

A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Érika Queiroz Teles¹

Rogério Mendes Fernandes²

RESUMO

A presente monografia volta-se para a análise da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e da Responsabilidade Civil na conduta do Médico ao realizar uma consulta. Serão analisados os requisitos essenciais para se compreender os institutos que compõem o tema. No primeiro capítulo será introduzido o tema, em linhas gerais de forma objetiva, com delimitação do problema, das proposições, designando os objetivos geral e específicos, exposição da justificativa do estudo, sua importância e a apresentação da metodologia usada para o estudo do tema. No segundo capítulo serão apresentados os conceitos básicos e importantes para que se entenda o instituto da Responsabilidade Civil. Afinal, toda atividade que provoca um prejuízo ou dano gera responsabilidade ou dever de indenizar, no qual o agente deve arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio jurídico danoso. No terceiro capítulo será analisado os requisitos mais importantes sobre o Código de Defesa do Consumidor, para que se possa entender a relação consumerista como um todo. Pois o CDC é uma norma protetiva, que ampara os consumidores, atualmente, na sociedade capitalista que vivemos existem diversas relações de consumo, tudo se perfaz diante do consumo. Há uma prestação e uma contraprestação para tudo. E por fim, no quarto capítulo será apresentado os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e a Responsabilidade Civil ao profissional liberal médico.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Médico. Código de Defesa do Consumidor.

¹Aluna do 10º período da turma Alfa Noturno do Curso de Direito da Faculdade Atenas – Orientador: Prof.: Rogério Mendes Fernandes. erica_qteles@hotmail.com.br

²Professor do Curso de Direito da Faculdade Atenas – Orientador: Prof.: Rogério Mendes Fernandes. rogeriomendesf@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente tema em estudo tem como objetivo analisar se é aplicável o Código de Defesa do Consumidor e a Responsabilidade Civil na atividade médica.

A Constituição Federal de 1988 preceitua em seu art. 5º *caput*, que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Desse modo, o bem jurídico mais precioso tutelado em nosso ordenamento é a vida, bem incontroverso para o direito. Conforme preconiza o Código Civil em seus artigos 1º e 2º: Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil; e a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Tem-se verificado um aumento na demanda judicial contra médicos. Isso se deve ao fato de que o atendimento médico se tornou cada vez mais consumerista, ou seja, uma relação mediante remuneração, como qualquer outro fornecimento de serviço.

O contexto dos profissionais médicos sofreu mudanças significativas com o decorrer dos anos, antigamente não se falava muito em erro médico, pois este era considerado da família, convivia no seio familiar, tendo respeito e admiração por todos. A sociedade mudou, modernizou-se e aquele cenário deu lugar a clínicas, hospitais e profissionais bem qualificados e equipados que vendem seus serviços, e não possuem relação alguma com os pacientes, a não ser na hora da consulta.

O código de defesa do consumidor, lei nº. 8.078/90 que estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, trouxe mudanças significativas para o campo da responsabilidade civil, já que na época o Código Civil vigente era o de 1916, que foi reformado somente em 2002.

Já o campo da responsabilidade civil é muito abrangente, possui normas e princípios que guiam o dever de indenizar. E, de fato, a reparação de prejuízos é essencial para se chegar à paz social.

Portanto, em algumas profissões de risco, na qual o erro pode ser fatal, faz-se necessário preencher alguns requisitos legais, que vão desde a graduação em curso universitário, para dar ao profissional a habilitação técnica necessária, até a inscrição em órgão especial.

1.1 Problema

O código de defesa do consumidor, legislação protetiva, baseada no princípio da vulnerabilidade do consumidor, veio inovando no campo da responsabilidade civil, consagrando a responsabilidade objetiva do fornecedor, que responde independentemente de culpa pela prestação de serviços e circulação de produtos. Porém, há uma ressalva no parágrafo 4º do artigo 14 do CDC, mostrando que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, no caso em questão dos médicos, será apurada mediante a verificação de culpa (negligência, imprudência e imperícia).

Neste contexto, emerge como relevante tema da responsabilidade civil a reparação de danos decorrentes do exercício da medicina que é destinada aos cuidados da vida humana e suas nuances. Sendo assim, é inevitável questionar se há aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil do médico?

1.2 Hipóteses do Estudo

É natural do ser humano ficar doente, e para cuidar das enfermidades, surgiram ao longo dos tempos, “figuras médicas” que tinham o “dom” de cuidar e curar tais doenças. E, graças à evolução do homem, da tecnologia, dos recursos biológicos e científicos, o que se vê, hoje, são médicos capacitados e clínicas especializadas nos mais variados tratamentos.

Em decorrência desse avanço na área médica, surgem várias dúvidas acerca da responsabilidade que esses profissionais possuem, quando erram ou deixam de observar procedimentos padrões e causam lesões aos pacientes.

A legislação civil brasileira, antes dos anos 90, era extremamente formalista, o código que regia era o de 1916, que em seu art. 159, englobava todas as situações de responsabilidade civil subjetiva e a culpa (provada) era amplamente usada, e raros eram os casos de responsabilidade objetiva. Havia, portanto muita dificuldade para se responsabilizar o médico causador do dano e o paciente não tinha muito que fazer, pois não havia lei específica que amparasse a parte hipossuficiente.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1991, legislação mais específica que ampara os consumidores, que são a parte fraca da relação, ficou mais fácil o paciente lesado pelo médico procurar a reparação judicial adequada.

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo Geral

O objetivo geral deste trabalho é analisar se é aplicável o Código de Defesa do Consumidor e a Responsabilidade Civil na atividade médica.

1.3.2 Objetivos Específicos

O presente tema será elucidado de forma sistemática, com breve contextualização.

- a) conceituar o instituto da responsabilidade civil, e do código do consumidor;
- b) analisar e explanar como a responsabilidade civil se insere no âmbito do direito do consumidor;
- c) apresentar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do objeto do estudo.

1.4 Justificativa do Estudo

O presente tema reflete a preocupação que a sociedade tem em relação aos maus profissionais que estão atuando na área da medicina, já que a crescente demanda judicial contramédicos faz acreditar que as pessoas estão se conscientizando cada vez mais sobre seus direitos, e não suportam mais o fato de perder um ente familiar por causa de um erro. Não aquele erro escusável, mas sim aquele provocado por descuido, por desleixo, por inexperiência, por inaptidão, enfim, por falta de alguma cautela que deveria ter observado.

1.5 Metodologia

O presente trabalho será realizado por meio de revisão bibliográfica onde serão utilizados livros, artigos e sites da internet acerca do tema, além de pesquisas sobre as opiniões e pareceres de doutrinadores, jurisprudências, bem como informações advindas de revistas jurídicas.

1.6 Estrutura do Trabalho

No primeiro capítulo foi introduzido o tema em linhas gerais de forma clara objetiva, com delimitação do problema, das proposições, designando os objetivos geral e específicos, exposição da justificativa do estudo, sua importância e a apresentação da metodologia usada para o estudo do tema.

No segundo capítulo serão apresentados os conceitos básicos e importantes para que se entenda o instituto da Responsabilidade Civil. Afinal, toda atividade que provoca um prejuízo ou dano gera responsabilidade ou dever de indenizar, no qual o agente deve arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio jurídico danoso.

No terceiro capítulo será analisado os requisitos mais importantes sobre o Código de Defesa do Consumidor, para que se possa entender a relação consumerista como um todo. Pois o CDC é uma norma protetiva, que ampara os consumidores, atualmente, na sociedade capitalista que vivemos existem diversas relações de consumo, tudo se perfaz diante do consumo. Há uma prestação e uma contraprestação.

E no quarto e último capítulo será apresentado os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a aplicabilidade do código de defesa do consumidor e a responsabilidade civil ao profissional liberal médico.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Noções Gerais Sobre Responsabilidade Civil

Conforme dispõe a ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz “a responsabilidade civil é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas [...]” (DINIZ, 2006).

José Aguiar Dias citado por Pamplona Filho observa que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade.” E mais adiante, Pamplona, esclarece que a palavra ‘responsabilidade’ tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade [...]. (PAMPLONA FILHO, 2013, p.45/46)

Nas lições do mestre San Tiago Dantas citado por Sérgio Cavalieri Filho, “o grande desafio da ordem jurídica pátria é velar pelo que é lícito e reprimir o ilícito”. E mais

adiante, Cavalieri expõe que a “violação de um dever jurídico configura o ilícito, que quase sempre acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja o de reparar o dano.” Havendo assim, “um dever jurídico originário ou primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo.” Surgindo a noção de responsabilidade civil que, em sentido etimológico exprime idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia.

Ainda neste sentido, Cavalieri ensina que a responsabilidade civil só se cogita onde houver violação de um dever jurídico e um dano, ou seja, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um dever jurídico preexistente.

Cavalieri, em sua obra, faz uma distinção importante entre obrigação e responsabilidade. A obrigação como sendo sempre um dever jurídico originário, e a responsabilidade sucessiva, conseqüente à violação do primeiro. E dá exemplo:

Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário, se não cumprir tal obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. (CAVALIERI, 2014).

O Código Civil faz essa distinção entre obrigação e responsabilidade no seu art. 389: “não cumprida a obrigação (originária), responde o devedor por perdas e danos [...]” .

Portanto, salienta Diniz que a função primordial da responsabilidade civil é a indenização, entendendo esta como sendo necessária para amenizar o dano causado pelo agente, trazendo ao prejudicado a indenização suscetível ao dano sofrido. (DINIZ, 2006)

Cavalieri nos ensina que para se identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem o descumpriu. Sendo assim, a responsabilidade civil tem por essência uma **conduta voluntária** que viola um dever jurídico, podendo dividi-la em diferentes espécies, dependendo de onde vem esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta.

2.2 Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal

Conforme preceitua Cavalieri, a ilicitude não é uma peculiaridade do Direito Penal, sendo uma contrariedade entre a conduta e a norma jurídica, pode ter lugar em qualquer ramo do Direito. “Será chamada de ilicitude penal ou civil observando-se a norma jurídica violada pelo agente. No caso de ilícito penal, o agente descumpra uma norma penal,

de Direito Público; no ilícito civil, a norma violada é de Direito Privado.” Aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves. (CAVALIERI, 2014, p.29).

E, para reforçar a idéia da separação entre os dois tipos de responsabilidade, o Código Civil de 2002 observa a independência entre responsabilidade civil e penal, em seu art. 935: “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

2.3 Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual

No entender de Cavalieri Filho quem infringe dever jurídico *lato sensu*, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é um dever oriundo de um contrato, ou, por outro lado, pode ter causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei. “Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana ou absoluto.”(CAVALIERI, 2014,p.30).

Para Cavalieri, “a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos,” uma vez que as regras previstas no CC para a responsabilidade contratual (arts. 393,402 e 403) são também aplicadas à extracontratual.

Ainda Cavalieri, relata que o Código do Consumidor, superou essa clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, que é objetiva. Ao equiparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (CDC, art.17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança, o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá cauda a um acidente de consumo. (CAVALIERI, 2014, p. 31).

2.4 Responsabilidade Civil Subjetiva e Responsabilidade Civil Objetiva

No entender de Rodolfo Pamplona Filho “a responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo.” Essa culpa, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência, imprudência ou imperícia. (PAMPLONA FILHO 2013, p.57).

Já para Cavalieri, “a idéia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, ninguém pode merecer censura ou reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir.” Por conseguinte, a culpa, de acordo com a teoria clássica, é considerada o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. (CAVALIERI, 2014, p.32).

Depreende-se do Código Civil de 2002, em seu art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Portanto, verifica-se pela análise do artigo supracitado, que são três os pressupostos ou elementos da responsabilidade civil subjetiva: **a) conduta humana (positiva ou negativa); b)nexo de causalidade e c)dano ou prejuízo.** (PAMPLONA FILHO, 2013, p.69).

No primeiro elemento, Pamplona Filho esclarece que, apenas o homem, pessoa física ou jurídica, poderá ser civilmente responsabilizado, não há que se falar, portanto em fato da natureza, por não poder ser atribuído ao homem. Sendo o núcleo fundamental da noção de conduta humana é a *voluntariedade*, que resulta da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. Essa ação pode ser positiva (comissiva) ou negativa (omissiva). Diniz expõe que, a primeira, “vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar”; e a segunda, seria “a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.” (DINIZ, 2006, p.44).

O C.C. de 2002, além de disciplinar a responsabilidade civil por ato próprio, reconhece também espécies de responsabilidade civil indireta, por ato de terceiro ou por fato do animal e da coisa, nos arts. 932, 936, 937 e 938. (PAMPLONA FILHO, 2013, p. 75).

O segundo elemento, o nexo de causalidade que liga a conduta humana voluntária e o resultado danoso. É necessário que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente. Segundo Cavalieri, “é aparentemente fácil, mas na prática enseja algumas perplexidades”. Há várias teorias acerca do nexo causal, a jurisprudência tem sido flexível

quanto à aplicação das teorias, adotando para cada caso o entendimento mais justo para solucionar o problema. (CAVALIERI, 2014, p.63/64).

Por fim o terceiro elemento, o dano, Cavalieri conceitua-o como sendo “lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como sua honra, imagem etc. O art. 927, expressa nesse sentido: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), **causar dano a outrem**, fica obrigado a repará-lo.” O art.186, por sua vez, fala em violar direito e **causar dano**. Da mesma forma o parágrafo único do art.927:“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.” (CAVALIERI, 2014, p. 92).

Percebe-se que a responsabilidade subjetiva se restringiu às pessoas físicas e aos profissionais liberais, enquanto que todas as outras relações entre grupo e o indivíduo (Estado, empresas, fornecedores de produtos e serviços e etc.) ficou para a responsabilidade objetiva. Muito extensas e profundas são as cláusulas gerais que consagram a responsabilidade objetiva, tais como o exercício de atividade de risco ou perigosa (art.927,§ único CC), abuso do direito (art.187 CC) e outros.

3 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Rizzatto Nunes explica que existe hoje uma grande dificuldade de compreensão das regras brasileiras estabelecidas pela lei de proteção ao consumidor, porque durante praticamente todo século XX, no Brasil, aplicou-se às relações de consumo a lei civil que vigorava em 1917, para resolver todos os problemas que surgiam de forma equivocada. O que gerou uma memória jurídica, com certas dificuldades em entender o texto do CDC, que é bem enxuto e curto. O autor fala ainda, que o CDC “acabou tendo resultados altamente positivos, porque os legisladores [...] pensaram e trouxeram para o sistema legislativo brasileiro aquilo que existia e existe de mais moderno na proteção do consumidor.” Tanto é que “o resultado foi tão positivo que a lei brasileira já inspirou a lei de proteção ao consumidor na Argentina, reformas no Paraguai e no Uruguai e projetos em países da Europa.” (NUNES, 2013, p. 42/43).

Pois bem, para que se possa delimitar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, lei nº 8.078/90, faz-se necessário definir quais são os sujeitos existentes na relação de consumo.

O conceito de consumidor se encontra previsto no art. 2º do CDC, caracterizando o titular do direito, *in verbis*: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Portanto, a lei fala que o consumidor pode ser tanto quem “adquire” onerosa ou gratuitamente, produto ou serviço, como aquele que, não tendo adquirido, “utiliza-o” ou consome-o. “Assim, por exemplo, se uma pessoa compra cerveja para oferecer aos amigos numa festa, todos que a tomarem serão considerados consumidores.” Bem como os que, não as tendo tomado, participarem de um acidente de consumo, se a garrafa de cerveja explode, atingindo os convidados, por exemplo. Frize-se que, para caracterizar consumidor, deve ele ser o destinatário final do produto ou serviço. (NUNES, 2013, p. 121/122).

O art. 3º do CDC define fornecedor como sendo: “[...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, [...] distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” Excetuando-se as de caráter trabalhista. É importante ter atenção no conceito de ‘atividade’, descrito no *caput* do artigo, porque ele apontará se num dos pólos da relação jurídica está o fornecedor, levando-se em conta a atividade desenvolvida, se é regular ou eventual. (NUNES, 2013, p. 135/136).

No tocante à pessoa física, tem-se a figura do profissional liberal como prestador de serviço e que não se esquivou do amparo do CDC, apesar de não responder objetivamente, mas por culpa, conforme o §4º do art.14, não há dúvida de que o profissional liberal é fornecedor. Há também, aquelas pessoas físicas, que não são caracterizadas como profissionais liberais, mas que prestam serviços, a exemplo o encanador, eletricitista etc. (NUNES, 2013, p. 138/139).

O CDC definiu produto no §1º do art. 3º como sendo qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Conceito universal, abrangendo também os bens duráveis e não duráveis (art.26, I e II, do CDC).

E o enfoque maior, o serviço, conforme o § 2º do art. 3º do CDC, 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. Serviço é tipicamente uma atividade, ação humana que tem em vista uma finalidade, e toda ação se esgota quando praticada. Daí somente poderia haver serviço não

durável. Porém o mercado acabou criando serviços “duráveis,” contínuos, como os serviços de convênio de saúde, serviços educacionais. (NUNES, 2013, p. 144/149).

Há que se falar da ‘remuneração’ incluída na definição do serviço, atualmente, nada é gratuito no mercado de consumo, por mais que não se pague no momento, pode existir qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto do valor cobrado. (NUNES, 2013, p.150/151).

Quanto aos serviços públicos, o art. 22 do CDC, assim dispõe: “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.” E seu parágrafo único fala: “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.”

Conforme jurisprudência a seguir:

RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE EM ESTRADA. ANIMAL NA PISTA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. Conforme jurisprudência desta Terceira Turma, as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista. Portanto, respondem, objetivamente, por qualquer defeito na prestação do serviço, pela manutenção da rodovia em todos os aspectos, respondendo, inclusive, pelos acidentes provocados pela presença de animais na pista. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 647710 RJ 2004/0060056-0, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 20/06/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 30/06/2006 p. 216RB vol. 513 p. 23RT vol. 853 p. 185)

O consumidor conta, ainda, com alguns princípios norteadores das relações de consumo, que são igualmente importantes. Os principais são: princípio da dignidade da pessoa humana, proteção à vida, à saúde e segurança, transparência (dos serviços), vulnerabilidade, boa-fé, informação etc. A lei ainda garante ao consumidor a reparação integral dos danos patrimoniais, morais, estéticos e à imagem. (arts. 6º, VI, e 12 a 17 do CDC). (NUNES, 2013).

3.1 Responsabilidade do Fornecedor de Serviços nas Relações de Consumo

Rizzatto Nunes explica que a responsabilidade por fato do serviço está regulada no art. 14 do CDC, e que a norma fala em “fornecedor de serviço”, quando o mais coerente seria “prestador de serviços”, pois “fornecedor” é gênero e “prestador” é espécie, sendo o mais adequado. (NUNES, 2013, p.347).

Superado isso, o autor expõe que, no caso de serviço, é sempre o prestador o responsável, tanto no caso de defeito (art.14), quanto no caso de vício (art.20). E que a responsabilidade civil do agente é objetiva, oriunda do risco integral de sua atividade econômica.

In verbis o 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.”

E o art. 20 do CDC regulou para os serviços somente os vícios de qualidade, oferecidos pelo fornecedor direto, seja ele pessoa física ou jurídica. Mas, conforme Rizzatto, “se enganou, porque há sim vícios de quantidade de serviços.” Consoante a interpretação extensiva do caput do art. 19.

Art. 20: O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Sobre o artigo supracitado, Rizzatto esclarece que há diferenças entre o serviço “impróprio” e o “inadequado”. Os vícios que tornam o serviço impróprio ou inadequado ao consumo a que se destinam. O primeiro, “é o serviço que, em função de sua má execução, impede seu uso, não tendo qualquer eficácia de prestabilidade para o consumidor.” E o segundo, “é o serviço que, apesar de imperfeitamente prestado, permite o uso parcial, não tendo a total eficiência esperada e desejada pelo consumidor, mas ainda assim, mesmo insuficiente, podendo ser utilizado.” (NUNES, 2013, p.296/297).

3.2 Distinção entre Vício e Defeito

Rizzatto explica que a distinção entre vício e defeito, que não está clara na lei, dando margem a dúvidas. Para entender “defeito” é necessário conhecer o sentido de “vício”. Os vícios são “as características de qualidade e quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor.” Podem ser aparentes ou ocultos: os aparentes são de fácil constatação, aparecem pelo uso e consumo; já os ocultos demoram um tempo após o uso, ou são inacessíveis ao consumidor, não são fáceis de constatar. O defeito pressupõe o vício, “há vício sem defeito, mas não há defeito se vício.” O defeito “possui um problema extra que é extrínseco ao produto ou serviço, que causa um dano maior que o vício que atinge o consumidor em seu patrimônio jurídico mais amplo (moral, material, estético ou à imagem)”. (NUNES, 2013, p. 229/230).

Sobre o serviço defeituoso Venosa esclarece:

serviço defeituoso deve ser examinado no momento em que é prestado. O serviço é defeituoso quando não fornece segurança para o consumidor. Os defeitos de serviço podem decorrer de concepção ou de execução indevidas. Seu campo de atuação é muito amplo, do serviço mais simples [...] ao mais complexo proporcionado por clínicas e hospitais [...]. (VENOSA, 2005, p. 232)

Venosa esclarece ainda que há no CDC os “acidentes de consumo”, no art.17: “para os efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Trata-se de um conceito de consumidor por equiparação, inúmeras pessoas que podem ser atingidas pelo defeito do produto ou serviço, podem ingressar com pedido de reparação, pois também foram prejudicadas, não só quem adquiriu tal produto ou serviço. (VENOSA, 2005, p.234).

3.3 Dever de Informar

Rizzatto Nunes fala que o dever de informar é princípio fundamental no CDC, aparecendo primeiramente no inciso II do art. 6º, e junto ao princípio da transparência, no caput do art. 4º, traz uma nova configuração aos produtos e serviços oferecidos no mercado. Deve ser exigido antes mesmo antes de iniciar a relação consumerista, por ser elemento necessário do produto e do serviço. Pelo CDC o fornecedor é obrigado a prestar todas as informações sobre o produto ou serviço, suas características, qualidades, riscos, preços, etc., de forma clara e precisa, não se aceitando falhas ou omissões. E o princípio da transparência exprime a obrigação de o fornecedor dar ao consumidor oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato que está sendo apresentado. (NUNES, 2013, p.185/186).

3.4 Responsabilidade Solidária

Rizzatto esclarece ainda que o CDC estipulou expressamente a responsabilidade solidária dos partícipes pelos danos causados. Significando que o consumidor pode escolher a quem acionar, um ou todos, como a solidariedade obriga a todos os responsáveis, eles respondem pelo total dos danos causados. Conforme arts. 18 e 19 *caput*, §§ 1º e 2º do art. 25, no §3º do art. 28 e no art. 34. todos do CDC, e está claro que na lei, a responsabilidade por defeitos e vícios é sempre solidária. E caberá ao responsável acionado, depois de indenizar o consumidor, se quiser, acionar os outros responsáveis solidários para ressarcir-lhe ou repartir os gastos, tendo em vista a relação jurídica que existe entre eles. (NUNES, 2013, p 199/200).

Nesse sentido:

ACÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO - PUBLICIDADE - DÉBITO EM CONTA TELEFÔNICA - SINISTRO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA CARACTERIZADAS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FORNECEDOR PELA OFERTA - RECURSO DESPROVIDO. I - A oferta de serviço, suficientemente precisa, veiculada na conta telefônica, e nela cobrada através do "Plano Seguro em Casa", obriga aquele que a fizer veicular, nos termos do artigo 30, do Código de Defesa do Consumidor. II - O fornecedor é parte legítima passiva para responder ação decorrente do inadimplemento da indenização contratada. Por sua vez, a viúva é parte legítima ativa para ajuizar a medida. III - Comprovada a cobrança do prêmio após o sinistro, evidencia-se o direito à restituição, por se tratar de obrigação indevida. (TJ-PR - AC: 3085661 PR 0308566-1, Relator: Luiz Lopes, Data de Julgamento: 13/10/2005, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: 6988)

3.5 Reparação do Dano

Quando o fato do produto ou do serviço causar algum acidente de consumo, dano ou prejuízo ao consumidor, o agente responsável tem o dever de indenizá-lo, pois sua responsabilidade é objetiva, decorrente do risco integral de sua atividade econômica. E a lei garante ao consumidor a reparação total dos danos patrimoniais e morais, estéticos, à imagem. (NUNES, 2013, p. 225).

A CF/88 em seu art. 5º, inciso X fala que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a **indenização pelo dano material ou moral** decorrente de sua violação.” Rizzatto esclarece que a disjuntiva “ou”, não é usada no sentido adversativo. Fala no sentido de dano material (se houver) ‘e’ moral (se houver). E que essa questão já se encontra resolvida pela Súmula 37 do Superior Tribunal de

Justiça, que estipula que “são cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”.

A indenização por dano material é a composição em dinheiro visando a reposição do *status quo ante*: valor realmente perdido (dano emergente), o que se deixou de ganhar (lucros cessantes). Havendo dano material, este tem de ser ressarcido integralmente (art.5º, XXII, X, V). (NUNES, 2013, p. 373/374).

Já o dano moral, segundo Rizzatto, “é aquele que afeta a paz interior de cada um. Atinge o sentimento da pessoa, o decoro, o ego, a honra, enfim tudo aquilo que não tem valor econômico, mas lhe causa dor e sofrimento. É pois, a dor física e/ou psicológica sentida pelo indivíduo.” Ele dá exemplo: “uma imagem denegrida, um nome manchado, a perda de um ente querido ou a redução da capacidade laborativa em decorrência de um acidente, traduz-se numa dor íntima.” (NUNES, 2013, p. 374)

4 A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Conforme dispõe Venosa, devido a necessidade da sociedade moderna, a Medicina nos últimos tempos, socializou-se, despersonalizou-se, e especializou-se. O médico tem que empregar toda a técnica, diligência e perícia, seus conhecimentos da melhor maneira, na tentativa de curar, ou na diminuição dos males, mas não pode garantir a cura, pois a “vida e a morte são valores que pertencem a esferas espirituais.” (VENOSA, 2005, p.129).

Segundo Venosa, como em toda a responsabilidade profissional que representa risco, a do médico será verificada mediante exame dos meios que ele empregou, em cada caso. O médico tem o dever de informar o paciente, ou sua família de seu estado, da metodologia e técnicas a serem usadas, dos riscos e possibilidades de cura.

O tratamento médico é alcançado pelos princípios do CDC, conforme Venosa. O paciente toma lugar de consumidor, nos termos do art. 2º do CDC. O médico ou a pessoa jurídica coloca-se como fornecedor de serviços, de acordo com o art. 3º, e o seu § 2º não deixa dúvidas de que apenas as relações trabalhistas estão fora da abrangência do CDC, pois serviço é qualquer atividade de consumo, mediante remuneração.

Para Kfoury Neto “os serviços prestados pelos médicos tem natureza especialíssima.” O dano médico deve ser apreciado pela análise da culpa, quer seja o profissional vinculado a estabelecimento hospitalar ou não.

Dispõe o §4º do art. 14 do CDC que: “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.”

Conforme Rizzatto Nunes, essa é a única exceção ao sistema da responsabilidade civil objetiva prevista no CDC, submetendo o profissional liberal a indenizar com base na responsabilidade subjetiva, pela verificação de culpa ou dolo.

No entender de Cavalieri Filho, a responsabilidade médica foi muito discutida no passado quanto à sua natureza jurídica: se era contratual ou extracontratual; se gerava obrigação de meio ou de resultado. Após o CDC essas discussões perderam relevância, e hoje a responsabilidade médica/hospitalar deve ser averiguada por dois aspectos diferentes. O primeiro aspecto é em relação a responsabilidade resultante da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal. E o segundo, a responsabilidade médica proveniente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, incluído os hospitais, clínicas, casas de saúde, laboratórios médicos etc. (CAVALIERI, 2014, p.432).

4.1 Profissionais Liberais

Para Rizzatto, as características do trabalho dos profissionais liberais são: autonomia, com decisões tomadas por conta própria, sem subordinação; prestação do serviço pessoalmente. Mas cabe a jurisprudência analisar caso a caso. E sua atividade é de meio e não de fim, com poucas exceções. Pois, ele não tem condições objetivas de garantir o fim desejado, porque não depende dele.

Rizzatto expõe que algumas atividades liberais, como o de serviços médicos, desenvolveram-se a tal ponto que os profissionais acabaram organizando clínicas e hospitais, planos de saúde etc, e que “atualmente, pelo menos ao que respeita aos grandes prestadores desse serviço e dos seguros-saúde, [...] o que transformou definitivamente a saúde e a vida e, mercadoria.” (RIZZATTO, 2013).

4.2 Distinção entre Dolo e Culpa

Cavalieri faz essa distinção dizendo que tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro, a conduta nasce ilícita, visto que a vontade é voltada para a concretização de um resultado antijurídico (o dolo abarca a conduta e seu efeito lesivo),

enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente aceitáveis. “No dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente da falta de cuidado.” (CAVALIERI, 2014, p.45/46).

4.3 A Culpa na Responsabilidade Civil do Médico

Kfouri Neto, em sua obra, explica que os julgadores são rigorosos ao analisar a culpa médica, e expõe o entendimento de um julgado:

A culpabilidade somente pode ser presumida na hipótese de ocorrência de erro grosseiro, de negligência ou de imperícia, devidamente demonstrados. Se os profissionais se utilizaram de sua vasta experiência e dos meios técnicos indicados, com habituais cuidados pré e pós-operatórios, somente uma prova irretorquível poderá levar à indenização pleiteada. [...] (KFOURI NETO, 2010, p.82/83).

Para Avecone, citado por Kfouri, um correto método de aferição de culpa médica pressupõe: “a) a perfeita consciência do caso concreto, em todos seus aspectos objetivos e subjetivos [...]; b) o uso dos parâmetros jurídicos normais, utilizáveis também para outros tipos de conduta (previsibilidade, normalidade etc), mesmo que, dada a particularidade da matéria, mais difícil pareça tal aplicação.” (KFOURI NETO, 2010, p.83).

Para Kfouri o grau de culpa reflete na quantificação da indenização, podendo o juiz “adequar” esse *quantum*. E continua explicando que “no Brasil, para que o ressarcimento do dano oriundo da culpa médica se torne mais freqüente, é mister que nossos juízes e tribunais amenizem as exigências para a aferição da culpa e verificação do nexo de causalidade.” Pois há um excessivo rigor dos julgadores no tocante ao tecnicismo das provas. Os meios de provas usuais são: “depoimento pessoal do médico, inquirição de testemunhas (mesmo as suspeitas ou impedidas), prova documental, informes, inspeção judicial, prova pericial, a convicção e o convencimento do juiz.” (KFOURI NETO, 2010).

4.3.1 Culpa *stricto sensu*

A caracterização da responsabilidade subjetiva do médico é embasada na culpa. Os elementos da conduta culposa são: a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade; e c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção, que externa-

se pela culpa *stricto senso* (ou em sentido restrito), caracterizada pela negligência, imprudência e imperícia. (CAVALIERI, 2014, p.50)

Para Kfourri, a negligência médica caracteriza-se pela inação, descuido, desleixo, inércia, passividade, é um ato omissivo. Como por exemplo: “o abandono do doente, a omissão de tratamento; a letra do médico (receita indecifrável, levando o farmacêutico a fornecer remédio diverso do prescrito) também conduz à responsabilidade por negligência: deve-se prescrever à maquina ou de forma legível e sempre com cópia.[...]” E há vários outros exemplos de negligência médica. Como exemplo, o autor cita julgados:

É negligente o médico clínico que deixa de dar o devido encaminhamento a paciente que necessita de urgente intervenção cirúrgica. Há erro grosseiro quando o clínico, sem identificar os sintomas da apendicite aguda, desconsidera os sintomas evidentes e revela absoluto descaso pelo doente, já internado. Outro médico, solicitado pela enfermagem, ao se deparar com o quadro desfavorável ao paciente, removeu o apêndice, já perfurado e supurado. Sobrevieram peritonite e a morte da vítima. Revela negligência o médico que, diante de caso grave, permanece deitado na sala dos médicos, em hospital, limitando-se a prescrever medicamento, sem contato com o paciente, criança desidratada, que veio a falecer. (KFOURI NETO, 2010, p.94)

Na imprudência, ainda conforme Kfourri há culpa comissiva. “Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar cautela.” Como exemplo: “o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista, principia ele mesmo a aplicação da anestesia e o paciente morre de parada cardíaca.” Imprudente “é o médico que resolve realizar em 30 minutos cirurgia que, normalmente é realizada em uma hora, acarretando dano ao paciente.”

Kfourri diz que no contexto médico a dificuldade está em se distinguir a imprudência da imperícia, e também na análise em torno do seguinte fato: “o médico ao se definir por determinada intervenção, agiu com imperícia, pois não conhecia a fundo o risco que ela envolvia, ou porque, tendo perfeita consciência do risco, resolveu avançar sua ação além dos limites da licitude.” Para o autor, “a imprudência sempre deriva da imperícia, pois o médico mesmo consciente de não possuir suficiente preparação, nem capacidade profissional necessária, não detém sua ação.”

A imperícia, segundo Kfourri, “é a falta de observação das normas, a deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático. Também a incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares exigidos numa profissão.” Destaca-se que, só é considerado imperito, o profissional que possui o diploma e é regularmente inscrito no órgão da classe ao qual pertence. Nesse sentido, Avecone citado por Kfourri, diz que “é fora de propósito referir-

se a imperícia, juridicamente considerada, também ao leigo, ou ao não habilitado ao exercício da arte médica, porque o pressuposto básico de tal tipo de culpa é o exercício legítimo da profissão.[...]"

Veloso de França citado por Kfourri, diz que "o diagnóstico errado não é sinal de imperícia, dadas as circunstâncias que envolvem a análise dos sintomas, às vezes confusos," ocorrendo o "erro honesto". (KFOURI NETO, 2010, p.100).

Kfourri cita alguns exemplos de imperícias encontradas nas jurisprudências nacionais:

É imperito o obstetra que, na operação cesariana, corta a bexiga da parturiente. [...] O médico que, manuseando o fórceps, provocou traumatismo cranioencefálico, com edema e congestão cerebral, dando causa à morte do neonato. O cirurgião que realizou intervenção visando colher fragmento para biópsia hepática. Ao introduzir a agulha, dada sua imperícia, perfurou o fígado do enfermo, menor com 1 mês e 20 dias de vida, que apresentava quadro hepatopatia crônica, caracterizada por icterícia e aumento de volume do órgão. Sobrevieram hemorragia e a morte da criança [...]. Tem-se arguido imperícia médica quando o obstetra realiza ligadura de trompas, ou laqueadura, forma de esterilização feminina, e ainda assim a mulher vem a engravidar. (KFOURI NETO, 2010, p. 101).

No caso da laqueadura supracitada, Kfourri esclarece que em um simpósio sobre responsabilidade médica, caso semelhante foi falado: que por duas vezes a paciente submeteu-se a essa modalidade de intervenção, e em ambas verificou-se posterior gravidez. E que os médicos afirmam existir a possibilidade de insucesso. E que orientam as pacientes sobre os riscos de engravidarem nos meses seguintes.

O julgado colacionado a seguir, reforça a idéia de que o profissional liberal médico responde pessoal e subjetivamente em caso de erro, configurando a culpa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL E CONSUMIDOR. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS CIRURGIÃO E ANESTESISTA. **CULPA DE PROFISSIONAL LIBERAL (CDC, ART. 14, § 4º).**RESPONSABILIDADE PESSOAL E SUBJETIVA. PREDOMINÂNCIA DA AUTONOMIA DO ANESTESISTA, DURANTE A CIRURGIA. SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADAS. 1. Não se conhece dos embargos de divergência apresentados pela Clínica, pois: (I) ausente o necessário cotejo analítico entre os acórdãos embargado e paradigma, para fins de comprovação da divergência pretoriana (RISTJ, arts. 255, §§ 1º e 2º, e 266, § 1º);e (II) o dissídio apontado baseia-se em regra técnica de conhecimento do recurso especial. 2. Comprovado o dissídio pretoriano nos embargos de divergência opostos pelo médico cirurgião, devem ser conhecidos. 3. A divergência cinge-se ao reconhecimento, ou afastamento, da responsabilidade solidária e objetiva (CDC, art. 14, caput) do médico-cirurgião, chefe da equipe que realiza o ato cirúrgico, por danos causados ao paciente em decorrência de erro médico cometido exclusivamente pelo médico-anestesista. 4. Na Medicina moderna a operação cirúrgica não pode ser compreendida apenas em seu aspecto unitário, pois frequentemente nela interferem múltiplas especialidades médicas. Nesse contexto, normalmente só caberá a responsabilização solidária e objetiva do cirurgião-chefe da equipe médica quando o causador do dano for

profissional que atue sob predominante subordinação àquele. 5. No caso de médico anestesista, em razão de sua capacitação especializada e de suas funções específicas durante a cirurgia, age com acentuada autonomia, segundo técnicas médico-científicas que domina e suas convicções e decisões pessoais, assumindo, assim, responsabilidades próprias, segregadas, dentro da equipe médica. Destarte, se o dano ao paciente advém, comprovadamente, de ato praticado pelo anestesista, no exercício de seu mister, este responde individualmente pelo evento. 6. **O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, caput, prevê a responsabilidade objetiva aos fornecedores de serviço pelos danos causados ao consumidor em virtude de defeitos na prestação do serviço ou nas informações prestadas - fato do serviço. Todavia, no § 4º do mesmo artigo, excepciona a regra, consagrando a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais.** Não há, assim, solidariedade decorrente de responsabilidade objetiva, entre o cirurgião-chefe e o anestesista, por erro médico deste último durante a cirurgia. 7. No caso vertente, com base na análise do contexto fático-probatório dos autos, o colendo Tribunal de Justiça afastou a culpa do médico-cirurgião - chefe da equipe -, reconhecendo a culpa exclusiva, com base em imperícia, do anestesista. 8. Embargos de divergência da Clínic não conhecidos. 9. Embargos de divergência do médico cirurgião conhecidos e providos. (STJ - EREsp: 605435 RJ 2011/0041422-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 14/09/2011, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/11/2012) (g. n.)

4.4 Obrigação de Meio e de Resultado do Profissional da Medicina

Cavaliere expõe que, os doutrinadores discordam sobre a natureza do ajuste celebrado entre o médico e o paciente, “sendo para alguns um contrato de prestação de serviços, e para outros um contrato *sui generis* (único em seu gênero).” Considerando que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, mas também de conselheiro e protetor do enfermo. De todo modo, essa divergência em nada muda a responsabilidade do médico, o que é importante saber é, se essa obrigação é de resultado ou de meio.

Para Cavaliere, nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, principalmente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, mesmo com todo seu desenvolvimento, possui várias limitações, que “só os poderes divinos poderão suprir”. A obrigação que o médico pode assumir é de proporcionar ao paciente todo cuidado, atenção, e de estar de acordo com as regras e métodos da profissão. Portanto, a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado. De modo que se o tratamento médico não produzir o efeito esperado, não se pode dizer, só por isso, em inadimplemento contratual. (CAVALIERI, 2014, p. 431/432).

O julgado a seguir reforça essa idéia:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL LIBERAL MÉDICO. APLICAÇÃO DAS REGRAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONDUTA CULPOSA NÃO COMPROVADA. DEVER DE REPARAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. A responsabilidade do profissional médico depende da análise de conduta culposa, consoante o

disposto no artigo 951 do CC e artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, cabendo a parte autora comprovar o ato ilícito ocorrido por culpa do profissional, o nexo de causalidade e o dano sofrido. Precedentes. 2. Debate doutrinário e jurisprudencial sobre a caracterização da **responsabilidade como de meio ou de resultado**. 3. **Adoção da tese de que a obrigação é de meio**, e ainda que se possa, em determinados casos, inverter-se o ônus da prova por aplicação de diversas teorias alienígenas aplicáveis no direito brasileiro (teorias da carga probatória dinâmica e da res ipsa loquitur), fato é que não se pode perder de vista que a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, sendo que o moderno processo civil impõe às partes, especialmente na área da responsabilidade médica, adotarem conduta processual de colaboração processual no sentido de levar para os autos do processo os respectivos elementos de prova ao seu alcance e úteis para o melhor julgamento. 3. Da análise do conjunto fático-probatório, não é possível concluir que o atendimento prestado à paciente pela médica demandada tenha sido imprudente, negligente ou imperito, o que descaracteriza a suposta falha na prestação de serviços. 4. A inexistência de prova específica da natureza do material heterogêneo encontrado no útero da autora (exame histopatológico), aliada ao fato de não ser incomum a presença de resquícios placentários após o parto mesmo com a observância do procedimento médico correto, mormente em partos prematuros, afastam o ato ilícito por ausência de nexo causal ou do alegado dano. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJ-RJ - APL: 01109075920088190001 RJ 0110907-59.2008.8.19.0001, Relator: DES. LUCIANO SILVA BARRETO, Data de Julgamento: 16/01/2014, VIGÉSIMA SEXTA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 07/02/2014 16:07)

4.5 A Prova da Culpa

Cavaliere explica que a provar a culpa não é fácil. Primeiro porque os Tribunais são rigorosos na exigência da prova, “só demonstrando-se erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou a injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilização do médico.” Segundo porque a matéria é essencialmente técnica e exige prova pericial, pois o juiz não tem conhecimento científico nesse ramo para apreciar. E, lamentavelmente, neste campo, impera a solidariedade profissional, a “conspiração do silêncio,” e por mais profissional que seja o perito, ele tende a eximir o colega pelo ato incriminado. (CAVALIERI, 2014, p. 432).

Por fim, Cavaliere, sintetiza todo o exposto, dizendo refletir a posição da jurisprudência sobre o tema, o “erudito e lapidar acórdão da 6ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro prolatado no Julgamento da Ap. cível 5.174/92, relator Des. Laerson Mauro:”

Em vista de que o médico celebra contrato de meio, e não de resultado, de natureza sui generis, cuja prestação não recai na garantia de curar o paciente, mas de proporcionar-lhe conselhos e cuidados, proteção até, com emprego das aquisições da ciência, a conduta profissional suscetível de engendrar o dever de reparação só se pode definir, unicamente, com base em prova pericial, como aquela reveladora de erro grosseiro, seja no diagnóstico como no tratamento, clínico ou cirúrgico, bem como na negligência à assistência, na omissão ou abandono do paciente etc., em molde a caracterizar falta culposa no desempenho do ofício, não convindo, porém, ao Judiciário lançar-se em apreciações técnicas sobre métodos científicos e critérios

que, por sua natureza, estejam sujeitos a dúvidas, discussões, subjetivismos. (CAVALIERI, 2014, p. 435)

Será preciso analisar cada caso, se sob a perspectiva da ciência e do avanço tecnológico que o médico possuía à disposição, era ou não possível chegar a um diagnóstico correto ou um tratamento adequado. (CAVALIERI, 2014, p. 435).

Conforme entendimento dos doutrinadores brasileiros acerca do tema, a maioria entende ser aplicável o CDC na atividade médica, sendo este um profissional liberal.

Em contrapartida a esse entendimento, está o da advogada Shirlei Mesquita Sandim, que escreveu um artigo para a Revista Prática Jurídica, nº145, de abril/2014, dizendo ser impossível a caracterização da relação médico-paciente como de consumo. Ela afirma que, segundo o Código de Ética Médica, “a Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio.” Não podendo empregar nenhuma técnica de comercialização. E diz ainda, que há no C.E.M, literalmente, que “a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.” Ela continua: “não pode o ato médico ser considerado de massa, já que cada paciente é único, [...] respondendo às condições específicas do momento em que se dá”. Mas diz, que a mesma condição não se estende à pessoa jurídica para a qual o médico trabalha, sendo que este exerce atividade de consumo. Ela conclui com a idéia de que se o paciente sofrer algum dano em razão do ato médico, deverá buscar reparação no C.E.M, no Código Penal e ressarcimento no Código Civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo analisar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor na atividade médica, levando-se em consideração a Responsabilidade Civil.

A responsabilidade civil está presente em quase todas as relações jurídicas. Tratando do dever que o agente tem de indenizar a vítima, quando descumpre norma ou preceito legal que deveria ter observado. Dessa forma, viu-se que os elementos essenciais são: a conduta voluntária, o nexos causal e o dano; os tipos de responsabilidade civil, penal, contratual, extracontratual, objetiva e subjetiva, para melhor caracterização da responsabilidade civil.

Já o campo do Código de Defesa do Consumidor representou marcante avanço na proteção dos direitos de pacientes/consumidores vitimados pelo crescente número de

fornecedores/prestadores de serviços médicos. Pois, a popularização dos tratamentos médicos, devido ao desenvolvimento tecnológico de exames e aparelhos, levou à distanciação e impessoalidade do médico em relação ao paciente, como numa prestação de serviço comum, na qual haja prestação e contraprestação financeira. Fazendo com que o paciente seja considerado consumidor e, portanto, amparado por esta lei protetiva.

Quanto à responsabilidade do profissional liberal da medicina, viu-se que ele tem o dever de informar muito bem seus pacientes sobre os tratamentos, sobre os riscos envolvidos, sobre tudo o que for necessário para o paciente saber. Que sua obrigação de indenizar, está prevista no código Civil e também no §4º do art. 14 do CDC, este prevê que a responsabilidade do profissional liberal será verificada pela culpa (negligência, imprudência e imperícia). Discorreu-se sobre as modalidades de culpa, sua comprovação; também sobre a obrigação deste profissional, se ela é de meio ou de resultado. Percebe-se que a doutrina fala em obrigação de meio, que é a diligência normal que o médico tem de zelar do paciente e observar o máximo possível, as regras e procedimentos padrões, para se chegar à cura da enfermidade. E a obrigação de resultado, é no caso do médico especialista em cirurgia plástica reparadora ou embelezadora, que tem a obrigação de atingir o fim desejado, após analisar as condições e operar o paciente.

Viu-se que conforme entendimento dos doutrinadores brasileiros, sobre o tema, há ainda hoje, debates sobre a aplicabilidade do CDC na atividade médica. A maioria entende que, se o profissional for liberal, e ele tiver agido com a conduta que se espera, aplica-se o CDC em sua atividade, por ser considerada uma prestação de serviços mediante remuneração, ao destinatário final que é o paciente/consumidor. Outra corrente entende que, por ser especial, e lidar com a fragilidade da vida humana, a atividade médica não seria regulada pelo CDC, uma vez que essa atividade não seria um mero “comércio” de oferta de serviços, sendo uma questão mais profunda.

Portanto, após análise dos requisitos de cada campo do direito que envolve a prática da medicina, foi possível perceber que essa atividade em questão é bastante delicada, e é ainda, pouco discutida no judiciário, e que demanda atenção em cada caso concreto. É necessário punir os maus profissionais, para que eles indenizem à vítima, pelo erro que cometeram, a sociedade não está aceitando mais erros grosseiros, falta de cautela, omissões. Pois a vida é o bem jurídico mais precioso que existe, e para preservá-la recorreremos aos profissionais capacitados, na esperança de restabelecer a saúde, ou amenizar os sofrimentos.

ABSTRACT

The present monograph turns to the analysis of the applicability of the Code of Consumer Rights and Civil Responsibility in the conduct of the Doctor in a search. The essences requirements will be analyzed to understand the institutions that make up the theme. In the first chapter the theme will be introduced broadly objectively, with the demarcation problem of propositions referring to the general and specific objectives, exposure justification of the study, its importance and the presentation of the methodology used for the study of the subject. Basic and important for understanding the institution of Liability concepts will be presented in the second chapter. After all, any activity that causes injury or damage generates liability or duty to indemnify, the agent must bear the consequences of an act, fact or harmful legal business. In the third chapter the most important requirements of the Code of Consumer Protection will be analyzed, so that one can understand the consumerist relationship as a whole. Because the CDC is a protective standard that supports consumers currently in capitalist society we live in there are various kinds of consumer, everything adds up before consumption. There is a supply and consideration for all. Finally, in the fourth chapter the doctrinal and jurisprudential understandings about the applicability of the Code of Consumer Protection and Liability to Medical professional person appears.

Keywords: *Liability. Doctor. Code of Consumer Protection*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei nº. 8.078/90. **Código de Defesa do Consumidor**. VadeMecum. Saraiva: 2013.

BRASIL, Lei nº 10.406/02. **Código Civil**. VadeMecum. Saraiva:2013.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Disponível em
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm> Acesso em: 05 Mai. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v 7. 20. ed. rev. atual. São Paulo:Saraiva, 2006.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v 3. 11 ed. Rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva,2013.

GAMA, Hélio Zagheto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3 ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JURISPRUDÊNCIA. **Jus Brasil**. Disponível em <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116628365/apelacao-apl-1109075920088190001-rj-0110907-5920088190001>> Acesso em: 20 Maio. 2014.

JURISPRUDÊNCIA. **Jus Brasil**. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7152077/recurso-especial-resp-647710-rj-2004-0060056-0>> Acesso em: 23 Maio. 2014.

NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. 7.ed. Rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANDIM, Shirlei Mesquita. **A Impossibilidade de Caracterização da Relação Médico-Paciente Como de Consumo**. Revista Prática Jurídica, nº145. Consulex: abril/2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v 4. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.