

O PACIENTE COMO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS MÉDICOS

Beatriz Diana Bauermann Coninck¹

RESUMO

Este artigo objetiva apurar a compatibilidade dos serviços prestados pelos médicos com as normas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078/90, especialmente a atividade do profissional liberal constante no art. 14, § 4º desse ordenamento jurídico. Adotou-se o dedutivo de abordagem qualitativa, de investigação descritiva na modalidade teórica, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Verificou-se que a maioria da doutrina e da jurisprudência pesquisada tem aplicado o Código de Defesa do Consumidor como instrumento jurídico em demandas judiciais que envolvam a responsabilidade civil médica nas circunstâncias: profissionais liberais, clínicas médicas, hospitais e planos de saúde. Conclui-se, portanto, que o Código Civil é aplicado subsidiariamente ao Código de Defesa do Consumidor nas ações judiciais em face de médicos profissionais liberais, apesar do privilégio da responsabilidade subjetiva fulcrada na culpa.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Defesa do Consumidor; Médico; Paciente.

1 INTRODUÇÃO

O médico e o paciente compõem os principais protagonistas da relação jurídica por eles estabelecida. Entretanto, a natureza desse relacionamento vem sofrendo mudanças, especialmente após o advento da Revolução Industrial, ocorrida a partir do século dezoito, e depois da Segunda Guerra Mundial, no século XX, a partir de quando a relação médico-paciente, progressivamente, deixa de ter caráter íntimo e paternal, para ceder lugar à desconfiança e ao distanciamento, em virtude da socialização da medicina (FRADERA, 2002, p. 233).

Com o surgimento das especializações médicas, novas relações jurídicas são construídas em razão da pluralidade de vínculos interdependentes que se formam entre médicos, pacientes, estabelecimentos hospitalares, clínicas, laboratórios e planos de saúde, levando ao notório crescimento de demandas judiciais por alegado erro médico e/ou falhas nos serviços prestados nesses estabelecimentos.

Na esteira dessa nova ordem econômica, agora protagonizada pelas figuras do fornecedor, de um lado, e pelo consumidor, de outro lado, passam a ser questionados também os papéis do médico e do paciente, em razão dos princípios constitucionais sedimentados pela Constituição Federal de 1988 do direito à vida, à liberdade e à dignidade humana (art. 5º, inciso XXXII, CF).

¹ Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Campus Francisco Beltrão. E-mail: beatrizdiana@ibest.com.br.



Em atenção à nova ordem constitucional, a Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990, promulgou o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que selou a interferência estatal nas relações privadas, acolhendo aos interesses dos consumidores na busca pela igualdade de condições e pelo equilíbrio nas relações de consumo. Porém, em que pese o esforço empreendido pelos formuladores desse ordenamento em elaborar um conjunto de normas que regulamentasse as relações de consumo envolvendo todas as classes de fornecedores, uma lacuna deixada pelo legislador do artigo 14, parágrafo 4º, do CDC, que regula o exercício dos profissionais liberais e consequentemente do médico, deixou margem a interpretações que divergem a doutrina e a jurisprudência.

Diante disso, o fim colimado deste artigo é descobrir se o médico, na posição de profissional liberal, pode ser qualificado como prestador de serviços perante o Código de Defesa do Consumidor, e a natureza jurídica de sua responsabilidade em caso de erro na realização de sua atividade.

2 CONCEITO ANALÍTICO DE CONSUMIDOR E DE FORNECEDOR

O Código de Defesa do Consumidor “[...] representa o mais novo e mais amplo grupo de normas cogentes, editado com o fim de disciplinar as relações contratuais entre fornecedor e consumidor, segundo os postulados da nova teoria contratual” (MARQUES, 2006, p.267).

Trata-se de um ordenamento especial dirigido à defesa dos interesses e direitos do consumidor. Consiste em um conjunto de normas harmonicamente organizadas podendo ser complementado pelo Código Civil de 2002, em caso de necessidade. Segundo Garcia (2010, p. 8), são normas de ordem pública e de interesse social superiores às vontades das partes, cabendo ao juiz conhecê-las de ofício.

O conceito de consumidor vem definido no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final”, para em seu parágrafo único equiparar “a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

O consumidor, portanto, pode ser pessoa física ou pessoa jurídica, individual ou coletiva, definida ou indefinida, adquirente ou usuário de um produto ou bem,



mas como destinatário final, isto é, fica impossibilitado de usar o bem ou o serviço como recurso ou matéria-prima em outras transações.

De acordo com Nelson Nery Júnior (2007, p. 505), o conceito comporta três elementos essenciais, a saber: o subjetivo, o objetivo e o finalístico ou teleológico. Enquanto o primeiro elemento refere-se à pessoa física ou jurídica da relação de consumo - são os sujeitos representados pelas figuras do consumidor e do fornecedor; o segundo elemento diz respeito aos produtos e serviços comercializados por ambos; e o terceiro elemento consiste na aquisição ou fruição do produto ou serviço pelo consumidor como destinatário final.

Da análise da parte final do artigo 2º, depreende-se que, se porventura o bem ou serviço for utilizado como matéria-prima para nova produção ou comercialização, fica desconfigurada a relação de consumo. Esse entendimento é bem ilustrado pela professora Cláudia Lima Marques (2006, p. 32) ao recorrer a uma decisão da 2ª Seção do STJ, que julgou o conflito de competência 32.270/SP de 2001, sobre a aquisição de equipamento de ponta para a realização de exames médicos por pessoa jurídica nacional de empresa estrangeira, proveniente do Panamá, constatando que houve incremento da atividade médica e não relação de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor de 1990 não esclareceu a extensão do termo *destinatário final*, levando os estudiosos do direito a se dividirem em duas vertentes: os maximalistas e os finalistas.

A Teoria Maximalista, ou objetiva, conceitua o consumidor pelo viés jurídico. Ela amplia a cobertura das relações de consumo ao reconhecer na pessoa do consumidor apenas um destinatário final fático do produto ou bem, sem auferir-lhe destinação econômica final. Essa doutrina insere no rol de consumidores, tanto aqueles que não fazem uso do bem ou serviço, profissionalmente, como os profissionais que visam ao lucro. Basta que o consumidor retire do mercado o produto ou serviço sem reutilizá-lo em nova produção ou revenda (MARQUES, 2005, p.304)

A Teoria Finalista ou subjetiva, por seu turno, concebe à expressão, *destinatário final*, um conceito econômico, erigindo um posicionamento de defesa tão-somente ao consumidor, vez que está alocado no polo vulnerável da relação jurídica. Sob sua óptica, o consumidor é um não profissional, isto é, aquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço para uso próprio ou de sua família (MARQUES, 2005, p. 303-304).



Para a autora, os finalistas veem o consumidor não só como destinatário final fático do bem ou serviço, mas também como destinatário econômico. Isso significa que, além de ele retirar o produto do mercado, deve finalizar a cadeia produtiva. Nesse sentido, a doutrina finalista pura preceitua que uma pessoa jurídica dificilmente se encaixa como consumidora, sobretudo por incluir, ainda que indiretamente, a destinação de qualquer produto ou serviço na atividade lucrativa.

O novo Código Civil de 2002 adotou a Teoria Finalista, que já havia sido anteriormente relativizada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) de 1990. Essa doutrina tem sofrido certa atenuação em seus pressupostos, como foi defendido pelo Superior Tribunal de Justiça sob o voto da Relatora Ministra Nancy Andrighi no REsp nº 476.428/SC, publicado em 09/05/2005. Essa decisão acabou por consagrar a expressão *destinatário final* do artigo 2º do CDC, sob o viés da Teoria Finalista, entretanto, abrandada diante da vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica do consumidor no caso concreto, dando origem à denominada Teoria Finalista Mitigada (GARCIA, 2010, p. 21-22).

À luz da Teoria Finalista Mitigada, a relação de consumo se completa na presença da vulnerabilidade do consumidor, independentemente de ser a parte consumidora pessoa física ou pessoa jurídica. Ressalte-se, contudo, que a vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica precisa ser demonstrada no caso concreto, ao passo que a da pessoa física é presumida (GARCIA, 2010 p. 24).

Cláudia Lima Marques (2006, p. 320) preceitua que a expressão *destinatário final* deve ser interpretada teologicamente sob o prisma da Teoria Finalista Mitigada, e que, somada ao estado de vulnerabilidade, constituem as condições necessárias para identificar o genuíno consumidor delimitado pelo Código de Defesa do Consumidor.

A professora (2006, p.320) identifica quatro tipos de vulnerabilidade possíveis: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional. Quando o consumidor desconhece características específicas do produto ou serviço que compra ou utiliza, tem-se a vulnerabilidade técnica; mas quando lhe faltam conhecimentos jurídicos ou científicos acerca da relação que se estabelece como o de contabilidade ou economia, verifica-se a vulnerabilidade jurídica. De outro modo, caso a parte fornecedora detenha superioridade econômica de grande monta em relação ao consumidor, dada a condição monopolista do fornecedor, ou a relevância do serviço que presta, caracteriza-se, assim, a vulnerabilidade fática; e, havendo *deficit*



informacional da parte consumidora sobre o bem ou serviço consumido, está-se diante da vulnerabilidade informacional.

Enquanto a vulnerabilidade é tida como requisito para caracterizar o consumidor, o marco central para identificar o fornecedor é a habitualidade com que desenvolve sua atividade. Isso é o que preceitua Leonardo de Medeiros Garcia (2010, p. 25) ao examinar o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor:

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

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

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

Dentre as espécies do gênero fornecedor elencadas no artigo, a prestação de serviços dos profissionais liberais médicos constitui o interesse de nosso estudo. Para alcançar esse objetivo, cumpre-nos esclarecer se o médico e o paciente compõem realmente as duas partes da relação jurídica de consumo, conforme os ditames consumeristas.

Com vistas a adequar o consumidor como tal, exigem-se dele a vulnerabilidade perante o fornecedor e a condição de destinatário final dos serviços prestados por este.

Quanto ao primeiro requisito, pedimos emprestados os moldes da classificação defendida por Cláudia Lima Marques (2006, p. 320), de que o paciente-consumidor possui vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional. Assim, os conhecimentos específicos acerca dos serviços prestados como tratamentos medicamentosos, intervenções cirúrgicas, exames laboratoriais, dentre outros atos terapêuticos, indicam a vulnerabilidade técnica do consumidor; de outro modo, havendo a insuficiência de instrução jurídica que denote desvantagem para o consumidor em comparação ao fornecedor – citando-se como exemplo os contratos celebrados entre pacientes e cooperativas de planos de saúde, tem-se a vulnerabilidade jurídica; a vulnerabilidade fática, por sua vez, resta demonstrada quando existe uma situação monopolista do fornecedor ou poderio econômico deste, ou superioridade deste em razão da essencialidade do serviço que presta.



A autora (2006, p. 325) recorre ao julgado do Tribunal de justiça do Estado de São Paulo na Apelação. Cível nº 233.777-2, de 1994, do Relator o Desembargador Gildo dos Santos, que corroborou a vulnerabilidade fática ao concluir que o convênio médico-hospitalar é uma necessidade do contratante-paciente e, por conseguinte, acarreta à entidade hospitalar uma pungente vantagem, haja vista sua superioridade na negociação.

A vulnerabilidade informacional é um entendimento singular realçado pela professora Cláudia Lima Marques (2006 p. 329), ainda que classificada como subespécie da vulnerabilidade técnica do consumidor. Considera a veiculação de conteúdos informativos especializados e específicos sobre o serviço prestado de relevante importância, por conta da grande circulação de informações imprecisas nos canais midiáticos, no contexto das transações de consumo na atualidade.

No âmbito da Medicina, é dever do profissional médico informar seus pacientes em relação a todo ato terapêutico administrado devido à notória vulnerabilidade informacional destes. Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 392) alerta que a informação é um direito essencial do consumidor e a sua omissão pode redundar na responsabilidade do médico ou hospital pelo risco inerente do tratamento, ainda que não tenha havido defeito propriamente no serviço.

Sbaraini (2006, p. 59) adverte que não cumpre somente ao médico o dever de informar, mas também ao paciente a obrigação de comunicar ao seu doutor tudo que lhe é pertinente e que possa facilitar o diagnóstico e o tratamento da doença.

Assim, a somatória dos fatos leva à constatação de que o paciente é reconhecido consumidor dos serviços médicos, na medida em que cumpre o requisito da vulnerabilidade e situa-se como destinatário final da relação de consumo. Logo, ele compõe uma das partes da relação jurídica material de consumo, restando-nos, em igual medida, deslindar sobre a outra parte dessa relação jurídica: o fornecedor-médico.

3 O PROFISSIONAL LIBERAL MÉDICO PERANTE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Apesar do esforço empreendido pelos formuladores do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em elaborar um conjunto de normas, com o escopo de regulamentar as relações de consumo que envolvesse toda a sociedade, o artigo 14, parágrafo 4º, do referido ordenamento, não ilustra a real situação do profissional



liberal, deixando margem a interpretações discrepantes, exceto a de que a responsabilidade pessoal dessa categoria de profissionais é apurada mediante a verificação de culpa.

Não obstante o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor determinar a responsabilidade objetiva do fornecedor, em face de danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação de serviços, ou ainda, por informações inadequadas sobre os riscos, o parágrafo 4º da citada norma, atribui a responsabilidade subjetiva fulcrada na culpa *stricto sensu* (imperícia, negligência e imprudência) ao profissional liberal, apesar de a posição majoritária da doutrina entender que isso não lhe retira o caráter de fornecedor.

Em princípio, faz-se mister esclarecer que o profissional liberal visado no CDC consiste no trabalhador que exerce sua atividade por conta própria, não necessariamente exigindo o diploma de graduação superior, mas que não se encontre em regime de subordinação hierárquica ou vínculo empregatício, como os definidos pela legislação trabalhista. (ALVIM, apud OLIVEIRA, 2007, P. 149)

Realizada tal definição, cumpre-nos explorar os posicionamentos dos renomados estudiosos da legislação consumerista estabelecida no supradito Código.

Cavaliere Filho (2010, p. 398) convictamente aduz:

Enfatize-se, para terminar, que os profissionais liberais, como prestadores de serviços que são, não estão fora da disciplina do Código do Consumidor. A única exceção que se lhes abriu foi quanto à responsabilidade objetiva. E se foi preciso estabelecer essa exceção é porque estão subordinados aos demais princípios do Código do Consumidor – informação, transparência, boa-fé, inversão do ônus da prova, etc.

Simpático a essa tese, José de Aguiar Dias (2011, p. 306) assegura: “O Código de Defesa do Consumidor não tratou especificamente da responsabilidade médica, senão para colocá-la, como vimos, no bolo das atividades profissionais a que, por exceção, só se responde por culpa, conforme expresso no já referido art.14, § 4º, do CDC”.

Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 256-269), em consonância com as ideias dos autores supracitados, preleciona que o médico, em caso de negligência ou imperícia, está sujeito às normas prescritas no Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, qualifica-se como prestador de serviços, sujeito à inversão do ônus da prova, mas com o privilégio da responsabilidade subjetiva embasada na culpa,



responde por fato próprio ou praticado por terceiros que atendem diretamente suas ordens (neste último caso, com culpa presumida). Entende o autor que o médico está obrigado a cumprir a determinação do dever de informar o paciente de forma clara e precisa sobre os procedimentos terapêuticos. Em caso de vínculo empregatício entre médicos a hospitais, respondem estes objetivamente. Ao revés, se o médico apenas utilizar o estabelecimento para internar seus pacientes, responde sozinho. Os laboratórios, bancos de sangue e centros de exames radiológicos têm responsabilidade objetiva com obrigação de resultado. As instituições privadas de assistência médica que praticam contratos de adesão, respondem solidariamente com médicos e hospitais.

Para Zelmo Denari (2007, p. 206), explica-se o tratamento diferenciado que o diploma consumerista dispensou aos médicos e a outros profissionais liberais, graças à natureza *intuitu personae* dos serviços por eles prestados, que se traduz na confiança neles depositada pelos seus clientes.

Quanto à responsabilização dos profissionais da área médica, Cavalieri Filho (2010, p. 385) sintetiza que a responsabilidade do médico, nos dias atuais, deve ser analisada sob duas perspectivas: aquela que decorre de prestação de serviço direto e pessoal do médico investido como profissional liberal; e a que é proveniente da prestação de serviços de forma empresarial, que incluem hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos, dentre outros.

A interpretação Sérgio Cavalieri (2010, p. 389) a respeito da responsabilidade de cada membro de uma equipe cirúrgica composta por médicos de várias especialidades, é de que se deve avaliar o tipo de relação jurídica por eles mantida. Se forem autônomos, responde cada qual pelo dano causado segundo os preceitos normativos do artigo 14, § 4º, do CDC, sob o condão da responsabilidade subjetiva.

Na visão de Cláudia Lima Marques (2006, p. 288-289), a exceção à responsabilidade objetiva nos acidentes de consumo envolvendo serviços defeituosos ou falhas na segurança, é a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, de acordo com o art. 14, § 4º, CDC. A legislação consumerista privilegiou a pessoa física do profissional liberal, e não o tipo de serviço por ele realizado. À conta disso, as pessoas jurídicas formadas por médicos não podem gozar dessa vantagem, a menos que formem cadeias de profissionais liberais, cabendo ao fornecedor proceder à escolha e à vigilância.



A única exceção do sistema do CDC de responsabilidade objetiva é o § 4º do art. 14 do CDC, que privilegia os profissionais liberais, retornando ao sistema subjetivo da culpa. Relembre-se que esse artigo apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, falhas na segurança deste, muito comum no caso dos médicos, mas pouco comum no caso dos advogados. As falhas de adequação dos serviços dos profissionais continuam reguladas pelo art. 20 e ss. do CDC, com sua responsabilidade solidária e de estilo contratual, logo, sem culpa. Também me parece que as pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais perdem este privilégio, devendo ser tratadas como fornecedores normais, elas mesmas não profissionais liberais. Aqui privilegiado não é o tipo de serviço, mas a pessoa (física) do profissional liberal. Difícil o caso das cadeias de profissionais liberais, como grupos médicos ou cirúrgicos que não abram mão de sua característica de profissionais liberais, mas atuem em grupo, talvez até com pessoas que não sejam profissionais liberais.

Em posição enfaticamente contrária, o atual presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Miguel Kfoury Neto (2010, p. 214) convictamente assevera: “De *lege lata*, por conseguinte, médicos, enquanto profissionais liberais, não se sujeitam às normas do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos atos terapêuticos”. Para ele, a responsabilidade médica é subjetiva embasada na culpa, independentemente do vínculo empregatício que o médico estabeleça com qualquer entidade hospitalar ou clínica, assim como o acórdão proferido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, com voto condutor do Ministro Fernando Gonçalves no Resp 432.377- RJ, j. 21.08.2003, DJ. 13.10.2002, p. 373:

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 de comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. [...] 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 técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

Nessa mesma linha, Andréia Cristina Scapin, em dissertação de mestrado apresentado à Universidade de São Paulo, em 2010, considera as sociedades médicas empresárias, hospitais, clínicas de saúde e convênios médicos fornecedores de serviços, em virtude de sua pretensão lucrativa e responsabilidade objetiva. Nesse rol, não se enquadrariam os profissionais liberais autônomos que realizam obrigação de meio, uma vez que não preenchem os requisitos



determinados pelo Código do Consumidor, mas sim do Código Civil, por serem também considerados hipossuficientes ao atuarem por conta e risco - ressalvada, porém, a obrigação resultado, quando se presume a culpa.

Ademais, dentre os princípios fundamentais primordiais do Código de Ética Médica de 2009, a ação profissional do médico não caracteriza relação de consumo. Dentre suas normas deontológicas, o artigo 1º, *caput*, determina ser vedado ao médico “Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”. O parágrafo único vai além dizendo que a responsabilidade imputada ao profissional médico é sempre pessoal, nunca presumida.

Sobre o tema, vale apurar alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e do Superior Tribunal de Justiça. Aquele assim já decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de indenização. Em decorrência de erro médico. Relação de consumo. Responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, que não afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor – inversão do ônus da prova – deferimento verossimilhança das alegações e hipossuficiência caracterizada. Recurso desprovido. 1 A relação médico- paciente se apresenta na doutrina e jurisprudência como relação de consumo, presentes que estão as figuras do consumidor, fornecedor e prestação de serviços médicos. Logo, a relação médico-paciente deve ser regida pelos parâmetros reguladores do Código de Defesa do Consumidor, por ser legislação específica, prevalente, portanto, sobre lei que tenha caráter geral. A necessidade de se perquirir acerca da culpa, em relação aos profissionais demandados, ex vi do § 4º, do art. 14, do CDC, não descaracteriza a natureza de consumo da relação médico/paciente, nem afasta a aplicação das demais disposições do Código Consumerista, inclusive, a possibilidade de inversão do ônus probatório, quando preenchidos os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC. 2 - A inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, deve ser compreendida no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao critério do juiz, quando for verossímil as alegações iniciais ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência (art. 6º, VIII). In casu, correta a decisão que procedeu a inversão do ônus da prova, quando restou configurada a verossimilhança dos fatos narrados, e a hipossuficiência técnica dos consumidores em relação aos médicos. (TJPR - Agravo de Instrumento 0644089-1 - 10ª Câmara Cível - Des. Rel. Luiz Lopes - Julg.24/06/2010 - DJ 13/07/2010).

Infere-se da decisão proferida no agravo acima, a defesa em prol da incidência das disposições ordenadas no CDC às relações médico-pacientes, inclusive quanto à inversão do ônus probatório imputada ao médico, reconhecido como a parte detentora dos conhecimentos técnicos dos atos terapêuticos por ela dispensados.



Assim também entende a Relatora Des. Rosana Amara Girardi Fachin ao invocar a incidência do ordenamento consumerista aos profissionais liberais, lembrando da necessidade de se recorrer ao princípio da solidariedade passiva entre os hospitais e os médicos que neles atuam.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Ação de indenização por ato ilícito. Erro médico – aplicação do Código de Defesa do Consumidor Responsabilidade objetiva do hospital. Responsabilidade subjetiva do médico/profissional liberal – Inversão do ônus da prova. Admissibilidade. Chamamento ao processo. Princípio da solidariedade. Possibilidade de ajuizamento da ação contra qualquer um que figure na cadeia de prestadores de serviço. 1. Incontestável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso, estando nitidamente evidenciadas a figura do fornecedor e do consumidor. 2. A responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais não pode ser estendida a outros prestadores de serviços, já que se trata de uma "exceção" prevista no artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor. 3. O fato do Código de Defesa do Consumidor determinar em seu artigo 14, §4º, que a responsabilidade do profissional liberal é subjetiva, não impede a possibilidade da inversão do ônus da prova, desde que presentes os seus requisitos. 4. Existindo a solidariedade entre os fornecedores e prestadores de serviço, abrangendo todos que participaram da cadeia produtiva/distributiva, nos termos do artigo 7º, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, o lesado possui a faculdade de demandar contra qualquer um, sendo inaplicável, na espécie, o instituto do chamamento ao processo previsto no artigo 77, inciso III, do Código de Processo Civil, resguardando-se à parte demandada eventual direito regressivo oportunamente. Recurso conhecido e não provido. (TJPR - Agravo de Instrumento 0645447-7 - 9ª Câmara Cível - Des. Rel. Rosana Amara Girardi Fachin - Julg. 17/06/2010 - DJ 01/07/2010.

Tal como o julgado anterior, decidiu-se na Apelação Cível Nº 575569-8 em 29 de outubro de 2009, sob o voto do Relator Des. Hélio Henrique Lopes Fernandes de Lima:

Ação de indenização por danos morais e materiais. Hospital. Médico. Cirurgia de Prostatectomia. Esquecimento de gaze no abdômen do paciente. Comprovação. Dever de indenizar. Manutenção do valor indenizatório. Danos materiais. Manutenção. Juros de mora. Termo inicial. Data do evento danoso. Recursos de apelação desprovidos. 1. A relação jurídica existente entre as partes, consistente em prestação de serviços médicos, submete-se às disposições do Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se o médico de profissional liberal, deve ser aplicado o disposto no art. 14, § 4º, do CDC, ou seja, a regra da responsabilidade civil de natureza subjetiva.

O posicionamento constante no seguinte Agravo de Instrumento, entretanto, diverge da opinião da maioria, na medida em que reputa à classe de profissionais liberais o caráter pessoal, não lhes atribuindo o atributo de fornecedores, salvo quando desenvolvem sua atividade sob o regime empresarial.



AGRAVO DE INSTRUMENTO. Responsabilidade civil do Estado. Ação de indenização por erro médico. Responsabilidade subjetiva do médico/profissional liberal. Inversão do ônus da prova. Admissibilidade. custas de honorários periciais. A inversão do ônus da prova não obriga a parte ré ao pagamento da perícia, contudo, esta deve arcar com as conseqüências de não produzi-las. Hipossuficiência. Facilitou-se o acesso ao Judiciário para que as pessoas reivindicuem respeito a direitos antes não postulados, pela descrença no êxito da provocação. No que se refere à proteção daqueles que se relacionam com hospitais, clínicas, ou qualquer entidade fundada para prestar serviços médicos e hospitalares, incide a teoria da responsabilidade objetiva (art. 14, caput, da Lei nº 8.078/90). Nesse contexto, incluem-se as sociedades de médicos que exploram a medicina de maneira empresarial, pois se os médicos perdem a pessoalidade (característica da atividade liberal) da prestação de serviços, são tratados como fornecedores, subordinando-se à responsabilidade objetiva. No caso poderá até ocorrer responsabilidade solidária do médico e da sociedade, vigorando, para o primeiro, a responsabilidade subjetiva e, para a outra, a objetiva. (TJPR- 2ª C. Cível - AI 830.233-4 - Londrina - Rel.: Des. Eugenio Achile Grandinetti - Unânime - J. 28.02.2012).

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se acerca do tema através do Rel. Ministro Castro Filho no REsp. Nº 731078/2005, salientando que, embora a natureza dos profissionais liberais seja personalíssima, subjugam-se ao que prescreve o CDC, até mesmo quanto à prescrição preconizada no referido Código.

Os serviços prestados pelos profissionais liberais, portanto, são regulados pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor. A única ressalva que a legislação consumerista faz em relação aos serviços desta natureza encontra-se no § 4º do artigo 14. É dizer: a legislação de consumo abrange os serviços prestados pelos profissionais liberais; apenas os exclui da responsabilidade objetiva. É de se observar que esse tratamento diferenciado dispensado aos profissionais liberais, incluindo os médicos, deriva da natureza intuitu personae dos serviços prestados e da confiança neles depositada pelo cliente. Mas o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor estabelece a prescrição por fato do produto ou do serviço, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Na opinião da Ministra Nancy Andrighi (REsp. Nº 1.216.424 de 2010), há de se apurar as responsabilidades do médico e do hospital distintamente, a depender do caso concreto. Cabe ao primeiro responder por falha técnica do serviço médico prestado, ao passo que ao segundo cumpre indenizar quando houver defeitos nos serviços de sua competência.

RECURSO ESPECIAL. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Erro médico. Negligência. Indenização. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem



nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.² Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.³ O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresaria. [...] O Código de Defesa do Consumidor introduziu, no tocante à prestação de serviços, uma obrigação de solidariedade entre todos os participantes da cadeia de fornecimento, sem exceção, ao indicar, no caput do art. 14, a expressão genérica “fornecedor de serviços”. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza, na sociedade atual, por reunir inúmeros contratos num relação de interdependência, com vários atores para a realização adequada de um mesmo objetivo: o serviço contratado pelo consumidor, o qual, muitas vezes, sequer visualiza a conexidade e complexidade dessas relações. [...] Nesse passo, verifica-se que, embora o § 4º do art. 14 do CDC afaste a responsabilidade objetiva para os profissionais liberais não exclui, se configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, e uma vez comprovada a culpa desse profissional, a solidariedade imposta pelo caput do art. 14 do CDC. [...] Por fim, cumpre destacar que essa interpretação se coaduna com os objetivos do Código de Defesa do Consumidor, garantindo a maior probabilidade da vítima ter acesso à justa reparação.

Como se vê, tal como a maioria da doutrina, a posição majoritária da jurisprudência pesquisada prestigia a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) na prestação de serviços defeituosos realizados por médicos, hospitais, clínicas e planos de saúde, com a ressalva de que os primeiros, na condição de profissionais liberais, têm o privilégio de responder apenas quando configurada a culpa. Prepondera, portanto, a opinião de que o médico profissional liberal responde de acordo com os fins ditados pelo CDC, salvo as opiniões ímpares de Miguel Kfoury Neto e Andréia Cristina Scapin, na doutrina, e do Desembargador Eugênio Achile Grandinetti, na jurisprudência.

Verificou-se, no entanto, uma nova tendência na jurisprudência analisada em considerar necessária a verificação da culpa, haja vista a responsabilidade subjetiva do médico, quando inserido em cadeia de multiplicidade de contratos que são interdependentes. No caso da utilização de centros cirúrgicos de hospitais e clínicas, procede-se, primeiramente, à avaliação da culpa médica e da participação



da entidade no defeito do serviço prestado. Desse modo, a responsabilidade objetiva do hospital fica restrita ao serviço de hotelaria, exames e administração de medicamentos realizados pela equipe de enfermagem. É, contudo, pacífico na doutrina e na jurisprudência a responsabilidade objetiva das cooperativas de plano de saúde.

4 A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUAS PRERROGATIVAS

No afã de mitigar a disparidade de forças entre fornecedor e consumidor, o legislador do Código de Defesa do Consumidor ampliou a proteção aos direitos dos consumidores brasileiros mediante o acesso facilitado ao Judiciário e a assistência judiciária gratuita; a inversão do ônus da prova; a possibilidade de ajuizamento da ação no foro do autor; a solidariedade passiva; e a prescrição.

O acesso aos órgãos judiciários e administrativos aos necessitados está previsto no artigo 6º, inciso VII, do CDC. De acordo com o professor Nehemias Domingos de Melo (2008, p. 81):

[...] a assistência judiciária, enquanto instituto de direito administrativo, é posta à disposição do hipossuficiente como condição primeira para seu ingresso ao Judiciário, quando então lhe é fornecido, além da isenção de custas e atos processuais, defensor público. De menor abrangência, o benefício da justiça gratuita é instrumento eminentemente processual, que pode ser solicitado ao juiz da causa tanto no momento inaugural da ação como no curso desta, significando dizer que a dispensa das despesas processuais é provisória e condicionada à manutenção do estado de pobreza do postulante, podendo ser revogada a qualquer tempo

A inversão do ônus da prova, por sua vez, é uma inovação do CDC com vistas a facilitar a defesa dos direitos básicos do consumidor. A norma constante no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, condiciona a garantia às condições de hipossuficiência do consumidor e verossimilhança de suas alegações, ficando, todavia, submetidas ao livre arbítrio do juiz, não ocorrendo a inversão automaticamente (MELO, 2008, p. 89). Porém, é facultado ao magistrado inverter o ônus probatório na presença de apenas uma das duas hipóteses (MARQUES, 2006, p. 183).

A hipossuficiência não se confunde com a vulnerabilidade do consumidor. Marcelo Kokke Gomes, *apud* Oliveira (2007, p. 74) discorre que:



A vulnerabilidade é princípio intrínseco das relações de consumo, abrangendo todos os consumidores em qualquer situação em que figurem. Já a hipossuficiência é peculiar a um consumidor em especial diante de uma situação que o torne, devido às qualidades particulares, sobremaneira submetido à parte contrária.

Dessa forma, os profissionais liberais igualmente estão suscetíveis ao ônus da prova. Isso já foi decidido pelo STJ no Agravo Regimental N° 969.015/SC, com voto condutor da Relatora Ministra Maria Isabel Galotti, julgado em 2011:

A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes deste Tribunal. 3. A verificação da presença dos requisitos estabelecidos art. 6º, VIII, do CDC (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência), implica reexame de matéria de fato vedado pela Súmula 7.

Ressalte-se, entretanto, que o médico não pode responder por dano que não tenha causado e, afim de que lhe seja imputada a responsabilidade civil, é preciso que ele tenha cometido ato ilícito, que desse ato tenha resultado um dano, havendo, necessariamente, nexos de causalidade entre sua conduta e o dano (Kfoury Neto, 2010, p. 81).

Porém, “[...] ninguém pode responder por um resultado a que não tenha dado causa, ganham especial relevo as causas de exclusão do nexos causal, também chamadas de exclusão de responsabilidade [...]” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 65-66). Assim, nas hipóteses de caso fortuito e força maior (art. 393, CC), fato exclusivo da vítima ou de terceiro (arts.12, § 3º, III, e 14, § 3º, II, CDC), isenta-se a responsabilidade do médico.

O foro privilegiado consiste em mais uma regra profícua ao consumidor fixada pelo Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de um instituto que beneficia o autor e que pode ser utilizado em ações coletivas e individuais (MELO, 2008, p. 106). Essa prerrogativa foi objeto de decisão sob o voto do Relator Des. Nilson Mizuta:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Exceção de incompetência. Erro médico. Competência DOMICÍLIO DA VÍTIMA. Reconhecida a prestação de serviços de profissional liberal, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, a natureza jurídica da relação entre médico e paciente possibilita o ajuizamento da demanda indenizatória no foro do domicílio do consumidor. Inteligência do art. 101, I, do CDC. TJPR Agravo de Instrumento nº 390.120-0, Rel. Des. Nilson Mizuta, 10ª Câmara Cível, DJ 16/03/2007).



A solidariedade passiva, por seu turno, vem ordenada pelo art. 7º, § único, do CDC: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Sob essa orientação, o STJ posicionou-se:

Consumidor. Recurso especial. Ação de indenização.. Responsabilidade civil. Médico particular. Responsabilidade subjetiva. Hospital. Responsabilidade solidária. Legitimidade passiva *ad causam*. [...] 2. Embora o art. 14, § 4º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo caput do art. 14 do CDC. 3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento. 4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas. (STJ, REsp 1216424/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, 09/08/2011)

Além disso, a lei consumerista também determina que a pretensão do autor de ter reparados os danos causados por acidente na prestação de serviços prescreve em cinco anos – estendendo o lapso de tempo prescrito no Código Civil, que é de três anos. Em julgamento em face de médico profissional liberal, o STJ compreende que:

O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil. (STJ. REsp 731078 SP 2005/0036043-2. Relator: Ministro CASTRO FILHO. DJ 13.02.2006).

5 CONCLUSÃO

A multiplicação de casos de demandas judiciais em face de médicos, de entidades hospitalares, de clínicas médicas e de planos de saúde, tem gerado controvertidas opiniões de juristas e de estudiosos do direito, no que respeita a aplicação de ordenamento jurídico - Código de Defesa do Consumidor ou Código Civil - mais apropriado às ações de responsabilização civil de cada ente, quando por defeito no serviço prestado resultar dano ao paciente.



Não obstante o Código de Ética Médica auferir à classe caráter personalíssimo, visto que não caracteriza relação de consumo, é majoritária a posição da doutrina e da jurisprudência em classificá-la como fornecedora de serviços sujeita às normas do CDC e, subsidiariamente, às regras demandadas pelo Código civil, nos casos em que a lei do consumidor for omissa.

A heterodoxia dentro da doutrina e da jurisprudência, ainda que incipiente, reveste a temática de complexidade. As ideias sensivelmente opostas dos estudiosos consumeristas, como Cláudia Lima Marques e Sérgio Cavalieri Filho divergem daquelas formuladas por Miguel Kfoury Neto(2010, p.212). Para este, o médico profissional liberal não se submete ao regramento do Código de Defesa do Consumidor, independentemente do vínculo de trabalho estabelecido, pois [...] “os serviços prestados pelos médicos têm natureza especialíssima. Viver já envolve toda sorte de riscos. Intervir no corpo humano potencializa esses riscos”. Sua posição claramente não se coaduna com os ensinamentos dos estudiosos consumeristas, visto que estes visualizam na pessoa do profissional liberal uma única exceção, que é a responsabilidade subjetiva, submetendo-se, sobretudo, aos preceitos normativos do referido Código.

Conclui-se diante de tudo que foi exposto nessa pesquisa, que se por um lado o paciente é tido como consumidor de serviços médicos, ainda que estes se enquadrem na categoria de profissionais liberais, os doutores, por outro lado, continuam sendo objeto de discussão, embora a maioria da doutrina e da jurisprudência, por ora, os inclua no rol dos fornecedores, portanto, sujeitos ao ônus da prova e à solidariedade passiva em caso de responsabilização por erro ou falha no serviço.

REFERÊNCIAS

BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: 1988** – texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de n. 1, de 1992, a 43, de 2004, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de n. 1 a 6, de 1994. – 23. ed. - Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de Publicações, 2004.

BRASIL. **Novo Código Civil**. Brasília: Centro de Documentação e Informação: Coordenação de Publicações, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=profissional%20liberal>. Acesso em: 12 ago. 2012.



CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA/CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ. **Novo Código de Ética Médica**. Curitiba: 2009

ESTADO DO PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento**. Disponível em <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>>. Acesso em 12 de ago. de 2012.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Responsabilidade Civil dos médicos**. Revista da Ajuris. Edição temática sobre responsabilidade civil, 2002.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões, Decreto nº 2.181/97. 6. ed. ver., ampl. e atual. pelas Leis nº 11.989/2009 e 12.039/2009. Niterói: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.81.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do Consumidor**. 2 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MARQUES, Claudia LIMA. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. ver. , atual. e ampl., incluindo mais de 1000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 – (Biblioteca de direito do consumidor).

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral nas relações de consumo**; doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de Defesa do Consumidor**: anotado e comentado: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VICENTINI, Paulo Fagundes. **Manual do candidato**: história mundial contemporânea (1776-1991). Brasília: Funag, 2006.

SBARAINI, Márcia Giraldi. **O consentimento livre e esclarecido**: análise de decisões judiciais brasileiras. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006.

SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do código de defesa do consumidor às ações judiciais por alegado erro médico**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

