

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PATRÍCIA LIZANDRA GAIGUER FARIAS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: INTERLOCUÇÕES ENTRE
DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STJ

CURITIBA
2015

PATRÍCIA LIZANDRA GAIGUER FARIAS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: INTERLOCUÇÕES ENTRE
DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito, da Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Gabriel Schulman

CURITIBA
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

PATRÍCIA LIZANDRA GAIGUER FARIAS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: INTERLOCUÇÕES ENTRE
DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

GABRIEL SCHULMAN
Orientador

ELIMAR SZANIAWSKI
Primeiro membro

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK
Segundo membro

*“Qual a sua
responsabilidade
na desordem da
qual você se queixa?”*

(FREUD, 1905)

RESUMO

O presente trabalho visa a elucidar o atual estágio em que se encontram as elaborações acerca da responsabilidade civil do médico, procurando-se delinear seus elementos e compor o seu *standard*. Para isso, em um primeiro momento, será feita uma análise das transformações do instituto da responsabilidade civil, notadamente no tocante à objetivação, desde o momento em que a reparação era a exceção até o da “indústria do dano”, considerando-se a realidade social em que se insere no contexto de constitucionalização do Direito Civil pós 1988. Na sequência, passa-se à análise específica da responsabilidade do médico, individualizando seus elementos e peculiaridades. Por fim, para traçar uma espécie de diagnóstico atual da responsabilidade civil do médico, utilizar-se-á de pesquisa empírica em julgados do Superior Tribunal de Justiça e de análise de alguns casos específicos considerados paradigmáticos para o retrato que se pretende. Assim, tem-se a expectativa de estabelecer um recorte atual no âmbito da responsabilidade do médico, cruzando-se os elementos teóricos e práticos levantados.

Palavras-chave: responsabilidade civil, erro médico, desenvolvimento histórico, jurisprudência, análise de casos.

RIASSUNTO

Il presente lavoro si propone a chiarire l'attuale momento in cui si trovano le elaborazioni della responsabilità civile del medico, cercando di delineare i suoi elementi e comporre il suo *standard*. Perciò, in un primo momento, saranno fatte le analisi delle trasformazioni dell'istituto della responsabilità civile, soprattutto per quanto riguarda l'oggettivazione, dal momento in cui la riparazione era l'eccezione fino all'industria del danno, considerandosi la realtà sociale nella quale si inserisce nel contesto di sostituzione del Codice Civile per la Costituzione come centro dell'ordinamento giuridico del Diritto Civile dopo del 1988. Poi, si passa all'analisi specifica della responsabilità del medico, individualizzando i suoi elementi e peculiarità. Infine, per tracciare una specie di diagnostico attuale della responsabilità civile del medico, si utilizza la ricerca empirica nei giudicati del Superiore Tribunale di Giustizia e dell'analisi di alcuni casi specifici considerati paradigmatici per il ritratto che si pretende. Così, si spera stabilire un ritaglio attuale nell'ambito della responsabilità del medico, incrociando gli elementi pratici e teorici analizzati.

Parole-chiave: responsabilità civile, errore medico, sviluppo storico, giudicati.

SUMÁRIO

RESUMO	4
RIASSUNTO	5
1 INTRODUÇÃO	9
2 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO	11
2.1 DA NÃO-RESPONSABILIZAÇÃO À “INDÚSTRIA DO DANO”	11
2.2 DOS PRESSUPOSTOS DE ATRIBUIÇÃO DO DEVER DE REPARAR	18
3 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO	28
3.1 PERCURSO DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E ENQUADRAMENTO LEGAL DA DISCIPLINA.....	29
3.2 DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO EM FACE À DO HOSPITAL	36
3.3 DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E DA EQUIPE	42
4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	47
4.1. ANÁLISE QUANTITATIVA CONCERNENTE À RESPONSABILIDADE MÉDICA	50
4.2. ANÁLISE QUALITATIVA CONCERNENTE À RESPONSABILIDADE MÉDICA E COMENTÁRIOS DE CASOS ESPECÍFICOS	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a estabelecer uma análise doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade civil do médico. Iniciar-se-á a partir de uma perspectiva histórica do percurso da responsabilidade civil, para fins de compreender como o instituto solidificou-se ao longo dos anos e, assim, pretensamente, observar-se quais as tendências a partir da sociedade contemporânea.

Solidificadas as bases da teoria em responsabilidade civil em geral, passa-se ao estudo direcionado à teoria da responsabilidade civil do médico. Frisa-se que o objeto do presente trabalho é a responsabilidade *do médico* e, não, a responsabilidade *médica*. Com isso, quer-se dizer que se pretende delinear a responsabilidade do médico como profissional individual. Para isso, serão analisados, além dos casos em que o médico atua sozinho, também os que atua no hospital e em equipe.

Por fim, busca-se traçar um perfil da análise da jurisprudência do STJ no tocante ao erro médico. Essa análise será feita de forma espelhada à desenvolvida nos capítulos teóricos, ou seja, a partir das discussões doutrinárias é que se analisará a jurisprudência, procurando entender as respostas que são dadas aos dilemas teóricos.

Optou-se propositalmente pela análise jurisprudencial em um capítulo apartado. Embora isso pudesse ser feito ao longo do texto, analisando ponto a ponto as discussões teóricas e logo em seguida o posicionamento jurisprudencial, preferiu-se prestigiar a clareza da exposição, não interrompendo linhas de raciocínio teóricas com digressões jurisprudenciais. Ademais, entendeu-se que a contraposição entre doutrina e jurisprudência ficaria mais facilmente perceptível com a análise em separado.

Quanto ao método de análise dos julgados, desenvolveu-se análises tanto quantitativas quanto qualitativas, todavia, privilegiou-se as segundas, por entender que elas seriam mais eficazes no atingimento do objetivo do trabalho, qual seja, percepção do posicionamento de doutrina e jurisprudência quanto à matéria perscrutada.

Dadas as limitações inerentes a um trabalho de conclusão de curso, as análises doutrinárias tiveram sua amplitude relativamente restringida às teorias mais adotadas pela doutrina e jurisprudência. Assim, na análise donexo causal, por exemplo, foram

apresentadas apenas três teorias, as quais tinham mais pertinência temática com o tópico em que estão inseridas.

Por fim, destaca-se que se buscou ter como pressuposto enfrentamento crítico dos institutos estudados, sempre tendo em mente o fenômeno da constitucionalização e repersonalização do Direito Civil. Esse foi o norte que se deu a questões como do alargamento quantitativo e qualitativo do âmbito da responsabilidade civil; da erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade; da objetivação da responsabilidade; da flexibilização do nexo causal; do efetivo acesso ao Judiciário e tutela dos bens; dos novos interesses que são constantemente levados aos tribunais; do enorme potencial lesivo da sociedade contemporânea.

2 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

O Direito, assim como outras áreas do conhecimento, é uma ciência que não pode ser estudada desvinculada de seu tempo. A depender do horizonte que se projeta, estar-se-á diante de limites e ideologias correspondentes à estrutura social em que se encontrem inseridos. A sucessão desses horizontes é que conduziu as concepções que se tem contemporaneamente, todavia esse processo não é estanque e não se encontra solidificado nos dias atuais. Por isso, para compreender o estágio em que a sociedade atual se encontra e perceber os caminhos que está tomando, necessário se faz uma breve retomada desse processo.

2.1 DA NÃO-RESPONSABILIZAÇÃO À “INDÚSTRIA DO DANO”

Costumeiramente, inicia-se a análise da trajetória da responsabilidade civil com a retomada dos primórdios da civilização humana, na fase em que ainda predominava a vingança coletiva, ou seja, quando a resposta que se dava aos agressores era feita conjuntamente pelo grupo.

O segundo estágio que comporia essa trajetória corresponde ao início da vingança privada, notadamente com o advento da lei de talião, que implica correspondência, proporcionalidade, entre o delito e a sua punição, sintetizada no brocardo “olho por olho, dente por dente, sangue por sangue”. As primeiras referências a essa lei costumam ser deixadas ao Código de Hammurabi (século XXIII a.C.)¹, que contava com disposições tanto civis como penais, estabelecendo penas severas e de aplicação imediata². Também estava presente na Lei das XII Tábuas³

¹ Instituído sob o domínio do rei Khamu-Rabi.

² “[...] o ladrão surpreendido ao cometer arrombamento, era morto e emparedado; aquele que cometia furto aproveitando um incêndio era jogado às chamas, a mulher que cometesse adultério era jogada ao rio com as mãos atadas. O princípio do talião permeava toda essa legislação: se devolvia lesão por lesão e morte por morte.” PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. Vol. I. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 166.

³ “[...] a partir da Lei das XII tábuas (século V a.C.), o direito já se encontrava laicizado e estabelece-se a diferença entre delitos públicos e privados. Os delitos públicos eram perseguidos pelos representantes do Estado, no interesse deste, enquanto os delitos privados eram perseguidos pelos

(século V a.C.), para a qual “a responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano.”⁴

Com o tempo, percebeu-se que a utilização do talião não era o modo mais conveniente de se lidar com o dano, porque “não reparava dano algum, ocasionando na verdade duplo dano: o da vítima e o de seu ofensor, depois de punido.”⁵ Passa-se da retaliação à composição. Assim, com o surgimento da Lei Aquília, do período republicano do direito romano, consagrou-se a ideia de que é o patrimônio do autor do dano a garantia de quem o sofre, reconhecendo-se a responsabilidade patrimonial fundada na culpa.⁶ Coube, a partir desse instrumento legislativo, à classe de juristas da época desenvolver e dilatar o campo de aplicação dessa responsabilidade, o que foi feito a despeito das restrições do texto legal e passando a abranger uma tipologia bastante diversificada de danos.

Outra diferença comparativa entre esses dois períodos é quanto à aplicação da sanção. Enquanto no período anterior operava-se próximo ao conceito que se adota atualmente de responsabilidade objetiva, sob a égide da *Lex Aquilia* aproximava-se mais à responsabilidade subjetiva, notadamente quanto à imperícia.

Encerra-se, aqui, o primeiro capítulo de importância ao desenvolvimento da responsabilidade civil⁷, iniciando-se outro com o Código Civil francês. Essa obra teria consagrado, em seus arts. 1382 e 1383, a ideia de que aquele que causa um dano

particulares em seu próprio interesse. Não obstante, não se deve pensar que nos delitos públicos incorporam-se apenas delitos contra o Estado. Os delitos públicos se formavam em torno de dois grandes delitos: o de *perduellio* e o *parricidium*. [...] Recorde-se que o *parricidium* não é a morte do pai, e sim do ‘pater’ [...]” PIERANGELI, 2011, p. 171.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. VII. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.

⁵ DINIZ, loc. it.

⁶ “É na Lei Aquília que se esboça, afinal, um princípio gerador regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não contivesse ainda ‘uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno’, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e ‘fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana que tomou da Lei Aquília o seu nome característico.” DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Vol. I. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 18.

⁷ “Traçada em síntese, é esta, pois a evolução da responsabilidade civil no direito romano: da vingança privada ao princípio de que a ninguém é lícito fazer justiça pelas próprias mãos, à medida que se afirma a autoridade do Estado; da primitiva assimilação da pena com a reparação, para a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, por insinuação do elemento subjetivo da culpa, quando se entremostra o princípio *nulla poena sine lege*. Sem dúvida, fora dos casos expressos, subsistia na indenização o caráter de pena. Mas os textos autorizadores das ações de responsabilidade se multiplicaram, a tal ponto que, no último estágio do direito romano, contemplavam, não só os danos materiais, mas também os próprios danos morais.” – Ibid., p. 19-20.

está obrigado a repará-lo, noção essa que seria incorporada por países de todo o mundo para adotar a responsabilidade civil fundada na culpa.

No direito brasileiro, esse conceito foi reproduzido no Código Civil de 1916, que, em seu art. 159, optava pela adoção do sistema de reponsabilidade fundado na culpa, o que seria reproduzido no art. 927, c/c os arts. 186 e 187, do Código Civil de 2002. Na redação de 1916, o art. 159 estava inserido no título que tratava do ato ilícito e dispunha que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A partir de 2002, o código separou a disposição do ato ilícito (que ficou nos arts. 186 e 187) e a do dever de reparar⁸.

No lapso de tempo transcorrido entre um código e outro, a civilística pátria caminhou, no tocante à responsabilidade civil, ao reconhecimento de danos extrapatrimoniais e a uma maior objetivação.

Quanto ao reconhecimento dos danos extrapatrimoniais, a dificuldade consistia em se considerar contrário à moral o pagamento de indenização para aplacar o sofrimento do lesado, tendo-se como inadmissível o que se denomina *pretium doloris* (preço da dor)⁹. Outra dificuldade era a de mensurar o sofrimento de alguém, e até mesmo de afirmar que alguém efetivamente teve algum sofrimento.

Todavia, foi-se percebendo que, apesar das dificuldades, certamente o melhor caminho não era se manter alheio a situações que estão causando danos, afinal, como alerta Aguiar Dias, a reparação apenas de danos patrimoniais e, não, de danos extrapatrimoniais traduz uma opção política do legislador para a qual “o dano material é mais importante, e mais digno de reparação, que o dano moral”¹⁰ e, ainda, “O dano

⁸ A esse respeito, ressalta Aguiar Dias que teria o legislador se perdido em suas próprias intenções, pois, já que pretendia separar o ato ilícito da responsabilidade civil, descabido vinculá-lo à ocorrência de dano (e desnecessário mencionar a culpa), *in verbis*: “O texto se me afigura realmente decepcionante. Se o que se pretendia era tratar separadamente do ato ilícito e da reparação do dano, ao contrário do art. 159, que tratava da obrigação de reparar baseada na culpa, houve um visível excesso na definição daquele, em cujos elementos integrantes não figura o dano, requisito, sim, da obrigação de reparar. O ato ilícito pode não causar dano. É o que ensina, entre muitos, José Paulo Cavalcanti, a propósito mesmo da discussão sobre o Projeto, e o que sustenta José de Oliveira Ascensão (‘Ilícito Pessoal e Responsabilidade Civil’, *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, nº3, p. 149):

‘...o ilícito civil não está necessariamente associado à produção de danos. O ilícito civil surge e tem consequências civis, mesmo que porventura nenhuns danos haja a reparar.’ DIAS, 1997, pp. 29-30. Além do mais, condutas lícitas também causam danos que, injustos, ensejam reparação, havendo, conforme ressalta Orlando Gomes, um “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto”. GOMES, 1980 apud MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 177.

⁹ *Ibid.*, p. 145.

¹⁰ DIAS, op. cit, p. 31.

está no sacrifício de bens da vida e não admite distinções entre as suas espécies.”¹¹ Admitiu-se, a partir de então, a necessidade de adaptação e adequação da realidade jurídica à realidade social.

As dificuldades mencionadas foram superadas, sobretudo com a expressa previsão de danos morais pelo art. 5º, inc. V, da Constituição Federal e, posteriormente, pelo próprio Código Civil. Primeiramente, quanto ao preço da dor, entendeu-se que diante de danos morais não se está diante de indenização, mas, sim, de uma compensação. Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; ‘indenizar’ é palavra que provém do latim, ‘*in dene*’, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências”¹². Segundamente, entendeu-se dispensável a prova concreta do prejuízo sofrido para a prova de sua existência, quando diante de danos extrapatrimoniais. Assim, a própria violação à personalidade do lesado é que justifica a compensação¹³, raciocínio esse muito mais coerente do que a preocupação de mensurar o sofrimento¹⁴, pois justifica inclusive a causação de danos extrapatrimoniais em face de pessoas jurídicas.

Quanto à maior objetivação da responsabilidade, frisa-se que surgiu como uma necessidade, em razão da insuficiência da exigência de culpa. A culpa é o elemento subjetivo correspondente à voluntariedade, englobando o dolo (vontade deliberada de praticar a conduta danosa) e a culpa *stricto sensu* (prática da conduta danosa em razão de negligência, imprudência ou imperícia¹⁵).

¹¹ DIAS, 1997, p. 31.

¹² MORAES, 2003, p. 145.

¹³ “O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 54.

¹⁴ “Ao optar por fazer decorrer o dano moral dos sentimentos de dor e humilhação, das sensações de constrangimento ou vexame, teve a jurisprudência acertada intuição acerca de sua real natureza jurídica. Normalmente, o que nos humilha, ofende, constrange, o que nos magoa profundamente, é justamente o que fere nossa dignidade. O dano moral tem como causa a *injusta* violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana.” MORAES, op. cit., pp. 132-133.

¹⁵ Sobre as modalidades de culpa voltadas à responsabilidade do médico, Kfourri Neto traz o seguinte excerto: “Há alguns anos, perante a Corte de Apelação de Milão, o Procurador-Geral afirmou que ‘não é imperito quem não sabe, mas aquele que não sabe aquilo que um médico, ordinariamente, deveria saber; não é negligente quem descarta alguma norma técnica, mas quem descarta aquela norma que todos os outros observam; não é imprudente quem usa experimentos terapêuticos perigosos, mas aquele que os utiliza sem necessidade (...)’.” KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 101.

A adoção, inquestionável no início da era moderna, da noção de que não há responsabilidade sem culpa é justificável para o tempo em que se insere. Com o liberalismo, passou-se a demandar que o Direito fosse capaz de conferir proteção aos bens jurídicos. Assim, já em 1794, o Código Prussiano abandonou a concepção de delitos (no âmbito civil), extraída do direito romano, e adotou o ato ilícito que, como ato, pressupõe vontade individual. Imprescindível, assim, a culpa.¹⁶

Os franceses, com o Código Napoleônico, cujo art. 1382 operava como uma cláusula geral do ilícito, embora ainda não utilizasse a expressão “responsabilidade civil”, proclamaram, como parte da responsabilidade culposa, os atos praticados por negligência ou imprudência¹⁷.

Nessa nova ordem, não se conferiu ao juiz muitos poderes, ao contrário, restringia-se sua atuação aos estritos ditames legais. Isso porque a figura dos juízes era associada ao Antigo Regime e, portanto, eram eles vistos com desconfiança, como representantes de uma ordem jurídica de privilégios em detrimento da igualdade e liberdade. Com a separação nítida entre direito civil e direito penal, tornou-se ainda mais fácil limitar a atuação do juiz no âmbito das indenizações, pois nem sequer seria mais necessário recorrer a elas como meio de punição.

Acontece que, não obstante os esforços legislativos em conferir a menor liberdade de atuação possível aos magistrados, logo percebeu-se que o critério da culpa era extremamente insuficiente para a construção de um sistema eficaz de proteção aos bens jurídicos. Assim, a jurisprudência tratou de ir estendendo braços para situações que, a princípio, no rigor da lei, não estariam protegidas¹⁸.

Mesmo os mais ferrenhos partidários dos limites estreitos da culpa começaram a ter dificuldade em explicar, por exemplo, a responsabilidade dos pais e do

¹⁶ MORAES, 2003, p. 198.

¹⁷ “Os redatores do Código, conforme testificam os mesmos autores [Mazeaud et Mazeaud], ocupavam-se do problema da responsabilidade sob o duplo aspecto da inexecução dos contratos e das obrigações estabelecidas sem convenção, isto é, delitos e quase-delitos. Em relação à segunda espécie, não houve discrepância no estabelecer a necessidade da culpa para criar a responsabilidade do autor do dano. [...] Queria isso dizer que, se era necessária a culpa para estabelecer a responsabilidade, qualquer culpa era suficiente. Não era preciso que o autor do dano tivesse vontade de causar o dano (culpa delitual); bastava a imprudência ou negligência (culpa quase-delitual).” DIAS, 1997, p. 44.

¹⁸ Caio Mário, mencionando obra de Gaston Morin, traz a seguinte constatação: “Exemplificando com o transporte, lembra que o viajante, vítima de um acidente, devia provar a culpa da companhia transportadora, para obter reparação. Por uma nova tendência da Corte de Cassação, [...] Se lhe sobrevém um acidente, ao invés de ter de provar a culpa do transportador, encontrou na justiça a sustentação de que teria havido a infração do dever contratual de seguridade, e, desta sorte, a indenização se fundaria no rompimento do contrato, cabendo, portanto, à companhia, provar que o acidente se deve a ‘uma causa estranha a ela não imputável: caso fortuito, força maior, ou culpa da vítima.” PEREIRA, 2000, p. 15.

empregador pelos atos dos filhos e funcionários. Além disso, as próprias definições que se dava à culpa passaram a ser criticadas, sob o fundamento de que, na prática, estar-se-ia admitindo responsabilidade objetiva. Aguiar Dias traz como exemplo a teorização feita por Leclercq, que faz a seguinte constatação: “toda lesão à pessoa ou ao patrimônio de outrem constitui culpa. Aí, a noção da culpa se absorve no prejuízo. Portanto, na responsabilidade civil, não há mais que dois elementos constitutivos: o dano e o nexo de causalidade: a culpa é suprimida; assim, acaba-se na teoria do risco.”¹⁹ A exigência da culpa possuía, ainda, a incoerência de impor à vítima a prova da culpa do lesante.

Outro passo importante que se deu para ampliar a aceitação da ideia da responsabilidade objetiva, ao lado da extensão jurisprudencial, foi o reconhecimento de presunções de culpa, instrumento técnico de certa forma intermediário entre culpa e ausência de culpa (já que mantém a culpa como pressuposto de responsabilidade, mas inverte o ônus da prova, competindo ao lesante provar a ausência de culpa) que era utilizado para casos enunciados ora pela lei ora pela jurisprudência, como o da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos ou dos empregadores pelos atos dos empregados no CC/1916.

Foi em meio a esse processo que a responsabilidade objetiva ganhou espaço. Ganhou relevo a preocupação real com a efetiva tutela dos bens jurídicos e o papel da responsabilidade civil nesse processo, atentando-se, sobretudo, à ideia de que esta, nas palavras de Aguiar Dias, deve servir-se a “restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano.”²⁰ Muito mais do que se perguntar quem é o responsável pelo dano, passou-se a questionar quem tem o dever de repará-lo.

A adoção da responsabilidade sem culpa, ou responsabilidade objetiva, nada mais é do que uma preocupação com a justiça, a equidade e a socialização do direito, resolvendo casos de danos que, a princípio, não seriam reparados pelos critérios clássicos da culpa²¹.

¹⁹ DIAS, 1997, p. 112-113.

²⁰ Id., 1997, p. 44. Atenta o autor para a própria incorreção do uso do termo “responsabilidade civil”, pois isso remeteria a uma concepção já abandonada relativamente ao instituto, *in verbis*: “A obrigação civil decorrente da responsabilidade civil, se, sacrificados à tirania das palavras, quisermos guardar a significação rigorosa do termo, só pode ser entendida como consequência da conjugação desses elementos: imputabilidade mais capacidade. É disso que se aproveitam os partidários mais ardorosos da teoria da culpa, esquecidos de que, na verdade, já não é de responsabilidade civil que se trata, se bem que haja conveniência em conservar o *nomen juris*, imposto pela semântica: o problema transbordou desses limites. Trata-se, com efeito, de *reparação do dano*.” DIAS, 1997, p. 12.

²¹ “Esta [reparação], com efeito, dentro na doutrina da culpa, resulta da vulneração de norma preexistente, e comprovação de nexo causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente.

O direito civil brasileiro, a partir do Código de 2002, adotou, conforme se vê no art, 927, a responsabilidade subjetiva como regra e a objetiva como exceção. Doutrina de relevância aclama o acerto do legislador ao conciliar as duas responsabilidades, como é o caso de Caio Mário, que afirma que “não substitui ela [a teoria objetiva] a teoria da culpa, porém deve viver a seu lado.”²² Há também doutrina relevante em sentido contrário, afirmando que o legislador brasileiro deixou de seguir a orientação moderna no sentido da objetivação, como seria recomendável²³.

Em algumas matérias, é assente a prevalência da responsabilidade objetiva, quais sejam, os acidentes de trabalho, as estradas de ferro, o dono do animal, o habitante de casa ou prédio pelas coisas que dela caírem, dono de edifício ou construção pelos danos decorrentes de sua ruína, danos ao consumidor, etc.

Conforme se percebe, há uma tendência cada vez maior de objetivação da responsabilidade civil, não só no direito pátrio. Verifica-se, também, um inchaço, um alargamento do campo de atuação da responsabilidade civil. A ideia de que a todos é garantida a reparação do dano conduz, muitas vezes, inclusive a um aumento do número de demandas frívolas. Todavia, não é correto afirmar que os problemas do instituto da responsabilidade civil decorrem dessa objetivação. Ao contrário, a hipertrofia da responsabilidade civil é um processo natural, decorrente do próprio avanço da sociedade, “sinal do desenvolvimento maravilhoso da indústria e das aplicações da ciência, exigindo dos juristas a adaptação das normas do direito.”²⁴

Não é pertinente manter-se engessado a concepções civilísticas do século passado, quando a sociedade demonstra que já não são suficientes para atenderem às atuais demandas sociais. Clama-se, portanto, por um desenvolvimento da teoria da reparação de danos. Esse desenvolvimento deve dar-se de maneira generalizada em todos os aspectos da responsabilidade.

Verificou-se, como já ficou esclarecido, que nem sempre o lesado consegue provar estes elementos. Especialmente a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao processo nem sempre logram convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada.” PEREIRA, 2000, p. 262.

²² Ibid., p. 272.

²³ “Alvino Lima, no magnífico estudo que faz sobre o assunto, apresenta, a respeito, a conclusão de que ‘o legislador brasileiro, consagrando a teoria da culpa, nem por isso deixou de abrir exceção ao princípio, admitindo casos de responsabilidade sem culpa, muito embora não tivesse acompanhado, com mais amplitude, a orientação moderna de outras legislações como seria de desejar’.” DIAS, 1997, pp. 47-48.

²⁴ Ibid., p. 11.

2.2 DOS PRESSUPOSTOS DE ATRIBUIÇÃO DO DEVER DE REPARAR

No ponto anterior, deu-se destaque ao pressuposto da culpa e à sua flexibilização ao longo dos anos. Contudo, não foi esse o único elemento que sofreu modificações e que influi na efetiva tutela dos bens jurídicos.

Como se sabe, tradicionalmente, a responsabilidade civil é definida quase que por uma espécie de equação, na qual [ação ou omissão + culpa + dano + nexos causal = responsabilidade]. Os questionamentos a respeito do tratamento retrógrado dado à culpa levantaram também outros questionamentos na mesma linha a respeito dos demais pressupostos, no que Anderson Schreiber denomina erosão dos filtros tradicionais²⁵. Tendo isso sob ponto de vista, passa-se, portanto, a falar dos demais elementos que configuram a responsabilidade, apontando brevemente seu percurso.

2.2.1 Dano

O dano está previsto no art. 927 do CC/2002 como circunstância elementar na etiologia da responsabilidade civil, ou seja, se inexistente, motivo não há para se falar de dever de indenizar ou de compensar. Consiste em um prejuízo injusto²⁶ suportado pela vítima, que a coloca em uma posição desvantajosa com relação à que ocupava anteriormente à ação ou omissão causadora. Esse prejuízo, essa posição desvantajosa, não se refere apenas a uma situação concreta, a um direito titularizado pela vítima, pois que “um *simples interesse é bastante para caracterizar o elemento ‘dano’*.”²⁷, desde que este seja certo, atual e subsistente²⁸.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

²⁶ “Estabelecer a obrigação de reparar diante do simples laço de causalidade seria tornar a vida insuportável: ‘O comerciante melhor aparelhado prejudica a seus concorrentes; o cidadão que procura casa e que, por suas relações com o proprietário do imóvel, obtém o apartamento vago, prejudica o pai de família vítima da crise de habitação; o aluno que obtém um prêmio lesa os colegas; o bispo que condena o mau livro prejudica seu autor; o educador que proíbe o cigarro aos alunos prejudica o negociante do fumo...’ É o prejuízo injusto que deve ser considerado.” DIAS, 1997, p. 51.

²⁷ PEREIRA, 2000, p. 39.

²⁸ “Diz-se *atual* o dano que já existe ou já existiu ‘no momento da ação de responsabilidade; *certo*, isto é, fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese” e por subsistência quer-se dizer “que não será

A reparação do dano deve ser feita ainda que seja pequeno e considerando as peculiaridades do caso, uma vez que o objetivo é a reparação do direito da vítima e, portanto, não é possível afirmar *in abstracto* como se reparar determinado dano, pois nem sequer uma mesma ação ou omissão gerará um mesmo prejuízo para todas as vítimas. “O que orientará a justiça, no tocante ao dever ressarcitório, é a lesão ao direito ou interesse da vítima, e não a sua extensão pecuniária. Na ação de perdas e danos, a vítima procede para evitar o prejuízo e não para obter vantagem”²⁹.

A grande evolução no tocante ao dano deu-se principalmente no campo do reconhecimento do dano moral. O sistema brasileiro, muito influenciado pelo direito alemão, resistiu o máximo que pode à reparação desse dano, embora atualmente isso já esteja superado, conforme exposto anteriormente.

Sobre isso, apenas se destaca, a título de curiosidade, a seguinte observação de Caio Mário a respeito da reparabilidade do dano moral, que reforça a resistência da doutrina brasileira: “se encerra na indagação se o *dano moral* deve ser reparado, ainda quando não associado a *dano material*. Admitiu-o o Tribunal Federal de Recursos (ADV, 1985, nº 21.826). O STF, entretanto, não o tem reconhecido (ADV, 1985, nº 24.353).”³⁰

A partir do momento em que o dano deixou de ser visto apenas sob uma ótica de verificação patrimonial, ou seja, a partir do reconhecimento dos danos morais, o estudo do dano ganhou destaque na civilística, notadamente em razão da multiplicação do número de danos ressarcíveis nas últimas décadas.

Essa multiplicação deu-se tanto quantitativamente – aumento do número de casos judicializados – quanto qualitativamente – ampliação da diversidade de interesses levados ao Judiciário, o que se revela como consequência natural da sociedade contemporânea e expressa o seu desenvolvimento tecnológico.

Todavia, não se pode ignorar que, ao lado da maior democratização dos danos ressarcíveis, permitindo a efetiva tutela de direitos das partes, houve também um aumento de demandas frívolas, as quais acabam repercutindo na elevação do tempo médio de duração de demandas mais urgentes.

ressarcível o dano que já tenha sido reparado pelo responsável.” PEREIRA, 2000, p. 40. Observa-se, apenas, quanto à atualidade, que se admite indenização por danos futuros, desde que a ação ou omissão que lhe deu causa seja atual, ou seja, o dano futuro será uma espécie de sequência do fato danoso. É o que ocorre, por exemplo, quando um acidente gera enfermidade da qual decorre o prejuízo de incapacitação para atividades laborativas.

²⁹ Ibid., p. 39.

³⁰ Ibid., p. 53.

Nessa esteira, Schreiber traz alguns exemplos de demandas frívolas que ganharam certa notoriedade. É o caso, por exemplo, da justiça italiana, batizado como “dano da moto nova”, em que dois sujeitos, que haviam sido condenados por furtar uma moto, foram condenados a indenizar a vítima (proprietária do veículo) por danos morais afetivos decorrentes “do fato de existir um intenso vínculo afetivo entre a vítima e o objeto, já que a moto era nova e havia sido adquirida com o primeiro salário do seu proprietário.”³¹ Da justiça brasileira, lembra o autor do caso do baile de gala, no qual o pleito indenizatório da autora decorria de ter sido barrada na entrada de um baile de gala, sob o argumento de que seus trajes seriam inadequados à ocasião³².

Um dos motivos dessa dificuldade na seleção de danos dignos de tutela e danos inconsistentes deve-se ao fato de não existir um conceito legal de dano. Até pouco tempo atrás, era desnecessária a preocupação com essa definição, uma vez que, restringindo-se os danos àqueles patrimoniais, a teoria da diferença, pela qual o dano é auferido a partir da diferença patrimonial depois e antes do dano, visando-se ao retorno do *status quo ante*, dava conta dos casos concretos que chegavam aos tribunais. Assim, por exemplo, no âmbito da responsabilidade civil do médico, os danos patrimoniais resumem-se, basicamente, a “lucros cessantes, despesas médico-hospitalares, medicamentos, viagens, contratação de enfermeiros etc.”³³, situações essa cuja prova não traz, a princípio, dificuldade, sendo fácil visualizar e mensurar o dano, por mais rudimentares que sejam as teorizações a seu respeito.

Essa limitação conceitual acerca do dano a critérios matemáticos trouxe resistências doutrinárias e jurisprudenciais que atravancaram, por muito tempo, avanços importantes em matéria de responsabilidade civil. A teoria da perda de uma chance é exemplo disso, cujo reconhecimento no Brasil foi demorado justamente em razão da dificuldade em se mensurar o valor da chance perdida a partir de uma subtração do patrimônio da vítima no momento posterior e anterior ao dano.

Outro exemplo é a demora na ampla admissão dos danos morais, a qual tornou a teoria da diferença praticamente inútil para resolver os problemas do dia a dia dos tribunais. Por isso, recorreu-se, conforme já mencionado, à equiparação do dano moral ao sofrimento da vítima, o que “equivale a lançá-lo num limbo inacessível de sensações pessoais, íntimas e eventuais. Da mesma forma, defini-lo por via negativa,

³¹ SCHREIBER, 2013, p. 96.

³² Ibid., p. 99.

³³ KFOURI NETO, 2003, p. 106

como todo prejuízo economicamente incalculável, acaba por converter o dano moral em figura receptora de todos os anseios”³⁴. Percebendo a insuficiência da utilização desses conceitos puramente psicológicos é que surgiu a ideia de substituir o quesito “sofrimento” pelo de lesão a direitos de personalidade. Com isso, verifica-se já uma certa redução do arcabouço de danos indenizáveis, embora ainda permaneça uma grande margem de danos, em razão da opção, pelo nosso direito, de uma cláusula aberta da personalidade e até mesmo pela prática comum de inserção, no rol de direitos de personalidade, de uma série de direitos que de personalidade não são³⁵.

Outro passo importante também em matéria de responsabilidade civil, de grande aplicação em matéria de responsabilidade médica, foi o reconhecimento dos danos estéticos, espécie de dano moral correspondente, grosso modo, a um prejuízo à beleza física³⁶. Graças a sua especificidade, a jurisprudência deu tratamento apartado a ele com relação ao dano moral, com o qual é inclusive cumulável, conforme pacificado a partir da edição da Súmula 387 do STJ.

O arcabouço dos danos sofreu, portanto, uma importante dilatação nos últimos anos, o que foi essencial ao efetivo manejo da responsabilidade civil. Todavia, essa amplitude não foi acompanhada pelo mesmo desenvolvimento teórico em torno do dano, fazendo com que uma série de demandas desarrazoadas pegassem carona nesse processo.

Portanto, se, inicialmente, para uma efetiva tutela dos bens jurídicos condizente com a atual realidade civil-constitucional, houve a necessidade de flexibilizar-se o elemento subjetivo “culpa” com a admissão da responsabilidade objetiva, há

³⁴ SCHREIBER, 2013, p. 109.

³⁵ Para maiores aprofundamentos sobre o tema, consultar a obra do ilustre professor Elimar Szaniawski, da qual se extrai o seguinte excerto: “Consoante foi demonstrado, no Brasil, vem ocorrendo um grande equívoco na exegese dos direitos de personalidade, atribuindo muitos autores a qualidade de direitos de personalidade a diversos outros direitos, pertencentes a categorias jurídicas que não se caracterizam nem possuem natureza de direitos de personalidade. Esse equívoco constitui-se a partir da qualificação errônea de direito de personalidade a tudo aquilo que estiver afeto à uma pessoa ou se constitua em direito nato. Este modo de identificar a categoria dos direitos de personalidade está reduzindo os diversos institutos jurídicos, pertencentes às quatro grandes categorias, como o direito de família; o direito das coisas; o direito das obrigações; e o direito das sucessões, a poucas categorias, circunscrevendo estes institutos como sendo direitos de personalidade, o que se constitui em um total contra-senso.” SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 245.

³⁶ “Wilson Melo da Silva anota, ainda, que o dano estético, na esfera do Direito Civil, não seria apenas o aleijão. Abrangeria, também, ‘as deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos, ainda que mínimos e que pudessem implicar, sob qualquer aspecto, um ‘afeiamento’ da vítima ou que pudessem vir a se constituir, para ela, numa simples lesão ‘desgostante’, como diria Lopes Vieira (*Medicina judiciária e pericial*, p. 115) ou em um permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos.” KFOURI NETO, 2003, p. 108.

atualmente a necessidade de retrain o elemento “dano”, para abranger um arcabouço mais restrito de dano ressarcível.

Embora a doutrina tenha demonstrado preocupações nesse sentido, a elevada frequência com que os tribunais, por exemplo, mantêm-se fundamentando suas decisões condenatórias à compensação por danos morais puramente no sofrimento da vítima não contribui para o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil.

2.2.2 *Nexo causal*

Como se viu, para que haja responsabilidade civil, é necessário que exista uma ação ou omissão e um dano. Esse dano deve ser a consequência dessa ação ou omissão, ou seja, a ação ou omissão devem ser a causa do dano. Se não houver essa interligação, esse nexo de causalidade entre ação/omissão e dano, não haverá responsabilidade. “Mesmo que haja culpa e dano, não existe obrigação de reparar, se entre ambos não se estabelecer a relação causal.”³⁷ Da própria redação do art. 927 do CC/2002 depreende-se a necessidade desse elemento à responsabilização, pois o dispositivo determina que fica obrigado a reparar aquele que por ato ilícito *causar* dano.

Para melhor compreender o conceito de nexo causal, a título de ilustração, apresenta-se o seguinte trecho, extraído da obra de Aguiar Dias:

A imagem de que se serve Marton, para facilitar a compreensão do exato papel da causalidade, é esta: “assim como, no caso da iluminação elétrica, a verdadeira causa do fenômeno é o dínamo produtor da corrente, e não o fio condutor, a que a lâmpada, para acender-se, deve estar ligada, assim também é o mandamento do legislador, a verdadeira força geradora da corrente da responsabilidade; a causalidade é, aí, tão somente o fio condutor, que encaminha a sua aplicação aos casos concretos.”³⁸

Como se percebe a partir do trecho citado, o elemento da causalidade possui definição singela, o que não o impede de gerar bastante polêmica quanto a sua

³⁷ PEREIRA, 2000, p. 76.

³⁸ DIAS, 1997, p. 51.

aplicação prática, sendo “o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado. Aliás, sempre que um problema jurídico vai ter na indagação ou na pesquisa da *causa*, desponta a sua complexidade maior.”³⁹

Uma das dificuldades práticas que desperta bastante discussão doutrinária diz respeito a determinação prática do que efetivamente pode, ou não, ser considerado como causa, notadamente quando diante de casos em que há mais de uma causa concorrendo para a superveniência do resultado, que são as chamadas hipóteses de causalidade múltipla.

Uma das teorias que se propõe a solucionar o problema é a da equivalência das condições, segundo a qual todas as condições/fatos que concorreram para o dano são dele suas causas, independentemente de qualquer juízo acerca da causa que imediatamente o tenha provocado. Para essa teoria, portanto, a causalidade é composta pelo conjunto de condições antecedentes ao dano, pois se acredita que, suprimindo uma delas, o dano já não teria ocorrido do modo como ocorreu (*conditio sine qua non*). A crítica a essa teoria consiste no fato de permitir que um número muito grande de indivíduos seja responsabilizado, conduzindo a um juízo infinito de reprovação.

Outra teoria é a da causalidade adequada, segundo a qual, dentro do conjunto de condições antecedentes ao dano, há fatos mais e menos relevantes e apenas aquele que necessariamente tenha condições de produzir o dano é que será considerado sua causa, ou, sob um juízo negativo, se ao suprimir um fato ainda assim subsistir o dano, então ele não será tido como causa. Realiza uma avaliação a partir de um princípio da normalidade, obtido imputando-se “ao agente as consequências que, em um determinado momento histórico, segundo o estado da ciência e da técnica, são ‘normais’ consequências de seu comportamento” e, para “saber se a causa é ou não adequada a produzir determinado efeito, deve-se perguntar se tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos daquela espécie, ou se existiu naquele caso, por força de circunstâncias específicas.”⁴⁰

As críticas direcionadas a teoria da causalidade adequada normalmente dizem respeito ao tratamento de certeza dado a meras probabilidades, já que o raciocínio considera como fato adequado (e, portanto, como fato que efetivamente deu causa ao dano) aquele com maior probabilidade de causar o dano.

³⁹ PEREIRA, 2000, p. 76.

⁴⁰ SCHREIBER, 2013, p. 58.

Considerando-se que a teoria da causalidade adequada, assim como a da equivalência de condições, ainda conduzia a incertezas na determinação do nexo causal, surgiu uma terceira teoria, denominada teoria da causalidade direta ou imediata, ou teoria da interrupção do nexo causal. Aqui, considera-se como “causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva.”⁴¹

Embora seja a teoria da causalidade direta a mais concreta no tocante ao alcance da responsabilidade – por considerar os acontecimentos mais próximos do dano, tendo sido inclusive a teoria adotada pelo direito pátrio, conforme demonstra o art. 403 do CC/2002 –, ainda persistem problemas práticos da causalidade.

Isso porque, ao determinar-se um nexo causal rígido e restrito, inúmeros casos concretos passaram a ficar ao desabrigo da reparação de danos, por tratarem justamente de danos indiretos. É o caso, por exemplo, da família que pleiteia indenização contra o médico que, por erro, causou a morte de ente querido, causando o chamado dano moral por ricochete⁴².

Para corrigir tal injustiça, acrescentou-se, ao entendimento de dano direto e imediato segundo uma perspectiva de proximidade, a ideia de *necessariedade*⁴³. “Haverá, assim, dever de reparar, quando o evento danoso for efeito necessário de determinada causa.”⁴⁴ Nessa esteira, os danos indiretos também integram, atualmente, o rol de danos atingidos pelo nexo causal, desde que derivados necessariamente da causa danosa.

Não obstante o percurso teórico indicar uma evolução lógica na resolução dos casos práticos relacionados à causalidade, a jurisprudência não seguiu esse mesmo

⁴¹ SCHREIBER, 2013, p. 60.

⁴² “A jurisprudência desta Corte se orienta no sentido de que ‘é devida, no caso, aos genitores e irmãos da vítima, indenização por dano moral por ricochete ou *préjudice d'affection*, eis que, ligados à vítima por laços afetivos, próximos e comprovadamente atingidos pela repercussão dos efeitos do evento danoso na esfera pessoal’.” AgRg no REsp 1147834/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 19/05/2011.

⁴³ “De Page, que é pródigo em enunciar regras relativas à determinação do nexo de causalidade, elabora mais uma, extraída da prática jurisprudencial. Segundo ele, o vínculo que une, no conjunto das ‘condições’, a culpa ao dano deve ‘revestir um caráter de *necessariedade*.’ [...] Depois de revestir o tema em termos teóricos, desce De Page a aplicações práticas, oferecendo grande variedade de exemplos, dos quais merecem destaque alguns, pela sua projeção e pela repercussão nos problemas do dia-a-dia. Lembra ele a circunstância de que uma pessoa que conduz um veículo sem ter habilitação legal não é, por esta só razão, necessariamente responsável pelo acidente que causa, uma vez que pode haver interposição de outras causas que eliminam o caráter de *necessariedade* entre essa falta e o dano. Outra hipótese: o motorista que feriu o transeunte não é responsável pela morte deste, se esta morte resulta de ato culposo do médico assistente.” PEREIRA, 2000, p. 80.

⁴⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 62.

percurso e, na prática, acaba utilizando-se da teoria que permita de maneira mais satisfatória resolver os problemas da causalidade diante dos casos concretos. Essa postura eclética de flexibilização do nexos causal não decorre, portanto, de desprezo técnico, mas, ao contrário, do uso da responsabilidade civil segundo vertentes político-ideológicas, de evitar ao máximo a irresponsabilidade, já que, “mesmo na absoluta ausência de nexos causal sob a ótica de qualquer das teorias doutrinariamente reconhecidas, as cortes acabam condenando o responsável de modo a não deixar a vítima sem reparação.”⁴⁵

A título exemplificativo, verifica-se o uso, pelo STJ, da teoria da causalidade adequada para condenar Hospital por erro de equipe médica, consistente na demora, por imperícia médica, na realização do parto de gestante que levou à ingestão de mecônio pelo feto, vindo este a óbito⁴⁶. Já em outro julgado, a colenda Corte teria optado pelo uso da teoria da causa próxima ou mediata, para condenar o Município por infecção hospitalar, contraída por usuário da rede pública de saúde, que resultou em atrofia testicular⁴⁷.

Percebe-se, portanto, que, na prática, é como se houvesse uma erosão do nexos causal como elemento de responsabilidade civil, o que vai ao encontro da efetiva tutela dos bens jurídicos. Ainda que se pudesse argumentar que esse fenômeno contribui para a hipertrofia da responsabilização por danos, a questão é que os filtros

⁴⁵ SCHREIBER, 2013, p. 66.

⁴⁶ “Em que pese a dificuldade de apreciação do nexos de causalidade em casos como o presente, deve ser aplicado, por analogia, a teoria negativa da causalidade adequada, em sua formulação negativa, criada por Fernando Noronha que estabelece que: ‘Se um médico, por erro culposo de diagnóstico, aplica um tratamento inadequado ao paciente e este vem a apresentar depois um agravamento das lesões, mas sem fazer prova de que elas necessariamente resultam desse tratamento inadequado, o fato de o médico ter criado ‘um risco injustificado’, ‘um estado de perigo’, conforme expressões usadas pela jurisprudência francesa, é suficiente para que lhe seja atribuída responsabilidade pelo agravamento das lesões; o médico é que deve fazer prova de que o tratamento inadequado não contribuiu para as lesões e de que estas têm uma causa independente do seu erro de diagnóstico.’ (Direito das Obrigações, Saraiva, vol. I, p. 612). Nessa trilha, pode-se dizer que cabia, aos requeridos, a demonstração de que a excessiva demora entre o atendimento prestado à autora e a realização da operação cesariana foi irrelevante para a morte do recém-nascido, o que não foi feito, exurgindo o dever de indenizar. Assim, demonstrado o nexos entre a conduta e o dano experimentado, cabe o dever de indenizar para que os agentes não reiterem na atividade nociva, levando-se em conta que a quantificação não visa o enriquecimento sem causa da parte prejudicada, sendo fundamental analisar a saúde financeira do ofensor para que o quantum indenizatório não lhe pareça irrisório e o efetivo prejuízo e abalo sofridos pelo ofendido sejam reparados.” STJ - AREsp 694.096/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 12/05/2015, DJe 18/05/2015.

⁴⁷ “Nada obstante a falta de conclusão da perícia judicial, para a solução do nexos causal há de ser aplicada a teoria da causa próxima ou direta, também conhecida como teoria da interrupção do nexos causal, para se concluir que a infecção hospitalar que causou o evento danoso é oriunda da cirurgia realizada no hospital público, visto que a causa mais próxima cronologicamente.” STJ – AREsp 521.302/GO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, julgado em 28/05/2014, DJe 02/06/2014.

destinados a evitar/atenuar esse inchaço de casos de reparação de danos não podem incorrer no efeito contrário de impedir que demandas justas fiquem ao desabrigo do Judiciário.

Nas situações em que os tribunais manejam as teorias da causalidade de acordo com a maior adequação ao caso, ou até mesmo presumem a causalidade quando as teorias não conseguem torná-lo existente, fá-lo diante de situações de manifesta injustiça, situações em que evidentemente a vítima teve seu bem jurídico lesado injustamente. O “dano da moto nova” citado anteriormente não se compara com o dano sofrido pela família que perdeu um ente querido por erro médico.

Obviamente, essa flexibilização do nexos causal traz problemas, especialmente quanto à ausência de segurança jurídica decorrente da imprevisibilidade das decisões. Essa imprevisibilidade contribui para o que SCHREIBER chama de “vitimização social ou *blame culture*”⁴⁸ ou, nas palavras de Tzvetan Todorov, conforme citado por Maria Celina sobre a vitimização social:

Aqui podemos sempre procurar a responsabilidade dos outros por aquilo que não vai bem na vida. Se meu filho cai na rua, a culpa é da cidade, que não fez as calçadas planas o suficiente; se corto o dedo cortando a grama, a culpa é do fabricante de cortadores de grama. [...] Se não sou feliz hoje, a culpa é dos meus pais no passado, de minha sociedade no presente: eles não fizeram o necessário para o meu desenvolvimento. A única hesitação que posso ter é saber se para obter a reparação me volto para um advogado ou para um psicoterapeuta; mas, nos dois casos, sou uma pura vítima e minha responsabilidade não é levada em conta.⁴⁹

Não se pretende negar a realidade dessa situação na sociedade contemporânea, nem sequer dizer que isso não reflete diretamente na hipertrofia da responsabilidade civil. O que se afirma é que, na prática, a solidificação do que é o dano indenizável já seria filtro suficiente para evitar demandas frívolas, uma vez que as demandas legítimas não devem ser afastadas do Judiciário, por mais abarrotado que ele esteja⁵⁰.

⁴⁸ SCHREIBER, 2013, p. 78.

⁴⁹ TODOROV, 1999 apud MORAES, 2003, p. 3.

⁵⁰ Conforme pontua Carlos E. Pianovski, a prioridade deve sempre estar na proteção da dignidade da pessoa humana, entendida tanto como princípio, quanto como valor, ainda que, em decorrência disso, haja um custo maior para o sistema. “A responsabilidade civil não será, aqui, instrumento de eficiência econômica, mas, ao contrário, buscará tornar ineficientes os atos que, no curso de uma atividade econômica, coloquem em risco a dignidade da pessoa.” RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade

O afastamento excessivo de demandas decorrente da excessiva rigidez dos pressupostos de responsabilidade produz reflexos, sobretudo, em áreas de típica sensibilidade, como é a da responsabilidade do médico, tema de interesse central no desenvolvimento deste trabalho sobre o qual se passa a discorrer especificamente.

3 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Como se viu no capítulo anterior, a responsabilidade civil, atualmente, passa por um momento de hipertrofia de seu âmbito de aplicação, havendo um sem número de casos que são por ela abarcados, mas que inicialmente não o seriam. Isso não é, todavia, um processo negativo em sua essência, pois não eram raras as situações em que bens jurídicos que efetivamente mereciam tutela acabavam ficando marginalizados pela absorção de danos injustos que não eram passíveis de reparação em razão da rigidez dos filtros de responsabilidade.

Dentre os bens jurídicos mais caros ao ser humano estão a saúde e a integridade psicofísica, as quais passaram a ser mais e melhor tuteladas tanto como decorrência dos avanços jurídicos quanto dos avanços da medicina, que lhes conferiram caráter de universalidade e permitiram amplo acesso a tratamentos e procedimentos médicos, gradativamente alcançados pela sociedade nos últimos (e nos próximos) anos.

A prática médica possui, portanto, especial relevância para a sociedade, principalmente por manter correlação direta com questões de bem-estar e saúde. Como consequência, demanda cuidado especial daqueles que a desempenham, o que implica o dever social de permitir o livre exercício da medicina e, em contrapartida, de fiscalizar e cuidar para que as violações cometidas por certos profissionais da saúde sejam reprimidas e desestimuladas. É nesse ponto que a responsabilidade civil exerce papel crucial.

Não obstante isso, muitas são as dúvidas que pairam quanto à responsabilidade civil do médico, verificando-se dificuldades de doutrina e jurisprudência em lidar com diversas situações práticas. Toma-se, portanto, essa problemática para um exame mais minucioso a partir de agora.

3.1 PERCURSO DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E ENQUADRAMENTO LEGAL DA DISCIPLINA

Desde o momento em que dois ou mais seres humanos passaram a conviver e, portanto, em que as atitudes de um passaram a repercutir no domínio do outro, surgiu a necessidade de reprovação de condutas indesejadas. Até onde a memória histórica consegue retroceder no eixo evolutivo da civilização, vislumbra-se o homem frente à necessidade de combater males físicos indesejáveis a fim de garantir sua sobrevivência e melhor convívio social.

A medicina, todavia, dada a sua simplicidade, operava basicamente mediante conhecimentos empíricos dominados pelo senso comum transmitidos de geração para geração. Assim, se determinada erva auxiliasse na cura de uma ferida, seria ela o remédio para aquele mal. O curandeiro era a figura quase mágica que detinha esses conhecimentos.

A precariedade científica desses conhecimentos tinha como consequência natural o reduzido grau de exigibilidade de êxito no tratamento e, portanto, de responsabilização. Reduzido, note-se, porém não inexistente. Já no Código de Hammurabi, por exemplo, encontram-se fixadas sanções para os médicos que operassem com desatenção ou despreparo técnico, consistentes em “severas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito (ou desafortunado). Tais sanções eram aplicadas quando ocorriam a morte ou lesão do paciente, por imperícia ou má prática”⁵¹. A aplicação, portanto, da sanção, funcionava de maneira bem próxima aos casos de responsabilidade objetiva tal como se entende modernamente: ocorrendo o resultado morte ou lesão após a intervenção médica, automaticamente imputava-se-lhe a sanção adequada.

No Direito Romano, com a Lei Aquília, positivou-se a ideia de reparação do mal a partir do patrimônio do lesante, ao contrário do período anterior, no qual as sanções imputadas ao causador do dano recaíam sobre seu próprio corpo. A legislatura deu tratamento também, em meio ao rol de delitos que tipificara, àqueles praticados por médicos, “como o abandono do doente, a recusa à prestação de assistência, os erros derivados da imperícia e das experiências perigosas.”⁵² A eles, estabeleciam-se

⁵¹ KFOURI NETO, 2003, p. 46.

⁵² Ibid., p. 47.

sanções “prevendo a pena de morte ou deportação do médico culpado de falta profissional.”⁵³ Como se vê, aparece, também, a ideia de culpa.

A subjetivação da responsabilidade foi o traço histórico característico que se solidificou na França do séc. XIX. Todavia, aqui, houve uma retração da responsabilidade do médico, decorrente de decisão da Academia de Medicina de Paris no sentido de conceder uma espécie de imunidade aos profissionais médicos em razão da “pluralidade de critérios nas questões médicas – diagnóstico, prognóstico, tratamento, cirurgia etc. –”, apenas se admitindo a responsabilização mediante prova de “falta grave, imprudência visível, manifesta imperícia. Essa doutrina foi denominada por Iturraspe como ‘responsabilidade eufemística’.”⁵⁴ As indenizações por danos causados por médicos eram vistas “como pretensão iníqua de enriquecimento sem causa, à custa do profissional médico; uma atividade desumana de molestá-lo, por vingança, atribuindo-lhe uma fatalidade do destino, um engodo para burlar a obrigação de pagar honorários.”⁵⁵

Essa tendência só teria começado a se inverter a partir de 1832, com o julgamento pelo tribunal francês de um caso de responsabilidade do médico Helie de Domfront, o qual, na tentativa de realizar um parto, constatara a necessidade de amputar o braço direito do feto e, não tendo sido a manobra suficiente para a retirada da criança, de amputar também o braço esquerdo. A Academia de Medicina nomeou quatro médicos para elaborarem laudo a respeito da conduta do médico, tendo-se concluído pela falta grave na conduta do médico. Irresignada, a Academia nomeou outros médicos para elaborarem um segundo laudo, que terminou concluindo em sentido diverso do primeiro. A despeito disso, o tribunal concluiu pela condenação do médico, estipulando o pagamento de pensão anual à família.⁵⁶

A sistematização, no Código Civil francês, da responsabilidade civil fundada no elemento culpa, conforme demonstrado no capítulo anterior, repercutiu em legislaturas de todo o globo⁵⁷, inclusive no direito pátrio. Nessa esteira, o Código Civil

⁵³ KFOURI NETO, 2003, p. 47-48.

⁵⁴ Ibid., p. 50.

⁵⁵ Ibid., p. 51.

⁵⁶ Ibid., p. 51-52.

⁵⁷ “Limito-me a mencionar que, promulgado o Código Civil Francês, foi adotado como direito positivo na Bélgica. Devido a circunstâncias políticas foi direito vigente na província do Quebec (Canadá) e no Estado da Luiziania (EUA), onde até hoje subsiste como uma ilha dentro do sistema de Common Law que informa o direito Anglo-Americano. Foi praticamente absorvido pelo Legislador Italiano, como base do Código Civil de 1865, contemporâneo da unificação política da Itália. Influuiu diretamente na feitura do Código Espanhol de 1889. Embora não tenha penetrado em Portugal, influenciou o Código Civil de 1867, elaborado pelo Visconde de SEABRA, que iria mais tarde ser lembrado na codificação do Direito

de 2002 manteve o elemento culpa como pressuposto de responsabilidade civil do médico, conforme inteligência dos arts. 927, *caput*, e 951 do mencionado *codex*. Desse pressuposto teórico inclusive é que decorreu o conceito de erro médico tal qual se concebe atualmente.

Ao referir-se a erro médico, está-se mencionando a conduta danosa praticada por profissional da medicina na forma de negligência, imprudência ou imperícia. Não se confunde, portanto, com o erro profissional ou erro de técnica, assim entendido aquele que decorre das incertezas da arte, ou seja, do estágio evolutivo em que se encontre a ciência no momento da prática do ato, implicando a adoção de uma técnica incorreta a partir de uma conduta correta. O segundo é inescusável, o primeiro não.

Não se confunde, também, com o conceito de iatrogenia, definida como “um dano causado ao paciente pelo médico em razão de ação ou omissão no exercício de sua atividade ou especialização”⁵⁸, envolvendo três tipos de situações distintas: a) lesões previsíveis, mas necessárias ao tratamento (exemplo: amputação de um membro); b) lesões previsíveis, mas inesperadas (exemplo: reação alérgica ao tratamento); c) lesões decorrentes de falha humana (exemplo: operar o joelho esquerdo acreditando tratar-se do joelho direito).⁵⁹ Dessa forma, percebe-se que parte dos danos causados a título de iatrogenia, por tratar-se de exercício regular de direito, não ensejam responsabilidade civil (são, portanto, escusáveis), a qual só incidirá se o dano tiver sido causado por dolo ou culpa do profissional (dano inescusável).

Brasileiro, pelo fato de oferecer ao Governo um Projeto de sua autoria, embora não tenha sido aproveitado. ERNEST CORDEIRO ALVARES aponta a influência do Código Napoleão no Código Civil Argentino e no do Paraguai, da Venezuela, do México (que sofreria em 1928 o impacto do BGB); do Peru (que receberia também a influência do Código Alemão em 1936, reformulado novamente em 1984). Penetrou no Direito Chileno através da obra de ANDRES BELLO, cognominado ‘o codificador dos Andes’.

Na Rumânia a influência do Código Napoleão foi considerável, sendo considerado por HENRI MAZEAUD como responsável pela ‘integração da Rumânia na Europa’. O Código Civil Francês esteve presente no Direito Polonês até 1934, quando por influência do Direito Suíço foi elaborado um Código de Obrigações destacado do Código Civil. Quando em 1832, um novo ‘Corpo das Leis Russas’ (Zvod Zakonov) veio substituir o Código de 1649, o compilador Conde Speranski, grande admirador de Napoleão, introduziu soluções do Código Francês no Direito Russo, as quais subsistiram até o advento da Revolução Soviética.

Na Alemanha, as conquistas napoleônicas levaram o Código Civil de 1804, mas a influência limitou-se a Baden e à Renania, uma vez que o desenvolvimento da ciência pandectista conduziu o direito germânico no rumo do BGB, sendo ínfima a participação francesa na elaboração do Bürgerlich Gesetzbuch de 1896.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Código de Napoleão: influência nos sistemas jurídicos ocidentais**. Disponível em:

<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1003/937>. Acesso em: 28 novembro 2015, p. 9-10.

⁵⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 562.

⁵⁹ STOCO, loc. cit.

Se é verdade que a responsabilidade subjetiva foi a adotada como regra em matéria de responsabilidade civil, é verdade também que o parágrafo único do art. 927 do CC/2002 prevê, excepcionalmente, a responsabilidade objetiva para os casos previstos em lei ou para os que envolvam atividade que, por sua natureza, implique risco⁶⁰ para os direitos de outrem. A responsabilidade do médico, porém, está contida inteiramente no conjunto de casos em que apenas se admite responsabilidade subjetiva, em razão de não se reconhecer ao exercício da medicina o caráter de atividade de risco e de não ter sido criada previsão legal nesse sentido.

Para Caio Mario, a ideia do risco surgiu doutrinariamente depois do desenvolvimento da responsabilidade objetiva, entendida esta como aquela que, “ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, nexos de causalidade entre uma e outro) assenta na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso.”⁶¹

Assim, a doutrina do risco insere-se como uma espécie de modalidade da teoria objetiva, destinada aos casos em que “a reparação é devida quando o dano é consequência de um *risco excepcional*, que escapa da craveira comum da atividade da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça.”⁶²

Como exemplos de teorias do risco, cita-se, primeiramente, no âmbito da responsabilidade civil do Estado, a denominada teoria do risco integral ou risco administrativo, que proclama que “qualquer fato, culposo ou não culposo, deve impor ao agente a reparação desde que cause dano. [...] Não cogita indagar porque ocorreu o dano. É suficiente apurar se houve o dano, vinculado a um fato qualquer, para assegurar à vítima uma indenização.”⁶³ Essa teoria acolhe como fundamento o princípio da justiça distributiva, ou seja, “distribuem-se por toda a coletividade as

⁶⁰ O que o parágrafo único do art. 927 fez, em verdade, foi criar uma cláusula aberta da responsabilidade objetiva, na medida em que não a condicionou a uma tipificação legal, mas deixou aberto à valoração do caso concreto o juízo a respeito da natureza da atividade envolvida. Isso não é, ao contrário do que pode parecer, algo necessariamente ruim, pois, como lembra Caio Roberto Souto Moura, “traz em si o reconhecimento da nova realidade social e da dinâmica das atividades privadas nos tempos atuais.” MOURA, Caio Roberto Souto. Responsabilidade civil e sua evolução em direção ao risco no novo código civil. **Revista AJUFERGS**, Porto Alegre, n. 2, 2005, p. 22. Disponível em: <http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev02/01_artigo_resp_civil_em_dir_ao_risco_no_novo_cod_civil.pdf>. Acesso em: 15 setembro 2015.

⁶¹ PEREIRA, 2000, p. 269.

⁶² Ibid., p. 270,

⁶³ Ibid., p. 281.

consequências danosas do funcionamento do serviço público. É a forma única democrática de repartir os ônus e encargos sociais.”⁶⁴

Já na teoria do risco proveito, a reparação é devida por aquele que obteve proveito do dano, ou seja, por aquele que auferiu vantagem com o dano. O problema é justamente quanto ao que se entende por vantagem ou proveito, prevalecendo o entendimento de que devam corresponder a ganhos de natureza econômica, sob o risco de equiparar-se a teoria do risco proveito à teoria do risco integral, já que sempre que alguém pratica ou deixa de praticar um ato o faz movido por um interesse ou econômico ou moral. O outro lado dessa moeda é restringir, com essa visão econômica de proveito, o âmbito de aplicação prática da teoria a comerciantes e industriais.

Em terceiro lugar, a teoria do risco profissional considera que a reparação é devida por aquele que pratica um ato lesivo em decorrência de exercício de atividade ou profissão. É essa teoria que “sujeita o empregador a ressarcir os acidentes ocorridos com seus empregados, no trabalho ou por ocasião dele.”⁶⁵

A teoria do risco criado, por sua vez, correspondendo à teoria adotada pelo parágrafo único do art. 927 do CC/2002, identifica o risco na atividade, qualquer que seja ela (ou seja, não adstrito à ideia de atividade lucrativa), cujo funcionamento cause danos a terceiros. Seu alcance é, portanto, maior do que o da teoria do risco proveito, já que não exige que o lesante obtenha uma vantagem a partir do dano, bastando que tenha causado um dano, ainda que dele tenha colhido prejuízos para si próprio⁶⁶.

Posto isso, confirma-se a assertiva anteriormente feita de que a responsabilidade do médico em nosso direito é subjetiva. Ainda que determinadas situações com que se depara a medicina sejam situações de risco, a atividade médica em geral, abstratamente considerada, não é uma atividade de risco, ao contrário, é

⁶⁴ PEREIRA, 2000, p. 132. Para maiores esclarecimentos a respeito da responsabilidade do Estado, consultar HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 614 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 novembro 2015.

⁶⁵ PEREIRA, op. cit., p. 281.

⁶⁶ “De outro lado, muito embora a ideia de proveito haja influenciado de maneira marcante a teoria do risco, a meu ver é indispensável eliminá-la, porque a demonstração, por parte da vítima, de que o mal foi causado não porque o agente empreendeu uma atividade geradora do dano, porém porque desta atividade ele extraiu um proveito, é envolver, em última análise, uma influência subjetiva na conceituação da responsabilidade civil.” Ibid., p. 287.

uma atividade que visa à eliminação ou minimização de riscos, afastando estados de saúde comprometedores à vida e à integridade psicofísica do paciente.

O próprio Código de Ética Médica⁶⁷ fixa, em seus princípios fundamentais, a medicina como uma atividade que visa à saúde do ser humano, estando sempre à serviço dela e dispondo de profissionais médicos cuja atuação estará sempre voltada ao benefício do ser humano (Capítulo I, incs. I, II e VI). O mesmo Código, ainda, veda ao médico que cause danos ao paciente (caracterizando o dano como aquele cometido mediante negligência, imprudência ou imperícia e proibindo a responsabilização a partir de presunção de culpa) ou exponha a vida do paciente a riscos (Capítulo III, arts. 1º e 7º).

Descabida, ainda, a argumentação embasada em algum procedimento específico, algum caso peculiar, no qual a atividade médica tenha se desenvolvido dentro do liame do risco, pois isso nada mais seria do que infligir elemento subjetivo a uma teoria que se propõe objetiva. Deve-se, isso sim, verificar a existência da atividade por si só e daí extrair sua potencialidade danosa, seu risco inerente.

No âmbito de apuração da responsabilidade individual do médico, a ideia de culpa ganha uma feição especial, em razão de prevalecer o entendimento de que a obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de meios e, apenas excepcionalmente, de resultados. Traduzindo em termos práticos, ao paciente, detentor do ônus da prova, incumbe a prova de que o médico não agiu com a diligência necessária, dentro da melhor técnica disponível, para evitar o resultado danoso e, não, que o médico não atingiu determinado resultado⁶⁸. “Não se exige que o médico seja

⁶⁷ RESOLUÇÃO CFM Nº1931/2009. Disponível em:

<http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em 15 novembro 2015.

⁶⁸ “O que se torna preciso observar é que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência, na fórmula da Corte Suprema da França. Cabe bem, a este propósito, repetir a frase de Ambrósio Paré: *‘Je les pansay, Dieu les guarit’*. Considera-se contrário ao costume ou à ética profissional assegurar o médico determinado resultado ao cliente. Isso, entretanto, não influi na validade do compromisso desse teor livremente assumido por um médico para com o seu cliente. Este critério é particularmente válido em relação à cirurgia estética, em que se supõe, pela própria finalidade do tratamento, a obrigação de resultado.” DIAS, 1997, p. 255. Cita-se o seguinte caso extraído da jurisprudência do STJ: “A questão objeto do presente recurso cinge-se a verificar o alegado insucesso da cirurgia plástica mamária realizada pelo apelante e os danos ocasionados em decorrência da atuação do profissional. Com efeito, no campo da responsabilidade civil decorrente de serviços médicos prestados pelo profissional da área médica destacam-se as obrigações de meio e aquelas de resultado. As obrigações do médico, via de regra, são qualificadas como de meio, na medida em que o profissional se obriga a empregara as melhores técnicas sem, entretanto, garantir o resultado de sua intervenção (a cura do doente, por exemplo). No entanto, tratando-se especificamente dos cirurgiões plásticos, a regra reportada não tem aplicação, visto que deve o profissional, em princípio, garantir e produzir o resultado almejado pelo paciente, comprometendo-se a proporcionar a melhora de sua aparência. Assim, segundo a melhor doutrina e vasta jurisprudência, contratada a cirurgia estética

infalível, mas que faça o exame clínico de acordo com as normas aceitas em sua profissão.”⁶⁹

Não se questiona a natureza dessa obrigação, até mesmo porque, como dito no capítulo anterior, o dano, na responsabilidade civil, deve ser certo, atual e subsistente. Imputar ao médico uma obrigação de resultado como regra implicaria imputar a ele a responsabilidade por danos que, dada a natureza da atividade, são desprovidos de certeza. Isso porque, como os médicos costumam dizer, “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.”⁷⁰

Ou seja, a técnica operada pelo médico, mesmo que considerada da ordem de excelência, por si só não é apta a garantir um resultado também de excelência, pois que um dos grandes desafios clínicos constitui-se em conseguir alcançar uma resposta terapêutica satisfatória pelas estratégias de tratamento adotadas. Essa resposta satisfatória irá depender prevalentemente da existência e interação de inúmeros fatores objetivos e subjetivos da pessoa em tratamento, os quais comumente estão alheios à deliberação ou motivação médica. Quer-se evidenciar, com isso, o fato de que a prevalência de condições clínicas do paciente – natureza da doença e grau de adoecimento com classificação leve, moderado, grave ou severo e persistente – somadas à sua motivação e assiduidade com o tratamento influenciam significativamente o alcance de resultados terapêuticos.

Portanto, considera-se que não compõe o âmbito da razoabilidade querer imputar ao médico tal responsabilidade ou obrigação de resultado.

embelezadora, o profissional assume a obrigação pela não obtenção do resultado pretendido, devendo responder pelos danos decorrentes do insucesso da cirurgia, salvo as hipóteses de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima. [...]

A hipótese vertente, portanto, se enquadra como obrigação de resultado, aplicando-se as normas afetas à responsabilidade subjetiva com culpa presumida, sendo ônus do cirurgião comprovar alguma causa excludente de sua responsabilidade.” STJ - AREsp 703.334/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, DJe 06/06/2015.

Contudo, mesmo na cirurgia plástica, é possível haver obrigação de meio, como lembra Caio Mário: “Cumpra, todavia, distinguir a cirurgia corretiva. A uma pessoa que é portadora de deformação (não importa se congênita, cirúrgica ou traumática), o médico nem sempre pode prometer eliminá-la, porém, realizar o que seja melhor: obrigação de meios e não de resultado, neste caso.” PEREIRA, 2000, p. 157.

⁶⁹ DINIZ, 2005, p. 312.

⁷⁰ KFOURI NETO, 2003, p. 82.

3.2 DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO EM FACE À DO HOSPITAL

A responsabilidade médica divide-se, por assim dizer, em dois ângulos distintos: a que decorre da prestação de serviços médicos de forma empresarial e a que decorre da prestação desses serviços de forma direta pelo profissional. Se a responsabilidade do médico é condicionada à prova de culpa, o mesmo não se afirma tranquilamente com relação à responsabilidade do hospital.

O fundamento da questão embasa-se no Código do Consumidor que, em seu art. 14, dispõe que o fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa pelos danos causados por defeito na prestação do serviço. O §1º define defeito do serviço como a situação de insegurança esperada pelo consumidor em uma situação de normalidade do próprio serviço. A incidência desse dispositivo legal afastaria absolutamente a aplicação do Código Civil pelo princípio da especialidade.

Conforme ensina Herman Benjamin, não há serviço totalmente seguro, de modo que a insegurança punível pelo código consumerista leva em conta não apenas a potencialidade de causar acidente que a natureza do serviço traz, mas a violação a uma expectativa legítima do consumidor.⁷¹ Assim, mesmo que um serviço seja, por sua própria natureza, um serviço de risco inerente, não será problema ao direito do consumidor, pois há a expectativa de que esse produto tenha uma periculosidade latente, a qual não se confunde com a periculosidade adquirida, que extravasa os limites de normalidade e previsibilidade. É o caso, por exemplo, do medicamento, que traz em si uma série de efeitos colaterais, mas que são previsíveis e necessários à finalidade do produto.

A atividade desempenhada pelo hospital enquadrar-se-ia no conceito de serviço por respeitar a definição trazida pelo próprio código consumerista, em seu art. 3º, §2, qual seja, a de que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, excetuando-se apenas as relações de trabalho.

Há quem afirme, todavia, que esse enquadramento não se configura, em razão da impossibilidade de responsabilizar-se o hospital pelos altos riscos inerentes à

⁷¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 149.

atividade que desempenha. Cavalieri Filho refuta essa linha argumentativa dizendo que a responsabilidade objetiva que se lhe imputa não se equipara à responsabilidade por risco integral, de modo que “o hospital só responderá objetivamente quando prestar serviço com defeito. [...] Destarte, ainda que tenha havido insucesso na cirurgia ou outro tratamento, mas não se pode apontar defeito no serviço prestado, não haverá que se falar em responsabilidade do hospital.”⁷²

Ainda que se admita como premissa superada que os serviços médico-hospitalares ensejem responsabilidade objetiva, há que se reconhecer que nem todas as situações envolvendo o hospital automaticamente inserem-se nessa lógica. Deve-se considerar as idiosincrasias das diversas relações jurídicas que o hospital estabelece e verificar se o dano é de responsabilidade do hospital, responsabilidade individual do médico, ou ambos.

O hospital, pela natureza do serviço que presta, é ambiente natural de proliferação de bactéria, ensejando cuidados especiais e intensivos na assepsia do ambiente. Além disso, há outras recomendações feitas pelo Ministério da Saúde para o controle de quadros infecciosos, como o uso de antimicrobianos como procedimento profilático no pós-operatório. A ausência desses cuidados pode levar ao desenvolvimento de infecção hospitalar, assim entendida como, segundo definição constante na Portaria MS nº 2616 de 12/05/1998, aquela adquirida após a admissão do paciente e que se manifeste durante a internação ou após a alta, quando puder ser relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares.

Segundo dados da OMS, nos anos de 2005 a 2006, houve 1,4 milhão de casos de infecção hospitalar, sendo o risco de contração em países em desenvolvimento de 2 a 20 vezes mais do que em países desenvolvidos⁷³. No Brasil, atinge em média 100 mil pacientes por ano, correspondentes a cerca de 14% do total de pacientes internados⁷⁴, distribuindo-se topograficamente da seguinte maneira: 48% delas ocorreram no trato respiratório, 20% no sistema urinário, 14% na corrente sanguínea, 6% na pele e tecidos moles e 12% em outras partes anatômicas⁷⁵.

⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade médico-hospitalar à luz do Código do Consumidor. **EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 87-99, 1999, p. 6.

⁷³ Disponível em:

http://www.anvisa.gov.br/hotsite/enaviss/011009/CIRURGIA%20SEGURA_Edmundo_0110.ppt.

Acesso em 18 novembro 2011.

⁷⁴ Disponível em:

<http://www.tribunadabahia.com.br/2014/05/12/infeccao-hospitalar-mata-100-mil-pessoas-em-media-no-brasil-por-ano>. Acesso em 18 novembro 2015.

⁷⁵ Disponível em:

Infelizmente, mesmo com as mais evoluídas medidas de segurança⁷⁶ e controle sanitário, é impossível atingir o grau zero de contaminação em hospitais, em razão da natureza de sua atividade. O que constitui dever do hospital, portanto, é obedecer às recomendações e regulamentações de órgãos como o Ministério da Saúde e a Organização Mundial de saúde, que contam com estudos e políticas importantes de combate às infecções. Justamente por isso é que Albuquerque coloca como ponto a ser considerado pelos juízes na determinação da responsabilidade do hospital nesses casos o grau de atuação da Comissão de controle de Desinfecção hospitalar, “Se deficiente ou inexistente, firma-se a procedência dos pedidos do autor. Se existente e atuante – prossegue -, nenhuma culpa poder-se-á imputar ao estabelecimento, pois o risco de infecção é ínsito ao ato cirúrgico”⁷⁷ e, portanto, não será caso de defeito do serviço, mas de risco inerente à atividade⁷⁸.

Procedimentos de assepsia são mais facilmente visualizáveis como um serviço de responsabilidade do hospital para o exercício de sua atividade. Isso significa dizer que, na ocorrência de uma infecção hospitalar, a percepção do nexo de causalidade dá-se de modo mais direto, facilitada que está a constatação de que o dano decorreu de um defeito no serviço prestado e que, portanto, trata-se de matéria abrangida pelo código consumerista⁷⁹. Não que não haja complicações probatórias quanto ao nexo –

http://www.anvisa.gov.br/servicosaude/controle/infecoes_hospitalares_panorama.pdf. Acesso em 17 novembro 2015.

⁷⁶ “As ações de biossegurança em saúde são primordiais para a promoção e manutenção do bem-estar e proteção à vida. A evolução cada vez mais rápida do conhecimento científico e tecnológico propicia condições favoráveis que possibilitam ações que colocam o Brasil em patamares preconizados pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em relação à biossegurança em saúde. No Brasil, a biossegurança começou a ser institucionalizada a partir da década de 80 quando o Brasil tomou parte do Programa de Treinamento Internacional em Biossegurança ministrado pela OMS que teve como objetivo estabelecer pontos focais na América Latina para o desenvolvimento do tema.” BRASIL. Ministério da Saúde. **Biossegurança em saúde** : prioridades e estratégias de ação. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 15. Disponível em:

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/biosseguranca_saude_prioridades_estrategicas_acao_p1.pdf. Acesso em 19 novembro 2015.

⁷⁷ ALBUQUERQUE, 1993 apud KFOURI NETO, 2003, p. 137.

⁷⁸ Benjamin divide os serviços em serviços de periculosidade inerente ou latente e serviços de periculosidade adquirida ou defeituosos. “Em síntese, para que a periculosidade seja reputada *inerente*, dois requisitos devem estar presentes: *a normalidade e a previsibilidade*. Têm eles a ver com a expectativa legítima dos consumidores. A regra geral, portanto, é a de que os danos decorrentes de periculosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar. Por exemplo, o fabricante da faca de cozinha não está obrigado a reparar os danos sofridos pela consumidora ao utilizá-la nas suas atividades domésticas.” BENJAMIN, 2012, p. 152.

⁷⁹ Exemplificativamente, extrai-se o seguinte excerto de acórdão prolatado pelo STJ: “A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares é de natureza contratual e objetiva, excluindo tal presunção caso seja comprovada a inexistência de defeito do serviço. Na hipótese, o autor foi submetido à cirurgia de vesícula por videolaparoscopia, em caráter emergencial, nas dependências do réu, vindo a contrair infecção hospitalar por micobactéria de crescimento rápido. Uma vez demonstrado que as infecções por micobactérias de crescimento rápido estão relacionadas às falhas nos processos

normalmente, a dificuldade é provar que a infecção decorreu da internação e, não, do quadro do próprio paciente -, mas as complicações tendem a ser muito mais ligadas aos fatos do que a sua imputação⁸⁰.

Dispensável, ainda, que as condutas que se imputam ao hospital, por defeito na prestação de serviço médico-hospitalar, necessariamente envolvam a participação do médico, podendo apenas decorrer de falha no serviço hospitalar propriamente dito, conforme bem pontua Kfoury Neto:

Também a negligência do hospital, sem a concorrência do médico, é possível. A Corte Suprema do Colorado condenou um hospital por negligência, em virtude da lesão causada por uma enfermeira, ao aplicar injeção no nervo ciático do paciente. Não houve censura ao médico, nem à própria enfermeira, apenas ao hospital, pois tais tarefas não são supervisionadas.⁸¹

Vamos supor, em outra linha argumentativa, que um paciente entre com pedido de reparação contra o hospital por dano causado em procedimento cirúrgico realizado nas suas dependências. Nesse caso, a imputação direta da responsabilidade ao hospital, independentemente de culpa, pode não ser a solução justa para todas as possibilidades.

Há que se reconhecer que há diferença entre o médico que utiliza as dependências do hospital com vínculo de subordinação e não-eventualidade e aquele que exerce sua clínica médica fora das dependências do hospital e utiliza apenas a estrutura deste para realizar os procedimentos necessários em pacientes de demanda externa.

No primeiro caso, o contrato estabelecido será entre o paciente e o hospital, sendo a mão-de-obra médica condição essencial para que o hospital cumpra com sua obrigação e desempenhe a atividade econômica que se propõe, qual seja, a prestação

de limpeza, desinfecção e esterilização de produtos médicos, restou comprovado o nexo causal entre o dano alegado e a falha na prestação do serviço, impondo-se o dever de indenizar.” AREsp n. 159.556/RJ, relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 13/10/2015.

⁸⁰ É a discussão que se trava, por exemplo, no agravo regimental nº 194.791/RS do STJ, em que a paciente apresentou quadro infeccioso após realização de cirurgia de histerectomia, correção de incontinência urinária e perineoplastia, porém decidiu-se pela não responsabilização do hospital, sob os fundamentos de que a contaminação teria sido risco inerente ao procedimento em específico (de acordo com classificação internacional sobre a potencialidade de contaminação em procedimentos cirúrgicos) e de que, analisando-se os prontuários médicos, a infecção no caso foi resposta natural do organismo da paciente.

⁸¹ KFOURI NETO, 2003, p. 92.

de serviços médico-hospitalares. Já no segundo caso, há dois contratos distintos, um do paciente com o médico, cujo objeto consiste no procedimento médico propriamente dito, e outro do médico com o hospital, cujo objeto refere-se ao uso da estrutura física do hospital.

Assim, se, durante o procedimento cirúrgico, ocorrer erro médico (esquecimento de uma gaze no interior do paciente, por exemplo), a responsabilização seria do hospital, independentemente de culpa, apenas no primeiro caso, em razão da responsabilização do empregador por seus empregados, serviços ou prepostos, prevista no art. 932, III, do CC/2002, fundar-se no risco profissional⁸².

No segundo, o médico estaria agindo como profissional autônomo que utilizou as instalações do hospital por questões meramente de conveniência próprias ou do paciente. Por isso, via de regra, seria caso de responsabilidade individual do profissional, o que, conforme dito, impescinde de culpa conforme previsão do art. 927 do CC/2002 e também do próprio Código do Consumidor, que em seu art. 14, §4º, estipula que a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante culpa.⁸³ Diz-se “via de regra”, pois pode ser que empregados ou prepostos do hospital (exemplo: enfermeiro contratado pelo nosocômio) tenham interferido no procedimento, o que poderia fazer incidir a responsabilidade objetiva⁸⁴.

É o que ensina o doutrinador Caio Mário, para o qual “Se o médico não pertence ao hospital, e apenas se utiliza dele, a responsabilidade é pessoal. Em caso contrário,

⁸² Nesse sentido, é o que diz Maria Helena Diniz: “Com o novo Código Civil, consagrada está a responsabilidade objetiva do empregador por ato lesivo de empregado, tendo porém ação regressiva contra ele para reaver o que pagou ao lesado (CC, art. 934; CLT, art. 462, § 1o), pouco importando a questão de se apurar se houve, ou não, culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Lícito será efetuar o desconto no salário dos valores relativos aos danos causados culposamente pelo empregado, desde que haja acordo e tenha havido dolo deste.” DINIZ, 2005, p. 537.

⁸³ -“A responsabilidade civil do hospital assume aspectos novos, se se considera a duplicidade dos seus deveres, como observa Aguiar Dias: compreende assistência médica, ao mesmo tempo que obrigações como hospedeiro. Nesta última qualidade, responde pelos danos causados ao doente que se interna. Como, porém, o internamento tem a finalidade específica de se submeter a tratamento, o hospital é responsável pela omissão do médico da casa, que deixa, por exemplo, de acompanhar o estado do paciente, daí resultando a agravação de seu estado. [...] Na definição da responsabilidade, Aguiar Dias faz uma distinção: se o médico atua subordinado à direção do hospital, este é responsável, como comitente em relação ao preposto; se, porém, o médico agiu no exercício da sua profissão, deixando de zelar pelo doente, ou ministrando alta dose de tóxico; ou se por omissão sua ocorre processo infeccioso; ou ainda se examina tardiamente o doente; ou se descarta as normas de sua profissão, a responsabilidade direta é do médico. Não se pode olvidar o fato de haver um contrato entre o doente e o hospital, a quem corre o dever de prestar assistência oportuna e satisfatória.” PEREIRA, 2000, p. 153-154.

⁸⁴ “Se, contudo, apurar-se manifestação incorreta do estabelecimento, através de ação ou omissão de seus dirigentes, empregados ou prepostos, podendo ser estes médicos, enfermeiros e funcionários em geral, então, poderá responder apenas o hospital, se a ação ou omissão culposa deles dimana, ou o hospital e o médico, solidariamente, se ambos obraram com culpa.” STOCO, 2004, p. 725.

sendo o médico integrante da equipe hospitalar ou vinculado por uma relação de emprego, o hospital é civilmente responsável na forma comum.”⁸⁵

Há, no entanto, ainda uma terceira linha argumentativa, defendida, dentre outros, por Rui Stoco, a qual discorda da postura até aqui expressa de que, à exceção da atuação do médico como profissional liberal autônomo, a responsabilidade do hospital é objetiva por enquadrar-se na categoria de prestador de serviço. A defesa é de que quando o que se estaria discutindo no pleito é puramente o trabalho do médico, como atividade restrita aos membros credenciados no Conselho Regional de Medicina, a responsabilidade seria unicamente a subjetiva individual do profissional de saúde, não ensejando responsabilidade do hospital.

Essa corrente não pretende negar a natureza de prestador de serviços médico-hospitalares ao hospital, mas apenas de afastar a aplicação do CDC neste caso, por implicar contradição com a lógica interna do dispositivo. Explica-se. O art. 14 do código consumerista condiciona a responsabilidade objetiva do prestador de serviço à existência de defeito no serviço (e, não, de risco inerente). Todavia, analisando-se especificamente o serviço médico-hospitalar, percebe-se que a constatação do *defeito* pode restringir-se, a depender do caso, a uma análise puramente acerca do trabalho desempenhado pelo profissional médico. Acontece que, para afirmar que o trabalho prestado pelo médico não atendeu à expectativa legítima do consumidor (e, portanto, foi defeituoso), deve-se obrigatoriamente perquirir se a conduta do profissional foi praticada mediante negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, mediante culpa. Sendo assim, estar-se-ia condicionando a responsabilidade objetiva do hospital à verificação de culpa, o que é uma contradição em termos.⁸⁶

Essa concepção ganhou espaço inclusive na jurisprudência, conforme se observa na seguinte ementa de relatoria do Des. Marco César:

⁸⁵ PEREIRA, 2000, p.153.

⁸⁶ É o entendimento adotado por Rui Stoco, conforme se demonstra no seguinte trecho: “Se a responsabilidade do hospital ou da empresa prestadora de serviços é contratual, tal circunstância mostra-se, no caso dos hospitais, em antinomia com a teoria da responsabilidade objetiva. Ora, se a instituição de saúde se compromete a submeter um paciente a cirurgia, por intermédio de médicos, sob a sua responsabilidade, está a exercer uma atividade de meios e não de resultado. Assim, só se lhe pode exigir que a atuação de seus profissionais seja normal e que a cirurgia seja feita segundo as técnicas usuais e utilização do instrumental adequado. Se tal ocorrer, o contrato estará cumprido. Do contrário, descumprindo essas condições mínimas, a hipótese é de inadimplemento contratual. [...] Daí porque a antinomia acima verberada está justamente em que a responsabilidade objetiva alonga o espectro do dever de indenizar, transcendendo os limites e as barreiras estabelecidas pelas partes na avença contratual.” STOCO, 2004, p. 727.

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 se põe em exame é o próprio trabalho médico - Necessidade de prova de que o réu agiu com culpa ou dolo - Art. 14, § 3.º, do referido Código - Recurso não provido. Em ação de indenização contra hospital, ajuizada com base no Código de Defesa do Consumidor, embora se trate 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 § 4.º do art. 14 do referido Código". (In RJTJSP-Lex 141/248.)

O que ocorre, portanto, nessa terceira linha, é uma extensão do alcance do §4º do art. 14 do CDC, para fins de abranger tanto o médico quanto o hospital. Contudo, mesmo os defensores dessa tese não são favoráveis à total extinção da responsabilidade objetiva do nosocômio. Defendem, ao contrário, uma separação das atividades deste em serviços médicos (sujeitos à verificação de culpa do profissional da medicina) e serviços de hospedagem (alojamento, alimentação) e de paramédicos (medicamentos, instalações, instrumentos, enfermeiros, etc)⁸⁷, estes últimos de responsabilidade objetiva.

Ainda visando à individualização da responsabilidade do médico, após a análise comparativa dos deveres de indenizar do médico quando atuando com algum vínculo com hospital, passa-se ao próximo ponto necessário ao enfrentamento da questão, consistente na verificação da responsabilidade do médico quando atuando em equipe.

3.3 DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E DA EQUIPE

No âmbito da responsabilidade médica, casos há em que esta decorre de fato próprio, mas também de fato de terceiro (enfermeiros e auxiliares, equipe hospitalar).

⁸⁷ STOCO, 2004, p. 726.

A matéria insere-se no regime de responsabilidade civil por fato de outrem, o qual ganhou notoriedade nos últimos anos⁸⁸.

Com responsabilidade civil por fato de outrem entendem-se as situações em que o responsável pelo dano não é a mesma pessoa que praticou a ação ou omissão que lhe deu causa, mas, sim, um terceiro materialmente estranho à sua realização. O terceiro responsável e o sujeito que praticou a ação podem nutrir entre si relação jurídica com traços de subordinação (como no caso do empregador que responde pelos atos do preposto) a justificar essa responsabilização indireta anormal, como também pode ser inexistente qualquer relação entre eles.

Inúmeras teorias surgem para explicar o porquê de o devedor contratual ser o responsável pelo inadimplemento da obrigação, quando o cumprimento desta cabia a um terceiro. Para os adeptos da teoria clássica da culpa, por exemplo, a justificativa deve-se ao fato de o devedor contratual possuir dever de vigilância com relação às pessoas que escolhe para substituí-lo ou auxiliá-lo no cumprimento da obrigação, bem como de escolher pessoa apta e capaz à execução da prestação devida. São as modalidades de culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

Já os que adotam a teoria da responsabilidade objetiva defendem que a responsabilização justifica-se em razão de ser o devedor contratual aquele que colherá os frutos da obrigação, sejam eles proveitosos ou não.

Há, ainda, quem defenda a teoria da representação, segundo a qual quando uma pessoa representa outra, está assumindo juridicamente seu lugar, de modo que a ação do representante equipara-se à ação do próprio representante. “Consequentemente, quando o representante do devedor encarregado de executar a obrigação deste último, não a executa, é exatamente como se o próprio devedor não a tivesse executado; a culpa contratual do representante torna-se a culpa contratual do representado.”⁸⁹

⁸⁸ “O que constituía a normalidade dos eventos à produção dos danos por atos pessoais, sendo excepcionais os casos de responsabilidade por fato de outrem, passou a constituir a exceção, avolumando-se, sobremaneira, a responsabilidade denominada indireta, ou, ainda, na construção de BARBERO – a responsabilidade por ‘propagação’, que passou para a vanguarda dos casos concretos, discutidos e julgados nos pretórios.

Verifica-se, pois, o decréscimo dos casos de responsabilidade pessoal, em contraste com o aumento vertiginoso e alarmante dos casos de responsabilidade pelo fato de outrem, fruto inexorável dos fatores econômicos, técnicos e materiais que envolvem e dominam as atividades humanas da vida moderna.” LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 25-26.

⁸⁹ Ibid., p. 205-206.

Independentemente da teoria que se adote, todas elas concordam que não deve ser o credor a ficar desassistido no caso em que o devedor contratual opta por transferir a um terceiro o cumprimento total ou parcial de obrigação que voluntariamente contraiu.

A depender do tipo de responsabilidade envolvida – se contratual ou extracontratual –, distinta será a forma da responsabilidade indireta. Assim, em se tratando de responsabilidade contratual, como é o caso típico da responsabilidade médica⁹⁰, a responsabilidade por fato de outrem “se caracteriza quando o devedor encarrega uma terceira pessoa de executar as obrigações decorrentes do contrato; da inexecução do contrato ou da sua má execução, por parte deste terceiro, tendo agido dolosa ou culposamente, surgirá a responsabilidade do devedor contratual.”⁹¹

Diante de inadimplemento de obrigação contratual, fica o devedor obrigado a reparar eventuais danos decorrentes de sua conduta. O mesmo se dá no caso de obrigação contratual executada por substituto ou assistente da parte: havendo inadimplemento, o devedor não pode eximir-se de sua responsabilidade alegando que a insatisfação decorreu da conduta de terceiro. “Os requisitos da responsabilidade contratual pelo fato de outrem são, em geral, os mesmos da responsabilidade contratual por fato do próprio devedor: a existência de um contrato válido, o fato da sua violação e o dano decorrente do inadimplemento do contrato.”⁹²

O tipo da obrigação também interfere no tratamento da responsabilidade indireta. Se a obrigação é de resultado, basta a prova da existência do contrato não-cumprido. Se de meios, que é a obrigação que predomina em matéria de

⁹⁰ Típica porque, conforme bem coloca Ruy Rosado de Aguiar Junior, existem também casos de responsabilidade extracontratual. “Ela pode ser contratual, derivada de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional, a maioria das vezes de forma tácita, e compreende as relações restritas ao âmbito da medicina privada, isto é, do profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente.

Será extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental. Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos da saúde pública, e também o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados. Nestes últimos casos, o atendimento é obrigatório, pressupondo uma relação primária de direito administrativo ou de direito civil entre o médico e a empresa ou hospital público, e uma outra entre o empregado com a empresa, ou entre o segurado com a instituição de seguridade, mas não há contrato entre o médico e o paciente.” AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Responsabilidade civil: direito fundamental à saúde: atividades de prestação de serviços médicos e de saúde, serviços médicos, serviços hospitalares, risco, meio ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 5, p. 507-541, p. 510.

⁹¹ LIMA, 1973, p. 30.

⁹² Ibid., p. 187.

responsabilidade do médico, deverá provar, também, que o descumprimento do contrato se deu intencionalmente ou mediante negligência, imprudência ou imperícia. Essa regra mantém-se também para a responsabilidade por fato de outrem.

A primeira concepção que pretende solucionar o problema da responsabilidade por ato de outrem especificamente no âmbito da responsabilidade do médico defende que a responsabilidade pelos atos de qualquer membro da equipe será do médico-chefe, do cirurgião-chefe, enfim, daquele que estiver no comando da equipe, por entender que os demais membros apenas estariam atuando no estrito limite de suas ordens, como no caso do empregador responsável pelos atos do empregado. “Essa concepção unitária da operação cirúrgica, entretanto, não é mais absoluta em face da moderna ciência médica. As múltiplas especialidades da medicina e o aprimoramento das técnicas cirúrgicas permitem fazer nítida divisão de tarefas entre os vários médicos que atuam em uma mesma cirurgia”⁹³, não havendo, aprioristicamente, solidariedade entre eles.

Assim, faz-se premente averiguar de que maneira se desenvolvem as relações entre os profissionais. Se atuarem na condição de profissionais liberais autônomos, cada um responderá, individualmente, pelos danos causados pelas próprias condutas. Se, entretanto, houver alguma subordinação entre eles, atuando os demais profissionais sob o comando de um chefe, será deste a responsabilidade pelos atos dos outros. Esse chefe pode ser tanto o médico que comanda a equipe, como o hospital. Poderá ser temporário (exemplo: equipe colocada à disposição do médico para a realização de um procedimento específico), ou não.

O enfermeiro, por exemplo, costuma ser contratado pelo hospital, incidindo, na maioria dos casos, a responsabilidade prevista no art. 932, III, do C/2002, referente à responsabilidade do empregador por seus empregados. Todavia, se o enfermeiro estiver atuando na condição de profissional liberal, “como, por exemplo, na qualidade de acompanhante ou enfermeiro particular de determinada pessoa, mediante contrato, incidirá na exceção prevista no art. 14, § 4º, Código de Defesa do Consumidor e será remetido ao art. 951 do Código Civil, respondendo somente mediante apuração de culpa.”⁹⁴

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2012, p. 407.

⁹⁴ STOCO, 2004, p. 520.

Outra responsabilidade que costuma se individualizar é a do anestesista, em razão da especificidade de sua atuação. Esta não se limita ao ato cirúrgico em si, iniciando-se na fase pré-cirúrgica com a anamnese do paciente. Assim, se, durante a intervenção cirúrgica, o paciente entrar em choque anafilático em razão da anestesia aplicada, individualizada está a responsabilidade exclusiva do anestesista, na condição de profissional liberal (e, portanto, mediante prova de culpa). Essa responsabilidade individual apenas será afastada se o anestesista estiver subordinado, seguindo ordens do cirurgião-chefe, o que faria incidir responsabilidade solidária entre eles. Caso não seja possível comprovar que o dano foi causado por conduta do anestesista (o que é bastante raro no atual estágio da medicina), toda a equipe responderá solidariamente.

Cavaliere Filho sintetiza muito bem a conclusão a que se quer chegar no seguinte excerto:

Tem ensejado divergência a responsabilidade médica no caso de equipe cirúrgica. Se o paciente, por exemplo, durante a cirurgia, vem a falecer em razão de erro anestésico, quem deverá ser responsabilizado? A equipe toda, o médico-chefe ou apenas o anestesista? Tudo dependerá, em meu entender, do tipo de relação jurídica que há entre eles. Se a equipe é formada por escolha do médico-chefe e atua sob sua orientação, ele terá responsabilidade solidária com o anestesista por estar no comando da equipe. Os outros médicos são seus auxiliares e executam atos sob suas ordens, necessárias ao bom desempenho da intervenção. Mas, se atuam como profissionais autônomos – o que não é do nosso costume -, cada qual em sua especialidade, a responsabilidade será individualizada, cada um respondendo pelos seus próprios atos, de acordo com as regras que disciplinam o nexo de causalidade. A responsabilidade será daquele membro da equipe que deu causa ao evento. Em outras palavras, embora a equipe médica atue em conjunto, não há, só por isso, solidariedade entre todos os que a integram. As múltiplas especialidades da medicina e o aprimoramento das técnicas cirúrgicas permitem fazer nítida divisão de tarefas entre os vários médicos que atuam em uma mesma cirurgia.⁹⁵

⁹⁵ CAVALIERI FILHO, 1999, p. 95.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A partir da análise teórica estabelecida até o presente momento, percebe-se que há muitas imprecisões no tocante à disciplina da responsabilidade do médico e da responsabilidade civil em geral. É uma matéria, portanto, que demanda ainda esforços doutrinários e teóricos para sedimentar seus institutos.

Por outro lado, tão igualmente verdade é que, nos últimos anos, muita coisa já evoluiu. A começar pela própria solidificação da responsabilidade civil como um ramo de estudo dentro do direito civil – as pesquisas realizadas na literatura para compor a parte teórica deste trabalho revelaram que, nos manuais editados até aproximadamente 1950, era inclusive raro a designação do tema sob o título “responsabilidade civil”, a qual era substituída por expressões como “do dever de indenizar”, “das indenizações”, “perdas e danos”.

Sobretudo com a CF/1988, a qual consagrou a pessoa humana como centro do nosso ordenamento (*repersonalização*), em detrimento do patrimônio, houve significativa alteração na forma de tratamento dos três institutos basilares do direito civil e que são base também das relações sociais, quais sejam, propriedade, contrato e família. O CC/2002, ainda que de maneira mais tímida do que se esperava⁹⁶, também acompanhou esse processo. A adoção de princípios como da função social do contrato, da probidade e da boa-fé são exemplos disso.

Além da solidificação da responsabilidade civil como um instituto jurídico, portanto, percebe-se também que ela firmou-se como um instrumento de proteção social, ou seja, as preocupações que a doutrina revela quando discute aspectos de responsabilidade são sempre relacionadas à efetiva tutela de bens jurídicos, à justiça na responsabilização e à importância social que exerce.

Se o direito pátrio ainda tem um longo percurso a ser percorrido, certo é que já houve várias conquistas e que a civilística nacional encontra-se bastante adiantada em diversos aspectos. No direito italiano, por exemplo, há uma grande dificuldade de desprendimento da visão clássica do direito civil. Não se está aqui querendo subtrair

⁹⁶ Luis Edson Fachin, no seguinte trecho, enuncia de modo muito claro essa timidez da doutrina pátria, “que, ao início do século XXI, produz um código que se preocupa, ao mesmo tempo, com a paternidade *post mortem* de embriões excedentários e com a medieval enfiteuse.” FACHIN, Luis Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13.

os méritos desse direito conceituado como referência internacionalmente. Todavia, ainda hoje, os manuais italianos mantêm-se restritos ao uso de concepções como a do *bonus pater familias* ou da tipificação da responsabilidade objetiva no âmbito civil, sem nem sequer mencioná-los criticamente⁹⁷.

Ao longo deste trabalho, procurou-se fixar uma espécie de marco: o de que não é coerente, nem adequado, limitar-se a institutos civilísticos clássicos cunhados em outra realidade social. Não é possível que tanta evolução tecnológica em áreas como engenharia, informática, medicina, não seja acompanhada também por uma evolução/renovação da forma do direito civil lidar com seu arcabouço teórico. Assim, a percepção de que o direito brasileiro contemporâneo é marcado por uma constante tentativa de acompanhar as mudanças sociais, constantemente ressignificando seus parâmetros, é já elemento que o coloca a frente e que não está facilmente presente no tratamento que o direito civil dá à matéria que regula.

Há, no entanto, um longo caminho a ser percorrido. Luis Edson Fachin elenca uma série de desafios que o direito pátrio deve enfrentar à luz da ordem instaurada com a CF/88. Dentre eles, cita-se a apreensão da pluralidade das fontes; a denúncia da manualística que se mantém atada a pensamento por repetições, memorizações e simplificações; a emancipação pátria do legado codificador da Idade Moderna da Europa Continental, descompromissado com a transformação social; “superar a visão burguesa dos poderes do Estado, e admitir que jurisprudência e doutrina são fontes de direito.”⁹⁸

Enfatiza-se, neste momento, a relevância da jurisprudência como fonte de direito. Costumeiramente, afirma-se que o direito positivado é dotado de um certo

⁹⁷ Apenas a título de exemplificação, extrai-se o seguinte trecho – referente ao parâmetro de valoração da culpa – de manual consagrado no ensino jurídico italiano: “Diligenza, prudenza e perizia si valutano alla luce di un *parametro oggettivo*, costituito da quanto è legittimo attendersi, in quelle determinate circostanze, dal *bonu pater familias*: cioè, dall'uomo consciencioso, accorto e preparato (tenendo anche conto della professionalità richiesta per talune attività).” TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. 20. ed. Milão: Giuffrè, 2013, p. 870. A adoção da ideia de *bonus pater familias* pretende chegar a um padrão único de diligência e razoabilidade, identificando um modelo de culpa a partir da percepção, pelo juiz, de critérios de normalidade comuns a todos. Aponta-se como problema dessa concepção a generalização de comportamentos que são, em verdade, pessoais. “Não apenas as desigualdades sociais, como também a crescente complexidade da vida contemporânea, a especialização dos setores econômicos e o avanço desconcertante das novas tecnologias resultam em que, muitas vezes, o juiz se vê diante de situações às quais não se pode transportar. Como poderia o julgador, individualmente, no isolamento de seu gabinete, por exemplo, estabelecer o cuidado médio que deve ser adotado na elaboração das demonstrações financeiras de uma grande empresa, na reparação de uma aeronave, na atuação policial em confronto com o crime organizado, na manipulação de material genético?” SCHREIBER, 2013, p. 41.

⁹⁸ FACHIN, 2008, p. 12.

engessamento que dificulta o acompanhamento concomitante das mudanças sociais. Inobstante essa assertiva ser praticamente senso comum jurídico, há ainda certa relutância no reconhecimento doutrinário e jurisprudencial como fontes de direito.

Notadamente quanto à jurisprudência, releva-se que ela possui um papel central, que deveria nortear as pesquisas desenvolvidas pelos juristas: o de denunciar os problemas práticos com que se está deparando na realidade. Assim, de nada adianta uma doutrina e legislação extremamente desenvolvidas, se desconectadas com a realidade social. Essa discrepância se torna ainda mais gritante em temas como o da responsabilidade civil.

Nesse sentido, Caio Mário coloca como basilar, em qualquer circunstância, àqueles que se dedicam ao estudo da responsabilidade civil a utilização não só da fonte legislativa, mas também da “*jurisprudencial*, pois que na decisão dos casos em espécie, mesmo nos sistemas de direito escrito como é o nosso, encontrar-se-ão elementos que concorrem para atualizar a hermenêutica das normas legais aplicáveis e adminículos seguros e úteis para acompanhar o desenvolvimento dos princípios.”⁹⁹

Até agora, este trabalho preocupou-se com a análise doutrinária e legislativa do tema da responsabilidade civil do médico, pontuando seus pilares e suas tendências evolutivas. A partir de agora, portanto, passa-se à análise jurisprudencial.

O local escolhido para a colheita empírica foi o Superior Tribunal de Justiça, devido ao seu caráter nacional de uniformização da jurisprudência, procurando impor-se como Corte de Precedentes. Utilizou-se o seguinte parâmetro de busca: "responsabilidade civil" e (médico ou saúde). A busca do STJ recupera julgados desde 1999, conforme informação constante no próprio site. No dia 19 de novembro de 2015, obteve-se como resultado 1 acórdão repetitivo, 534 acórdãos, 15.908 decisões monocráticas e 23 informativos de jurisprudência. O objeto de estudo deste trabalho são os acórdãos, tendo sido analisados, qualitativa e quantitativamente, os últimos 54 julgados, ou seja, a amostra consistirá em 10% do total.

Não se pretende obter a tipologia de danos relacionados à responsabilidade do médico, uma vez que “a alusão a ‘tipos’ mostra-se imprópria na maior parte dos ordenamentos, já que a tendência mundial hoje é a de se rejeitar a aplicação do princípio – ou da lógica – da tipicidade no que tange à definição dos danos ressarcíveis. Justamente por essa razão, o arrolamento destes novos danos mostra-

⁹⁹ PEREIRA, 2000, p. 280.

se tarefa das mais ingratas.”¹⁰⁰ O objetivo da pesquisa, portanto, é construir levantamento dos casos que têm chegado ao STJ no tocante à responsabilidade do médico e confrontá-los com a teoria desenvolvida doutrinariamente nos dois capítulos precedentes.

4.1. ANÁLISE QUANTITATIVA CONCERNENTE À RESPONSABILIDADE MÉDICA

Analisando-se os dados obtidos dos julgados, a primeira notícia interessante que se extrai é a de que o número de casos envolvendo erro médico propriamente dito é praticamente o mesmo tanto na iniciativa privada quanto nas unidades públicas de saúde. A paridade não se mantém quando se analisa os casos envolvendo o serviço médico-hospitalar, quando se percebe ser cerca de um terço mais vultoso o número de casos envolvendo falha no serviço público do que defeito no serviço privado.

Os casos com que se depara basicamente giram em torno de discussões acerca da responsabilidade do Estado por erro médico ou falha na prestação de serviço de saúde (34%), da responsabilidade do hospital por erro médico ou defeito na prestação de serviço de saúde (40%), da responsabilidade do plano de saúde (16%), da revisão do *quantum* arbitrado a título de danos morais (46%) e, mais timidamente, da responsabilidade do cirurgião-chefe por erro da equipe (4%) e da responsabilidade do cirurgião plástico (2%).

4.2. ANÁLISE QUALITATIVA CONCERNENTE À RESPONSABILIDADE MÉDICA E COMENTÁRIOS DE CASOS ESPECÍFICOS

Considerando-se o extremo enriquecimento que análise qualitativa traz a uma pesquisa, expressando com maior clareza as informações que a crueza dos números quer passar, deu-se preferência, na pesquisa aqui realizada, à análise qualitativa dos

¹⁰⁰ SCHREIBER, 2013, p. 92.

casos discutidos no STJ. Para fins didáticos, separou-se os tópicos de acordo com a matéria especificamente discutida.

4.2.1 Danos morais: sofrimento x violação à personalidade

Conforme dito no segundo capítulo, uma das dificuldades com que doutrina e jurisprudência depararam-se na admissão dos danos morais foi a dificuldade em se atribuir um preço à dor. Isso porque, tradicionalmente, define-se dano moral como aquele dano que causa na vítima um grande sofrimento, um grande abalo psíquico, uma forte dor de ordem moral, etc. Doutrina mais moderna afirma que esse conceito nada mais faz do que definir o dano moral pelos seus efeitos, não se construindo, portanto, definição propriamente dita. Assim, prefere-se pelo entendimento segundo o qual os danos morais seriam aqueles que violariam um direito de personalidade da pessoa.

Não obstante, o que se percebe na jurisprudência do STJ é que esse questionamento sequer é levantado. Dentre os casos que discutem o conceito de dano moral para a compensação, apenas 12,5% referem-se também à violação à personalidade, da qual decorrem os sofrimentos e demais mazelas psíquicas. Nos demais, em absoluto, afirma-se que é inegável o sofrimento da vítima e, portanto, deve-se arbitrar determinada quantia como meio de reparação.

As expressões normalmente utilizadas pelo tribunal como definição do dano moral são aflição psicológica, angústia no espírito, sofrimento que não se confunde com mero desconforto, sofrimento para além do normal, inquietações.

É o que se afirmou no acórdão proferido no AgRg no A.gRg no Resp 1490607/RS, em que se discutia o cabimento da compensação por dano moral, sob o argumento de ausência de prova da ocorrência do dano. O argumento foi afastado pela Corte, tendo em vista que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por

agravar a “situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário”, a configurar “dano moral in re ipsa”.¹⁰¹

Acolhe, a Corte, também os casos de dano indireto ou danos em ricochete, como se percebe no Resp 1497749/SP, em que se argumentou que “um evento danoso capaz de abalar o núcleo familiar deve ser individualmente considerado em relação a cada um de seus membros” sopesando-se que “cada um dos componentes do grupo mantém relação de afeto com a vítima direta do dano de forma individual e que, por isso, cada um daqueles entes sofre individualmente seu dano e por ele deve ser indenizado também de maneira individualizada.”¹⁰²

4.2.2 Revisão do valor arbitrado a título de danos morais

Dentre os 50 casos aqui analisados, 46% deles pretendiam, dentre outros, a revisão do valor arbitrado a título de danos morais. O STJ, todavia, revela tendência absoluta em não proceder à alteração da compensação. Em apenas 2% dos casos a Corte alterou o valor, e o fez para menor. Nos outros 98% o valor anteriormente arbitrado foi mantido.

Essa tendência à manutenção do valor estipulado a título de danos morais é em geral fundada invocando-se a Súmula 7/STJ, ou seja, pela afirmação de que os argumentos utilizados para fundamentar o pleito de alteração do *quantum* indenizatório demandam reexame do acervo fático-probatório acarreado aos autos. O afastamento da súmula e a conseqüente alteração da quantia estipulada, diz-se, pode ocorrer excepcionalmente, nos casos em que o montante fixado pelas instâncias de origem for manifestamente irrisório ou exagerado, sendo raras as situações em que a exceção se concretizou.

Faz parte do grupo da exceção o acórdão do AgRg no Ag 829.006/RJ, no qual o Tribunal reduziu o valor da compensação em 60% relativamente ao estipulado na

¹⁰¹ No mesmo sentido, AgRg no AREsp 713.545/DF (este, considerou não haver dano moral por não ter havido sofrimento); AgRg no Aresp 598.315/PE; AgRg no AREsp 712.032/RJ. Acolhendo a ideia de perscrutar a existência do dano a partir de violação a direito da pessoa humana, encontra-se o Resp 1497749/SP.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1435694&num_registro=201400996252&data=20151020&formato=PDF. Acesso em 27 novembro 2015.

sentença, utilizando-se como critério o art. 944, parágrafo único, do CC/2002. O mesmo argumento, considerando a extensão do dano, foi utilizado em vários outros acórdãos para a manutenção do valor, como é o caso do REsp 1497749/SP, em que os critérios para mensuração do dano moral foram o interesse jurídico lesado (integridade física e psíquica da vítima), a gravidade do caso e a culpabilidade do agente.

Analisando-se apenas o *quantum* normalmente arbitrado, percebe-se a seguinte tendência do STJ: a) na faixa de até R\$ 50.000,00: concentram-se 57% dos casos; b) na faixa de R\$50.001,00 a R\$ 100.000,00: concentram-se 28% dos casos; c) na faixa de R\$100.001,00 a R\$ 150.000,00: concentram-se 5% dos casos; d) na faixa de R\$ 150.001,00 a R\$ 200.000,00: concentram-se 5% dos casos; e) acima disso, houve um caso em que a compensação foi de R\$ 981.000,00.

4.2.3 Responsabilidade do Estado

Por constituir-se um universo de estudo à parte, a responsabilidade do Estado não é objeto deste trabalho, tendo sido aqui mencionada apenas porque frequentemente discutida no STJ, cuja jurisprudência, esta sim, é objeto do estudo que se propõe.

Observa-se, apenas, que até mesmo nos casos de responsabilidade do Estado discute-se se o médico agiu com culpa no exercício de sua profissão, o que, de certa forma, contraria os dizeres da ideia de responsabilidade objetiva do Estado, baseada na ideia de risco integral conforme já mencionado. Assim, discussões em torno do dolo ou culpa do agente ou do bom ou mal funcionamento do serviço público deveriam ser substituídas pela simples comprovação do nexo causal entre a atuação do Estado (consistente, aqui, na prestação de um serviço médico) e o dano/prejuízo sofrido pelo cidadão. Ressalva-se, apenas, os casos envolvendo responsabilidade do Estado por omissão, pois, nesse caso, a jurisprudência tem entendimento de que a responsabilidade é subjetiva.

É o que se percebe no acórdão do AgRg no AREsp 598.315/PE, que fixa a responsabilidade do Estado por negligência no atendimento médico, consistente no fato de a parturiente ter procurado a unidade de saúde e, apesar de ter sido constatado

que estava com descolamento prematuro de placenta normalmente inserida, a equipe médica optou por aguardar a dilatação para realização do parto, ao invés de proceder à cesárea. Todavia, enquanto a parturiente aguardava, não houve acompanhamento efetivo por equipe profissional, o que ocasionou a morte da mãe e do feto.

No acórdão AgRg no AREsp 710.462/RJ, traz-se discussão em torno do caso de mãe pleiteando indenização por danos morais decorrentes de constantes infecções causadas por erro médico na realização de parto, no qual teriam permanecido restos placentários no útero. Embora o pleito seja de responsabilidade civil do Estado, trazendo à baila a responsabilidade objetiva pelo risco integral, determinou-se a ausência do dever de indenizar, em razão de ter sido realizada perícia que constatou a ausência de erro médico, ou seja, de culpa por parte do profissional da saúde, afirmando ser normal a reminiscência de restos placentários no útero após o parto.

O acórdão AgRg no AREsp 1516947/PE, por sua vez, discute o caso de paciente que foi encaminhada emergencialmente à rede pública de saúde em razão de fratura no fêmur, necessitando, portanto, de procedimento cirúrgico. Durante 17 dias a paciente foi transferida de hospital para hospital, totalizando 5 transferências, e, diante disso, quando efetivamente recebeu atendimento médico, já era tarde demais e veio à óbito. Diante disso, determinou-se a responsabilidade do Estado fundada na “comprovação de procedimento negligente diante da necessidade da urgência de tratamento cirúrgico da paciente, comprovado em laudo pericial.”¹⁰³

Já o acórdão AgRg no AREsp 677.173/DF, aborda caso de responsabilidade do Estado decorrente da fuga de paciente internada em unidade hospitalar por determinação judicial decorrente de diagnóstico de esquizofrenia e dependência química. Após a fuga, a paciente teria sido vítima de estupro e, sob o efeito de drogas, atentado contra a vida de sua mãe. Em se tratando de responsabilidade do estado por omissão, a responsabilidade é subjetiva e, no caso, constata-se culpa *in vigilando*. Discute-se, no caso, o nexo de causalidade entre a tentativa de homicídio e o estupro e a conduta negligente do hospital: “De fato, é certo que houve o descumprimento de uma decisão judicial. Contudo, ao Distrito Federal não se pode imputar a culpa por ato praticado pela autora quando estava sob influência de alucinógenos, nem por ato de

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1409908&num_registro=201500193415&data=20150601&formato=PDF. Acesso em 27 novembro 2015, p. 5.

terceiros, quando fugiu do hospital.”¹⁰⁴ Desde a sentença de primeiro grau, o que foi mantido em sede da Corte Superior, entendeu-se não ter sido provado o nexo causal.

O acórdão AgRg no AREsp 664.793/RJ trata de responsabilidade civil do Estado por gravidez após procedimento de laqueadura realizado em hospital da rede pública municipal de saúde. Entendeu-se inexistir a responsabilidade, uma vez que não restou comprovada a culpa do médico, tendo-se em vista que a recanalização espontânea é uma possibilidade intrínseca ao método contraceptivo e que a paciente havia sido informada disso.

Não obstante seja bastante presente, conforme demonstrado, a presença da discussão da culpa do profissional médico para se aferir a responsabilidade do Estado, há casos, minoritários, que há imputação é feita de forma mais direta, após a prova do nexo causal. É o que se percebe no acórdão do AgRg no AREsp 493.091/PI, envolvendo caso de paciente que foi encaminhado emergencialmente a hospital público em decorrência de ter sido ferido com arma branca durante assalto.

Depois de realizada a intervenção médica, o paciente passou a queixar-se de dores e formou-se edema no local, evidenciando agravamento do quadro. Nos autos, sequer foi realizada perícia para atestar a falta de diligência pelo profissional de saúde, uma vez que, conforme argumentação trazida no acórdão:

Se é verdade que não se pode atestar, dada a ausência, miseravelmente, de prova pericial, que o procedimento de sutura inicialmente adotado pelo médico foi o mais acertado e foi corretamente realizado; se é verdade que não se pode atestar, também à mingua de prova técnica, que o dramático desfecho imposto ao apelante foi fruto de mero resultado adverso cujo impedimento escaparia ao mais perito e diligente dos médicos; não é menos verdade que os profissionais que acompanharam a internação do apelante permaneceram inertes diante da eloquente piora que culminou em um quadro irreversível, limitando-se à prescrição de medicamentos e higienização do ferimento.¹⁰⁵

A atuação estatal, conforme frisado no acórdão, é evidenciada a partir da prova do atendimento em unidade pública de saúde. O dano consistiu na amputação de um

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1409290&num_registro=201500551832&data=20150528&formato=PDF. Acesso em 27 novembro 2015.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1414157&num_registro=201400605463&data=20150617&formato=PDF. Acesso em 27 novembro 2015, p. 14.

braço em razão de conduta médica que não empregou todos os esforços e meios possíveis de recuperar o paciente. Entendeu-se, portanto, presente o nexos causal, fixando-se indenização por dano estético, moral e patrimonial.

4.2.4 Cirurgias plásticas

Por constituir-se um universo de estudo à parte, os casos de erro médico em cirurgias plásticas não são objeto deste trabalho, tendo sido aqui mencionado apenas porque, nos capítulos anteriores, traçou-se brevemente a distinção que se estabelece entre a atribuição de obrigação de meio a profissional médico em geral e a de obrigação de resultado ao cirurgião plástico.

O acórdão do AgRg no AREsp 591.949/DF traz a pretensão de responsabilização da clínica por insucesso em cirurgia plástica na autora. O julgado mencionou o entendimento de que a clínica responde objetiva e solidariamente pelos danos causados a pacientes em suas dependências e considerou ser de resultado a obrigação do cirurgião plástico, ao contrário da cirurgia reparadora, de modo que a piora na aparência da paciente enseja presunção de culpa do médico.

O acórdão AgRg no AREsp 334.756/RJ é interessante por referir-se à cirurgia bariátrica, tendo-se concluído que esse procedimento se assemelha ao da cirurgia estética e, portanto, trata-se de obrigação de resultado. No caso, houve perfuração do esôfago do paciente durante o procedimento cirúrgico. Para fins de determinação da responsabilidade, discutiu-se se o médico que cometeu o erro pertencia ao quadro do hospital ou se era profissional autônomo que meramente utilizava a estrutura física do estabelecimento.

A cirurgia bariátrica foi considerada pelo Tribunal obrigação de resultado, sob os fundamentos de que muito se assemelha à cirurgia plástica estética, por ser dotada de facultatividade (enquanto as demais cirurgias são dotadas de necessidade), já que sempre há a opção de dieta associada a atividades físicas, e porque ninguém morre se não realizar o procedimento de redução do estômago. Além disso, argumentou-se que o médico realizava propagandas com modelos de biotipo estereotipado para divulgar seu trabalho, o que foi considerado também como argumento para entender-se pela obrigação de resultado.

Fixada a obrigação como de resultado, entendeu-se pela impossibilidade de firmar-se a responsabilidade objetiva do profissional, sendo mais acertado falar-se em responsabilidade subjetiva com presunção de culpa. Quanto à responsabilidade do hospital, entendeu-se ser objetiva e solidária à do médico.

4.2.5 Responsabilidade do hospital: objetiva x subjetiva

Conforme explicitado no capítulo anterior, a questão da responsabilidade do médico e do hospital varia a depender da situação analisada. Assim, se for caso de responsabilidade individual do médico, na qualidade de profissional liberal, a responsabilidade será subjetiva, em razão tanto do art. 951, do CC/2002 quanto do art. 14, §4º do CDC.

Já nos casos em que a mão-de-obra médica é ofertada a partir de hospital, a questão torna-se mais controvertida. Nos casos envolvendo pura e simplesmente o serviço médico-hospitalar (exemplo: assepsia), a responsabilidade será objetiva por força do art. 14 do CDC. Em se tratando, contudo, de análise de erro médico nas sedes do hospital, diverge-se. Se o médico for profissional contratado pelo hospital, trata-se da responsabilidade objetiva do empregador por ato do preposto, conforme art. 932, inc. III do CC/2002. Todavia, há também situações em que o profissional apenas utiliza as dependências do hospital, sem relação de subordinação e não-eventualidade.

Neste último caso, há quem defenda que a responsabilidade será objetiva do hospital, por força do código consumerista, mas com solidariedade entre hospital e médico. Há também quem afirme que a responsabilidade será subjetiva, por se tratar de discussão da atuação médica, como atividade restrita a profissionais da medicina inscritos no Conselho de Medicina.

O entendimento que prevalece em 95% dos casos do STJ é o de que a responsabilidade é objetiva do hospital, podendo-se atribuir solidariedade com o médico. Entretanto, como a responsabilidade do médico é subjetiva, na prática, os julgados acabam em sua maioria esmiuçando a questão da culpa do profissional liberal.

Fixando a responsabilidade objetiva do hospital por ato de médico integrante de seu quadro clínico¹⁰⁶ encontra-se o acórdão prolatado no REsp 1497749/SP que, após laudo comprovando a culpa do médico, determinou o dever de indenizar por dano causado pelo excesso de medicação ministrada em paciente com um ano e três meses de idade, causando sérios problemas neurológicos permanentes e de grande comprometimento, que a incapacitarão para o exercício dos atos da vida civil. A análise feita pelo Tribunal é bem explicitada no seguinte trecho:

Os casos de responsabilização por danos causados pela falha na prestação de serviço médico, de qualquer natureza, por imperícia ou imprudência dos profissionais responsáveis pelos procedimentos realizados de maneira equivocada, seja pela adoção de tratamento inadequado, seja pela prescrição de medicamentos não recomendados, exagero ou insuficiência de sua dosagem, merecem atenção especial pela relevância dos bens jurídicos atingidos e sua quase impossibilidade de serem reparados: integridade física e vida.¹⁰⁷

Por sua vez, no acórdão do AgRg no AREsp 578.720/DF, o hospital foi responsabilizado por danos à parturiente em razão de tê-la transferido para outra unidade de saúde por medo de que ela não realizasse pagamento do serviço médico prestado, em razão de demora do plano de saúde em liberar o procedimento. No caso, entendeu-se que “A interrupção no atendimento partiu do réu e não da médica litisdenunciada. Ao contrário, a médica diante da demora na solução do problema com o convênio, além de ter providenciado a transferência da paciente devido à necessidade de internação urgente, também a acompanhou até o Hospital Materno Infantil de Brasília.”¹⁰⁸

No AgRg no AREsp 667.541/RJ, o paciente procurou hospital por apresentar quadro de acidente vascular cerebral, mas, pela demora no atendimento médico, ficou com graves sequelas compatíveis com demência vascular. Em razão disso, o hospital foi responsabilizado, tendo o julgador destacado que “em caso de erro médico, a

¹⁰⁶ Nesse mesmo sentido, o julgado AgRg no Resp 1450309/SP.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1435694&num_registro=201400996252&data=20151020&formato=PDF. Acesso em 27 novembro 2015, p. 11.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1432962&num_registro=201402313389&data=20150916&formato=PDF. Acesso em 27 novembro 2015, p. 4.

responsabilidade dos estabelecimentos de saúde se configura por solidariedade com a de seus prepostos, profissionais médicos, que é subjetiva, apurada por culpa.”¹⁰⁹

No AgRg no AREsp 585.733/DF, fixou-se a responsabilidade do hospital em razão de ter o médico incidido “em negligência ao não informar adequadamente sobre os riscos do tratamento que oferecia, conquanto presente a possibilidade da ocorrência de reação adversa grave, e como deveria proceder o paciente diante dessa circunstância. Tampouco se certificara que o autor tivera conhecimento dessas informações.”¹¹⁰

O acórdão Resp 1496867/RS discute a responsabilidade do hospital pela contratação de falso médico condenado penalmente pelo exercício irregular de medicina. Não houve controvérsias quanto ao fato de que o falso médico “fora contratado pela entidade hospitalar, o que evidencia a culpa *in elegendo* do hospital, sendo dispensável produção de prova tendente a demonstrar a suposta ausência de nexos causal.”¹¹¹ Entendeu-se ser objetiva a responsabilidade do hospital por falha no serviço, tendo-se comprovado o nexo causal entre a atuação do falso médico contratado pelo hospital e o dano consistente em homicídio doloso.

O acórdão do AgRg nos Edcl no AREsp 359.249/ES discute dano consistente em lesão do olho direito da vítima após a realização de procedimento cirúrgico no olho. “Entendeu-se que a responsabilidade da clínica é objetiva e a responsabilidade do profissional médico é subjetiva. Ademais, concluiu o Tribunal de origem que a responsabilidade do hospital, mesmo objetiva, vincula-se à comprovação de culpa do médico, passando a pessoa jurídica à qual o médico está atrelado a responder com este, de forma solidária”¹¹², o que foi mantido integralmente pelo STJ.

O acórdão AgRg no AREsp 292.652/DF considerou objetiva a responsabilidade do hospital em razão de conduta negligente e imperita do médico, consistentes em dar alta prematura ao paciente e receitar medicação contraindicada. O hospital

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1429411&num_registro=201500400729&data=20150826&formato=PDF. Acesso em 27 novembro 2015, p. 4.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1429357&num_registro=201402395210&data=20150902&formato=PDF. Acesso em 27 novembro 2015, p. 3.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1405447&num_registro=201102203093&data=20150514&formato=PDF. Acesso em 27 novembro 2015, p. 11.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1403994&num_registro=201301895058&data=20150511&formato=PDF. Acesso em 27 novembro 2015, p. 5.

argumentou que não deveria ser responsabilizado objetivamente, à luz do código consumerista, pois que este só se aplicaria a serviços médico-hospitalares propriamente ditos e, não, a serviços exclusivamente médicos. O argumento não foi acolhido pela Corte.

Todos esses casos, como se vê, cada um a sua maneira, trazem a responsabilidade objetiva do hospital a partir da análise da culpa do médico. Com o devido respeito ao egrégio Tribunal, entende-se que não seria esse o posicionamento mais adequado. Defende-se, no presente trabalho, a responsabilidade objetiva do hospital unicamente para os casos em que se tratar de serviço hospitalar propriamente dito – como o já mencionado exaustivamente caso da falha na assepsia das instalações.

Para os casos de responsabilidade decorrente de erro médico, afiliando-se à teoria apresentada por Rui Stoco, já analisada no capítulo anterior, advoga-se que a responsabilidade deveria ser unicamente subjetiva do profissional médico, em razão de tratar-se de análise do trabalho desenvolvido exclusivamente por membro do Conselho de Medicina. Ademais, a adoção desse posicionamento inclusive torna mais efetiva a análise da responsabilidade do hospital nos casos em que for objetiva, pois que esta não estará mais vinculada à análise de culpa.

Outro ponto favorável a essa tese é o que leva em conta a função social da responsabilidade civil. Não apenas se trata de um caráter retributivo, de punir o mal causado, mas de efetivamente reparar o dano à vítima e, preferencialmente, desestimular a conduta danosa. Nessa esteira, muito mais sentido faz a responsabilização do profissional pelo erro que culposamente causou, pois somente dessa forma estar-se-á também contribuindo para a prevenção do dano. Essa função dúplice inclusive encontra resguardo na própria jurisprudência do STJ, conforme se observa:

Não há um critério legal e objetivo para a determinação da indenização, inclusive porque é evidente a impossibilidade de ser restituído o estado emocional da vítima antes da ocorrência do dano. No entanto, a jurisprudência vem entendendo que tal indenização deve atender a uma dupla função: a de reparar o dano, buscando minimizar a dor da vítima, e a de punir o ofensor para que não reincida.¹¹³

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1430026&num_registro=201401371027&data=20150825&formato=PDF. Acesso em 27 novembro 2015, p. 4.

4.2.6 Responsabilidade da equipe

Observa-se que os casos envolvendo a discussão da individualização da responsabilidade dentro de uma equipe médica é pouquíssimo discutida no Tribunal. Percebe-se, porém, que essa ausência de casos não se deve ao fato de não haver casos envolvendo isso, mas apenas porque não se procura discutir se o caso é de responsabilidade individual de algum profissional ou não. Conforme já se demonstrou no capítulo anterior, essa seria a postura mais acertada diante dos avanços da medicina, que permite, com mais tranquilidade, individualizar as condutas de cada membro.

O único caso que se discutiu este tema dentre os selecionados na amostra é o acórdão prolatado no AgRg no AREsp 598.315/PE, em que se fixa a responsabilidade do Estado por morte de parturiente e do feto decorrente de negligência médica. No laudo pericial, discutiu-se se a responsabilidade seria da equipe ou de algum profissional específico, todavia, limitou-se o perito a afirmar ser impossível, no caso, determinar se a responsabilidade é específica de alguém, ou da equipe como um todo ou da enfermagem.

4.2.7 Plano de saúde

O art. 197 da CF/1988 dispõe que os serviços e ações de saúde são de relevância pública, podendo ser executados por pessoa jurídica de direito privado. Nessa esteira, a Lei n. 9656/1998 regulamenta as atividades de planos e seguros de assistência à saúde, definindo, em seu art. 1º, inc. I, os planos privados de assistência à saúde como aqueles que visam à “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde”.

Por constituir-se um universo de estudo à parte, os planos de saúde não são objeto deste trabalho, tendo sido aqui mencionados apenas porque frequentemente discutidos no STJ, cuja jurisprudência, esta sim, é objeto do estudo que se propõe.¹¹⁴

Dentre os julgados colhidos a título de amostra, observa-se que as discussões em geral giram em torno basicamente: a) da negativa de atendimento ou da liberação de procedimento (exame ou cirurgia, por exemplo); b) de erros cometidos pelos profissionais médicos credenciados ao plano; c) erros cometidos por profissionais médicos em hospital credenciado ao plano.

Os casos de negativa de atendimento ou de liberação de procedimento são os mais comuns. É o que se discute no acórdão prolatado no AgRg no AgRg no Resp 1490607/RS, em que a responsabilidade do plano de saúde é fixada em razão de indevida negativa de procedimento cirúrgico para curar problema de osteoartrite do paciente. Outro caso, ainda mais grave, é o do AgRg no AgRg no AREsp 657.106/CE, no qual a negativa de atendimento do plano de saúde fundou-se no inadimplemento contratual da parte contratante. Da negativa, houve necessidade de transferência da criança de dois anos que estava sendo atendida emergencialmente para unidade pública de saúde e, da transferência, resultou a morte do infante. A responsabilidade do plano foi fixada pelo STJ tomando-se em vista que, não tendo havido resolução unilateral do contrato, o mesmo continua válido e, sobretudo em questões de emergência, deve ser prestada a assistência.¹¹⁵

Já quanto aos casos envolvendo erro médico propriamente dito, cita-se o acórdão proferido no AgRg no AREsp 518.051/SP. Nele, o autor da ação sofreu de Acidente Vascular Cerebral que o incapacitou para o exercício de atividade profissional. Quando compareceu ao hospital buscando atendimento, já apresentava sintomas indicativos do quadro de saúde do paciente, todavia, ao invés de requisitar os exames necessários ou proceder ao internamento, os profissionais do hospital apenas prescreveram tratamentos paliativos, que em nada impediram a ocorrência do

¹¹⁴ Para maiores aprofundamentos sobre o tema, recomenda-se consulta ao seguinte trabalho: SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. 341 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1. Acesso em: 10 novembro 2015.

¹¹⁵ É o que se discute também nos acórdãos AgRg no AREsp 713.545/DF, AgRg no AREsp 663.721/PE, AgRg no AREsp 720.385/RJ. No acórdão AgRg no AREsp 665.631/RJ, o STJ considerou ilícita a negativa de continuidade do atendimento decorrente de cláusula contratual do plano de saúde que limita o tempo de internação do paciente.

AVC. O STJ entendeu pela responsabilidade do plano de saúde por falha na prestação do serviço, fundada em entendimento consolidado do STJ de que se aplica o CDC aos contratos do plano de saúde (Súmula 469/STJ).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Incontestemente a relevância do estudo da atuação dos profissionais da área da saúde na sociedade contemporânea, em razão da natureza dos bens jurídicos envolvidos. Obviamente, conforme colocado, danos como o “dano da moto nova” não compõem o âmbito de incidência deste estudo. Os danos aqui analisados envolvem a morte de uma mãe e de seu filho na hora do parto. Envolvem a amputação de um membro como consequência de uma cirurgia malsucedida. Envolvem prejuízos à vida sexual que impedem inclusive a manutenção do vínculo conjugal. Envolvem a perda de um sentido, como a visão ou a audição. Envolve, acima de tudo, perdas que poderiam ter sido evitadas, utilizando-se da melhor técnica e observando-se os deveres de cuidado.

Percebe-se, porém, que muito ainda há que se solidificar na esfera jurídica, embora muitos avanços já tenham sido feitos.

Se o número de casos envolvendo a responsabilidade civil aumentou significativamente, deve entender-se esse aumento como uma evolução natural da sociedade democrática em que se insere. Ainda que o percurso dos próprios pressupostos da responsabilidade civil contribuam para esse aumento – com a ampliação do conceito de dano indenizável, a objetivação da responsabilidade e a flexibilização do nexos causal –, não se pretende valorar negativamente esse processo, pois, ao menos na seara sob enfoque deste estudo, essa maior amplitude é essencial à garantia do direito à saúde.

Assim sendo, diante da afirmação muitas vezes feita de que a responsabilidade civil trata-se de verdadeira indústria de danos, conclui-se que essa indústria, ao menos no âmbito da responsabilidade do médico, só pode ser compreendida semanticamente no sentido quantitativo – aumento do número objetivo de casos -, já que, qualitativamente, os casos levados aos tribunais envolvem bens jurídicos realmente caros e, não, apenas tentativas cegas de enriquecimento. Isso se comprova pela análise de casos realizada: não se teve notícias de demandas frívolas, que utilizam o Judiciário como uma espécie de loteria para obtenção de fortunas.

Mesmo nos casos em que há certa imprecisão teórica do Tribunal, seja pela utilização da teoria do nexos causal que seja mais convenha a um ou outro caso concreto; seja pela interpretação ampliativa dos casos de responsabilidade objetiva

na área médica, a partir da ampla aceitação de responsabilidade sem culpa do hospital na quase unanimidade dos casos; seja na utilização de critérios totalmente subjetivos para a aferição do dano, como o de sofrimento ou angústia no espírito; certo é que essas imprecisões não têm prejudicado a atuação da Corte, mas, ao contrário, têm sido utilizadas como instrumento de ampla e efetiva tutela dos bens jurídicos.

Obviamente, não se pretende defender anarquias jurídicas e abolicionismos teóricos justificados pelos resultados positivos que venham a alcançar. A segurança jurídica, bem tão caro ao direito contemporâneo, deve ser alçada a qualidade de valor que impõe respeito. O que se afirma é, ao contrário, que a adoção de cláusulas abertas têm aparecido no Direito Civil contemporâneo como meio de revigorar o sistema, permitindo que acompanhe, da melhor e mais ágil forma possível, o desenvolvimento social.

O objetivo deste trabalho foi analisar de que forma doutrina e jurisprudência dialogam no campo da responsabilidade civil do médico, atentando-se a casos recentes do Superior Tribunal de Justiça, por serem ferramenta indutiva qualificada a expressar a realidade social.

Conclui-se que o diálogo se dá de forma bastante utilitária e finalista, ou seja, ao mesmo tempo em que a doutrina procura oferecer material teórico para construir uma teoria da responsabilidade civil moldável ao ritmo volúvel da vida em sociedade, os tribunais utilizam-se de forma bastante extensa desse material teórico, sem apego a um ou outro referencial, mas, sim, à tutela que se pretende dar a determinado caso concreto.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Responsabilidade civil: direito fundamental à saúde: atividades de prestação de serviços médicos e de saúde, serviços médicos, serviços hospitalares, risco, meio ambiente**. V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 507-541.

ALTHEIM, Roberto. **A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional do direito brasileiro**. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30351-31404-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 novembro 2015.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 146-178.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2012.
_____. A responsabilidade médico-hospitalar à luz do Código do Consumidor. **EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 87-99, 1999.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. V. I. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. VII. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 614 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 novembro 2015.

FACHIN, Luis Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. Vol. 3. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol 4. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOURA, Caio Roberto Souto. Responsabilidade civil e sua evolução em direção ao risco no novo código civil. **Revista AJUFERGS**, Porto Alegre, n. 2, 2005, p. 22. Disponível em: <http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev02/01_artigo_resp_civil_em_dir_ao_risco_no_novo_cod_civil.pdf>. Acesso em: 15 setembro 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Código de Napoleão: influência nos sistemas jurídicos ocidentais**. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1003/937>. Acesso em: 28 novembro 2015.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. Vol. I. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.). **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. 341 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1. Acesso em: 10 novembro 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. 20. ed. Milão: Giuffrè, 2013.