

DOS HOSPITAIS AOS TRIBUNAIS

Coordenação de

Ana Carolina Brochado Teixeira

Luciana Dadalto



Belo Horizonte
2013



Copyright © 2013 Editora Del Rey Ltda.

Nenhum parte deste livro poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, da Editora.
Impreso no Brasil | Printed in Brazil

EDITORA DEL REY LTDA.
www.livrnodeley.com.br

Editor Arnaldo Oliveira

Editor Adjunto Ricardo A. Malheiros Fuza

Editores Assistentes Yvonele Diniz

Coordenadora Editorial Wendell Campos Borges

Revisão RESPONSABILIDADE DOS AUTORES

Capa CV8 Comunicação

Editora

Av. Contorno, 1355 - Funcionários
Belo Horizonte - MG - CEP 30111-0-027
Tel: (31) 3284-5845
editora@delreylivros.com.br

Conselho Editorial:

Alice de Souza Burchiel

Antonio Augusto Cargado Trindade

Antonio Augusto Junho Anastasia

Arvidio Plínio Gonçalves

Carla Alberto Penna R. de Carvalho

Celso de Miguilina Pinto

Dalmei Pereira

Edelberto Augusto Gomes Lima

Edleir Feriandee

Fernando Gonzaga Jolyne

Hermes Vichet Guerrero

João Adércio Lelias Sampaio

João Edgard Penna Amorim Pereira

Luzi Guilherme da Costa Wagner Junior

Misabel Albreu Machado Derzi

Plínio Salgado

Renan Klun Lopes

Rodrigo da Cunha Pereira

Sergio Lellis Santiago

SUMÁRIO

PARTE 1

MEDICINA E DIREITO: UM ENCONTRO NECESSÁRIO

1. A medicina atual: Entre o dilema de curar e cuidar <i>Leo Passini</i>	14
2. Los principios de la bioética <i>Roberto Andorno</i>	29
3. A formulação de políticas públicas na área da saúde e o impacto das decisões judiciais sobre as mesmas <i>Leonardo Militão Abrantes</i>	49
4. Uma perspectiva socioantropológica do novo Código de Ética Médica <i>Sami El Jundi</i>	65
5. Dano Moral por quebra do dever de informação na relação médico-paciente <i>Wesley De Oliveira Louzada Bernardo</i>	89
6. Apointamentos para a proteção jurídica do direito intelectual relativo aos métodos de diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos <i>Lara Antunes de Souza</i>	107
7. O papel do advogado na prevenção de demandas médicas <i>Eduardo Damtas</i>	127
PARTE 2	
IMPLICAÇÕES MÉDICAS E JURÍDICAS NO INÍCIO DA VIDA	
8. Filiação, Reprodução humana assistida <i>post mortem</i> e presunção de filiação do Código Civil de 2002. <i>Antonio Carlos Mathias Coltro</i>	141

H828 Dos hospitais aos tribunais: / Coordenação de Ana Carolina Brochado Teixeira e Luciana Dadalto.

Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

x, 654 p.

ISBN : 978-85-394-0294-7

1. Serviço de saúde, Brasil. 2. Bioética, Brasil. 3. Brasil. [Código de ética médica]. 4. Código de ética médica, Brasil. 5. Política de saúde, Brasil. 6. Biossegurança, Brasil. 7. Médico: responsabilidade civil, Brasil. 8. Hospital: responsabilidade civil, Brasil. 9. Transplante de órgão, Brasil. 10. Transsexualismo: aspectos jurídicos, Brasil. 11. Aborto, Brasil. 12. Anecefalia, Brasil. 13. Eutanásia, Brasil. 14. Reprodução humana. 15. Erro médico, Brasil. I. Teixeira, Ana Carolina Brochado (Coord.). II. Dadalto, Luciana (Coord.).

CDU: 347.56:614.25(81)

Núcleo Lige de Medeiros

Bibliotecária

CRB6: 1545

QUESTÕES ATUAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E HOSPITALAR

Carlos Nelson
Konder¹

Thamiris Dalsenter²

1. A DISTINÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E HOSPITALAR DIANTE DA MULTIPLICAÇÃO DE DEMANDAS INDENIZATÓRIAS; -- 2. CONDUITAS QUE ENSEIAM A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DO HOSPITAL; -- 2.1. A CONDUTA CULPOSA DO MÉDICO; -- 2.2. O DEFEITO DO SERVIÇO DO HOSPITAL; -- 3. O NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E HOSPITALAR; -- 4. DANOS INDENIZÁVEIS PELO MÉDICO E PELO HOSPITAL; -- 4.1. DANOS PATRIMONIAIS INDENIZÁVEIS; -- 4.2. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS INDENIZÁVEIS; -- 5. AUTONOMIA DO PACIENTE, CONSENTIMENTO INFORMADO E EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE; -- 6. REFERÊNCIAS

1. A DISTINÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E HOSPITALAR DIANTE DA MULTIPLICAÇÃO DE DEMANDAS INDENIZATÓRIAS

O dramático aumento das demandas indenizatórias de responsabilidade médica e hospitalar é um fato amplamente difundido: em novembro de 2008 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) noticiou a alarmante estatística de que as ações já tinham crescido 200% em seis anos.³ Este fato encontra-se ligado,

¹ Doutor e mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professor adjunto de Direito Civil da UERJ e da PUC-Rio.

² Doutoranda em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado pela PUC-Rio. Professora da Universidade Cândido Mendes.

³ Acesso em 06 jun. 2010, extrato de <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89920&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=erro_médico>.

possivelmente, a um aumento na frequência das prestações de serviços médicos, decorrente do envelhecimento da população, e da consequente massificação dos serviços. Mas esta não pode ser indicada como sua única causa.

A ampliação das demandas indenizatórias não é restrita às atividades médicas. A instrução do Código de Defesa do Consumidor e a constituição dos juizados especiais deu especial impulso aos pleitos dessa natureza, na medida em que permitiu o acesso à justiça de uma série de demandas reprimidas no nosso ordenamento, uma verdadeira onda de refluxo ao Judiciário.⁴

O crescimento exponencial destas demandas ressarcitórias tem sido apontado como motivo de preocupação pela doutrina que se dedica ao tema. Em que pese o fato de se indicar, com isso, uma proteção mais ampla às pessoas vítimas de danos injustos, afirma-se que o movimento vem ocorrendo de forma caótica, sem o necessário apoio científico que lhe dá coerência e fundamentação democrática.⁵ Neste sentido, indica Anderson Schreiber que o processo ocorre através da "crosão dos filtros tradicionais" da responsabilidade civil, isto é, daqueles requisitos tradicionalmente exigidos para se repular o pleito indenizatório merecedor de tutela.⁶ A flexibilização dos conceitos de conduta culposa, nexo de causalidade e dano indenizável abre as portas para esta inundação de demandas, e este é o contexto no qual devem ser abordadas as questões atuais acerca da responsabilidade civil médica e hospitalar.

2. CONDUITAS QUE ENSEJAM A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DO HOSPITAL

O primeiro requisito tradicionalmente exigido para a imputação de responsabilidade consiste na reprovabilidade da conduta do agente que causou o dano, manifestada normalmente por meio da culpa. A ilicitude do ato, a gerar a sanção jurídica àquele que o cometeu, teria por cerne a comprovação de que aquele agente não agiu como deveria ter agido, seu comportamento foi

inadequado com relação a padrões de conduta – e de cuidado – que seriam de se esperar.

No entanto, a industrialização provocou um salto no número cotidiano de acidentes, gerando danos que mereciam ser ressarcidos, mas, em virtude da incapacidade da vítima de provar a culpa do agente na produção do dano, não o eram. Assim, na medida em que estes danos anônimos eram algo que necessariamente viria a acontecer em vista da natureza da atividade empreendida, construiu-se um sistema de responsabilização dito objetivo, pois prescindia da prova da culpa, bastando a assunção da atividade arriscada para, com base nos princípios da solidariedade social e da dignidade humana, ensejar o dever de indenizar.⁷

Aqui reside também o cerne da distinção que costuma ser apontada entre a responsabilidade civil dos médicos e a dos hospitais: enquanto a responsabilidade do médico ainda se encontra fundada na culpa, a responsabilidade do hospital independe deste elemento subjetivo, perfazendo-se em hipótese da chamada responsabilidade objetiva.⁸ A distinção, contudo, é menos clara do que parece.

2.1. A conduta culposa do médico

No âmbito médico, para justificar a responsabilidade seria necessário comprovar que a conduta ocorreu de forma culposa, aplicando-se ao médico o regime padrão da responsabilização dos profissionais liberais.⁹ No entanto, não são poucas as controvérsias em torno do que seja a culpa que configura requisito para a responsabilização do médico.

Embatem-se teorias que identificam na culpa como violação a um dever legal pré-existente, seja contratual ou extracontratual, e teorias que a compreendem como expressão de um erro de conduta, afastando, pois, a necessidade

⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 317-342.

⁵ Neste sentido, STJ, 4ª T., REsp 244.838, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, julg. 30.05.2006, publ. DJ 26.06.2006; STJ, 3ª T., REsp 731.078, Rel. Ministro Castro Filho, julg. 13.12.2005, publ. DJ 13.02.2006; STJ, 4ª T., REsp 258.389, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julg. 16.06.2005, publ. DJ 22.08.2005; STJ, 3ª T., REsp 171.988, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, julg. 24.05.1999, publ. DJ 28.06.1999.

⁶ CDC, art. 14 § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

⁷ Sobre o tema no ordenamento brasileiro, v. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 317-342.

⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 11.

de demonstrar o dever jurídico violado.¹⁰ Da mesma forma, questiona-se se a culpa deve ser apreciada em abstrato, a partir de um padrão geral, ou em concreto, a partir de elementos subjetivos internos, como a intenção do agente.

Contemporaneamente, o viés subjetivo da culpa, que a faz conhecida como culpa psicológica, de grande valia para o direito civil tradicional, perde vertiginosamente a sua importância, num movimento denominado "desculpabilização da responsabilidade civil". Como observa Anderson Schreiber:

A noção de culpa psicológica foi definitivamente abandonada em favor de outra, que designa a culpa como a desconformidade a um modelo abstrato de conduta. A consequência mais óbvia desta mudança de orientação foi o distanciamento do conceito jurídico de culpa do campo da moral e a indiferença a fatores psicológicos na sua aferição.¹¹

-Trata-se de um movimento que não visa a eliminar a culpa como requisito, por reconhecer a manutenção das hipóteses de responsabilidade subjetiva, conviventes com a generalização das hipóteses de responsabilidade objetiva, mas requalificá-la de forma a permitir uma objetivação da sua identificação. Neste contexto, o conceito de culpa se afasta de um juízo puramente moral, fazendo surgir uma noção normativa de culpa que pressupõe a investigação objetiva da conduta a fim de verificar se houve ou não violação a um parâmetro socialmente adequado, ou seja, à boa-fé ou diligência padrão. Como descrito por Maria Celina Bodin de Moraes, "a figura do ilícito permanece ancorada no 'fato culposo', o qual, porém, foi redefinido, através dessa noção de culpa, como sendo um fato avaliado negativamente em relação aos parâmetros objetivos de diligência".¹²

Isto serviu, por exemplo, para evitar as infundadas argumentações sen-tido de somente o erro médico "grosseiro" seria idôneo a justificar a responsabilização. Em que pesem algumas exceções controversas no ordenamento brasileiro, medindo-se a indenização pela extensão do dano, a consideração do

¹⁰ Para uma análise aprofundada das teorias da culpa, v. por todos, CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. O autor defende a construção de um meio termo razoável entre as proposições apresentadas, na medida em que reputa como culpa o "erro de conduta, imputável ao agente, consistente em não adotar o cuidado que teria sido adotado pelo ser humano prudente nas circunstâncias do caso concreto" (*ibid.*, p. 32).
¹¹ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista trimestral de direito civil*, n. 22. Rio de Janeiro: abr/jun, 2005, p. 51.
¹² BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 212.

grau de culpa na fixação do dever de indenizar é um resquício do juízo de moralidade que a evolução da responsabilidade tendeu a suprimir.¹³ Como explica Gustavo Tepedino:

[...] as dificuldades na determinação do componente culposo não servem a legitimar a opinião dominante, em doutrina e jurisprudência, no sentido de que somente com culpa grave – erro grosseiro – se pode imputar ao médico o dever de reparar os danos nesses casos. [...] Melhor, portanto, e mais compatível com o sistema brasileiro que desconsidere a graduação da culpa na caracterização do ilícito, parece ser a consideração da prática do diagnóstico como procedimento sujeito a regras, cautelas e rigores insuprimíveis, investigando-se a diligência do profissional ao efetua-lo.¹⁴

Se, por um lado, esta transformação é referida como uma abstração, por outro lado é também uma concretização. A superação da culpa psicológica, fundada na reprovabilidade moral do comportamento, deu lugar à chamada culpa normativa, pela qual se remete a um padrão de conduta mais objetivo, neste sentido abstrato. No entanto, o padrão de conduta que se exige do agente, objetivamente em nome da boa-fé, não é único para todas as situações. Trata-se, na verdade, de *standards* de conduta que variam conforme as circunstâncias do caso concreto.¹⁵ Neste sentido, conforme a especialidade (neurologia, ortopedia, cardiologia), o procedimento (diagnóstico clínico, cirurgia), a situação (profilaxia, emergência), o padrão de conduta que se esperava, objetivamente, do agente, muda, alterando assim o que se considerará uma conduta culposa.

Com a emergência deste modelo normativo de culpa, abandona-se a noção de que o comportamento padrão abstrato poderia ser aplicado indistintamente

¹³ Entre os pontos controversos, destaque-se a sua utilização na indenização por dano moral por aqueles que defendem um caráter punitivo e, especialmente, a previsão no parágrafo único do art. 944 do Código Civil que determina "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização". Sobre o tema, v. BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do Código Civil. *Revista da Emergi*, n. 42. Rio de Janeiro, 2008, p. 227-249; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 63. Rio de Janeiro, 2008, p. 69-94; e KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. *Revista trimestral de direito civil*, n. 29. Rio de Janeiro: jan./mar. de 2007, p. 3-34.
¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Temas de direito civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 93.
¹⁵ Isto não exclui a existência de normas gerais aplicáveis a todos os médicos – cuja aplicação em concreto é que poderá variar, como aquelas dispostas pelo Código de Ética Médica (especificações) e normas gerais de responsabilidade dos profissionais liberais.

A importância da distinção, contudo, vem sendo relativizada pela melhor doutrina, que destaca o papel unificador da boa-fé objetiva: "dever e credor conjugados no dever de cumprir e de facilitar o cumprimento das obrigações." Assim, conclui-se em doutrina que a classificação não se coloca em termos rígidos, mas deve ser ponto de referência para a interpretação do regulamento contratual, e encontra-se no exame das legítimas expectativas das partes quanto às finalidades a serem alcançadas pela relação contratual.²¹

De fato, com a objetivação da aferição da culpa, através da utilização de padrões de conduta específicos, verifica-se que a reprovabilidade do comportamento do médico vem associada a modelos objetivos de procedimento, pautados normalmente por procedimentos médicos deontologicamente normalizados. Daí a importância assumida pelo Código de Ética Médica e pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina que, posto não terem alçada legal, servem como parâmetros para a aferição da conduta profissional esperada.²²

Dentre tais parâmetros objetivos de conduta, ganha especial destaque o dever de informar, que serve a garantir ao paciente a possibilidade de livremente escolher pela realização ou não de tratamentos, em vista de seus riscos e benefícios. Sua função essencial torna-o um procedimento base, cuja ausência configura objetivamente uma conduta reprovável, idônea a gerar a responsabilidade. Neste

ampliamente divulgada e reproduzida em caso não há falar em importância. (TJSC, 5ª C.D.C., Apelação Civ. nº 0494992, St. 2007, 0644909-2, rel. Victor Ferrera, julg. 29.03.2010).

TEPILINKI, Gustavo. A responsabilidade civil nas atividades de turismo. Rio de Janeiro: Konow, 2004, p. 24.

RENTIERIA, Pablo. *A responsabilidade do médico em relação ao paciente*. Rio de Janeiro: LTR, 2007.

Destaque-se o impacto junto à mídia, revelado desta importância da adoção de um novo Código de Ética Médica, em vigor desde 13 de abril de 2010, que traz uma série de direitos e deveres do médico, dentre os quais se destacam os seguintes: "verdades relativas ao diagnóstico"

"Art. 12. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos, e seu alcance, em favor do paciente"; "Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal"; "Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exacerbar-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos";

"Art. 37. Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento".

sentido, sua violação é frequentemente indicada como caracterizadora de culpa pela jurisprudência:

CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - CIRURGIA PLÁSTICA - DANO MORAL - O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido.²³

Considerando que o dever de informar, independente de sua previsão legal específica, é uma implicação clara da incidência do princípio da boa-fé entre contratantes, o seu descumprimento pode ser entendido tanto como uma falta dos "melhores esforços" por parte do médico, como um resultado devido e não atingido, prescindindo de qualquer psicologismo ou classificação para assegurar à vítima o direito à reparação. Neste sentido, ainda que se repusasse a obrigação como "de meios", a sua falta é suficiente para gerar o dever de indenizar, na visão da jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL - CONTRATUAL SUBJETIVA - CIRURGIA PLÁSTICA - CORRUPÇÃO - OBRIGAÇÃO DE MEIO - DANOS ESTÉTICO E MORAL - RESULTANTE DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAR ANTE A PECULIARIDADE DO CASO - AGRAVO RETIDO. 1. Na espécie, a autora/apelante se submeteu a uma cirurgia corretiva de sua mama direita, já previamente lesada por radiação química para cura de um câncer. O fato era conhecido do cirurgião plástico que, a despeito disso e sem prestar informação precisa à paciente sobre os riscos inerentes que daí poderia decorrer, realizou o ato cirúrgico que acabou por aumentar a deformidade existente. O fundamento da responsabilidade do réu está, portanto, no descumprimento culposo da obrigação de meio pela ausência de informação clara e precisa sobre os riscos do ato cirúrgico, muito além dos genericamente de todos conhecido, e não em eventual falha na prestação do serviço, que, segundo o laudo técnico, não houve. A violação desse direito básico do consumidor (art. 6º, III, do CDC), corolário do princípio da boa-fé objetiva, traduzido na transparência e confiança que deve existir na relação médico/paciente, e que falhou no caso concreto, enseja a reparação pelo dano causado. (grifou-se) 2. O só fato de o cirurgião ser sócio diretor da clínica médica onde a paciente foi operada não torna o estabelecimento solidariamente responsável, salvo se houvesse falha na prestação do serviço empresarial, o que não houve. 3. Se a habilidade do perito do Juízo já foi apreciada em sede de agravo de instrumento e o trabalho do profissional atendeu às prescrições legais, não tem acolhida agravo retido manejado contra decisão que indefere pedido de anulação do laudo técnico. 4. Agravo retido não provido e apelação parcialmente provida.²⁴

²³ STJ, 3ª T., AgRg no Ag 818.144, Rel. Ministro Ari Pargendler, julg. 09.10.2007, publ. DJ 05.11.2007.

²⁴ TJRJ, 20ª C.C., Ap. civ. 0031035-29.2007.8.19.0001, Rel. Des. Jacqueline Montenegro, 18.03.2010.

2.2. O defeito do serviço do hospital

Não incorre ao hospital, todavia, a conduta idônea a ensejar a responsabilidade prescrite da culpa, por tratar-se, como exposto, de hipótese de responsabilidade civil objetiva. Neste sentido, a culpa dá lugar ao conceito de serviço defeituoso, entendido como aquele que não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar (CDC, art. 14).²⁰ No entanto, o próprio dispositivo considera também defeituoso o serviço quando houver informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Diante de tal realidade, adquire relevo a construção consumerista sobre a distinção entre risco inerente e risco adquirido.²¹ Certas atividades - como certas produtos - já carregam, pela sua própria natureza, o risco de produzir danos. Poderia o legislador proibi-las, mas tendo em vista a utilidade social que possuem, optou por permiti-las, apesar dos danos que tendem a gerar. Nestes casos, seria absurdo responsabilizar o prestador de serviços, pois isto significaria impor-lhes um ônus que seria superior aos benefícios de sua prestação, inviabilizando-a na prática e impedindo os benefícios que geram.

Assim, a responsabilidade por defeito do serviço, em tais casos, tende a recair apenas na hipótese de defeito de informação. Não seria plausível sustentar a responsabilidade objetiva do hospital em termos absolutos, sob pena de tornar inviável a manutenção deste ramo de atividade. Há riscos inerentes a determinados serviços, pela própria natureza da atividade, como é o caso dos serviços médico-hospitalares. Em tais casos, a responsabilidade pelos eventuais danos decorrentes da periculosidade inerente pode ser afastada se o serviço, prestado com diligência e segurança, for antecipado pela satisfação do consumidor. Neste sentido:

APelação Cível. Ação de Obrigação de Fazer e Indenizatória. Responsabilidade Civil Solidária do Sítio do Hospital Credenciado Denúnciação da Lide Rejeitada. Fato do Serviço. O julgo singular indeferiu o pedido de denunciação da lide do Hospital D'Amorim Ltda, já que o mesmo integra a relação processual. Contra a decisão que indeferiu o pedido (isto porque o hospital credenciado é responsável

²⁰ CDC, art. 14: "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos." A esse respeito, v. CAVALLETTI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 165 e ss.

solidariamente com o seguro de saúde, de modo que corra a sua obrigação pelo passivo, quando do ingresso da demanda. Ambos os recursos foram indeferidos, por não terem sido caracterizados de presença do perigo em si mesmo. No entanto, não merece prosperar, visto que, além de constar certidão de ciência dos advogados, estes nada disseram em audiência, de modo que não se verifica o conhecimento de defesa alegada. No mérito, paciente o defeito do serviço, configurado o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta do hospital. Em que pese se tratar de doença grave, apresentando riscos à vida da gestante e do feto, o fato é que o aborto poderia não ter ocorrido, se devidamente monitorada e com a prescrição dos medicamentos adequados ao caso. Ademais, não há provas de que as medidas adotadas tenham sido informadas à paciente, ciente, esclarecida e confiante que deve existir na relação médico/paciente, afrontando o previsto no inciso III do artigo 6º da Lei Consumerista. Tais fatos por si só já seriam bastantes para gerar o dever de indenizar, mas, mesmo se tratando de natimorto, foi informado aos genitores que o feto havia nascido com vida, como comprovam os documentos anexados pela autora. Dano moral evidenciado. Redução do quantum, a fim de adequá-lo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Desprovimento do agravo retido. Parcial provimento do recurso."

Por outro lado, a hipótese principal é do defeito que se configura pela falta da segurança que dele seria de se esperar. Serviços já arriscados, como aqueles prestados no âmbito hospitalar, tornam-se defeituosos quando o risco é ampliado por falha de quem os realiza, não garantindo a segurança que deles seria de se esperar - ou melhor, indo além do perigo que deles seria de se tolerar. Uma interessante hipótese de falha do serviço foi analisada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que imputou ao hospital a responsabilidade pelo defeito do serviço, assim entendidos os que se inseriram na atribuição da entidade hospitalar, especialmente quando prestados diretamente por seu corpo de profissionais, tendo em vista a falta de cuidados especiais que evitariam o dano:

Hipótese em que, embora indicada a curetagem em decorrência de abortamento incompleto, foi o procedimento realizado por profissional com pouca experiência sem supervisão, já que médica residente preposta do hospital. Ademais, a demora na realização do exame local, por falta de vaga no hospital, certamente alongou desnecessariamente o sofrimento da autora, inclusive gerando risco de infecção generalizada, o que se evidencia pela retirada do apêndice de forma profilática, razão pela qual inequívoca a prestação defeituosa do serviço geradora da responsabilidade objetiva da Ré, independentemente de dolo ou culpa, por não haver qualquer causa idônea a afastá-la, como culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, na

²¹ TJRJ, 18ª C.C., Ap. Cível 0148575-98/2007.8.19.0001, Rel. Des. Jorge Luiz Habib, jure. 27/04/2010.

forma do artigo 14 do CDC. Majoração da indenização pelos danos morais. Ausência de litigância de má-fé, não se podendo considerar como tal a interposição de um recurso garantido por lei. Conhecimento dos recursos, negando-se provimento ao do Réu e dando-se parcial provimento ao apelo da Autora.³²

Nesse sentido, o risco da atividade hospitalar será determinante quando houver falha do serviço, e não apenas em razão do risco que é próprio do tipo de procedimento desempenhado em estabelecimentos dessa natureza. Assim, observa-se que a despeito da objetividade da responsabilidade hospitalar, também há na aferição de sua conduta uma forma, ainda que mais sutil, de comparação com um padrão de conduta, neste caso para a caracterização de defeito do serviço. Apesar da relativa subjetividade na verificação jurisprudencial da caracterização do defeito, o regime de responsabilidade dos hospitais é pacificamente reconhecido como objetivo. Neste sentido, a avaliação que deve pautar a imputação de responsabilidade do hospital não é se a conduta hospitalar foi ou não reprovável, mas se houve ou não conduta hospitalar, ou melhor, se foi ou não conduta hospitalar a causar o dano. Neste sentido:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. [...] 3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços: auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc., e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo na relação subjetiva de preposição (culpa). (grifou-se) 4 - Recurso especial provido e provido para julgar improcedente o pedido.³³

Apelação Cível. Responsabilidade civil. Queda em hospital. Chão escorregadio devido a realização inadequada do serviço de limpeza. Descuido do nosocômio réu em proceder à manutenção do piso em perfeitas condições de uso, de modo a garantir a segurança de seus consumidores e evitar acidentes como o ocorrido com a autora. Fato do serviço. Responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco do empreendimento. Afastamento da tese de culpa exclusiva da vítima. Contexto probatório que evidencia a relação de causalidade entre a conduta e o dano. Danos físicos comprovados. Danos morais experimentados in re ipsa. Verba indenizatória fixada em R\$10.000,00(dez mil reais) que mostra consonância com a situação retratada nos

³² TJRJ, 16ª C.C., Ap. Civ. 0001642-44.2005.8.19.0061, Rel. Des. Mario Robert Mannheimier, julg. 15.12.2009.

³³ STJ, 4ª T., REsp 258.389, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julg. 16.06.2005, publ. DJ 22.08.2005.

autos, harmonizando-se com a jurisprudência desta Corte Estadual e principalmente com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Apelos improvidos.³⁰

De fato, é necessário ter em mente que o hospital em princípio só pode ser responsabilizado quando foi a sua conduta — o serviço que prestou — que deu causa ao dano, como nos casos de defeito nas instalações, falta de assistência, inadequado serviço ambulatorial ou de exames laboratoriais. Pela conduta alheia, como a atuação do médico, somente responde nas hipóteses da chamada responsabilidade indireta, quando aquele for seu preposto.³¹ Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. DIAGNÓSTICO DE GESTAÇÃO GEMELAR. EXISTÊNCIA DE UM ÚNICO NASCITURO. DANO MORAL CONFIGURADO. EXAME. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1 - O exame ultrassonográfico para controle de gravidez implica em obrigação de resultado, caracterizada pela responsabilidade objetiva. 2 - O erro no diagnóstico de gestação gemelar, quando existente em único nascituro, resulta em danos morais passíveis de indenização. Agravo regimental improvido.³²

Nestes casos, portanto, a reprovabilidade da conduta deixa de ser o filtro de contensão das demandas, transferindo-se a outro requisito da responsabilidade este papel. Como já se destacou em doutrina, nas hipóteses de responsabilidade objetiva, este papel é assumido pela verificação do nexo de causalidade.

3. O NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E HOSPITALAR

O nexo causal é o segundo requisito para a configuração da responsabilidade, consistindo no elemento jurídico de ligação entre a conduta ofensiva e o resultado danoso. A sua relevância especial se deve à dupla função que lhe é atribuída: além de identificar o responsável pela reparação do dano, serve ao propósito de limitar ou delimitar os prejuízos indenizáveis.³³

³⁰ TJRJ, 10ª C.C., Ap. Cível 0097004-79.2007.8.19.0004, Rel. Des. Celso Pires, julg. 26/04/2010.

³¹ Sobre o tema, v. Heloisa Helena Barbosa. Responsabilidade civil médica no Brasil. *Revista trimestral de direito civil*, v. 19. Rio de Janeiro: jul./set. 2004, p. 49-64.

³² STJ, 3ª T., AgRg no Ag 744.181, Rel. Ministro Sidnei Beneti, julg. 11/11/2008, publ. DJe 26/11/2008.

³³ Como observa Cailin Sampaio Mulholland: "Percebe-se com isto que a pesquisa e delimitação do nexo de causalidade são as funções mais relevantes e, porque não, insubstituíveis no es-

Considerando a necessária distinção entre o nexo de causalidade natural e o jurídico, desenvolvem-se diversas teorias com o objetivo de delimitar o conceito jurídico de causa. De acordo com a teoria da equivalência das condições, a investigação sobre o nexo de causalidade deve considerar qualquer elemento que tenha concorrido para a realização de um dano como causa. Nessa perspectiva, qualquer uma das causas seria eficiente para verificar o dano, ao mesmo tempo em que a ausência de uma delas importaria na ausência de dano. A crítica mais contundente a essa teoria decorre de sua problemática aplicação, que ampliaria de forma ilimitada o dever de reparar, de modo a atribuí-lo a uma multiplicidade de agentes.²⁴

De maneira diversa, a teoria da causalidade adequada parte da necessidade de localizar dentre as possíveis causas qual delas seria a causa adequada do dano, a considerar sua aptidão para produzir efeitos danosos. As demais condições, despidas da eficácia danosa, não seriam causas, mas apenas circunstâncias não determinantes do dano. Tal qual a teoria anterior, a causalidade adequada enfrenta obstáculos com relação a sua aplicabilidade concreta, que constituiria campo fértil para resultados tão imprecisos quanto exagerados.²⁵

²⁴ Subseguimento da responsabilidade civil, na medida em que se não foi possível realizar-se essa conexão entre agente e dano não se trata estabelecida a obrigação de indenizar. (1) *responsabilidade civil por provocação de causalidade*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009, p. 181.

²⁵ Nem toda causa geradora de efeitos no mundo dos fatos pode ser considerada causa jurídica. A esse respeito, a qualificação da causa como jurídica, desde sua origem, foi feita pelo Ministro Relator Humberto Amaral de Melo (acórdão em sede de Recurso Especial nº 1.000.000/2006). “A atribuição de responsabilidade civil, portanto, segue a presença de dois elementos: o de fato, quando a conduta do agente e o resultado danoso, e de um elemento lógico-jurídico, o nexo causal (que é lógico), porque consiste num elo referencial, numa relação de pertinência causal, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direitos, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos danosos e imediatos causados pela conduta do agente”. STJ, 4^a T., REsp 685.929, Rel. Min. Humberto Amaral de Melo (Castro), julg. 18.03.2010.

²⁶ Em síntese oportuna, Carlini Samparo Mulholland refere que “estas teorias se dividem em duas grandes categorias: (1) a generalizadora e (2) as individualizantes. Enquanto a primeira categoria para as condições de um determinado evento danoso à causa do mesmo; a segunda categoria estabelece uma distinção entre as condições e as causas do dano” (*A responsabilidade civil por provocação de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 138).

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. *Temas de direito civil*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 368.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. *Temas de direito civil*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 369.

Menciona-se ainda a teoria da causalidade eficiente, segundo a qual seria preciso investigar dentre a multiplicidade de causas aquela que efetivamente teria contribuído para provocar o dano. Tal tentativa de conferir juridicidade à noção de causa também não ficou imune a críticas, sob a mesma inaptidão para produzir resultados precisos ou não exacerbados quanto demais teorias apresentadas. E isso se dá, particularmente, porque não há critérios objetivos que possam guiar a investigação causal no sentido de encontrar aquela causa de maior potencial danoso.

Diante das controversas teorias antes referidas, entende-se que o direito brasileiro consigna, no art. 403 do Código Civil vigente, a teoria da causalidade direta ou imediata, também denominada teoria da interrupção do nexo causal.²⁹ Em especial, o seu desenvolvimento jurisprudencial levou a doutrina identificar dentro da concepção original uma vertente que ficou conhecida como subteoria da necessidade da causa.³⁰ Tal desdobramento serviu ao propósito de reparar o problema que a expressão “direta e imediata” causava, ao excluir a ressarcibilidade do dano indireto ou remoto da exclusão do dano indireto ou dano remoto. Em síntese de Gustavo Tepedino:

Haverá, assim, dever de reparar, quando o evento danoso for efeito necessário de determinada causa. Nesta forma, podem-se identificar danos indiretos, possíveis de ressarcimento, desde que sejam consequência necessária da conduta tomada como causa.³¹

²⁹ (C. art. 403). “ Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Em que pese o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça acolherem a posição decorrente do art. 403 do Código Civil, é importante ressaltar a diversidade de denominações utilizadas para alcançar o mesmo denominador comum da causalidade necessária. Enquanto o STF adotou expressamente a interrupção do nexo causal (o que se verifica no paradigma precedente STF, 1^o T., RE 130.764, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 12.05.1992), o STJ não raro evoca a teoria da causalidade adequada para investigar a causa imediata e direta do resultado danoso, como se pode observar a seguir: “Em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extrac contratual; objetiva ou subjetiva – vigora, no Direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado princípio do dano direto e imediato (art. 1.060 do CC/1916 e art. 403 do Código atual). Segundo esse princípio, ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa (art. 159 do CC/1916 e art. 927 do CC/2002) e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso”. STJ, 4^a T., REsp 325.622, Rel. Min. Carlos Fernando Mattias, julg. 28.10.2008.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. *Temas de direito civil*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 369.

³¹ TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. *Temas de direito civil*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 370.

Utilizando-se do exemplo da responsabilidade civil hospitalar, a questão se coloca diante da situação de infecções hospitalares. De modo geral, não há dúvidas de que estabelecimentos de natureza hospitalar são ambientes cujo contato com fatores geradores de infecção é inerente ao tipo de serviço, tendo em vista que o objeto da atividade exercida é o tratamento de patologias diversas. Todavia, é legítimo esperar que estes locais disponham de mecanismos aptos a evitar o contágio das doenças que neles são tratadas. Quando essa legítima expectativa é quebrada em decorrência de falha do serviço prestado, reputa-se responsável o estabelecimento hospitalar, pois: “o hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si”.⁴¹

Mas nem sempre a falha do serviço é facilmente comprovada como a causa nos casos de infecção hospitalar. Preliminarmente, cumpre assinalar que, de acordo com o art. 2º da Lei nº 9.431 de 06 de janeiro de 1997, dispondo sobre a obrigatoriedade da manutenção de programa de controle de infecções hospitalares pelos hospitais do País, “entende-se por infecção hospitalar, também denominada institucional ou nosocomial, qualquer infecção adquirida após a internação de um paciente em hospital e que se manifeste durante a internação ou mesmo após a alta, quando puder ser relacionada com a hospitalização”.⁴²

Problema maior não reside nas situações em que o paciente se encontra internado no momento do diagnóstico, mas sim quando a infecção é revelada após a alta hospitalar. Como comprovar que a infecção hospitalar ocorreu de fato da hospitalização e não de uma exposição ambiental após a alta? Não sem razão, é preciso que a infecção seja decorrente do período hospitalar, tendo se manifestado durante ou após o mesmo. Para tanto, é preciso ainda diferenciar que existem infecções hospitalares que podem ser evitadas através dos deveres

⁴¹ STJ, 4ª T., RESP 629.212. Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, julg. 15.05.2007, publ. DJ 17.09.2007.

⁴² Saliente-se que a infecção hospitalar é um dos maiores problemas enfrentados em termos de controle de ambiente hospitalar, sendo certo que as falhas decorrentes desses cuidados, independente de gerar ou danos, são responsabilizadas de forma severa na esfera administrativa, sendo consideradas infrações administrativas, aplicadas pelas autoridades competentes nos termos da Lei Federal 6437/77, a cargo da ANVISA e da vigilância em saúde de Estados e Municípios. Sem prejuízo das responsabilidades no campo civil e penal. Ver, a esse respeito, <http://www.anvisa.gov.br>, em especial as disposições sobre Programa Nacional de Controle de Infecção Hospitalar, instituído pela Lei nº 9.431 de 6 de janeiro de 1997 e regulamentado por diversas portarias posteriores.

de cuidado impostos pelas diretrizes de prevenção, bem como há outros que, independente de todos os esforços empenhados, são inevitáveis. Na última hipótese, verifica-se a inexistência do nexo de causalidade.

A investigação do nexo de causalidade, entretanto, depende de que a infecção decorra do fato da internação, e não apenas se relacione a ela. Nesses casos, a prova pericial desempenha papel fundamental para determinar a causalidade. É o que se verifica, por exemplo, no caso de infecção que pode ser atribuída a evento determinado, hipótese em que inexiste o nexo causal, como se infere da seguinte decisão:

APelação CIVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS SOFRIDOS EM CONSEQUÊNCIA DE INFECÇÃO HOSPITALAR. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 14 DO CDC. PACIENTE QUE APRESENTAVA PANCREATITE AGUDA. PROCESSO INFECCIOSO. SEPTICEMIA. PARADA CARDIORESPIRATÓRIA. ESTADO NEUROVEGETATIVO. CONDIÇÃO DE FRAGILIDADE PESSOAL DO PACIENTE. LAUDO MÉDICO PERICIAL ELUCIDATIVO AFASTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar quando decorre esta do fato da internação, somente restando afastada sua responsabilidade pelos danos sofridos pelo paciente como consequência da infecção hospitalar se a causa da moléstia possa ser atribuída a evento determinado. Hipótese em que a prova pericial conclui pela inexistência de nexo causal, já que a infecção tem origem em causa endógena. Hemocultura que detectou a presença de *Staphylococcus capitis*, colonizador frequente da superfície cutânea tanto da população em geral quanto em pacientes hospitalizados.⁴³

A ausência do nexo se dá, nesses casos, também em virtude do estado de saúde fragilizado do paciente. Isso significa que a infecção hospitalar foi decorrente do quadro geral de saúde e que nenhuma medida de cautela seria apta a evitá-la. Como exemplo desta circunstância, destaca-se o seguinte trecho de decisão sobre a infecção hospitalar em paciente de alto risco, portador de enfermidade congênita denominada “Síndrome de Arnold Chiari”, associada a “seringomielia”, doença degenerativa do sistema nervoso:

Embora a responsabilidade do hospital, enquanto prestador de serviço de saúde, seja objetiva, ficando demonstrado pela prova pericial que foram adotados todos os comportamentos de cuidados, e que as complicações advieram do próprio histórico clínico do paciente e dos riscos inerentes à delicada intervenção cirúrgica a que se submeteu, incide, no caso, a excludente a que se refere o inciso I do § 3º do art. 14 do CDC. – Se o paciente, portador de grave doença congênita, ao ser internado para

⁴³ TJRS, 10ª C.C., Apelação Cível 70030253124, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, julg. 28/01/2010.

realizar a cirurgia já se apresentava debilitado, com suas defesas imunológicas comprometidas, sendo fonte de risco em qualquer procedimento médico, especialmente cirúrgico, mormente no pós-operatório, a exigir internação em CTI, durante quarenta dias, sabidamente o ambiente hospitalar é mais propício ao desenvolvimento dos insetáveis e resistentes microorganismos, nessas circunstâncias, afasta-se qualquer vinculação culposa do hospital demandado pela infecção por aquele contráida.⁴⁴

Inferir-se daí o nortee que deve orientar a investigação em causa: é preciso que a infecção seja relacionada à estada hospitalar. Nesse sentido, torna-se imprescindível analisar a causalidade – e suas excludentes – para alcançar a correta qualificação da responsabilidade civil, tanto médica quanto hospitalar.

Assim, não haverá nexo de causalidade quando a conduta médica ou hospitalar, embora pudesse causar o dano em abstrato, não foi, em concreto, sua causa direta e imediata, não foi causa necessária daquela consequência danosa. Surgindo outra causa que tenha produzido aquele efeito, fala-se de uma interrupção do nexo de causalidade, idônea a excluir a responsabilidade. Caracteriza-se a interrupção, portanto, pela prévia existência de um nexo de causalidade, em potencial, por um novo fato independente do inicial, o qual pode provocar aquele efeito de forma independente.⁴⁵

São consideradas excludentes de causalidade, neste sentido, o caso fortuito ou de força maior e o fato exclusivo de terceiro ou da vítima. Deve-se referir a “fato” exclusivo da vítima – e não “culpa” – pois se trata de uma excludente de causalidade, aplicável tanto a hipóteses de responsabilidade objetiva, como de pacientes incapazes (menores, deficientes). Assim, por exemplo, o paciente que tem conduta inapropriada à sua devida convalescença, provocando sequelas negativas para o tratamento médico.

O mesmo raciocínio é aplicável ao fato de terceiro, que venha ocorrer por si só, de forma direta e imediata (e necessária) a produzir o evento danoso, como o paciente que procura outro médico – ou pessoa não qualificada – para atenderlo e este segundo tratamento lhe causa danos. Em tais hipóteses, o fato ocorrido equipara-se, para efeito de exclusão de responsabilidade, ao caso fortuito ou de força maior.⁴⁶

⁴⁴ TJMG, 9ª C.C., Ap. Cível. 1.0024.03.987902-8/001, Rel. Des. Tarcísio Martins Costa, julg. 05/12/2006.

⁴⁵ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 159.

⁴⁶ Sobre o tema v. BODINI DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 381-421.

O caso fortuito ou de força maior – a distinção entre os dois tornou-se irrelevante por acarretarem os mesmos efeitos⁴⁷ – é definido no parágrafo único do art. 393 do Código Civil como “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. Verifica-se, assim ter por requisito a necessidade que caracteriza a atribuição de causalidade pela teoria adotada e a inevitabilidade, de forma que o devedor não poderia impedir que o fato resultasse na impossibilidade de cumprir com seu dever. Neste sentido:

Cível. Consumidor. Alegação de demora em atendimento médico. Pretensão de ofensa a direito de consumidor. Danos morais não reconhecidos. Improcedência do pedido. Apelação. Agravo retido não conhecido por não reiterado em razões de recurso. Responsabilidade objetiva que não se confunde com responsabilidade integral. Autora portadora de entorse no tornozelo. Lesão de natureza não emergencial ou de urgência para manutenção da saúde desta. Tratamento médico ministrado que se revelou como adequado. Alegação, pela clínica, de caso fortuito como justificativa para demora no atendimento. Incumbe ao consumidor comprovar tanto a ocorrência do fato danoso quanto o nexo de causalidade entre este e a atividade do prestador de serviços, acaso pretenda ver reconhecida a responsabilidade do prestador de serviços. Demora no atendimento médico creditada a caso fortuito. Ausência de qualquer prova, pela consumidora, apta à quebra de nexo de causalidade. Acolhimento da tese defensiva como motivadora daquele estado de coisas, com ausência de qualquer responsabilidade dos demandados. Sentença que se mantém. Desprovemento do apelo.⁴⁸

No entanto, o fortuito não será idôneo a afastar a responsabilidade quando, além de expressamente assumido seu risco pelo devedor ou lhe for imposto isso pela atividade, configurar-se o chamado “fortuito interno”, amplamente admitido pela jurisprudência para os casos de responsabilidade objetiva. Trata-se do fato que, embora não seja produzido pelo devedor, encontra-se intrínseco à atividade que ele exerce, justificando que não se lhe afaste a responsabilidade pelo dano produzido.⁴⁹ Tome-se como exemplo a seguinte decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. PARTO CESARIANO. PLACA DO BISTURI ELÉTRICO COLOCADA NAS COSTAS DA AUTORA QUE ACARRETA GRAVE QUEIMADURA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. PROFISSIONAL MÉDICO QUE RESPONDE

⁴⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 196.

⁴⁸ TRJ, 18ª C.C., Ap. Cível 0012048-63.2008.8.19.0209, Rel. Des. Pedro Freire Raguenet, julg. 11/05/2010.

⁴⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*, 3. ed., Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965, p. 315/316.

DE FORMA SUBJETIVA E COM CULPA PROVADA. ART. 14, § 4º CDC C/C 951 CC. NÃO DEMONSTRAÇÃO NOS AUTOS DE QUE A MÉDICA RE TENHA AGIDO DE FORMA CULPOSA. LAUDO PERICIAL QUE ISENTA A MÉDICA DE RESPONSABILIDADE. CASA DE SAÚDE QUE RESPONDE DE FORMA OBJETIVA. ART. 14, CAPUT DO CDC. PROVA PERICIAL QUE É CONCLU-SIVA AO CONSTATAR QUE ESTA QUEIMADURA É UM RISCO INERENTE AO ATO CIRÚRGICO, NÃO TENDO A CIÊNCIA MÉDICA ENCONTRADO A SOLUÇÃO PARA EVITÁ-LA. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA QUE SO-MENTE É AFASTADA QUANDO PROVAR QUE NÃO PRESTOU O SERVIÇO, QUE O DEFEITO INEXISTE OU QUE A CULPA É EXCLUSIVA DA VÍTIMA OU DE TERCEIRO. NÃO TENDO HAVIDO PROVA DE NENHUMA DESSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADES, NÃO HÁ DÚVIDAS QUE O MAU FUNCIONAMENTO DA PLACA DE BISTURI ELÉTRICO – AINDA QUE INEXPLICÁVEL O SEU MOTIVO – INSERE-SE NO RISCO DE SUA ATIVI-DADE, JÁ QUE A ELA RELACIONADO, REVELANDO-SE UM FORTUITO IN-TERNO QUE NÃO AFASTA O SEU DEVER DE INDENIZAR. REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE DANO MORAL PARA A QUANTIA DE R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O DANO ESTÉTICO. Consequência danosa que é identificável separadamente. Cita-triz que permanece até os dias atuais. Perito que afirma ser mínima a extensão do dano. Comprovação da incapacidade total pelo período de 3 (três) meses e 10 (dez) dias que, no entanto, não ensejam indenização, pois gozava a autora de licença-mater-nidade. Provento do recurso da médica ré para julgar improcedentes os pedidos fo-rmulados contra si, e parcial provimento do recurso da casa de saúde ré para reduzir o valor arbitrado a título de danos morais para a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Dá-se, ainda, parcial provimento ao recurso adesivo da autora para a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de danos estéticos, quantias essas que deverão ser atualizadas monetariamente a partir da sentença e acrescidas de juros moratórios de 1% ao mês a partir da data da citação.⁵⁰

São, contudo, ainda mais problemáticas, as hipóteses nas quais ocorre a cha-mada causalidade múltipla, também denominadas concasas, quando o evento danoso não tem apenas uma fonte geradora, mas, ao contrário, apresenta múlti-plas fontes possíveis. A concasa seria, na definição de Caítilin Mulholland,⁵¹ “uma condição que concorre para a produção do dano junto com a conduta inicialmente imputada, modificando o curso normal do processo causal inícia-do”.⁵¹ Desse modo, a verificação da concasa impõe que se prossiga na análise do nexos de causalidade, a fim de identificá-la de acordo com a categoria a qual pertence. A esse respeito, remete-se à seguinte lição de Gustavo Tepedino:

⁵⁰ TJRJ, 3ª C.C., Ap. Cível 0002462-88.2006.8.19.0203 (2009.001.17743), Rel. Des. Helena Car-

⁵¹ TJRJ, 3ª C.C., Ap. Cível 0002462-88.2006.8.19.0203 (2009.001.17743), Rel. Des. Helena Car-

⁵¹ MULHOLLAND, Caítilin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 105.

Da análise da jurisprudência brasileira, conclui-se que, diante de uma pluralidade de causas, a investigação do magistrado realiza-se mediante três indagações: (1ª) Cuida-se de causas sucessivas (uma direta e as demais indiretas, que lhe deram causa) ou simultâneas (todas diretas e concorrentes)? Se todas as causas são dire-tas, evidenciando-se, pois, o vínculo de necessariedade de todas elas em relação ao dano, procedendo-se em seguida à valoração da preponderância, de modo a excluir algumas delas, ou à repartição do dever de indenizar entre os seus responsáveis, quando não se é possível estabelecer a preponderância. Em se tratando, ao revés, de causas sucessivas, pergunta-se: (2ª) há necessariedade entre o conjunto de cau-sas e o evento danoso? Se a resposta for negativa, exclui-se o dever de indenizar. Se positiva, passa-se à terceira indagação (3ª), relativamente à preponderância ou equivalência de uma ou algumas causas indiretas. Em se tratando de pluralidade de causas necessárias (concorrentes ou sucessivas), a solução se desloca para o critério da preponderância das causas ou, considerando-as equivalentes, para a repartição do dever de reparar.⁵²

Diante, portanto, da inegável relevância e complexidade de tais questões, a jurisprudência e a doutrina dispensam atenção redobrada para o nexos de causalidade com o objetivo de determinar a imputação da responsabilidade. No entanto, esta demanda crescente conjugada à falta de desenvolvimento científico do instituto no direito brasileiro acarreta uma completa babel de opiniões, teorias; subteorias e (in)decisões sobre o conceito de nexos de cau-salidade, que tornam a investigação da causa, na melhor das hipóteses, em um exercício de adivinhação.

Não são raros os casos que revelam essa fragilidade da investigação da causa. Veja-se, a propósito, os argumentos do voto vencido no caso a seguir: em apertada síntese, criança, de um ano de idade, que estava sob os cuidados da avó, caiu acidentalmente sobre uma ponta de ferro, pelo que sofreu graves lesões e hemorragias. O primeiro socorro foi prestado em um hospital público, onde se constatou a necessidade de transferir a criança para outro hospital que possuísse UTI infantil, dada a gravidade do caso. O plano de saúde, Amil Assis-tência Médica Internacional LTDA, foi provocado para realizar a transferência da criança, através de contato telefônico que durou quase 20 minutos por razão dos trâmites burocráticos para autorizar que o paciente fosse removido. No decorrer do tempo em que se manteve o contato telefônico, a criança faleceu, tornando desnecessária, por óbvio, a remoção. A sentença julgou improcedente o pedido. Já o acórdão deu provimento ao recurso de apelação dos recorrentes,

⁵² TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *Revista trimestral de direito civil*, v. 6, Rio de Janeiro: Padua, abril/junho/2001, p. 18.

nos seguintes termos extraídos da ementa: “Constatada culpa do plano de saúde que foi excessivamente burocrática e negligenciou o atendimento de emergência”. Em sede de recurso especial, o plano de saúde sustentou que não restou provado o nexo de causalidade entre o fato (atendimento do plano de saúde) e o dano (morte do menor), para configurar a responsabilidade civil. A Ministra Relatora aduziu, em voto vencido, que “Não pode subsistir dúvida de, na hipótese sob julgamento, estar caracterizada a multiplicidade de causas eficientes para a ocorrência do dano morte, não se podendo imputar à avó da criança a culpa exclusiva pelo evento e, tampouco considerar o descumprimento contratual da recorrente, representado pela ausência de atendimento médico-hospitalar no tempo adequado, causa única do falecimento do menor. Ocorre que, neste julgamento, qualquer uma das causas – queda da criança atingida com grave lesão perfurando o rosto ou a ausência de atendimento no tempo adequado pelo funcionário da recorrente, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da imediata remoção da vítima – são causas eficientes e não independentes donde emerge de modo inequívoco a obrigação de indenizar”.⁵⁴

4. DANOS INDENIZÁVEIS PELO MÉDICO E PELO HOSPITAL

O terceiro requisito para configuração da responsabilidade civil é o dano. Tradicionalmente entendido como a diminuição a um bem jurídico, costuma-se distinguir os danos em patrimoniais e extrapatrimoniais. Apesar de sua ampla consagração, a distinção entre dano moral e dano patrimonial encontra dificuldades porque, ao contrário do que a terminologia pode sugerir, não há linhas que inscrevam definitivamente situações jurídicas subjetivas somente no campo existencial ou no campo patrimonial.

Em especial, os contratos de prestação de serviços médicos costumam envolver diversos dos chamados direitos da personalidade; muitas vezes em parte o objeto de disposição por parte do próprio paciente – como na reprodução assistida e nos tratamentos experimentais – o que faz com que, em tese, não se possa identificar neles a aplicação do entendimento padrão de que “o mero inadimplemento contratual não gera danos morais”.⁵⁵

⁵⁴ STJ, 3ª T., REsp 539736. Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Filho, julg. 22/08/2006, publ. DJ 23/10/2006.

⁵⁵ Neste sentido, por exemplo, STJ, 3ª T., REsp 602001, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Dirleto, julg. 05/04/2005, publ. DJ 23/05/2005. Sobre o tema, v. MONTEIRO FILHO, Carlos

No mais das vezes, portanto, a responsabilidade médica e hospitalar tende a acarretar danos de natureza material e moral, cujo pleito indenizatório pode ser cumulado como já consagrado pela jurisprudência.⁵⁶ No entanto, apesar da cumulatividade, a diferenciação é necessária, pois a proteção prioritária à dignidade da pessoa humana pressupõe um tratamento qualitativamente diverso: as situações jurídicas subjetivas existenciais, a gerar, nas relações em exame, a diferenciação entre as normas que regem a responsabilidade por danos patrimoniais e extrapatrimoniais.⁵⁷

4.1. Danos patrimoniais indenizáveis

O dano patrimonial, em que pese menos polêmico que o extrapatrimonial, também revela desafios à sua identificação. Tradicionalmente é quantificado pela chama “teoria da diferença” que o liga à diminuição do patrimônio aferida de forma naturalística, resultado da diferença entre a situação do lesado antes do evento danoso e aquela que se verifica após a sua ocorrência. As críticas, contudo, no sentido de que esta teoria não explica todas as hipóteses de dano de forma precisa, conduziram à construção de uma noção normativa de dano, pela qual dano é a lesão a qualquer interesse jurídico digno de tutela.⁵⁸

Determinante para a quantificação do dever de indenizar, costuma-se dividir o dano patrimonial em duas parcelas, a partir do art. 402 do Código Civil. Primeiro, o chamado dano emergente, “o que efetivamente foi perdido”, indicado pela diminuição do ativo ou aumento do passivo. Assim, o custo com o tratamento médico frustrado, com a internação hospitalar mal sucedida, com remédios utilizados para amenizar o mal ocorrido.

Além deste, o chamado lucro cessante é “o que razoavelmente deixou de ganhar”. Primeiramente, destaca Gisela Sampaio da Cruz que, para a distinção entre as duas parcelas não se pode recorrer aqui apenas a um critério temporal

Edison do Régo. *Danos extrapatrimoniais na responsabilidade civil contratual*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2005.

⁵⁶ STJ, Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 34.

⁵⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. *A reparação dos lucros cessantes no direito brasileiro: do bom senso à incidência do postulado normativo da razoabilidade*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2005, p. 27.

(que damage danos presentes e futuros) ou econômico (que define os lucros, os custos como a utilidade de que a vítima ainda não podia dispor, quando é imediatamente possível a cessação de créditos futuros), sendo necessária a apuração através de um critério funcional (reparar não apenas a diminuição (no parentesco da vítima, mas também o não aumento)."

Em segundo lugar, é importante lembrar que não se cuida nesta segunda parcela de um lucro imaginário, mas daquele decorrente do curso normal dos fatos e circunstâncias especiais do caso concreto, pautado por um critério de objetiva probabilidade.²⁰ A questão se revela especialmente problemática quando se tem em vista a lesão corporal a trabalhador autônomo ou sem atividade remunerada (estudante, dona de casa). Por exemplo, no caso de perda de filho menor de idade, o entendimento pacificado na jurisprudência é de que somente é presumido o lucro cessante – consistente na colaboração financeira que o filho traria com seu trabalho à família – em se tratando de família de baixa renda, pois em família de posses os filhos não costumam auxiliar na economia familiar.²¹

Da mesma forma, para indenizar a vítima sem produzir enriquecimento sem causa, a determinação do que normalmente acontece deve levar em conta o aspecto individual do caso e, ainda, computar despesas operacionais e gastos e descontar eventuais benefícios obtidos pela vítima em virtude do dano (compenso *lucri cum damno*).²²

Ainda nesta seara, vem recebendo ampla acolhida no Brasil o entendimento, também, como parcela do dano patrimonial indenizável, da chamada "perda da chance". De origem francesa ("perte d'une chance"), esta teoria defende

²⁰ CRUZ, Síndia Sampaio da. *A reparação do dano futuro: reflexos no direito brasileiro, à luz da teoria da indenização do prejuízo normativo da vulnerabilidade*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2005, p. 33-40.

²¹ SCHEFFLER, Anderson. *TRPILINO*. Gustavo Córdes (coord.), volume IV. São Paulo: Atlas, 2008, p. 171.

²² Por exemplo, STJ, 4ª T., REsp 1090810, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 20/04/2010, publ. DJe 17-05-2010.

²³ CRUZ, Síndia Sampaio da. *A reparação do dano futuro: reflexos no direito brasileiro, à luz da teoria da indenização do prejuízo normativo da vulnerabilidade*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2005, p. 235. A jurisprudência, contudo, tem se orientado no sentido de ser possível a cumulação entre o ressarcimento da indenização civil com o benefício previdenciário, diante da diferença de fontes (STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1118876, Rel. Ministro Sídney Brauner, julgado em 09/02/2010, publ. DJe 24-02/2010).

ser passível de indenização especial as situações nas quais o paciente tem a vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Repita-se, todavia, ser preciso que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.²⁴

Com relação à atividade médica, a teoria da perda de uma chance também se apresenta sob determinação diversa, ou melhor, mais qualificada: trata-se da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência. Nesses casos, a indenização seria determinada pela "perda de uma chance de resultado favorável no tratamento",²⁵ e não precisamente pelo dano sofrido. Isso significa que a referência teórica se aplica quando a atuação médica impossibilitou que o paciente gozasse de uma alternativa que o levasse ao sucesso terapêutico.

Nesse sentido, merece destaque o caso em que se analisou a teoria da perda de uma chance na situação de falecimento de uma paciente de 70 anos, após a realização de cirurgia, na qual o médico teria agido com negligência ao efetuar procedimento cirúrgico sem a presença de acompanhamento profissional especializado na área de cardiologia que, segundo a parte autora, poderia ter contribuído para reduzir o risco de ocorrência de complicações provenientes do pós-operatório e evitado a morte da paciente.

Em primeira instância, julgou-se impropriedade o pedido, sob o fundamento de que as provas produzidas nos autos não permitem atribuir ao médico a responsabilidade pelos danos sofridos pelo autor, tendo em vista que a conduta do médico foi perfeitamente condizente com as exigências circunstanciais; e que a culpa estaria atlastada quando surgem complicações dependentes da condição clínica da paciente, que teve indicação cirúrgica necessária. A apelação, que reformou a sentença, julgou procedente o pedido:

Evidenciado que, no período pré-operatório, o médico foi imprudente, ao não adotar as cautelas necessárias, considerando o quadro clínico peculiar da paciente, e restando caracterizada a negligência na fase pós-operatória, mas não sendo possível imputar, de modo direto, o evento morte à sua conduta, aplica-se ao caso a teoria da perda de uma chance. Havendo a hipótese de que, tomadas todas as medidas possíveis para reduzir os riscos da cirurgia, e compreendidos todos os cuidados no pós-operatório, o falecimento não ocorreria, impõe-se a condenação do profissional da área da saúde.

²⁴ CAVALLERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 95.

²⁵ CAVALLERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79.

Em sede de Recurso Especial, julgou-se improcedente a ação de indenização, pois o Tribunal de origem, ao analisar a relação entre a conduta do médico e a morte da paciente fundamentou sua decisão na possibilidade de que uma atuação diversa do médico possivelmente transformaria o resultado final do evento, mas em momento algum restou comprovada a probabilidade de que isto pudesse acontecer. O Min. Relator assinalou na decisão recorrida o equívoco dos fundamentos, afastando a perda de uma chance no caso em tela:

O resultado morte poderia ter sido evitado caso tivesse havido acompanhamento prévio e contínuo de cardiologista, caso tivesse havido acompanhamento médico mais próximo, no período pós-operatório? Não há como fazer qualquer afirmação. Mas é possível que sim.⁶⁴

A consideração feita pelo Ministro Relator é de suma importância, porque não é suficiente uma remota possibilidade de resultado diverso. Se a teoria tem aplicação quando não é possível provar cabalmente o nexo causal entre a ação ou omissão e o resultado danoso e, além disso, se a sua fundamentação teórica relaciona-se com uma apreciação em abstrato, baseada na probabilidade, é necessário, para se assegurar um patamar mínimo e inafastável de segurança jurídica, que tal probabilidade seja real, ou seja, que se possa verificar que a chance perdida tenha representatividade.⁶⁵

Curiosamente, trata-se de hipótese que mais adequadamente se enquadraria na categoria dos danos emergentes, uma vez que o valor da oportunidade – que é o que será indenizado – já se encontra integrada ao patrimônio da vítima. A distinção entre perda da chance e os tradicionais lucros cessantes – sacada por Gisela Sampaio da Cruz:

Enquanto nos lucros cessantes a probabilidade é utilizada para se verificar se os supostos prejuízos sofridos pela vítima são, de fato, os lucros que ela normalmente extrairia daquela atividade, na perda de uma chance, embora a doutrina também se refina a cálculos probabilísticos, o que se faz, a rigor, é utilizar a ciência estatística para se chegar ao valor da chance perdida – calcula-se tal valor com base na probabilidade de o resultado final vir a ocorrer.⁶⁶

⁶⁴ STJ, 3ª T., RESP 1104665, Rel. Min. Massami Uyeda, julg. 09.06.09, publ. DJ 04/08/2009.

⁶⁵ Para SAVI, Sérgio, *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 80, somente se verifica esta representatividade se a chance for superior a 50%. Em outro sentido, v. SILVA, Rafael Peleffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007.

⁶⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. *A reparação dos lucros cessantes no direito brasileiro: do bom senso à incidência do postulado normativo da razoabilidade*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2005, p. 77.

4.2. Danos extrapatrimoniais indenizáveis

Não apenas a diminuição de bens jurídicos do patrimônio do paciente são indenizáveis, mas também as lesões que afetem bens de caráter extrapatrimonial. A partir da consagração, no texto constitucional (CF, art. 5º, V e X), da possibilidade de pleitear indenização pelos danos morais, esta se tornou a mais freqüente demanda na seara da responsabilidade civil médica. As contravérsias, contudo, são extensas, tanto quanto ao seu conceito, como quanto à quantificação da indenização.

No tocante ao conceito, a partir do embate entre uma corrente dita subjetiva, que o define como o efeito da lesão a um interesse juridicamente protegido, normalmente traduzido na consagrada expressão “dor, tristeza, vexame, humilhação”,⁶⁷ criticada pela falta de precisão jurídica, e uma corrente dita objetiva, que prefere definir dano moral como a lesão a um direito da personalidade,⁶⁸ criticada por limitar-se à estrutura típica de direito subjetivo,⁶⁹ nasceu a corrente que o

⁶⁷ Nesta corrente, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 40; BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por dano moral*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 35; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 729; e DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 67.

⁶⁸ Nesta outra linha, GOMES, Orlando. *Obrigações*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 271; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 75-76; e LOBO, Paulo Luiz Neto. Danos morais e direitos da personalidade. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 6. Rio de Janeiro: abr./jun. 2001, p. 76. Como indica Maria Celina Bodin de Moraes (*Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 156-157), a jurisprudência tem usado as duas definições, reparando tanto o dano moral subjetivo como o objetivo. Neste sentido, a decisão da Terceira Turma do STJ de restabelecer a condenação de uma fundação de seguridade social e uma clínica conveniada ao pagamento de indenização por danos morais a uma criança de três anos de idade, por deficiência na prestação do serviço de assistência e recusa na realização de exame radiológico. A Turma entendeu que o fato da ofendida ser menor de idade não faria diferença na concessão do benefício (STJ, 3ª T., RESP 1037759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 23/02/2010, publ. DJe 05/03/2010).

⁶⁹ A utilização da estrutura do direito subjetivo para a tutela da personalidade é objeto de crítica de PERLINGIERI, Pietro: “A esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do ‘ter’”. Na categoria do ‘ser’ não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. [...] A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido” (Perfs., cit., pp. 155-156).

define a partir dos princípios constitucionais: dano moral é a lesão à dignidade da pessoa humana.⁷⁰

A preocupação aqui é, embora garantindo que tudo aquilo que atinja a pessoa em sua personalidade seja reparado, não se banalize o pleito ressarcitório, conduzindo sua solução à apreciação subjetiva do juiz, gerando arbitrariedade e insegurança jurídica. Referido através de parâmetros jurídicos, ainda que extremamente amplos, a discussão ganha em cientificidade e deixa de se resumir ao efeito dano, à verificação de se houve ou não sofrimento.

Ao referir-se ao princípio da dignidade humana, o conceito ganha a amplitude necessária, podendo ser produzido por qualquer qualquer dos seus vários aspectos: integridade psicofísica, privacidade, liberdade, honra etc. Evita-se, assim, a sua pulverização em diversas categorias de danos extrapatrimoniais, como ocorreu em outros ordenamentos, tratando-se simplesmente de evidenciar, no caso concreto, os diversos aspectos atingidos, de forma a determinar a extensão do dano sofrido.⁷¹

Neste sentido, merece crítica a posição amplamente aceita, consistente em diferenciar os danos morais dos chamados danos estéticos.⁷² O dano estético teria como característica marcante a visibilidade de uma alteração morfológica, em virtude da qual o sofrimento e o desagrado da própria

⁷⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188, leciona: "A importância de conceituar o dano moral como a lesão à dignidade humana pode ser medida pelas consequências que gera, a seguir enunciadas. Assim, o primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum 'direito subjetivo' da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um 'interesse não patrimonial') em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação."

A definição aqui esboçada parece ser mais útil quando se tratar de verificar, nas concretas circunstâncias, a presença ou ausência do dano moral. De fato, não seria toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejaria a reparação, as apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais [...].⁷¹

⁷² Sobre o tema, v. MARTINS-COSTA, Judith H. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, n. 789. São Paulo, jul. de 2001, p. 21-47.

⁷³ Este o teor do enunciado de súmula da jurisprudência do STJ de n. 387: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral".

vítima seria potencializado pela repulsa daquele o vê.⁷³ E seria esse o traço distintivo entre o dano moral e o estético, pois enquanto o primeiro produziria incalculáveis infortúnios de ordem muito mais subjetiva do que objetiva, o segundo possuiria uma inevitável projeção social. Neste sentido, nos termos da jurisprudência: "o estético, embora conceito subjetivo, guarda um parâmetro de normalidade, assim, para fins de avaliação da deformidade abdominal da autora, bastaria se indagar se causam repulsa ao homem médio. A resposta afirmativa se impõe."⁷⁴

É preciso ressaltar, todavia, que a lesão estética é contemplada pela integridade psicofísica, sendo indiferente para a qualificação do dano se as repercussões negativas que dele decorrem se dão unicamente na esfera psíquica da pessoa ou se projetam, tornando-se visíveis e repugnantes aos olhos de quem a vê. Nesse sentido, parece lícito afirmar que a lesão estética seria uma espécie geradora do dano moral, e não uma espécie diferente de dano. A partir daí, pode-se sustentar que dadas as peculiaridades desse tipo de lesão, seria ela uma qualificadora importante no momento do arbitramento do dano moral, que deveria ser fixado em quantia mais elevada nas hipóteses de deformidades físicas.⁷⁵

O mesmo raciocínio pode ser imputado ao denominado "lucro cessante do dano moral", nomenclatura a ser repudiada pela nítida conotação patrimonial que traz à tutela de uma situação jurídica subjetiva existencial. Também chamado "dano de afirmação pessoal", "dano à vida de relação", "prejuízo à vida lúdica", "perda da alegria de viver", "privação de satisfações da vida", este seria o "dano decorrente não só da privação de prazeres e atividades lúdicas que a vítima desenvolvia, em particular, mas também pela perda da pos-

⁷³ Sobre o tema, v. RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 238 e ss.

⁷⁴ TJRJ, 12ª C.C., Ap. Cível. 0117162-43.2002.8.19.0001, Rel. Des. Cherubin Schwartz, julg. 20.04.2010: "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. CIRURGIA ESTÉTICA. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. ERRO MÉDICO. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO NÃO OBTIDO. CULPA PRESUMIDA. Responde o profissional médico pelos danos experimentados pela paciente, decorrentes do resultado insatisfatório. Danos materiais, morais e estéticos arbitrados em consonância com os ditames da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso a que se nega seguimento, na forma do art. 557 do CPC".

⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 101-102.

abilidade de desenvolver certa atividade social, importante para o lesado".⁷⁶ Trata-se também de um aspecto do dano sofrido, a ser utilizado para determinar a extensão do dano, e não uma outra categoria.

De fato, outro ponto controverso no tocante ao dano extrapatrimonial diz respeito à determinação de sua extensão. Como quantificar o prejuízo sofrido? A arbitrariedade aqui envolve tanto a determinação se há ou não dano indenizável como o valor da indenização a ser paga pelo ofensor, faltando também parâmetros científicos para sua aferição.

Além das invocações genéricas e sem conteúdo de que a indenização não pode gerar enriquecimento sem causa para a vítima e de que deve ser fixada pelo juiz com respeito ao princípio da razoabilidade, os critérios normalmente empregados pela jurisprudência são a gravidade ou extensão do dano, o grau de culpa do agente, a situação econômica do ofensor e as condições do ofendido.⁷⁷

A extensão do dano é o critério padrão para toda indenização, reputando-se sua gravidade, no caso do dano extrapatrimonial, pela intensidade e extensão da lesão sofrida na dignidade da pessoa.⁷⁸ Esta parcela do dano se costuma reputar *in re ipsa*, no sentido de não necessitar de prova específica: o fato ocorrido a qualquer paciente naquelas circunstâncias causaria um dano daquela extensão, conforme se depreende das similitudes e da empatia existente entre os seres humanos que vivem em sociedade.⁷⁹

A consideração das condições pessoais do ofendido servem a individualizar o dano sofrido, destacando as peculiaridades daquele sujeito para avaliar em que medida a sua dignidade foi efetivamente ofendida. Esta parcela já

⁷⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. *A reparação dos lucros cessantes no direito brasileiro: do bom senso à incidência do postulado normativo da razoabilidade*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2005, p. 44.

⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no Código Civil. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 12. Rio de Janeiro: out./dez. 2002, p. 10. Na jurisprudência, por exemplo, STJ, 4ª T., REsp 243.093, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 14/03/2000, publ. DJ 18/09/2000; e STJ, 4ª T., REsp 265.133, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 19/09/2000, publ. DJ 23/10/2000.

⁷⁸ Wesley de Oliveira Louzada Bernardo destaca que utilizar a extensão do dano como parâmetro não significa afirmar a sua correspondência ao valor da indenização, sob pena de qualificá-lo como *pretium doloris* (*Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 165).

⁷⁹ Sobre as presunções firmadas jurisprudencialmente, v. LÓBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista trimestral de direito civil*, v. 6. Rio de Janeiro: abr./jun. 2001, p. 80.

depende de prova, uma vez que serve a diferenciar o dano que qualquer pessoa, pelo simples fato de ser pessoa, teria sofrido naquela situação, do dano que aquela pessoa específica, tendo em vista sua individualidade única e sem igual, efetivamente sofreu. Neste sentido, exemplifica Pietro Perlingieri:

Assim, especial será o dano ao ouvido de um esportista ainda que não profissional que ama nadar ou para quem se dilata a ouvir música; assim como será especial o dano na perna de quem mora um dos últimos andares de um edifício sem elevador. A avaliação prescinde do rendimento individual ou pro capite e concentra-se nas consequências que o dano produz nas manifestações da pessoa como mundo de costumes da vida, de equilíbrios e de realizações interiores.⁸⁰

A consideração das condições pessoais do paciente não deve ser confundida com a consideração de suas condições econômicas. Estas jamais devem ser levadas em conta na fixação do dano extrapatrimonial, sob pena de violação ao princípio da igualdade ao vincular o valor da dignidade ao valor do patrimônio da vítima. As condições econômicas só podem ser levadas em conta para quantificação do lucro cessante na indenização por dano patrimonial.⁸¹

Já a situação econômica do ofensor e, principalmente, o seu grau de culpa são critérios que servem para conferir à indenização por dano moral um efeito punitivo, de desestímulo ao ofensor para que não cometa novas ofensas.⁸² Diversos problemas, contudo, podem ser atribuídos à imposição deste caráter punitivo à indenização por dano moral: uma vez não previsto em lei, significa punição sem prévia cominação, confere um cheque em branco para o juiz cível ferir o princípio criminal da tipicidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*); vários atos geradores de dano moral também são crimes, o que acarreta um *bis in idem*, especialmente com a previsão de sanção pecuniária no direito penal (L. 9.714/98), tramitando na vara cível, a ação segue os mecanismos processuais (recursais) do direito civil, sem as garantias típicas do procedimento penal; o efeito punitivo é mitigado no âmbito civil porque nem sempre o responsável é

⁸⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 74.

⁸¹ Em sentido contrário, STJ, 4ª T., REsp 135202, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 19/05/1998, publ. DJ 03/08/1998 p. 244.

⁸² SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no Código Civil. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 12. Rio de Janeiro: out./dez. 2002, p. 12. V. ainda BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 170-171 e p. 182 e KONDER, Carlos Nelson. Critérios para a reparação do dano moral. *Direito, Estado e Sociedade* – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 18. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jan./jul. 2001, pp. 47-58.

o culpado, como nos casos de seguro de dano; enfim, mistura-se reparação com punição, enquanto a punição considera dano causado, e não sofrido, o que não condiz com a responsabilidade civil.⁸³

5. AUTONOMIA DO PACIENTE, CONSENTIMENTO INFORMADO E EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE

Para concluir este panorama, é necessário ter em mente a importância que assumiu, na responsabilidade civil médica e hospitalar, o consentimento informado.⁸⁴ Como se viu, o parâmetro mais pacífico para ensejar a responsabilidade é a violação do dever de informar, por ferir a boa-fé, privando o paciente da possibilidade de exercer, de forma plena, sua liberdade de escolha.

De fato, em que pese ser consumidor, portanto vulnerável, o paciente deve ter resguardada sua autonomia. Não é pelo fato de encontrar-se premido pelas circunstâncias, que envolvem a debilidade de sua própria saúde, que deve o paciente ser privado da possibilidade de decidir o caminho a trilhar. Estando capacitado para os atos da vida civil, permanece o paciente livre para optar pelo tratamento – ou por não se tratar – como reconhece o próprio Código Civil em seu art. 15⁸⁵ e decorre da liberdade existencial garantida constitucionalmente.

Nesta esfera, a manifestação autônoma do paciente reveste-se de forma especial, denominada normalmente “consentimento informado” ou “consentimento livre e esclarecido”, de maneira a, diante da condição necessariamente hipossuficiente em alto grau do paciente,⁸⁶ demandar uma série de medidas

⁸³ Os problemas são listados por BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 258 e ss. Em outra linha, v. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 123-172.

⁸⁴ V. a respeito do tema, RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Paraná: Jurná, 2008.

⁸⁵ CC, art. 15: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

⁸⁶ No paciente, além de comumente presentes outras modalidades, sempre existe a hipossuficiência técnica (o “não possuir aquele saber específico”), especialmente no nosso modelo de medicina, em que persiste historicamente impregnado o paternalismo médico. V. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; TELXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In.: Carmen Lucia Silveira Ramos (org.) *et al.*, *Dialogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 347-377.

impor ao médico uma postura ativa e interrogante, com vistas a verificar o porfeito entendimento do paciente, considerando suas características específicas. O consentimento é visto como um processo, e não um evento isolado, consolidado em uma relação dialogante. A boa-fé objetiva atua aqui com força especial, impondo a lealdade e confiança recíprocas, sendo ainda mais essencial o dever de informar, característica que é de um modelo de cooperação mútua que substitui o de sujeitos antagônicos do sinalagma contratual liberal.⁸⁷

Tendo isto em vista, é possível conceituar o consentimento livre e esclarecido como a anuência, livre de vícios, do paciente, após explicação completa e pormenorizada sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, possíveis males, riscos e benefícios, métodos alternativos existentes e nível de confidencialidade dos dados, assim como de sua liberdade total para recusar ou interromper o procedimento em qualquer momento; tendo o profissional a obrigação de informá-lo em linguagem adequada (não técnica) para que ele a compreenda.⁸⁸

Diante do consentimento livre e esclarecido do paciente, a superveniência do dano cujo risco fora voluntariamente assumido pelo paciente, em princípio, não pode ser idôneo a ensejar a responsabilidade do médico ou do hospital. Entender em outro sentido significaria incidir em um equivocado paternalismo, incompatível com nossa ordem constitucional.⁸⁹ Neste sentido, explica Eros Roberto Grau:

A interpretação das normas do CDC, no que concerne à matéria de que ora tratamos, parte dessa ratio: possibilitar ao consumidor conhecer e, com base nesse conhecimento, optar por adquirir ou não adquirir um produto, escolher entre uma ou outra marca – daí a idéia de livre escolha do consumidor, disposta no seu art. 6º, II. A partir do momento em que o consumidor domina as informações quantitativa e qualitativamente necessárias para orientar a opção consciente de comprar (ou de não comprar), o sistema assume que o adquirente tem responsabilidade pela escolha.⁹⁰

⁸⁷ Cf. NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional da boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 251 e ss.

⁸⁸ KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos *war-nabes*. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, n. 15, jul.-set./2003, pp. 61.

⁸⁹ Para um aprofundamento no tema, v. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 183-206.

⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. Comércio de cigarros. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 326.

Portanto, identifica-se na adequada informação e concordância do paciente – isto é, no consentimento livre e esclarecido – um excelente parâmetro objetivo para verificação da responsabilidade civil médica e hospitalar: a ausência de consentimento informado é, por si só, uma comprovação da inadequada prestação do serviço, enquanto sua existência serve, em princípio, para indicar que o paciente livremente assumiu aquele risco, não podendo transferir agora a responsabilidade a terceiros. Concilia-se, assim, a proteção do paciente com o respeito à sua autonomia e, ao mesmo tempo, controla-se de forma objetiva o afluxo de pleitos indenizatórios.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*, 3. ed., Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965, p. 315/316.
BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do Código Civil. *Revista da Emerj*, n. 42. Rio de Janeiro, 2008, p. 227-249.
BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil médica no Brasil. *Revista trimestral de direito civil*, v. 19. Rio de Janeiro: jul./set. 2004, p. 49-64.
BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por dano moral*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 317-342.
_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Na medida da pessoa hu*
Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 381-421.
_____. Uma aplicação do princípio da liberdade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 183-206.
CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juzados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
CAVALIERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
COMPARATO, Fabio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *Revista dos Tribunais*, n. 386. São Paulo, dez. de 1967, p. 26-35.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *A reparação dos lucros cessantes no direito brasileiro: do bom senso à incidência do postulado normativo da razoabilidade*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2005.

_____. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 173.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GOMES, Orlando. *Obrigações*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Comércio de cigarros. O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. *Revista trimestral de direito civil*, n. 29. Rio de Janeiro: jan./mar. de 2007, p. 3-34.

_____. Critérios para a reparação do dano moral. *Direito, Estado e Sociedade* – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 18. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jan./jul. 2001, pp. 47-58

_____. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil* – RTDC, n. 15, jul.-set./2003.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 6. Rio de Janeiro: abr./jun. 2001.

MARTINS-COSTA, Judith H. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, n. 789. São Paulo, jul. de 2001, p. 21-47.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: Carmen Lucia Silveira Ramos (org.) *et al., Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; pp. 347-377.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 63. Rio de Janeiro, 2008, p. 69-94.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MULHOLLAND, Catlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional da boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Paraná: Juruá, 2008.

RENTERIA, Pablo. *A relevancia da distinção entre obrigações de meios e de resultado. Dissertação de mestrado*. Rio de Janeiro: UERJ, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no Código Civil. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 12. Rio de Janeiro: out./dez. 2002.

Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista trimestral de direito civil*, n. 22. Rio de Janeiro: abr/jun, 2005.

Novos paradigmas da responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil comentado*, vol. IV. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. *Temas de direito civil*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

A responsabilidade civil nos contratos de turismo. *Temas de direito civil*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Temas de direito civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista trimestral de direito civil*, v. 6. Rio de Janeiro: Padua, abril/junho/2001, p. 18.

COMITÊS DE BIOÉTICA: CAMINHOS PARA EVITAR CONFLITOS MÉDICOS E JURÍDICOS

Maria Carla Bostianci¹

I. INTRODUÇÃO; II. A FUNÇÃO DOS COMITÊS DE BIOÉTICA FRENTE AOS CONFLITOS; A) OS COMITÊS DE BIOÉTICA E O ASSESSORAMENTO OPERATIVO; B) OS COMITÊS DE BIOÉTICA E SUA FUNÇÃO EDUCATIVA; C) OS COMITÊS DE BIOÉTICA COMO ESPAÇO DE DIÁLOGO; 3. REFLEXÕES FINAIS; 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Quando faz-se referência aos conflitos médicos e jurídicos que atualmente se apresentam aos Comitês de Bioética², não se pode deixar de lado a evolução que a relação médico-paciente teve a partir do nascimento da bioética mundial, são substancialmente diferentes às que serviram de marco às tabelicidas pelo médico da família do fim do século XIX e princípio século XX. Antes, a mesma se caracterizava pelo seu corte assimétrico, ternalista, em que, por um lado se encontrava um paciente em uma situação de necessidade e ignorância e, por outro lado, o médico a quem o paciente buscava ajuda competente.

¹ Advogada Especialista em Responsabilidade Civil pela Universidade de Buenos Aires, Professora e Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Mar del Plata, membro pleno do Comité de Bioética dos Hospitais Provinciais Interzonal Especializado em Pediatria Infantil e Geral de Agudos de Mar del Plata.

² Brevemente pode se definir aos mesmos como "instâncias ou estruturas de diálogo e decisão ética, que assumem a responsabilidade de tentar esclarecer e resolver racional ou razoavelmente conflitos de valores que se apresentam na investigação ou na prática clínica". Conf. BOSTIANCI, María Carla. "Generalidades de los Comités de Bioética y su utilidad como medio preventivo de los procesos judiciales y éticos". *Revista Médico-Legal*, Enero-Marzo de 2003, pág. 65.