

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO E DO ARTIGO 14º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOBRE A ATIVIDADE HOSPITALAR

Ernesto BELTRAMI FILHO*

RESUMO

Este trabalho visa discutir a aplicação da teoria do risco e do artigo 14º do Código de Defesa do Consumidor sobre a atividade hospitalar. Na análise do autor, a aplicação da norma que dispõe sobre referida teoria deve levar em conta se a atividade profissional impõe risco a outrem e, se decorre de norma específica à área da saúde.

ABSTRACT

The present study aims to discuss the application of the Risk Theory and the 14th article of the Consumer Rights Code regarding hospital activities. Under the author analysis, the application of the rules which deal with the Risk Theory, must consider if the professional activity implies risk to other ones and also if the application of these rules emanate from a specific regulation of the health field

I - INTRODUÇÃO

No que compete exclusivamente ao presente estudo, procuro debater a responsabilidade civil das instituições hospitalares, e a aplicação dos princípios da teoria do risco segundo o Código de Defesa do Consumidor.

O que se tem observado, após o advento do Código de Defesa do Consumidor é a aplicação quase que irrestrita da teoria do risco sobre as empresas fornecedoras de serviço, já que o artigo 14 dispõe que "...O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores...".

Este breve estudo visa demonstrar que, para aplicação do referido dispositivo consumerista, deve ser verificado se a atividade fim, por si só, impõe risco a integridade física da pessoa.

Ainda na análise do autor, para a aplicação da teoria do risco da atividade, não basta o artigo em análise dizer que o fornecedor de serviço responde independentemente da existência de culpa (dispositivo genérico), já que se faz necessária lei específica à atividade desenvolvida, e que esta disponha sobre a responsabilidade independentemente de culpa, a exemplo do que se verifica na Lei 2681/12 (transporte de pessoas e coisas), Lei 6543/77 (responsabilidade civil por danos nucleares), etc.

Segundo o autor, há distinção entre risco do procedimento, e atividade de risco, e, portanto devem ser tratados de forma diversa.

O direito médico na verdade desafia os tribunais brasileiros, já que ao apreciar o caso concreto e aplicar o direito, deve ser considerado o imponderável, bem como que cada indivíduo se traduz num universo individual, livre, soberano sobre si mesmo e criador de realidades pessoais.

* Advogado, Catedrático da Academia Nac. de Seguros e Previdência.

Tudo isto, que seguramente exerce influência sobre o prognóstico, diagnóstico e terapia adotada.

II – ASPECTOS GERAIS

As atividades profissionais carregam em si responsabilidade, e segundo a doutrina de José de Aguiar Dias, “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas.”

Várias são, pois, as significações. Os que se fundam na doutrina do livre- arbítrio, pondera o emitente Pontes de Miranda, sustentam uma aceção que repugna à ciência. Outros se baseiam na distinção, aliás bem vaga e imprecisa, entre psicologia normal e patológica. Resta rigorosamente sociológica, a noção da responsabilidade como aspecto da realidade social. Decorre dos fatos sociais, é o fato social. Os julgamentos de responsabilidade (por exemplo: a condenação do assassino ou do ladrão, do membro da família que a desonrou) são “reflexos individuais, psicológicos, do fato exterior social, objetivo, que é a *relação de responsabilidade*. Das relações de responsabilidade, a investigação científica chega ao conceito de *personalidade*. Com efeito, não se concebem nem a sanção, nem a indenização, nem a recompensa, sem o indivíduo que as deva receber, como seu ponto de aplicação, ou seja, o sujeito passivo, ou paciente”¹

O mestre Washington de Barros Monteiro na sua magistral obra afirma que “Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos. Assim dispõe o Código Civil no art. 1.056.”²

Por sua vez, o prestigiado Wilson Melo da Silva, nos ensina “Emmanuel Levy, estribado na culpa (pelo menos nominalmente), esclarece que há obrigação de indenizar sempre que alguém é enganado na confiança que, para agir, necessita de ter sempre em seus semelhantes. De um modo geral, consoante esse autor, são responsáveis para conosco, na medida em que temos a necessidade de ter confiança neles, todos aqueles que, por uma traição a isso, nos levaram a danos. E, inversamente, na medida em que somos obrigados a confiar em nós mesmos para agir, nós não podemos ser considerados responsáveis para com terceiros.”³

Não se pode negar que determinadas atividades profissionais, pela sua natureza, carregam maior ou menor potencialidade de risco, a tal ponto de existirem normas especiais, que tornam expressa a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva, a exemplo da Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro, Responsabilidade Civil por danos nucleares, etc.

Algumas atividades profissionais estão em evidência no cenário do Poder Judiciário ante a evolução do direito, em especial do instituto da responsabilidade civil, notadamente porque a parte lesada tem buscado o legítimo interesse da tutela jurisdicional.

A atividade médica e hospitalar são exemplos de destaque no cenário do Poder Judiciário, universitário, jornalístico, etc., notadamente pela complexidade e especificidade que envolve.

A atividade que me refiro e que interessa ao presente estudo é a que exerce os hospitais, já que o cidadão no mundo moderno conhece o seu direito de reclamar quando da ocorrência de má prestação de serviço, tendo como grande marco inicial a constituição federal de 1988 e, pouco tempo depois, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), e mais recentemente, o artigo 927 do Código Civil em especial, notadamente o seu parágrafo único como se verá mais adiante.

Outras atividades, todavia, por não acarretarem grande risco aos direitos alheios, são tratados segundo o regramento probatório, o qual prevê, para a assunção da responsabilidade, a existência do dano, a verificação do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o evento danoso.

Enquanto a teoria objetiva é baseada no risco e não no dano (presume-se culpado o devedor), na subjetiva deve ser demonstrada como dito acima, mesmo tratando-se de profissionais liberais, segundo dispõe o Código de Defesa do Consumidor, artigo 14º § 4º mais adiante apresentada.

Portanto, o Brasil adota o regime da responsabilidade civil decorrente da norma geral (Código Civil) e, ao mesmo tempo, o direito excepcional editado por diversas normas específicas (Código de Defesa do Consumidor, Código Brasileiro de Aeronáutica, etc.)

A relação começa desde antes da concepção final do contrato, o que se denomina de período pré-contratual, a qual deve ser norteada pelos princípios da boa-fé e lealdade.

¹ MIRANDA, Pontes de, Tratado de Direito privado, 2ª edição, RJ 1966

² MONTEIRO, Washington de Barros, Direito das Obrigações, 18ª edição

³ SILVA, Wilson Melo, Responsabilidade sem culpa, 2ª edição

Isto significa dizer, que as partes contratantes devem agir de forma incensurável e segundo as regras dos usos e costumes, sob pena de rompimento por quaisquer delas.

Interessa ao presente estudo evidenciar que, segundo Laudelino Freire o erro profissional ou de ofício “Aquele que se comete na matéria que se professa ou no cargo que se exerce, por engano, descuido, ignorância ou inaptidão.”⁴

E arremata o mestre Cunha Gonçalves “Juízo incorreto acerca de uma coisa, de um fato, ou de uma pessoa, derivado da ignorância ou do imperfeito conhecimento da realidade das circunstâncias concretas ou dos princípios jurídicos aplicáveis.”.

No sistema civil brasileiro, o erro profissional incide sobre dois campos distintos de responsabilidade: a objetiva e a subjetiva ou extracontratual.

Segundo o Professor Moacyr de Oliveira “Em certos contratos *intuitu personae*, à base de confiança e idoneidade profissional, de que é exemplo o mandato, a lei civil recomenda o uso de diligência habitual em sua execução, como se o negócio fora do próprio mandatário (art. 1300). (...) “O grau de diligência de que há de responder o prestador determina-se pela relação contratual, tendo em conta o grau de cultura, os conhecimentos técnicos necessários para executar o trabalho e os dotes e qualidades do devedor, que o patrão conhece ou fosse obrigado a conhecer”⁵

III- RESPONSABILIDADE OBJETIVA E DA ATIVIDADE DE RISCO

Pela teoria da responsabilidade objetiva, ou sem culpa, assim denominada por muitos doutrinadores, o fator culpa não se mostra relevante, já que o agente causador do dano é obrigado a indenizar somente pela causação do prejuízo, sem se perquirir sobre a sua responsabilidade.

Basta à demonstração da relação de causalidade entre o dano e seu causador, e a conseqüente obrigação de indenizar, cuja aplicação se observa sobre diversas atividades profissionais.

Como visto sucintamente acima, existem atividades que pela sua natureza carregam para si maior potencialidade de risco de dano outrem, ou ainda “...quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (§ único, art. 927 Código Civil).

No Brasil contemporâneo existem diversas normas que aplicam o princípio da responsabilidade objetiva, como se vê do Decreto 2.681/1912 (responsabilidade civil das estradas de ferro), Lei nº 6.453/77 (responsabilidade Civil por danos nucleares), Código Brasileiro de Aeronáutico, etc.

Com muita percepção o professor e jurista, J. J. Calmon de Passos afirma que “Os proveitos e vantagens do mundo tecnológico são postos num dos pratos da balança. No outro, a necessidade de o vitimado em benefício de todos poder responsabilizar alguém, em que pese o coletivo da culpa. O desafio é como equilibra-los. Nessas circunstâncias, fala-se em responsabilidade objetiva e elabora-se a teoria do risco, dando-se ênfase à mera relação de causalidade, abstraindo-se, inclusive, tanto da ilicitude do ato quanto da existência de culpa”.⁶

O Código Civil de 2002, que passou a vigorar em 10 de janeiro de 2003, ensina através do artigo 927 § único, que haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente* de culpa, na linha da responsabilidade objetiva, nos casos especificados em lei ou, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, *risco para os direitos de outrem*.

Quanto a primeira hipótese, basta ao visualizar os casos de responsabilidade objetiva na legislação especial ou extravagante (Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro, (Decreto 2.681/12), Responsabilidade Civil por danos nucleares, ou na própria Constituição Federal. Por isto, a responsabilidade objetiva também é chamada de responsabilidade pelo risco (teoria do risco).

O Código de Defesa Consumidor adota a teoria do risco, mas ao mesmo tempo admite a exceção quando o ato comissivo ou omissivo for praticado por profissionais liberais (art. 14 § 4º).

O artigo 12 contido no Código de Defesa do Consumidor adota a teoria da responsabilidade independentemente de culpa, quando se tratar de fabricante, produtor, construtor nacional ou estrangeiro, e o importador por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos dentre outras hipóteses.

Assim, 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:

⁴ FREIRE, Laudelino, Grande e Novíssimo dicionário da língua portuguesa, 1954

⁵ OLIVEIRA, Moacyr de, Enciclopédia Saraiva do Direito, nº 32, pg. 528.

⁶ PASSOS, José Joaquim Calon de, O Imoral das indenizações por dano moral.

“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.”

Como dito anteriormente, a doutrina reconhece que recairá sobre o operador da instalação nuclear a responsabilidade civil pela reparação de dano, e independentemente da existência de culpa, nos termos da Lei nº 6.453/77.

Lembro ainda do Decreto nº 2.681/12 (Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro), o qual largamente subsidia por analogia o transporte rodoviário de mercadoria, o qual no seu artigo 1º adota a teoria da responsabilidade sem culpa:

“Art. 1º - As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar.

Será sempre presumida a culpa e contra esta presunção só se admitirá algumas das seguintes provas:”

Também o Decreto 6.453/77 que dispõe sobre responsabilidade Civil por danos nucleares claramente aplica a teoria do risco da atividade:

Art. 4º - Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear:

A Constituição Federal artigo 37º § 6º adota também aplica a responsabilidade objetiva, sendo desnecessária a demonstração da culpa do Estado:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos

responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Os perigos advindos da vida moderna, a multiplicidade de acidentes e a crescente impossibilidade de provar a causa dos sinistros e a culpa do autor do ato ilícito acarretaram o surgimento da teoria do risco ou da responsabilidade objetiva, a demonstrar que o Direito é “..uma ciência nascida da vida e feita para disciplinar a própria vida”⁷.

O Código Civil antigo em seu artigo 1.545, outrossim, fazia alusão a responsabilidade civil dos médicos, dentre outros profissionais liberais, notadamente na modalidade culposa;

“Art. 1.545 - Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.”

Com o advento do Código Civil, que passou a vigorar no dia 12/01/2003, a responsabilidade civil do médico e da instituição da saúde encontra-se delineada nos artigos 948 a 951, notadamente este último que diz:

“Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

Como se verifica no dispositivo acima, para a assunção da responsabilidade civil do médico, deve ser provado que o ato lesivo decorreu por negligência, imprudência ou imperícia, e durante o exercício da atividade, aplicando-se ainda os artigos 948 a 950, na hipótese de restar demonstrada a sua culpa, os quais dizem o seguinte:

“Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.”

⁷ LIMA, Alvino, Culpa e Risco, 1ª ed., 2ª tir., RT, 1963, pg. 42.3

“Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.”

“Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.”

Portanto, e sem esforço, segundo a doutrina expressa na obra coordenada por Ricardo Fiúza, o dever de reparar “.....surge, em regra geral, de atos ilícitos, diante dos quais é necessária a demonstração da culpa, em sentido largo, do lesante...”⁸

Silvio Venosa, ao estudar a nova ordem civil aponta que “há importante inovação no novo Código Civil, presente no parágrafo único do artigo 927. Por esse dispositivo, a responsabilidade objetiva aplica-se, além dos casos descritos em lei, também “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Por esse dispositivo o magistrado poderá definir como objetiva, ou seja, independente de culpa, a responsabilidade do causador do dano no caso concreto. Esse alargamento da noção de responsabilidade constitui, na verdade, a maior inovação do novo código em matéria de responsabilidade”⁹

Com o devido respeito ao comentário acima, mas a outorga de poder ao Juiz para que possa definir se sobre determinada atividade profissional deve ser aplicada a teoria do risco, poderá desvirtuar a real intenção fundamental que originou a teoria da responsabilidade objetiva, notadamente a despeito da teoria do risco criado e da atividade exercida.

No mundo jurídico atual, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva sobre determinadas atividades profissionais são alvos de profundos estudos e sob a batuta de honrosos doutrinadores, notadamente após o advento do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

IV – DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO E DO ARTIGO 14º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOBRE A ATIVIDADE HOSPITALAR

Muito se fala sobre a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva sobre diversas atividades profissionais, mas para tanto, não se pode esquecer que deve aferido se a atividade por si só representa risco à coletividade e ao particular, como ‘*conditio sine qua non*’ para conferir referido princípio.

Para a aplicação da teoria do risco dispensa-se o elemento culpa para a assunção da responsabilidade, razão pela qual chamar-se também “responsabilidade sem culpa”.

Pela teoria do risco como dito acima “não se cogita da intenção ou modo de atuação do agente, mas apenas a relação de causalidade entre a ação lesiva e o dano.”¹⁰

Determinados riscos são inerentes a atividade empresarial, a exemplo do que ocorre com transporte de coisas e pessoas, onde se baseia no princípio da “equidade” “quem lucra com uma situação responde pelo risco ou desvantagens dela decorrentes”¹¹, na medida em que cria risco de dano para terceiros.

O Código Civil atual mantém a aplicação deste conceito, e sobre as pessoas jurídicas e/ou empregadores, quando aponta que estes assumem a responsabilidade independentemente da culpa:

“Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”

A despeito da teoria do risco, duas situações são verificadas. A primeira, a responsabilidade civil poderá ser reconhecida, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei. A segunda, a responsabilidade civil poderá ser reconhecida, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁸ FIUZA, Ricardo, Novo Código Civil Comentado, 1ª edição, 2003.

⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. “A responsabilidade objetiva no novo código civil”. www.societario.com.br/demarest.

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto, Responsabilidade civil nas atividades nucleares, RT 1985.

¹¹ Enciclopédia Saraiva do Direito

Para aplicação da teoria culpa presumida, deve ser observado se a atividade pela sua natureza implica riscos e perigo, de tal forma que, caso, não seja perigosa ou não implicar riscos aos direitos de outrem, será aplicada a responsabilização subjetiva, que não dispensa a comprovação de culpa.

Dentro deste aspecto um ponto que se mostra relevante são as atividades que tem um risco inerente, ou seja, o risco está tão intimamente ligado a ela que, a atividade, por si só, já representa perigo¹².

Ao presente trabalho deve ser lembrada a teoria do risco criado, segundo o qual Caio Mario ao citar Sergio Cavaliere Filho é "...aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo se houver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo"¹³.

Neste compasso, entendo que a atividade hospitalar já por aí não representa riscos à coletividade ou ao particular, porquanto são representadas pelos profissionais da medicina que devem precipuamente empregar toda a diligência necessária através dos seus conhecimentos técnico-científicos, observando ainda as determinações éticas.

Tal princípio se verifica no Código de Ética Médica "Art. 2º. O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional."

Acolher tese diversa é impor sobre o profissional da medicina e conseqüentemente as instituições de saúde, a obrigação da infalibilidade, que não se pode aceitar, porquanto nem mesmo exame pré-operatório existe na atualidade, que de alguma forma possa aferir o grau de intolerância do paciente.

Como lembrado anteriormente, verifica-se a responsabilidade independentemente da culpa nos casos especificados em lei e, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Não é o caso dos hospitais, pois inexistente norma específica que assente a sua responsabilidade objetiva diante da atividade que normalmente desenvolve, tampouco a sua atividade pela sua natureza, implica risco aos direitos das pessoas.

Nem mesmo se pretenda aplicar a teoria do 'risco criado', segundo esmerada doutrina acima, já que também ela admite a exclusão da responsabilidade quando "...se houver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo", ao contrário das exceções previstas pelos incisos I e II do § 3º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

As medidas idôneas referidas acima, evidentemente representam todas as ações necessárias e conhecidas para se chegar ao resultado esperado, em especial a aplicação do conhecimento e da técnica durante a prestação de serviço hospitalar.

Silvio de Salvo Venozza sobre a teoria do risco criado afirma:

"Ao analisar a teoria do risco, mais exatamente do chamado risco criado, nesta fase de responsabilidade civil de pós-modernidade, o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; noção introduzida pelo Código Civil de 1942 (art. 2050). Leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza..."¹⁴.

A aplicação da teoria do risco criado, somente se dará quando a atividade por si só causar dano a outrem. Situação esta que não se verifica na quando natureza da atividade hospitalar.

Já por esta razão, entendo que não se aplica a teoria do risco sobre a atividade hospitalar.

Mesmo quanto a aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, e para fins da assunção da responsabilidade objetiva, deverá ser verificado obrigatoriamente se a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, em risco para os direitos de outrem, e, ainda, "causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade (Enunciado 38º - aprovado pelo CJF 11 a 13.09.2002), como, por exemplo, nos casos de fabricação e comercialização de fogos de artifício, transporte de produtos inflamáveis, etc.).

Feitas estas breves considerações, basicamente tem-se o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, fazem alusão a aplicação da teoria do risco (responsabilidade independentemente da culpa) sobre o fornecedor de serviço:

¹² DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Comentários ao novo código civil, Vol. XIII, p. 148.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil.. ed. Forense, 1992, p.24. Apud Cavaliere Filho, Sérgio, ob. cit., p.148.

¹⁴ VENOZA, Silvio de Salvo. Responsabilidade civil, 4ª edição, São Paulo, 2004, página 17, Atlas.

“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.”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Diz o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor que o fornecedor responde independentemente da existência de culpa, enquanto o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil que, a obrigação de reparação se dará independentemente de culpa nos casos prescritos em lei ou, quando a atividade do profissional implicar riscos a outrem.

O artigo 14 da norma consumerista apesar de aplicar a teoria do risco, o faz de forma genérica, irrestrita e independentemente da atividade que o fornecedor de serviço exerce. Distanciada assim da teoria do risco, segundo a qual somente se verifica quando a lei especificar ou, quando a atividade pela sua natureza implica riscos e perigo a outrem.

Não se pode esquecer, que a norma ordinária deve atender não só os preceitos constitucionais, mas também a doutrina, sob pena de perverter a melhor exegese e permitir interpretações inúmeras em detrimento da efetiva prestação jurisdicional e equilíbrio processual.

Para a assunção da responsabilidade objetiva, deve ser aferida se a atividade fim do hospital impõe risco e perigo a outrem, o que não se pode confundir com risco do procedimento médico. São coisas distintas.

Creio que a atividade hospitalar por si só não impõe risco aos direitos de outrem, já que foge dos requisitos fundamentais que devem ser observados ao aplicar a responsabilidade objetiva, como se vê através do transporte de pessoas e coisas (Lei nº 2681/12), responsabilidade Civil por danos nucleares (Lei nº 6.453/77), transporte de produtos perigosos (Decretos. nº 96.044/88 e 98.973/90), fabricação de fogos de artifícios, Código de Mineração, Código Brasileiro de Aeronáutica, e outras.

Por outro lado, para a melhor compreensão do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, quanto à aplicação da teoria do risco, reporto-me as palavras acima, já que é necessário aferir se a atividade pela sua natureza impõe risco e perigo a outrem.

Mas mesmo quando o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil discorre que a haverá responsabilidade independentemente de culpa para os casos prescritos em lei, esta somente se for específica à atividade profissional, não bastando a existência do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, já que é genérica e não especial.

Ou seja, quando o artigo 927 do Código Civil discorre que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei...”, não está se referindo a norma genérica como se vê do art. 14 do CDC, mas sim a regra especial como exemplificado anteriormente (transporte de pessoas e coisas - Lei nº 2681/12, responsabilidade Civil por danos nucleares - Lei nº 6.453/77, transporte de produtos perigosos - Decreto nº 96.044/88 e Decreto nº 98.973/90, fabricação de fogos de artifícios), Código Brasileiro de Aeronáutica, e outras.

Na fala do mestre Silvio Venosa, se a intenção do art. 927 do CC era tão somente permitir ao Magistrado “...definir como objetiva, (...) a responsabilidade do causador do dano no caso concreto.”, efetivamente o texto não mostra a nitidez necessária para tanto.

Somente nos casos especificados em lei é que haverá a obrigação de reparar o dano, de maneira que é necessária a existência de norma específica à atividade profissional, a exemplo das que já existem no Brasil, e que perfeitamente atendem a melhor exegese do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Este dispositivo assegura que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, na linha da responsabilidade objetiva:

- a) nos casos especificados em lei; ou,
- b) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Quanto à primeira situação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, basta ao interprete procurar os casos de responsabilidade objetiva na legislação especial ou infraconstitucional, ou mesmo a na Constituição Federal, como, por exemplo, Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro, (Decreto 2.681/1912), Responsabilidade Civil por danos nucleares (Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977 e Dec. 911/1993), Responsabilidade Civil do Estado no âmbito do art. 37, §6º da Constituição Federal, etc.

A despeito da segunda situação acima posta, vale dizer que o objetivo social de uma empresa em confronto com a forma do exercício desse objetivo é que sinaliza se a atividade é perigosa e/ou cria dano de qualquer outra espécie.

Portanto, a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil na verdade contém uma cláusula geral de teoria do risco e que se baseia na periculosidade, a qual deve ser conferida objetivamente, pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, e não em virtude do comportamento negligente ou imprudente de quem agiu.

Entendo assim que, a periculosidade deve ser um predicado preexistente da atividade, intrínseca e não eliminável.

A atividade normalmente desenvolvida pelo hospital não acarreta dano, mas sim a má prática médica, e assim considerada, se desatendidos os preceitos técnicos e científicos.

Sob a ótica penal, vale conferir o pensamento do professor Luiz Flávio Gomes, profere conceito didático sobre o assunto e sob a ótica penal:

“A teoria da imputação objetiva consiste basicamente no seguinte: só pode ser responsabilizado penalmente por um fato (leia-se: a um sujeito só pode ser imputado o fato), se ele criou ou incrementou um risco proibido relevante e, ademais, se o resultado jurídico decorreu desse risco (isto é: se a lesão ou o perigo concreto de lesão ao bem jurídico decorreu desse risco).¹⁵

Portanto, creio que artigo 927 deve ser interpretado restritivamente e se aplica apenas àquelas atividades cujos processos de produção e serviços sejam perigosos em si, e somente nestas hipóteses será aplicada a teoria do risco, enquanto os demais casos continuarão a ser regidos pela teoria da culpa.

V – DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO E DA NECESSIDADE APURAÇÃO DA CULPA

Como se sabe, diversas atividades pressupõem uma relação, cuja obrigação pode ser de meio ou de resultado.

Nas obrigações de resultado espera-se um resultado ajustado e/ou contratado, enquanto nas obrigações de meio o profissional somente se obriga utilizar a técnica conhecida, e norteado pela prudência e diligência normal, com a finalidade de chegar ao resultado, a exemplo dos médicos, que assumem a obrigação de meio, a qual está calcada na

conduta vigilante a partir do primeiro contato e até o final do tratamento e/ou terapia.

Este tema é muito importante, já que está intimamente ligado a atividade fim do profissional, cuja promessa (obrigação de resultado) não atendida conduz inexoravelmente a condenação judicial, enquanto o observador ou o juiz, no âmbito de obrigação de meio somente verificará se foram adotadas as técnicas e diligências com a finalidade de chegar ao resultado

Assim sendo, tomo a liberdade de conduzir este breve estudo a despeito da atividade que exerce o profissional da saúde, frente à aplicação do princípio da obrigação de meio ou de resultado, que no mundo contemporâneo traz tantas e tantas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Assim sendo, a responsabilidade médico-paciente pressupõe uma relação, cuja obrigação ao meu sentir é de meio, já que o profissional ao ser contratado não está obrigado a curá-lo, mas sim, prestar-lhe toda a assistência e diligência necessária através dos seus conhecimentos técnico-científicos.

A responsabilidade civil dos médicos é tema que no Brasil é discutida quanto a aplicação da sua constituição fundamental, ou seja, se se traduz numa obrigação de resultado ou de meio, já que as conseqüências jurídicas são distintas como se verá adiante.

Vale lembrar, que se por um lado o médico se compromete assistir da melhor maneira possível o paciente, e este por sua vez, deve se comprometer a cumprir todas as recomendações passadas, com a finalidade de alcançar o melhor resultado possível.

Tratando-se de profissional da medicina a qual naturalmente não carrega para si a garantia da cura, fácil entender que a sua atividade é de meio e não de resultado, já que deve agir com prudência, e empregar diligência durante a prestação do serviço e aplicação da terapia, segundo mencionado o artigo 2º do Código de Ética Médica anteriormente transcrito.

O doutrinador Washington de Barros Monteiro ensina que, “Nas obrigações de meio, o devedor obriga-se a empregar diligência, a conduzir-se com prudência, para atingir a meta colimada pelo ato. Dessa índole é, exemplificadamente, obrigação assumida pelo médico, que se compromete a cuidar do enfermo; da mesma natureza,

¹⁵ Apostila de Direito Penal, p. 72 do Curso Jurídico Preparatório p/ Concursos Públicos. Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes

obrigação do advogado, a quem se confia o patrocínio de uma causa.”¹⁶

Tanto é assim, que até mesmo a vigorosa norma especial, representada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) assegura a aplicação do princípio da obrigação de meio, já que a responsabilidade somente decorre quando verificada a culpa:

“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.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Desta forma, nas obrigações de meio, como a que se impõe sobre o médico, para a caracterização da sua responsabilidade, é necessário que o paciente demonstre eficaz e robustamente, não só o resultado danoso, mas essencialmente que este tenha decorrido da ação ou omissão do profissional.

E mais, deve ser demonstrado que o dano tenha ocorrido por imperícia (falta de prática ou ausência de conhecimento que se mostram necessários para a prática da profissão), imprudência (descuido) ou, negligência (inobservância do dever).

Somente se pode admitir a aplicação da obrigação de resultado sobre a atividade médica, mesmo em relação a determinados especialistas (anestesiista, cirurgião plástico, etc.), se de alguma forma o profissional obrigou-se ao êxito.

Segundo a professora Hildergard Taggesell Giostri, a obrigação de resultado do “...profissional médico pode se auto-inserir em uma obrigação de resultado, no momento em que se compromete, ou se propõe, a atingir um determinado resultado. (...), será necessário que ele houvesse assumido, por vontade própria, a obrigação de alcançar um resultado pré-determinado.”¹⁷

Portanto, o que define a aplicação da obrigação de meio ou de resultado, não é a atividade profissional da pessoa, mas sim a promessa do resultado desejado, já que não se pode negar que o médico não está obrigado a curar, mas sim a utilizar todos os conhecimentos técnicos e científicos aceitos pela comunidade e órgãos

regulamentadores, e sempre com diligência e ética necessárias.

Inexistindo contrato que expressa a obrigação de resultado, fácil depreender que somente através da demonstração da culpa a vítima será indenizada, mormente em se tratando de profissional liberal, cuja norma especial inadmita a aplicação dos princípios da culpa presumida e da responsabilidade objetiva, nos termos do seu artigo 14º § 4º do Código de Defesa do Consumidor acima mencionado.

Nesta esteira, portanto, devem ser utilizados todos os meios necessários para alcançar o melhor resultado, sem, contudo estar obrigado ao êxito, como inclusive se verifica através do entendimento proferidos pelos tribunais brasileiros.

Isto posto, ao analisar a aplicação da teoria do risco (responsabilidade independentemente da culpa) sobre a instituição hospitalar, e a melhor exegese do artigo 14 do CDC, o Superior Tribunal de Justiça houve por bem não admitir a sua aplicação da forma indiscriminadamente como se tem observado, já que “...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 técnico-profissionais dos médicos que ali atuam...”

“Ementa: Civil. Indenização. Morte. Culpa. Médicos. Afastamento. Condenação. Hospital. Responsabilidade objetiva. Impossibilidade

A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, depende da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Neste sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 – STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto).

Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros, Direito das Obrigações, 18ª edição.

¹⁷ GIOSTRI, Hildergard Taggesell Responsabilidade Médica, 1ª ed., pág.144

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 estes na relação subjetiva de preposição (culpa). Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. (...)

Neste contexto, a conclusão única é de que na responsabilização do hospital por ato praticado por médico, não tem aplicabilidade a teoria objetiva, pois o que se põe a exame é o trabalho do facultativo, com incidência inclusive, da norma do § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.”¹⁸

Nessa mesma linha, o Ministro Ruy Rosado Aguiar se posiciona, conforme trabalho que apresentou no IV Congresso Internacional sobre Danos, Realizado em Buenos Aires, Argentina em 1995:

“...o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar danos produzidos por médico integrante de seus quadros, pois é preciso provar a culpa deste para somente depois se ter como presumida a culpa do hospital.” (fls. 729)

Consta do referido trabalho, ao se referir a obra de Rui Stoco que:

“Cabe, finalmente, obter a total ausência de sentido lógico-jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se assegura apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão-somente em razão de sua responsabilidade objetiva e apenas em razão do vínculo empregatício entre um e outro.

Percebe-se, porque importante, que o caput do art. 14 do CDC condicionou a responsabilização do

fornecedor de serviços à existência de “defeitos relativos à prestação de serviços”.

Tal expressão, embora em contradição com o princípio adotado no próprio artigo da lei, induz culpa, máxime quando se trate de atividade médica, cuja contratação assegura meios e não resultado (salvo com relação às cirurgias estéticas e não reparadoras), de modo que o resultado não querido não pode ser rotulado de “defeito”. Este só se configura quando a lesão ao paciente resultar de procedimento totalmente desviado dos padrões e, portanto, com culpa evidente do seu causador” (fls. 729)

O Tribunal de Justiça de São Paulo também partilha do entendimento acima, já que reconhece a necessidade de verificar a culpa ou dolo do médico:

“Responsabilidade civil. Erro médico. Ação movida contra sociedade civil prestadora de serviços de medicina. Inaplicabilidade das normas do artigo 6º, VIII, e do § 3º, do artigo 14, ambos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Apuração da responsabilidade que exige prova da culpa ou dolo, nos termos do § 4º, do aludido artigo 14, tanto quanto ocorre quando proposta contra a pessoa física do profissional liberal a demanda Apelos do réu e de seu denunciado à lide providos para julgar improcedente a ação, prejudicado o recurso adesivo do autor, que visava ampliar a condenação.”¹⁹

O mestre Miguel Kfoury Neto, citando Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin afirma, quando discute o Código de Defesa do Consumidor:

“em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilização objetiva para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais – dentre eles o médico – para os quais se manteve o sistema tradicional baseado na culpa”²⁰.

Outra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo também caminha no sentido de não admitir a aplicação da teoria do risco sobre a atividade hospitalar:

¹⁸ REsp nº 258.389-SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma.

¹⁹ Apel. Cível 120.438-4. 9ª Câmara de Direito Privado. Relator: Marco César.

²⁰ Responsabilidade Civil do Médico. 3 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 179.

“O Autor e vítima buscou indenização, junto ao hospital, sustentando que, nos termos do art. 14 § 3º do CDC, não teria a obrigação de provar a culpa do médico, funcionário do nosocômio, pelo dano que sofrera. Colhe-se da ementa:

“Responsabilidade Civil. Hospital. Ajuizamento com base no Código de Defesa do Consumidor. Responsabilização Objetiva. Inadmissibilidade. Hipótese de exercício de profissão liberal, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico. Necessidade de prova de que o réu agiu com culpa ou dolo. Art. 14 § 3º, do referido Código. Recurso não provido”²¹.

Nem mesmo na ocorrência de suicídio do paciente a entidade hospitalar poderá ser responsabilizada sem perquirir a culpa dos médicos:

“Tribunal de Justiça de São Paulo

Indenização. Danos materiais e morais. Paciente internado em hospital psiquiátrico em estado de depressão grave - Internação suicida consumada. Aplicação do tratamento adequado a essa situação. Culpa da ré não Demonstrada. Ação improcedente. Recurso da ré provido e prejudicado o dos autores. Os autores internaram a filha no hospital da ré para evitar que ela consumasse uma intenção suicida manifestada. A obrigação da ré, sendo de meio, era o de manifestar o tratamento adequado para que ocorresse esse resultado, e não o de evitar a ocorrência do fato, pois que, conforme a literatura médica, a observação constante por enfermeiros especiais e contenções físicas não evitarão um suicida determinado.

Não ficou demonstrado que pelo estado de saúde da paciente e ré, através de seus prepostos, ministrou tratamento inadequado ou deixou de aplicar os cuidados e diligências necessárias de vigilância que as circunstâncias exigiam.”²²

Portanto, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, o hospital não responde objetivamente nos casos de indenização por danos produzidos por médico. Em princípio, o dever de indenizar do hospital só acontece quando provada a culpa ou o dolo do médico que eventualmente causou o dano.

Ruy Stocco afirma que, se a responsabilidade pelo dano causado ao paciente é imputado ao hospital por conta do exercício de sua atividade específica, então incidirá o § 4º, do art. 14 do CDC que estabelece que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” e, portanto, só através da comprovação de culpa é que se poderá responsabilizar o hospital e o médico pelo resultado danoso.

Outras decisões também se manifestam a despeito da melhor exegese do dispositivo consumerista em estudo:

“Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Apelação Cível nº 70002977056. Relator Des. Paulo Antônio Kretzmann

Responsabilidade civil. Cirurgia. Responsabilidade do anestesista e do hospital. Complicações no curso da cirurgia e no pós operatório. Prova pericial que atestou a inexistência de erro médico. Nexo causal não configurado.

1 - Apresenta-se improcedente o pleito que busca responsabilizar o hospital e o médico anestesista, por seqüelas decorrentes de convulsões e estado comatoso, após a realização de cirurgia, quando não houve comprovação de ser inadequado o procedimento adotado. De outra banda, não se relegue ao óbvio que, nos moldes do artigo 1.545 do Código Civil, verifica-se a responsabilidade civil do médico quando, por imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

O artigo 14, § 4º, do CDC, traduz uma exceção à responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, já que determina que a responsabilidade pessoal do profissional liberal seja apurada mediante a verificação de culpa.

Nexo causal não configurado a ensejar a obrigação de ressarcir os danos postulados na inicial. Ação julgada improcedente. Apelo improvido.”²³

“Tribunal de Alçada de Minas Gerais

Acórdão: 0360533-8 Apelação (Cv) Cível Ano: 2002. Comarca: Brasópolis. Órgão Julg.: Segunda Câmara Cível. Relator: Juiz Alberto Aluizio Pacheco de Andrade.

²¹ Responsabilidade Civil do Médico. 3 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 180(22 Ap. Cível nº 98.050-4. São Bernardo do Campo - 9ª Câmara de Direito

²² Ap. Cível nº 98.050-4. São Bernardo do Campo - 9ª Câmara de Direito Privado(17.10.00).

²³ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70002977056. Relator Des. Paulo Antônio Kretzmann

Ementa: Indenização. Danos morais e materiais. Responsabilidade civil. Erro médico. Não ocorrência. Anestesia. Exame pré-operatório realizado. Ação improcedente. Código de Defesa do Consumidor. Art. 6º, inc. VIII. Inaplicabilidade. A responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, tendo em vista ter sido adotado o sistema de responsabilidade subjetiva pelo Código Civil, de forma que, não resultando provadas a imprudência, imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a obrigação de indenizar. Recurso não provido.”²⁴

Pelo entendimento acima, portanto, não se pode aplicar indiscriminadamente a teoria do risco sobre a atividade hospitalar, já que é necessário provar a culpa do médico.

Aplica-se assim, a teoria da responsabilidade subjetiva, segundo a qual deve ser comprovada a culpa, adotado pelo Código Civil, o que não significa que não podem ser invertidos os ônus da prova, já que não decorre somente da hipossuficiência financeira, mas também hipossuficiência técnica, diante da extrema especificidade do tema de fundo.

VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo essencialmente traz alguns elementos de como deve ser entendido o Biodireito, e sob o fundamento da dignidade da pessoa humana previsto pelo artigo 1º, III, da Constituição Federal brasileira.

A Professora Sílvia Mota conceitua biodireito como um “termo que designa a instituição do mais recente ramo do direito que estuda as normas reguladoras da conduta humana frente às novidades apresentadas pela medicina e exploradas pela biotecnologia, numa visão que engloba o resultado presente e futuro, na preservação da dignidade humana”.

E prossegue a professora, “Exige, portanto, o biodireito, na execução das novas leis, que se desvencilhem os magistrados dos tradicionais ditames que se prendem, unicamente, ao poder imperativo da racionalidade e da experiência, acrescentando-se a esses domínios, as condições sociais, econômicas, éticas e morais que envolvem as relações fáticas.”²⁵

Na linha do exposto, portanto, e como dito pelo autor anteriormente, não se pode confundir atividade de

risco com o risco do procedimento médico, já que a primeira hipótese deve prever se a atividade pela sua natureza impõe risco e perigo a outrem, enquanto a segunda hipótese decorre do risco conhecido e previsto pela literatura médica, sem qualquer influência da entidade hospitalar que precipite o dano. Somente quando verificada a má prática profissional ou o dolo deverá o autor do dano suportar os ônus decorrentes.

Como dito anteriormente, a atividade hospitalar não cria risco, já que age de acordo com os procedimentos conhecidos pela literatura médica, Organização Mundial de Saúde, Conselho Federal de Medicina, etc. E portanto, para a aplicação do princípio do risco criado, deverá ser aferido se a entidade hospitalar agiu em desacordo com as normas, procedimentos e terapias legalmente conhecidas e autorizadas.

Apesar do disposto pelo mestre Sílvia de Salvo Venozza, mas grande parte, se não todas as atividades profissionais podem, potencialmente causar dano a outrem, em nem por isto se aplica a teoria do risco criado.

Na verdade, não se pode fazer tábula rasa ao aplicar a teoria do risco criado e o § único do artigo 927 do Código Civil, já que este deve ser interpretado restritivamente e levar em conta as atividades cujo processo de serviço seja perigoso em si.

Todos nós sabemos da relevância e importância da atividade médica hospitalar, já que tratam do bem maior, que é a vida e a saúde, mas nem por isto se pode olvidar de aplicar a melhor exegese normativa e doutrinária, sob pena de desatender os princípios da ampla defesa e devido processo legal previstos pela Constituição Federal.

O biodireito na verdade desafia os tribunais brasileiros na atualidade, já que ao apreciarem o caso concreto e para a melhor aplicação do direito, devem levar em conta o imponderável, e que cada indivíduo se traduz num universo individual, independente e criador de suas próprias realidades, e que, portanto exercem influência sobre os efeitos das terapias e diagnósticos.

VII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MIRANDA,, Pontes de, Tratado de Direito privado, 2ª edição, RJ 1966

MONTEIRO, Washington de Barros, Direito das Obrigações, 18ª edição.

²⁴ Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Acórdão: 0360533-8. Relator: Juiz Alberto Aluizio Pacheco de Andrade

²⁵ www.silviamota.com.br/biobio/artigos/verbetebiodireito

- SILVA, Wilson Melo, Responsabilidade sem culpa, 2ª edição.
- FREIRE, Laudelino, Grande e Novíssimo dicionário da língua portuguesa, 1954
- OLIVEIRA, Moacyr de, Enciclopédia Saraiva do Direito, nº 32, pg. 528
- PASSOS, José Joaquim Calon de, O Imoral das indenizações por dano moral.
- LIMA, Alvino, Culpa e Risco, 1ª ed., 2ª tir., RT, 1963, pg. 42.3
- FIUZA, Ricardo, Novo Código Civil Comentado, 1ª edição, 2003.
- VENOSA. Silvio de Salvo. “A responsabilidade objetiva no novo código civil”. www.societario.com.br/demarest.
- BITAR, Carlos Alberto, Responsabilidade civil nas atividades nucleares, RT 1985.
- DIREITO, Enciclopédia Saraiva do.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Comentários ao novo código civil, Vol XIII. p.148.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 3. ed. Forense, 1992, p.24
- REsp nº 258.389-SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma.
- VENOSA. Silvio de Salvo. Ob. Cit. “A responsabilidade objetiva no novo código civil”
- MÉDICO, Responsabilidade civil do. 3 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 179
- MONTEIRO, Washington de Barros, Direito das Obrigações, 18ª edição

