o serviço e o dano. Impende repetir, todavia, que a avaliação desta relação de causa e efeito passa necessariamente pela avaliação da conduta do galeno e, em última análise, pela culpa deste.

Note-se, a propósito, que os estudos feitos acima acerca da responsabilidade civil genericamente considerada revelaram um inegável elo entre a culpa e o nexa causal, que se mostra evidente quando se trata de obrigação de meios e

ainda mais manifesto no segmento médico-hospitalar. Trata-se do elemento “previsibilidade”, exigido tanto para que se configure a culpa quanto para que se materialize o nexa causal.

Esta íntima relação entre estes dois pressupostos da responsabilidade civil pode ser identificada na doutrina de Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.140-141), como se torna facilmente perceptível em seguida:

A culpa, em sentido amplo, compõe-se, segundo a doutrina tradicional, dos seguintes elementos:

[...] previsibilidade — só se pode apontar a culpa se o prejuízo causado, vedado pelo direito, era previsível. Escapando-se do campo da previsibilidade, ingressamos na seara do fortuito que, inclusive, pode interferir no nexa de causalidade, eximindo o agente da obrigação de indenizar.

O trecho doutrinário acima reproduzido revela, de forma explícita, que a previsibilidade é elemento da culpa e, de maneira implícita, que o é também no que concerne ao nexa causal. Esta última constatação, todavia, pode ser feita, indubitavelmente, na obra de Garcez Neto (2000, p.210), quando assevera, com base na doutrina dos irmãos Mazeaud, que “[...] a idéia de previsibilidade do evento [é] base da teoria da causalidade adequada”.

Na culpa, a previsibilidade é exigível na medida em que somente se julga culpado o agente responsável pela prática de ato danoso na hipótese deste potencial de dano ser previsível pelo “homem médio”, ou seja, considerando-se o *standard* usado para apuração da culpa sobre o qual se discorreu acima. Não se fala em culpa, pois, se a substituição mental do agente pelo “homem médio” na cadeia dos fatos ocorridos não evita a superveniência dos prejuízos. Sobre esta “previsibilidade” assim se manifestou Gonçalves (2003, p.11): “O previsível da culpa se mede pelo grau de atenção exigível do *homo medius*. A *obligatio ad diligentiam* é aferida pelo padrão médio de comportamento; um grau de diligência considerado normal, de acordo com a sensibilidade ético-social”.

Não foi à toa que Savatier (apud WALD, 1992, p.481), como visto acima, conceituou a culpa como a inobservância “de um dever que o agente podia conhecer e observar”. Baú (2002, p.14), a seu turno, sustenta que a “culpa supõe algum defeito na conduta do devedor, traduzido pela falta de previsão dos danos que sua ação ou omissão possa ocasionar”. Resta evidente a importância da previsibilidade para a definição de culpa.

É o que reconhece, ainda, Kfoury Neto (2003, p.79), com base em doutrina espanhola: “Jaime Santos Briz indica a previsibilidade como idéia central da culpa, no sentido clássico — o antecedente lógico e psicológico da evitabilidade de

um resultado contrário ao direito e não desejado”. Mais adiante, afirma que culpa na doutrina clássica é aquela apurada após comparação com o *standard* materializado pelo “bom pai de família” (KFOURI NETO, 2003, p.79).

Já no que concerne aonexo causal, resta clara a exigência da previsibilidade enquanto elemento a ser considerado na sua determinação, como revelam as principais teorias da causalidade. Veja-se, neste sentido, a doutrina de Noronha (2003, p.600-601), quando trata da teoria da causalidade adequada e da chamada prognose retrospectiva, usada para definir “[...] se o dano pode ser considerado conseqüência normalmente previsível do fato [...]”. Diz o mestre que na “[...] prognose retrospectiva, o observador coloca-se no momento anterior àquele em que o fato ocorreu e tenta prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer”.

Não foi sem razão que Briz (1981, p.222 apud KFOURI NETO, 2003, p.111), ao apreciar decisões reiteradas dos tribunais espanhóis a respeito do liame etiológico, registrou: “[...] o nexo causal tem sido considerado em muitos casos como embasado na culpa do agente [...]”.

A relevância da previsibilidade no que toca ao nexo causal pode ser verificada, ainda, quando se tem em linha de conta o caso fortuito, que materializa uma das principais excludentes de causalidade, sobre o qual já se escreveu acima. Ora, haverá o caso fortuito quando um evento for imprevisível a ponto de se tornar inevitável (COUTO FILHO; SOUZA, 2001, p.31; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p.123; SANSEVERINO, 2002, p.292). Assim, tendo-se em vista os serviços médicos prestados por um hospital, como apurar se o dano suportado pelo paciente era ou não imprevisível? Somente a partir da análise do caso concreto e da conduta do médico à luz da *lex artis*. E aí já se está inapelavelmente no campo da culpa médica.

Perceba-se que este *link* entre a culpa e o nexo causal é tão significativo que Kühn (2002, p.89), ao tratar do caso fortuito, alude, conscientemente ou não, às “excludentes de culpabilidade”, com base em Zuccherino.

Mesmo que se obtempere que a principal característica do caso fortuito e da força maior é a inevitabilidade e não a imprevisibilidade, ainda assim não há como fugir da necessidade da avaliação da conduta do esculápio que conduziu o procedimento médico. Para se definir se a morte de um paciente, por exemplo, era ou não inevitável, será forçoso averiguar se o galeno adotou todas as medidas indicadas pela literatura médica para um situação tal qual aquela, ou seja, se sua conduta foi adequada aos ditames da *lex artis*, para só então saber se o falecimento decorreu da inevitável evolução da moléstia.

Resta evidente, entretanto, que a precitada averiguação de conduta nada mais é do que a verificação da culpa do médico. O. Gomes (1988, p.344) concluiu, neste diapasão, que quando “[...] a responsabilidade há de resultar de investigação dessa conduta [do obrigado] para a verificação da sua anormalidade” fala-se em responsabilidade subjetiva e, portanto, em culpa. Vê-se, pois, de forma insofismável, que nem o mais hercúleo dos esforços objetivistas conseguirá evitar, em última análise, o predomínio da teoria subjetiva na responsabilidade dos hospitais, já que para distinguir o que é causa entre as diversas condições (NORONHA, 2003, p.588), faz-se mister analisar se o esculápio fez tudo o que estava ao seu alcance para evitar o desfecho danoso.

Sanseverino (2002, p.244-245), depois de dizer que a teoria da causalidade adequada prevalece na responsabilidade civil objetiva e subjetiva, inclusive na seara consumerista, destaca, quanto a esta, ser necessária “[...] uma sensibilidade especial do juiz, que deve formular um juízo de probabilidade com base nos indícios probatórios existentes no processo”. Ora, é possível negar que este “juízo de probabilidade” diante de um dano médico passa, necessariamente, pela análise da conduta do galeno à luz da *lex artis*? Sustenta-se neste trabalho dissertativo que não.

Denari (2001, p.170-171), um dos autores do anteprojeto que redundou no CDC, ferrenho objetivista, ao tratar de caso fortuito e força maior, admitidos por ele como excludentes de responsabilidade civil consumerista, os qualifica de “[...] acontecimentos [...] ditados por forças físicas da natureza ou que, de qualquer forma, escapam ao controle do homem [...]”. Será que a natural evolução de uma moléstia devastadora não é uma força física da natureza? Será que para apurar se esta efetivamente estava além do controle do homem (do médico), não é necessário analisar a conduta do esculápio com base na *lex artis*? As duas perguntas podem ser respondidas afirmativamente sem qualquer hesitação.

Ao discorrer sobre a iatrogenia, A. Santos (2003, p.38) acaba revelando, em última análise, o que se desejou aqui demonstrar, como se vê abaixo *in verbis*:

Por seu turno, a iatrogenia em sentido estrito seria aquela lesão advinda de um atuar médico não falho, e sim de questões que estão fora do alcance da própria medicina, ou mesmo as intercorrências médicas (que ocorrem em razão de infinitas causas não ligadas a procedimento imprudente do médico).

Nesta linha, temos por certo que a iatrogenia *stricto sensu* quebra o nexos causal entre o atuar médico e o resultado danoso, logo, em seara de responsabilidade civil se afastaria não só a responsabilidade subjetiva, como também a objetiva [...].

Tecidas tais considerações, tornam-se facilmente perceptíveis os motivos pelos quais se entende que são imprescindíveis a avaliação da conduta do galeno e, portanto, a apuração da culpa deste, antes de se condenar um hospital a indenizar

o dano decorrente da prestação de serviços médicos que consubstanciem obrigações de meios. De fato, como não há quem sustente a configuração da responsabilidade hospitalar sem a prova do liame etiológico e tendo em vista o elo entre a culpa e o nexa causal revelado acima, pode-se asseverar que não se fala em responsabilidade de nosocômio pela prestação de serviços médicos sem se apurar a culpa do galeno condutor do procedimento malfadado.

É a força da sobredita argumentação que, explicitamente ou não, serve de combustível para alimentar as chamas onde ardem os doutrinadores, envolvidos em intensa polêmica no que tange à interpretação do art.14 do CDC e dos arts. 933 e 927, parágrafo único, do CC/02, a ser analisada em seguida.

Convém abordar, inicialmente, a norma consumerista. A interpretação literal do *caput* do art. 14 do CDC, em conjunto com a do seu §4º, efetivamente leva à conclusão de que a responsabilidade dos hospitais ou de qualquer pessoa jurídica que preste serviços médicos será objetiva, ao contrário da dos médicos, profissionais liberais, que remanesce subjetiva.

Esta radical objetivação da responsabilidade hospitalar é sustentada, sem qualquer ressalva quanto às especificidades dos serviços médico-hospitalares, por Nery Júnior e Nery (2003, p.240), os quais afirmam que a única exceção feita pelo CDC à sua regra geral da teoria objetiva diz respeito à responsabilidade pessoal dos profissionais liberais. Dantas (2003b, p.23-24) transcreveu julgado favorável à objetivação aqui comentada:

INDENIZAÇÃO — DANOS MORAIS E MATERIAIS — PRESTAÇÃO DE SERVIÇO — INSTITUIÇÃO HOSPITALAR — RESPONSABILIDADE OBJETIVA — DENUNCIAÇÃO DA LIDE — MÉDICO — CULPA — PROVA — CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR — A relação entre hospital e paciente caracteriza-se como de consumo, qualificando-se o hospital como autêntico prestador de serviços, nos termos dos arts. 2 e 3, parágrafo 2, da Lei nº8078/90, respondendo objetivamente pelos danos ao paciente ou a sua família. [...] (TAMG — Ap 0272125-5 — 2ª C. Cív. — Rel. Juiz Batista Franco — J. 23.03.1999).

Diversos autores, como Croce e Croce Júnior (2002, p.16), França (2001, p.106-107), Gonçalves (2002, p.149), Martins (2004, p.84) e Queiroga (2003, p.99-100), simplesmente afirmam que a responsabilidade dos hospitais será objetiva e que somente no caso de ações movidas contra médicos é que se deve apurar a culpa destes. É este, outrossim, o posicionamento assumido por Baú (2002, p.54), quando afirma:

O convênio ou plano de saúde responderá de forma objetiva, ou seja, pela teoria da responsabilidade objetiva, bastando que o paciente comprove o dano e o nexa de causalidade entre o dano e a prestação do serviço para que

a empresa tenha o dever de indenizar, sendo desnecessário que se comprove a culpa do médico ou a culpa do convênio.

Pergunta-se: como será apurado se o dano sofrido pelo paciente foi efetivamente causado pelo serviço ou se decorreu da natural evolução da moléstia, a despeito da adoção de todas as medidas terapêuticas previstas pela *lex artis*? Como dito anteriormente, ao menos no momento de apurar o nexo causal haverá a necessidade da análise da conduta do médico à luz dos paradigmas impostos pela ciência médica, recaindo-se forçosamente, portanto, na necessidade da prova da culpa do galeno.

O desacerto de Baú (2002, p.54) mostra-se evidente quando arremata: “Já com as empresas respondendo objetivamente, ocorrerá inversão do ônus da prova, devendo elas próprias provar a sua não-culpa para livrar-se do encargo”. Ora, se se tratasse de responsabilidade objetiva não se poderia considerar a possibilidade de prova da inexistência de culpa como forma de afastar a responsabilidade civil. Não podem ser confundidas, como visto acima, a presunção *juris tantum* de culpa e a responsabilidade objetiva.

Perceba-se, ainda, que a autora menciona a possibilidade de análise da culpa da empresa, fazendo lembrar a superada questão da culpa *in eligendo* e *in vigilando* — em tema a ser abordado mais adiante — quando na verdade o que é necessário é a apuração da culpa do esculápio que conduziu o procedimento médico. Tantas dificuldades revelam que o caminho da radical objetivação da responsabilidade hospitalar revela-se tortuoso e problemático.

Este mesmo entendimento extremado de que a responsabilidade dos hospitais será objetiva, independentemente de apuração da culpa do médico, pode ser identificado no trabalho de Zuliani (2003, p.15): “No que se refere à proteção daqueles que se relacionam com hospitais [...] incide a teoria objetiva (art. 14, *caput*, da Lei 8.078/90)”. Note-se que o autor não faz qualquer ressalva quanto à necessidade de se evitar que as instituições hospitalares respondam pela álea inerente à ciência médica.

Depois de aludir ao entendimento de tantos juristas, convém registrar que o doutrinador de maior destaque desta interpretação literal do art. 14 do CDC é, sem dúvidas, Benjamin (1991, p.80), um dos autores do anteprojeto do CDC e o pioneiro da sobredita responsabilização radical dos hospitais. Este assevera que a única exceção à regra da responsabilidade objetiva prevista no microsistema consumerista remonta à “responsabilidade pessoal” dos profissionais liberais. Por este motivo, todas as pessoas jurídicas responderão objetivamente e ponto final. Pouco importam, por exemplo, as especificidades do segmento hospitalar evidenciadas acima. O radicalismo que leva ao excessivo apego ao texto expresso da lei não é de se estranhar, como indica Sanseverino (2002, p.88-89):

Os juristas dividiram-se em dois grandes grupos. De um lado, um grupo maior assumiu uma posição de ceticismo, simplesmente desprezando a novidade legislativa e tentando enquadrá-la no sistema tradicional do Código Civil. De outro lado, um grupo mais restrito encantou-se com o novo microsistema, formando os chamados “consumeristas”, liderados pelos autores do Anteprojeto do Código do Consumidor [...].

Essa postura inicial mostrou-se adequada e necessária para evitar o simples enquadramento da nova lei no sistema tradicional [...]. Porém, observou-se um certo exagero nos posicionamentos iniciais, pois as suas normas passaram a ser objeto de uma interpretação exageradamente restritiva e literal.

Venosa (2003a, 19) reconhece o problema, mas aposta no tempo como agente de sua resolução espontânea: “[...] quando ocorre a promulgação de lei nova, primeiramente existe um apego exagerado a seu texto. À medida que a lei envelhece, as interpretações se tornam mais flexíveis”. E foi justamente isso o que ocorreu e tem ocorrido em relação ao *caput* do art. 14 do CDC e sua aplicação no que diz respeito ao segmento hospitalar.

O certo é que por mais que estes defensores da interpretação literal da norma consumerista tentem, não há como esconder que as singularidades da atividade médico-hospitalar impõem a verificação da culpa do esculápio antes de se definir o dever de indenizar do hospital. O próprio Benjamin (2001, p.09), em texto mais recente, genericamente reconheceu: “Falar sobre o direito do consumidor é ainda, mesmo nos dias de hoje, uma tarefa de locomoção em terreno movediço e em contínua mutação”. Não é de se estranhar que seja assim, já que naturalmente haveriam de surgir opositores às distorções derivadas do radicalismo exegético do código consumerista.

De início, contra esta extremada objetivação da responsabilidade das instituições hospitalares, ganhou destaque a doutrina de Stoco (1995b, p.73). Confrontando, de forma expressa e nominativa, o posicionamento de Benjamin (1991), afirmou que a responsabilidade dos nosocômios continuava sendo subjetiva, a despeito do CDC, entendendo que “[...] o legislador cometeu grave erro lógico e de concepção” no que tange ao *caput* do art. 14 deste *codex*. O ponto central da argumentação de Stoco (1995b) repousa, indubitavelmente, na sobredita incompatibilidade da teoria objetiva com a obrigação de meios dos hospitais no que tange à prestação de serviços médicos.

Depois de trazer a lume outros argumentos de menor importância e discutível cabimento, além de idéias relevantes como a da excludente consumerista da “inexistência do defeito” induzir culpa, em tema que será explorado adiante, o magistrado paulista (STOCO, 1995b, p.75, grifos nossos) revelou o fundamento mais relevante do seu raciocínio, ao menos de acordo com o ponto de vista sustentado neste trabalho dissertativo:

[...] porque o serviço prestado pelo hospital, quando contratado para ministrar tratamento, cirurgia, acompanhamento médico ou ambulatorial, tais práticas são subministradas por médicos, de modo que *o que se põe em exame é o próprio trabalho médico*, como atividade especializada e restrita àqueles previamente credenciados pelo Conselho Regional de Medicina.

A posição de Stoco (1995b) tem sido conservada ao longo dos anos, passando apenas por adaptações decorrentes do advento do novo Código Civil. Na mais recente edição da sua notória obra, o eminente doutrinador (STOCO, 2004, p.726-729) mantém o entendimento da incompatibilidade entre a obrigação de meios e a responsabilidade objetiva, além de insistir na ênfase que se deve dar ao trabalho dos médicos no momento de se decidir se um nosocômio deve ou não indenizar um paciente.

Salta aos olhos, pois, a acertada idéia de que necessariamente a apuração da responsabilidade civil dos hospitais passa pela análise da conduta do médico, ou seja, pela apuração da culpa deste. Aguiar Júnior (1995, p.41-42, grifos nossos) cedo percebeu tal circunstância, como se pode facilmente constatar:

O hospital [...] responde pelos atos de seu pessoal, com presunção de culpa: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto” (Súmula 341, do STF). Isso, contudo, não dispensa que se prove a culpa do servidor, na prática do ato danoso. Isto é, *o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor; quando se trata de indenizar dano produzido por médico [...], pois é preciso provar a culpa deste*, para somente depois se ter como presumida a culpa do hospital.

O trecho acima grifado continua válido, mesmo após a alteração implementada no direito positivo pátrio pelo art. 933 do novo Código Civil, como será detidamente demonstrado ainda no decorrer desta dissertação.

Nesta mesma trilha, destacando a necessidade da análise da conduta do médico no campo da responsabilidade hospitalar, seguiu Kfoury Neto (2003, p.186-187, grifos nossos), também em direto confronto com a doutrina de Benjamin (1991) e de outros consumeristas, baseado em clarividente acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP):

Decisão recente do TJSP, entretanto, contraria as conclusões dos doutrinadores atrás citados [os sobreditos consumeristas].

O autor [...] buscou indenização, junto ao hospital, sustentando que, nos termos do art.14, §3º, do CDC, não teria a obrigação de provar a culpa do médico, funcionário do nosocômio, pelo dano que sofrera. Colhe-se da ementa: “Responsabilidade civil — Hospital — Ajuizamento com base no Código de Defesa do Consumidor — Responsabilização objetiva — Inadmissibilidade — Hipótese de exercício de profissão liberal, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico — Necessidade de

prova de que o réu agiu com culpa ou dolo — Art. 14, §3º, do referido Código — Recurso não provido.

Em ação de indenização contra hospital, ajuizada com base no Código de Defesa do Consumidor, embora se trata [sic] de pessoa jurídica, a ela não se aplica a responsabilização objetiva, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico. Aplicável, pois, o §4º do art.14 do referido Código”. [...].

O dano médico deve ser apreciado a partir da análise do elemento subjetivo, da culpa, quer seja o profissional vinculado a estabelecimento hospitalar ou não. Objetarão os estudiosos das relações de consumo que a conclusão contraria o sistema do Código, inteiramente voltado à responsabilidade objetiva. Dirão, mais, que, em havendo culpa do médico, o hospital poderá voltar-se, por direito de regresso, contra seu empregado. Acrescentarão, por fim, que ao consumidor/vítima interessa pleitear o ressarcimento da pessoa jurídica, economicamente mais poderosa.

Contrapõem-se a tais objeções os seguintes argumentos: a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar enfermos, salvar vidas; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física ou jurídica, ou de apenas um deles.

Em suma, a decisão da Corte paulista integra-se à perfeição ao quadro da responsabilidade médica — e sua conclusão, merecedora de nosso aplauso, deverá prevalecer, de futuro, como paradigma.

Tal transcrição tornou-se necessariamente longa por trazer em seu bojo o texto do sobredito acórdão, que demonstra o reflexo na jurisprudência da idéia de que a responsabilidade hospitalar não pode se afastar da análise da conduta do facultativo condutor do procedimento médico malogrado. Em outra obra, Kfourri Neto (2002, p.156-157) mantém seu entendimento, citando como apoio a doutrina de Akel, Desembargador paulista, o qual, dentre outros argumentos muito semelhantes aos de Stoco (2004), entende ter faltado “rigor lógico” do legislador no que tange ao art.14 do CDC.

O que se percebe, portanto, é a fuga da exegese literal da supracitada norma consumerista, em prol de uma “[...] interpretação lógica e sistemática [...]” (AKEL apud KFOURI NETO, 2002, p.157) do *caput* e §4º do art.14 do CDC, com o desiderato de evitar as indesejáveis conseqüências da desconsideração da precitada incompatibilidade existente entre a responsabilidade objetiva e a obrigação de meios assumida pelas instituições hospitalares.

A supracitada corrente doutrinária, capitaneada por Stoco (2004), Aguiar Júnior (1995) e Kfourri Neto (2003), tem sido engrossada ao longo do tempo. Assim, contra esta aplicação literal do texto do *caput* do art. 14 do CDC levantaram-se as respeitáveis opiniões de Azi (2000, p.95), Cardoso (2002, p.321), Cintra (2001,

p.3), Couto Filho (2004, p.137), Monteiro (2003, p.490-491), Sebastião (2003, p.166), Thomaz Júnior (1997, p.97) e Zarif (2001, p.180), tratando especificamente da responsabilidade hospitalar decorrente da prestação de serviços médicos à luz da culpa, bem como de Barreiros Neto (2004, p.177) e S. Dias (2001, p.315-316), discorrendo sobre a responsabilidade civil das sociedades de advogados, em textos aqui aplicáveis por analogia.

Diante de uma contundente afirmação como, por exemplo, a de Thomaz Júnior (1997, p.97), o qual diz que a responsabilidade hospitalar deverá ser subjetiva e não objetiva como dá a entender “[...] a defeituosa redação deste artigo [CDC, art.14]”, é mister ressaltar, todavia, que isto não implica dizer que a vítima terá de provar a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* dos hospitais, pois o CDC, de fato, já afastava esta necessidade (NUNES, 2000, p.196-197; SANSEVERINO, 2002, p.128), que foi de vez banida do ordenamento jurídico pátrio por força do teor do art.933 do CC/02, como se verá mais adiante.

Perceba-se, após esta ressalva, que não se advoga aqui a exclusão dos hospitais do raio de abrangência do CDC, estando eles, em verdade, sujeitos a todos os princípios e prerrogativas consumeristas, como, *v.g.*, a da possibilidade de inversão judicial do ônus da prova e o da elevação do grau de importância e proteção ao direito à plena informação do consumidor.

O que se pretende, repita-se, é o acatamento da incompatibilidade da responsabilidade objetiva com as obrigações de meio em relação aos hospitais e outras pessoas jurídicas. Tal circunstância foi reconhecida por Monteiro (2003, p.467-468) ao discorrer sobre a situação específica de colégios, faculdades e hotéis:

Note-se, ainda, que, por tratar-se de relação de consumo, mesmo no que se refere às instituições de ensino privadas, bem como aos hotéis, sendo a obrigação descumprida de resultado, aplica-se a teoria objetiva quanto aos danos acarretados aos educandos e hóspedes por terceiros ou por empregados da empresa, conforme dispõe o art.14 do Código do Consumidor. No entanto, se a obrigação do estabelecimento é de meio, ou seja, de utilização de todos os recursos necessários ao alcance do fim almejado pelo contrato, faz-se necessária a demonstração da ilicitude do ato praticado, ou seja, de que o lesante direto não utilizou todos os meios ao seu alcance para alcançar [sic] o objetivo colimado [...].

Como o absurdo de se responsabilizar objetivamente o colégio pelo fato, *v.g.*, do seu aluno, após concluir o terceiro ano colegial, não passar no vestibular é análogo ao *non sense* derivado da condenação do hospital cujo médico procedeu totalmente de acordo com a *lex artis*, a despeito do resultado adverso, as conclusões de Monteiro (2003) são aplicáveis *in totum* no que toca aos nosocômios. Assim, ambas as empresas, seja a educacional, seja a hospitalar, têm obrigação de meios nas aludidas situações, o que lhes afasta da objetivação da responsabilidade.

É por isso que se entende indefensável a interpretação literal do art.14 do CDC, no particular. De fato, não há como negar o acerto de Wald (1995, p.267) quando pontifica:

A tendência da moderna teoria jurídica orienta-se, cada vez mais, no sentido de repelir a interpretação puramente literal e mecânica de dispositivos legais ou cláusulas contratuais. Com efeito, a aplicação de norma jurídica ao fato concreto não é uma tarefa mecânica, mas, ao contrário, atividade essencialmente criadora, devendo ater-se, principalmente, aos postulados da razoabilidade.

Tecidas tais considerações, por força do simples senso de razoabilidade, pode-se afirmar categoricamente que não prevalecerão as idéias dos que advogam a radical objetivação da responsabilidade hospitalar.

Desenvolve-se ultimamente, todavia, corrente doutrinária que insiste no afastamento da culpa do médico do rol dos pressupostos do dever de indenizar dos hospitais, mas ressalva que estes só responderão pelos prejuízos caso o serviço prestado seja defeituoso (ALMEIDA, 2004, p.36-37; CAVALIERI FILHO, 2004, p.34; DINIZ, 2002b, p.601; SANSEVERINO, 2002, p. 342).

O expoente desta concepção doutrinária é Cavalieri Filho (2004, p.34), que foi o autor consultado que mais energia dedicou à tarefa de fundamentar na exigência do defeito do serviço a demonstração de que não há qualquer incompatibilidade entre obrigações de meios e a responsabilidade objetiva, como se vê abaixo:

Parte da doutrina se recusa a enquadrar os estabelecimentos hospitalares no artigo 14 *caput* do Código do Consumidor por entender não ser possível responsabilizá-los pelos enormes riscos [melhor dizer “perigos”] que os serviços médico-hospitalares muitas vezes representam. Como responsabilizar o hospital pelo insucesso de uma cirurgia efetuada com todos os cuidados em paciente idoso e de péssimas condições gerais de saúde? Em primeiro lugar, não vemos como negar aplicação a uma lei cujas normas são de ordem pública e interesse social (artigo 1º), vale dizer, de aplicação necessária. Assim, sendo os estabelecimentos hospitalares fornecedores de serviços aos consumidores, não há como deixá-los de fora de disciplina do Código do Consumidor. Em segundo lugar, não vemos nenhuma incompatibilidade, nem absurdo, como demonstraremos, entre a responsabilidade objetiva do hospital, prevista agora no Código do Consumidor, e os altos riscos do serviço que ele presta. Por quê? Por uma razão muito simples: o hospital só responderá objetivamente quando prestar serviço com defeito. Equivale dizer, se não prestar serviço com defeito, não responde objetivamente e nem subjetivamente.

Stoco (2004, p.737) reproduziu trecho de acórdão onde são percebidos reflexos deste posicionamento doutrinário na jurisprudência:

A entidade hospitalar, como fornecedora de serviços, responde, independentemente de culpa, pela reparação de danos causados à família de paci-

ente internado que veio a falecer em decorrência de infecção hospitalar, eximindo-se desta responsabilidade somente se conseguir provar a inexistência do defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do art.14, *caput* e § 3º, I e II, da Lei 8.078/90 (1º TACSP — 11ª C. — Ap. — Rel. Antônio Marson — j. 16.02.1998 — RT 755/269).

Note-se, entretanto, como já alertava, de há muito, o próprio Stoco (1995b, p.75), que a expressão “defeito no serviço” implica na idéia de culpa, especialmente em se tratando de obrigações de meios. De fato, não há outro modo para apurar se o serviço médico prestado por um hospital foi defeituoso ou não que não seja o de analisar a conduta do galeno que dirigiu o procedimento respectivo, à luz da *lex artis*. E, ao assim proceder, adentra-se, repentina e inelutavelmente, no campo da culpa do médico, como será demonstrado mais adiante.

O que resta incompreensível, denotando certa contradição, é a circunstância de Cavalieri Filho (2004) negar-se a reconhecer a incompatibilidade da obrigação de meios hospitalar com a responsabilidade objetiva consumerista, ao tempo em que admite que tal objetivação é incompatível com as mesmas obrigações de meios no campo cível. Foi, de fato, o que sustentou enquanto discorria sobre o inovador parágrafo único do art.927 do Código Civil. É o que — mais uma vez, em repetição justificável diante da sua importância — se constata em seguida (CAVALIERI FILHO, 2003, p.175):

Em nosso entender, a responsabilidade objetiva prevista no dispositivo em exame [parágrafo único do art.927, CC/02] só se configura quando a natureza do serviço (atividade desenvolvida) gerar para o fornecedor uma obrigação de resultado, e não apenas de meio.

O mais inesperado é que ao exemplificar o seu entendimento acerca da melhor interpretação do sobredito parágrafo único do art.927 do CC/02, que para ele, repita-se, afasta da objetivação as obrigações de meio, Cavalieri Filho (2003, p.173) recorreu contraditoriamente ao segmento médico-hospitalar, que, em outras linhas, havia submetido à teoria objetiva, à luz do art.14 do CDC:

Desde que executados com segurança, acompanhados de informações adequadas, não acarretarão responsabilidade para seus operadores pelos eventuais danos decorrentes da periculosidade inerente. Se uma cirurgia de uma pessoa idosa, embora realizada com toda técnica e segurança, não for bem-sucedida, o insucesso não poderá ser imputado a quem prestou o serviço.

Diga-se, por fim, ainda em relação à doutrina de Cavalieri Filho (2004, p.34), que não se pretende “negar aplicação a uma lei cujas normas são de ordem pública e interesse social”. O que se objetiva é refutar sua interpretação literal, fazendo prevalecer o bom senso. Gonçalves (2003, p.388), a propósito, já alertou: “[...] muitos de seus dispositivos [do CDC] são polêmicos e não poderão ter uma interpretação literal, sob pena de conduzirem a situações absurdas e inaceitáveis”.

Esta pretensão, aliás, não representa novidade, como revela o triunfo da exegese proposta por aqueles que afastam a literalidade da palavra “só” do art. 12, §3º e 14, §3º do CDC para incluir no rol das excludentes de responsabilidade consumeristas o caso fortuito e a força maior. É, v.g., o caso de Sanseverino (2002, p.287):

A exegese literal desses dois dispositivos legais poderia conduzir à conclusão de que a defesa do fornecedor foi restringida, de forma absoluta, às eximções ali expressas e literalmente previstas. Todavia, em face do sistema geral de responsabilidade civil, essa conclusão conduziria a soluções absurdas e absolutamente incompatíveis com um juízo de razoabilidade.

Convém lembrar, ainda neste passo, que Bahia (1992, p.363), ao discorrer sobre a polêmica despertada pelo §5º do art.28 do CDC, pouco depois do início da vigência deste, afirmou que às decisões judiciais caberia a tarefa de dar “[...] decreto, ao comentado dispositivo, vida e alimento, ou interpretação que leve sua literalidade à sepultura e esquecimento”. É esta última interpretação, *mutatis mutandis*, que se espera que ocorra no que tange ao art.14 do CDC, atingindo-se a necessária razoabilidade no momento de delimitar a responsabilidade dos nosocômios.

Não há como negar que as contradições avultam entre os que defendem a diferença entre defeito e culpa do médico preposto do hospital. Veja-se, em mais um exemplo, o caso de Almeida (2004, p.41), o qual afirma que no CDC o dever de indenizar é “[...] do nosocômio, mas tem por fundamento o ‘defeito do serviço’, não havendo, por conseguinte, que se falar em culpa presumida, posto que objetiva é a responsabilidade derivada das relações de consumo”. Em outra parte, paradoxalmente, obtempera o seguinte: “Sendo, pois, o médico, empregado ou integrante do corpo clínico, o hospital responde *pelo ato culposo do médico*, em solidariedade com este” (ALMEIDA, 2004, p.29, grifos nossos).

Das duas uma: ou o supracitado autor entende que o CDC afastou apenas a discussão em torno da culpa *in eligendo* e *in vigilando* dos hospitais, admitindo que se pode chamar de “objetiva” a responsabilidade do hospital apesar da exigência da apuração da culpa do médico para que este venha a ter o dever de indenizar ou, inegavelmente, caiu em flagrante contradição.

Talvez as argumentações neste sentido acabem contraditórias em decorrência da apuração do defeito redundar compulsoriamente na verificação de culpa, mormente em se tratando de obrigações de meios, conforme dito acima. E o que é “defeito” no Direito do Consumidor? Denari (2001, p.155) apresenta o seguinte conceito:

Entende-se por defeito ou vício de qualidade a qualificação de desvalor atribuída a um produto ou serviço por não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à sua utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por adicionar riscos à integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou de terceiros.

Ao aprofundar o estudo, percebe-se que Bahia (1995, p.392) também utiliza a expressão “legítimas expectativas dos consumidores” como ponto central da sua definição de defeito. Não se trata de mera coincidência, decorrendo, pelo contrário, do texto legal, na medida em que esta idéia de defeito enquanto excludente de responsabilidade é usada tanto no art.12 do CDC, que trata da “responsabilidade pelo fato do produto”, quanto no art.14 do mesmo *codex*, que disciplina a “responsabilidade pelo fato do serviço”.

Nesta dissertação, por motivos óbvios, as atenções estão voltadas para o multicitado art.14, cujo §1º tem o objetivo de fornecer as balizas para a conceituação de defeito. Assim, “o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração [...] o modo de seu fornecimento; [...] o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; [...] a época em que foi fornecido”.

Não escapa à compreensão que o legislador, diante da dificuldade de se apropriar de uma definição precisa de defeito, optou pelo uso de uma cláusula geral, prenhe de conceitos jurídicos indeterminados (SANSEVERINO, 2002, p.71-72). Incumbiu, pois, à doutrina e à jurisprudência a tarefa de fornecer as balizas que deverão ser usadas em cada caso concreto para definir se o serviço é ou não defeituoso. Note-se, por oportuno, que Martins-Costa (2000, p.315) incluiu a expressão “riscos que razoavelmente dele se esperam” entre os exemplos de expressões dotadas de “vagueza socialmente típica”, ao dissertar sobre os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais.

Voltando para o campo da responsabilidade hospitalar decorrente da prestação de serviços médicos, que geralmente resulta em obrigações de meios, como apurar se tais serviços forneceram ou não a segurança que o paciente poderia esperar? Como levar em conta o modo do fornecimento deste serviço? Como saber quais os resultados e os riscos que eram razoavelmente esperados? Todas estas perguntas somente podem ser respondidas após a análise da conduta do esculápio que conduziu o procedimento médico, comparando-a com o *standard* oferecido pela *lex artis* e, aí, já se adentrou na seara da culpa.

O acerto da sobredita conclusão torna-se evidente quando se analisa o texto dedicado à “noção geral de expectativa legítima” por Benjamin (1991, p.48): “As expectativas são legítimas quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais”. É facilmente perceptível que a aludida confrontação com o “estágio técnico”, quando se trata da seara médico-hospitalar, remonta à conduta do médico à luz da *lex artis* e, portanto, à culpa deste.

No direito alienígena, que serviu de direta inspiração para o CDC brasileiro, Bourgoignie (1998, p.19 apud SANSEVERINO, 2002, p.148) já alertava para a circunstância desta definição de defeito abrir caminho para a subjetivação da responsabilidade consumerista. Sanseverino (2002, p.148) tentou refutar tal constatação nos seguintes termos:

Na realidade, essas críticas não têm procedência. A técnica legislativa esgrimida pelo legislador para definição de defeito, com a utilização de uma cláusula geral e de conceitos jurídicos indeterminados, não enseja, por si só, um retorno à responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade subjetiva exige a verificação concreta do elemento culpa no suporte fático do ato ilícito. Intencional ou descuidadamente, o agente responsável descumpra um dever de diligência ao realizar determinada conduta, na vida em sociedade, causando dano a outra pessoa.

No defeito, não se discute o elemento subjetivo da conduta do fornecedor. Basta a ocorrência objetiva de defeito no produto ou serviço para o surgimento da obrigação de indenizar. É suficiente que o produto apresente uma falha que lhe retire a segurança legitimamente esperada para que seja considerado defeituoso, não se exigindo qualquer participação ou colaboração subjetiva do fornecedor ou seus prepostos na sua ocorrência.

Ainda que não tenha havido uma conduta negligente de parte do fornecedor ou de seus prepostos, constatado o defeito do produto ou serviço, aquele será responsabilizado pelos danos sofridos pelo consumidor.

Se é verdade que esta respeitável lição doutrinária pode ser acatada no que tange a defeitos em produtos, ou mesmo em serviços que impliquem em obrigações de resultado, não há como aprovar tal entendimento no que diz respeito aos serviços que redundem em obrigações de meios, haja vista tudo o que foi demonstrado acima. De fato, não é possível dissociar a falha no serviço médico-hospitalar do descumprimento do “dever de diligência” do esculápio por ele responsável ou, por outras palavras, da culpa deste. Eis, pois, as especificidades do serviço médico impondo a incompatibilidade lógica entre obrigações de meios e responsabilidade objetiva.

E não se diga que a diferença entre defeito e culpa na hipótese aqui tratada repousa no fato de que a apuração em abstrato da culpa médica comporta a consideração de elementos concretos — como, por exemplo, um maior rigor na apreciação do desempenho de especialistas do que o imposto no que tange a generalistas — enquanto que o *standard* a ser usado para verificação acerca do serviço ter sido ou não defeituoso seria rigorosamente objetivo.

Não há respaldo para tal assertiva, máxime quando se tem em linha de conta o próprio teor do art.14 do CDC, que em seu §1º, inciso I, determina que seja considerado o modo do fornecimento do serviço, para que se lhe qualifique ou não de

defeituoso. É o que acaba reconhecendo Sanseverino (2002, p.117): “Essa visão de legítima expectativa ou confiança pode ser transportada para o conceito de defeito, que também exige uma avaliação concreta, com base nos elementos suscitados pelo caso”. Depois, ainda sobre o defeito, arremata: “[...] natureza de certos produtos e serviços apresenta peculiaridades que devem ser consideradas” (SANSEVERINO, 2002, p.121).

No caso específico do segmento médico-hospitalar, portanto, deve-se ter em mente a maneira com que o serviço foi prestado, considerando-se os meios materiais disponíveis e viáveis, as condições enfrentadas pelo médico, dentre outros temperamentos concretos, na avaliação em abstrato da sua conduta.

O próprio Sanseverino (2002, p.342-343), já perto do final da sua obra, ao tratar de um exemplo de responsabilidade civil hospitalar, reconhece as peculiaridades deste segmento, mas insiste em uma “diferença sutil” entre a culpa e o defeito, sem explicar, todavia, onde reside a suposta “sutileza”:

O simples fato, por exemplo, de o paciente ter falecido durante um ato cirúrgico não significa que o hospital seja responsável pelo evento morte, sob pena de se inviabilizar essa atividade. Apenas será responsabilizado quando tiver ocorrido defeito na prestação de serviço, cujo ônus de provar a inexistência é da entidade hospitalar, caracterizado pelo descumprimento de suas obrigações. Isso não significa, porém, apesar de a diferença ser sutil, que a responsabilidade do hospital se torna subjetiva.

Por fim, ainda quanto ao defeito, é de se observar que Denari (2001, p.168) afirma expressamente que a sua ausência seria causa de “[...] ruptura da relação causal que determina o dano [...]”. Ora, se é assim, estabelecida está a ponte entre o defeito e o liame etiológico e, por via de conseqüência, conforme argumentação expendida acima, o elo inquebrantável entre o defeito e a culpa quando se trata de obrigações de meios.

Outros dois argumentos ainda podem ser expendidos para demonstrar a impossibilidade da objetivação da responsabilidade hospitalar à luz da interpretação literal do *caput* do art.14 do CDC. O primeiro diz respeito ao princípio da boa-fé e o outro à analogia que se pode fazer entre a posição de hospital e a de um comerciante.

Note-se, primeiramente, que o princípio da boa-fé “[...] constitui um ponto de equilíbrio dentro das relações de consumo, exigindo lealdade e honestidade nas condutas tanto do fornecedor como do consumidor” (SANSEVERINO, 2002, p.63). Tal princípio, de importância basilar no microsistema consumerista, configura, pois, obstáculo intransponível ao consumidor que pretenda obter indenização por um dano decorrente de moléstia que não se curou, apesar da adoção de

todos os cuidados previstos na *lex artis*. Agir assim revela a intenção de alargar, de forma incorreta, o dever de cuidados inerente à obrigação de meios pactuada com o hospital, gerando evidente desequilíbrio entre as partes envolvidas.

O segundo argumento foi inspirado em perspicaz texto doutrinário da lavra de Bahia (1995, p.396), que segue reproduzido, *in verbis*:

No campo da oferta de serviços, deve-se notar, contudo, que o comerciante é levado à categoria de responsável real, já que aquele que intermedeia, invariavelmente, salvo raríssimas exceções, presta o serviço, fornece-o. Assim, o comerciante foi equiparado, para fins de responsabilização ao fornecedor.

As oportunidades em que o comerciante, face aos serviços, realiza realmente a vera intermediação não foram, dado o reduzido número, consideradas pelo Código. Se o fossem, a disciplina legal quanto às mesmas deveria seguir, ao nosso ver, aquela dada aos produtos, quando vendidos pelos comerciantes. Acreditamos que a jurisprudência, no papel de integradora da lei, terá papel fundamental na solução desta indistinção, granjeando para o comerciante de serviços, quando naquela condição possa efetivamente apresentar-se, o mesmo tratamento legal oferecido quanto aos produtos, insculpido no artigo 13 da Lei.

A argúcia constatada acima reside na rara percepção da circunstância do legislador, por se tratar de hipótese pouco ocorrente, ter ignorado a situação daqueles que apenas são intermediários na prestação de serviços, não lhes sendo possível prestá-los diretamente. O raciocínio de Bahia (1995) é perfeito, ainda, quando sugere que a jurisprudência corrija esta lacuna, dando aos que fazem apenas a intermediação dos serviços o mesmo tratamento dispensado aos comerciantes de produtos previsto pelo art.13 do CDC.

E que tratamento é este? O da responsabilidade subsidiária (GOMES, L., 2000, p.219), cabível apenas quando os responsáveis pela fabricação, construção, produção ou importação (acrescente-se: prestação direta de serviços) não puderem ser identificados, quando o produto for disponibilizado sem a identificação clara dos sobreditos responsáveis ou, por fim, quando não forem conservados adequadamente os produtos perecíveis (MARTINS, 2004, p.79).

Transportando-se os ensinamentos de Bahia (1995) para o quanto tratado nesta dissertação, pode-se afirmar que os hospitais atuam exclusivamente como intermediários no que diz respeito aos serviços médicos, na medida em que, conforme demonstração feita anteriormente, os atos médicos em sentido estrito, por imposição legal, somente podem ser executados por esculápios. Constata-se, pois, uma daquelas situações que Bahia (1995, p.396) qualificou de “raríssimas exceções”.

Dessa maneira, interpretação sistemática do CDC levaria à necessidade de se atribuir aos hospitais responsabilidade subsidiária no que tange aos erros médi-

cos, respondendo apenas quando o galeno responsável pelo procedimento não pudesse ser identificado, ou quando esta identificação não fosse clara.

Corolário desta subsidiariedade seria atribuir aos hospitais a responsabilidade subjetiva garantida ao devedor principal, o médico, mesmo porque o art.88 do CDC garante ao comerciante o direito de regresso contra o responsável direto pelo dano. Em comentário a esta última norma consumerista, Martins (2004, p.80) aduziu: “O que estabelece este dispositivo legal é que o comerciante não vai ficar no prejuízo, ele pode buscar o ressarcimento do valor pago às vítimas até no mesmo processo”. Assim, se o devedor subsidiário respondesse objetivamente, enquanto o principal apenas por culpa, inviabilizado estaria o direito de regresso.

Pergunta-se: por que a farmácia tem os benefícios do art.13 do CDC se um remédio gerar efeitos colaterais que levem o doente à morte, cuja reparação caberá ao fabricante ou importador, enquanto o hospital deve responder solidariamente e, pior, de forma objetiva, pelos prejuízos decorrentes do atuar médico que apenas pode ser exercido pelo escalápio?

Apesar de se sustentar a total pertinência deste último argumento, entende-se que esta interpretação exageradamente favorável aos nosocômios seria apenas mais um motivo, *de lege ferenda*, para a disciplina da responsabilidade médico-hospitalar em uma norma específica, elaborada com base nas particularidades deste importante segmento de atuação profissional. Nesta lei a ser elaborada, a responsabilidade dos hospitais deveria, de fato, ser solidária pelos danos praticados por médicos a eles ligados, mantendo-se, claramente, entretanto, a exigência da prova da culpa do facultativo para que se configurasse o dever de indenizar, ao menos até que a medicina deixe de ser uma ciência inexata.

Tecidas tais considerações, pode-se afirmar categoricamente, em relação à responsabilidade dos hospitais quanto ao dever de assistência médica e à interpretação do art.14 do CDC, que todos os caminhos levam à imprescindível apuração da conduta do galeno que conduziu o procedimento médico, antes que se possa falar em condenação do hospital no dever de indenizar. Por que? Ora, em prevalecendo a corrente doutrinária de Stoco (2004), a mais acertada por reconhecer a incompatibilidade entre a responsabilidade objetiva e a obrigação de meios, por motivos óbvios. Em vitoriosa a visão antagonista, capitaneada por Benjamin (1991), por força do já comentado elo entre o nexo causal e a culpa. Em triunfando a visão de Cavalieri Filho (2004), porque a noção de defeito leva à idéia de culpa. Por fim, em predominando o entendimento de que a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares rege-se pelo art.13 do CDC, em razão da subsidiariedade atrair para os hospitais a garantia do §4º do art.14 do mesmo *codex*.

A diferença substancial que se pode divisar é atinente, apenas, ao ônus da prova, já que a corrente doutrinária de Cavalieri (2003) impõe ao hospital o dever de provar que o médico não agiu com culpa, haja vista que o §3º do art.14 do CDC comina ao fornecedor o *onus probandi* no que concerne à inexistência do defeito. Ainda assim, não se pode olvidar que a doutrina prega, no particular, que a carga probatória seja flexibilizada, como exemplificam os ensinamentos de Sanseverino (2002, p.268):

A doutrina nacional tem recomendado que, no exame prático dessa eximente, devem ser consideradas circunstâncias semelhantes às valoradas no direito europeu para a possibilidade de reconhecimento da inexistência do defeito, mitigando-se o rigor probatório por se tratar de demonstração de fato negativo. Efetivamente, tratando-se de demonstração de fato negativo, deve-se valorar com razoabilidade as circunstâncias fáticas, analisando-se, por exemplo, no caso concreto, o tipo de produto ou serviço, a natureza do defeito, a ação do tempo, a utilização anormal do produto e outras questões relevantes que devem ser ponderadas pelo julgador.

Nas outras três hipóteses caberá ao paciente provar a culpa do esculápios, uma vez que é seu o ônus tanto da prova da culpa à luz do §4º do art.14, quanto da comprovação do nexo causal (NUNES, 2000, p.194), a menos que ocorra, como observado acima, a inversão nas condições previstas pelo art.6º, inciso VIII, do código consumerista.

Tecidas tais considerações a respeito do CDC e feita a demonstração de que a teoria subjetiva prevalece em relação aos hospitais no momento de se apurar a responsabilidade civil decorrente da prestação de serviços médicos, faz-se mister analisar se o advento do CC/02 redundou na alteração deste quadro. Diga-se, de logo, que a entrada em vigor do novo *codex* não poderia resultar em nenhuma mudança significativa na disciplina legal da responsabilidade civil dos hospitais por danos decorrentes da prestação de serviços médicos, tendo em vista que norma genérica superveniente não poderia derogar outra que trata especificamente da matéria em tela. Merece total acolhida, pois, o raciocínio de Gonçalves (2002, p.14), quando encontra respaldo para o quanto afirmado acima no próprio texto do novo Código Civil:

A incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de prestação de serviços em geral não ficará prejudicada pela entrada em vigor do novo Código Civil. Dispõe este, no art.593, que “a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou à *lei especial*, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo”. Em primeiro lugar, portanto, aplica-se aos prestadores de serviços a legislação especial, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, e, subsidiariamente, o Código Civil.

Mesmo que se admitisse, só para argumentar, a derrogação das normas consumeristas, ainda assim não se poderia cogitar a retirada da culpa do médico

do rol dos pressupostos da responsabilidade civil hospitalar. Os dispositivos que poderiam fazer supor uma total objetivação, no particular, conforme revelado acima, são os arts. 927, parágrafo único e 933 do novo *codex*. A interpretação mais ponderada das aludidas normas, todavia, afasta qualquer possibilidade neste sentido. É o que se demonstra em seguida.

A inovadora cláusula geral trazida a lume pelo parágrafo único do art.927 do CC/02 já foi objeto de comentários acima, quando se tratou da responsabilidade pessoal dos médicos. É óbvio que tudo o que foi dito anteriormente em relação aos esculápios resta aplicável no que concerne aos nosocômios, no sentido de se lhes afastar do raio de abrangência do supracitado dispositivo legal, sendo dispensáveis eventuais repetições. Registre-se, apenas, que a atividade dos hospitais, assim como a dos médicos, não gera riscos, o que afasta as instituições hospitalares do enquadramento na “teoria do risco criado” abraçada na aludida cláusula geral do Código de Reale. Sobre isto discorreu França (2001, p.240):

O certo é que num hospital onde entram dezenas de doentes haverá sempre um risco [melhor seria dizer “perigo”], apesar de todos os cuidados empregados em qualquer intervenção, por mais simples e trivial que ela seja. Seria injusto, pois, culpar [melhor seria dizer “responsabilizar”] a instituição ou o médico por um acidente inevitável.

Do trecho doutrinário acima reproduzido depreende-se, ainda, a álea que caracteriza a obrigação dos nosocômios e que a faz ser, em regra, de meios no que tange à prestação de serviços médicos. Isto torna esta atividade hospitalar incompatível com a teoria objetiva da responsabilidade civil, conforme demonstrado acima. Lembre-se, aliás, que esta incompatibilidade foi expressamente reconhecida por Cavalieri Filho (2003, p.175) em seus comentários específicos sobre o parágrafo único do art.927 do CC/02.

O art. 933 do CC/02, a seu turno, também não tem o condão de afastar a necessidade da prova da culpa do médico para que se configure a responsabilidade civil hospitalar, visto que se limita a inserir no direito positivo entendimento anteriormente consolidado na jurisprudência brasileira no que tange ao reconhecimento da “perda de eficácia social” do art.1.523 do CC/16 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p.165). Esta norma impunha a necessidade da vítima provar não apenas a culpa do preposto, como também a do patrão, nas modalidades *in eligendo* ou *in vigilando*, caso desejasse materializar a responsabilidade indireta (pelo fato de terceiro) deste último.

O art. 1.523 do antigo Código Civil estatuiu expressamente, de fato, esta obrigatoriedade de se provar a culpa do patrão pela má escolha do preposto ou pelo descumprimento do dever de vigilância inerente à relação de subordinação, para que este respondesse pelo ato culposo de seu preposto.

Wald (1992, p.499-507), em longo e pertinente texto, demonstra a evolução jurisprudencial concernente ao gradativo abrandamento da exigência da aludida norma, iniciando pela presunção *juris tantum* da culpa do patrão e atingindo o ponto desta ser presumida, sem que se admitisse prova em contrário, conforme também relata Diniz (2002a, p.459). Esta presunção *juris et de jure* de culpa não passa de outra denominação para a responsabilidade objetiva, a qual, em relação à culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do empregador, já era reconhecida por boa parte dos operadores do direito, muito antes da entrada em vigor do CC/02, como informa Monteiro (2003, p.464).

Pode-se concluir, por conseguinte, que o art.933 do novo Código Civil não trouxe à baila nenhuma regra revolucionária, tendo apenas o mérito de acabar com a discussão residual acerca da natureza da referida presunção, a partir da interpretação da Súmula 341, do Supremo Tribunal Federal (STF), que estabelecia: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Agora não resta dúvida de que a tese da presunção *juris et de jure* efetivamente triunfou, uma vez que firmada no direito positivo a desnecessidade de discussões em torno da culpa do empregador, como, aliás, já pregava, de há muito, com a habitual clarividência, o mestre O. Gomes (1988, p.358).

Diante de tal constatação, pode-se afirmar peremptoriamente que a objetivação decorrente do art.933 do CC/02 diz respeito, apenas, à conduta do empregador quanto à escolha e vigilância do subordinado, mas não afeta a necessidade da prova, pela vítima, da culpa do preposto para que o empregador seja compelido a pagar a indenização. É o que sustenta Diniz (2002a, p.458, grifos nossos):

O empregador ou comitente somente será objetivamente responsável se: a) houver um prejuízo causado a terceiro, por fato do preposto [...]; b) o preposto cometeu o fato lesivo no exercício de suas funções [...] ou das atividades que lhe incumbem [...]; c) *houver culpa do preposto ou empregado* [...]; d) existir relação de emprego ou de dependência entre o causador do ato danoso e o patrão, amo ou comitente.

Transportando-se a conclusão a que se chegou acima para o campo da responsabilidade hospitalar, percebe-se, pois, que aquele que suportar dano decorrente da prestação de serviços médicos terá de provar a culpa do médico, empregado ou preposto do nosocômio, para que este seja compelido a indenizar os prejuízos. Almeida (2004, p.29), ao tratar da responsabilidade indireta dos hospitais pelos atos dos médicos, sintetizou: “[...] Sendo, pois, o médico, empregado ou integrante do corpo clínico, o hospital responde pelo ato culposo do médico, em solidariedade com este”.

Esta constatação encontra guarida, ainda, no enunciado 191 que foi objeto de aprovação na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos

Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF) em dezembro de 2004, sob coordenação científica do eminente Aguiar Júnior. Eis o seu teor (JORNADA..., 2004): “191 — Art.932: A instituição hospitalar privada responde, na forma do art.932, III do CC, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes do seu corpo clínico”.

O que o art.933 do CC/02 impede é tão-somente que o hospital pretenda eximir-se da responsabilidade, depois de comprovada a culpa do galeno, alegando que a escolha deste para compor o seu quadro clínico observou todas as cautelas possíveis ou, ainda, que tudo o que lhe poderia ter sido exigido a respeito de vigilância na prática do ato médico foi levado a cabo.

Posto isto, resta suficientemente explorada a responsabilidade dos hospitais no que tange à prestação de serviços médicos, verificando-se que a hipótese levantada no início deste trabalho dissertativo prevalece no particular. Chega-se a tal conclusão quando se compreende que a exigência da prova da culpa do médico enquanto pressuposto da responsabilidade civil dos hospitais a afasta do âmbito da teoria objetiva, máxime quando se tem em mente que o “[...] ato que o representante realiza é como se houvesse sido realizado pelo representado” (GARCEZ NETO, 2000, p.177).

Fixada a sobredita constatação, torna-se pertinente, agora, testar a sobredita hipótese em relação ao dever de hospedagem que deriva do contrato de hospitalização. É este o aspecto desenvolvido em seguida.

8. A ADOÇÃO DA TEORIA OBJETIVA QUANTO AO DEVER DE HOSPEDAGEM

O contrato de hospitalização, além do dever da assistência médica propriamente dita, envolve o dever de hospedagem. Este guarda alguma semelhança com o assumido pelos hotéis, a despeito de apresentar uma série de especificidades decorrentes da própria natureza dos serviços prestados por um hospital.

Assim, além de “[...] fornecer acomodações e refeições condignas e condizentes com o preço estabelecido” (STOCO, 1995b, p.73), o hospital assume um dever de garantir a incolumidade do paciente, muito mais rigoroso do que o assumido por um hotel, dado o estado de fragilidade que geralmente caracteriza os que se encontram internados. Demais disso, tem o dever de atender às legítimas expectativas dos pacientes e familiares no que diz respeito à estrutura normalmente esperada em um nosocômio, como a capacidade de prestar serviços paramédicos de qualidade e a presença de equipamentos e remédios básicos minimamente exigíveis em um estabelecimento hospitalar.

As supracitadas obrigações são, em regra, de resultado, o que possibilita seu enquadramento no *caput* do art. 14 do CDC. Torna-se facilmente perceptível, pois, que a hipótese da necessidade da adoção da teoria subjetiva para se definir a responsabilidade hospitalar não se mostra válida quando se migra do campo do dever de assistência médica para a seara do dever de hospedagem.

De fato, não há nenhuma álea que, v.g., impeça o hospital de fornecer as refeições dos pacientes com a qualidade indicada para o seu estado de saúde (alimentos *diet* para os diabéticos, por exemplo) ou, como leciona Azi (2000, p.66), nos horários programados.

Inexiste, também, fator randômico que inviabilize a instalação das comissões internas de prevenção das infecções hospitalares ou que obstaculize a periódica e acurada limpeza do ambiente hospitalar.

São, portanto, obrigações de resultado, motivo pelo qual se materializa a responsabilidade objetiva do nosocômio que as descumpra, gerando danos para os seus clientes.

Idênticas considerações podem ser tecidas em relação ao dever de incolumidade, na medida em que o hospital tem a obrigação de resultado de impedir que o paciente venha a sofrer qualquer tipo de dano em decorrência da internação, tais quais quedas do leito, abusos sexuais, agressões de qualquer natureza etc.

Convém apenas ressaltar que o dever de incolumidade, ligado à hospedagem, não se confunde com a idéia de cura, vinculada aos serviços médicos em sentido estrito e que, como visto, não pode ser garantida (DINIZ, 2002a, p.298).

Por fim, com relação à estrutura legitimamente esperada, vale afirmar que o hospital também assume obrigações de resultado no momento de providenciar a manutenção nos seus equipamentos (CARDOSO, 2002, p.321) ou, ainda, no que diz respeito à presença dos enfermeiros nos seus postos para prestação tempestiva dos necessários serviços paramédicos.

Discorda-se de Cardoso (2002, p.321), entretanto, quando afirma que a responsabilidade dos hospitais será sempre objetiva em decorrência dos atos dos enfermeiros apenas porque estes, no seu entendimento, não seriam profissionais liberais.

Impende salientar que se torna desnecessário discutir o polêmico conceito de “profissional liberal”, uma vez que, em verdade, o que definirá se a responsabilidade será objetiva ou não é a natureza da obrigação assumida pelos prepostos do hospital. É o que se sustenta neste trabalho dissertativo e o que se evidencia a partir da análise dos exemplos indicados em seguida.

Se o enfermeiro tem a obrigação de trocar periodicamente as fraldas geriátricas do paciente e não o faz, descumpra obrigação de resultado, tornando dispensável qualquer discussão em torno da sua culpa, por força do *caput* do art. 14 do CDC, para que o hospital seja compelido a indenizar os danos certamente configurados, ao menos de natureza moral. Materializa-se, portanto, a responsabilidade objetiva.

Na hipótese, contudo, da sua obrigação ser de meios, como, por exemplo, a de efetuar curativos que contribuam para o restabelecimento pós-cirúrgico, temporariamente levados a cabo, somente poderá o hospital ser responsabilizado pela demora da cicatrização que impede o retorno do paciente ao seu trabalho, gerando lucros cessantes, se provado que as técnicas de enfermagem não foram observadas no caso concreto. Tem-se, pois, a responsabilidade subjetiva.

A prova da culpa do enfermeiro também será exigida para condenar o hospital quando aquele estiver sob a orientação direta de um médico estranho ao nosocômio. Neste caso, que será abordado abaixo, em item específico, o estabelecimento hospitalar apenas será responsabilizado em se demonstrando que o seu enfermeiro agiu com culpa, não respondendo pela atuação culposa e lesiva do esculápio.

As generalizações são inadequadas no tema em tela. Eis o motivo pelo qual também se discorda de Aguiar Júnior (1995, p.41) quando assegura que o hospital assume “[...] a obrigação de meios consistente em fornecer hospedagem (alojamento, alimentação) e de prestar serviços paramédicos (medicamentos, instalações, instrumentos, pessoal de enfermagem, etc.)”. Como demonstrado acima, não há motivo para sustentar que tais obrigações, na maioria dos casos, não sejam de resultado, apesar de assumirem, por vezes, a natureza de obrigação de meios.

Conclui-se, pois, que a responsabilidade hospitalar decorrente do dever de hospedagem, por geralmente implicar em obrigações de resultado, será, na maioria das vezes, objetiva, diferentemente do que ocorre no que diz respeito à prestação dos serviços médicos propriamente ditos.

Discorreu-se, acima, sobre a responsabilidade dos hospitais pelos danos advindos dos atos praticados por médicos que nele atuam. É de se perguntar, todavia, se haverá situação em que o nosocômio não será compelido a indenizar os prejuízos decorrentes de procedimentos médicos realizados nas suas dependências, a despeito da afronta à *lex artis*. É o que será apurado em seguida.

9. O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA E A DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS

Quando da abordagem da responsabilidade indireta dos hospitais, mencionou-se que o médico haverá de ser preposto do nosocômio. Isto é, o uso das palavras

“patrão” ou “empregador”, derivado do texto da norma matriz de 1916 e de 2002, não restringe o dever de indenizar dos nosocômios aos casos em que haja vínculo empregatício com os esculápios. Basta a existência de uma relação de subordinação, habitualmente verificada entre as partes, para que se cogite da responsabilidade do hospital pelos atos médicos culposos e malogrados. E o que ocorre na situação em que o médico é um profissional estranho e que impõe sua presença no ambiente hospitalar?

Antes de responder tal indagação, cumpre destacar que o observador menos atento às especificidades do segmento hospitalar poderia entender que não haveria como um esculápio desconhecido atuar no hospital à revelia da vontade deste. Não é, todavia, o que estabelece o CEM, a cujos ditames também estão submetidos os estabelecimentos hospitalares, como se constata após a leitura do item II do seu preâmbulo. O art.25 deste *codex* estatui ser direito do médico “[...] internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição”.

França (2001, p.104) recorre à teleologia para defender a sobredita norma. Afirma que os hospitais existem para servir à sociedade em geral, “[...] por necessidade pública e por interesse social”, aduzindo que a inexistência do art.25 do CEM possibilitaria o monopólio dos serviços médicos nas mãos de poucos profissionais, em situação agravada nas localidades em que há poucos estabelecimentos hospitalares ou, até mesmo, um único nosocômio. Diz que o fundamento deste dispositivo reside na função social da propriedade, estabelecida na Carta Magna, que chega a possibilitar até mesmo a desapropriação por interesse social.

O certo é que os hospitais não podem evitar que qualquer médico use suas dependências, desde que, obviamente, existam vagas e que haja a submissão às normas técnicas do nosocômio. Constatada esta peculiaridade, cabe responder a pergunta formulada acima, ou seja, o hospital poderá ser responsabilizado pelos danos decorrentes da culpa do médico que exerce o direito derivado do art. 25 do CEM, impondo sua presença nas suas dependências? Entende-se que não, tendo em vista que não há nada que o nosocômio possa fazer para evitar tal atuação.

Assim, o acerto está com autores como Almeida (2004, p.31), Azi (2000, p.65), Cintra (2001, p.2) e Stoco (2004, p.725). Cite-se, por todos, a doutrina de Gonçalves (2002, p.149-150): “No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar seus pacientes particulares, responde com exclusividade por seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento”.

Sem razão, portanto, o posicionamento minoritário de Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.247-248), quando sustentam que o nosocômio deverá responder pelos atos culposos lesivos dos médicos em qualquer hipótese, sempre que o proce-

dimento for realizado nas suas dependências, mesmo nos casos dos “[...] profissionais que apenas eventualmente utilizam a estrutura física e logística do hospital para realizar uma cirurgia, por exemplo”.

Ora, responsabilizar os estabelecimentos hospitalares em situações deste jaez seria como obrigar o proprietário do automóvel requisitado pela autoridade policial para sair no encalço de um assaltante a indenizar todos os danos provocados pelo veículo durante a perseguição.

É claro, todavia, que se o dano advier de um defeito estrutural do nosocômio, como, por exemplo, a falha de um equipamento vital para o bom termo do procedimento médico, o hospital verá configurada a sua responsabilidade civil. O que se deseja destacar é que não ocorre, naquela situação específica, a imediata responsabilidade solidária do hospital pelos atos do esculápio.

CONCLUSÃO

Muita tinta foi despendida entre as linhas que introduziram o trabalho dissertativo em tela e sua conclusão, ora apresentada. É fato que o texto acabou mais extenso do que o inicialmente planejado, muito em razão da riqueza do tema eleito. Na medida em que avançavam os estudos, novas perspectivas surgiam, sempre relacionadas com a idéia central a ser desenvolvida, razão pela qual não poderiam ser, em absoluto, tangenciadas, como efetivamente não o foram.

Ao longo da dissertação, todavia, seguiu-se sempre uma rota precisa, norteada pelo problema suscitado desde o início do trabalho. Dessa maneira, entre os vários aspectos que poderiam ser escolhidos na amplitude do tema da responsabilidade civil médico-hospitalar, destacou-se a questão atinente à exigibilidade ou não da culpa enquanto pressuposto do dever de indenizar de esculápios e de hospitais, à luz do CDC e do CC/02. A hipótese levantada consistia no predomínio da teoria subjetiva neste particular, ainda que no alvorecer deste novo milênio.

Não se desconhecia a circunstância de tal hipótese eventualmente ser mal recebida em um primeiro momento, uma vez que, como cediço, as mais avançadas e arejadas idéias relativas à responsabilidade civil apontam para sua objetivação, com o fito de deslocar o enfoque do instituto da figura do autor do dano para a da pessoa prejudicada. Nos dias de hoje, por conseguinte, o desiderato da doutrina de vanguarda consiste no “imperativo da reparação do dano” (PASSOS, 2001, p.134).

Não houve, em nenhum momento, todavia, o temor de que a dissertação recebesse a pecha de reacionária, na medida em que sempre existiu o absoluto convencimento de que a radicalização no instante de delimitar a responsabilidade civil prejudicaria não apenas médicos e hospitais, como também os pacientes e a sociedade em geral.

Se o advento da teoria objetiva revolucionou positivamente a responsabilidade civil, como de fato ocorreu, o surgimento dos arautos da total objetivação da responsabilidade médico-hospitalar certamente caracterizou um efeito colateral desta revolução. Combatê-lo é imperativo para que as regras disciplinadoras do dever de indenizar resultem, realmente, na paz social — objetivo precípua do Direito — em um segmento de importância vital para as pessoas.

O que se deve evitar é que o risco do Brasil importar o caos reinante no segmento médico-hospitalar dos EUA encontre nesta objetivação mais um elemento catalisador que, em verdade, inexistia até mesmo em terras norte-americanas, onde

também tem sido mantida a culpa no rol dos pressupostos da responsabilidade civil de galenos e estabelecimentos hospitalares.

Não houve qualquer receio em sustentar a sobredita hipótese, outrossim, tendo em vista que mesmo os mais ferrenhos objetivistas admitem que a teoria do risco veio a lume para coexistir com a da culpa enquanto fator de imputação e não para lhe proscrever. Não existiu qualquer apreensão no momento de defender a multicitada hipótese, também, porque existia a certeza de que a objetivação configuraria tratamento jurídico mais rigoroso do que o possível diante das especificidades da área médico-hospitalar, prejudicando, em última análise, repita-se, os próprios pacientes e a sociedade como um todo.

Dentre as supracitadas especificidades destaca-se a circunstância de médicos e hospitais, em regra, assumirem obrigações de meios quando se predispõem à prestação de serviços ligados à anamnese, ao diagnóstico, ao prognóstico e, por fim, aos procedimentos terapêuticos, já que, infelizmente, a ciência médica ainda é incerta e caracterizada por uma inevitável álea. Diante disso, não se pode sequer cogitar de uma objetivação de sua responsabilidade, haja vista que a obrigação de meios com ela é incompatível. Não há como, efetivamente, afastar a análise da conduta do médico à luz da *lex artis* no momento de se definir se há ou não o dever de indenizar do profissional ou do estabelecimento hospitalar.

Demonstrou-se acima que, seja qual for o caminho escolhido por aquele que deseje pregar a objetivação da responsabilidade civil de médicos e hospitais derivada do inadimplemento de obrigações de meios, sempre surgirá a necessidade da análise da conduta do esculápio em comparação com o paradigma estabelecido, ou seja, por outras palavras, sempre advirá a necessidade da apuração da culpa.

Quanto aos médicos, a demonstração do acerto da hipótese eleita foi facilitada, na medida em que o §4º do art. 14 do CDC não deixa margens para dúvidas no que concerne à manutenção da teoria subjetiva no particular. O único caminho que poderia levar ao entendimento da retirada da culpa do rol dos pressupostos da responsabilidade civil dos facultativos passaria pela exegese do parágrafo único do art.927 do CC/02.

Evidenciou-se, entretanto, após estudo das principais visões teóricas objetivistas, que este inovador dispositivo abraçou a teoria do risco criado, comprovando-se, em seguida, que a atividade dos médicos nele não se subsume, por não criar, não gerar, risco, lidando, em verdade, de forma predominante, com o perigo, que surge independentemente da vontade e, muitas vezes, do controle, do agente.

Assim, restou indubitosa a manutenção da teoria subjetiva clássica — conservada no ordenamento jurídico pátrio pelo *caput* do art.927 do novo Código Civil

CONCLUSÃO

— no que tange aos médicos, mesmo após as recentes alterações legislativas implementadas no Direito brasileiro.

Já no que toca aos hospitais a tarefa mostrou-se mais complicada, na medida em que a interpretação literal do *caput* de art. 14 do CDC, estimulada pelos consumeristas de primeira hora, poderia representar um obstáculo intransponível ao triunfo da hipótese suscitada. A primeira providência adotada foi a de seccionar, no rastro da doutrina mais abalizada, os deveres que emanam do contrato de hospitalização em duas vertentes: a da assistência médica propriamente dita e a da hospedagem.

Na primeira vertente, ou seja, no que diz respeito ao dever de assistência médica, comprovou-se o triunfo da hipótese sustentada, apurando-se que todos os caminhos levam à exigência da análise da conduta do galeno responsável pelo procedimento médico, à luz da *lex artis*, antes que se possa falar em dever de indenizar do nosocômio. O fundamento último desta assertiva é, indubitavelmente, a sobredita incompatibilidade entre as obrigações de meios e a responsabilidade objetiva.

Aderiu-se, neste diapasão, à corrente doutrinária capitaneada por Stoco (2004) e Kfoury Neto (2003), que sugere o afastamento da exegese literal do *caput* do art. 14 do CDC, propondo, em seu lugar, uma interpretação sistemática e consentânea que estenda os efeitos do seu §4º dos médicos para os hospitais, haja vista, parafraseando-se Stoco (2004, p.728), que no momento de se delimitar a responsabilidade civil hospitalar, o que se põe em debate é a própria atividade do esculápio.

Admitindo-se, apenas para argumentar, que prevalecesse a interpretação literal do multicitado *caput* do art. 14 do CDC, ainda assim não haveria como fugir da necessidade da análise da conduta do galeno à luz da *lex artis* para verificação da existência ou não do nexa causal. De fato, descortinou-se o elo existente entre o liame etiológico e a culpa, o qual evidencia, às escâncaras, a inocuidade do dispêndio de energia dos que advogam a total objetivação da responsabilidade civil dos hospitais.

O mesmo pode ser dito a respeito da corrente doutrinária dos que insistem em proscrever a culpa, ressalvando que o hospital afastaria sua responsabilidade provando a inexistência do defeito do serviço prestado. Ocorre, contudo, que os debates para definir se o serviço foi ou não defeituoso acabam descambando na análise da conduta do galeno sob a égide da *lex artis*, ou seja, na própria culpa do esculápio.

Assim, pode-se afirmar que o CDC não implica na total objetivação da responsabilidade hospitalar. A análise, aliás, deveria se limitar à norma consumerista, na medida em que se entende que, por sua especialidade, não foi revogada pelo CC/02. Assim, o art. 14 do CDC permanece plenamente em vigor, mesmo após as

novas normas destinadas pelo novel Código Civil para disciplinar a responsabilidade civil e os contratos de prestação de serviços. Esta constatação, porém, não serviu para justificar uma fuga da análise dos artigos do novo *codex* que, supostamente, poderiam ensejar a objetivação da responsabilidade hospitalar.

Note-se, neste passo, que a demonstração da inaplicabilidade do parágrafo único do art.927 do CC/02 no que toca aos médicos é totalmente válida em relação aos hospitais. Além desta norma, todavia, o novo *codex* trouxe a lume, ainda, o art.933, o qual objetivou a responsabilidade indireta dos empregadores ou representados pelos atos de seus empregados ou representantes. Foram, pois, afastadas do ordenamento pátrio as discussões que ainda giravam em torno da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. O art.933 do CC/02 não teve, todavia, o condão de eliminar a exigência da prova da culpa do preposto para que se configure o dever de indenizar pelo ato de terceiro.

Da sobredita constatação deriva a certeza de que o art.933 do CC/02 não configurou nenhum obstáculo para a procedência da hipótese levantada, na medida em que a responsabilidade indireta dos hospitais continua exigindo a prova da culpa do médico para que possa se consubstanciar. E, em sendo assim, como a conduta culposa do esculápio é como se fosse a culpa do hospital, não se pode cogitar que a responsabilidade deste seja verdadeiramente objetiva.

Dessa forma, por esses e outros motivos, expostos no desenvolvimento da dissertação, é que se pode pontificar que a responsabilidade nosocomial, assim como a dos esculápios, permanece subjetiva no momento de reparar danos que advenham da prestação de serviços médicos propriamente ditos. Exceção a esta regra decorre apenas do desrespeito ao direito do paciente ao consentimento informado, que implicará na aplicação da teoria objetiva, ou seja, no dever de médicos e hospitais de indenizar até mesmo os danos decorrentes da incerteza da ciência médica.

Já no que concerne ao dever de hospedagem que, ao lado do dever de assistência médica, deriva do contrato de hospitalização, a hipótese suscitada neste trabalho dissertativo não procede. De fato, como em regra, no particular, a obrigação dos hospitais será de resultados e não de meios, não há como afastar a incidência do *caput* do art.14 do CDC, motivo pelo qual o estabelecimento hospitalar será, por exemplo, responsabilizado objetivamente pelo fornecimento ao paciente de alimentos estragados ou a destempo.

É curial destacar, ao final, que a idéia que permeia toda a dissertação consiste na necessidade da adoção de postura ponderada, que se situe a meio caminho dos pólos ocupados pelos que, de um lado, anacronicamente pretendem a total impu-

CONCLUSÃO

nidade diante dos erros médicos e pelos que, de outro, radicalizando as idéias sustentadas pela doutrina de vanguarda, almejam a extremada responsabilização dos esculápios e nosocômios, obrigando-lhes a indenizar até mesmo os danos decorrentes da inexatidão da ciência médica.

Diante de tantos e variados argumentos, algumas recomendações podem ser feitas no sentido de minimizar as polêmicas que advêm do tema explorado neste trabalho dissertativo:

a) aquinhoar o Direito Médico com a autonomia necessária para a sua inclusão nos cursos jurídicos, propiciando o estudo mais sistemático e produtor desta matéria de imensa importância e que desperta inegável interesse;

b) estimular a criação de uma lei para organizar em uma única norma as variegadas, esparsas e antigas normas que hoje disciplinam a atividade dos médicos e hospitais, abarcando-se a questão da responsabilidade civil, com o fito de eliminar os problemas derivados da defeituosa redação do art. 14 do CDC, garantindo que os hospitais respondam solidariamente com os esculápios pelos erros médicos, sempre com base na teoria subjetiva da responsabilidade civil, até que a medicina deixe de ser uma ciência inexata;

c) criar o seguro de responsabilidade civil médica, a despeito de suas inconveniências no setor médico, na hipótese de se decidir que os pacientes não devem continuar suportando sozinhos os encargos derivados dos fatores randômicos que caracterizam os procedimentos médicos, à semelhança do sistema imposto pelo art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal para a questão dos danos derivados de acidentes do trabalho.

Destaque-se, por derradeiro, a importância de ao menos se refletir sobre o acerto do que se acabou de recomendar. Merece especial análise a sugestão *de lege ferenda*, na medida em que a insensibilidade do CDC em relação ao segmento médico-hospitalar enseja não apenas raciocínios favoráveis à radical objetivação da responsabilidade civil, como também contra-argumentos como o que consiste na defesa da extensão dos efeitos do art. 13 da lei consumerista em favor dos hospitais.

Eis que os estabelecimentos hospitalares poderiam sustentar a sua condição de meros “comerciantes” dos serviços médicos propriamente ditos, que somente podem ser executados pelos esculápios, visando o reconhecimento de que teriam simples responsabilidade subsidiária, forçosamente subjetiva pelos danos provocados pelos médicos e não responsabilidade solidária e objetiva.

Tecidas tais considerações, torna-se possível concluir que a resposta ao problema que constitui o nó górdio desta dissertação é a seguinte: no momento da

delimitação da responsabilidade dos médicos e hospitais deve prevalecer, à luz do CDC, a teoria subjetiva abraçada pelo CC/16 e ainda mantida, como regra geral, pelo CC/02, reservando-se a incidência da teoria objetiva para as atividades, menos comuns, em que sejam assumidas obrigações de resultado ou, ainda, para quando desrespeitado o direito do paciente ao consentimento esclarecido.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. (No prelo).
- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- _____. Responsabilidade civil de direito especial e de direito comum. In: BARROS, Hamilton de Moraes et al. *Estudos Jurídico em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.273-285.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 718, p. 33-53, ago. 1995.
- AIRES, Jaime Junqueira. Uma chave para a teoria dos riscos oriundos do acaso nos contratos civis. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 84, p. 5-12, abr. 1941.
- ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. O contrato hospitalar. In: COUTO, Antonio; SLAIBI FILHO, Nagib; ALVES, Geraldo Magela (Coord.). *A responsabilidade civil e o fato social no século XXI*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.13-50.
- ALVIM, J. E. Carreira. Reflexões sobre a responsabilidade civil médica. A tutela antecipatória na ação de reparação. *Seleções Jurídicas ADV*, Rio de Janeiro, COAD, p. 40-43, abr. 2004.
- ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. *Seleções Jurídicas ADV*, Rio de Janeiro, COAD, p. 15-27, abr. 2004.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10522*: Abreviação na descrição bibliográfica. Rio de Janeiro: ABNT, 1988.
- _____. *NBR 6024*: Numeração progressiva das seções de um documento. Rio de Janeiro: ABNT, 1989.
- _____. *NBR 6032*: Abreviação de títulos de periódicos e publicações seriadas. Rio de Janeiro: ABNT, 1989.
- _____. *NBR 6033*: Ordem alfabética. Rio de Janeiro: ABNT, 1989.
- _____. *NBR 10520*: Informação e documentação — citações em documentos — apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.
- _____. *NBR 6023*: Informação e documentação — referências — elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

_____. *NBR 14724: Informação e documentação — trabalhos acadêmicos — apresentação*. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

AZI, Camila Lemos. *Responsabilidade civil por erro médico no direito brasileiro*. 2000. Monografia apresentada no curso de graduação em Direito da UNIFACS — Universidade Salvador, Salvador, 2000.

BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades anônimas. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, n. 2, p. 345-363, 1992.

_____. Responsabilidade civil por atos do Juiz. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, n. 3, p. 302-334, 1993.

_____. Da responsabilidade civil por fato do produto e do serviço no código de proteção e defesa do consumidor. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, n.4, p.389-405, 1995.

BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003.

BARREIROS NETO, Jaime. Aspectos gerais da responsabilidade civil do advogado no direito brasileiro. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, n. 1, p. 165-186, 2004.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. *O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil: contratos particulares de assistência médica e contratos envolvendo planos ou convênios de saúde e ainda seguros de saúde, contratos privados de assistência à saúde e a responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Uma introdução ao Código de Defesa do Consumidor. In: RIOS, Josué de Oliveira; LAZZARINI, Marilena; NUNES JR., Vidal Serrano. *Código de Defesa do Consumidor: comentado*. São Paulo: Globo, 2001. p. 8-11.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. da 2. ed. da obra O direito civil na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BOAVENTURA, Edivaldo. *Metodologia da Pesquisa: monografia, dissertação, tese*. São Paulo: Atlas, 2004.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 733, p. 53-75, nov. 1996.

_____. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; _____. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2-85.

BRANDÃO, Jecé F. Alerta à medicina. *A Tarde*, Salvador, 22 fev. 2003. *A Tarde Cultural*, p. 1-2.

BRASIL. Congresso. Câmara. Projeto de Lei nº 6659, de 25 de abril de 2002. Regula a indenização por má prática médica. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/29982.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2005.

_____. Congresso. Câmara. Projeto de Lei nº 6960, de 12 de junho de 2002. Dá nova redação aos artigos [...] 927, 928, 931, 944, 947, 949, 950, 953, 954, [...], da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, acrescenta dispositivos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/50233.htm>>. Acesso em: 09 fev.2005.

_____. Congresso. Senado. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Parecer do Senador Tião Viana sobre o Projeto de Lei do Senado nº 25, de 27 de fevereiro de 2002, que define o ato médico e dá outras providências e sobre o Projeto de Lei nº 268, de 11 de dezembro de 2002, que dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em: <<http://www.coffito.org.br/arquivos/Parecer025.pdf>>. Acesso em: 09 fev.2005.

_____. Congresso. Senado. Projeto de Lei nº 150, de 18 de março de 1999. Dispõe sobre danos morais e sua reparação. *Diário do Senado Federal*. Brasília, DF, p. 5842-5849, 19 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/pdf/25062002/13104.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2005.

_____. Congresso. Senado. Projeto de Lei nº 25, de 27 de fevereiro de 2002. Define o ato médico e dá outras providências. *Diário do Senado Federal*. Brasília, DF, p. 1040-1042, 28 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/pdf/27022002/01040.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2005.

_____. Congresso. Senado. Projeto de Lei nº 268, de 11 de dezembro de 2002. Dispõe sobre o exercício da Medicina. *Diário do Senado Federal*. Brasília, DF, p. 25485-25494, 12 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/pdf/11122002/25485.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2005.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 30 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Decreto nº16.300, de 13 de dezembro de 1923. Aprova o Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública. *Coleção de Leis do Brasil*. Brasília, DF, v. 3, p. 581, 1923. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=DEC&secao=NJUILEGBRAS&n...>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

_____. Decreto nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932. Regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil, e estabelece penas. *Coleção de Leis do Brasil*, Brasília, DF, v.1, p. 39, 1932. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=DEC&secao=NJUILEGBRAS&n...>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

_____. Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958. Aprova o regulamento do Conselho Federal e Conselhos Regionais de Medicina a que se refere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 016642, 25 jul 1958. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=DEC&secao=NJUILEGBRAS&n...>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

_____. Decreto-Lei nº 150, de 9 de fevereiro de 1967. Dispensa de registro, no Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, os diplomas expedidos por Escolas ou Faculdades de Medicina e Farmácia. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 001662, 10 fev.1967. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=DEL&secao=NJUILEGBRAS&n...>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

_____. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 23013, 01 out. 1957. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=LEI&secao=NJUILEGBRAS&n...>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

_____. Lei nº 3.999 de 15 de dezembro de 1961. Altera o salário-mínimo dos médicos e cirurgiões-dentistas. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 011274, 21 dez. 1961. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=LEI&secao=NJUILEGBRAS&n...>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 1, 17 jan. 1973. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=LEI&secao=NJUILEGBRAS&n...>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

_____. Lei nº 6.316 de 17 de dezembro de 1975. Cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de fisioterapia e terapia ocupacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, p.11274, 21 dez. 1961. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/netacgi/nph>

REFERÊNCIAS

brs.exe?sect2=NJURNEWL&s2=LEI%5BTNOR%5D&s3=%22006316%22&s4=1975&s5=&s1=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>. Acesso em: 09 fev. 2005.

_____. Lei nº 6.838, de 29 de outubro de 1980. Dispõe sobre o prazo prescricional para a punibilidade de profissional liberal, por falta sujeita a processo disciplinar, a ser aplicada pelo órgão competente. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 021651, 30 out.1980. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=LEI&secao=NJUILEGBRAS&n...>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

_____. Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981. Dispõe sobre as atividades do médico residente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 012789, 09 jul.1981. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=LEI&secao=NJUILEGBRAS&n...>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p.1, 12 set. 1990. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=LEI&secao=NJUILEGBRAS&n...>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

_____. Lei nº 9.436, de 5 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a jornada de trabalho de médico, médico de saúde pública, médico do trabalho e médico veterinário da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas federais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 2248, 06 fev 1997. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=LEI&secao=NJUILEGBRAS&n...>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

_____. Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 5, 28 maio 1998. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=LEI&secao=NJUILEGBRAS&n...>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=LEI&secao=NJUILEGBRAS&n...>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 341. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SUMU&n=&s1=341.NUME.&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SUMUN&p=1&r=1&f=G>>. Acesso em: 09 fev. 2005.

BUENO, Denise. Erro Médico, um novo filão das seguradoras. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, p. B3, 30 jul. 2002.

BUSSADA, Wilson. *Erro médico interpretado pelos tribunais*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

CABRAL, Pedro Manso. A responsabilidade aquiliana e suas raízes. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, n. 9, p. 57-63, 2001.

CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

CARVALHO JUNIOR, Pedro Lino de. *A lesão consumerista no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. A responsabilidade médica e hospitalar à luz do código do consumidor. *Seleções Jurídicas ADV*, Rio de Janeiro, COAD, p.33-37, jan. 2004.

CELESTINO, Samuel. Rede Sarah. *A Tarde*, Salvador, 13 nov. 2004. Política, p.10.

CHETTO, Giovana. Legislação pune, mas erro médico gera mais queixas. *A Tarde*, Salvador, 18 jun. 2002. Local, p. 4.

CINTRA, Lízia de Pedro. Da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, a.6, n.52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2458>>. Acesso em 09 jan. 2004.

CIRURGIÕES esquecem objetos no paciente. *A Tarde*, Salvador, p.19, 18 jan. 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

CONRADO, Rita. Denúncias de erro médico aumentam. *A Tarde*, Salvador, p. 5, 25 jun. 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.246, de 8 de janeiro de 1988. Aprova o Código de Ética Médica (CEM). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 1574-7, 26 jan. 1988. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246_1988.htm>. Acesso em: 19 jan. 2005.

REFERÊNCIAS

_____. Resolução CFM nº 1.617/2001. Aprova o Código de Processo Ético-Profissional. Revoga-se a Resolução CFM nº 1464/96. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 21-2, 16 jul. 2001. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1617_2001.htm>. Acesso em: 19 jan. 2005.

_____. Resolução CFM nº 1.627, de 23 de outubro de 2001. Define o ato profissional de médico como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 219, 16 nov. 2001. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1627_2001.htm>. Acesso em: 19 jan. 2005.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira. A responsabilidade civil médica e a iatrogenia. In: _____; SLAIBI FILHO, Nagib; ALVES, Geraldo Magela (Coord.). *A responsabilidade civil e o fato social no século XXI*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.133-142.

_____; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____; _____. *Instituições de direito médico: responsabilidade civil à luz do código civil de 2002, iatrogenia, teoria da perda de uma chance, filtragem constitucional, legislação*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRETILLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro médico e o direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRUZ, Lídia Maria Leal Ferreira da. A responsabilidade civil na edificação basilar dos contratos à luz do código de defesa do consumidor. In: COUTO, Antonio; SLAIBI FILHO, Nagib; ALVES, Geraldo Magela (Coord.). *A responsabilidade civil e o fato social no século XXI*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 217-236.

DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antônio. *Curso de português jurídico*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DANCES with wolves. Direção: Kevin Costner. Produção: Jim Wilson e Kevin Costner. Intérpretes: Kevin Costner; Mary McDonnell; Graham Greene; Rodney A. Grant e outros. Roteiro: Michael Blake. Música: John Barry. Los Angeles: Metro Goldwyn Mayer, 1990. 1 DVD (180 min), *widescreen*, color.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. O seguro de responsabilidade civil e profissional. A falsa profilaxia do erro médico. *Jus Navigandi*, Teresina, a.6, n.54,

fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2645>>. Acesso em 09 jan. 2004.

_____. Aspectos históricos da responsabilidade civil médica. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 107, 18 out. 2003a. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4288>>. Acesso em 09 jan. 2004.

_____. O exercício da medicina e o Código de Defesa do Consumidor. Aspectos atuais do direito brasileiro e espanhol. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003b. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3802>>. Acesso em 09 jan. 2004.

DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. cap. IV, p. 143-214.

DIAS, Sérgio Novais. A responsabilidade civil nas atividades perigosas. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, n. 4, p. 407-439, 1995.

_____. Responsabilidade civil do advogado. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 299-317.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil* — Responsabilidade civil. Atual. de acordo com o novo Código Civil (lei 10.406, de 10-01-2002). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002a. v.7.

_____. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002b.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1993.

FACHIN, Luis Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FONSÊCA, Adilson. Erro médico é cada vez mais freqüente. *A Tarde*, Salvador, p. 5, 7 nov. 2000.

FORSTER, Nestor José. Cirurgia Plástica Estética: obrigações de resultado ou obrigação de meios? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 738, p.83-89, abr. 1997.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 7. ed. São Paulo: Fundação BYK, 2001.

_____. Liberalismo médico. *Revista Brasileira de Direito Médico*, São Paulo, a.2, n.4, 2004. Disponível em: <<http://www.revistadedireitomedico.com.br/artigos.aspx?edicao=&subsecao=53&indice=1>>. Acesso em 26 set. 2004.

REFERÊNCIAS

- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Prefácio de Ruy Rosado Aguiar. Coleção história do direito brasileiro. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- GAARDER, Jostein. *O mundo de Sofia: romance da história da filosofia*. Tradução João Azenha Jr. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. Abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's law dictionary*. 7. ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988a.
- _____. Novos rumos do direito civil. In: _____. *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986a. p. 148-156.
- _____. Responsabilidade civil do fabricante. In: _____. *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986b. p. 227-239.
- _____. Responsabilidade civil de cirurgião plástico. In: _____. *Questões de direito civil: pareceres*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988b. p. 449-453.
- GOMES, Rui Kleber Costa. *Responsabilidade civil do médico no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Pillares, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (lei 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Direito civil: direito das obrigações: parte especial: responsabilidade civil*. 2. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (lei 10.406, de 10-1-2002). Coleção sinopses jurídicas. v.6, t. II. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ISKANDAR, Jamil Ibrahim. *Normas da ABNT: comentadas para trabalhos científicos*. 2. ed. (ano 2003), 2. tir. Curitiba: Juruá, 2004.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. Coleção professor Agostinho Alvim. Coordenação Renan Lotufo. São Paulo: Saraiva, 2004.

JORGE, Gilson. Médicos enfrentam planos de saúde. *A Tarde*, Salvador, 14 mar. 2004. *Economia*, p.21.

JORNADA de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, III, 2004, Brasília. *Enunciados*. Brasília: CEJ, 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIjornada.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2005.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 86, p. 548-559, abr. 1941.

JUSTIÇA diz que a Unimed responde por erro médico. *A Tarde*, Salvador, p. 4, 13 nov. 2001.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev. e atual. à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Culpa médica e ônus da prova*: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KÜHN, Maria Leonor de Souza. *Responsabilidade civil*: a natureza jurídica da relação médico-paciente. São Paulo: Manole, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Eugenia e bioética: os limites da ciência face à dignidade humana. *Seleções Jurídicas ADV*, Rio de Janeiro, COAD, p.28-33, abr. 2004.

_____. *A monografia jurídica*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEME, Pedro de Alcântara da Silva. O erro médico e suas implicações penais e civis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 1, p. 129 e ss. Janeiro-março. 1993.

LENZI, Carlos Alberto Silveira. *Código do consumidor comentado*. Brasília: Consulex, 1991.

LEVENHAGEN, Antônio José de Sousa. *Direito das obrigações*: comentários didáticos. São Paulo: Atlas, 1981.

REFERÊNCIAS

- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- LIMA, Gilberto Baumann de. Culpabilidade do médico e a “lex artis”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 695, p. 422-431, set. 1993.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. Obrigações e responsabilidade civil. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o novo Código Civil. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LOBO, Sandro. Justiça faz diagnóstico do erro médico. *A Tarde*, Salvador, 29 out. 2004. Local, p. 7.
- LOPES, Rénan Kfuri. A responsabilidade civil do médico, do anestesista, do hospital (privado e público) e da equipe médica. *Seleções Jurídicas ADV*, Rio de Janeiro, COAD, p. 30-32, jan. 2004.
- LOPES, Rui José Pires de Guimarães. *Alguns aspectos da responsabilidade civil médica*. 2000. Relatório apresentado no âmbito da cadeira direito das obrigações no curso de mestrado em ciências jurídico civilísticas da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2000.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o código civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- LTR EDITORA. *Direito e Obrigações dos médicos*. Compilação organizada para LTr Editora por HB Textos. São Paulo: LTr, 1998.
- LUNA, Marcus. O erro médico no Brasil — meditar e auditar — tem controle? *A Tarde*, Salvador, 31 maio 2002. Opinião, p. 8.
- MACHADO, Olenka. Descobertas científicas na área da saúde revolucionam. *A Tarde*, Salvador, 15 set. 2002. Caderno 8, p. 10.
- MACHADO, Suza. Medicina de outrora. *A Tarde*, Salvador, 17 jan. 2004. *A Tarde Cultural*, p. 5.
- MAIA FILHO, José Pacheco. Crise na saúde pública força incremento do setor privado como solução assistencial. *A Tarde*, Salvador, 15 set. 2002. Caderno 8, p. 10.
- MALUFE, Guilherme Martins. Responsabilidade civil dos médicos. *Jus Navigandi*, Teresina, a.4, n.40, mar. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1867>>. Acesso em 09 jan. 2004.
- MANSUR, Alexandre. Quando os médicos erram. *Revista Veja*. São Paulo: Editora Abril, edição 1587, a. 32, n. 9, p. 80-87, mar. 1999.

MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao código de defesa do consumidor*: (Lei 8.078/90): conceitos e noções básicas. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRIO, Carmen C. O.; FERNANDES, Rute A. J. *Erro médico visto pelos tribunais*. 2. ed. Bauru: Edipro, 1997.

MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações. 34 ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. v.5. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. Rio de Janeiro: EDC, 1982.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Erro médico e a lei*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Relação médico-paciente. *Jus Navigandi*, Teresina, a.6, n.55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2745>>. Acesso em 09 jan. 2004.

MOURA, Marjorie. Processos por erro médico crescem 7 vezes em 10 anos. *A Tarde*, Salvador, 15 set. 2002. Caderno 8, p. 4.

_____. Consumidores de planos devem recorrer à Justiça. *A Tarde*, Salvador, p. 17, 24 abr. 2004.

MOURA, Viriato. Medicina e médicos ameaçados. *Correio Médico*, Brasília, n.4, jun. 2003. Disponível em: <http://www.amb.org.br/jamb/mai_jun03/pg4.pdf>. Acesso em 18 jan. 2005.

NASCIMENTO, Nilton. Erro médico: quando a medicina mata. *A Tarde*, Salvador, p.15, 1 abr. 2001.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 22. ed. atual. até 10 de janeiro de 2003. São Paulo: Saraiva, 2003.

REFERÊNCIAS

- NEGREIROS, Adriana. Loteria do dano moral. *Revista Veja*. São Paulo: Editora Abril, p. 71, out. 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante: atualizado até 2 de maio de 2003*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- O ERRO dos homens de branco. *Revista Veja*. São Paulo: Editora Abril, edição 1587, a.32, n.9, p.9, mar. 1999.
- PACHECO, José da Silva. Da responsabilidade civil dos médicos perante o novo código civil. *Seleções Jurídicas ADV*, Rio de Janeiro, COAD, p.23-24, dez. 2003.
- PACHECO, Tony. Médicos X Pacientes. *A Tarde*, Salvador, 23 jun. 2002. Lazer & Informação, p.7.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil do empregador por ato do empregado. In: LEÃO, Adroaldo; _____. (Coord.). *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.265-280.
- _____. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo código civil brasileiro. In: MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (Coord.). *Revista da academia de letras dos estudantes de direito da Universidade Federal da Bahia: estudos em homenagem ao prof. Ary Guimarães*. Salvador: JusPodivm, 2003. p.221-243.
- PANASCO, Wanderley L. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- PARANÁ, Raymundo. Ato de Coragem. *A Tarde*, Salvador, 9 jul. 2002. Opinião, p.8.
- _____. Erro médico. *A Tarde*, Salvador, 1 mar. 2001. Opinião, p.8.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.133-140.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Evolução da responsabilidade civil. In: _____. *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.107-166.

_____. *Instituições de direito civil*. v. III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *Responsabilidade civil*. 2. ed., 1. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PINTO, Antonio José Azevedo. A responsabilidade civil. Breves anotações. In: COUTO, Antonio; SLAIBI FILHO, Nagib; ALVES, Geraldo Magela (Coord.). *A responsabilidade civil e o fato social no século XXI*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.143-158.

PINTO, Rogério Spínola de Siqueira. O século XIX e a medicina. In: BOAVENTURA, Edivaldo M. (Org.). *UFBA: Trajetória de uma universidade 1946-1996*. Salvador: Egba, 1999. p.289-291.

PROCURADOR debate ações contra médicos. *A Tarde*, Salvador, 16 jun. 2002. Local, p.23.

QUEIROGA, Antônio Elias de. *Responsabilidade civil e o novo código civil*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RAMOS, Priscila Chaves. Responsabilidade civil do médico. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.243-252.

RIBEIRO, Alex Sandro. A responsabilidade civil do advogado e o código consumerista. *Jus Navigandi*, Teresina, a.7, n.63, mar. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3834>>. Acesso em 09 jan. 2004.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Prólogo. In: KÜHN, Maria Leonor de Souza. *Responsabilidade civil: a natureza jurídica da relação médico-paciente*. São Paulo: Manole, 2002. p.XV-XIX.

RIOS, Josué de Oliveira; LAZZARINI, Marilena; NUNES JR., Vidal Serrano. *Código de defesa do consumidor: comentado*. Série cidadania. São Paulo: Globo, 2001.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis* (trad. da terceira edição francesa por Osório de Oliveira). Campinas: Bookseller, 2000.

ROCHA, Manuel Antônio Coelho da. *Instituições de direito civil*. Apresentação José Carlos Moreira Alves. Edição cuidada por Alcides Tomasetti Jr. Clássicos do direito brasileiro. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1984.

ROCHA, Nikas. Seguro médico pode criar dificuldades. *A Tarde*, Salvador, 26 abr. 2002. Local, p. 5.

_____. Com SUS, industrialização tira a saúde da via misericordiosa. *A Tarde*, Salvador, 15 set. 2002. Caderno 8, p. 3.

REFERÊNCIAS

- _____; VERÔNICA, Sylvia. Escola pioneira fez da Bahia uma referência para medicina. *A Tarde*, Salvador, 15 set. 2002. Caderno 8, p. 6.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. De acordo com o novo Código Civil (lei nº 10.406, de 10-01-2002). v. 4. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SÁ JÚNIOR, Luiz Salvador de Miranda. Exposição de motivos. In: Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.627 de 2001*. Brasília, DF, 23 out. 2001. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1627_2001.htm>. Acesso em: 11 jan. 2005.
- SAMPAIO, Augusto. Convênios médicos. *A Tarde*, Salvador, 11 mar. 2004. Opinião, p.2.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTANA, Fernando. Responsabilidade penal e civil do médico. *Revista Jurídica dos Formandos de Direito da UFBA*, Salvador, v. 2, p.147-159, 1997.
- SANTOS, Alexandre Martins dos. *Responsabilidade penal médica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- SANTOS, Leonardo Vieira. Breves notas acerca do direito contratual contemporâneo no Brasil. In: MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (Coord.). *Revista da academia de letras dos estudantes de direito da Universidade Federal da Bahia: estudos em homenagem ao prof. Ary Guimarães*. Salvador: JusPodivm, 2003. p.127-150.
- SCAFF, Fernando Facury. Da responsabilidade das instituições médicas. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 55, p. 41-48, 1993.
- SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica: civil, criminal e ética — Comentários, referências ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. A responsabilidade civil, a singularidade da medicina e a aplicação do direito. *Seleções Jurídicas ADV*, Rio de Janeiro, COAD, p.44-76, abr. 2004.
- SERRANO, Pablo Jiménez. *Metodologia do ensino e da pesquisa jurídica: manual destinado à requalificação da atividade docente e da pesquisa científica nas universidades*. Barueri: Manole, 2003.
- SILVA, Roberto de Abreu e. Código de proteção e defesa do consumidor na filtragem constitucional. In: COUTO, Antonio; SLAIBI FILHO, Nagib; ALVES, Geraldo Magela (Coord.). *A responsabilidade civil e o fato social no século XXI*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.281-296.

SILVA, Carlos Alberto. O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico. *Jus Navigandi*, Teresina, a.7, n.63, mar. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3809>>. Acesso em 09 jan. 2004.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. Direito fundamental à saúde — tutela de urgência. *Seleções Jurídicas ADV*, Rio de Janeiro, COAD, p.21-29, jan. 2004.

SOALHEIRO, Bárbara. Medicina alternativa. *Superinteressante*. São Paulo: Editora Abril, edição 196, p.52-60, jan. 2004.

SOTTO, Débora. O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente. Medidas preventivas à responsabilização pela falta ou deficiência de informação. *Jus Navigandi*, Teresina, a.8, n.178, 31 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4635>>. Acesso em 09 jan. 2004.

SOUSA, Fábio Torres de. Responsabilidade civil do médico. *Jus Navigandi*, Teresina, a.8, n.152, dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4523>>. Acesso em 09 jan. 2004.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade civil e penal do médico*. Campinas: LZN, 2003a.

_____. Teoria da culpa no erro médico. *Jus Navigandi*, Teresina, a.5, n.49, fev. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=614>>. Acesso em 09 jan. 2004.

_____. Responsabilidade civil do hospital. *Jus Navigandi*, Teresina, a.6, n.54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2638>>. Acesso em 09 jan. 2004.

_____. Erro médico e o novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a.7, n.63, mar. 2003b. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3845>>. Acesso em 09 jan. 2004.

STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Coordenação de João Baptista Villela. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995a.

_____. Responsabilidade civil dos hospitais, sanatórios, clínicas, casas de saúde e similares em face do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.712, p.71-77, fev. 1995b.

REFERÊNCIAS

- STOLBERG, Sheryl Gay. Transplante fracassado debate o erro médico. *A Tarde*, Salvador, p. 22, 27 fev. 2003.
- THOMAZ JÚNIOR, Dimas Borelli. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.741, p.88-99, jul. 1997.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Introdução. In: _____ (Org.). *Novo código civil: texto comparado: código civil de 2002, código civil de 1916*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003a. p.17-32.
- _____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003b. v.4.
- VERÔNICA, Sylvia. Número de erro médico dobra. *A Tarde*, Salvador, p.22, 15 set. 2002.
- _____. Negligência resulta em cirurgia no pé errado. *A Tarde*, Salvador, p. 6, 1 dez. 2003.
- VIEIRA, Luzia Chaves. *Responsabilidade civil médica e seguro: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- VIEIRA JÚNIOR, Antônio Laért. *Responsabilidade civil do advogado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil: obrigações e contratos*. 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 1988 e o Código do Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. v. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. *Curso de direito civil: introdução e parte geral*. 8. ed. rev., ampl. e atual. com a colaboração do Prof. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. v.1.
- WILLEMANN, Carolina. A responsabilidade civil do cirurgião dentista não-autônomo nas situações de emergência das atividades hospitalares. *Jus Navigandi*, Teresina, a.6, n.58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3129>>. Acesso em 15 fev. 2004.
- ZAMPIERI JR., Sidney; ZAMPIERI, Alessandra Moreira. Erro médico: semiologia e implicações legais. *Jus Navigandi*, Teresina, a.2, n.26, set. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1866>>. Acesso em 09 jan. 2004.

ZARIF, Marcelo Cintra. Responsabilidade Civil dos Hospitais — o ônus da prova. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.177-194.

ZIMMERMAN, Rachel. Seguros caros levam médicos à aposentadoria. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, p. B-3, 27 jun. 2002.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Inversão do ônus de prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico. *Seleções Jurídicas ADV*, Rio de Janeiro, COAD, p.11-22, dez. 2003.

_____. O código de defesa do consumidor e a jurisprudência do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. *Seleções Jurídicas ADV*, Rio de Janeiro, COAD, p.11-20, jan. 2004a.

_____. Reparação de danos. *Seleções Jurídicas ADV*, Rio de Janeiro, COAD, p.34-39, abr. 2004b.



