ANDRÉIA CRISTINA SCAPIN

**A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
ÀS AÇÕES JUDICIAIS POR ALEGADO ERRO MÉDICO**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada para a Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Roberto Augusto de Carvalho Campos.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
2010**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Candidata: Andréia Cristina Scapin
Natureza: Dissertação de Mestrado
Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Objetivo: Exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito
Orientador: Professor Doutor Roberto Augusto de Carvalho Campos
Concentração: Direito Penal
Data da Banca: _____

Prof. Dr. Roberto Augusto de Carvalho Campos (Orientador)

Professor:
Titulação:
Instituição: Universidade de São Paulo

Professor:
Titulação:
Instituição:

Professor:
Titulação:
Instituição:

*Ao meu caro Murilo, pela belíssima
oportunidade de enxergar aquilo que eu não conseguia ver,
despertando-me para o que se passa por dentro e assim
poder viver uma vida diferente.*

A todos os meus alunos, minha missão de vida!

*Ao amor sincero dos pequeninos que dão mais
vida para a minha vida: Guilherme, Henrique, Alice, Diogo,
Bernardo e Samuel.*

*À inabalável fidelidade e à fabulosa convivência
com estes companheiros verdadeiros, que tornaram minha
vida muito mais alegre, Punky e Kinho.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Roberto Augusto de Carvalho Campos pela grande oportunidade de desenvolver o curso de pós-graduação *stricto sensu* em Direito.

Ao apoio dos Professores Doutor Alvino Augusto de Sá e Doutora Ana Elisa Liberatore Bechara para a realização deste trabalho.

Ao Professor Doutor Carlos Roberto Gonçalves, pelo cuidado e preocupação em dividir seu valioso conhecimento.

Ao querido Professor Doutor Cássio Juvenal Faria, não apenas por admirar o seu imensurável conhecimento jurídico, mas por ser um exemplo de retidão e sabedoria.

Aos advogados e funcionários do Camargo e Campos advogados que, durante todo o desenvolvimento desta pesquisa, sempre me acolheram com muito carinho, como se também fosse parte da equipe, em especial à querida Marlene Balacci.

Aos meus amados pais Wagner e Albertina, porque tive a grande oportunidade de vivenciar os desafios desta vida; e à minha irmã Alessandra.

Aos queridos padrinhos e avós Adelino (*sempre presente*) e Annunziata, pois descobri que não foi por acaso que ficamos tanto tempo juntos. Nesta oportunidade, desenvolvi o grande amor pelos livros e a arte de ensinar as pessoas, que é um dom divino, uma verdadeira missão de vida.

Aos meus tios José Luiz e Angelina, que estão sempre dispostos a ajudar no que for preciso.

Sonhar é acordar-se para dentro.
(Mario Quintana)

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a responsabilidade do médico dentro do contexto doutrinário e jurisprudencial da atualidade e demonstrar, a partir da análise de ações judiciais por alegado erro médico, propostas perante o Poder Judiciário, que os direitos atribuídos ao consumidor pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como as prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário atualmente são aplicados pelos profissionais do Direito ao exercício da atividade médica de forma generalizada, ou seja, tanto em relação às sociedades empresárias – hospitais, clínicas e planos de saúde, quanto aos profissionais liberais, sem considerar que o §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer como requisito para a responsabilidade do profissional liberal a comprovação de culpa (imprudência, negligência e imperícia), determina, a *contrario sensu*, a aplicação das normas do Código Civil, de forma que, também as prerrogativas de facilitação de acesso ao judiciário, exclusivas da legislação de consumo, não poderiam ser aplicadas ao exercício da atividade pelo profissional liberal.

Palavra-chave: Erro médico – reparação de danos – Código de Defesa do Consumidor – Código Civil – profissional liberal – culpa.

ABSTRACT

This study aims at analyzing physicians' responsibilities at both the doctrinal and jurisprudential levels to date. Thus, it also aims to show, from an analysis of alleged medical malpractice suits filed in the judiciary power, that the consumer's rights guaranteed by the Code of Consumer's Defense, as well as the privileges of access to the judiciary power, are currently applied by law professionals for the medical practice in a general way, meaning that both business corporations, hospitals, clinics and health insurance companies, as well as liberal professionals, not mentioning the fourth paragraph of clause 14 from the Code of Consumer's Defense, which regulates liberal professionals' responsibilities to establish guilt of imprudence, negligence or malpractice, it is, however, guided by the application of the rules from the Civil Code, in a sense that the privileges of access to the judiciary power could not be applied to the liberal Professional's medical practice, either.

Key-words: damage repair – medical malpractice – liberal Professional – Code of Consumer's Defense.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
MÉTODO.....	15
CAPÍTULO I.A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A HIERARQUIA DE VALORES NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES DA SOCIEDADE.....	19
I . 1. Sociedade e Direito	19
I . 2. Hierarquia de valores da ordem social.....	22
I . 3. Os valores da ordem social e a Constituição.....	26
I . 4. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	29
CAPÍTULO II.O DIREITO À VIDA E À SAÚDE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO E A SUA TUTELA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	32
II . 1. “Direitos humanos” e “direitos fundamentais”	32
II . 2. Evolução histórica dos direitos fundamentais	33
II . 3. Noções gerais sobre direitos fundamentais.....	40
II . 4. Classificação tradicional dos direitos fundamentais.....	43
II . 5. Os fundamentais direitos da personalidade	47
II . 6. Previsão constitucional e conteúdo do direito à vida e à saúde	50
II . 7. Direito à saúde e a história de sua disciplina constitucional.....	53
CAPÍTULO III.A ATIVIDADE MÉDICA E A SOCIEDADE DE CONSUMO	62
III . 1. A evolução do exercício da atividade médica e a eventual responsabilidade do médico pelos danos dela decorrentes.....	62
III . 2. A relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente em uma sociedade em constante evolução	67
III . 3. O alegado erro médico e suas espécies: erro profissional e culpa médica	73
III . 4. O Código de Ética Médica.....	87
CAPÍTULO IV.A REPARAÇÃO DO DANO POR ALEGADO ERRO MÉDICO.....	97
IV . 1. Da responsabilidade civil.....	97
IV. 1.1. Breve histórico sobre responsabilidade civil	97
IV. 1.2. Noções gerais sobre responsabilidade civil	106
IV. 1.3. Responsabilidade civil regulada pelo Código Civil.....	115
IV. 1.3.1. Responsabilidade civil contratual e extracontratual	116
IV. 1.3.2. Responsabilidade civil subjetiva.....	121

IV.1.3.3. Responsabilidade civil objetiva.....	126
IV.1.4. Responsabilidade civil do médico no Código Civil.....	131
IV.1.4.1. Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	131
IV.1.4.2. Obrigação de meio e não de resultado.....	133
IV.1.4.3. Principais características do contrato estabelecido entre médico e paciente.....	135
IV.1.4.4.A Responsabilidade civil do médico e o Código de Defesa do Consumidor.....	136

CAPÍTULO V.A FUNÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A ATIVIDADE MÉDICA.....141

V . 1. Introdução	141
V . 2. Evolução histórica da defesa do consumidor.....	133
V . 3. Direito fundamental à defesa do consumidor	155
V . 4. Disposições constitucionais que regulam a relação de consumo.....	158
V . 5. Função das regras de proteção ao consumidor.....	168
V. 6. Código de defesa do consumidor – Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990.....	189
71	
V. 7. Regime jurídico do CDC.....	177
V. 8. Noções gerais da relação de consumo.....	185
V.9. Sujeitos da relação jurídica de consumo.....	189
V. 9.1. Consumidor.....	189
89	
V. 9.2. Consumidor por equiparação	196
V.9.3 O paciente como consumidor de serviços médicos.....	200
V. 10. Fornecedor.....	202
V. 11. Objetos da relação jurídica de consumo – produto e serviços.....	207
V. 11.1. Produto.....	208
V. 11.2. Prestação de serviços	208
V.12 O médico na qualidade de prestador de serviços.....	212
V. 12.1 O médico como profissional liberal.....	212
V. 13. Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor.....	216
V.14. Responsabilidade do médico como profissional liberal.....	224

CAPÍTULO VI. A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS AÇÕES JUDICIAIS POR ALEGADO ERRO MÉDICO.....230

VI.1. Noções gerais sobre a defesa do consumidor em juízo.....	230
VI. 1.1 A disposição das normas de proteção processual no Código de Defesa do Consumidor.....	234
V.2. Mecanismos facilitadores de acesso ao judiciário recorrentes em ações judiciais por alegado erro médico.....	236

VI.2.1. Foro e juízo competentes.....	236
VI.2.2. Inversão do ônus da prova.....	240
VI.2.3. Assistência judiciária.....	251
VI.2.4. Legitimidade passiva: hospitais, clínicas e médicos.....	253
CAPÍTULO VII. RESULTADOS.....	259
CAPÍTULO VIII. DISCUSSÃO.....	261
VIII.1 Considerações gerais.....	261
VIII. 2 A defesa do consumidor e o equilíbrio das relações de consumo.....	262
VIII.3 A atividade médica e o Código de Defesa do Consumidor.....	264
VIII. 4 Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor?.....	268
VIII. 5 Aplicação das prerrogativas do Código de Defesa do Consumidor às ações judiciais por alegado erro médico.....	269
CONCLUSÃO.....	273
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	274
APÊNDICE A.....	284
APÊNDICE B.....	285

INTRODUÇÃO

O exercício da Medicina sempre foi uma atividade diferenciada em relação às outras profissões, não apenas porque o profissional da área médica possui o domínio de uma técnica que tem como objeto a vida humana, bem de maior valor nesta ordem social, e que é necessária para possibilitar a saúde e a sobrevivência do ser humano; mas também porque o médico era visto como a pessoa titular de um dom divino, que era escolhida pela família para acompanhar a vida do paciente e de seus familiares já a partir do nascimento, estabelecendo-se com ele uma relação marcada pela confiança e pessoalidade.

É inquestionável a importância do médico para a sociedade em qualquer época da história e qualquer que seja a evolução da humanidade, sendo notória a necessidade de um instrumento normativo específico para regular a prática da Medicina.

Verifica-se que, por longo tempo, não existiam relevantes discussões a respeito da forma como se dava a responsabilidade médica, que era disciplinada pelos artigos 159 e 1.545 do Código Civil de 1916, que determinava como fundamento legal para a reparação de danos a teoria da responsabilidade subjetiva, que prevê a necessidade de comprovação da culpa do agente na prática ou na omissão do ato (imprudência, negligência e imperícia), semelhante ao que está disposto pelo ordenamento jurídico atualmente.

Saliente-se que, a despeito da sistemática do Código Civil de 1916, na ocasião, também havia, embora em leis esparsas, a previsão da responsabilidade independente da necessidade de comprovação de culpa, ou seja, com base no exercício de uma atividade de risco, mediante a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva.

No entanto, nas últimas décadas, houve grande alteração nas relações sociais, especialmente em decorrência das inovações tecnológicas, econômicas e culturais, o que praticamente impôs a esta nova sociedade, intitulada “sociedade de consumo”, a adoção de um sistema de vida diferente, cuja principal característica é possibilitar o desenvolvimento de atividades das quais resulte o maior lucro possível aos seus fornecedores, marcando um momento em que “ter” é muito mais importante do que “ser”, satisfazendo a ambição por meio do consumo exagerado.

Neste contexto, surge o Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990 – para equilibrar a notória disparidade de forças entre o fornecedor de produtos e serviços que detém o domínio dos fatores de produção e o poder econômico na

relação jurídica, e o consumidor que, na ânsia de ter atendidas as suas necessidades básicas, essenciais para a sua sobrevivência – ou seja, o mínimo vital – acaba submetendo-se às suas imposições.

Neste período, a atividade médica também sofreu algumas modificações na sua forma de exercício em razão desta nova cultura de massa – que é característica das relações de consumo – haja vista que, com o enfraquecimento econômico da população, o médico de família, ou seja, o amigo e conselheiro pessoal do paciente passou a ser um privilégio de poucos, pois a maioria das pessoas que necessitavam de serviços médicos começou a fazer uso de convênio médico-hospitalar, cujo atendimento normalmente é feito em hospitais e por médicos credenciados, que não raro travam contato com o paciente rapidamente e uma única vez.

Verifica-se que o tempo de consulta e a atenção pessoal dedicada pelo médico ao paciente tornaram-se cada vez mais escassos nestas situações, mecanizando o processo de atendimento pelo médico para possibilitar que o maior número de pacientes pudesse ser atendido por um mesmo profissional e assim viabilizar maior lucro possível aos hospitais, clínicas e planos de saúde. Logo, a finalidade lucrativa pôde ser vislumbrada em algumas espécies de relações jurídicas em que a Medicina estava envolvida, sugerindo que a relação médico e paciente poderia ter se transformado em uma relação de consumo.

Desta forma, os médicos passaram a ser equivocadamente classificados como simples “prestadores de serviços” e seus pacientes como “consumidores”, de maneira que, segundo a jurisprudência predominante, grande parte da doutrina e dos profissionais do Direito, justificou-se a adoção das regras específicas de consumo para regular esta nova espécie de relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente.

Por esta razão, o perfil do profissional médico de hoje é diferenciado, pois não é mais comum a existência do profissional conselheiro, guardião da família, que conhece todo o histórico de vida de seu paciente, mas sim do técnico que tem o domínio de uma arte específica, cuja importância decorre especialmente de seu nível de conhecimento e especialização em determinado procedimento.

Assim, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, que determinou ao fornecedor de serviços inúmeras obrigações e atribuiu ao consumidor uma série de direitos que até então estava privado – muito se tem debatido sobre a questão relativa à responsabilidade civil dos médicos em decorrência do

alegado erro médico, tema que já era considerado praticamente pacífico na doutrina e na jurisprudência.

Surge uma relevante divergência a respeito de qual o diploma legal adequado para regular a responsabilidade civil dos médicos pelos danos decorrentes do alegado erro médico, a fim de melhor atender às demandas da sociedade atual: se o Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor

Não há como negar que o Código de Defesa do Consumidor foi considerado um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se trata de uma lei cujo propósito é promover o equilíbrio de uma relação jurídica estabelecida entre duas partes diferenciadas, por meio da concessão de alguns benefícios ao consumidor em detrimento do fornecedor de serviços, a fim de que seja efetivado o princípio da igualdade real, haja vista o reconhecimento da vulnerabilidade de uma parte em relação à outra.

A título de exemplo de tais benefícios, cita-se: a adoção como regra geral da teoria da responsabilidade objetiva e a existência de prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário, por exemplo, inversão do ônus da prova, assistência judiciária, litisconsórcio passivo e foro do domicílio do autor para a propositura da demanda.

No entanto, verifica-se que, no que se refere ao exercício da Medicina, em tese, o Código de Defesa do Consumidor, não poderia ser aplicado de maneira generalizada, tal como vem ocorrendo na atualidade, isto é, à praticamente a todas as situações que envolvem a discussão do alegado erro médico.

Isto porque, segundo a legislação atual, inclusive de acordo com o disposto no próprio Código de Defesa do Consumidor, a análise da responsabilidade dos médicos no exercício da atividade deve ser efetuada a partir de dois ângulos distintos: na primeira hipótese, como o resultado da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico na qualidade de profissional liberal, nos termos do §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. E, na segunda hipótese, aquela que decorre de prestação de serviços médicos de forma empresarial, em que estão incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos, etc., cujo fundamento se dá no *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor, bem como as prerrogativas de facilitação do acesso ao Poder Judiciário, especialmente aquelas que são exclusivas da legislação de consumo, em tese, somente deveriam ser usadas para disciplinar as relações jurídicas em que o exercício da atividade médica dá-se com legítima finalidade lucrativa,

vale dizer, por sociedades empresárias, ou seja, hospitais, clínicas e planos de saúde, pois somente estes podem ser considerados verdadeiros fornecedores de serviços no exercício da Medicina. Isto porque, neste caso, é notório o desequilíbrio entre as partes da relação jurídica, de forma que se consideram preenchidos todos os requisitos necessários para a aplicação ao paciente de todos os privilégios contidos neste instrumento normativo.

Diferentemente do que ocorre com a relação jurídica estabelecida pelo médico que atua na qualidade de profissional liberal, pois o Código de Defesa do Consumidor reconheceu expressamente que, nesta hipótese, não há falar-se em desequilíbrio entre as partes da relação jurídica, já que o profissional liberal não apresenta o domínio da relação de forma semelhante à de um legítimo fornecedor de serviços – isto é, alguém que detém o domínio dos fatores produção e o poder econômico, especialmente porque exerce uma atividade por sua própria conta e risco, de maneira que, nos termos do §4º do artigo 14 deste diploma legal, não há relação de consumo, aplicando-se a teoria da responsabilidade subjetiva e as demais regras estabelecidas no Código Civil e no Código de Processo Civil.

Todavia, ainda que a fundamentação legal das ações judiciais de reparação de danos materiais e morais seja efetuada no Código Civil, verifica-se que as prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário, que são normas estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor para proporcionar o equilíbrio entre as partes da relação de consumo, também têm sido aplicadas à atividade médica desenvolvida por profissionais liberais.

Frise-se que, atualmente, as prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário têm sido aplicadas de forma majoritária pelos profissionais da área jurídica na elaboração dos requerimentos da petição inicial, em que são estabelecidos os limites da demanda, bem como pelos magistrados nas sentenças e decisões interlocutórias proferidas quando se trata de relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente.

Desta forma, verifica-se a relevância desta pesquisa, pois, a partir da análise de dados contidos em 116 ações judiciais, que compõem o acervo de aproximadamente 200 processos judiciais de reparação de danos da Associação Paulista de Medicina, restará demonstrado que, atualmente, não há um consenso a respeito de qual o diploma legal aplicável para solucionar litígios relacionados ao dever de reparar danos por alegado erro médico, haja vista que parte dos profissionais da área jurídica apontam como fundamento jurídico do pedido formulado da petição inicial o Código Civil, enquanto que a outra parte, o Código de Defesa do Consumidor; e, embora haja esta divergência, as prerrogativas de facilitação de acesso ao judiciário, estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, têm sido aplicadas de maneira geral a praticamente todos os casos relacionados ao erro médico.

MÉTODO

A proposta da presente pesquisa é analisar dados contidos nas ações judiciais de reparação de danos materiais e morais por alegado erro médico e investigar se o Código de Defesa do Consumidor tem sido o diploma legal indicado pelo autor da demanda como fundamento jurídico do pedido na petição inicial.

A hipótese deste estudo corresponde ao fato que a relação jurídica estabelecida entre médico e paciente na atualidade é reconhecida pelos profissionais do Direito como uma típica relação de consumo, aplicando-se a ela os direitos e prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário que estão estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, lei especial, e não exclusivamente o Código Civil e o Código de Processo Civil, considerada de aplicação geral.

A presente pesquisa tem como universo de análise as ações judiciais de reparação de danos materiais e morais, em que se discute o alegado erro médico do Departamento Jurídico da Associação Paulista de Medicina que atualmente é composta por aproximadamente 25.000 sócios. A amostra de processos judiciais analisada corresponde a 116 processos judiciais, que ainda estão em trâmite, ajuizados de 2001 a 2008, de um total de aproximadamente 200 processos judiciais.

Neste estudo, analisa-se uma pequena amostra de processos para verificar um fenômeno que tem sido recorrente em todo o país, que se refere à aplicação do Código de Defesa do Consumidor às ações judiciais de reparação de danos materiais e morais por alegado erro médico. Os dados produzidos e posteriormente analisados são quantitativos e qualitativos.

Como critério de análise, inicialmente, decidiu-se levantar os dados de todos os processos judiciais em que o fundamento legal da petição inicial se dava expressamente no Código de Defesa do Consumidor, ainda que dos pedidos não constassem o requerimento para a aplicação direta de nenhuma das prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário.

Em relação aos processos judiciais que não indicavam expressamente o Código de Defesa do Consumidor como fundamento legal do pedido da petição inicial, mas sim o Código Civil, verificou-se a necessidade de efetuar uma segunda análise mais aprofundada, a fim de analisar se existia entre os pedidos o requerimento de aplicação de alguma das prerrogativas de facilitação de acesso ao judiciário.

Embora existam inúmeras prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário, foram selecionadas as seguintes: 1) inversão do ônus da prova; 2) foro de competência; 3) litisconsórcio passivo; 4) assistência judiciária.

Frise-se que caso fosse constatada a presença de alguma das prerrogativas entre os pedidos da petição inicial seria considerado que, naquele caso específico, também havia sido adotado como fundamento jurídico do pedido, o Código de Defesa do Consumidor, com a indicação do termo aplicação indireta.

Na segunda hipótese, reconheceu-se que o Código de Defesa do Consumidor teria sido aplicado à situação apenas de forma indireta, uma vez que algumas prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário, por exemplo, litisconsórcio passivo e assistência judiciária, embora sejam aplicadas pelo Código de Defesa do Consumidor para equilibrar a relação jurídica estabelecida entre consumidor e fornecedor, não são exclusivas da legislação de consumo, de maneira que também são de uso permitido pelo Código de Processo Civil como regra geral para outros processos judiciais, desde que atendidos os requisitos da lei.

Considerou-se efetivamente aplicado o Código Civil apenas nos casos em que houvesse a indicação expressa e não constasse na amostra nenhuma das prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário.

Desta forma, de acordo com o levantamento de tais dados, foi possível indicar, dentre o número de ações judiciais por alegado erro médico ora analisadas, o percentual de processos em que se vislumbra que o Código de Defesa do Consumidor foi efetivamente utilizado, seja por ter sido diretamente indicado na fundamentação jurídica do pedido como o diploma legal aplicado ao caso concreto, seja porque presente alguma das prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário.

No que se refere à apresentação da teoria, que tem fundamental relevância para a análise dos dados colhidos, deve-se esclarecer que foram efetuadas considerações iniciais sobre o direito e o sistema jurídico, abordando-se especificamente sobre a evolução e as modificações relacionadas ao exercício da atividade médica na sociedade antiga e na atual, a figura do médico como profissional liberal e as hipóteses de erro médico suscetíveis de ocorrerem, subdividindo-o em erro profissional (ou erro de técnica) e erro médico em sentido estrito (também intitulado de culpa médica), a fim de verificar quais as possíveis

propostas do ordenamento jurídico brasileiro no que se refere à legislação aplicável para determinar a reparação de danos decorrentes do alegado erro médico.

Constatou-se inclusive a maneira pela qual o profissional liberal desenvolve a atividade no ramo da Medicina que, ressalte-se, se trata de uma obrigação de meio, haja vista que não existe o dever de curar o paciente, mas sim de aplicar todas as técnicas existentes à época de sua atuação para a obtenção do melhor resultado possível.

Parte-se para a análise do instituto da responsabilidade civil, tanto no que se refere às regras gerais estabelecidas no Código Civil, quanto às específicas do Código de Defesa do Consumidor. No primeiro momento, buscar-se-á apresentar um conceito deste importante instituto, fazendo-se uma breve referência ao seu desenvolvimento histórico, através do qual poderá ser claramente verificada a finalidade do dever de indenizar por eventuais danos causados a terceiros.

Também serão feitas referências às possíveis funções que a responsabilidade civil desempenha na atualidade com ênfase à função reparatória ou indenizatória, ou seja, aquela que consiste em trazer de volta situação existente antes da lesão.

Além disso, serão mencionadas algumas funções exercidas pelo instituto de forma acessória, isto é, punitiva e preventiva. A importância em esclarecer tais finalidades reside em demonstrar que não é função primordial da responsabilidade civil a repressão ao agente, ou a imposição de uma pena para retribuir a prática do ato, mas sim a reposição dos interesses daquele que se sentiu injustamente lesado.

Menciona-se que o instituto da responsabilidade civil deve ser utilizado para viabilizar a preservação da dignidade da pessoa humana. Além disso, deve servir como instrumento para o restabelecimento da ordem violada, de acordo com os ditames da Justiça, sempre que for mais razoável a imputação do prejuízo a outra pessoa que não àquele que se considera vítima.

Será demonstrado que toda a construção doutrinária acerca da possibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao exercício da atividade médica, em se tratando de um contrato firmado com um hospital, clínica médica e plano de saúde, dá-se a partir da análise do direito à vida, à saúde e da defesa do consumidor como direitos fundamentais, que constituem o valor maior do ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, importante verificar o significado dos direitos fundamentais, seus antecedentes lógicos, sua evolução histórica, espécies existentes, haja vista que se

trata de uma categoria de direitos cujo propósito é salvaguardar o mínimo essencial para a existência do ser humano e uma convivência harmônica na sociedade.

Posteriormente, analisa-se especificamente a função do Código de Defesa do Consumidor e os elementos que caracterizam a relação de consumo, bem como a exceção contida no §4º do artigo 14, no que se refere à responsabilidade civil do profissional liberal, que é diferenciada em virtude da proteção específica que lhe deve ser conferida, já que não pode ser considerado como fornecedor de serviços.

Por fim, serão verificados os dados obtidos por meio da análise de casos concretos, bem como relatados quais são as principais características das ações judiciais por alegados erros médicos e a tendência o Poder Judiciário em suas decisões na atualidade a este respeito.

CAPÍTULO I

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A HIERARQUIA DE VALORES NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES DA SOCIEDADE.

I. 1. SOCIEDADE E DIREITO

O ser humano é um ser social que, do nascimento até a morte, deverá se relacionar com outros a ele semelhantes, de forma que, para regular e viabilizar o desenvolvimento pacífico desta convivência inevitável, requer-se a existência de uma ordem, ou seja, regras de conduta que irão estabelecer o limite para a atuação de cada integrante da sociedade. Caso contrário, não haverá solução para o choque das individualidades.

Nesse sentido, MIGUEL REALE afirma que o homem não apenas existe, ele coexiste. Significa dizer que ele deve necessariamente viver em companhia de outros que lhe são semelhantes, estabelecendo relações de coordenação, subordinação e integração, que não podem subsistir sem o concomitante aparecimento de regras de organização e de conduta.¹

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO afirma que o homem não pode viver senão em sociedade, caracterizando-a como uma organização de pessoas formada para a obtenção de finalidades comuns². Contudo, ressalta que, se não fosse a existência de um poder restringindo a conduta dos indivíduos, as sociedades jamais subsistiriam, pois certamente haveria uma invasão da esfera de liberdade de um indivíduo sobre o outro, de forma que o agrupamento humano seria caótico.

Sob esta premissa, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO expõe que, visando à continuidade da vida em sociedade, à defesa das liberdades individuais e ao bem-estar geral, os homens organizam-se em Estado, submetendo-se a este poder e às

¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p.2.

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de Processo Penal*. 10 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, v 1, p.01.

ordens por ele estabelecidas através de normas jurídicas. Ressalte-se que o direito é uma ordem da sociedade; é o princípio de adequação do homem à vida social.

Conforme afirma VICENTE RÁO:

“é o direito um sistema de disciplina social fundado na natureza humana que, estabelecendo nas relações entre os homens uma proporção e reciprocidade nos poderes e deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público”.³

MIGUEL REALE esclarece que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada entre os indivíduos, pois afirma que nenhuma sociedade pode subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade, conforme suas afirmações:

“(...) de experiência jurídica, em verdade, só podemos falar onde e quando se formam relações entre os homens, por isso denominada relações intersubjetivas, por envolverem sempre dois ou mais sujeitos. Daí a sempre nova lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade, está o Direito). A recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade”.⁴

Desta forma, para MIGUEL REALE, o Direito é um fato ou fenômeno social que não existe senão na sociedade e que não pode ser concebido fora dela. Por isso, conclui o autor que uma das características da relação jurídica é a socialidade, isto é, a qualidade de ser social.

Logo, o Direito surge exatamente como um instrumento que estabelece a ordem indispensável para a sociedade, visto que delineará os limites de ação de cada um dos sujeitos pertencentes ao grupo. É considerado o disciplinador de comportamentos, pois impõe e inspira a forma de conduta dos indivíduos, regulando o acesso aos diversos bens existentes, a concorrência e a cooperação dos indivíduos entre si.

Conforme esclarece RENAN LOTUFO, o direito cumpre suas funções em duas direções fundamentais: 1º) para que a pessoa realize seus fins (substantivos) – fato que pressupõe (como ser social) a organização e conservação da comunidade; 2º) para que a

³ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, 5. Edição, p. 47.

⁴ REALE, Miguel. Op. cit., p. 02.

comunidade realize seus fins (instrumentais) – o que pressupõe (como comunidade jurídica) que faça respeitar e proteger a pessoa como indivíduo.⁵

Na definição de CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA:

“direito é o princípio de adequação do homem à vida social. Está na lei, como exteriorização do comando do Estado; integra-se na consciência do indivíduo que pauta sua conduta pelo espiritualismo do seu elevado grau de moralidade; está no anseio de justiça, como ideal eterno do homem; está imanente na necessidade de contenção para a coexistência.”⁶

Estas afirmações podem ser confirmadas pela própria definição da palavra direito que, no latim, apresenta duas formas linguísticas: 1º) *jus-juris*, que significa o vínculo causal estabelecido entre as pessoas; e 2º) *directum*, cuja definição abrange aquilo que é reto, geometricamente perfeito, determinando na conduta humana um comportamento considerado ideal.⁷

Diante destas observações, é possível constatar-se que o Direito tem como escopo a tutela dos comportamentos humanos para amparar a convivência social, harmonizando-a. Para tanto, faz uso de normas jurídicas como instrumento de realização de sua finalidade essencial, havendo assim tantas espécies de normas jurídicas quantos são os possíveis comportamentos e atitudes humanas existentes.

Desta forma, como um instrumento de organização da sociedade, cujo objetivo é disciplinar o comportamento dos indivíduos, ao definir as normas jurídicas, a ordem jurídica, através da autoridade – o legislador – deverá selecionar os valores de maior importância para a conservação da comunidade, considerados também mínimos para que o indivíduo realize seus fins, seja respeitado e protegido dentro da comunidade.

Dentre os valores mais relevantes selecionados pelo legislador para compor o ordenamento jurídico brasileiro, como será esclarecido nesta dissertação, verificam-se os seguintes direitos: à vida, à saúde e à defesa do consumidor, cujo fundamento é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Especificamente no que se refere à atividade médica, é notória a necessidade de um instrumento normativo que regule o seu exercício, principalmente para alertar os

⁵ LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil: parte geral*. v.1, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p.29.

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1, p. 3-4.

⁷ KUMPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao Estudo do Direito*. Lei de Introdução ao Código Civil e Hermenêutica Jurídica. São Paulo: Ed. Método, 2007, p.19.

profissionais da medicina em relação à prática da arte médica e dos eventuais prejuízos que dela possam ocorrer. Isto porque o médico é o responsável pela saúde física e mental de seus pacientes, de forma que de um simples erro pode resultar a perda de uma vida.

No entanto, ao regular a prática da atividade médica, o legislador deve atentar-se para os diversos fatores que influenciam o resultado da terapia aplicada, que extrapolam a competência do profissional da área médica como, por exemplo: idade, sexo, predisposições hereditárias, modo de vida, entre outros fatores que influenciarão nas reações do organismo, variando de indivíduo para indivíduo.

É certo que o profissional da medicina deve empregar os meios conhecidos, necessários e disponíveis para o tratamento do paciente, mas não é possível garantir o sucesso da terapia aplicada em qualquer caso.

I . 2. HIERARQUIA DE VALORES DA ORDEM SOCIAL

Desde a antiguidade até os dias atuais, nas variadas relações jurídicas estabelecidas entre partes conflitantes – por meio das quais se discutem os mais diversificados bens jurídicos – clama-se por justiça, indagando-se a respeito de qual seria a posição justa, dentre as possíveis a serem adotadas, para solucionar determinado conflito.

Do ponto de vista subjetivo, isto é, considerando-se a existência de juízos de valores individuais, por vezes conflitantes entre si, dos quais resulta a influência exercida pelos próprios indivíduos, uns sobre os outros, no âmbito das relações familiares, profissionais e sociais por ele estabelecidas, dificilmente seria possível definir um conceito de justiça – de ato justo – bem como caracterizar determinada ação praticada como justa ou injusta.

Na obra “O que é Justiça?”, HANS Kelsen estabeleceu que, antes de tudo, justiça é uma característica apenas possível, porém, não necessária de uma ordem social; e, como virtude do ser humano, encontra-se em segundo plano. Um homem será considerado justo tão somente se o seu comportamento corresponder a uma ordem dada como justa.⁸

⁸ Kelsen, Hans. *O que é justiça?* São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, p.02.

Esclarece o filósofo que ordem justa significa regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, possibilitando o encontro da felicidade, pois considera que o anseio por justiça nada mais é do que o eterno anseio do homem por felicidade – que não deve ser encontrada em um indivíduo isolado, mas dentro da sociedade.

Sob este prisma, explica HANS Kelsen, a felicidade não deve ser entendida em seu sentido original – isto é, o sentimento subjetivo, o que cada indivíduo compreende de si mesmo. Pois se assim fosse, não sealaria em uma ordem justa que proporcionasse a felicidade a todos de forma suficiente, visto que em uma sociedade é inevitável que a felicidade de um entre em conflito com a felicidade do outro.

Se justiça é felicidade, premissa adotada por HANS Kelsen, será impossível uma ordem social justa enquanto o conceito de justiça significar felicidade individual. Pelo contrário, a felicidade capaz de ser garantida por uma ordem social só o é no sentido objetivo-coletivo, nunca no sentido subjetivo-individual.

Afirma o filósofo que, por felicidade, somente se pode entender a satisfação de certas necessidades reconhecidas como tais pela autoridade social – ou seja, o legislador – sendo assim consideradas: alimentação, vestuário, moradia e equivalentes, que tem o dever de estabelecer os valores coletivos da sociedade que representa.

Ao concluir, HANS Kelsen propõe a indagação: “quais interesses humanos têm esse valor e qual é a hierarquia desses valores?”. Acrescenta que a questão apenas deve ser colocada quando existam conflitos de interesses – pois, se não há conflito de interesses, não há necessidade de justiça.

Haverá conflito de interesses sempre que um interesse só for satisfeito à custa de outro. Significa dizer que, na hipótese em que dois valores se contrapõem, não será possível concretizá-los, ao mesmo tempo, sem que a concretização de um dos valores implique na rejeição do outro. Assim resulta a necessidade de decidir qual dos valores é o mais importante, o mais elevado, o valor maior, o que definirá o que é felicidade para aquela sociedade e, por fim, o que é justiça.

HANS Kelsen estabelece a necessidade da definição de valores e esclarece que o problema dos valores – antes de tudo – é o problema do conflito dos valores – o que deverá ser determinado por cada ordem social, conforme exemplifica o filósofo:

“(…) alguns exemplos podem ilustrar o que acabou de ser dito. De acordo com determinada convicção ética, a vida humana, a vida de cada indivíduo isolado, é o valor maior. Em decorrência dessa concepção, é absolutamente proibido matar um ser humano, seja na guerra, seja através da pena de morte. Esta é reconhecidamente a concepção dos refratários do serviço militar e daqueles que são, por princípio, contra a pena de morte. Existe, todavia, uma concepção contrária, igualmente ética, de acordo com a qual o interesse e a honra da nação são o valor maior. Por conseguinte, cada um tem o dever ético de sacrificar sua própria vida e de matar outros, se o interesse e a honra da nação assim o exigirem; e parece justificável aplicar a pena de morte em casos de crimes nefandos”.⁹

Também exemplificando este mesmo tema, esclarece HANS Kelsen:

“(…) um escravo ou um prisioneiro de campo de concentração, onde a fuga é impossível, encontra-se diante da questão: suicídio é eticamente admissível? Essa questão esteve sempre em discussão e desempenhou um papel importante principalmente na ética da Antiguidade. A resposta depende de se decidir qual dos dois valores é maior: a vida ou a liberdade. Se a vida é o valor maior, então o suicídio não se justifica; se, porém, a liberdade é o valor maior, se a vida sem liberdade não tem valor, então o suicídio não é apenas permitido, mas indicado. É a questão da hierarquia dos valores vida e liberdade”.¹⁰

Cumpra esclarecer que o conteúdo das normas varia de acordo com as contingências sociais de um determinado povo, de uma determinada nação, em um determinado momento histórico, visto que o direito é um fenômeno histórico cultural.

Não é diferente o ensinamento de NORBERTO BOBBIO sobre o assunto:

“(…) estudar uma sociedade do ponto de vista normativo significa, no final das contas, perguntar-se sobre quais ações são, naquela sociedade, proibidas, quais comandos são permitidos; significa, em outras palavras, descobrir a direção fundamental em face daquelas que ainda estão a caminho de qualquer indivíduo. Questões deste gênero: em qual população permite-se o sacrifício humano e em quais são proibidas? Admite-se ou não a poligamia, a propriedade de bens imóveis, a escravidão? Como são regulados os relacionamentos de família, o que é permitido ao pai de exigir do filho e o que é proibido? Como é regulado o exercício do poder e quais são os deveres e direitos dos súditos em confronto com seus superiores? Quais os deveres e direitos dos superiores em face dos súditos? São questões que pressupõem a consciência da função que o sistema normativo de caracterização de uma sociedade; e não se admite uma resposta se não verificar as regras de conduta daquela sociedade específica, distinguindo-a de outra sociedade que deverá apresentar regras próprias”.¹¹

⁹KELSEN, Hans. Op. cit., p. 5.

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ Tradução da autora: “(...) studiare una civiltà dal punto di vista normativo significa, in fin dei conti, domandarsi quali azioni fossero, in quella determinata società, proibite, quali comandate, quali permesse;

No que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, determinou-se que a felicidade da sociedade tem como principal fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana, que está especialmente estabelecida a partir da existência de normas que declaram direitos mínimos essenciais para o convívio dos indivíduos em sociedade, ou seja, os direitos fundamentais, dentre os quais estão relacionados o direito à vida, à saúde e à defesa do consumidor, atualmente dispostos no artigo 5º e 6º da Constituição Federal de 1988, bem como em alguns outros dispositivos espalhados no mesmo diploma legal.

Sobre o assunto, RIZZATTO NUNES afirma: “como é que se poderia imaginar que qualquer pessoa teria sua dignidade garantida se não fosse assegurada a saúde e a educação? Se não fosse garantida a sadia qualidade de vida, como é que se poderia afirmar sua dignidade?”¹²

Logo, não há falar-se em dignidade se esse mínimo não estiver garantido e também implementado concretamente na vida das pessoas. Neste sentido, a importância da instituição de regras que possam efetivar a aplicabilidade destes direitos, especialmente aqueles que se relacionam com a preservação da vida humana em condições de dignidade.

Desta forma, a proteção da vida e da saúde humana impõe-se como atividade indispensável, razão pela qual é primordial o interesse social em relação à atividade médica. Sendo assim, o Estado deve preocupar-se com a saúde do cidadão – que por sua vez tem o direito de exigir do ente estatal a adoção de medidas visando à preservação de doenças e ao seu tratamento.¹³

significa, in altre parole, scoprire la direzione o le direzioni fondamentali verso le quali era avviata la vita di ciascun individuo. Domande di questo genere: presso quel determinato popolo erano permessi i sacrifici umani o erano proibiti? Era proibita o permessa la poligamia, la proprietà dei beni immobili, la schiavitù? Com'erano regolati i rapporti di famiglia, che cosa era permesso al padre di comandare ai figli e che cosa era proibito? Com'era regolato l'esercizio del potere, quali erano i doveri e i diritti dei sudditi nei confronti del capo, e quali i doveri e i diritti del capo nei confronti dei sudditi? Son tutte domande che presuppongono la consapevolezza della funzione che ha il sistema normativo di caratterizzare una data società; e non possono avere una risposta se non attraverso lo studio delle regole di condotta che hanno dato una certa impronta alla vita di quegli uomini, distinguendola dalla vita di altri uomini viventi in altra società inserita in altro sistema normativo”. (BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 04).

¹² NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: editora Saraiva, 2005, 2ª edição reformulada, p. 23.

¹³ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1998, 4ª edição, p. 22

I. 3. OS VALORES DA ORDEM SOCIAL E A CONSTITUIÇÃO

Conforme já outrora mencionado, as normas são estabelecidas de acordo com as contingências sociais com o escopo de proporcionar a felicidade de determinada sociedade. Segundo as palavras de HANS Kelsen, a felicidade, que deve ser considerada no sentido objetivo, representa os interesses preponderantes de uma sociedade e define qual o valor maior da ordem social, razão pela qual deve ser determinada e tutelada pela norma jurídica de maior hierarquia do ordenamento jurídico.

Segundo JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, a Constituição representa a “ordem jurídica fundamental do Estado”.¹⁴ Para JOSÉ AFONSO DA SILVA é o “conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”.¹⁵

A norma constitucional de um determinado Estado é o instrumento adequado para estabelecer contingências sociais, selecionar bens jurídicos de maior relevância para a ordem social, determinando a melhor forma de protegê-los. Caracteriza-se como a norma dotada de superioridade jurídica em relação às demais normas do sistema, possuindo posição especial dentro deste. Trata-se do intitulado “princípio da supremacia da constituição”, segundo o qual nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for incompatível a ela.

Sobre o tema, LUIS ROBERTO BARROSO ensina que:

“(...) como domínio científico, o direito constitucional procura ordenar elementos e saberes diversos, relacionados a aspectos normativos do poder político e dos direitos fundamentais, que incluem: as reflexões advindas da filosofia jurídica, política e moral – filosofia constitucional e teoria da Constituição; a produção doutrinária acerca das normas e dos institutos jurídicos – dogmática jurídica; e a atividade de juízes e tribunais na aplicação prática do Direito – jurisprudência.

¹⁴ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: “A constituição é a ordem fundamental do Estado (Kägi). Outros autores (Castanheira Neves) designam-na como ‘estatuto jurídico do político’. Captam-se já duas dimensões fundamentais de qualquer texto constitucional: *pretensão de estabilidade* na sua qualidade de ‘ordem fundamental’ ou de ‘estatuto jurídico’ e *pretensão de dinamicidade* tendo em conta a necessidade de ela fornecer aberturas para as mudanças no seio do político. Precisamente por isso, e como acabamos de ver, devemos relativizar a distinção entre constituições *rígidas* e constituições *flexíveis*. Constituição implica, como ‘ordem jurídica fundamental’, a idéia de *estabilidade* e *rigidez*, designadamente quanto às suas dimensões estruturantes ou ao seu ‘núcleo duro’ caracterizador (princípio do estado de direito, princípio democrático, direitos, liberdades e garantias, separação dos órgãos de soberania, descentralização territorial, etc.). Por outro lado, e de acordo com aquilo que já se referiu atrás, o *futuro* é uma tarefa indeclinável da Constituição, devendo, por isso, a lei constitucional fornecer aberturas para captar a dinamicidade da vida política e social”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, p. 400.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 37.

Embora o conceito de ciência, quando aplicado às ciências sociais, e em particular ao Direito, exija qualificações e delimitações de sentido, a ciência do direito constitucional desempenha papel análogo ao das ciências em geral. Nele se inclui a identificação ou elaboração de determinados princípios específicos, a consolidação e sistematização dos conhecimentos acumulados e, muito importante, o oferecimento de material teórico que permita a formulação de novas hipóteses, a especulação criativa e o desenvolvimento de idéias e categorias conceituais inovadoras que serão testadas na vida prática.”¹⁶

Verifica-se que a norma constitucional estabelece conteúdos específicos relacionados à sua finalidade essencial, tais como: 1º) a organização do poder político; 2º) a definição de direitos fundamentais; e, em constituições de alguns países, 3º) a determinação dos fins públicos a serem alcançados pela sociedade.

Para LUIS ROBERTO BARROSO, a constituição é um instrumento do processo civilizatório de máxima hierarquia dentro do sistema jurídico cuja finalidade é conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. Afirma o autor que o direito constitucional moderno, investido de força normativa, ordena e conforma a realidade social e política, impondo deveres e assegurando direitos.¹⁷

Não é diferente o ensinamento de ALEXANDRE DE MORAES sobre o assunto:

“(…) O direito constitucional é um ramo do direito público, destacado por ser fundamental à organização e ao funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política. Tem, pois, por objeto a constituição política do Estado, no sentido amplo de estabelecer sua estrutura, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, através, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais.”¹⁸

Sobre a importância das normas constitucionais, esclarece o jurista português JORGE MIRANDA:

“(…) a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 47.

¹⁷ *Ibidem*, p. 49.

¹⁸ MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2002. 4 ed. – (Coleção temas jurídicos; 3), p. 25.

Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza”.¹⁹

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO também afirma que a constituição é o produto legislativo máximo de uma sociedade e é elaborada com dupla função, a saber: garantia existente e programa ou linha de direção para o futuro.²⁰

Significa dizer, em outras palavras, que as normas constitucionais têm o propósito de garantir direitos fundamentais aos indivíduos e dirigir o Estado. Importante ressaltar que, de acordo com o princípio da supremacia da constituição, as normas constitucionais não constituem apenas um sistema em si, mas um instrumento para ler e interpretar as demais normas jurídicas, isto é, todas as normas infraconstitucionais existentes, possibilitando a delimitação do alcance e da finalidade das mesmas.

Sobre o princípio da supremacia da constituição, ensina HANS Kelsen:

“Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental forma um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.”²¹

Desta forma, verifica-se a relevância das normas que compõem o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, visto que retratam as contingências da sociedade e estabelecem os interesses preponderantes a serem tutelados. Neste sentido, as normas constitucionais dispõem os valores de maior relevância, impactando todo o ordenamento jurídico.²²

¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. 2. ed. p.13.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p.151.

²¹ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1979, p. 269

²² LUIS ROBERTO BARROSO esclarece a respeito do assunto: “como qualquer ramo do Direito, o direito constitucional tem possibilidades e limites. Mais do que outros domínios, nele se expressa a tensão entre norma e realidade social. No particular, é preciso resistir a duas disfunções: (i) a da Constituição que se limita a reproduzir a realidade subjacente, isto é, as relações de poder e riqueza vigentes na sociedade, assim chancelando o ‘status quo’; e (ii) a do otimismo juridicizante, prisioneiro da ficção de que a norma pode tudo e da ambição de salvar o mundo com papel tinta. O erro na determinação desse ponto de equilíbrio pode gerar um direito constitucional vazio de normatividade ou desprendido da vida real. (...) Também afirma que o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não somente da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material,

Dentre os valores fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que definem contingências sociais e se relacionam intrinsecamente com a presente pesquisa, deve-se citar: direito à vida e à saúde, bem como a defesa do consumidor, o que afirma a importância destes institutos para a sociedade brasileira, sendo considerados como aspectos determinantes da felicidade coletiva, cujo princípio que constitui seu alicerce fundamental é a dignidade da pessoa humana.

I.4. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A origem do conceito de dignidade da pessoa humana está na filosofia kantiana, mais exatamente na “Fundamentação da metafísica dos costumes” (1785).²³

IMMANUEL KANT parte da premissa de que o homem não deve jamais ser transformado num instrumento para a ação de outrem. Significa que, embora o mundo da prática permita que certas coisas ou certos seres sejam utilizados como meios para a obtenção de determinados fins, ou para a concreção de determinadas ações, e apesar de também não ser incomum, historicamente, que os próprios seres humanos sejam utilizados como tais meios, a natureza humana é de tal ordem que exige perenemente que não se tome o homem como instrumento ou meios para suas próprias vontades ou fins, o que é considerado uma prática odiosa e se revela, na verdade, como uma afronta ao próprio homem.

Verifica-se que o homem é dotado de um valor que o torna sem preço, que o coloca acima de qualquer especulação material, conforme as próprias palavras de IMMANUEL KANT ao dizer que o valor intrínseco que faz o homem um ser superior às coisas é a sua dignidade.

Como não pode ser avaliado e nem tratado como coisa, visto que não pode ser submetido a preço, o homem deve ser intitulado como “pessoa”. Não poderia deixar de expor as palavras de IMMANUEL KANT sobre dignidade da pessoa humana:

axiológica, que deve ser compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, transformando-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional”. (BARROSO, Luis Roberto. Op.cit., p. 23).

²³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 42 (Coleção Os Pensadores – volume Kant II).

“A necessidade prática de agir segundo este princípio, isto é, o dever, não assenta em sentimentos, impulsos e inclinações, mas sim somente na relação dos seres racionais entre si, relação essa que a vontade de um ser racional tem de ser considerada sempre e simultaneamente como legisladora, porque de outra forma não podia pensar-se como fim em si mesmo. A razão relaciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as ações para conosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da idéia de dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá. No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela uma dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem têm um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é, dignidade.”²⁴

RIZZATTO NUNES comenta que alguns autores entendem que a isonomia é a principal garantia constitucional, porém, diverge do raciocínio de tais doutrinadores ao afirmar que o mais importante dos princípios é a dignidade da pessoa humana:

“(...) é ela, a dignidade, o último arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional. A isonomia, como demonstraremos, servirá para gerar equilíbrio real, visando concretizar o direito à dignidade. Mas, antes, há que se fazer uma avaliação do sentido de dignidade. Coloque-se, desde então, desde já, que após a soberania, aparece no texto constitucional a dignidade como fundamento da República brasileira. Leiamos o artigo 1º: ‘a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana’.”²⁵

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, CELSO RIBEIRO BASTOS explica que “com a inserção do princípio sob comento na Magna Carta brasileira, o que se está a indicar é que é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas”.²⁶

Para atingir esta finalidade, o legislador constituinte declarou a existência de direitos considerados mínimos para a sobrevivência dos indivíduos e sua convivência mansa e pacífica na sociedade. Trata-se dos direitos fundamentais e das garantias que

²⁴ KANT, Immanuel. Op. cit. p. 43.

²⁵ NUNES, Rizzatto. Op.cit., p. 22.

²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 425.

asseguram sua aplicabilidade de forma efetiva. Dentre tais direitos destacam-se o direito à vida e à saúde.

A partir destas considerações iniciais e dos ensinamentos de LUIS ROBERTO BARROSO, deve-se ressaltar que os direitos materialmente fundamentais possuem como núcleo essencial, ou seja, como base principiológica, a dignidade da pessoa humana, traduzindo a identidade política, ética e jurídica da Constituição Federal de 1988.²⁷

Não é outra a posição de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE ao dispor que “o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos às prestações sociais”.²⁸

Semelhante raciocínio traz INGO WOLFGANG SARLET:

“Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’ (José Afonso da Silva), exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferimos).”²⁹

Vale mencionar ainda os ensinamentos de ANA PAULA DE BARCELLOS a respeito da importância do princípio da dignidade da pessoa humana:

“Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo **mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade.** (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à Justiça.”³⁰

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. Op.cit. p 178.

²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 102.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 241.

³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Editora Renovar, 2002, p. 305.

CAPÍTULO II.

O DIREITO À VIDA E À SAÚDE E À DEFESA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO E A SUA TUTELA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

II . 1. “DIREITOS HUMANOS” E “DIREITOS FUNDAMENTAIS”

É necessário esclarecer que os doutrinadores utilizam expressões variadas para denominar a mesma realidade. No caso, os direitos comuns a todos os homens.

Sobre o tema, ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“são indistintamente empregadas as seguintes expressões: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, e direitos fundamentais do homem.”¹

ANDRÉ RAMOS TAVARES adverte que tais expressões, apesar de utilizadas indistintamente e, na maior parte das vezes, com sentido semelhante, não apresentam significados coincidentes, visto que, em alguns casos, há abrangência mais ampla de direitos do que em outros.

Esclarece o autor que a expressão “direitos humanos” é mais ampla, pois está relacionada à conjunção dos direitos naturais correspondentes ao indivíduo pelo simples fato dele existir na sociedade.

Já a expressão “direitos fundamentais”, segundo o autor, aproxima-se da noção de direitos naturais no sentido de que a natureza humana é portadora de um número determinado de direitos considerados fundamentais. No entanto, o termo não é tão amplo quanto a expressão “direitos humanos”, já que, em relação ao último, não há uma lista imutável capaz de traduzir todos os direitos que variam de acordo com o tempo.²

Segundo ANDRÉ RAMOS TAVARES, a expressão “direitos fundamentais” faz realmente incutir a noção de direitos pertencentes indistintamente a todos, porém, admite a existência de alguns direitos individuais consagrados pela Constituição Federal

¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, 8 ed., p. 161.

² TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 446.

que só seriam passíveis de utilização por uma parcela restrita de pessoas, por exemplo, a ação popular, que só pode atribuída aos que compõem ou perfazem a condição de “cidadão”, o que a tornaria um direito fundamental do cidadão, e não do indivíduo.³

No mesmo sentido, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO reafirma que:

“os direitos humanos, inclusive as liberdades públicas, reconhecem-se a todos, nacionais e estrangeiros, mas alguns dos direitos especificados no texto constitucional – direitos esses que não são direitos do Homem, e sim do cidadão, como a ação popular – não são reconhecidos senão aos brasileiros.”⁴

Concluindo que, portanto, não seria adequada a utilização da expressão “direitos fundamentais” com o mesmo sentido de “direitos humanos”, pois, em seu domínio lingüístico, esta última é mais ampla do que a primeira em relação à realidade que verdadeiramente designa, já que há casos em que alguns direitos, intitulados fundamentais, não se aplicam a todos os homens.⁵

De qualquer maneira, de acordo com JOSÉ AFONSO DA SILVA, a expressão “direitos fundamentais”, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no âmbito do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.⁶

II. 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, verifica-se que a sua origem remonta no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C, onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado.

Verifica-se que o Código de Hammurabi (1690 a.C) foi a primeira legislação codificada a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, dentre os quais constavam o direito à vida, à propriedade, à honra, à dignidade, à família, prevendo, igualmente a supremacia das leis em relação aos governantes.

³ *Ibidem*, p. 453.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29.

⁵ Nesta pesquisa, será mantida a expressão utilizada pelo autor mencionado no texto, no entanto a autora utilizará o termo direitos fundamentais, conforme estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit, p. 161.

FÁBIO KONDER COMPARATO afirma que entre o século VII e II a.C, abandonaram-se as explicações mitológicas aos fatos para desenvolver ideais relacionadas ao reconhecimento dos direitos dos homens por alguns dos maiores pensadores de todos os tempos, por exemplo: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e Dêutero-Isaías em Israel.

Esclarece o autor:

“É a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na história, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças (...). Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, por que a ele inerentes”.⁷

De acordo com as considerações de ALEXANDRE DE MORAES, a influência filosófico-religiosa nos direitos do homem pode ser sentida com a propagação das ideias de Buda na Índia, basicamente no que se refere à igualdade de todos os homens, no século V a.C; e, posteriormente, na Grécia, a partir dos mais variados estudos sobre a necessidade de igualdade e liberdade do homem, dos quais se destacaram: as previsões de participação política dos cidadãos, bem como a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas defendida no pensamento dos sofistas e estoicos como, por exemplo, Sófocles, que reconhecia a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem.⁸

Registre-se que o Direito Romano estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais por meio da “Lei das doze tábuas”, que pode ser considerada uma das origens dos textos legislativos consagradores da liberdade, propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.⁹

Ainda durante o período da Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a consequente relação de subordinação entre suserano e seus vassalos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos, sempre com o objetivo de limitar o poder estatal em favor dos indivíduos. Entretanto, foi a partir do terceiro quarto do século XVIII, até meados do século XX d.C, que houve o grande desenvolvimento dos direitos fundamentais.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8.

⁸ MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2002. 4 ed., p.25. (Coleção temas jurídicos; 3).

⁹ *Idem*.

Os antecedentes históricos das declarações dos direitos humanos encontram-se na Inglaterra com os seguintes instrumentos: 1º) “Magna Charta Libertatum”, outorgada em 1215 por João sem Terra; 2º) “Petition of Right”, em 1628; 3º) “Habeas Corpus”, em 1679; 4º) “Bill of Rights”, em 1689; 4º) “Act of Settlements”, em 1701.

Algum tempo depois, com idêntica importância na revolução dos direitos humanos, há a participação da Revolução dos Estados Unidos da América, onde é possível citar os históricos documentos, cuja relevância não se pode contestar: 1º) Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776; 2º) Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 1776; e 3º) Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787.

Entretanto, foi a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1789, pela Assembléia Nacional na França, que trouxe novas formas de controle estatal e ampliou a abrangência dos direitos, especialmente no que tange ao sujeito a quem é destinado, visto que assegurou ao povo os direitos à igualdade, à liberdade, à segurança, à resistência à opressão política, à legalidade, à reserva legal e à anterioridade em matéria penal, à presunção de inocência, à liberdade religiosa e à livre manifestação do pensamento.

Sobre o tema, PAULO BONAVIDES esclarece:

“(...) a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos nos conduzirão sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

A percepção teórica identificou aquele traço na Declaração francesa durante a célebre polêmica de Boutmy com Jellink ao começo do século XX. Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.”¹⁰

Estas afirmações podem ser confirmadas a partir da análise do preâmbulo da Constituição francesa de 1793, classificada como a melhor regulamentação dos direitos humanos fundamentais que já existiu, veja-se:

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, 13 ed., p. 562.

“(…) O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por consequente, proclama, na presença do Ser supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão.”¹¹

Estabelece PAULO BONAVIDES que o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. Isto porque, dentre esta previsão foram consagrados os seguintes direitos humanos fundamentais: segurança, propriedade, legalidade, livre acesso a cargos públicos, livre manifestação do pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direitos de petição e direitos políticos.

ALEXANDRE DE MORAES acrescenta que a maior efetivação dos direitos fundamentais continuou perante o constitucionalismo liberal do século XIX d.C, tendo como exemplos: 1º) Constituição espanhola de 1812, intitulada Constituição de Cádiz; 2º) Constituição portuguesa de 1822; 3º) Constituição belga de 1831 e 4º) Declaração francesa de 1848. Esta última, além dos tradicionais direitos fundamentais já previstos, seu artigo 13 previa também a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados, às crianças abandonadas, aos enfermos e aos velhos sem recursos, cujas famílias não pudessem socorrê-los.¹²

A partir do século XX d.C, vários foram os textos que asseguram os direitos fundamentais, porém foi com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, que o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto, consagrando 30 artigos para estabelecer tais direitos.

A este respeito, importantes as considerações de PAULO BONAVIDES:

“A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias

¹¹ FRANÇA. Constituição francesa de 1793. Foi classificada como o diploma que apresentou a melhor classificação para os direitos fundamentais.

¹² MORAES, Alexandre. Op. cit., p. 29.

oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.

A Declaração será, porém, um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas naquele documento de proteção dos direitos fundamentais e, sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.”¹³

Ressalta-se que o Brasil assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos na própria data da sua adoção e proclamação, em 10 de dezembro de 1948.

Importante destacar também a Convenção Americana de Direitos Humanos – “Pacto de San José da Costa Rica”, de 1969, que reafirmou o propósito dos Estados Americanos em consolidar no continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais.¹⁴

No que tange à evolução histórica dos direitos fundamentais em constituições brasileiras, verifica-se que a sua proteção não é recente. A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 previa em seu título VIII – “Das disposições geraes e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros” – extenso rol de direitos humanos

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, 13 ed. p. 562.

¹⁴ ANDRÉ RAMOS TAVARES faz exposição a respeito da existência de três grandes teorias relacionadas aos direitos fundamentais: jusnaturalista, positivista e realista. De acordo com o autor, o intitulado “jusnaturalismo moderno” trouxe o denominado direito natural subjetivo – que se inicia com Hugo Grocio, em “De iure belli ac pacis”, e se compõe na obra de Thomas Hobbes – segundo o qual, por meio do processo de subjetivação dos direitos naturais teria sido construída a teoria dos direitos do homem. Afirma que, para a concepção jusnaturalista, “o reconhecimento, no plano das normas jurídicas, de faculdades que correspondem ao Homem pelo simples fato de sê-lo, vale dizer, em virtude de sua própria natureza, são prévias à própria positivação”. Assim, neste ponto de vista, seu processo de positivação assumiria nítida natureza declaratória. Conforme a ótica positivista, os direitos fundamentais existem a partir de sua consagração escrita, haja vista que concebe a positivação como um ato de criação, ou seja, constitutivo e não declaratório. De acordo com o autor: “Para a concepção positivista do Direito, que identifica este com a lei posta, formalmente falando, qualquer tentativa de colocar normas válidas anteriormente ao aparecimento do Direito seria inconcebível. A corrente jusnaturalista é encarada como metafísica, imbuída de uma concepção transcendental ao Direito e, por isso mesmo, desconectada deste. Assim, a própria denominação ‘direitos naturais’ seria, segundo esta doutrina, uma noção sem sentido, porque a idéia de direito pressupõe sua positivação, ao passo que a designação ‘naturais’ implica a aceitação de algo que se sustenta por si só, independentemente de qualquer fórmula positivada, vale dizer, de algo que surge espontaneamente, da natureza. Além disso, a menção ao ‘direito natural’ consagra um espírito de resistência às leis, incute na mente do indivíduo a discórdia quanto à validade do sistema criado para regular as relações humanas”. Para a teoria realista – que não outorga ao processo de positivação um significado declaratório de direitos anteriores ou mesmo constitutivo de direitos – deve-se considerar seu efetivo e real desfrute, significa dizer que a positivação de tais normas é a condição a partir da qual se passa para o desenvolvimento das técnicas de proteção dos direitos fundamentais. (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, 6ª edição p. 444). PÉREZ LUÑO afirma a este respeito: “esta corrente investe contra a abstração tanto dos jusnaturalistas quanto dos positivistas. Para os realistas, seriam condições sociais as que determinariam o sentido real dos direitos e liberdades, pois delas depende a salvaguarda de sua proteção”. (LUÑO, Perez. *Delimitación Conceptual de los Derechos Humanos*, in *Los Derechos Humanos, Significación, Estatuto Jurídico y Sistema*, Sevilla, Publicaciones de La Universidad de Sevilla, 1979, p. 43).

fundamentais em seu artigo 179, que era composto por 35 incisos que dispunham este respeito.

Segundo ALEXANDRE DE MORAES:

“O artigo 179 da Constituição Política do Império do Brasil possuía 35 incisos, consagrando direitos e garantias individuais, tais como: princípio da igualdade e legalidade, livre manifestação de pensamento, impossibilidade de domicílio, possibilidade de prisão somente em flagrante delito e anterioridade da lei penal, independência judicial, princípio do juiz natural, livre acesso aos cargos públicos, abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis, individualização da pena, respeito à dignidade do preso, direitos de propriedade, liberdade de profissão, direito de invenção, inviolabilidade das correspondências, responsabilidade civil do Estado por ato dos funcionários públicos, direito de petição, gratuidade do ensino público primário”.¹⁵

A existência de um rol específico sobre direitos fundamentais também foi estabelecido pela Constituição brasileira de 1891, intitulada “Constituição Republicana” que, em seu Título III, Seção II, estabeleceu a Declaração de Direitos acrescentando alguns outros direitos como “gratuidade do casamento civil, ensino leigo, direitos de reunião e associação, bem como ampla defesa.”

Já a Constituição brasileira de 1934 reproduziu o disposto na constituição anterior acrescentando alguns outros direitos, entre os quais o inciso 38 do artigo 113 tratando da ação popular que estabelecia: “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

Também a Constituição brasileira de 1937, apesar das características políticas preponderantes da época, consagrou extenso rol de direitos e garantias individuais. Além da tradição repetição de direitos, determinou que a “criação de um Tribunal especial com competência para o processo e julgamento dos crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular.”

A Constituição de 1946, além de prever um capítulo específico para os direitos e garantias individuais – Título IV, Capítulo II – estabeleceu, em seu artigo 157, diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados e previu títulos para a proteção da família, educação e cultura.

¹⁵ MORAES, Alexandre. Op. cit., p. 25.

Por fim, a Constituição brasileira de 1967 igualmente previa um capítulo de direitos e garantias individuais e um artigo referente aos direitos sociais dos trabalhadores, visando à melhoria de sua condição social. Dentre outros, acrescentou os seguintes direitos fundamentais:

“(...) sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas; respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário; previsão de competência mínima para Tribunal do Júri (crimes dolosos contra a vida); previsão de regulamentação da sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes seja mais favorável a lei nacional do de cujus.”¹⁶

No que concerne à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é necessário esclarecer que o período em que foi promulgada foi marcado por uma relevante alteração em relação aos valores do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em razão das modificações socioeconômicas resultantes da Revolução Industrial, do grande avanço tecnológico e da massificação contratual, fatos que influenciaram na seleção dos valores maiores que seriam considerados fundamentais para ordem social – ou seja, o que deveria ser considerado como o mínimo essencial para todos os seres humanos que encontram proteção na norma maior, valores que foram traduzidos através dos direitos e garantias fundamentais.

O próprio preâmbulo da atual Constituição Federal expressa a importância dos direitos e garantias fundamentais, nos seguintes termos:¹⁷

“(...) Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”¹⁸

¹⁶ MORAES, Alexandre. Op. cit., p. 29.

¹⁷ JORGE MIRANDA ensina que o preâmbulo constitui um breve prólogo da Constituição e apresenta dois objetivos básicos: explicitar o fundamento da legitimidade da nova ordem constitucional; e explicitar as grandes finalidades da nova Constituição. Esclarece o autor: “não se afigura plausível reconduzir a eficácia do preâmbulo (de todos os preâmbulos ou de todo o preâmbulo, pelo menos) ao tipo de eficácia próprio dos artigos da Constituição. O preâmbulo não é um conjunto de preceitos, é um conjunto de princípios que se ‘projectam’ sobre os preceitos e sobre os restantes sectores do ordenamento, para se ‘concluir’ o preâmbulo não pode ser invocado enquanto tal, isoladamente, nem cria direitos ou deveres”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p.211).

¹⁸ De acordo com o Ministro Celso de Mello, o preâmbulo reflete a posição ideológica do constituinte. Está situado especialmente no domínio da política e contém a proclamação ou exortação do sentido dos princípios estabelecidos na Constituição Federal. O preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, e consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios, demonstrando a ruptura de um novo Estado. É de tradição em nosso Direito

De forma semelhante, o Título I deste diploma maior reconheceu a existência de direitos essenciais mínimos ao estabelecer, no artigo 1º, que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos “a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”.

Isto porque os direitos materialmente fundamentais possuem como núcleo essencial, além dos demais princípios considerados fundamentos da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual traduzem a identidade política, ética e jurídica da Constituição.

É importante mencionar, no mesmo sentido, que o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 estabelece quais são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constituindo assim o alicerce fundamental para a definição e a concretização dos direitos fundamentais, a saber: 1º) constituir uma sociedade livre, justa e solidária; 2º) garantir o desenvolvimento nacional; 3º) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e 4º) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

II . 3. NOÇÕES GERAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Título II da Constituição Federal de 1988 estão estabelecidos os direitos e garantias fundamentais, subdivididos em cinco capítulos: 1º) dos direitos e deveres individuais e coletivos; 2º) dos direitos sociais; 3º) da nacionalidade, 4º) dos direitos políticos e dos partidos políticos.

Segundo ensina LUIS ROBERTO BARROSO, do ponto de vista subjetivo, a idéia de direito expressa o poder de ação assente na ordem jurídica destinado à satisfação de um interesse. Para o autor, “direito” traduz a possibilidade de exercer poderes ou de exigir a prática de determinadas condutas; e “garantias” são instituições, condições

materiais, ou procedimentos colocados à disposição dos titulares de direitos para promovê-los ou resguardá-los.¹⁹

Conforme ensina LUIS ROBERTO BARROSO, o estabelecimento de direitos e garantias fundamentais tem os seguintes objetivos: 1º) limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas; 2º) consagrar os princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.

Neste mesmo sentido, DIMITRI DIMOULIS afirma que, para tratar de direitos fundamentais com propriedade, faz-se necessário reunir três elementos: 1º) o Estado; 2º) a noção de indivíduo; e 3º) a consagração escrita²⁰. Conforme o autor, sem Estado, não seria exigível a prática desta categoria de direitos; sem a presença do indivíduo, haveria a manutenção das concepções coletivas, nas quais a pessoa é considerada elemento de um grupo; e a necessidade de texto escrito refere-se à superioridade em relação aos demais atos normativos.

Afirma ALEXANDRE DE MORAES que “o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem”.²¹ Explica também que conforme a visão ocidental de democracia, o governo pelo povo e a limitação de poder estão indissoluvelmente combinados, de forma que, a partir desta idéia, o povo escolhe seus representantes que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. Este poder, no entanto, não é absoluto, visto que apresenta várias limitações, dentre as quais está a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas, reconhecida em dois aspectos: do cidadão relativamente aos demais cidadãos e do cidadão diante do próprio Estado.

LUIS ROBERTO BARROSO enfatiza que, em história curta, porém intensa, o direito constitucional brasileiro conservou a origem liberal marcada pela organização de um Estado fundado na teoria da separação dos poderes, estabelecida no artigo 2º da Constituição Federal, mas, sobretudo, pela definição dos direitos e garantias individuais, conforme disposto no artigo 5º deste Diploma Maior.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. Op.cit., p. 176.

²⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Dogmática dos Direitos Fundamentais: Conceitos Básicos*. Caderno de Comunicações: curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, ano 5, n. 2, jan. 2001. Bibliografia: 11-30.

²¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 58.

Afirma que, ainda em um contínuo processo evolutivo, agregaram-se outras funções à Constituição, também consideradas essenciais, ampliando o conteúdo destes direitos para, além da mera proteção contra o abuso estatal, transformá-lo na categoria mais abrangente que nada mais é do que a salvaguarda do mínimo essencial para o ser humano.²²

JOSÉ AFONSO DA SILVA esclarece que os direitos fundamentais referem-se a situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. São ditos fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

LUIS ROBERTO BARROSO acrescenta ainda que os direitos fundamentais configuram a espécie de direitos constitucionais que protegem os valores essenciais ligados à vida, à liberdade, à igualdade jurídica, à segurança e à propriedade, ou seja, o mínimo necessário para a existência humana. Vale dizer: “destinam-se prioritariamente a impor limitações ao poder político, traçando uma esfera de proteção das pessoas em face do Estado”, na defesa destes direitos.²³

Portanto, verifica-se que, a partir dos princípios e dos objetivos fundamentais estabelecidos no texto constitucional foi possível insculpir um rol mínimo de direitos fundamentais protegidos, como também o instrumento necessário para sua efetivação, visto que, para a efetividade dos direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal, são necessários mecanismos que viabilizem a sua concretização, ou seja, que possibilitem seu exercício.

Desta forma, pode-se concluir que os direitos e garantias fundamentais são considerados como previsão absolutamente necessária a todas as constituições, no sentido de: 1º) expressar a identidade da constituição e as salvaguardas democráticas; 2º) consagrar o respeito à dignidade humana; 3º) garantir a limitação de poder do Estado; 4º) e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

ALEXANDRE DE MORAES afirma que a constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo pode exigir sua tutela perante

²² BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 34.

²³ *Ibidem*, p. 34.

o Poder Judiciário, a fim de obter a concretização da democracia, ressaltando-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral. Enfatiza o autor que a previsão dos direitos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo²⁴.

Não é diferente a posição de FERNÁNDEZ-GALIANO ao afirmar que são direitos que não incumbe ao Estado outorgar, mas sim reconhecer e aprovar formalmente.²⁵

Por fim, sobre direitos fundamentais, afirma PAULO BONAVIDES:

“(...) os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam. O Estado padece com relação ao controle desses fatores um déficit de soberania, tanto interna como externa, perdendo assim, em elevado grau, a sua capacidade regulativa. Isto, que já ocorria desde muito com patente força, aumentou de intensidade a partir da globalização e do neoliberalismo. Tanto na doutrina como na praxis política, as formas liberais e globais não só desarmam, senão que enfraquecem o Estado, obrigando-o a evacuar o espaço de fomento e proteção de direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social, que são os de segunda geração. Nestes, o grau de justiciabilidade e positividade tende a baixar em quase todos os ordenamentos contemporâneos. Tudo por obra dos sobreditos fenômenos –globalização e neoliberalismo –, derivados do sistema capitalista em sua fase mais recente de expansão.”²⁶

II. 4. CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Explica LUIS ROBERTO BARROSO que, a doutrina moderna, sem desprezar o aspecto didático da classificação tradicional em gerações de direitos, procura justificar a exigibilidade de determinadas prestações e a intangibilidade de determinados direitos pelo poder reformador na sua essencialidade com o propósito de assegurar uma vida digna.

²⁴ MORAES, Alexandre. *Op. cit.* p. 27.

²⁵ FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho*. Madrid: Universidad Complutense - Facultad de Derecho- Sección de Publicaciones, 1974, v. 1, p.150.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*,. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, 13 ed., p. 562.

Esclarece o autor que a doutrina moderna classifica os direitos fundamentais como de primeira, segunda, terceira e quarta gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Não é outra a opinião de ANDRÉ RAMOS TAVARES:

“Ao longo da história, assistiu-se à consagração dos direitos civis, dos direitos políticos, dos direitos sociais básicos e econômicos, dos direitos coletivos e, mais modernamente, dos direitos das minorias, do direito ao desarmamento, etc.

A existência de várias dimensões é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana: as necessidades do Homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano. Daí falar em diversas dimensões de projeção da tutela do Homem, o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade do ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos. De qualquer forma, em sua totalidade, esses direitos encarnam a dignidade do homem. E, mais do que isso, há uma mútua implicação inegável entre os diversos direitos, especialmente entre direitos pertencentes a dimensões supostamente separadas”.²⁷

Neste mesmo sentido, há a manifestação do Supremo Tribunal Federal:

“(…) enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuindo genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial exauribilidade.

(STF – Pleno – MS nº 22164/SP – relator Ministro Celso de Mello, “Diário de Justiça, Seção I, 17 novembro 1995, p. 39.206)

Verifica-se que são classificados como direitos fundamentais de primeira geração, aqueles surgidos do Estado Liberal do século XVIII. Referem-se à primeira categoria de direitos que engloba os direitos individuais e os direitos políticos, ou seja, as intituladas liberdades públicas, tais como: a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade e o segredo de correspondência, a liberdade de atividade econômica, a liberdade de eleição da profissão, a livre disposição sobre a propriedade, o direito de reunião, de formação de partidos, de opinar, de votar, controlar atos estatais, acesso a cargos públicos em igualdade de condições, entre outros.

Os direitos de segunda geração são direitos sociais que visam oferecer os meios

²⁷ TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 545.

materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais, considerando o mínimo essencial para a vida digna como, por exemplo, o direito ao trabalho, à proteção em caso de desemprego, direito ao salário mínimo, a um número máximo de horas de trabalho, à seguridade social, etc.

Referindo-se aos intitulados direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos econômicos, sociais e culturais, surgidos no início do século, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI estabeleceu que:

“(...) o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice, etc.”²⁸

A este respeito, LUIS ROBERTO BARROSO esclarece: “se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional está sendo desrespeitado”.²⁹

São considerados direitos de terceira geração aqueles que possuem titularidade coletiva ou difusa, tal como o direito do consumidor e o direito ambiental, que são intitulados de direitos da solidariedade ou de fraternidade.

Sobre o assunto, mostram-se importantes as considerações de PAULO BONAVIDES:

“A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasal, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos.

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

²⁸ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 202

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. Op.cit., p. 179.

A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, ao meio ambiente, o direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.³⁰

Ressalte-se que, recentemente, foi proposta uma quarta classificação, os direitos de quarta geração. Segundo PAULO BONAVIDES, podem ser considerados direitos de quarta geração o direito à democracia, ao pluralismo político e à informação, visto que se encontram fundamentados na idéia de globalização política.

Esta também é a posição de CELSO LAFER ao afirmar que os direitos de terceira e quarta gerações transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular, recaindo, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais.³¹

Cumpra esclarecer ainda que, embora classificados pela doutrina de forma separada, como direitos fundamentais de terceira e de quarta geração, estes direitos estão intrinsecamente relacionados aos demais direitos, por exemplo, ao da preservação da vida, considerado um direito fundamental de primeira geração.

Em relação à razão da classificação dos direitos em gerações, PÉREZ LUÑO afirma que os direitos e garantias fundamentais podem ser definidos como o conjunto de faculdades que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdades humanas que devem ser reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.³²

De acordo com o autor, os direitos fundamentais apresentam como características: 1º) historicidade, 2º) inalienabilidade, 3º) imprescritibilidade, 4º) inviolabilidade, 5º) universalidade, 6º) efetividade, 7º) interdependência, 8º) complementaridade e 9º) irrenunciabilidade.³³

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563.

³¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 28.

³² Apud SILVA, José Afonso da. Op.cit, p. 27.

³³ ALEXANDRE DE MORAES esclarece: imprescritibilidade: os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo; inalienabilidade: não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso; irrenunciabilidade: os direitos humanos fundamentais não podem ser objeto de renúncia. Dessa característica surgem discussões importantes na doutrina e posteriormente analisadas, como a renúncia ao direito à vida e a eutanásia, o suicídio e o aborto; inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal; universalidade: abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica; efetividade: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, como mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que

II. 5. OS FUNDAMENTAIS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são considerados direitos fundamentais do indivíduo, o valor de maior relevância dentro da ordem social, o mínimo essencial para a sua sobrevivência e coexistência, razão pela qual se encontram protegidos diretamente pela Constituição Federal de 1988.

RUBENS LIMONGI FRANÇA define direitos da personalidade como “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”. Segundo o autor, o reconhecimento da existência de direitos da personalidade concretiza a finalidade do próprio Direito, pois este existe para que a pessoa, em meio à vida social, seja aquinhoadada segundo a justiça com os bens necessários à consecução dos seus fins naturais.³⁴

A respeito dos direitos da personalidade, MARIA HELENA DINIZ ensina que o homem adquire direitos e assume obrigações para satisfazer suas necessidades sociais, estabelecendo relações jurídico-econômicas. No entanto, a par dos direitos patrimoniais dos quais é titular, a pessoa natural é titular de um conjunto de direitos que se relacionam a sua personalidade.³⁵

Não é diferente a posição de SILVIO RODRIGUES ao afirmar que o homem é titular de duas categorias de direitos: aqueles que são destacáveis da pessoa de seu titular e

a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato; interdependência: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do “habeas corpus”, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente; complementariedade: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte. (MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20. – (Coleção temas jurídicos; 3)).

³⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988. p. 1025. Esclarece o autor: Isto de, durante muito tempo, os sistemas jurídicos só haverem cuidado dos direitos da personalidade do ponto de vista do Direito Público, se de um lado constitui uma lacuna, do outro serve para mostrar a importância desses direitos, pois muitos deles integram as Declarações de Direito que servem como garantia dos cidadãos contra as arbitrariedades do Estado. Não obstante, essa tutela pública resulta insuficiente, pois muitos direitos da personalidade, como certos aspectos do direito sobre o próprio corpo, ou o direito à imagem, devido à excessiva gravidade das normas de Direito Público, aí não encontram lugar. Por outro lado, as lesões a direitos como à honra e ao recado só encontram sanção provado o dolo específico do responsável. Daí o desenvolvimento da análise jurídica no sentido de definir os aspectos privados dos direitos da personalidade, e as conseqüentes sanções de natureza civil, quer no que concerne à proibição dos atos lesivos, quer no setor do ressarcimento dos danos causados, com fundamento na responsabilidade civil.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v.I. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 117.

outros que não são, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem direito destacável da pessoa de seu titular, não sendo possível dizer o mesmo em relação à vida, à liberdade física ou intelectual, ao nome, ao corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra, que são considerados direitos da personalidade.³⁶

RUBENS LIMONGI FRANÇA especificou quais são os direitos da personalidade: 1º) a integridade física: a vida, a saúde, os alimentos, o próprio corpo vivo ou morto, o corpo alheio vivo ou morto, as partes separadas do corpo vivo ou morto (artigo 199, §4º da Constituição Federal de 1988; Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997 e Decreto n.º 2.268 de 30 de junho de 1997, que a regulamenta; artigos 13, 14 e 15 do Código Civil, Portaria n. 1.376 de 19 de novembro de 1993, do Ministério da Saúde; 2º) integridade intelectual: a liberdade de pensamento, a autoria científica, artística, literária; 3º) integridade moral: a liberdade civil, política e religiosa, a honra, o segredo pessoal, doméstico e profissional, a imagem e a identidade pessoal, familiar e social.³⁷

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY afirmam que compõem a natureza humana: 1º) vida; 2º) potência vegetativa (forças naturais, crescimento, nutrição, procriação); 3º) potência sensitiva (sensação, cognição sensitiva, senso comum, fantasia, autoestima, memória); 4º) potência locomotiva (ambulação); 5º) potência apetitiva (apetite sensitivo, concupiscível, irascível); 6º) potência intelectual (inteligência, vontade, liberdade, dignidade); 7º) potência realizada (atos). Segundo os autores, estes são os componentes dos direitos de personalidade.³⁸

Apesar do reconhecimento da existência de direitos fundamentais ter ocorrido já na Antiguidade, o reconhecimento dos direitos da personalidade, como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, pois decorre da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e de 1848, das Nações Unidas, bem como da Convenção Européia de 1850.³⁹

De acordo com MARIA HELENA DINIZ, a evolução dos direitos da personalidade tem se mostrado bastante lenta, de forma que, no Brasil, têm sido tutelados em leis especiais e principalmente na jurisprudência, a quem coube a tarefa de desenvolver

³⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62.

³⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Coordenadas fundamentais dos direitos da personalidade*. RT 567:9, p. 411.

³⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*, 4 ed, RT, p. 180.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*, v.I. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 153.

a proteção da intimidade do ser humano, sua imagem, seu nome, seu corpo e sua dignidade.⁴⁰

Explica SILVIO RODRIGUES que os direitos da personalidade se situam no campo do direito público, pois o que se almeja é defendê-lo contra a arbitrariedade do Estado, mas faz-se necessário que seja reconhecido no campo do direito privado, a fim de propiciar meios para defender esses direitos não patrimoniais contra as ameaças advindas de outros homens.⁴¹

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY afirmam que o fundamento constitucional dos direitos da personalidade é a dignidade da pessoa humana, que se constitui em fundamento da República brasileira, nos termos do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, de forma que é considerado objeto do direito da personalidade tudo aquilo que disser respeito à natureza do ser humano, como por exemplo, a vida, a liberdade (de pensamento, social, filosófica, religiosa, política, sexual, de expressão), proteção de dados pessoais, integridade física e moral, honra, imagem, vida privada, privacidade, intimidade, intangibilidade da família, igualdade, segurança, etc.)⁴²

Verifica-se que a Constituição Federal expressamente se refere aos direitos da personalidade no artigo 5º, inciso X, estabelecendo inclusive o direito à compensação pelos eventuais prejuízos que forem causados: “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”.

No mesmo sentido, o artigo 12 do Código Civil declara que: “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, ao direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

De acordo com o dispositivo legal, admite-se a cessação da ameaça ao direito da personalidade por meio de ordem judicial que interrompa o procedimento lesivo, bem como a possibilidade de reclamar perdas e danos na hipótese de já ter sido causado algum dano de repercussão material e moral.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v.I. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 118.

⁴¹ RODRIGUES, Silvio. *Curso de Direito Civil Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62.

⁴² NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 181.

A este respeito, esclarece SILVIO RODRIGUES: “aliás pode ocorrer a hipótese de cumulação de pedidos, ou seja, o de que cesse a violação do direito e, simultaneamente, o de reparação do dano causado até o momento da cessação”.⁴³

Vale ressaltar que os direitos da personalidade têm também caráter absoluto, com eficácia *erga omnes* (contra todos).

II . 6. PREVISÃO CONSTITUCIONAL E CONTEÚDO DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE

De acordo com AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, a vida é o “conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas se mantêm em contínua atividade; existência. A vida humana. O espaço de tempo que vai do nascimento à morte”.⁴⁴

O direito à vida é tutelado por normas jurídicas de diversos ramos do Direito, além de considerado o valor maior da ordem social, inserido na Constituição Federal de 1988, na categoria de direito fundamental, estabelecido como cláusula pétrea.

É o direito mais essencial ao ser humano, pois nada mais é do que uma condição para a existência de todos os demais direitos. Por esta razão, a Constituição Federal de 1988 assegura, expressamente, no artigo 5º, *caput*, “a inviolabilidade do direito à vida”: “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 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos”.

Afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA que “todo ser dotado de vida é ‘indivíduo’, isto é: algo que não pode se dividir, sob pena de deixar de ‘ser’”. Segundo o autor, “o homem é um indivíduo, mas é mais que isto, ‘é uma pessoa’”. Por esta razão, a proteção da vida humana foi definida como valor maior da sociedade brasileira, sendo

⁴³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66.

⁴⁴ FERREIRA, A. B. H. *Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128p.

reconhecida como objeto de direito personalíssimo, que deve ser protegida contra tudo e contra todos.⁴⁵

De acordo com o autor, o direito à existência “consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo”. Trata-se do direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável.⁴⁶

A este respeito, ANDRÉ RAMOS TAVARES afirma que o direito à vida é o mais básico de todos os direitos e que traduz um verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente.⁴⁷

Neste mesmo sentido, conclui JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.”⁴⁸

Para ANTONIO CHAVES, o respeito à vida humana e os demais bens ou direitos correlatos constituem um dever absoluto de todos, por sua própria natureza, caracterizando como ato ilícito a sua desobediência.⁴⁹

A respeito da importância do direito à vida para o ordenamento jurídico brasileiro, MARIA HELENA DINIZ faz relevantes considerações:

“Garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétrea (artigo 5º), que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar. Daí conter uma força paralisante total de toda legislação que, explícita ou implicitamente vier a contrariá-la, por força do artigo 60, §4º da Constituição Federal. O artigo 5º da norma constitucional tem eficácia positiva e negativa. Positiva, por ter incidência imediata e ser intangível, ou não emendável, visto que não pode ser modificado por processo normal de emenda. Possui eficácia negativa por vedar qualquer lei que lhe seja contrastante, daí sua força vinculante, paralisante total e imediata, ou não emendável pelo poder constituinte originário, criado e instaurando uma novel ordem jurídica. O direito à vida deverá ser respeitado ante a prescrição constitucional de sua inviolabilidade absoluta, sob pena de destruir ou suprimir a própria Constituição Federal, acarretando a ruptura do sistema jurídico. Seria inadmissível qualquer

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 200.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 201

⁴⁷ TAVARES, André Ramos. *Op.cit.*, p. 527.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 201.

⁴⁹ CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. Parte Geral, v.1, t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 435.

pressão no sentido de uma emenda constitucional relativa à vida humana, pois o artigo 5º é cláusula pétrea.”⁵⁰

Verifica-se que o Código Civil resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, segundo os artigos 2º, 542, 1609, parágrafo único, 1779 e 1798; protege o direito à existência, conforme estabelecido nos artigos 948 e 950, 1694 a 1710 e Leis n. 5.478 de 25 de julho de 1968, 8.971 de 29 de dezembro de 1994 (artigo 1º e parágrafo único) e 9.278 de 10 de maio de 1996 (artigo 7º) e impõe a responsabilidade civil do lesante em razão de dano moral e patrimonial por atentado à vida alheia.⁵¹

No âmbito do Direito Penal, a vida também recebe proteção, já que são punidos os homicídios simples (artigo 121) e qualificado (artigo 121, §2º), o infanticídio (artigo 123), o aborto (artigo 124 a 128) e o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (artigo 122), ressalvada a hipótese de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de um direito, que são causas de exclusão da ilicitude.

Importante frisar também que, embora existam várias teorias a respeito do momento em que deve ser considerado o início da vida⁵² (teoria da concepção, teoria da nidificação, teoria da implementação do sistema nervoso e teoria dos sinais eletroencefálicos)⁵³, lembra ALEXANDRE DE MORAES que a Constituição Federal de 1988 protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.⁵⁴

ANDRÉ RAMOS TAVARES afirma que o direito à vida deve ser analisado sob dois prismas: em primeiro lugar, no direito de permanecer existente, e, em segundo, no direito a um adequado nível de vida, conforme a seguir reproduzido.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 24.

⁵¹ *Ibidem*

⁵² Vale ressaltar que, recentemente, com a Lei de Doação de Órgãos (Lei n. 9.434, de 02-02-1997) adotou-se o conceito de morte cerebral para fixar o momento da morte. ANDRÉ RAMOS TAVARES sugere seja este mesmo o conceito jurídico para caracterizar a fase inicial da vida. (TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 527)

⁵³ ANDRÉ RAMOS TAVARES explica que a teoria da concepção é adotada pela Igreja Católica. Consiste em defender a existência de vida humana desde o momento da concepção, quer dizer, o ato de conceber (no útero). É, como se verificará, a diretriz atual encampada pela sistemática do Direito brasileiro. A teoria da nidificação exige, contudo, que haja a fixação do óvulo no útero. A teoria da implementação do sistema nervoso exige que surjam os rudimentos do que será o sistema nervoso central. Para essa corrente, não basta a individualidade genética, sendo necessário que se apresente, no feto, alguma característica exclusivamente humana. O sistema nervoso central começa a se formar entre o décimo quinto e o quadragésimo dia do desenvolvimento embrionário. Para outros autores, seria necessário que no feto se verificasse a atividade cerebral, imprescindível para o reconhecimento da vida humana. A atividade elétrica do cérebro inicia-se após oito semanas. Por fim, tem-se que a teoria de que apenas com nascimento no sentido da exteriorização do ser é que se poderia avaliar a incidência do direito à vida.

⁵⁴ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. Op.cit., p. 64

“Assim, inicialmente, cumpre assegurar a todos o direito de simplesmente continuar vivo, permanecer existindo até a interrupção da vida por causas naturais. Isso se faz com a segurança pública, com a proibição da justiça privada e com o respeito, por parte do Estado, à vida de seus cidadãos.

Ademais, é preciso assegurar um nível mínimo de vida, compatível com a dignidade humana. Isso inclui o direito à alimentação adequada, à moradia (art. 5º, XXIII da CF), ao vestuário, à saúde (art. 196 da CF), à educação (art. 205 da CF), à cultura (art. 215 da CF) e ao lazer (art. 217 da CF). O direito à vida se cumpre, neste último sentido, por meio de um aparato estatal que ofereça amparo à pessoa que não disponha de recursos aptos a seu sustento, propiciando-lhe uma vida saudável”.⁵⁵

Neste mesmo sentido, RIZZATTO NUNES esclarece que a garantia da vida e dignidade, deve ser acrescido da garantia da qualidade de vida, que está estritamente conectada com a saúde, que é outra das garantias constitucionais relacionada com o exercício da atividade médica.

Logo, verifica-se a importância da Medicina, haja vista que é uma atividade imprescindível para viabilizar a eficácia dos principais direitos fundamentais estabelecidos como valores maiores na Constituição Federal de 1988, determinantes dos interesses preponderantes da sociedade brasileira.

II.7.1. DIREITO À SAÚDE E A HISTÓRIA DA SUA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL

Como um pressuposto de efetivação do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à saúde. Por esta razão, a fim de garantir uma vida digna, estabeleceu-se como um dever do Estado a efetivação da proteção da saúde. Dispõe o artigo 196 da Magna Carta: “o direito à saúde é um direito de todos, constituindo um dever do Estado sua efetivação”.

Verifica-se que o direito à saúde é um direito fundamental que merece proteção integral do Estado tanto no que tange à prevenção de condutas lesivas, quanto à reparação dos danos suportados com o escopo de compensar os prejuízos sofridos.

⁵⁵ TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 527.

Não é diferente a posição de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO ao afirmar que o direito à saúde é obrigação do Estado e decorre da força normativa da Constituição que se expande aos domínios da ordem social – fato que justifica a especial importância do Estado em regular a atividade médica, que se encontra diretamente relacionada com a efetivação do direito à saúde dentro da sociedade.⁵⁶

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal:

“direito à saúde (...) consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional” (AgRg no RE 271.286-8-RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, *Boletim de Direito Administrativo*, Ago. 2001, p. 641).⁵⁷

A palavra saúde é derivada do latim *salute* e está relacionada com a idéia de salvação e conservação da vida. Conforme consta no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), datada de 26 de Julho de 1946, define-se saúde como “o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social” e não apenas a ausência de doença ou enfermidade. O artigo 3º deste diploma legal reconhece que “o gozo do melhor estado de saúde possível de atingir é um dos direitos fundamentais de cada ser humano”.

Verifica-se que existem inúmeras críticas em relação ao conceito de saúde proposto pela Organização Mundial de Saúde (OMS), especialmente em virtude da impossibilidade de se definir o significado do referido “estado de bem-estar”. CHRISTOPHE DEJOURS propõe que “saúde para cada homem, mulher ou criança é ter meios de traçar um caminho pessoal e original, em direção ao bem-estar físico, psíquico e social”.⁵⁸

MARCO SEGRE e FLÁVIO CARVALHO FERRAZ, dentre inúmeros outros doutrinadores, criticam o conceito formulado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), pois entendem que os elementos nele contidos são irreais e utópicos, visto que se baseiam em avaliações externas e muito objetivas do que poderia ser considerado saúde. Deste modo, tendo em vista a necessidade de resgatar a subjetividade inerente ao ser humano,

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op.cit. p. 131 e 343.

⁵⁷ TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 200.

⁵⁸ DEJOURS, Christophe. *Por um novo conceito de saúde*. In: Revista brasileira de saúde ocupacional, nº 54, volume 14, abril, maio, junho, 1986, p. 7-11, p. 11.

propõem como conceito de saúde “um estado de razoável harmonia entre o sujeito e a sua própria realidade”.⁵⁹

De acordo com GERMANO SCHUWARTZ, saúde é “um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade desse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar”.⁶⁰

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 25 estabelece:

“toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e a sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito a segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, dispõe sobre o direito à saúde da seguinte forma: “Os Estados-partes no Presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”.

Não é diferente o posicionamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA ao afirmar que o direito à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.⁶¹

Prossegue o autor afirmando:

“A evolução conduziu à concepção da nossa Constituição de 1988 que declara ser ‘a saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, serviços e ações que são de relevância pública (artigo

⁵⁹ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. *O conceito de saúde*. In: Revista de saúde pública, nº 5, volume 31, outubro de 1997, p. 538-542.

⁶⁰ SCHUWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

⁶¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA explica que foi a Constituição italiana a primeira a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade (art. 32). Depois, a Constituição portuguesa lhe deu uma formulação universal mais precisa (artigo 64), melhor do que a espanhola (artigo 43) e a Guatemala (artigo 93-100). (SILVA, José Afonso da, Op. cit., p. 312).

196 e 197). A Constituição o submete a conceito de segurança social, cujas ações e meios se destinam, também, a assegurá-lo e torná-lo eficaz.

Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: ‘uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas’.⁶²

Para JÚLIO CÉSAR DE SÁ ROCHA, a conceituação de saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida; uma vida com dignidade; algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria que atravessa a maioria da população brasileira. Afirma o autor que, conseqüentemente, a discussão e a compreensão da saúde passam pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal.⁶³

Na “Constituição Política do Império do Brasil”, outorgada em 25 de março de 1924, a saúde – e não especificamente o direito à saúde – foi previsto nos incisos XXIV e XXXI do artigo 179, que estabelecia:

“Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: XXIV – nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos Cidadãos; XXXI – a Constituição também garante os soccorros públicos” (grafia original)

A “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, de 24 de fevereiro de 1891, primeira constituição republicana, também não contempla o direito à saúde diretamente:

“Art. 5º - Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar”.

Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1834, a partir dos movimentos sociais ocorridos em 1930 e 1932, em São Paulo, Revolução de 1930 e Revolução Constitucionalista de 1932, respectivamente, reconheceu a

⁶²*Ibidem.*

⁶³ ROCHA, Julio César de Sá. *Direito da Saúde*. São Paulo: Editora LTR, 1999, p. 43.

necessidade do Estado tutelar a saúde estabelecendo a competência concorrente da União e dos Estados Federados na sua disciplina, o que pode ser verificado no artigo 10 ao dispor: compete concorrentemente à União e aos Estados: (...) saúde.

No Título III deste diploma, intitulado “Da Declaração de Direitos”, em seu capítulo II “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, artigo 113, estabelecia a inviolabilidade do direito à subsistência. Neste mesmo sentido, o artigo 138, determinando ao legislador infraconstitucional de todos os entes federativos, regular toda a matéria relacionada à disciplina da saúde.

“Art. 138 – Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: (...) f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbilidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sócias.”

A Constituição de 1937, a segunda outorgada na história constitucional do País, que ficou conhecida como “Polaca”, tendo em vista sua natureza autoritária, estabeleceu:

“Art. 16 – Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: (...) XXVII – normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança”.

Muitos consideraram um retrocesso em relação à constituição anterior, haja vista que a competência legislativa passou a ser privativa da União, restando aos entes federados a possibilidade de suprir eventuais deficiências legislativas deste ente político, conforme verifica-se a partir do artigo 18 do mesmo diploma legal.

“Art. 18 – Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: (...) c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais”.

A Constituição de 1946, de 18 de setembro de 1946, promulgada logo após o término da Segunda Guerra Mundial, que é fruto de um processo de reconstrução constitucional, disciplinou a saúde da seguinte forma:

“Art. 5º - Compete à União: (...) XV – legislar sobre: normas gerais de direitos financeiro, de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime previdenciário”.

“Art. 18 – Cada Ente se regerá pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...) §2º - Os Estados proverão às necessidades do seu Governo e da sua Administração, cabendo à União prestar-lhes socorro, em caso de calamidade pública”.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, estabeleceu sobre a saúde:

“Art. 8 – Compete à União: (...) XII – organizar a defesa permanente contra as calamidade públicas, especialmente a seca e as inundações; (...) XIV – estabelecer planos nacionais de educação e de saúde; (...) XVII – legislar sobre: (...) c) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário”.

Vale ressaltar que a Emenda Constitucional n.º1, de 1969, não trouxe qualquer alteração à Carta de 1967 no que se refere à disciplina da saúde. No entanto, importante ressaltar que, ao longo de sua vigência, surgiram algumas inovações relevantes no campo da saúde, especialmente no que se refere à competência originária do Supremo Tribunal Federal na hipótese de imediato perigo de grave lesão à saúde:

“Art.119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originariamente: (...) o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja advocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido (Emenda Constitucional n.º7, de 1977)”

Foi a Constituição Federal de 1988, intitulada “Constituição Cidadã” que melhor disciplinou o Direito à Saúde. No artigo 6º da Constituição está previsto como direito fundamental, o direito social à saúde. Sobre a sua inclusão no rol de direitos fundamental, JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma “é espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só na Constituição de 1988 tenha sido elevado à condição de direito fundamental.

De forma geral, nos termos do inciso XVIII do artigo 21, compete à União: “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente

as secas e as inundações”. No entanto, determina que a todos os entes da Federação cabe cuidar da saúde e da assistência pública, conforme disposto no artigo 23 da Constituição Federal, bem como sua competência para legislar concorrentemente, senão vejamos:

“Art. 23 – É competência comum da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II – cuidar da saúde e assistência pública de proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

“Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII – previdência social, proteção e defesa da saúde”.

Vale ressaltar o disposto no artigo 30, que estabelece a participação da União e do Estado na prestação de serviços de atendimento à saúde pelos Municípios.

“Art. 30 – Compete aos Municípios: (...) VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”.

Importante ainda observar o disposto no artigo 196 da Constituição Federal no que se refere ao dever de resguardar a saúde:

“Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Verifica-se que cabe ao Estado o dever de assegurar o direito à saúde, nos termos do artigo 197, determinando a participação da iniciativa privada na execução de ações e serviços que possibilitem a consecução deste interesse:

“Art. 197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

A partir da importância da preservação da vida em condições dignas e do dever do Estado de garantir a saúde de todos, pode-se concluir que a medicina é uma ciência de interesse coletivo, já que todas as pessoas portadoras de alguma moléstia terão direito a

tratamento médico fornecido por órgãos de assistência médica federais, estaduais ou municipais, podendo o Estado exigir compromisso dos profissionais da saúde no atendimento de doentes para possibilitar o estabelecimento da ordem pública e da paz social.

Ressaltem-se as observações de MARIA HELENA DINIZ a este respeito:

“As atividades médicas, que envolvem a vida e a saúde física e mental, deverão sujeitar-se à tutela estatal e aos ditames da legislação. Além disso, haverá responsabilidade civil e penal médica pelos danos causados aos pacientes. O Estado deve dar assistência integral no que atina à preservação da saúde para que não se coloque em risco a coletividade, mas, infelizmente, no Brasil, têm havido falhas gritantes nos serviços de saúde, como: hospitais péssimos e más condições; filas imensas de pacientes à espera de tratamento; pressão para atender apadrinhado, amigo ou indicado; observância à estrita ordem de chegada, sem contemplação da gravidade de cada caso; despreparo dos serviços de urgência para os primeiros socorros, esquecimento de que o paciente é a maior prioridade de uma instituição de saúde; falta de rapidez nos procedimentos diagnósticos e terapêuticos; atendimento desatento e grosseiro; falta de verbas para aquisição de material cirúrgico e de medicamentos; deterioração da conduta ética dos profissionais da saúde; despreparo de certos médicos e psiquiatras para o exercício de determinadas tarefas; falta de humanização da assistência à saúde mental; obrigação médica de enfrentar situações que conflitam com sua formação e com o passado hipocrático por serem de difícil solução, tais como eutanásia, antinatalidade, aborto, fecundação artificial, clonagem, uso de órgãos e tecidos em transplantes, possibilidade de não prolongar a vida de paciente terminal, esterilização humana, experiência científica em seres humanos, etc.”⁶⁴

Neste sentido, é primordial o interesse social que existe em relação à atividade médica, de forma que a proteção da saúde humana impõe-se como atividade indispensável. Sendo assim, o Estado deve preocupar-se com a saúde do cidadão – que por sua vez tem o direito de exigir do ente estatal a adoção de medidas visando à preservação de doenças e ao seu tratamento.⁶⁵

No âmbito do direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, algumas considerações finais sobre o direito à integridade física e à integridade moral.

JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma que agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. Ensina o autor que, a integridade físico-

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 152.

⁶⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1998, 4ª edição, p. 22

corporal constitui um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo. Além de garantir o respeito à integridade física e moral, declara, diante do disposto no artigo 5º, III da Constituição Federal, que “ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante”⁶⁶

Esclarece também que a vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais, integrando-as também valores imateriais, como os morais, que se referem aos valores morais individuais, sociais e da família, tais como honra da pessoa, bom nome, boa fama, entre outros.

⁶⁶ JOSÉ AFONSO DA SILVA explica: “se a integridade física é um direito individual, surge a questão de saber se é lícito ao indivíduo alienar membros ou órgãos de seu corpo. O problema é delicado. Se essa alienação, onerosa ou gratuita, se faz para extração após a morte do alienante, não parece que caiba qualquer objeção. É que, em tal caso, não ocorre ofensa à vida, que já inexistirá. É inusitada a situação, que, às vezes, se manifesta na imprensa, de pessoas que oferecem rim ou olho, para extração imediata, em vida, por determinada importância em dinheiro. A doação sempre foi admitida, visando a suprir deficiência e até salvar a vida de doentes. A questão licitude da alienação está agora submetida a norma constitucional explícita (art. 199, §4º), segundo a qual a lei é que define as condições e requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue, vedado, porém, todo tipo de comercialização. São, pois, bens fora do comércio. Esta é uma atividade de intermediação na circulação da riqueza. Comercialização consiste, portanto, na prática de atos, ou seja: na prática de atos medianeiros entre a produção e o consumo com intuito de lucro. A lei, referida no dispositivo constitucional, já foi promulgada (Lei 9.434, de 04.02.1997, regulamentada pelo Decreto 2.268, de 30.06.1997, que instituiu o Sistema Nacional de Transplante – SNT). Ao contrário do que as edições anteriores supunham possível: a doação onerosa de órgão diretamente do seu titular ao utente, a lei só admitiu a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano em vida ou *post mortem*, para fins de transplante ou tratamento. Para os efeitos da referida lei, o *sangue*, o *esperma* e o *óvulo* não estão compreendidos entre os tecidos mencionados no seu artigo 1º. Procedeu bem a lei ao estabelecer a gratuidade para o caso. É que a vida, além de ser um direito fundamental do indivíduo, é também um interesse que, não só ao Estado, mas à própria humanidade, em função de sua conservação, cabe preservar. Do mesmo modo que a ninguém é legítimo alienar outros direitos fundamentais, como a liberdade, por exemplo, também não se lhe admite alienar a própria vida, em nenhuma de suas dimensões. É de observar, contudo, que a lei só permite a disposição dos tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante, quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental, e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora (artigo 9º). Dá-se que a doação, em tela, tem por objetivo salvar vida, e não teria justificativa sacrificar a vida ou a vitalidade do doador extinguindo ou mutilando a própria vida. Por esta razão, também a doação em vida, depende de autorização do doador, de preferência por escrito e diante de testemunhas. Já a disposição *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo para fins de transplantes presume-se autorizada, salvo manifestação de vontade em contrário. Por isso, a lei prevê que a manifestação em contrário conste da Carteira de Identidade e da Carteira Nacional de Habilitação, mediante a expressão “não-doador de órgãos e tecidos”, gravada de forma indelével e inviolável (artigo 4º). A lei fala de gravação cumulativa naqueles dois documentos. É exagero, pois, se constar de uma, a manifestação de vontade em contrário à doação já foi expressada.” (SILVA, José Afonso da, Op. cit., p. 202).

CAPÍTULO III.

A ATIVIDADE MÉDICA E A SOCIEDADE DE CONSUMO

III . 1. A EVOLUÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE MÉDICA E A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO PELOS EVENTUAIS DANOS DELA DECORRENTES.

A medicina sempre esteve presente na vida do ser humano, haja vista que as doenças e as dores fazem parte do cotidiano de qualquer pessoa. Por esta razão, foi preciso descobrir meios eficazes para o combate de tais males.

Esclarece VICTOR ROBINSON que a história da medicina remonta à Idade da Pedra e que o primeiro grito de dor proferido na humanidade foi clamando por um médico para possibilitar o salvamento de uma vida. Frise-se que, já naquela época, boa saúde, força física e vigor eram requisitos essenciais para a sobrevivência da espécie.

Segundo o autor, nos primórdios das civilizações, o médico era considerado uma pessoa de indiscutível especialidade entre as demais, já que era diferenciada dentro do grupo por ser vista como titular de um dom superior de curar, haja vista a estreita ligação que possuía com as divindades. A confiança do paciente na pessoa do médico era um fator fundamental no estabelecimento desta relação.¹

O exercício da medicina estava intimamente relacionado à prática religiosa, de forma que o médico não era considerado um especialista em ciência médica, mas sim um verdadeiro mago ou sacerdote, que se encontrava em uma posição inatingível. Nesse cenário sobrenatural, a medicina era praticada por curandeiros, sendo a cura uma espécie de ritual de magia envolvendo até cultos e oferendas.

O médico não podia ser considerado igual aos outros homens, nem mesmo ter uma rotina comum, uma vez que a eficácia de sua atividade dependia do fato de estar envolvido nesta aura de mistério, diferenciando-o do grupo social.²

¹ ROBINSON, Victor. *The history of medicine*. New York: The New Home Library, 1943. p. 1

² *Ibidem*, p. 2

Não obstante toda esta devoção existente em relação aos médicos é possível se verificar, a partir da legislação escrita das mais antigas civilizações, que desde muito cedo existia uma preocupação da sociedade em definir a responsabilidade do médico na hipótese de danos resultantes de algum ato praticado no exercício deste ofício.

Os registros mais antigos que se referem à regulamentação da atividade médica remontam dos séculos VXIII e XVII a.C, efetuados pelos sumérios na Mesopotâmia e pelo sexto rei da Primeira Dinastia da Babilônia, o Rei *Khamu-Rabi*, que reinou de 1728 a 1686 antes de Cristo, ao qual se atribui a instituição do Código de Hamurabi.³

O Código de Ur-Nammu, dos sumérios, determinava punições aos médicos e aos cirurgiões que desempenhassem mal a atividade médica, estabelecendo-se uma escala de pagamentos quando se demonstrassem lesões decorrentes do seu exercício.⁴

O Código de Hamurabi, da Babilônia, fixou penalidades caso o médico não obtivesse êxito em sua atuação e estabeleceu a possibilidade de remuneração pelos serviços prestados tão-somente se houvesse sucesso no desenvolvimento do ofício. Determinava o referido diploma, por exemplo: “o médico que mata alguém livre no tratamento ou cega um cidadão terá suas mãos cortadas; se morre o escravo paga seu preço, se ficar cego, a metade do preço”.

Vale ressaltar que a punição era aplicada independentemente da existência de culpa do médico.⁵ Sobre a culpa médica no Código de Hamurabi, MIGUEL KFOURI NETO esclarece:

“(…) Evidencia-se, assim, que inexistia o conceito de culpa, num sentido jurídico moderno, enquanto vigorava responsabilidade objetiva coincidente com a noção atual: se o paciente morreu em seguida à intervenção cirúrgica, o médico o matou – e deve ser punido. Em suma, naquela época, o cirurgião não podia dizer, com uma certa satisfação profissional, como o faz hoje: a operação foi muito bem sucedida, mas o paciente está morto.”⁶

No Egito, os médicos eram considerados de uma classe social de nível mais elevado, de forma que eram confundidos com os próprios sacerdotes. Estabelecia-se a necessidade dos médicos seguirem exatamente as regras dos livros sagrados para estarem

³ STOCO, Ruy. Op. cit., p. 529.

⁴ CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Erro médico e o direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 7.

⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do médico*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 46.

⁶ *Ibidem*, p. 46.

livres de qualquer interpelação judicial. No entanto, se não as observassem, determinava-se a aplicação da pena de morte, independentemente do resultado obtido com sua atuação.⁷

MIGUEL KFOURI NETO relata:

“(…) Eram responsabilizados os médicos que não tivessem seguido, no exercício profissional, o “Livro Sagrado”. Se houvesse insucesso, era suficiente demonstrar que haviam observado as prescrições do texto (por exemplo, o médico não podia atender o doente antes de três dias do aparecimento da moléstia). Em se afastando da *lex artis*, porém, ocorrendo a morte do doente, seguia-se a pena capital para o médico acusado de ter praticado enganosas e temerárias experiências curativas. Considerar o médico imune à responsabilidade, por haver obedecido ao “Livro Sagrado”, corresponderia, hoje, a nunca se responsabilizar o médico pelo simples fato de ser ele detentor do seu grau acadêmico.”⁸

Na Grécia, a revelação do tratamento e a cura dos doentes eram atribuídas ao deus Asclépios. Foi entre os gregos que se consolidou o princípio de que a culpa médica não poderia ser presumida apenas a partir do fato do médico não ter obtido êxito em sua atuação. Por esta razão, estabelecia este ordenamento jurídico que, antes de ser considerada culposa, a conduta deveria ser avaliada por um sujeito que fosse perito na matéria ou por um colegiado de médicos.⁹

Em Roma e em Atenas a situação era parecida, o médico era frequentemente um escravo que trabalhava para curar os doentes em benefício de seu senhor ¹⁰. Isto porque, naquela época, onde havia comércio, a maior parte dos benefícios destinava-se apenas àqueles que tivessem melhor condição financeira, de forma que os trabalhadores eram sempre considerados escravos.¹¹

⁷ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 37.

⁸ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.49.

⁹ No século V a.C, foi elaborada uma coleção de tratados escritos sob o nome de Hipócrates “*Corpus Hippocraticum*”, sintetizados no famoso juramento. A Hipócrates atribui-se o conceito de observação clínica e a recusa da idéia de que as doenças resultavam de uma punição divina. Hipócrates é considerado o “pai da medicina” e o idealizador de um modelo ético da prática médica, cujos preceitos ainda são invocados na atualidade, quando os formandos juram obediência aos princípios idealizados pelo médico grego. (GORDON, Richard. *A assustadora história da medicina*. 7 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 21).

¹⁰ JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES explica que, embora a condição jurídica do escravo como coisa perdurasse por toda a evolução do direito romano, houve atenuações gradativas. Desta forma, no direito pré-clássico, o escravo podia até ocupar cargos de direção; no direito clássico, podia contrair direitos e obrigações em nome do proprietário; no direito pós-clássico, intensificou-se a proteção ao escravo contra o rigor das punições de seus donos, embora continuassem a ser tratado como coisa. (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.I, p. 100-101).

¹¹ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Hemus, 12ª edição, 1996, p. 268.

MARTA RODRIGUES MAFFEIS expõe que os primeiros médicos em Roma eram escravos gregos que possuíam privilégios em relação ao escravo comum em razão da arte de seu ofício. Relata a autora que o Imperador Augusto, após ser curado de uma grave doença, como gratificação, concedeu alguns benefícios à categoria como, por exemplo, isenção tributária e dispensa de serviços públicos. O médico também sofria sanções de ordem pública e perda dos privilégios concedidos caso não tivesse sucesso em sua atuação.

Importante informar ainda que, em Roma, havia lugar para a vingança privada – forma primitiva de reação ao mal sofrido – que posteriormente passou ao domínio jurídico por meio da Lei das XII Tábuas. Após este período, surge a possibilidade de realizar uma composição voluntária, a critério da vítima, que receberia do agressor uma quantia (poena) em dinheiro ou a entrega de um bem em razão do prejuízo sofrido.

Sobrevém a *Lex Aquilia de damno* (século III a.C), que formulou o conceito de culpa fixando inclusive os delitos que poderiam ser cometidos pelos médicos, por exemplo, abandono de paciente, recusa à prestação de assistência, erros derivados da imperícia e de experiências perigosas. Como consequência de tais atos, estabelecia-se a obrigação do médico de reparar o dano, bem como a pena de morte ou deportação do médico culpado da falta profissional.¹²

Deve-se ressaltar que, admitia-se, dentre os romanos, tanto a responsabilidade extracontratual, quanto a contratual. Lê-se no Digesto de Justiniano que “se o médico tiver operado um escravo com imperícia, estará sujeito ou à ação de locação ou à ação de Lei Aquilia” (*Proculus ait, si medicus servuum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege aquilia competere actionem*).^{13 14}

Segundo Ulpiano e Próculo, a atividade médica podia ser objeto de *locatio conductio*, de maneira que se o médico não cumprisse a obrigação, deveria responder pelo inadimplemento havido por dolo ou culpa.

Verifica-se que, conforme o Direito Romano, o médico seria responsabilizado desde que houvesse a comprovação da negligência ou imperícia na arte de curar. Afirmava

¹² PANASCO, Wanderby Lacerda. Op. cit., 38.

¹³ DIGESTO di Giustiniano, Liber Nonus, Dig. 9.2.7.8, Ulpianus 18 ad edictum. Disponível em: <http://www.filodiritto.com/diritto/romano/digestogiustiniano9.htm>.

¹⁴ *Locatio conductio operarum* (locação de serviços ou contrato de trabalho) era derivada da locação de escravos. Relacionava-se com trabalhos prevalentemente manuais ou de limitada atividade intelectual, porém havia a *locatio* relacionada a uma atividade intelectual como a prestada pelo médico. (GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*. Napoli: Jovene, 2001. p. 909-911).

Ulpiano (Dig. 1, 18, 6, 7) que “assim como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar-lhe o que houver cometido por imperícia”.¹⁵

Vale mencionar que o Código de Napoleão (1804) determinava que os danos produzidos por erro médico fossem devidamente reparados, o que gerou na Academia de Medicina de Paris uma contra-ofensiva no sentido de não aceitar que os médicos e cirurgiões “fossem responsáveis pelos erros que cometessem de boa-fé no exercício de sua arte”.¹⁶

DUPIN, então Procurador Geral da França elaborou um célebre parecer em que afirmou:

“(…) O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se desta noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável, por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão.

(…) que os médicos se confortem: o exercício de sua arte não está em perigo; a glória e a reputação de quem a exerce com tantas vantagens para a humanidade não serão comprometidas pela falta de um homem que falhe sob o título de doutor. Não se sacam conclusões e dificilmente se conclui partindo do particular para o geral, e de um fato isolado a casos que não oferecem nada de semelhante. Cada profissão encerra em seu meio, homens dos quais ela se orgulha e outros que ela renega.”¹⁷

Somente em 1966, durante o II Congresso de Moral Médica em Versalhes, a Academia reconheceu que “a responsabilidade médica, longe de se diluir ou atenuar, faz-se hoje mais presente que nunca, no curso de sua história”.¹⁸

No Brasil, a assistência médica remonta à fundação das Misericórdias, que se iniciou com a Santa Casa de Santos, fundada em 1543, em que a saúde era tratada como caridade, a receita provinha da benemerência dos ricos; o trabalho de enfermagem e administração, da dedicação das enfermeiras e dos médicos como voluntários, e o doente era tratado gratuitamente e como indigente.¹⁹

¹⁵ KFOURI NETO, Miguel. Op.cit, p. 48.

¹⁶ GOMES, Julio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Velloso. *Erro médico: um enfoque sobre sua origem e suas consequências*. São Paulo: Editora Guanabara Koogan (Grupo GEN), 2002, p. 30.

¹⁷ Apud GOMES, Julio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Velloso. Op.cit., p. 30.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 166.

III . 2. A RELAÇÃO JURÍDICA ESTABELECIDADA ENTRE MÉDICO E PACIENTE NA SOCIEDADE EM CONSTANTE EVOLUÇÃO

Conforme já mencionado, por longo tempo, o médico foi considerado uma pessoa escolhida pela família que normalmente acompanhava a vida do paciente e de seus familiares desde o nascimento até a morte, estabelecendo-se uma relação cuja característica principal era a pessoalidade.

Com o progresso das sociedades, a partir da notória evolução econômica e cultural, a medicina assumiu caráter técnico e científico, de maneira que o médico deixou de ser visto como aquela pessoa dotada de poderes sobrenaturais, ou seja, o curandeiro, e passou a ser considerado um profissional humano falível, uma vez que ficou constatado que os seus conhecimentos resultavam do estudo de uma ciência e não de um dom divino.

Frise-se que, quanto mais a medicina se transformava em ciência, tanto maior foi se tornando o rigor científico na avaliação dos erros profissionais.

Neste sentido, RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR relata que: na passagem do século XIX para o século XX, o médico era visto como um profissional cujo título garantia a onisciência, caracterizando-se como a figura de uma relação social que não admitia qualquer questionamento ou dúvida sobre a qualidade de seus serviços. Por esta razão, o ato médico resumia-se em uma relação de confiança estabelecida entre o profissional e o paciente.

Contudo, afirma o autor que as circunstâncias modificaram-se em razão da grande alteração no desenvolvimento das relações sociais, impondo à sociedade a adoção de um novo sistema de vida mediante inovações tecnológicas e cultura de massa que resultaram de uma indústria norteadas pelo *marketing*, cujo principal objetivo é otimizar o lucro pelo alto volume de produção a baixo custo, proporcionando, inclusive, maior acesso do indivíduo aos procedimentos que envolvem a medicina, distanciando o médico do paciente.²⁰

MIGUEL REALE cita professor JEAN SAVATIER, em ensaio publicado nos mencionados “Archives de Philosophie du Droit”, sob o título “Défense et illustration Du Droit Medical”, e aponta os fatores mais relevantes que vieram dar nova feição à disciplina

²⁰ CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 4

dos serviços médicos, entre os quais podem ser citados: 1º) a figura do médico solitário perante seu cliente tornou-se cada vez mais rara, tal o número de especialistas e laboratórios a que deve recorrer. Isto porque a função médica torna-se cada vez mais “de equipe”, o que implica relevantes mutações no que tange aos problemas da “confiança pessoal”, do “segredo profissional”, dos honorários, da responsabilidade, etc.; 2º) os progressos da Medicina reclamam estruturas econômico-financeiras e investimentos de capitais, com a participação de associações e empresas com recursos a técnicas mais industriais e menos pessoais; 3º) o desenvolvimento da ciência médica, com processos delicados como os propiciados pela psicanálise, eletrochoque, radioterapia, quimioterapia, etc., aumentou, de maneira descomunal, o “poder do médico” e, com isto, as possibilidades de “abuso e desvio de poder”; 4º) essa estrutura gigantesca e complexa gera novas formas de retribuição salarial, e exige cada vez maior participação do Estado para que os benefícios da Medicina não fiquem reservados às classes abastadas, e também para que só os profissionais ricos não dominem o campo das atividades médicas.²¹

Sobre o assunto, prossegue MIGUEL REALE:

“(…) se alguns de seus princípios fundamentais podem e devem subsistir, outros há que devem ceder lugar a novos preceitos decorrentes das mutações tecnológicas operadas na sociedade contemporânea, no setor da Medicina e da Saúde inclusive”.²²

Desta forma, verifica-se que a maneira tradicional do exercício da profissão modificou-se muito nos tempos atuais, pois a figura do médico de família, ou seja, aquele que é considerado amigo e conselheiro, que acompanha toda a vida do paciente, está praticamente em extinção, de forma que é frequente ouvir afirmações de que este profissional não existe na atualidade devido à socialização da Medicina.²³

Neste contexto, é possível admitir a desmistificação da figura do médico, que hoje é equivocadamente visto pelos advogados e juízes de direito como um mero prestador de serviços que, a despeito da natureza nobre de sua profissão, é falível e deve responder pelos danos causados aos pacientes, considerados como consumidores, em virtude do vício ou defeito relativo à execução de sua atividade.

²¹ REALE, Miguel. *O problema da fiscalização das atividades profissionais – a natureza ‘estatal-corporativa’ do Conselho Federal de Medicina – Conceito da ‘deontologia médica’ – que se deve entender por ‘código’*. In: Revista dos Tribunais n. 503, 1957, p. 33 (“Archives”, vol. e ob. cit., pág. 123 e segs).

²² *Ibidem*, p. 52

²³ MORAES, Irany Novah. Op. cit., p. 71.

RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR defende que a própria denominação dos sujeitos da relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente teria sofrido relevantes alterações, passando de uma relação estabelecida com base na confiança e no conhecimento íntimo das partes, para a qualidade de usuário e prestador de serviços, tudo analisado sob a ótica de uma sociedade de consumo, cada vez mais consciente de seus direitos – reais ou fictícios – e mais exigente quanto aos resultados.

Estas afirmações têm como premissa situações que decorrem especialmente da necessidade de contratação de planos de saúde em virtude da deficiência do sistema de saúde pública, que teria alterado a forma pela qual se desenvolve a arte médica, tornando-a mais impessoal e com evidente finalidade lucrativa. Verifica-se, por exemplo, que o tempo de consulta e a atenção pessoal dedicada pelo profissional ao paciente tornaram-se cada vez mais escassos na atualidade, mecanizando o processo de atendimento, possibilitando o atendimento do maior número de pacientes por profissional.

Em outras palavras, argumenta-se que a necessidade da contratação de planos e convênios médicos pelos pacientes, em razão da falência do sistema público de saúde, acabou por transformar a arte médica da cura em um mero objeto de consumo, ou seja, atrelado ao poder aquisitivo do paciente. E, devido ao enfraquecimento econômico da população, o médico de família poderia ser considerado um privilégio de poucos, haja vista que a maioria das pessoas começou a utilizar-se de convênio médico-hospitalar, cujo atendimento é feito em hospitais e por médicos credenciados, que não raro travam contato com o paciente uma única vez.

Neste sentido, RUY STOCO afirma:

“O considerável avanço científico, a extrema especialização em áreas estanques, a ponto dessa exacerbação do conhecimento localizado conduzir à especialização dentro da própria especialidade (ortopedista que só cuida das mãos, oftalmologista que só cuida de miopia ou do nervo ótico, ou da retina...), o desenvolvimento de técnicas médicas novas, a dependência de exames cada vez mais sofisticados, a globalização das descobertas e das drogas desenvolvidas, aumentando os recursos à disposição desses profissionais, fizeram aumentar a possibilidade de ação no afã da cura, e, na mesma proporção, fizeram crescer os riscos.”²⁴

Prossegue o autor:

“(...)a competência e eficácia do resultado (embora se cuide, como regra, de uma obrigação de meio) é que caracteriza a medicina moderna, exacerbou-se

²⁴ STOCO, Ruy. Op. cit, p. 529.

grandemente a suspeita e a prevenção do paciente para com o médico, com o qual passou a ter uma relação episódica, rápida, pontual, e desprovida de uma maior interação e empatia entre eles, até porque também o médico já não dispensa a mesma atenção que antes concedia aos seus pacientes, limitando-se a diagnosticar e prescrever. O automatismo no atendimento aos pacientes e a imposição do sistema público de saúde ou das grandes e modernas clínicas e hospitais particulares, conveniados ou credenciados por planos de saúde, nos quais a dinâmica de atendimento, com horários fixos de plantão e rígida repartição de tempo nos atendimentos, impuseram partilhamento na atenção aos pacientes e conduziram ao absurdo de o médico já não mais saber quem é que está atendendo, nem sequer seu nome.²⁵

Neste novo contexto, o histórico de antecedentes deste paciente, o seu perfil e anamnese – necessários a uma consulta criteriosa e à busca do diagnóstico correto – são, na maioria das vezes, colhidos por outras pessoas, fazendo com que o profissional não se envolva com o paciente da mesma maneira que fazia anteriormente, ou seja, não desenvolva sentimento de amizade, afeto, afeição ou consideração, normalmente existentes em época anterior.

Por fim, é comum afirmar-se que o perfil do profissional médico de hoje é diferenciado, pois não se trata mais do conselheiro, guardião da família, que conhece todo o histórico de vida de seu paciente, mas sim de alguém cuja importância decorre especialmente de seu grau de conhecimento e especialização em determinado procedimento, tornando a relação mais impessoal.²⁶

²⁵ *Idem.*

²⁶ “São muitas as razões que determinam a intensificação do interesse pelo estudo da responsabilidade civil do médico. Durante muitos séculos, a sua função esteve revestida de caráter religioso e mágico, atribuindo-se aos desígnios de Deus a saúde e a morte. Je le soignais, Dieu le guérit... s’il le jugeait opportun. Nesse contexto, desarrazoado responsabilizar o médico, que apenas participava de um ritual, talvez útil, mas dependente exclusivamente da vontade divina. Mais recentemente, no final do século passado, primórdios deste, o médico era visto como profissional cujo título lhe garantia a onisciência, médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles. O ato médico se resumia na relação entre uma confiança (a do cliente) e uma consciência (a do médico). As circunstâncias hoje estão mudadas. As relações sociais se massificaram, distanciando o médico de seu paciente. A própria denominação dos sujeitos da relação foi alterada, passando para usuário e prestador de serviços, tudo visto sob a ótica de uma sociedade de consumo, cada vez mais consciente de seus direitos, reais ou fictícios, e mais exigente quanto aos resultados. De outro lado, o fantástico desenvolvimento da ciência determinou o aumento dos recursos postos à disposição do profissional; com eles, cresceram as oportunidades de ação e, conseqüentemente, os riscos. A eficácia é o que caracteriza a medicina moderna, a tal ponto que o médico e o biólogo contemporâneos não se contentam somente em prevenir ou tratar as doenças, mas se propõem a superar a deficiência de uma função natural, substituir esta função ou modificar características naturais do sujeito. Essa eficácia, entretanto, é inseparável de três outros elementos, seguidamente desconhecidos do leigo: agressividade, perigosidade e complexidade.” (PENNEU, Jean. *La réforme de La responsabilité médicale*. Revue Internationale de Droit Comparé, 1990, n.2, p. 525)

Conclui o RUY STOCO que o paciente se converteu em um número, de forma que, nesse estado de coisas, o médico figuraria como um “prestador de serviços” e o paciente como “consumidor”.²⁷

Não é diferente a opinião de Consoante GENIVAL VELOSO DE FRANÇA:

"não podemos omitir o fato de a Medicina atual ter tomado rumos diferentes da de antigamente. Uma verdadeira multidão de acontecimentos e situações começa a se verificar em nosso derredor, como contingência da modernização de meios e de pensamentos. Não estamos mais na época em que o médico exercia, de forma quase solitária e espiritual, uma atividade junto a quem pessoalmente conhecia. Hoje, e ele um pequeno executivo que se rege por regras e diretrizes traçadas por uma elite burocrática que tudo sabe e tudo explica. A Medicina-Arte agoniza nas mãos da Medicina-Técnica. A erudição médica vai sendo substituída por uma sólida estrutura instrumental.

O médico de família morreu. Deu lugar ao técnico altamente especializado, que trabalha de forma fria e impessoal, voltado quase que exclusivamente para esses meios extraordinários que a Tecnologia do momento pode oferecer. Surge o médico de plantão, ou de turno.”²⁸

Este novo perfil que tomou a relação estabelecida entre o médico e o paciente no exercício da atividade médica foi suficiente para caracterizá-la, dentre a maior parte dos aplicadores do Direito, como uma atividade de prestação de serviços, cujo regime jurídico aplicável seria o Código de Defesa do Consumidor – que se caracteriza como um sistema de normas protetoras dos consumidores em matéria de prestação de serviços, definindo consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza *serviços* como destinatário final; e serviço como sendo "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 os direitos arbitrados pela legislação de consumo, são considerados de maior impacto na relação jurídica os de natureza processual, que estão encaminhados a facilitar a defesa dos direitos do consumidor em detrimento do fornecedor de serviços, por exemplo, com a possibilidade de propor a ação de responsabilidade no domicílio do autor, de acordo com o artigo 101 do Código de Defesa do Consumidor²⁹; e a inversão a seu favor do ônus da prova no processo civil, se a critério do juiz, for verossímil a alegação ou

²⁷ *Idem.*

²⁸ FRANÇA, Genival Veloso. Op.cit., p. 23.

²⁹ Brasil. Código de Defesa do Consumidor. Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1998: Art. 101. “na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título, serão observadas as seguintes normas: I – a ação pode ser proposta no domicílio do autor.”

quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências, conforme artigo 6º, VIII do mesmo diploma legal.³⁰

Relata WANDERBY LACERDA PANASCO que a principal conseqüência das mudanças acima referidas foi o excessivo número de ações de responsabilidade civil que se proliferaram no mundo todo, especialmente nos Estados Unidos da América, onde, já em 1970, um quarto dos médicos respondia a ações de reparação de danos. Segundo observações do autor, a disposição da mídia de escandalizar o infortúnio dos pacientes também foi fator relevante para o aumento das reclamações no judiciário.³¹

Não é outra a opinião de SERGIO CAVALIERI FILHO:

“(...) as ações de indenização decorrentes de responsabilidade médica e hospitalar, que antes eram raras na Justiça, estão se tornando cada vez mais frequentes. Talvez em razão da má qualidade do ensino de um modo geral e dos péssimos serviços prestados, principalmente, pelos hospitais públicos; talvez pelo aumento da procura desses serviços por parte da população em geral, cada vez mais pobre e doente; talvez, ainda, por ter hoje o cidadão uma maior consciência dos seus direitos e **encontrar mais facilidade de acesso à Justiça**. Em uma década o número de processos por negligência ou imperícia encaminhados anualmente ao Conselho Federal de Medicina (CFM) aumentou sete vezes.”³² (grifo nosso)

Este fato também pôde ser constatado a partir da análise de 116 ações judiciais que compõem o acervo de processos da Associação Paulista de Medicina – que atualmente conta com 25.000 associados – propostas por pacientes, com o escopo de discutir a respeito do erro médico que alegam ter sofrido.

Constata-se que, na maior parte dos processos, a parte autora, na discussão do alegado erro médico, utiliza-se de fundamentos jurídicos específicos do Código de Defesa do Consumidor, valendo-se de suas prerrogativas. Atuam de maneira semelhante os juízes, ao aplicar ao caso concreto as regras protetivas do consumidor em favor do paciente e em detrimento do médico.

No entanto, classificar o exercício da atividade médico como uma prestação de serviço é algo perigoso, pois a arte médica não depende exclusivamente da atuação do

³⁰ Brasil. Código de Defesa do Consumidor. Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1998: Art. 6, inciso VIII. “São direitos do consumidor: VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

³¹ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2 ed.. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1984, p. 46

³² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 316.

profissional na prática de seu ofício. Obviamente que o conhecimento da técnica e os cuidados do médico são essenciais para obter um resultado satisfatório, porém, devem ser considerados, para o sucesso da terapia, inúmeros outros fatores que independem da atuação do profissional, tais como: as reações do próprio organismo do paciente, que muitas vezes decorre de seu histórico de vida, sua idade, os cuidados que durante a vida teve com sua saúde, alimentação, bem como o desenvolvimento natural da própria patologia.

III. 3. – O ALEGADO ERRO MÉDICO E SUAS ESPÉCIES: ERRO PROFISSIONAL E CULPA MÉDICA

O médico é um guardião da vida humana, protetor e responsável pela saúde física e mental das pessoas. Dele se exige correção, dedicação e até mesmo perfeição muito maior do que dos profissionais de outros ramos, haja vista que seu erro poderá importar em uma vida a menos e conduzir ao sofrimento, à dor, à angústia e à perda irreversível do paciente e de seus familiares.³³

LEOPOLDO LUIS DOS SANTOS NETO declara: “errar é um ato inerente à espécie humana e a prática médica não é exceção”. No entanto, o erro deve ser considerado exceção e acontecimento isolado, não podendo extravasar e projetar-se em toda a classe de profissionais a ponto de afetar a imagem da instituição médica como unidade.³⁴

Segundo SÉRGIO CAVALIERI FILHO, médicos erram porque são pessoas, sendo este o preço que os seres humanos pagam pela habilidade de pensar e agir. Afirmar que o erro ocorre em todas as profissões. No caso da atividade médica, de forma particular, o problema é que o médico tem como objeto de seu labor a vida humana e em situações muitas vezes imprevisíveis, o que torna seu erro mais dramático, haja vista que de uma simples falha na atuação do profissional podem resultar consequências graves e às vezes irreversíveis para o indivíduo, tal como a perda da vida.³⁵

³³ STOCO, Ruy. Op. cit., p. 532.

³⁴ *Ibidem*, p. 531

³⁵ CAVALIERI, Sergio. Op. cit., 373.

Reconhece-se que, de um modo especial, existe grande dificuldade em analisar a ocorrência de um erro médico, haja vista que sua apuração depende de inúmeros outros fatores que não somente a atuação adequada do profissional da área.

Isto porque, além da realização do diagnóstico correto, da determinação do tratamento adequado, para obter sucesso na terapia aplicada, é preciso analisar as reações do próprio organismo do paciente, que varia de uma pessoa para outra, como também a evolução natural do quadro apresentado.

Na determinação do dever do médico em reparar eventuais danos decorrentes da prática médica, deve-se considerar o fato de que o médico assume obrigação de meio, que se refere ao dever de prestar cuidados conscienciosos, aplicando as técnicas médicas adequadas para a situação, porém, deve-se salientar que ele não se compromete em curar e salvar a vida do paciente, ainda mais se ele estiver em estado terminal.

Sobre o assunto, MIGUEL KFOURI NETO:

“(...) delinea-se, após, o problema: a existência do dano – lesão, aleijão, morte, etc. – é irrefutável; a intervenção médica realizou-se, e isso também é indubitável. A ocorrência da culpa e o estabelecimento do nexo de causalidade, então, passam a desafiar a argúcia do julgador, que se valerá, nessa etapa final, de tudo quanto as partes trouxeram aos autos e das informações que o próprio júízo determinou fossem prestadas pelas partes e peritos.”³⁶

O erro tolerado em medicina, do qual não resulta o dever de indenizar, é o erro não-intencional, o acidente imprevisível ou “infelicitas facti”, que se diferencia da culpa médica, ou seja, dos casos de imperícia, imprudência ou negligência.³⁷

De acordo com a doutrina amplamente majoritária, a expressão “erro médico” (sentido amplo) é considerada gênero da qual existem duas espécies: 1º) erro profissional, também intitulado de erro de técnica e 2º) o erro médico (sentido estrito), chamado de erro culposo ou culpa médica.

Desde já, é importante frisar que o erro profissional – ou de técnica – jamais pode ser confundido com o erro médico – ou culpa médica (sentido estrito), haja vista que de cada um resultam consequências diversas para o profissional.

Haverá erro profissional nas hipóteses em que a conduta médica selecionada é adequada, mas a técnica empregada é incorreta, ou seja, o médico aplica corretamente uma técnica considerada ruim para aquela situação específica.

³⁶ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p. 79.

³⁷ SANTOS NETO, Leopoldo Luis dos. *O erro diagnóstico*, S-Brasília Médica, 34 (1/2); 44-46, 1997.

Nesta hipótese, o erro é escusável, pois é justificável, principalmente quando se cuida de técnica médica conhecida e usual, de forma que qualquer profissional diligente e cuidadoso estaria sujeito a cometer tal falha. Afirma-se que “o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência”.³⁸

SERGIO CAVALIERI FILHO afirma que culpa e erro profissional são coisas distintas, considerando que há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; e que há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica não é correta, vejamos:

“(...) a culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto.”³⁹

Verifica-se que o erro profissional ou de técnica no exercício da medicina pode resultar das seguintes circunstâncias: erro no diagnóstico, na escolha das explorações e do tratamento; no tratamento e cuidados; e atenções ao paciente.⁴⁰

Em relação ao erro de diagnóstico, esclarece-se que, ao manter contato com o paciente, cabe ao médico realizar em primeiro lugar a intitulada anamnese, ou seja, a análise preliminar da sintomatologia e evolução da doença até o instante da primeira observação efetiva pelo médico.

A anamnese é um procedimento singelo, por meio do qual o paciente ou seu responsável informam o médico sobre o início da moléstia em seus sintomas, o tempo que ocorreu, prestando informações úteis como a incidência de casos daquela patologia em parentes próximos, modo de vida do paciente, reações do organismo a medicamentos e tudo o mais que possa auxiliar na pesquisa.⁴¹

Afirma FABRÍCIO ZAMPROGNA MATIELO:

“saber conduzir o primeiro contato a bom termo é tão importante quanto o tratamento propriamente dito, eis que as bases investigatórias formadas é que dirão da opção por um dos vários caminhos que normalmente se apresentam

³⁸ STOCO, Ruy, Op. cit., p. 531.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., 373.

⁴⁰ CASTRO, João Monteiro de. Op.cit., p. 56.

⁴¹ MATIELO, Fabricio Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 1998, p. 96.

como viáveis na busca da cura ou de melhores condições de vida para o paciente. A conjunção de diversos fatores é que levarão ao que se chama diagnóstico.”⁴²

Neste sentido, JAVIER FERNANDEZ COSTALES afirma que o momento mais importante da atividade médica é o ato da análise diagnóstica que consiste na arguição do paciente por meio da qual é possível estabelecer a terapia adequada.

Para realizá-la, ensina o autor, faz-se necessário adotar algumas providências preliminares: 1º) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifesta a doença – interpretação adequada, exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando-se todos os meios que estiverem ao alcance do profissional (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas, etc.); 2º) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si a partir dos diversos quadros patológicos conhecidos pela Ciência Médica.⁴³

Sobre a realização da anamnese alerta JOÃO MONTEIRO DE CASTRO:

“é preciso haver coerência entre o quadro clínico e a conduta prescrita a ser seguida, tudo devendo ser registrado pelo médico, no prontuário do paciente. Se houver alteração da evolução do quadro clínico, deve ser registrada com clareza e precisão, mas sem interpretação para que, se outro médico for chamado para o caso, possa entender as modificações ocorridas e tomar sua própria decisão.”⁴⁴

Para MIGUEL KFOURI NETO, a realização do diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado, resultando a emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente depois de efetuadas todas as avaliações necessárias.⁴⁵

Ressalte-se que o diagnóstico é formado, além da sintomatologia e de sua análise, da aplicação dos conhecimentos teóricos e práticos do profissional, associados aos indicadores científicos ditados pelos avanços da modernidade na Medicina, possibilitando que o profissional chegue a uma conclusão razoável sobre qual patologia padece o cliente e qual será seu tratamento.⁴⁶

Vale ressaltar que para o Poder Judiciário, determinar a responsabilidade civil do médico em razão de erro na realização do diagnóstico, é algo muito difícil, pois se faz necessário adentrar na análise de um campo estritamente técnico, ou seja, a ciência médica,

⁴² *Ibidem*, p. 97

⁴³ COSTALES, Javier Fernandez. *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Madrid: Ed. La Ley, 1987, .p. 115.

⁴⁴ CASTRO, João Monteiro. Op. cit., p. 140.

⁴⁵ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p. 81.

⁴⁶ MATIELO, Fabricio Zamprogna, Op. cit., p. 97.

o que dificulta a apreciação judicial, haja vista o desconhecimento por parte do juiz no que se refere às técnicas aplicadas e procedimentos mais apropriados, a fim de avaliar como deveria o profissional ter procedido naquela situação específica.

Frise-se também a possibilidade do próprio paciente fornecer dados distorcidos ou ainda ocultar informações relevantes para a realização de um diagnóstico preciso, bem como a possibilidade de existir limitações da própria ciência em relação a algumas patologias, o que também poderá contribuir para algum equívoco no diagnóstico.

Conforme visto, o erro de diagnóstico é uma espécie de erro profissional ou de técnica. Em princípio, é escusável, desde que seja passível de ser praticado por qualquer profissional prudente e não seja completamente grosseiro.⁴⁷

Sobre o assunto, afirma FABRICIO ZAMPROGNA MATIELO:

“É importante frisar que a tarefa de descobrir precisamente o mal de que padece o indivíduo depende não somente da habilidade do facultativo e do correto emprego dos conhecimentos adquiridos ao longo da vida acadêmica e profissional. Interfere nesse mister, com profunda repercussão na qualidade do trabalho, a gama de recursos colocada à disposição do médico, porque a patologia a ser detectada nem sempre se mostra em sinais perfeitamente visíveis e indefectíveis. Então, a aferição da culpa na formulação do diagnóstico passa também por metódica análise dos meios de que dispunha o médico no momento da realização da investigação. A falta de condições tecnológicas e financeiras para o perfeito desenvolvimento do trabalho, associada à impossibilidade prática de, diante da gravidade do quadro, procurar a tempo melhores recursos, exonera o profissional de qualquer responsabilidade, eis que dele não é lícito exigir mais do que o ser humano medianamente preparado poderia realizar. Ao médico não é exigível a qualidade de super-herói infalível e infenso às limitações próprias do homem.”⁴⁸

Deve-se esclarecer que o erro profissional somente assumirá contornos rígidos quando decorrer de obrigação de resultado, o que não é considerado regra no exercício da medicina, por exemplo: na hipótese dos exames laboratoriais, que devem necessariamente apresentar a informação correta, vale dizer, o laboratório que fornece resultado positivo para exame de AIDS, comprovando-se posteriormente que o paciente não era portador do vírus.

Nesta situação, verifica-se que o sofrimento, a angústia, a depreciação psíquica experimentados em razão do falso positivo são elementos indenizáveis, porque compõem a

⁴⁷ *Ibidem*, p. 81

⁴⁸ *Ibidem*, p. 99.

estrutura moral do indivíduo lesado e expressamente previstos na Constituição Federal como reparáveis.

Vale ressaltar ainda que, caso o médico erre a respeito do diagnóstico, mas acerta o tratamento, também haverá erro, porém não implicará nenhuma consequência negativa para o paciente, de forma que será insuscetível de reparação pela inexistência de dano indenizável. Entretanto, se além do diagnóstico, também tiver equivocado quanto ao tratamento, será importante verificar se a situação não revela ignorância ou imperícia grosseira, caracterizadora de culpa médica.

TERESA ANCONA LOPEZ, ao estabelecer os pressupostos para a avaliação da culpa médica, afirma que, ao se tratar de lesão que teve origem em diagnóstico errado, só será imputada responsabilidade ao médico que tiver cometido erro grosseiro.⁴⁹

A intervenção médica no organismo de um paciente sem a devida formulação ou indicação razoável da patologia também traduz erro profissional, na modalidade erro de tratamento. Este assume contornos mais extensos, sendo menos aceito do que o erro de diagnóstico, pois resulta de reações provocadas pelos medicamentos ou por procedimentos realizados com insucesso.⁵⁰

Salienta FABRICIO ZAMPROGNA MATIELO:

“não se nega um relativo poder discricionário ao profissional, no sentido de lhe ser lícito optar por algum dos caminhos possíveis para o controle do quadro clínico; combate-se, todavia, a conduta que destoa do cientificamente recomendável, ou que omita providências reclamadas de qualquer médico com mínimo preparo”.⁵¹

Os erros de tratamento relacionam-se à opção equivocada por certo mecanismo terapêutico; à utilização de equipamentos inadequados ou manipulação errada dos mesmos; à condução equivocada de um método terapêutico teoricamente correto; à má atuação de

⁴⁹ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Responsabilidade civil dos médicos*, MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.311, *apud*: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Responsabilidade Civil por Erro Médico*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000, p.114.

⁵⁰ Mesmo cirurgiões com larga experiência têm sido levados aos Tribunais em virtude de erros até certo ponto primários, por certo decorrentes da falta de atenção na execução das tarefas a que estão acostumados e naquele momento empenhados, ou porque claudicam ao negligenciar cautelas essenciais em procedimentos singelos. (ZAMPROGNA MATIELO, Fabricio. *Op. Cit.*, p. 103).

⁵¹ *Ibidem*, p. 104.

auxiliares diretos em cirurgias; bem como à inadequada conservação do instrumental e dos aparelhos utilizados, etc.⁵²

Dificulta ainda mais a avaliação da conduta do profissional o fato de que todos os procedimentos médicos apresentam um risco inerente, que serão maiores ou menores de acordo com a realidade particular de cada paciente. Deve-se considerar ainda, para cada situação, por exemplo: idade, sexo, predisposições hereditárias, modo de vida, entre outros fatores que influenciarão nas reações do organismo, variando de um indivíduo para outro.

Desta forma, agindo em conformidade com as normas técnicas vigentes, não será responsabilizado o profissional pela superveniência de resultado lesivo decorrente da reação individual do paciente no que se refere ao tratamento corretamente aplicado.

Isto porque, conforme pondera SERGIO CAVALIERI FILHO, nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal.

Afirma o autor que a ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações que lhe são inerentes, que só os poderes divinos poderiam suprir, de forma que a obrigação que o médico assume, a toda evidência, **é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, não se comprometendo a curar o paciente, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.**⁵³
(grifo nosso)

Não é diferente a posição de CARLOS ROBERTO GONÇALVES ao afirmar que: “os médicos comprometem-se a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados e não se obriga a curar o doente, de forma que serão responsabilizados apenas quando ficar comprovada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia.”⁵⁴

Neste sentido, as considerações de MIGUEL KFOURI NETO:

(...) a dor, a doença, a morte, as alterações da saúde não constituem, em princípio, um risco que nasça da atividade médica, mas algo ínsito a todo ser humano – e cada médico em particular e o conjunto deles, em todo o mundo, busca aliviar esse sofrimento, remediar a enfermidade e restaurar a saúde. O

⁵² *Ibidem*, p. 105

⁵³ CAVALIERI, Sergio. Op. cit., 373.

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Tratado de Responsabilidade Civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 369.

próprio doente traz consigo um risco derivado da sua patologia – e não é o médico quem o provoca.⁵⁵

Sobre o erro profissional ou de técnica, MARIA HELENA DINIZ esclarece que há situações suscetíveis de ocorrerem na relação estabelecida entre o médico e o paciente no que se refere que não geram a responsabilidade civil médica: 1º) acidente imprevisível, quando ocorre um dano à integridade física do paciente, causado por caso fortuito ou força maior durante a atividade médica, insuscetível de ser evitado, por não poder ser previsto; 2º) resultado incontrolável, se oriundo de uma situação grave e inexorável, ou seja, da própria evolução da moléstia, a qual a ciência médica, no estágio de desenvolvimento que se encontra, não dispõe de meios para contornar ou impedir.⁵⁶

Importante enfatizar que a apreciação do juiz em relação ao erro médico questionado deve ser cautelosa, considerando sempre que o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.

Segundo JOÃO MONTEIRO DE CASTRO, o juiz, um leigo em técnicas médicas, é encarregado da difícil tarefa de apreciar e julgar as faltas técnicas cometidas pelo médico no exercício de sua atividade. Afirma o autor: “o juiz é leigo, não tem condições e nem lhe cabe dizer se a técnica é boa ou má, se adequada ao caso prático ou não, se existe outra melhor ou não, o que torna essencial para distinguir-se entre erro profissional, ou técnico, e erro culposos, ou médico”.⁵⁷

A este respeito, importantes as afirmações de RUY STOCO ao concluir que o erro profissional não deve ser objeto de valoração pelo Juiz, nem pode automaticamente ser considerado como hipótese de imperícia, imprudência ou negligência:

“(…) e não poderia ser diferente, pois o médico – tal como outros profissionais liberais (advogado, dentista, psicólogo, engenheiro, arquiteto) –, ademais de ter de comprovar a conclusão de curso superior específico, estágio de residência e especialização para determinadas áreas, necessita autorização expressa do Poder Público para atuar, e, ainda, de credenciamento especial por parte do órgão de classe, no caso, o Conselho Regional de Medicina. Esse credenciamento, que às vezes é precedido de exigência de prova de capacitação, significa habilitação para o exercício da profissão.”⁵⁸

Neste sentido, alertava YUSSEF SAID CAHALI: “ao Juiz é defeso, por não ser de sua competência, pronunciar-se por essa ou aquela escola, optar por este ou aquele

⁵⁵ KFOURI, Miguel. Op. cit., p. 34.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do Biodireito*, São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 548.

⁵⁷ CASTRO, João Monteiro de. Op. cit., p. 141.

⁵⁸ STOCO, Ruy. Op. cit., p. 530.

método operatório”.⁵⁹ Isso porque todo aquele que exerce publicamente uma arte, profissão ou ofício presume-se habilitado.⁶⁰

Por fim, afirma MIGUEL KFOURI NETO:

“A postura do juiz, no exame da prova, em tema de erro de diagnóstico, não deverá se orientar na elucidação de intrincados métodos clínicos ou cirúrgicos e de terapêutica. A posição do julgador deverá ser a mesma adotada em face de qualquer outro erro profissional: ele terá de fazer fé e apreciar a questão à luz do alegado e o provado, atendendo, sobretudo, aos pareceres dos peritos e depoimentos das testemunhas.”

“Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe o juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais – bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática.”⁶¹

Explica CARVALHO SANTOS que:

“os tribunais não têm o direito de examinar (...) se o médico afastou-se das regras de sua profissão, abordando a questão de ordem científica, de apreciação e de prática médica, não lhes sendo lícito, tampouco, decidir coisa alguma sobre a oportunidade de uma intervenção cirúrgica, sobre o método preferível a empregar; ou sobre o melhor tratamento a seguir. As questões puramente técnicas escapam à sua competência e devem se limitar a indagar-se, da parte do médico, se houve imprudência, negligência ou imperícia, notória e manifesta, consistente em erro grosseiro capaz de comprometer a reputação de qualquer profissão.” (Código Civil Brasileiro interpretado, 7ª edição, v. XXI/260, 261, Freitas Bastos).⁶²

MIGUEL KFOURI NETO é preciso ao dizer: “prova cabal, irrefutável, insuscetível de questionamento por peritos médicos é de difícilíssima obtenção, nessa

⁵⁹ SAID CAHALI, Yussef. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 348.

⁶⁰ NEWTON PACHECO elenca documentos e provas que devem ser analisados pelo juiz no processo judicial, por exemplo: regularidade do diploma médico, emitido por faculdade reconhecida, e a respectiva inscrição no CRM; juntada da papeleta de anamnese e da evolução do tratamento, subscrita por médicos e enfermeiros; livros e trabalhos científicos com a descrição das técnicas questionadas, a fim de se comparar com o desempenho dos acusados, no desenvolvimento do ato questionado – antes, durante e depois da intervenção. (PACHECO, Newton. Op. cit., p.111).

⁶¹ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p. 83.

⁶² NELSON HUNGRIA: “Na Idade Médica, penas severas eram aplicadas aos médicos que ocasionavam eventos letais. E não raras vezes imputava-se como culpa o que era apenas atestado de precariedade da arte de curar. Foi Montesquieu quem iniciou uma nova corrente de idéias no sentido de afastar de sobre a cabeça dos médicos a espada de Dâmocles da sanção penal. Desde então começou a ser reconhecida uma certa liberdade de iniciativa dos médicos e a necessidade de tolerância para com os erros devidos à própria imperfeição da ciência hipocrática (...). O médico não tem carta branca, mas não pode comprimir a sua atividade dentro de dogmas intratáveis. Não é ele infalível, e desde que agiu racionalmente, obediente aos preceitos fundamentais da ciência, ou ainda que se desviando deles, mas por motivos plausíveis, não deve ser chamado a contas pela Justiça, se vem a ocorrer um acidente funesto.” (Comentários ao Código Penal, v. V, p. 186).

matéria. Por isso, sendo os indícios convincentes, há mister julgar procedente a pretensão indenizatória”.⁶³

O erro profissional não se confunde com a imperícia, hipótese de culpa médica, que ocorre quando a técnica é adequada, mas a conduta ou atuação do médico é incorreta ou desastrosa. Isto é, o médico aplica mal uma técnica boa e apropriada, caso em que o erro é inescusável ou não justificável, punível no plano civil, impondo, portanto, o dever de reparar.

Passamos a tratar do erro médico, também intitulado culposos, que decorre de culpa médica ou culpa “stricto sensu”. Fala-se em culpa “stricto sensu”, no entanto, a deve-se esclarecer que também será responsabilizado pelos prejuízos decorrentes de sua atuação, o médico que agir dolosamente.

De início cumpre pontuar: se no exercício de sua arte, o médico age com cautela e diligência, ou seja, se conduziu sua atividade com o cuidado que dele era esperado, não cometerá erro médico culposos, de forma que não responderá pelos danos decorrentes de sua atividade. Todavia, agindo de forma contrária, o cometerá, razão pela qual por ele será responsabilizado, competindo-lhe reparar os danos causados pela sua conduta culposa.

O erro médico ou culposos decorre de uma conduta profissional caracterizada por imprudência, negligência ou imperícia. Para caracterização da culpa médica, basta a simples realização de um ato sem atentar-se às normas impostas pela prudência ou perícia comuns, mesmo que não tenha sido desejado por seu agente.⁶⁴

Segundo afirma JOÃO MONTEIRO DE CASTRO:

“o erro médico supõe uma conduta profissional inadequada, associada à observância de regra técnica, potencialmente capaz de produzir dano à vida ou agravamento do estado de saúde de outrem, mediante imperícia, imprudência ou negligência.”⁶⁵

Segundo a definição de JÚLIO CÉZAR MEIRELLES GOMES e GENIVAL VELOSO FRANÇA, “erro médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência.”⁶⁶

⁶³ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.83

⁶⁴ ALTAVILLA, Enrico. *La colpa*. Roma: Dell’ateneo, 1950, p. 12.

⁶⁵ CASTRO, João Monteiro de, Op. cit., p. 141

⁶⁶ MEIRELLES GOMES, Júlio César ; VELOSO FRANÇA, Genival. Op. cit., p. 25.

JAIME SANTOS BRIZ afirma que a idéia central, o antecedente lógico da culpa é a previsibilidade, isto é, a inevitabilidade de um resultado contrário ao direito e não desejado. Afirma o autor: “a diligência exigível há de determinar-se, em princípio, segundo a classe de atividade considerada e da cautela que se pode e deve esperar de uma pessoa normal, razoavelmente sensata, pertencente à esfera técnica do caso.”⁶⁷

De acordo com PIO AVECONE, para a verificação da culpa médica, faz-se necessário analisar a consciência que tem o profissional a respeito do caso concreto em todos os seus aspectos objetivos e subjetivos e os parâmetros jurídicos normais de previsibilidade.⁶⁸

Sobre o assunto, vale mencionar as palavras do desembargador MUNHOZ SOARES, ao declarar voto vencido, em julgamento de embargos infringentes:

“Entre o razoável e o irrazoável subsiste a linha lindeira que os separa, mas, irrecusavelmente, o denso conteúdo da prudência, ou seja, sua substância, se situa e se detecta, intrinsecamente, no terreno da razoabilidade, tanto que os caracteres definidores da própria prudência, por causa da multifária conduta humana, não se exaurem na materialidade concreta, mas abrangem também a esfera do abstrato, que é, exatamente, onde se localiza a causalidade omissiva.”⁶⁹

Verifica-se a dificuldade na determinação da culpa médica, de forma que será preciso a realização de prova pericial, incumbindo ao juiz avaliar a perícia, sopesar as explicações e conclusões dos peritos, a fim de decidir o caso concreto e a determinação da responsabilidade do médico.

Esclarece-se que as provas periciais têm valor relativo dentro do processo, de forma que, pelo princípio da livre convicção do juiz, embora não possa desprezar suas conclusões, o magistrado a ela não está vinculado.

Neste sentido, FREDERICO MARQUES esclarece: “se o magistrado tivesse de ficar preso e vinculado às conclusões do laudo pericial, o *expert* acabaria transformado em verdadeiro juiz da causa, sobretudo nas lides nas quais o essencial para a decisão depende do que se apurar no exame pericial.”⁷⁰

GENIVAL VELOSO DE FRANÇA explica que a negligência médica resulta de um ato omissivo do médico, caracterizado pela inação, indolência, inércia e passividade,

⁶⁷ BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1993, p. 40.

⁶⁸ AVECONE, Pio. *La responsabilità penale del medico*. Vallardi, 1981 p. 120-121.

⁶⁹ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.70.

⁷⁰ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Processo Civil*, Ed. 1967, v. 3, São Paulo: Saraiva, 1998, p.386.

tal como o abandono do doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro, prática ilegal por estudantes de medicina que acarreta a responsabilidade do médico responsável pelo estágio, prática ilegal por profissional técnico de responsabilidade do médico, entre outras práticas.⁷¹

A respeito de negligência médica, MIGUEL KFOURI NETO:

“(...) é negligente o médico clínico que deixa de dar o devido encaminhamento a paciente que necessita de urgente intervenção cirúrgica”. (...) “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.”⁷²

Segundo PIO AVECONE, a negligência é o oposto da diligência, vocábulo que remete à sua origem latina, *diligere*, agir com amor, com cuidado e atenção, evitando quaisquer distrações e falhas. Esclarece o autor que na base da diligência está sempre uma omissão dos comportamentos recomendáveis, derivados da comum experiência ou das exigências particulares da prática médica.⁷³

Conclui MIGUEL KFOURI NETO: “os casos de negligência são numerosos na jurisprudência, posto que a distração faz parte da natureza humana e vão do erro do médico desatento que receita um remédio por outro – morfina em vez de quinino – até o esquecimento de pinça ou de outro objeto no corpo do paciente”.⁷⁴

A imprudência diferencia-se da negligência, vez que se refere a uma atitude comissiva precipitada do profissional que atua sem a cautela necessária no ato praticado. É o contrário da prudência, que é sinônimo de providência; *iuris prudens, medicinae prudens* são aqueles que agem antevendo o evento que deriva daquela ação, adotando medidas acautelatórias para evitar o fracasso da ação praticada.⁷⁵

É considerado imprudente, por exemplo, o médico que não espera o anestesista e efetua pessoalmente a aplicação da anestesia que enseja na morte do paciente por parada cardíaca, ou ainda o médico que resolve realizar cirurgia normalmente realizada em 1 hora, em 30 minutos, acarretando danos ao paciente.⁷⁶

⁷¹ FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*, Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002. p. 283.

⁷² KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p. 84

⁷³ AVECONE, Pio. Op.cit, p. 124-125.

⁷⁴ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit.,p. 84

⁷⁵ AVECONE, Pio. Op.cit. et. loc. cit.

⁷⁶ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p. 87

No que se refere à imperícia, verifica-se que se trata da falta de observação das normas aplicáveis ao exercício de uma arte, em virtude da deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, do despreparo prático, bem como da incapacidade para exercer determinado ofício, seja por falta de habilidade, seja pela ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos em uma profissão.⁷⁷

Exemplifica MIGUEL KFOURI NETO:

“Cirurgião realizou intervenção visando a colher fragmento para biópsia hepática. Ao introduzir a agulha, dada a sua imperícia, perfurou o fígado do enfermo, menor com 1 mês e 20 dias de vida, que apresentava quadro de hepatopatia crônica, caracterizada por icterícia e aumento de volume do órgão. Sobrevieram hemorragia e a morte da criança.”⁷⁸

Vale ressaltar as palavras de PIO AVECONE, segundo o qual a imperícia médica é aferida dentre aqueles que detêm o diploma, podendo ser definida como a falta da habilidade normalmente requerida para o exercício legítimo da atividade profissional, proveniente da carência de conhecimentos necessários, da inexperiência e da inabilidade.

Afirma o autor:

“é fora de propósito referir-se à 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. Caso contrário, identificar-se-ia hipótese de exercício abusivo, e outra seria a fonte da obrigação de indenizar.”⁷⁹

Resumidamente, as conclusões de BASILEU GARCIA: “consiste a imprudência em enfrentar, prescindivelmente, um perigo; a negligência, em não cumprir um dever, um desempenho da conduta; e a imperícia, na falta de habilidade para certos misteres”.

Exemplifica BASILEU GARCIA, determinando como imprudente o cirurgião que, por vaidade, resolve empregar técnica cirúrgica perigosa, sem comprovada eficiência, abandonando o seguro processo habitual; negligente o operador que não exige assepsia perfeita para o ato cirúrgico; imperito o profissional da medicina que se aventura em cirurgia sem dispor dos conhecimentos básicos para tanto, vindo o paciente a falecer.⁸⁰

A partir destas premissas, segundo afirma JOÃO MONTEIRO DE CASTRO, os erros médicos ocorridos nos inúmeros casos controvertidos não podem pura e

⁷⁷ *Ibidem*, p. 89.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 90.

⁷⁹ AVECONE, Pio Op. cit., p. 3.

⁸⁰ GARCIA, Basileu. *Instituição de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1954, 259.

simplesmente ser colocados no rol dos cometidos com culpa, ou seja, mediante imperícia, imprudência ou negligência, sendo necessária a realização de uma avaliação específica a respeito dos fatos ocorridos.

Por esta razão, no que tange à responsabilidade médica, pondera RUY STOCO que não há como apontar exemplos ou estandartes que ensejem reparação, pois as hipóteses em que nasce esse dever são várias e dependem da análise de cada caso concreto.

81

Haverá responsabilidade civil do médico, no exercício de sua atividade junto ao paciente, quando o médico agir com dolo ou intenção de lesar, ou com culpa, nas modalidades de imperícia, negligência ou imprudência, que não pode ser confundida com o ‘erro profissional’.

Neste sentido, as observações de RUY STOCO:

“(...) mas, em conclusão, se da ação ou omissão dolosa ou culposa, que, neste caso, se traduz em erro médico, o paciente vier a sofrer dano de qualquer ordem, seja físico, psíquico ou moral, nasce o dever de reparar, pois é ele destinatário daquele dever de guarda e incolumidade.”⁸²

O erro profissional – ou de técnica – seja de diagnóstico ou de tratamento, se não decorrer de ato grosseiro, não enseja a responsabilidade civil, haja vista que é considerado inerente à profissão. Contudo, o erro médico – ou culposos – determina a responsabilização, pois é cometido com culpa profissional, considerando-se, portanto, um ato ilícito.

Neste sentido, RUY STOCO afirma:

“a primeira hipótese (‘erro profissional’), contém o chamado ‘erro escusável’, ou seja, justificável quando se cuida de técnica conhecida, usual e aceita. A segunda hipótese (‘imperícia’) contém ‘erro inescusável’ ou não justificável, portanto erro punível no plano civil e que impõe o dever de reparar.”⁸³

Em outras palavras, se o profissional selecionou uma técnica que não se mostrou eficiente para a situação específica do paciente, mas foi zeloso e criterioso na sua aplicação, terá cometido erro profissional, e não culposos, pois não lhe era exigido que antecipasse a reação do organismo do paciente, pelo qual não responde.

O erro profissional é escusável quando se trata de técnica conhecida, usual e aceita. Por outro lado, será considerado erro médico ou culposos, decorrente de imperícia,

⁸¹ STOCO, Ruy. Op. cit., p. 532.

⁸² *Idem.*

⁸³ *Idem.*

imprudência ou negligência quando a técnica selecionada é adequada, mas a aplicação for desastrosa ou deficiente por parte do profissional, ocasião em que por ela irá responder, reparando os danos resultantes de sua atuação.

III. 4. CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

As normas que regulam a atividade médica são de competência da União, nos termos do artigo 22, inciso XVI da Constituição Federal – “compete privativamente à União legislar sobre a organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”. Verifica-se que o exercício de uma profissão depende de expressa autorização do Poder Público, haja vista a necessidade de inscrição no Conselho Regional do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal.

O Conselho Federal de Medicina, bem como suas regionais, é considerado o órgão fiscalizador, disciplinador e julgador da atividade dos médicos, ao qual incumbe promover normas éticas de conduta, zelar pelo seu fiel cumprimento e julgar as infrações conhecidas, sobretudo para a sociedade colher os benefícios à saúde.

A atividade médica é disciplinada pelo Código de Ética Médica – Decreto n.º 20.931, de 11 de janeiro de 1932, ainda em vigor, que regulamentou o exercício da atividade médica, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira no Brasil.

Verifica-se que o Código de Ética Médica estabelece normas de conduta profissional, dispondo sobre proibições e obrigações do médico no exercício de sua atividade profissional, como também um amplo rol de privilégios individuais e de grupo. Trata-se do exercício de competência delegada mediante Resolução, por meio da qual o Conselho de Ética Médica estabelece e altera regras de conduta profissional de acordo com os avanços constantes da medicina e das novas necessidades do Estado para o exercício da profissão, especialmente porque a saúde é uma questão de interesse público.

O professor MIGUEL REALE dedicou um artigo exclusivo para justificar a necessidade da existência de um Código de Ética Médica, que foi publicado em 30 de setembro de 1957 com o título “O problema da fiscalização das atividades profissionais – a

natureza ‘estatal-corporativa’ do Conselho Federal de Medicina – Conceito da ‘deontologia médica’ – que se deve entender por ‘código’”.⁸⁴

De acordo com MIGUEL REALE, em razão do incontestável interesse público no desenvolvimento de determinadas atividades profissionais que são prestadas para a coletividade diretamente e das possíveis conseqüências provenientes de sua prática habitual, especialmente quando se trata de saúde pública, fez-se necessária a elaboração de leis disciplinadoras e do acompanhamento pelo Poder Público, não apenas no que se refere à autorização para o exercício profissional regular, mas também para a fiscalização de sua prática.

Afirma o professor MIGUEL REALE:

“(…) À medida que progridem os processos de formação profissional específica, pressupondo técnicas cada vez mais apuradas de ensino, e quanto mais se impõe a salvaguarda dos interesses coletivos, o desempenho de certas profissões deixa de ser matéria de estrita ação privada, para passar à esfera do controle estatal. O Código de Ética Médica, à luz do que dispõe a Lei. n. 3.268, de 30 de setembro de 1957, que erige o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina em “órgãos supervisores de ética profissional em toda a República”, para o “perfeito desempenho ético da Medicina”, conferindo ao primeiro atribuição privativa para “votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os conselhos regionais (cf. artigos 2º e 5º)”.⁸⁵

Prossegue MIGUEL REALE sobre a importância do Código de Ética Médica:

“(…) como aos mencionados Conselhos compete não apenas uma função normativa, mas também a de atuar, ao mesmo tempo, como ‘julgadores e disciplinadores da classe médica’, visando a zelar ‘prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente’ (artigo 2º), compreende-se bem o alto papel que deve desempenhar o Código de Ética Médica que não é outra coisa senão o Código de Deontologia Médica, referido na letra “d” do artigo 5º da citada lei. Deontologia.”⁸⁶

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ Esclarece MIGUEL REALE: “sabe-se que, na época moderna, até a Revolução Francesa, prevaleceu um ordenamento corporativo de natureza classista, ficando a cargo das próprias categorias sociais interessadas não só a autorização do exercício profissional, mas também a sua fiscalização, até mesmo em gêneros de atividades desprovidas de qualquer aprendizado técnico ou científico altamente especializado. Com o desaparecimento dos estatutos corporativos, prevaleceu, em primeiro momento, a mais ampla liberdade de ação, chegando-se a conhecidos exageros, como, por exemplo, o de não se subordinar a prática da Medicina à prévia obtenção de diploma universitário, por entender-se tal exigência contrária à liberdade individual. Nem faltaram, para tais entendimentos, motivos ideológicos, como os que, por equívoco, se fundaram na filosofia positiva de Augusto Comte. O certo é que, com o correr do tempo, os imperativos do interesse público vieram se impondo, pela força natural das coisas, verificando-se a promulgação de leis disciplinadoras do exercício profissional, tanto para atender a razões de saúde pública como de segurança, meios de comunicação, ensino, etc., que seria longo invocar os escopos determinantes dos mais variados diplomas legais relativos à espécie”. *Ibidem*, p. 47

⁸⁶ MIGUEL REALE ensina que: na realidade, nenhuma dúvida paira sobre o termo ‘Deontologia’, proposto pelo filósofo inglês Jeremias Bentham, um dos grandes mentores da Ética utilitarista, para designar o

O termo deontologia foi introduzido em 1834 por Jeremy Bentham para referir-se ao ramo da ética, cujo objeto de estudo são os fundamentos do dever e as normas morais. Relaciona-se ao conjunto de princípios e regras de conduta inerentes ao exercício de uma profissão, de forma que cada profissional está sujeito a uma deontologia própria a regular o exercício de sua atividade, conforme o Código de Ética de sua categoria.

Ensina MIGUEL REALE que, na linguagem jurídica, “Código” significa, em geral, uma coletânea ou corpo de leis, que contém todas ou a maior parte das normas jurídicas que disciplinam determinada matéria, disposta de maneira sistemática, num todo orgânico, de tal modo que sejam facilitadas tanto a investigação científica quanto a interpretação do texto.

Verifica-se que o primeiro código de deontologia foi feito na área médica nos Estados Unidos da América em meados do século passado. Explica MIGUEL REALE que o Código de Ética Médica é a emanção de um corpo de normas que possa conciliar a “dignidade pessoal do médico” e as exigências do bem comum.

Segundo o autor, se fosse de outra forma, não teria o Governo da República conferido ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais, em seu conjunto, a dignidade de Autarquia, isto é, um serviço público federal autônomo dotado de personalidade jurídica própria, capital personalizado, autonomia administrativa e com funções e poderes que expressamente lhe foram delegados. Há delegação de poderes que admitem seu exercício inclusive sob o prisma penal e disciplinar.

complexo de direitos e deveres que devem nortear, com justiça e conveniência, a ação humana em todos os domínios de suas manifestações (cf. Miguel Reale, “Filosofia do Direito”, 6 Ed., São Paulo, 1972, vol. II, p.259). É na sua obra ‘Deontology’, de 1934, que Bentham escreve: “A palavra ‘Deontologia’ deriva de duas palavras gregas ‘to déon’ (o que é conveniente) e ‘logia’ (conhecimento); isto é, o conhecimento daquilo que é justo ou conveniente”. É claro que para Bentham, a base da Deontologia é o princípio da utilidade, visto como, adverte ele, ‘uma ação é boa ou má, digna ou indigna, merecedora de aprovação ou de repulsa, na proporção de sua tendência a aumentar ou diminuir a soma da felicidade pública (cf. “Déontologie ou Science de La Morale”, em Oeuvres de Jérémie Bentham”, Bruxelas, 1840, vol. III p.359; cf. outrossim, do mesmo autor, “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, Londres, 1823, a 1ed. é de 1789). É claro que, quando o legislador pátrio empregou o termo ‘Deontologia Médica’ não o fez no sentido estrito da Moral utilitarista, mas para indicar, de maneira geral, todo o domínio da Ética disciplinadora dos atos humanos em função dos valores tanto da pessoa, enquanto expressão da individualidade moralmente livre e como tal intangível, quanto da comunidade, o que implica um sistema de direitos e deveres, uma correlação harmônica entre o que é lícito e o que é devido”. (REALE, Miguel. *O problema da fiscalização das atividades profissionais – a natureza ‘estatal-corporativa’ do Conselho Federal de Medicina – Conceito da ‘deontologia médica’ – que se deve entender por ‘código’*. In: Revista dos Tribunais n. 503, 1957, p. 33 (“Archives”, vol. e ob. cit., pág. 123 e segs).

Tais poderes decorrem não só da estrutura autárquica destes Conselhos, como também de disposições expressas da Lei 3.268 de 30 de setembro de 1957, cujo artigo 15, “d”, outorga aos Conselhos Regionais competência para “conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem”.

Importante ressaltar o posicionamento de GENIVAL VELOSO FRANÇA, segundo o qual, além da necessidade de regular as questões técnicas referentes ao exercício da profissão, surge a questão ética do que se pode fazer, especialmente se considerarmos as grandes inovações no campo da saúde da atualidade que sem dúvida alguma modificam a vida humana.⁸⁷

Afirma o autor:

“(...)Desse modo, a Deontologia Médica vai pouco a pouco se transformando num projeto da preocupação de todos, pois a vida e a saúde das pessoas não são apenas do interesse dos médicos e de suas corporações, mas também de todos os segmentos da sociedade.”⁸⁸

Verifica-se, portanto, que, em 30 de setembro de 1957, foi publicada a Lei 3.268, que instituiu o Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais de Medicina, conferindo ao primeiro atribuição privativa para votar e alterar o Código de Ética Médica, ouvidos os Conselhos Regionais. Além disso, foram definidas normas de conduta do exercício da atividade médica e de comportamento pessoal, que se encontram dispostas no Código de Ética Médica, em vigor a partir de 08 de janeiro de 1988 – Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.246.

O Código de Ética Médica, Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.246, em vigor até 22 de Março de 2010, foi elaborado a partir de decisões proferidas na I Conferência Nacional de Ética Médica. Sua observância é obrigatória para todos os médicos, pois norteia o exercício da medicina e é exigível a todos os profissionais da área médica, de forma que seu papel fundamental é orientar o exercício da arte médica.

De acordo com o estabelecido nos artigos 2º e 5º deste Código, no Brasil, o exercício da profissão e o uso da denominação médico são proibidos àquele que não possui a habilitação, de forma que sua prática ensejará responsabilidade civil e penal, se realizada em tais condições.

⁸⁷ FRANÇA, Genival Veloso. Palestra no III Congresso Brasileiro de Bioética e I Congresso de Bioética do Conesul Porto Alegre, 2 a 4 de julho de 2000. Disponível em: <http://www.medicinalegal.com.br/a50.htm>.

⁸⁸ *Idem*.

Desta forma, o exercício da medicina, em qualquer lugar do território nacional, só pode dar-se se o profissional tiver título registrado no Departamento Nacional de Saúde Pública e na repartição sanitária estadual competente.

Nos tempos atuais, aquele que pretende exercer a atividade médica deve cursar a escola básica ou fundamental, isto é, o primeiro grau; o segundo grau ou ensino médio e, depois, prestar vestibular como condição para frequentar o curso superior e ser aprovado em uma das Universidades credenciadas a manter Faculdade de Medicina.

Terminado o curso específico de graduação em medicina, com duração de seis anos, será necessário cumprir estágio de dois anos em hospital, o que é vulgarmente intitulado de residência médica. Somente após o cumprimento destes requisitos, o médico poderá obter o registro no Conselho Regional de Medicina como condição para exercer o seu ofício.

Neste sentido SERGIO CAVALIERI FILHO:

“(...)algumas profissões, pelos riscos que representam para a sociedade, estão sujeitas a disciplina especial. O erro profissional, em certos casos, pode ser fatal, razão pela qual é preciso preencher requisitos legais para o exercício de determinadas atividades laborativas, que vão desde a diplomação em curso universitário, destinado a dar ao profissional habilitação técnica específica, até a inscrição em órgão especial. Estão neste elenco os médicos, dentistas, farmacêuticos, engenheiros, etc.”⁸⁹

A respeito do preenchimento dos requisitos essenciais para o exercício da atividade médica, vale ressaltar o artigo 17 do Código de Ética Médica em vigor, Lei 3.268 de 30 de setembro de 1957, dispõe sobre os Conselhos Regionais de Medicina e estabelece que, para o exercício da Medicina, é indispensável o diploma registrado no Ministério da Educação e no Conselho Regional de Medicina.

Frise-se ainda que os médicos que cometem infrações disciplinares sujeitam-se às penalidades do Código de Ética Médica, porém, o exercício da Medicina também é controlado pela Lei das Contravenções Penais (art. 47)⁹⁰ e pelo Código Penal (art. 282).⁹¹

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio.Op. cit., p. 315.

⁹⁰Brasil. Lei das Contravenções Penais. Artigo 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício: pena – prisão simples, de 15 dias a 3 meses ou multa.

⁹¹Brasil. Código Penal.Artigo 282. Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites: pena – detenção, de 6 meses a 2 anos. Parágrafo único: Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Importante esclarecer a este respeito que não é apenas o leigo que pode exercer de forma ilegal a atividade médica, podendo também o médico incorrer em tal condição, desde que não tenha completada a regularização de sua documentação, por exemplo, embora tenha o diploma de médico esteja exercendo a profissão sem registrar-se no Conselho Regional de Medicina.⁹²

O Código de Ética Médica determina quais são os princípios fundamentais para o exercício da atividade, dentre os quais são considerados principais: exercê-la com honra, dignidade, em boas condições de trabalho, remuneração justa, sem discriminação de qualquer natureza; atuar com o máximo zelo, desempenhando o melhor de sua capacidade profissional; zelar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, pelo prestígio e bom conceito da profissão; aprimorar continuamente seus conhecimentos, utilizando o melhor do progresso científico em benefício do paciente e não ser exercida como comércio.

Conforme já mencionado, constata-se que a Medicina sofreu um extraordinário progresso nos últimos anos, obrigando o médico a enfrentar situações novas que começam a compor a rotina comum da prática médica, como os transplantes de órgãos e tecidos, a fertilização assistida e o próprio uso da cartografia do gene humano. E do desdobramento disso, surgiu a necessidade de se criar novos limites de regras éticas, de um lado, para suprir a necessidade de se propiciar condições de vida e de saúde cada vez melhores; de outro, a preocupação de não se descuidar da dignidade humana.⁹³

Sobre este progresso, GENIVAL VELOSO FRANÇA comenta que também sucedeu a socialização da medicina com a expansão dos serviços de saúde e a criação das instituições prestadoras da assistência médica, colocando-se entre a relação estabelecida pelo médico e o paciente, inclusive assimilando as situações novas e suas complexas implicações de ordem éticas e morais. Por esta razão, o que antes era apenas da exclusiva responsabilidade do médico passou também a ser dessas instituições que prestam serviços

⁹² Charlatanismo é o exercício da Medicina por não-médicos ou mesmo médicos que utilizam práticas não justificadas. A palavra deriva do italiano e significa charlar, tagarelar. É o mesmo que curandeiro, impostor e que explora a boa-fé do próximo. O Código Penal Brasileiro trata da matéria no artigo 283 – “inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível: pena – detenção, de 03 meses a 01 ano e multa”. Curandeirismo refere-se ao não médico que não usa recursos da Medicina. O curandeirismo é crime, não sendo preciso haver dano para que ele se consume, haja vista tratar-se de um perigo presumido. Artigo 27 da Lei de Contravenções Penais: Explorar a credulidade pública mediante sortilégios, predição de futuro, explicação de sonho, ou práticas congêneres: Pena – prisão simples, de 1 a 6 meses, e multa. Artigo 284 – Exercer o curandeirismo: I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III – fazendo diagnósticos: Pena – detenção, de 6 meses a 2 anos. *Parágrafo único.* Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito a multa.

⁹³ FRANÇA, Genival Veloso. Palestra no III Congresso Brasileiro de Bioética e I Congresso de Bioética do Conesul Porto Alegre, 2 a 4 de julho de 2000. Disponível em: <http://www.medicinalegal.com.br/a50.htm>

à saúde em grande escala, as quais não poderiam ficar à margem das normas que se inclinam em favor da ordem pública e do interesse social.

Neste sentido, conclui o autor:

“(...)Há motivos políticos e sociais que começam a reclamar dos médicos posições mais coerentes com a realidade que se vive. Um modelo capaz de revelar o melhor papel que essa postura venha desempenhar no complexo projeto de direitos e deveres, e que possa apontar, com justiça e conveniência, o caminho ideal na realização do ato médico e nas exigências do bem comum.”⁹⁴

Tais fatos impulsionaram discussões a respeito da necessidade de elaborar um novo Código de Ética Médica. Segundo ensina JURANDIR SEBASTIÃO, as modificações no Código de Ética Médica são feitas mediante as Resoluções Normativas baixadas pelo Conselho Federal de Medicina que pode revogar, modificar, complementar e regulamentar os dispositivos atuais ou mesmo, adotando novo Código de Ética Médica.⁹⁵

Em 24 de setembro de 2009, foi publicado no Diário Oficial da União o novo Código de Ética Médica, aprovado em 17 de setembro de 2009, Resolução do Conselho Federal de Medicina, a de nº 1.931, entrará em vigor apenas em 22 de Março de 2010, após 180 dias da data de sua publicação, a partir de quando estará revogado o Código de Ética Médica aprovado pela Resolução Conselho Federal de Medicina n.º 1.246, publicada no Diário Oficial da União em 26 de janeiro de 1988.⁹⁶ Esta nova disciplina aplicada à área médica é resultado de 02 anos de debates entre os Conselhos Regionais de Medicina, Entidades Médicas, médicos e instituições científicas e universitárias, como também a análise de 2.677 sugestões encaminhadas por médicos e entidades organizadas relacionadas à saúde.⁹⁷

O novo Código de Ética Médica manteve alguns dos dispositivos do diploma anterior, porém trouxe dispositivos novos que apresentam uma estrutura semelhante aos do ordenamento jurídico, trazendo expressões jurídicas que migraram do próprio Código Civil Brasileiro, do Código Penal Brasileiro, do Estatuto do Menor e do Estatuto do Idoso.

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.91-92.

⁹⁶ Brasil. Código de Ética Médica: Art. 3º. O Código anexo a esta Resolução entra em vigor cento e oitenta dias após a data de sua publicação e, a partir daí, revoga-se o Código de Ética Médica aprovado pela Resolução CFM n.º 1.246, publicada no Diário Oficial da União, no dia 26 de janeiro de 1988, Seção I, páginas 1574-1579, bem como as demais disposições em contrário.

⁹⁷ O artigo 2º do novo Código de Ética Médica estabelece a possibilidade do Conselho Federal de Medicina, sempre que for necessário, expedir Resoluções que complementem a presente codificação e que facilitem a sua aplicação.

Foram introduzidos dispositivos para disciplinar as questões de autonomia do paciente com destaque ao direito à informação, avanços tecnológicos, uso de seres humanos e animais em pesquisa, tratamento de pacientes com doenças em estado terminal ou incuráveis; bem como, recomendações explícitas sobre os tratamentos de fertilização.

É Importante observar que o novo Código de Ética Médica fez recomendações expressas aos médicos a fim de que colham o assentimento do menor de idade em qualquer ato médico a ser realizado, independentemente se o menor estiver ou não devidamente representado pelos pais, considerando que a criança tem o direito de saber o que será feito com o seu corpo.

Determina que os médicos não se submetam à pressão de hospitais e clínicas médicas, no sentido de atenderem um número maior de pacientes por dia, em razão da grande demanda de atendimento dos planos de saúde e do próprio sistema único de saúde; e estão proibidos de vender medicamentos ou ganhar comissão das indústrias por produtos que recomendarem.

Importante preocupação do Código de Ética Médica foi evidenciar ainda mais o dever dos médicos de informarem de forma precisa sobre o patrocínio em ocasiões de apresentações, palestras, conferências ou trabalhos técnico-científicos, bem como registrar o título de especialista junto ao Conselho Regional em que tiver efetuado sua inscrição, pois foi constatado que se preocupam em efetuar o registro de seu título de especialista junto ao Conselho, de forma que, a partir da vigência do Novo Código de Ética Médica, o profissional que se intitular especialista e não tiver seu título registrado no CRM poderá sofrer as sanções estabelecidas no Código.

Constata-se a proibição constante no Código de Ética Médica para a criação de embriões para pesquisa e a escolha do sexo do bebê nas clínicas de reprodução assistida.

Importante destacar ainda a disciplina do Código de Ética Médica, disposta no capítulo III, no que tange à responsabilidade do médico pelos atos praticados no exercício da medicina. Dispõe o artigo 1º e o parágrafo único do referido capítulo que é vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imprudência, imperícia ou negligência, sendo a responsabilidade médica sempre pessoal e não passível de presunção.

Constata-se que a relação médico-paciente é considerada *intuitu personae*, ou seja, a responsabilidade civil do médico é sempre pessoal, requerendo a comprovação de

culpa (negligência, imprudência ou imperícia), de forma que não se pode admitir qualquer espécie de presunção. Neste sentido, não poderá ser aplicada para o médico, a teoria da responsabilidade civil objetiva, baseada no risco inerente à atividade exercida, embora ainda seja aplicada às clínicas médicas, aos hospitais e aos planos de saúde que exercem a atividade com escopo empresarial.

Embora já houvesse entendimento jurisprudencial no sentido de que a culpa médica deve ser comprovada e não pode ser presumida, não havia disposição expressa em lei e nem mesmo uma resolução que tratasse do assunto.

Apesar do Código de Ética Médica ser apenas uma resolução que regulamenta o exercício da atividade médica, ou seja, é apenas um ato normativo proveniente da Administração Pública Indireta, Conselho Federal de Medicina, na qualidade de Autarquia Federal, no exercício do Poder Regulamentar que lhe é conferido, não é considerada lei em sentido estrito – isto é, lei ordinária ou lei complementar, submetida ao processo legislativo completo – de forma que suas disposições não podem contrariar estas espécies normativas, sendo apenas aplicadas na omissão do Poder Legislativo ou para explicitar o sentido das leis por ele elaboradas.

De acordo com o estabelecido no Capítulo I do Código de Ética Médica, dentre seus princípios fundamentais, consta expressamente no inciso X que “a medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio”; no inciso XIX que “o médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes da sua relação particular e de confiança e executados com diligência, competência e prudência”; e também no inciso XX ao dispor que “a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”.

No entanto, conforme será esclarecido ao longo desta pesquisa, embora a partir da vigência do novo Código de Ética Médica passe a existir disposição expressa a respeito, na realidade prática, na forma como se dá efetivamente, de acordo com a sociedade atual, não tem sido este o entendimento aplicado às ações judiciais por alegado erro médico, haja vista que tanto a parte na fundamentação do pedido constante na petição inicial, quanto os juízes no dispositivo das sentenças judiciais, afirmam que a relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente na prestação de serviços médicos razão pela qual têm sido aplicados os privilégios estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor ao consumidor, desequilibrando a relação jurídica por considerá-lo parte mais vulnerável em detrimento do profissional da saúde.

As causas de excludente da culpa também ficaram mais claras no novo Código de Ética Médica, pois foi expressamente considerada a possibilidade de ocorrerem fenômenos imprevisíveis e inevitáveis na medicina, que não é uma ciência exata, ou seja, o caso fortuito e a força maior.

Admitiu-se inclusive a exclusão da culpa do médico nas hipóteses em que ficar comprovado que os prejuízos decorreram de culpa exclusiva da vítima quando, por exemplo, abandonou o tratamento ou não o realizou segundo as prescrições do profissional.

CAPÍTULO IV.

A REPARAÇÃO DE DANO POR ALEGADO ERRO MÉDICO

IV. 1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

IV. 1.1. Breve histórico sobre a responsabilidade civil

A responsabilidade civil é um instituto no ordenamento jurídico que, dada a sua importância, sofreu grandes transformações ao longo do tempo, sempre com vistas ao seu aprimoramento e adequação às necessidades e aspirações da sociedade em dado momento histórico.¹

Sobre a evolução da responsabilidade civil, inicialmente deve-se frisar as considerações de MARIA HELENA DINIZ ao afirmar que:

“a responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, pois sua expansão se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, à sua extensão ou área de incidência (número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade) e à sua profundidade ou densidade (exatidão de reparação).”²

A partir da antiguidade, constatou-se a necessidade de regular por meio de normas jurídicas a reparação de prejuízos sofridos por alguns indivíduos em decorrência da ação ou omissão de outros, a fim de estabelecer a ordem na sociedade, mantendo-se uma convivência mansa e pacífica entre eles.

Nos primórdios da civilização humana, imperava a vingança coletiva, que se dava pela reação conjunta do grupo contra o agressor em virtude da ofensa a um de seus componentes. Da mesma forma, a responsabilidade era coletiva e atingia os membros do grupo, clã, família, tribo, independentemente da determinação ou não do autor material do dano.³ Aos poucos a individualização foi sendo verificada, já caracterizando o primeiro passo de evolução.

Constata-se que, naquela época, as situações que envolviam prejuízos eram resolvidas por meio da reparação do mal pelo mal, ou seja, aquele que sofria o dano

¹DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 1, p. 29.

²DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 9, com referência à Arnaldo Wald.

³DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1998, p. 19, com citação de DECUGIS, Henri. *Les étapes du droit, des origines a nos jours*. Paris: Sirey, 1946, p. 326.

poderia impor ao causador do mesmo uma pena que correspondesse ao sofrimento ou prejuízo causado.⁴ Tratava-se da aplicação da Lei de Talião, que dentre os romanos restou consagrada em regra jurídica, uma vez que se encontravam “traços (dela) na Lei das XII Tábuas (Tábua VIII, 2ª Lei)”.⁵

Fica claro que, neste período, a responsabilidade tinha um caráter repressivo, ou seja, o propósito era a punição do agente, sem qualquer preocupação reparadora, e sem qualquer cogitação sobre a existência ou não de culpa na conduta do causador do dano.

Afirma ROBERTO SENISE LISBOA:

“A justiça retributiva prevalecia mediante o uso da força, e não da efetiva reparação do dano, observando-se a equivalência das perdas e a proporcionalidade in concreto entre a vingança e o prejuízo sofrido pela vítima.”⁶

Sobre o comportamento da época, relevantes as considerações de JOSÉ AGUIAR DIAS ao esclarecer que a vingança privada não resolvia o dano, uma vez que através dela não havia reposição da vítima à situação existente antes do evento danoso. Ao contrário, a vítima pura e simplesmente ficava autorizada a gerar outro dano, multiplicando-se o dano, pois, onde era apenas um, passavam a ser dois os lesados⁷ em prejuízo do bem comum.

Não é outra a posição de ALVINO LIMA:

“Desta primitiva forma de responsabilidade, passou-se à composição voluntária, pela qual o lesado, podendo transigir, entra em composição com o ofensor, recebendo um resgate (poena), isto é, uma soma em dinheiro, ou a entrega de objetos. A vingança é substituída pela composição a critério da vítima, subsistindo, portanto, como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido.”⁸

Posteriormente, vedada a justiça pelas próprias mãos, surge a composição tarifada para hipóteses concretas previstas na Lei das XII Tábuas, onde havia previsão do valor da pena a ser paga pelo ofensor.

⁴Cf. MAZEAUD et MAZEAUD, apud DIAS, José Aguiar. Op. cit., p. 29.

⁵LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2. ed., 1999. p. 20. Também nesse sentido, DIAS, José Aguiar. Op. cit., p. 30.

⁶LISBOA, Roberto Senise. Op. cit., p. 21.

⁷DIAS, José Aguiar. Op. cit., p. 30.

⁸LIMA, Alvino. Op. cit., p. 20.

Sucedee à composição tarifada a composição obrigatória, também aplicável para situações previstas concretamente, ainda sem alusão a um princípio geral da responsabilidade civil, exatamente em razão da casuística utilizada.

Segundo FERNANDO NORONHA, a fixação destas multas que revertiam em favor do lesado significou a passagem da natureza essencialmente repressiva para uma finalidade indenizatória.⁹ De fato, evoluiu-se da justiça punitiva exclusiva, retributiva, para a justiça distributiva.¹⁰

É de se destacar que não se cogitava qualquer idéia ou noção da avaliação de culpa pelos prejuízos causados¹¹, tampouco um princípio geral que regulamentasse a reparação do dano.

Com advento da Lex Aquilia¹², que é um plebiscito de data desconhecida (possivelmente do século III a.C.),¹³ passou a haver responsabilidade pelo dano daquele que, sem direito ou escusa legal, causasse prejuízo à propriedade alheia. Era o chamado “*damnum injuria datum*”, que representava o início da generalização do dever de reparar os prejuízos, embora contivesse referência a casos concretos. Não se precisa dizer que é em

⁹NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 529. O autor chama a atenção para o fato de só se ter verificado a verdadeira dissociação da responsabilidade penal e da responsabilidade civil com o advento do Estado moderno, nos séculos que sucederam a Idade Média, em especial no século XVIII, ao tempo do Iluminismo que precedeu a Revolução Francesa. “Foi só então que se assistiu à publicização da responsabilidade penal e à privatização da responsabilidade civil”. CARLOS ROBERTO GONÇALVES, por sua vez, afirma que “a diferenciação entre a ‘pena’ e a ‘reparação’, entretanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos público (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima. O Estado assumia assim, ele só, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Comentários aos arts. 927 à 965... p. 8).

¹⁰DIAS, José Aguiar. Op. cit., p. 31.

¹¹Neste sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. Comentários aos arts. 927 à 965... p. 8.

¹²A Lei Aquília era dividida, como nos ensina Aguiar Dias, em três capítulos: o primeiro dizia respeito à morte de escravos ou animais; o segundo tratava da quitação por parte do *adstipulador* com prejuízo do credor estipulante, tudo com preocupação de proteger o crédito como coisa; o terceiro e último capítulo é que tratava da *damnum injuria datum*, com alcance mais amplo que dois primeiros, compreendia as lesões a escravos ou animais e destruição ou deterioração de coisa corpóreas (DIAS, José Aguiar. Op. cit., p. 32).

¹³GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Curso de direito civil: elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000., p. 9. No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 530 e BIANCA, C. Massimo. Op. cit., p. 535.

razão do nome dado a este diploma que se fala hoje em responsabilidade aquiliana em contraposição à responsabilidade contratual ou negocial.¹⁴

Ressalte-se que muitos autores entendem que a Lei Aquilia introduziu a noção de culpa como fundamento da responsabilidade¹⁵, que seria para eles, o ponto de maior relevo do avanço jurídico que ela representou.

Esteja ou não a razão com aqueles que afirmam já estar contida a idéia de culpa na Lei Aquilia – o que de todo é problema puramente teórico – o fato é que foi a partir dela que se introduziu o elemento subjetivo como fonte da responsabilidade civil, em contraposição ao objetivismo retributivo do direito primitivo.

Vale a pena transcrever a síntese formulada por AGUIAR DIAS sobre a evolução da responsabilidade civil no direito romano:

“(...) da vingança privada ao princípio de que a ninguém é lícito fazer justiça com as próprias mãos, à medida que se afirma a autoridade do Estado; da primitiva assimilação da pena com a reparação, para a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, por insinuação do elemento subjetivo da culpa, quando se entremostra o princípio *nulla poena sine lege*. Sem dúvida, fora dos casos expressos, subsistia na indenização o caráter de pena. Mas os textos autorizadores das ações de responsabilidade se multiplicaram, a tal ponto que, no último estágio do direito romano, contemplavam, não só os danos materiais, mas também os próprios danos morais.”¹⁶

A evolução então iniciada prosseguiu no direito romano até o “*Corpus Juris Civilis*”, e foi retomada na Europa no final da Idade Média, quando foi feita a perfeita separação entre a responsabilidade penal e civil.¹⁷

¹⁴ Como se disse acima, o *damnum injuria datum* previsto na Lei Aquilia consistia na destruição ou deterioração de coisa alheia, sem direito ou escusa legal. O direito de reparação era concedido originariamente apenas ao proprietário da coisa lesada. Depois, por força da jurisprudência, passou a ser concedido o mesmo direito também aos possuidores e aos titulares de direito real sobre o bem. Também era limitada pelo diploma em questão a natureza do dano: só se indenizava o dano *damnum corpore corpori datum*, ou seja, o dano que fosse causado diretamente na coisa por uma ação do responsável (de um corpo noutro). No entanto, este âmbito tão restrito acabou por ser alargado, por obra pretoriana, admitindo-se ações mesmo que se tratasse de *damnum non corpore datum*, quer dizer, quando o dano tivesse ocorrido indiretamente pelo ato do demandado.

¹⁵ Há autores que vêem na casuística romana da lei aquilia relevância exclusiva no nexo causal, sendo irrelevante a noção de culpa para determinar a imputação do dano. Sobre os autores adeptos de uma ou outra corrente, consulte-se ALVINO LIMA, Op. cit., p. 23, DE LORENZO, Miguel Frederico. *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 16 e DÍAZ, Julio Alberto, Op. cit., p. 20.

¹⁶ DIAS, José Aguiar. Op. cit., p. 33.

¹⁷ Cf. MAZEAUD et MAZEAUD, apud DIAS, José Aguiar. Op. cit., p. 31, “o direito romano, entretanto, jamais chegou a separar a indenização do primitivo conceito de pena.”

Nesta fase, incorporou-se a idéia de culpa à responsabilidade civil, idéia esta desenvolvida pelos canonistas¹⁸, em razão da moral e da ética por eles pregada. A culpa, como já afirmado, relaciona-se com a idéia de pecado. Lembre-se da grande influência que o cristianismo teve no sistema romano-germânico. Foi, porém, o Código de Napoleão de 1804 que consagrou a idéia da culpa na responsabilidade civil, ao estabelecer que todo aquele que o causar por culpa própria fica obrigado a reparar o dano. O preceito estava contido no artigo 1382 do Código Civil francês e foi considerado a “pedra angular de toda a legislação sobre a responsabilidade decorrente do ato lesivo”.¹⁹

Criou-se, então, o princípio geral da responsabilidade civil que, levado ao extremo, conduziu à afirmação, tão comum, de que não há responsabilidade sem culpa (“sem culpa, nenhuma reparação”²⁰).^{21 22}

Pela doutrinária clássica francesa e pela tradução do artigo 1.382 do Código Napoleônico, os elementos tradicionais da responsabilidade civil são: a conduta do agente (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo (englobando o dolo e a culpa *stricto sensu*), o nexo de causalidade e o dano causado.

ALVINO LIMA, em sua clássica obra, após advertir sobre as várias vertentes a respeito do tema, define culpa como sendo “um erro de conduta, moralmente imputável ao

¹⁸Cf. RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 205, nestes termos: “É certo que, ainda aí, os canonistas, pelas suas análises sutis das paixões humanas, ajudaram a carregar o fardo da responsabilidade civil. Quando o Código Civil foi redigido a regra geral estava estabelecida.” AGUIAR DIAS diz que “culpa representa, em relação ao domínio em que é considerada, situação contrária ao *estado de graça*, que, na linguagem teológica, se atribui à alma isenta de pecado” (DIAS, José Aguiar. Op. cit., p. 126).

¹⁹LIMA, Alvino. Op. cit., p. 41.

²⁰*Ibidem*, p. 48.

²¹ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 25: “in prospettiva storica, le diverse codificazioni che si sono succedute nell’Ottocento documentano come alla base dei sistemi di responsabilità civile si sia posto sempre il principio della colpa. La regola fondamentale è che ciascuno risponde personalmente, per i danni che abbia provocato a terzi, se ha tenuto un comportamento negligente, imprudente, o se ha, per imprudenza e negligenza omissivo di tenere il comportamento richiesto. L’azione o l’omissione di cui si risponde deve essere perciò connotata da ‘colpa’”.²¹

²²TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961. p. 10-11. Nos dizeres de PIETRO TRIMARCHI, “si tratta (a culpa) del dogma, confermato dal pensiero illuminista che ha avuto grande influenza sulla codificazione, secondo il quale l’uomo è soggetto di diritto solo in quanto portatore di volontà libera, o destinatario consapevole di comandi giuridici. Di qui la tendenza a vedere le fonti di obbligazioni solo nella volontà negoziali e negli atti illeciti dolosi e colposi (...) ‘Nessuna responsabilità senza colpa’ era il principio generalmente accettato nella letteratura giuridica del secolo scorso.”

agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato.”²³

Verifica-se que a culpa era necessária para desencadear a responsabilidade civil, mas, naquele período, bastava qualquer culpa, ou seja, tivesse o agente vontade de causar o dano (culpa delitual) ou tivesse ele agido com mera imprudência, negligência ou imperícia (culpa quase-delitual)²⁴.

O fato é que a noção de culpa traz em si a idéia de imputabilidade, ou seja, a reprovação moral que o agente merece por não ter evitado o dano, o que poderia e deveria ter feito. Centra-se a análise no ato e na consciência do agente, de forma que a significação de responsabilidade foi inteiramente assimilada pela idéia de culpabilidade.²⁵

Foi exatamente sob esta concepção oitocentista, de índole eminentemente individualista e liberal, que o Código Civil de 1916²⁶ definiu a fonte do dever de indenizar em seu artigo 159, ainda que já houvesse um movimento de evolução na doutrina que havia inspirado o Código francês. Por este sistema, a regra é que a responsabilidade civil só surgia quando houvesse ato ilícito praticado. Ressalte-se que o ato ilícito, por sua vez, pressupõe que haja lesão a um direito, seja real ou personalíssimo, e que seja violado algum preceito legal que proteja e tutele o interesse lesionado.

Além disso, exige-se também que haja culpa do agente, que é considerada como elemento integrante do ato ilícito. Por isso é que se diz que o ato ilícito é composto por dois elementos: o objetivo, que é a antijuridicidade da conduta; e subjetivo que é a imputabilidade do ato ao agente, a culpabilidade, ou seja, o agente pratica o ato quando sabe ou deve saber que sua ação contraria o comando jurídico.

Também restou da construção da responsabilidade no direito brasileiro, a opção do legislador em distinguir a responsabilidade contratual da responsabilidade extracontratual, fenômeno também verificado na maior parte das codificações mais antigas.

²³LIMA, Alvino. Op. cit., p. 69.

²⁴“Pothier (...) riprende la distinzione tra delitti e quasi delitti (...) e precisa che si definisce ‘delitto’ il fatto com il quale una persona, per dolo o malevolenza, causa un danno o un qualunque pregiudizio ad altri, mentre il ‘quasi delitto’ è il fatto con il quale una persona, per una imprudenza non scusabile, causa torto ad un’altra; il danno arrecato con l’intenzione di nuocere è sempre risarcibile, quello che invece è stato prodotto senza intenzione è risarcibile solo se vi è colpa.” (ALPA, Guido; BESSONE, Mario. Op. cit., p. 27).

²⁵DIAS, José Aguiar. Op. cit., p. 55.

²⁶Sobre o regramento da responsabilidade civil anterior ao Código Civil de 1916 confira-se DIAS, José Aguiar. Op. cit., p. 34-46.

Ocorre que a construção teórica sobre a responsabilidade civil, nestes termos clássicos por assim dizer, passou a ser insuficiente para garantir às vítimas o direito à indenização.

Isto porque a sociedade que existia quando do surgimento do Código de Napoleão alterou-se. O surgimento de novos inventos mecânicos provocou situações jurídicas novas, aumentando as colisões de direitos, em especial o número de lesões aos indivíduos. Tudo se agravou com a Revolução Industrial, que teve por consequência, dentre outras, a formação de grandes grupos populacionais nas cidades. Além disso, as novas tecnologias trouxeram um incremento mais do que considerável dos riscos de lesões que até então existiam, bem como uma dificuldade cada vez maior de se identificar quem seria exatamente o sujeito responsável pelo resultado danoso, ante a ausência de prova da culpa de quem quer que fosse.

Além de tudo isto, outro fator decisivo para a evolução, ou melhor, revolução da responsabilidade civil, foi uma crescente valorização do indivíduo, do ser humano, no sentido de ser efetiva e concreta sua proteção pelos ordenamentos jurídicos.

Nesta ordem de idéias, não se concebia que inúmeras lesões ficassem de fora do esquema da responsabilidade civil pela ausência de prova da culpa, de forma que passou a existir uma pressão social no sentido de que fossem reparados todos e quaisquer danos causados.

Dos estudos de SALEILLES e JOSSERAND sobre a teoria do risco, surgem, em 1897, as primeiras publicações sobre a responsabilidade civil objetiva. Iniciam-se debates para a responsabilização daqueles que realizam determinadas atividades para a coletividade, aplicando-se, portanto, a responsabilidade sem culpa.

Na legislação brasileira, vale citar o antigo Decreto-Lei 2.681/1912 que previa a culpa presumida no transporte ferroviário, que posteriormente passou a ser aplicada em todos os tipos de transporte terrestre.

Desta forma, o passo mais importante nesta caminhada foi a aceitação de que o dever de indenizar pudesse surgir sem qualquer questionamento subjetivo, ou seja, sem qualquer indagação moral sobre a conduta em si mesma considerada ou sobre a situação do agente. Cria-se²⁷, então, uma espécie de responsabilidade civil em que é dispensada a

²⁷Na verdade, já existiam no texto dos Códigos hipóteses de responsabilidade sem culpa, embora houvesse dificuldade da doutrina em aceitar esta constatação. “O legislador brasileiro, consagrando a teoria da culpa, nem por isso deixou de abrir exceção ao princípio, admitindo casos de responsabilidade sem culpa, muito

demonstração da culpa do agente. Basta, nestes casos, que a vítima demonstre o nexo de causalidade entre a conduta daquele e o prejuízo sofrido. Trata-se da chamada responsabilidade objetiva²⁸.

Aparentemente, volta-se ao estágio primitivo da reação objetiva, mas com ela não pode ser confundida, pois a responsabilidade objetiva dos povos primitivos tinha por base a justiça retributiva, e a “nova” responsabilidade objetiva estava fundada na justiça distributiva e na solidariedade em diversos setores da atividade profissional, especialmente naqueles em que o desenvolvimento tecnológico se demonstrou mais acentuado, posto que fundados em princípios científicos pós-modernos, o que exige soluções jurídicas compatíveis com a nova realidade social.

De acordo com ROBERTO SENISE LISBOA:

“(…) A aplicação da teoria da responsabilidade embasada no risco da atividade profissional deflui da função social do direito, buscando-se a efetiva reparação do prejuízo da vítima e a eficiente defesa dos interesses socialmente relevantes.”²⁹

Verifica-se que o principal motivo que levou à construção da teoria da responsabilidade objetiva foi a necessidade de se responsabilizar o agente econômico que causa danos patrimoniais e extrapatrimoniais às pessoas pelo simples exercício da sua atividade profissional, haja vista que a demonstração da culpa pelo dano sofrido pela vítima era praticamente impossível, fato que impossibilitava quaisquer espécies de compensação.

Sobre o assunto, as conclusões de ROBERTO SENISE LISBOA:

“A objetivação moderna da responsabilidade tornou possível uma proteção individual real e mais efetiva, além de representar um avanço considerável para a tutela coletiva e difusa por danos transindividuais, ora sob uma visão pós-modernista, em virtude das atividades profissionais destinadas às massas, diante do

embora não tivesse acompanhado, com mais amplitude, a orientação moderna de outras legislações, como seria de desejar.”(ALVINO LIMA, apud DIAS, José Aguiar. Op. cit., p. 54). Em relação ao próprio Código Civil francês, deve-se lembrar a lição de PIETRO TRIMARCHI, segundo o qual “alcune applicazioni del principio della responsabilità senza colpa si erano imposte ai redattori del Code Napoléon: principali fra esse la responsabilità dei padroni e dei committenti per il fatto dei domestici e dei comessi (...) Inoltre, la responsabilità del proprietario per il fatto dell’animale e la responsabilità del proprietario per la rovina di edificio. La dottrina tentò di forzare queste regole entro lo schema preferito, giustificandole in base a una ‘presunzione assoluta di colpa’ (...) Ma ciò non era possibile se non con difficoltà e artificio.” (TRIMARCHI, Pietro. Op. cit. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 11).

²⁸RIPERT afirma que a expressão pode aparentar um regresso à regra básica da vingança exercida sobre o instrumento do prejuízo, motivo pelo qual prefere falar em teoria do risco, seja profissional, seja da propriedade ou risco criado. (RIPERT, Georges. Op. cit., p. 212).

²⁹LISBOA, Roberto Senise. Op. cit., p. 39.

avanço tecnológico, dos meios de transporte e de comunicação e do fenômeno da globalização.”³⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, na tentativa de afirmar a adoção da responsabilidade sem culpa, em reforço ao Código Civil de 1916, a Lei n. 6.938/1981, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, exaltou a responsabilidade objetiva dos causadores de danos ao meio ambiente, que foi afirmada a partir do princípio do poluidor pagador, como também, em 1985, a Lei 7.347, que possibilitou a defesa coletiva de direitos a ser intentada por alguns órgãos legitimados como, por exemplo, o Ministério Público.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988, que trouxe grande avanço para a consagração desta nova vertente doutrinária a partir da determinação da responsabilidade civil do Estado pelos danos comissivos de seus agentes públicos, por meio do artigo 37, §6º que estabelece a responsabilidade civil objetiva do Estado, ou seja, sem necessidade de demonstração de culpa, em virtude da amplitude de sua atuação diante dos indivíduos que compõem a sociedade, tendo em vista que a prestação de serviços cria riscos de eventuais prejuízos.

Nos termos do referido dispositivo: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Frise-se ainda que a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil é fundada na dignidade humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, III e IV), possuindo como objetivos: a liberdade, a justiça, a solidariedade social, a redução das desigualdades e o bem comum (artigo 3º, I, III e IV), determinou que as relações jurídicas constituídas entre os agentes econômicos do mercado de consumo sofressem a incidência dos princípios gerais da ordem econômica, cuja finalidade é assegurar a todos uma vida digna com justiça social, de forma que, nas relações entre fornecedores e consumidores, todas normas jurídicas deveriam ser aplicadas segundo um fim social.

Neste sentido, é notório que as modificações socioeconômicas proporcionadas pela massificação contratual e pelo avanço tecnológico, cujo marco histórico de relevância

³⁰ *Ibidem*, p. 18.

é a revolução industrial, acarretaram a necessidade de maior intervenção do Estado sobre as relações privadas, surgindo a elaboração de novos contornos dos principais institutos jurídicos, dentre eles a responsabilidade civil e a sua aplicação sem a necessidade de comprovação de culpa, que foi consagrada com o Código de Defesa do Consumidor, em 1990.

Neste sentido, ROBERTO SENISE LISBOA:

“Ao consolidar a regra da responsabilidade civil sem culpa do fornecedor, exceção feita aos casos que consigna, a Lei n. 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor), nada mais fez senão ampliar a concepção de reparação do dano pelo simples fato do prejuízo existir. Tal diretriz, de origem remota, foi obviamente adaptada à realidade sócio-jurídica contemporânea que em muito difere daquela existente no direito primitivo. O direito primitivo se assentava nos princípios da justiça retributiva e da vingança. O direito atual deve se fundar na justiça distributiva e na dignidade humana, procurando-se outorgar a efetiva igualdade de condições às partes, em uma relação jurídica.”³¹

O Código Civil de 2002 tratou especificamente da responsabilidade objetiva no artigo 927, parágrafo único, que estabelece “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do risco implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, sem prejuízo de outros comandos legais que também estabelecem a responsabilidade civil sem culpa.

IV.2 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo CARLOS ROBERTO GONÇALVES, a palavra responsabilidade tem origem na raiz latina *spondeo*, que se refere ao vínculo mantido pelo devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano. Afirma o autor que o termo responsabilidade “exprime a idéia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano”.³²

Neste sentido, esclarece CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

“Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e

³¹ LISBOA, Roberto Senise. Op. cit., p. 19.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. IV. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 01.

patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil”. (...) Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o ‘statu quo ante’.”³³

Verifica-se que o termo “responsabilidade” é utilizado em qualquer situação na qual uma pessoa – natural ou jurídica – tem o dever de arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso, praticado por ela mesma ou por outro sujeito que está sob sua responsabilidade. Sob esta condição, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar, de modo que o instituto da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.³⁴

Afirma MARIO JÚLIO de ALMEIRA COSTA que a responsabilidade civil é o dever de reparar um dano sofrido por alguém.³⁵ Não é diferente a posição de RUY STOCO, que a define como o ato de responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos.³⁶

FERNANDO PESSOA JORGE define responsabilidade civil como “a situação em que se encontra alguém que, tendo praticado um acto ilícito, é obrigado a indenizar o lesado pelos danos que causou”.³⁷

Para GISELDA MARIA NOVAES HIRONAKA:

“A responsabilidade civil nada mais é do que o dever de indenizar o dano, que surge sempre quando alguém deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou quando deixa de observar o sistema normativo que rege a vida do cidadão.”³⁸

Segundo JOSÉ AGUIAR DIAS:

“A responsabilidade é a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências estas que podem ou não estar previstas.”³⁹

De acordo com os ensinamentos de SILVIO RODRIGUES:

³³ *Ibidem*

³⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 01.

³⁵ ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 1999, p.449.

³⁶ STOCO, Ruy. Op. cit., p. 118.

³⁷ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 34.

³⁸ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Estudos de direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 265, com referência a Álvaro Villaça Azevedo, “Teoria Geral das Obrigações”, 6 ed. São Paulo, RT, 1997. p. 272.

³⁹ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 5 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 3.

“A responsabilidade civil vem definida por Savatier como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado por outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. Realmente, o problema em foco é o de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado. Esse é o campo que a teoria da responsabilidade civil procura cobrir.”⁴⁰

Para NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, a responsabilidade civil é a consequência da imputação civil do dano à pessoa que lhe deu causa ou que responda pela indenização correspondente, nos termos da lei ou do contrato. Segundo os autores, a indenização devida pelo responsável ao lesado pode ter natureza compensatória e/ou reparatória do dano causado.

A responsabilidade constitui, portanto, uma relação obrigacional cujo objeto é o ressarcimento de um prejuízo sofrido por alguém. Trata-se de uma obrigação *ex lege* ou *ex voluntas* constituída por um fato, que é a violação de um dever jurídico preexistente, que decorre de uma conduta comissiva ou omissiva de um sujeito, cuja atividade desenvolvida pode ser ilícita por sua própria natureza; lícita por natureza, porém ilícita pelo resultado danoso; como também uma consequência dos danos acarretados por uma coisa ou animal que esteja sob a guarda de alguém.⁴¹

Ensina RUY STOCO que o instituto jurídico mais próximo da responsabilidade civil é obrigação, pois, todos os vocábulos cognatos exprimem a idéia de equivalência de contraprestação e de correspondência. Desta forma, explica o autor que é possível fixar uma noção, ainda que imperfeita, de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional da atividade do homem.⁴²

⁴⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

⁴¹ LISBOA, Roberto Senise. Op. cit, p. 20.

⁴² FERNANDO NORONHA defende que não se pode ignorar que responsabilidade, no direito das obrigações, também pode ser entendida como sendo um de seus elementos. Pela teoria dualista das obrigações, que surgiu na Alemanha no século XIX, esta é composta de um elemento que é o débito, dívida, elemento pessoal, ou “schuld” para os alemães, e outro elemento, que só incide quando o preceito contido no primeiro não for observado, que é a garantia, a responsabilidade, a sujeição de um patrimônio, ou “haftung”, para a satisfação forçada do credor. É o que dispõem os artigos 391 do Código Civil e o artigo 591 do Código de Processo Civil. Ambos os dispositivos apontados contêm a regra fundamental da chamada responsabilidade patrimonial: são os bens do devedor que respondem pelo pagamento de suas dívidas. Não se pode olvidar, contudo, que existem obrigações que não contêm o segundo elemento, ora denominado de responsabilidade, embora exista quem as veja como não sendo obrigações verdadeiramente jurídicas. São as chamadas obrigações naturais, imperfeitas ou incompletas, exatamente pela falta deste elemento. Trata-se de obrigações que são juridicamente inexigíveis, mas uma vez cumpridas voluntariamente não haverá qualquer direito de repetição, nos termos do artigo 882 do Código Civil já mencionado. Além disso, a responsabilidade patrimonial quando existe – o que é a regra – não recai sobre todos os bens do patrimônio do devedor ou

De acordo com as palavras de RUY STOCO:

“a responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação. Se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque supérfluo em indagar da responsabilidade daí decorrente. O que interessa, quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente.”⁴³

Não é diferente a opinião de SIVIO DE SALVO VENOSA ao afirmar: “o estudo da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, sendo a reparação dos danos algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito”.⁴⁴

Ensina SILVIO DE SALVO VENOSA que o termo responsabilidade é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. Afirma o autor:

“A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação. Assim, diz-se, por exemplo, que alguém é responsável por outrem, como o capitão do navio pela tripulação e pelo barco, o pai pelos filhos menores, etc. Também a responsabilidade reporta-se ao sentido de capacidade: o amental, por exemplo, a princípio não responde por seus atos, porque não possui capacidade, embora o vigente Código lhe tenha atribuído uma responsabilidade pessoal mitigada. Em nosso estudo, interessa a responsabilidade de alguém como fato ou ato punível ou moralmente reprovável, como violação de direito na dicção do presente Código, o que acarreta reflexos jurídicos. Na realidade, o que se avalia geralmente em matéria de responsabilidade é uma conduta do agente, qual seja, um encadeamento ou série de atos ou fatos, o que não impede que um único ato gere por si o dever de indenizar.”⁴⁵

responsável, uma vez que, em razão da preocupação que se tem com a preservação da dignidade da pessoa humana, existe aquilo que se denomina de tutela do patrimônio mínimo, ou seja, mínimo do patrimônio do devedor ou do responsável que não é atingido pela execução; bens que não ficam sujeitos à satisfação do débito. São todas as hipóteses de impenhorabilidade ditas pela lei. Por fim, ainda em relação à responsabilidade patrimonial, é importante que se verifique que às vezes, por imposição da própria lei, os elementos da obrigação não são coincidentes: o titular do débito é uma pessoa, física ou jurídica, e fica sujeito à satisfação desta mesma dívida o patrimônio de outra pessoa (são as hipóteses do art. 592 do Código de Processo Civil, por exemplo, bens dos sócios quando responderem por dívidas da sociedade). Esta última observação é importante para fins processuais, uma vez que legitimado passivo para execução será sempre o titular do débito, ou seja, o devedor. Porém, o ato de constrição judicial pode recair sobre bens de terceiro, que não foi sequer citado para participar da relação jurídica processual executiva. Não há unanimidade na doutrina sobre esta visão bipartida das obrigações. (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 139 e ss).

⁴³ STOCO, Ruy. Op. cit., p. 119.

⁴⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. Op.cit., p. 02

⁴⁵ *Ibidem*, p. 04

Prossegue SILVIO DE SALVO VENOSA esclarecendo que, no vasto campo da responsabilidade civil, é importante verificar a conduta que reflete na obrigação de indenizar, identificando-a, haja vista que, nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato jurídico. Neste sentido, afirma o autor, que a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra, no ordenamento, está ligado ao ofensor, conforme já esclarecido em outra oportunidade. Se não puder ser identificado o agente que responde pelo dano, este ficará irressarcido; a vítima suportará o prejuízo.

Deve-se ressaltar ainda que as definições apresentadas na doutrina que se referem à responsabilidade civil, parte das vezes, são insatisfatórias em razão da inexistência de uniformidade nas concepções apresentadas. Sobre o assunto, Maria Helena Diniz afirma: “grandes são as dificuldades que a doutrina tem enfrentado para conceituar responsabilidade civil”.⁴⁶

A respeito da responsabilidade civil, conclui JOSÉ ANTONIO NOGUEIRA que “todo o direito assenta na idéia de ação, seguida de reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada”.⁴⁷ Por esta razão, os princípios da responsabilidade civil buscam principalmente restaurar um equilíbrio patrimonial e moral que fora violado por uma ação ou omissão, cujo prejuízo ou dano, caso não sejam reparados, gerarão inquietação social.

Isto porque, a responsabilidade civil por danos decorre da inobservância de um dever geral de não causar danos ou prejuízos a outrem (*neminem laedere ou alterum non laedere*), o que, aliás, é um dos preceitos fundamentais do direito que foram enunciados por Ulpiano.⁴⁸

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, ano, p. 34.

⁴⁷ NOGUEIRA, José Antonio. *As novas diretrizes do direito*, Revista de Direito, 94/15.

⁴⁸ Outras definições podem ser citadas, a título de ilustração. C. MASSIMO BIANCA “La responsabilità extracontrattuale è la soggezione alle sanzioni Del-l’illecito civile.” E continua em nota de rodapé: “La responsabilità extracontrattuale è quindi una situazione giuridica soggettiva, ossia la condizione di chi è tenuto al risarcimento Del danno ed assoggettato agli altri affetti sanzionatori dell’illecito. (...) è il fenomeno della reazione dell’ordinamento alle lesioni degli interessi giuridicamente tutelati” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 531. Para MARIA HELENA DINIZ, “a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal” (DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 34). Para J. FRANKLIN ALVES FELIPE “consiste a responsabilidade civil na obrigação que tem um pessoa – devedora – de reparar os danos causados a outra – credora – dentro das forças de seu patrimônio, em decorrência de um ato ilícito ou de uma infração contratual.” (FELIPE, Franklin Alves. *Indenização nas obrigações por ato ilícito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 11.) CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA diz que “a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em

Em razão deste preceito, as pessoas têm o direito à preservação de suas esferas jurídicas, de forma que, na hipótese de violação de direito, pode surgir ao responsável, o dever de reintegrar a situação anterior (*statu quo ante*), ou seja, a reposição do prejudicado, dentro do possível, no estado em que se encontrava antes da ofensa aos seus interesses, sejam patrimoniais ou pessoais.

Não é diferente a posição de RUY STOCO ao esclarecer que aqueles que vivem em sociedade e aceitaram as regras sociais, as obrigações anímicas impostas pela moral e pela ética, enquanto compromissos supralegais, e pelo regramento institucional imposto pelo tegumento social, expresso no Direito Positivo, assumem o dever de não ofender, nem de lesar, causar dano ou prejuízo sem que tenham justificativas, expressamente previstas na legislação de regência.⁴⁹

Conclui-se, portanto, que o fundamento central do dever de indenizar encontra-se no princípio geral do direito segundo o qual é vedado a todos causar danos a outrem. Por esta razão, no vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber é identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar. Isto porque existem algumas situações, por exemplo, em que o ato é inegavelmente danoso, mas não gera qualquer dever reparatório.

Isto ocorre porque não se confundem lesão, ofensa a interesses ou direitos alheios, com ilicitude e antijuridicidade, que são fenômenos diversos, e este ponto é de fundamental importância. Ao contrário do que comumente se diz, basta a verificação do último para que se fale em dever de reparar o dano.

relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 11). ROBERTO SENISE LISBOA afirma que “responsabilidade é, na acepção jurídica do termo, o dever jurídico de recomposição do dano. A responsabilidade constitui, assim, uma relação obrigacional cujo objeto é o ressarcimento (...) A responsabilidade é uma obrigação *ex lege* ou *ex voluntas* constituída por um fato, que é a violação de um dever jurídico preexistente. E essa transgressão se dá pela conduta comissiva ou omissiva de um sujeito cuja atividade desenvolvida pode ser: ilícita por natureza; lícita por natureza, porém ilícita pelo resultado danoso; ou, ainda, a consequência dos danos acarretados por uma coisa ou um animal sob a guarda dele.” (LISBOA, Roberto Senise. Op. cit., p. 20). Segundo DE CUPIS, Adriano, “la definición más exacta de la responsabilidad civil es la que ve en ella la posición de desventaja del sujeto al que el ordenamiento jurídico transfiere la carga del daño privado, mediante la imposición de su reparación; tal sujeto (el responsable) sufre la reacción jurídica encaminada a colocar el daño a su cargo imponiéndole su reparación (*El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 579, n. 101 *apud* DE LORENZO, Miguel Frederico. *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p. 15).

⁴⁹ STOCO, Ruy. Op. cit., p. 119.

Sobre o assunto, esclarece MURILO SECHIERI COSTA NEVES:

“Na responsabilidade civil atual, a preocupação maior se dá com a situação do que ficou lesado, e não com a conduta do lesante, tampouco com os dados psicológicos presentes em seu comportamento. O sistema de ressarcimento dos danos deve ser dotado de mecanismos que possam, seja pelo recurso à lei, seja por recurso à analogia, equidade, ou princípios gerais do direito – como já apontado no capítulo precedente – assegurar à vítima do dano injustificado, injusto do seu ponto de vista (não subjetivo, por óbvio), uma completa reparação, sem que seja objeto principal da análise do jurista a conduta em si mesma considerada, muito embora, em muitos casos ainda haja necessidade de se valorar a ação (ou omissão) em si mesma para que se possa atribuir o resultado ao agente ou não (são as hipóteses de responsabilidade civil subjetiva fundada na prática do ato ilícito).

Contudo, ainda nas hipóteses em que se fala de ato ilícito, a consequência deste ato será um dano injusto para a vítima. Ainda que se deixasse de olhar para a conduta, a obrigação de reparar os prejuízos estaria presente em razão da injustiça do resultado.

Não se pode ignorar que há atos que, embora danosos, são considerados lícitos, como, por exemplo, aqueles praticados em estado de necessidade, legítima defesa ou exercício regular de direito. Trata-se de atos autorizados pela lei. Ao agente está franqueada a prática do ato, dentro dos limites da permissão, sem que incorra na prática de ato propriamente ilícito, não obstante o ato seja danoso, lesivo ao patrimônio ou à pessoa de outrem.”⁵⁰

A partir destas considerações, conclui-se que a responsabilidade civil é a obrigação que surge quando houver um evento danoso ao qual se busca o dever de reparar. Na ausência de uma justificativa admitida pela lei para que a vítima suporte o dano, deverá o responsável pelo fato ou ato que acarretou o dano arcar com o prejuízo, do contrário, não haverá o dever de compensar o prejuízo causado.

Segundo JOSÉ CRETELLA JUNIOR, os pressupostos mínimos da responsabilidade civil são: 1º) o agente que infringe a norma; 2º) a vítima da quebra; 3º) o nexo causal entre o agente e a irregularidade; 4º) o prejuízo ocasionado – o dano – a fim de que se proceda à reparação, ou seja, tanto quanto possível, ao reingresso do prejudicado no *status* econômico anterior ao da produção do desequilíbrio patrimonial.⁵¹

Neste sentido, verifica-se que a função específica da responsabilidade civil consiste na transferência da repercussão do fato danoso de um patrimônio para outro. No

⁵⁰ NEVES, Murilo Sechieri Costa. *Pressupostos da Responsabilidade Civil e o Dano Injusto*. 2003. 128 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Pontifícia Universidade Católica – PUC, São Paulo, 2003.

⁵¹ CRETELLA JUNIOR, José. Op. cit., 05

entanto, de acordo com PAOLLO GALLO, também é possível conferir à responsabilidade civil, além da função reparatória, as funções sancionatória e preventiva.⁵²

Conforme já afirmado, a função reparatória consiste restabelecer a situação existente antes da ofensa – da lesão – pois, o que se busca com a responsabilidade civil é aplacar o prejuízo, através da recomposição, dentro do possível, da situação anterior, seja o dano material ou não. Este entendimento caracteriza a concepção clássica do instituto da responsabilidade civil.⁵³

No entanto, de forma secundária, a responsabilidade civil pode desempenhar função sancionatória, tal como a responsabilização criminal, qual seja, a imposição de uma pena para retribuir a prática do ilícito. Sua função, nestes casos, é de uma pena privada⁵⁴, em razão do caráter de reprovação moral que muitas vezes o fato que a ocasiona apresenta – o que não a caracteriza como forma de responsabilidade penal.⁵⁵

⁵² PAOLLO GALLO fala também numa função de repartição e de socialização dos prejuízos. São estas suas palavras: “I danni no si vuole più che restino là dove sono caduti, ma si vuole la parcellizzazione nel modo più alto possibile. In questa prospettiva secondo alcuni autori una delle funzioni principali della responsabilità civile sarebbe proprio quella di consentire la parcellizzazione e la socializzazione del costo degli incidenti, al pari di altri istituti quali per esempio la previdenza sociale e l’assicurazione.” (GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 7).

⁵³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. Op.cit., p. 452.

⁵⁴ Sobre esta função, PAOLLO GALLO explica que existem dois modelos de responsabilidade civil. “In presenza di danni di natura patrimoniale la responsabilità civile assolverebbe essenzialmente una funzione resarcitoria, finalizzata cioè a traslare in capo al soggetto agente il costo sociale degli incidenti. Ogniquale volta viceversa manchi un danno di natura patrimoniale immediatamente quantificabile, la responsabilità civile muterebbe aspetto e funzioni; in questi casi il problema non è più quello di risarcire, di trasferire il costo degli incidenti, ma piuttosto di tutelare mediante l’istituto della responsabilità civile determinate situazioni giuridiche soggettive o interessi meritevoli di tutela. In questo secondo gruppo di casi spesso si finge l’esistenza del danno, che viene dato dal presunto, esistente in *re ipsa*; se a questo si aggiunge ancora che la quantificazione dell’obbligo risarcitorio è completamente sganciata dalla prova dei danni effettivamente subiti, ed è spesso collegata a parametri del tutto differenti, quali per esempi i profitti realizzati dal responsabile della lesione, la gravità della sua colpa, la sua condizione patrimoniale, e così via, non è difficile rendersi conto che si è di fronte ad ipotesi del tutto differenti da quelle tradizionali di responsabilità civile (...) Non importa ovviamente il nome mediante il quale si qualificano le somme concesse nei casi di questo genere (danni non patrimoniali, pene private, e così via); quello che è certo è che nei casi di questo genere la responsabilità civile assolve a funzioni completamente differenti rispetto a quelle assolve in materia di danni patrimoniali.” (GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 10-13). Conclui o autor italiano dizendo que “la progressiva espansione della responsabilità civile nel settore della tutela della persona e della vita privata da un lato, de dall’altro lato la presa di coscienza che in materia di attività d’impresa in situazioni di insufficiente ricorso alle aule di giustizia il mero obbligo di risarcire i danni non è sufficiente a consentire una integrale internazazione del costo sociale complessivo, ha condotto ad un riscoperta delle pene private e della funzione sanzionatoria della responsabilità civile” (Id. Ibid., p. 211).

⁵⁵ SILVIO RODRIGUES afirma que “de início convém distinguir a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Num e noutro caso encontra-se, basicamente, infração a um dever por parte do agente. No caso do crime, o delinqüente infringe uma norma de direito público e seu comportamento perturba a ordem social; por conseguinte, seu ato provoca uma reação do ordenamento jurídico, que não pode se compadecer com uma atitude individual dessa ordem. A reação da sociedade é representada pela pena. Note-se que, na hipótese, é indiferente para a sociedade a existência ou não de prejuízo experimentado pela vítima.

A responsabilidade civil também possui caráter preventivo, dissuasiva ou educativa, haja vista a existência da obrigação de reparar os danos, que traduz um incentivo para que se busque, a todo custo, evitar que surjam outros danos, em especial quando se trata de ato ilícito.

A respeito da função preventiva, MURILO SECHIERI COSTA NEVES esclarece:

“a função preventiva pode ser encarada tanto do ponto de vista geral como do especial ou específico. Fala-se em prevenção geral para se referir ao reflexo da obrigação de reparar sobre outras pessoas, que não se sentiram incentivadas a proceder como o responsável. A prevenção especial ou específica é a que se dirige ao próprio responsável e que serve de desestímulo para novas transgressões, ou estímulo – por que não? – para que sejam aumentados os cuidados para que se evitem danos.”⁵⁶

Conforme afirma ANTONIO MONTENEGRO, a responsabilidade civil, dentro dos contornos que vem atualmente recebendo, busca preservar a dignidade da pessoa humana lesada, além de reparar o equilíbrio econômico-jurídico e moral resultante do dano ocorrido.⁵⁷

Sobre a função da responsabilidade civil, GISELDA MARIA NOVAIS HIRONAKA:

“uma nova e importantíssima função, que é a de garantir aos cidadãos, vítimas de danos patrimoniais ou morais, a oportunidade de reorganizarem e reequilibrarem sua esfera jurídica, sob a égide dos valores jurídicos hierarquicamente superiores, quais sejam, a segurança jurídica, a justiça e o bem comum, por meio da reparação ou ressarcimento do que lhes seja devido.”⁵⁸

Afirma CARLOS ALBERTO BITTAR:

“a teoria da responsabilidade civil relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a elas referentes. Nesse sentido, a responsabilidade é corolário da faculdade de

No caso de ilícito civil, ao contrário, o interesse diretamente lesado, em vez de ser o interesse público, é o privado. O ato do agente pode não ter infringido norma de ordem pública; não obstante, como seu procedimento causou dano a alguma pessoa, o causador do dano deve repará-lo. A reação da sociedade é representada pela indenização a ser exigida pela vítima do agente causador do dano. Todavia, como a matéria é de interesse apenas do prejudicado, se este se resignar a sofrer o prejuízo e se mantiver inerte, nenhuma consequência advirá para o agente causador do dano. É possível que o ato ilícito, pela sua gravidade e suas consequências, repercuta tanto na ordem civil como na penal. De um lado porque ele infringe norma de direito público, constituindo crime ou contravenção; de outro, porque acarreta prejuízo a terceiro. Nesse caso, haverá dupla reação do ordenamento jurídico, impondo a pena ao delinquente, e acolhendo o pedido de indenização formulado pela vítima.”(RODRIGUES, Silvio. Op.cit., p.8)

⁵⁶ NEVES, Murilo Sechieri Costa. Op. cit., p. 101.

⁵⁷ MONTENEGRO, Antônio. *Ressarcimento de danos*. 4. ed. Rio de Janeiro: editora didática e científica, 1981, p. 11, *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 30.

⁵⁸ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novais, Op. cit., p. 291

escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo fático, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações, que, quando contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, ao atingir componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera de outrem.”⁵⁹

IV.3. RESPONSABILIDADE CIVIL REGULADA PELO CÓDIGO CIVIL

Uma simples análise do Código Civil demonstra que o legislador não tratou da matéria de forma ordenada, haja vista que a responsabilidade civil encontra-se disciplinada tanto na Parte Geral, quanto na Parte Especial do referido código.

Na Parte Geral, a responsabilidade civil está disposta nos artigos 186, 187 e 188 – que dispõe a respeito da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana; e, na Parte Especial, o artigo 389, 390 e 391 – em que dispõe a regra básica da responsabilidade civil contratual – bem como entre os artigos 927 e 965, ou seja, em dois outros capítulos específicos dedicados tanto à responsabilidade subjetiva quanto objetiva.

A este respeito, as considerações de CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

“O Código Civil de 2002 sistematizou a matéria, dedicando um capítulo especial e autônomo à responsabilidade civil. Contudo, repetiu, em grande parte *ipsis litteris*, alguns dispositivos, corrigindo a redação de outros, trazendo, porém, poucas inovações. Perdeu-se a oportunidade, por exemplo, de se estabelecer a extensão e os contornos do dano moral, bem como de se disciplinar a sua liquidação, prevendo alguns parâmetros básicos destinados a evitar decisões díspares, relegando novamente à jurisprudência essa tarefa.”^{60 61}

Conforme ensinam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, dois são os sistemas gerais de responsabilidade civil que foram adotados pelo Código Civil: responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil

⁵⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 2.

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5

⁶¹ CARLOS ROBERTO GONÇALVES: O Código Criminal de 1830, atendendo às determinações da Constituição do Império, transformou-se em um código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e equidade, prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros etc. Numa primeira fase, a reparação era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal. O Código Civil de 1916 filiou-se à teoria subjetiva, que exige prova de culpa e dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo. Em alguns poucos casos, porém, presumia-se a culpa do lesante (arts. 1.527, 1.528 e 1.529, entre outros). O surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas.

subjetiva, dentre os quais, afirmam os autores, há situações de responsabilidade civil extracontratual, que podem determinar-se pelo critério subjetivo e pelo critério objetivo; e, igualmente, situações de responsabilidade civil por dano contratual, que serão apuradas pelo critério da responsabilidade subjetiva e da responsabilidade objetiva.

IV. 3.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

Como já se afirmou várias vezes, a responsabilidade civil traduz sempre uma obrigação de reparar um dano. Porém, tradicionalmente ela é dividida, não só pela doutrina, mas também pelo legislador, em contratual ou extracontratual, de acordo com a existência ou não de um vínculo negocial entre o responsável e o titular do direito de reparação, não obstante ambas decorrerem da violação de um dever jurídico⁶²

SÉRGIO CAVALIERI FILHO ensina que o dever de indenizar pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, ou seja, oriunda de um contrato; ou, por outro lado, pode ter como causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei.

É com base nesta dicotomia que o Código Civil, de acordo com a qualidade da violação, estabelece a existência de responsabilidade contratual, ao disciplinar os defeitos do negócio jurídico, e extracontratual, ao conceituar o ato ilícito, regulando-as em títulos diversos.⁶³

A distinção é relevante, pois um sujeito pode causar prejuízo a alguém tanto pelo descumprimento de uma obrigação contratual, regulada pelo artigo 389 do Código Civil – responsabilidade contratual, bem como por praticar outra espécie de ato ilícito, segundo o disposto no artigo 186 do Código Civil – responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a responsabilidade civil contratual, cujos fundamentos principais estão descritos nos artigos 389, 390 e 391 do Código Civil, está

⁶² Alguns autores dizem mesmo que responsabilidade civil numa acepção ampla quer significar a obrigação de reparar “quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem”, seja em razão do inadimplemento de um negócio jurídico ou não (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 430).

⁶³ STOCO, Ruy. Op. cit., p. 136.

situada no âmbito da inexecução obrigacional, que decorre de uma regra já prevista no direito romano, a *pacta sunt servanda*, e traduz a forma obrigatória dos contratos e o dever de respeitar as cláusulas contratuais sob pena de responsabilidade daquele que as descumprir por dolo ou culpa.

A grande característica da responsabilidade contratual é a existência de um contrato estabelecido entre as partes e o descumprimento, por uma delas, ou por ambas, de uma de suas cláusulas, caracterizando o inadimplemento – fato que pode ser verificado conforme o estabelecido no artigo 389 do Código Civil, segundo o qual: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Nesta situação, não haverá responsabilidade civil apenas se o descumprimento do contrato for resultado de caso fortuito ou força maior que não decorrer de mora do contratante.

Logo, a fonte da responsabilidade civil contratual é o artigo 389 do Código Civil, complementado pelo artigo 395 do mesmo diploma legal, que estabelece que o devedor deve responder pelos prejuízos a que sua mora der causa. Logo, a responsabilidade contratual é a que surge do inadimplemento de uma obrigação decorrente de uma relação jurídica preexistente.⁶⁴

Frise-se que, caso a responsabilidade não derive de um contrato, diz-se que ela é extracontratual, aplicando-se o disposto no artigo 186 do Código Civil, que ocorre

⁶⁴Segundo JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, a expressão *responsabilidade contratual* não é inteiramente rigorosa, na medida em que a obrigação de reparação do dano por ela abrangida nem sempre resulta da violação de um contrato. Por isso, alguns autores sugeriram outras designações, como fossem a de *responsabilidade negocial* (para abranger a violação das obrigações provenientes de negócio unilateral, inquestionavelmente sujeita ao mesmo regime) ou a de *responsabilidade obrigacional* (para compreender o não-cumprimento das obrigações em sentido técnico, que não provenham de um negócio jurídico, mas da lei). Prossegue o autor português, dizendo que “a expressão *responsabilidade negocial* é equivocada, por não fazer a distinção entre o *dever de prestar*, tendente ao cumprimento da obrigação, e o *dever de indemnizar*, correspondente ao seu não cumprimento, além de não ser inteiramente líquida a aplicabilidade de todo o regime proveniente do não cumprimento das obrigações *negociais* à violação das obrigações provenientes de outra fonte. A fórmula *responsabilidade negocial* não tem nenhuma tradição por si, ao contrário da expressão *responsabilidade contratual*, que, pese embora a sua falta de rigor, está de há muito consagrada pelos usos linguísticos dos autores e dos tribunais” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1, p. 519). INOCÊNCIO GALVÃO TELLES utiliza as expressões *responsabilidade obrigacional* e *extraobrigacional* (TELLES, Inocência Galvão. 7. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 211). No presente trabalho optou-se por usar ambas as expressões, contratual ou negocial, como sinônimas.

sempre que o sujeito infringir um dever legal sem que exista entre ele e a vítima qualquer vínculo jurídico anterior.⁶⁵

Desta forma, paralela à responsabilidade civil contratual está a extracontratual – também denominada aquiliana – que decorre do dever geral imposto pelo legislador de não causar danos a outrem. Resulta, portanto, do desrespeito ao direito alheio e às normas jurídicas que regram a conduta, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

A responsabilidade civil extracontratual decorre da prática de um ato ilícito que pode ser definido como o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violador de direitos, dos quais resultam prejuízos que deverão ser suportados pelo causador do dano.

A partir das considerações acima, sobre as distinções entre responsabilidade contratual e extracontratual, os ensinamentos de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, segundo os quais a responsabilidade extracontratual é aquela que “deriva, ‘maxime’, da violação de deveres ou vínculos jurídicos gerais, isto é, de deveres de conduta impostos a todas as pessoas e que correspondem aos direitos absolutos, ou até da prática de certos actos que, embora lícitos, produzem danos a outrem.”⁶⁶

Neste sentido, SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

“Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou 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 ilícito aquiliano ou absoluto.”⁶⁷

Explica JOSÉ AGUIAR DIAS que a responsabilidade contratual se estabelece em um terreno mais definido e limitado, e consiste, segundo os ensinamentos de SAVATIER na inexecução previsível e inevitável, por uma parte dos sucessores, de obrigação nascida de contrato prejudicial à outra parte ou seus sucessores. Funda-se nas

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 26

⁶⁶ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. p. 467. Também C. MASSIMO BIANCA ensina: “La responsabilità extracontrattuale si distingue rispetto a quella contrattuale, che sanziona l’inadempimento dell’obbligazione, quale dovere specifico verso un determinato soggetto (il creditore. La responsabilità extracontrattuale scaturisce invece della violazione di norme di condotta che regolano la vita sociale e che impongono doveri di rispetto degli interessi di altrui a prescindere da una specifica pretesa creditoria. Il dato che accomuna le due responsabilità è anzitutto la stessa nozione di responsabilità, quale sanzione per la violazione di un dovere giuridico: obbligo specifico nei confronti del creditore, obbligo generico nei confronti dei consociati. Questo comune dato di fondo giustifica la comunanza del rimedio principale, il risarcimento del danno, e la comunanza di istituti che attengono alle cause di esonero dalla responsabilità.” (BIANCA, Massimo C. *Diritto civile: la responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 546).

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., 37

regras de autonomia da vontade, obedece às regras comuns dos contratos e, frequentemente, baseia-se em dever de resultado, o que acarreta a presunção de culpa.

De forma contrária, afirma o autor, a responsabilidade extracontratual escapa às regras próprias dos contratos e é independente do princípio da autonomia da vontade.⁶⁸

A este respeito, RICARDO PEREIRA LIRA declara:

“o dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Nesse último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade. Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado ilícito contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos.”

“Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos. Ilícito extracontratual é, assim, a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei, enquanto que ilícito contratual é violação de dever jurídico criado pelas partes no contrato.”⁶⁹

Conforme esclarecimentos de MURILO SECHIERI COSTA NEVES, a utilidade da separação entre as duas modalidades de responsabilidade civil está na diversidade de regime jurídico que cada uma delas apresenta, especialmente no que se refere ao ônus da prova.

Sobre o tema, ensina o autor:

“Tradicionalmente, aponta-se, como sendo a mais importante diferença de tratamento que recebem as modalidades neste item tratadas, a questão do ônus da prova. Quando se fala em responsabilidade contratual, ao credor só cabe provar em juízo, para que tenha direito à composição dos prejuízos sofridos, o inadimplemento e os conseqüentes danos, não havendo qualquer necessidade de provar que este inadimplemento foi culposos. Caberá ao devedor, réu na demanda, demonstrar que se verificou alguma das excludentes de sua responsabilidade, quais sejam, caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. Se estes fatos não forem provados pelo réu haverá procedência do pedido feito pelo autor, ainda que deste não se tenha exigido qualquer prova.

Na responsabilidade extracontratual – aqui sim se deve dizer aquiliana – é necessário que o autor da ação de indenização prove a culpa do réu, sendo insuficiente a mera alegação de que esta foi verificada. Trata-se de um fato constitutivo do direito do autor, a quem compete o ônus da prova. Descumprido o ônus probatório em questão, o pedido será rejeitado. Frise-se, porém, que tal distinção só merece ser feita quando se fala em responsabilidade extracontratual subjetiva, fundada no ilícito civil, ou seja, na culpa do responsável. Nas

⁶⁸ DIAS, José Aguiar. Op. cit. 148-149.

⁶⁹ LIRA, Ricardo Pereira. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*. 49/85-86.

hipóteses de responsabilidade extracontratual objetiva não há que se falar em culpa, muito menos em ônus de prová-la.”⁷⁰

Por fim, sobre a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, importantes as considerações de SÉRGIO CAVALIERI FILHO ao explicar que tanto na responsabilidade extracontratual quanto na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente, de forma que a diferença está na sede desse dever. Segundo o autor, haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato, pois a norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância as partes ficam adstritas. Haverá, contudo, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei e na ordem jurídica.⁷¹

Vale ressaltar, como lembra SÉRGIO CAVALIERI FILHO, que o Código de Defesa do Consumidor superou essa clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. 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 causa a um acidente de consumo.⁷²

A responsabilidade extracontratual pode ser classificada de acordo com o critério da importância que a culpa do agente, ou responsável, assume para o surgimento do dever de indenizar.

Em relação ao exercício da atividade médica, não há mais divergência na doutrina no sentido de considerá-la contratual, ressalvadas algumas hipóteses em que pode ser admitida como extracontratual, conforme será esclarecido.

A seguir serão analisados em separado os dois tipos de responsabilidade.

⁷⁰ NEVES, Murilo Sechieri Costa. Op. cit., p. 134.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 38.

⁷² *Ibidem*, p. 33.

IV. 3.2 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade subjetiva é considerada a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro em razão do disposto no artigo 186 do Código Civil que dispõe: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A consequência da prática do ato ilícito praticado é o dever de repará-lo, nos termos do artigo 927 do Código Civil, cuja aplicação se dá de forma conjunta ao artigo anteriormente mencionado, dispondo: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”

Desta forma, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola o direito de outrem e causa-lhe prejuízo, caracterizado está o ato ilícito, do qual resulta o dever de indenizar, nos termos do artigo 927 do Código Civil.

Conforme já afirmado, o Código Civil, por meio do disposto no artigo 186, adotou o princípio da culpa como fundamento genérico da responsabilidade civil, embora tenha estabelecido, em situações específicas, a teoria da responsabilidade objetiva. Neste sentido, de acordo com a teoria da culpa, quem infringe um dever jurídico do qual resulte dano a outrem tem a obrigação de indenizar e, para que o agente indenize, é necessária a comprovação de culpa em sentido lato, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia).

Na responsabilidade civil subjetiva, a culpa do agente é um dos pressupostos indispensáveis para que exista o dever de indenizar, de forma que, na falta de sua demonstração, a vítima não terá êxito na pretensão reparatória.

Neste sentido, sendo o sistema geral do Código Civil, o da responsabilidade civil subjetiva, disposto no artigo 186, que se funda na teoria da culpa, para que haja o dever de indenizar faz-se necessária a existência dos seguintes elementos: dano, nexo de causalidade entre o fato e o dano, e culpa do agente, considerada em sentido amplo – *lato sensu* (dolo ou imprudência, negligência ou imperícia).

De acordo com as afirmações de RUY ROSADO AGUIAR JUNIOR, a responsabilidade civil que decorre da ação humana tem como pressupostos: a) conduta

voluntária; b) dano injusto sofrido pela vítima, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; c) a relação de causalidade entre o dano e a ação do agente; d) o fator atribuição da responsabilidade pelo dano ao agente, de natureza subjetiva (culpa ou dolo) ou objetiva (risco, equidade, etc.).⁷³

RUY ROSADO AGUIAR JUNIOR reconhece, portanto, na mesma direção do Código Civil a existência de mais um elemento à responsabilidade civil, que nada mais é do que a aferição da vontade do agente, adotando-se, para tanto, como critério de aferição a noção de culpa em sentido amplo – *lato sensu* (dolo ou imprudência, negligência e imperícia).

Tem-se neste aspecto o caráter do desvio de conduta por parte do agente como fundamento do dever de indenizar. Neste campo, é necessário, para que se verifique se há ou não o dever de indenizar, que seja feita uma investigação no íntimo do agente do dano, a fim de que se possa responder se ele efetivamente quis o resultado ocorrido ou se atuou com imprudência, negligência ou imperícia.

Esta é a razão de ser esta responsabilidade intitulada de teoria subjetiva, já que há necessidade de perquirir a vontade do agente para que fique demonstrada sua culpa. Na ausência de demonstração do dolo ou da culpa, fica afastado o dever de indenizar, já que em nada é reprovável, censurável, seu comportamento. Logo, verifica-se que a culpa, *lato sensu*, é o elemento subjetivo que viabiliza a imputação psicológica do dano ao seu agente.

Vale ressaltar que a culpa deve ser considerada, no seu sentido amplo, como um desvio de conduta, que engloba tanto a idéia de dolo, como de culpa *stricto sensu*. Na lição de FERNANDO PESSOA JORGE, “a culpa *lato sensu* é o nexo de imputação psicológica do acto ao agente: haverá culpa se o acto for fruto da vontade deste, se lhe for psicológicamente atribuível ou imputável.”⁷⁴

Muito embora conceitualmente haja forte distinção entre dolo e culpa, na responsabilidade civil, ambas as modalidades têm a mesma eficácia, qual seja, a de acarretar o dever de indenizar. No campo da responsabilidade penal a situação é diversa. Os tipos penais, em regra, são previstos apenas para condutas dolosas, nas quais a vontade do agente seja dirigida para um resultado. Nas excepcionais situações em que também se

⁷³ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado, Op. cit., p. 35.

⁷⁴ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 321.

tipifica uma conduta pela culpa em sentido estrito, a pena cominada para o agente é bem menos rigorosa do que aquela que se fixa para o mesmo resultado a título de dolo.

Lembre-se que, no campo da responsabilidade penal, a resposta tem finalidade repressiva e é compreensível que haja maior rigor quando a conduta for dolosa, já que mais reprovação merecerá o seu agente.

No entanto, no campo da responsabilidade civil tal distinção não é relevante, como se disse anteriormente, pois basta que o agente tenha agido movido por sua vontade ou por falta da adoção das cautelas necessárias para que já tenha o dever de reparar os prejuízos causados. Não obstante isto é preciso apontar as diferenças conceituais entre dolo e culpa e as modalidades em que cada um pode ser apresentado.

Dolo é definido como a conduta cuja vontade é conscientemente dirigida para a produção de um resultado ilícito, de forma que o sujeito que se comporta dolosamente visa um resultado danoso.

Na culpa em sentido estrito não se identifica a vontade dirigida para o resultado danoso, embora este se verifique. Há vontade – não se pode negar – para a realização do comportamento que, do ponto de vista do agente, é adequado. Contudo, embora visando um comportamento lícito, deixa de tomar os cuidados necessários, e acaba por gerar um resultado por ele não desejado.⁷⁵

Em conclusão, afirma SÉRGIO CAVALIERI FILHO que culpa é a “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”.⁷⁶

Assim, são elementos da culpa em sentido estrito: 1º) uma conduta voluntária seguida de um resultado involuntário; 2º) a previsão ou previsibilidade do resultado; 3º) a

⁷⁵ De uma maneira mais completa, pode-se dizer que “na culpa lato sensu podem distinguir-se diversas modalidades, das quais as mais importantes são as seguintes: a) dolo directo, quando o agente actua para atingir o fim ilícito, ou seja, com a intenção de omitir o comportamento devido; b) dolo necessário, quando, num acto de duplo efeito, o agente pretende atingir o fim lícito, mas sabe que a sua acção determinará inevitavelmente o resultado ilícito; c) dolo eventual, se o agente actuou em vista de um fim lícito, mas com a consequência de que pode eventualmente advir do seu acto um resultado ilícito, e quer aquele mesmo que este se produza; d) culpa consciente, quando o agente previu como provável o resultado ilícito, mas actuou para alcançar um objetivo lícito na esperança de o primeiro se não produzir; a culpa consciente distingue-se do dolo eventual porque neste o agente, se tivesse a certeza do resultado ilícito, mesmo assim quereria o acto, ao passo que, naquela, não teria actuado; e) culpa inconsciente, quando o agente não teve consciência que do acto poderia decorrer o resultado ilícito, embora objetivamente este fosse provável e portanto previsível. Os três primeiros casos integram o conceito genérico de dolo, enquanto os dois últimos pertencem à culpa em sentido estrito ou mera culpa.” (JORGE, Fernando Pessoa. Op. cit., p. 322).

⁷⁶CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 46.

inobservância do dever objetivo de cuidado (cautela para que não sejam lesados os interesses alheios). Frise-se que, quando se fala em conduta voluntária, quer-se significar que não podem ser considerados culposos os atos chamados de reflexos, nem aqueles que forem praticados por meio de coação física irresistível (*vis absoluta*).

O segundo elemento da culpa é a previsão ou a possibilidade de previsão do resultado, ou seja, no mínimo se exige a possibilidade de o agente antever mentalmente a ocorrência do resultado. Aquele que dirige em excesso de velocidade sabe, ou tem condições de saber, que há possibilidade de perder o controle do carro e atingir alguém. Aí está a previsibilidade, embora não se ligue esta ao desejo do agente em alcançar o resultado danoso.

Na esfera penal é importante que se investigue exatamente se o agente prevê a possibilidade de que o resultado ocorra, mas acredita sinceramente que não vá se verificar, ou se ele simplesmente não se importa com a sua ocorrência e assume o risco de sua verificação. No primeiro caso haverá culpa consciente (o crime será culposos), mas no segundo o delito deve ser considerado doloso, em razão da verificação do chamado dolo eventual.

No campo da responsabilidade civil, esta circunstância não faz a menor diferença, já que a indenização se mede pela extensão do dano e não pelo grau de censura da conduta, conforme dispõe o artigo 944 do Código Civil, segundo o qual: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Na falta do elemento vontade, não estará caracterizada a culpa, mas sim o caso fortuito ou força maior, que são suficientes para excluir o nexo de causalidade e, em consequência, a responsabilidade civil, conforme estabelece o artigo 393 do Código Civil: “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

Por fim, para que fique caracterizada a culpa, é necessário que o agente tenha descumprido o dever geral de cuidado a todos imposto, o que pode ser verificado por imprudência (falta de cuidado na conduta comissiva), negligência (falta de cuidado em razão de abstenção de alguma atitude que deveria ter sido tomada) ou imperícia (falta de habilidade técnica específica para a conduta).

Imprudência, imperícia ou negligência, portanto, são formas de exteriorização da conduta culposa. São maneiras pelas quais se manifesta a omissão do comportamento

devido. Não se trata aqui de apontar a conduta comissiva propriamente dita, mas de afirmar que a culpa representa sempre, ainda que manifestada por um ato comissivo, uma omissão quanto ao comportamento esperado, devido, exigível. Quando o agente incorre em culpa, deixa de observar o dever geral de respeito ou dever geral de diligência que determina que se evitem lesões a direitos alheios.

A doutrina costuma, ainda, classificar a culpa *stricto sensu* (imprudência, negligência e imperícia) em relação à gravidade que esta pode apresentar. “A culpabilidade comporta uma diferenciação quantitativa: o juízo de reprovação ou censura pode ser mais ou menos severo. O grau de culpabilidade varia em função de diversos fatores: do próprio valor do acto devido, da maior ou menor voluntariedade na desobediência ao comando da norma, da eventual participação de várias causas concorrentes na produção do efeito danoso e ainda de outras circunstâncias”⁷⁷.

Deste modo, fala-se em culpa grave, leve e levíssima, embora, em princípio, não haja qualquer interesse prático na distinção, em razão da sentença de Ulpiano “*in lege Aquilia et levissima culpa venit.*”

Culpa grave é aquela que se manifesta de forma grosseira, e que se aproxima do dolo (*culpa lata dolo aequiparatur*). Inclui-se nesta categoria a culpa consciente acima referida. Culpa leve é aquela que se afere pelo critério do homem médio, do *bonus pater familias*, ou seja, são situações nas quais o homem comum, com atenção ordinária, poderia ter evitado o resultado danoso. Por fim, a culpa levíssima é aquela em que só seria evitado o resultado se o agente tivesse uma atenção, um cuidado extraordinário, uma habilidade especial ou um conhecimento singular. É, portanto, “a modalidade menos grave de culpa, traduzindo-se a negligência em que só não cai um homem excepcionalmente diligente, o *diligentissimus pater familias*.”⁷⁸

Disse-se acima que em princípio não faz diferença o grau da culpa porque a indenização não se mede por ela, mas sim pela extensão do dano, já que a responsabilidade civil, como regra, tem por função a reparação dos prejuízos, e não a punição de quem quer que seja, fato que pode ser constatado por meio do artigo 944 do Código Civil.

⁷⁷JORGE, Fernando Pessoa. Op. cit., p. 355. Para o autor, culpabilidade “é a qualidade ou conjunto de qualidades do acto que permitem formular, a respeito dele, um juízo ético-jurídico de reprovação ou censura” (Id. Ibid., p. 315).

⁷⁸Id. Ibid. 357.

No entanto, conforme enfatiza CARLOS ROBERTO GONÇALVES, o fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado somente na culpa, podendo ser encontrado também no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas, que multiplicam o risco de danos. Afirma o autor: “fala-se, assim, em responsabilidade decorrente do risco-proveito, do risco criado, do risco profissional, do risco da empresa e de recorrer à mão-de-obra alheia, etc. Quem cria os riscos deve responder pelos eventuais danos aos usuários ou consumidores.”⁷⁹

V. 3.3 Responsabilidade civil objetiva

O sistema subsidiário é o da responsabilidade civil objetiva, estabelecido no artigo 927, parágrafo único, que se funda na teoria do risco, segundo a qual, para que haja o dever de indenizar é irrelevante a intenção na conduta do agente (dolo ou culpa), sendo suficiente a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano.

O referido dispositivo estabelece que “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”.

Neste sentido, GUSTAVO TEPEDINO afirma:

“O Código Civil de 2002 não ficou alheio aos ditames constitucionais. Além de prever novas hipóteses específicas de objetivação da responsabilidade, positivou uma cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades de risco (artigo 927, parágrafo único). Consagrou, portanto, um modelo dualista, no qual convive a responsabilidade subjetiva e a objetiva.”⁸⁰

Como já se teve oportunidade de afirmar, verificou-se a absoluta insuficiência que o mecanismo de reparação fundado na culpa apresentava para as vítimas, ainda mais após as mudanças verificadas na sociedade em decorrência da Revolução Industrial.

Percebeu-se que, na mesma proporção, em que se ampliavam os acidentes, em razão das novas tecnologias e do surgimento de uma sociedade de massa, aumentava também a dificuldade de a vítima dos danos causados por esses acidentes demonstrar a

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p.12.

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro:Editora Renovar, 2003. P. 240.

culpa de quem quer que fosse para que pudesse ser indenizada. A massificação da sociedade, como se sabe, implica numa crescente despersonalização nas relações.

Em razão disto, desenvolveu-se um sistema de reparação em que a conduta do agente, seu subjetivismo, sua intenção, deixaram de ser importantes, pois o aspecto de maior relevância passou a ser a reparação dos prejuízos suportados pela vítima. A esta modalidade de responsabilidade, que não tinha em conta o aspecto subjetivo, deu-se o nome de objetiva. O que importa é a existência de um liame entre o dano causado e a ação ou omissão praticada pelo agente ou responsável.

Esclarece ROBERTO SENISE LISBOA que houve um descompasso entre a legislação e a realizada proporcionada pela invenção das máquinas. O interessado não lograva êxito em perceber a indenização decorrente da morte ou da lesão sofrida pelo empregador, pois a prova da culpa do empregador era necessária e sua obtenção era impossível, fato que obstava o pagamento de indenização em prol da vítima e de seus sucessores.

Verifica-se que a aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil subjetiva, na prática, dificultava ou até mesmo impossibilitava a obtenção da indenização pela vítima que não tinha como demonstrar a culpa do explorador da atividade lícita em função da qual o lesado havia sido prejudicado. Desta forma, por meio da teoria da responsabilidade objetiva possibilitou-se a reparação do dano em favor da vítima sem a necessidade de comprovação da culpa.

Neste sentido, as observações de MURILO SECHIERI COSTA NEVES:

“O progresso no sentido da objetivação implicou numa tomada de posição dos sistemas jurídicos em favor das vítimas dos danos, e numa proporcional desvalorização da censura que o ato pudesse merecer. É como se fosse dito: a reprovação dos atos fica a cargo da responsabilidade penal; a responsabilidade civil cuida de proteger a vítima de danos verificados, de acordo com os princípios do sistema.

Foi exatamente com esta finalidade – de prestigiar os interesses daqueles que se viam prejudicados por acidentes – que se buscou identificar, nos casos de danos que não decorriam exatamente de um ato ilícito, uma justificativa para que estes danos fossem imputados e transferidos do lesado para alguém. Pelo superado sistema da culpa, caberia à vítima suportar sozinha o prejuízo, caso não houvesse prova de verificação do elemento subjetivo.

Houve a necessidade de encontrar um fundamento justo que determinasse a transferência do dano de um patrimônio para outro. Localizou-se, assim, a teoria do risco.”⁸¹

⁸¹ NEVES, Murilo Sechieri Costa. Op. cit., p. 140.

Neste sentido, ensina REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA:

“na teoria do risco não se cogita da intenção ou do modo e atuação do agente, mas apenas da relação de causalidade entre a ação lesiva e o dano (...). Assim, enquanto na responsabilidade subjetiva, embasada na culpa, examina-se o conteúdo da vontade presente na ação, se dolosa ou culposa, tal exame não é feito na responsabilidade objetiva, fundamentada no risco, na qual basta a existência do nexo causal entre a ação e o dano, porque, de antemão, aquela ação ou atividade, por si só, é considerada potencialmente perigosa.”

“existem várias teorias sobre o risco: o risco integral, em que qualquer fato deve obrigar o agente a reparar o dano, bastando a existência de dano ligado a um fato para que surja o direito de indenização; a teoria do *risco proveito*, baseada na idéia de que quem tira proveito ou vantagem de uma atividade e causa dano a outrem tem o dever de repará-lo – *ubi emolumentum, ibi onus*; a teoria dos *atos normais e anormais*, medidos pelo padrão médio da sociedade. No entanto, a teoria que melhor explica a responsabilidade objetiva é a do *risco criado*, adotada pelo novo Código Civil, pela qual o dever de reparar o dano surge da atividade normalmente exercida pelo agente, que cria riscos a direitos ou interesses alheios. Nesta teoria não se cogita de proveito ou vantagem para aquele que exerce a atividade, mas da atividade em si mesma, que é potencialmente geradora de risco para terceiros.”^{82 83}

Não é diferente a posição de ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, antes mesmo da entrada em vigor do novo Código Civil Brasileiro:

“Cite-se, como ilustração de responsabilidade civil pelo risco, a atividade de um grande empresário. No desempenho dela, no afã de movimentar sua empresa, ele reparte-se distribuindo atribuições a seus subordinados, que, no mais das vezes, não têm condição econômico-financeira, sequer sofrível. Ante o risco criado por esta atividade, que visa a obtenção de um lucro, desumano seria que os prejuízos dela advindos não fossem reparados, ante a nenhuma fortuna de seus causadores diretos. Imaginemos a empresa em funcionamento: funcionários praticando atos de toda a sorte, momento intenso de entrada e saída de mercadorias, veículos transportando-as, etc. De repente, um caminhão que abalroa; um empregado que se acidenta; o dano está causado. Onde está a culpa? Do empregado paupérrimo? E a vítima? Estas perguntas não seriam respondidas, proficientemente, pela ciência jurídica, se a teoria do risco não viesse responsabilizar a pessoa que o propiciou,

⁸² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Op. cit., p. 832-833.

⁸³ FERNANDO NORONHA afirma que o parágrafo único do art. 927 prevê três tipos de *riscos de atividade* “que fundamentam a responsabilidade objetiva: o *risco de empresa*, o *risco administrativo* e o *risco-perigo*.” Prossegue o autor explicando cada um deles: “esses riscos podem ser sintetizados dizendo-se que quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços, deve arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo, inclusive os danos causados por empregados e prepostos; que a pessoa jurídica pública responsável, na prossecução do bem comum, por uma certa atividade, deve assumir a obrigação de indenizar particulares que porventura venham a ser lesados, para que os danos sofridos por estes sejam redistribuídos pela coletividade beneficiada; que quem se beneficia com uma certa atividade lícita e que seja potencialmente perigosa (para outras pessoas ou para o meio ambiente), deve arcar com eventuais consequências danosas.” (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 486).

pois, só pela teoria subjetiva, muito difícil seria a responsabilização da empresa, ante a impossibilidade de culpá-la pelo ocorrido.”⁸⁴

Sobre a teoria da responsabilidade objetiva, baseada no risco, explicam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

“Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar (v.g, CC 933) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem (v.g, atividades perigosas). Há outros subsistemas derivados dos dois sistemas, que se encontram tanto no CC como em leis extravagantes. Ambas têm a mesma importância no sistema do CC, não havendo predominância de uma sobre a outra. Conforme o caso, aplica-se um ou outro regime da responsabilidade civil, sendo impertinente falar-se em regra e exceção.”⁸⁵

Nesse sentido, sintetiza JORGE MOSSET ITURRASPE:

“a) o fundamento se encontra no dano, porém mais no injustamente sofrido do que no causado com ilicitude; b) há uma razão de justiça na solução indenizatória, uma pretensão de devolver ao lesado a plenitude ou integralidade da qual gozava antes; c) a culpa foi, durante mais de dois séculos, o tema obsessivo, o requisito básico, a razão ou fundamento da responsabilidade; d) o direito moderno, sem negar o pressuposto de imputação culposa, avançou no sentido de multiplicar hipóteses de responsabilidade ‘sem culpa’, objetivas, na qual o fator de atribuição é objetivo: risco, segurança ou garantia; e) a última década do século XX nos mostra, juntamente com o avanço dos critérios objetivos, o desenvolvimento de fórmulas modernas de cobertura de risco, através da garantia coletiva do seguro obrigatório, com ou sem limites máximos de indenização; f) o século XXI, por seu turno, haverá de pôr em prática um sistema verdadeiramente novo de ‘responsabilidade’, que já se manifesta em alguns países, como Nova Zelândia; um sistema de cobertura social de todos os danos, com base em fundos públicos e se prejuízo das ações de regresso, em sua modalidade mais enérgica.”⁸⁶

Não se pode afastar a grande importância que a teoria da responsabilidade civil objetiva tem para o Código de Defesa do Consumidor. Ensina ROBERTO SENISE LISBOA que a adoção da responsabilidade civil objetiva deu-se em razão da dinamicidade do mercado de consumo, que levou os fornecedores a tratarem de forma impessoal os consumidores, praticamente impedindo-os de discutir o conteúdo das avenças, representando uma sensível redução da autonomia da vontade de uma das partes da relação jurídica estabelecida, exigindo uma nova elaboração dos contornos dos principais institutos jurídicos, dentre eles a responsabilidade civil.⁸⁷

Afirma o autor:

⁸⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 8 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 40.

⁸⁵ NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 4 ed, São Paulo: RT, 2006. p. 608.

⁸⁶ ITURRASPE, Jorge Mosset. et al. *Dãnos*. Buenos Aires: Editora Depalma, 1991, p. 29.

⁸⁷ LISBOA, Roberto Senise. Op. cit., p. 17.

“a objetivação moderna da responsabilidade tornou possível uma proteção individual real e mais efetiva, além de representar um avanço considerável para a tutela coletiva e difusa por danos individuais, ora sob uma visão pós-modernista, em virtude das atividades profissionais destinadas às massas, diante dos avanços tecnológicos, dos meios de transporte e de comunicação e do fenômeno da globalização.”⁸⁸

Verifica-se que o artigo 6º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor traz o princípio da reparação integral dos danos, pelo qual tem direito o consumidor ao ressarcimento integral pelos prejuízos materiais e morais causados pelo fornecimento de produtos, prestação de serviços ou má informação a eles relacionados, haja vista a disciplina da responsabilidade por oferta ou publicidade.

Esta lógica também decorre da interpretação sistemática dos artigos 12, 14, 18, 19 e 20 do Código de Defesa do Consumidor que trazem a previsão das perdas e danos nos casos de mau fornecimento, má prestação ou deficiência de informações relacionadas com os produtos e serviços prestados.

Deve ser considerada, inclusive, a possibilidade de obter a reparação dos danos imateriais causados à honra do consumidor em decorrência da ação ou omissão, que resulta do princípio da reparação integral dos danos, estabelecida no artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual: “o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e 48 de suas Disposições Transitórias”.

Vale ressaltar que a responsabilidade do profissional no exercício da atividade médica é considerada subjetiva, ou seja, requer a comprovação da culpa médica, caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia. No entanto, no que se refere aos hospitais, clínicas médicas e planos de saúde, aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 18

IV.4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO CÓDIGO CIVIL

IV.4.1– Responsabilidade civil contratual e extracontratual

A responsabilidade civil do médico pelo alegado erro no exercício profissional relaciona-se exclusivamente à atividade médica desenvolvida pelo profissional que detém habilitação universitária e exerce a medicina com habitualidade. Tem como pressuposto a realização de um ato médico no exercício da profissão, praticado com violação a um dever imposto pela lei, pelo uso social, ou por um contrato, que seja imputável ao profissional a título de culpa – que deve ser considerada em sentido amplo – da qual resulte um dano injusto patrimonial ou extrapatrimonial.

Vale ressaltar que, além da responsabilidade por ato próprio, o médico pode responder por ato de outro, ou por fato das coisas que usa a seu serviço.⁸⁹

Conforme já esclarecido, apenas o erro médico ou culposo, também intitulado “culpa médica” é passível de indenização pelo profissional, já que o erro profissional ou de técnica é escusável, assunto já abordado em capítulo anterior ao qual remetemos o leitor.

A responsabilidade civil do médico foi originalmente classificada na categoria extracontratual ou aquiliana, regulada pelos artigos 186 e 927 do Código Civil; porém, já é pacífico na doutrina atual, que não se pode negar a existência de um autêntico contrato estabelecido entre o médico e o paciente, de maneira que a responsabilidade civil médica é predominantemente caracterizada com contratual.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES afirma que “embora muito já se tenha discutido a esse respeito, hoje já não pairam mais dúvidas a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica”.⁹⁰

JOSSERAND referindo-se a um julgado da Corte de Cassação da França afirmou:

“o problema, sobre o qual a doutrina estava dividida, enquanto a jurisprudência se mostrava flutuante, imprecisa e evasiva, foi formalmente resolvido, em sentido afirmativo, pela Câmara civil, em uma decisão (...) de 20 de maio de

⁸⁹ DIAS, Aguiar. Op.cit., p. 34.

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 359.

1936, da qual resulta que, entre o médico e o seu cliente se forma um verdadeiro contrato, que comporta para o médico o compromisso, se não evidentemente de curar o enfermo, (...) pelo menos de prestar-lhe cuidados (...) conscienciosos, atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, conforme as aquisições da ciência.”⁹¹

Todavia, excepcionalmente, em situações específicas, a relação estabelecida entre o médico e o paciente pode ser ainda considerada extracontratual, por exemplo: 1º) atendimento de emergência à pessoa inconsciente e desacompanhada, por exemplo, aquela que decorre da situação em que o profissional socorre uma pessoa inconsciente que encontra na rua; 2º) quando o médico comete um ilícito penal; 3º) quando ocorre violação das normas regulamentadoras do exercício da profissão.

Na primeira hipótese, a pessoa inconsciente não pode ter estabelecido nenhum contrato previamente com o médico ou, se estabelecido, o contrato é considerado nulo. No que se refere ao cometimento de um ilícito penal ou de uma infração ética, por sua vez, podem estar relacionadas a uma omissão de socorro, diante da negativa de atendimento pelo médico quando não há outro profissional disponível ou quando o médico causa danos a terceiro.

Logo, de acordo com a situação concretamente apresentada, é que será possível classificar a responsabilidade civil do médico em contratual ou extracontratual, haja vista que pode ser derivada de um negócio jurídico resultante de um contrato estabelecido entre o paciente e o profissional da área médica, ainda que de forma tácita; bem como surgir da hipótese em que, não existindo um contrato firmado entre as partes, as circunstâncias da vida colocam frente a frente o médico e o paciente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, tal como quando acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental.

Sobre o assunto, afirma REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA:

“(...) Assim, a responsabilidade médica define-se de maneira casuística, em razão do que o critério mais seguro é o da investigação do caso concreto, para que se possa nela identificar a espécie contratual (de meio ou de resultado) ou a extracontratual.”⁹²

A utilidade da separação entre as duas modalidades de responsabilidade civil está na diversidade de regime jurídico que cada uma delas apresenta e na facilidade de

⁹¹ JOSSERAND, Lois. *Derecho civil: teoria geral de las obligaciones. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America/BOSCH y Cía, 1950. V. 1, Tomo II, p. 375.

⁹² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil do médico na inseminação artificial*. In: *responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 50 e 47.

obter a reparação dos prejuízos suportados, haja vista a existência de regras específicas no que se refere ao ônus da prova, pois, quando existe responsabilidade contratual, para que haja a composição dos prejuízos sofridos, basta que o credor comprove o inadimplemento e aponte o dano sofrido, sendo desnecessário efetuar a prova da culpa, ocasião em que o devedor apenas se exonerará da reparação se demonstrar que se verificou alguma das excludentes de responsabilidade, ou seja, caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Na responsabilidade extracontratual, é necessário que o autor da ação de indenização prove a culpa do réu, sendo insuficiente a mera alegação de que esta foi verificada. Trata-se de um fato constitutivo do direito do autor, a quem compete o ônus da prova. Descumprido o ônus probatório em questão, o pedido será rejeitado.

Trata-se da regra geral em matéria de responsabilidade civil, porém, que não pode ser aplicada à atividade médica sem considerar que, apesar de predominantemente classificada como pertencente à espécie contratual, resulta de verdadeira obrigação de meio, fato que é imprescindível para fixar se existe ou não a obrigação de indenizar.

IV.4.2 – Obrigação de meio e não de resultado.

RUY ROSADO AGUIAR JUNIOR ensina que, embora seja importante a classificação da responsabilidade civil do médico como contratual ou extracontratual, na prática, para determinar o dever de indenizar deve-se partir da distinção entre obrigação de resultado e obrigação de meio.

Nas obrigações de meio, o profissional assume o dever de prestar um serviço sem se comprometer com a obtenção de um resultado certo, mas tão-somente de dedicar atenção, cuidado e diligência, que tiverem sido exigidos pelas circunstâncias, de acordo com título que possui, com os recursos técnicos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência.⁹³

Já em relação à obrigação de resultado, verifica-se que o devedor compromete-se a realizar um resultado especificado, previamente determinado, ou seja, um resultado

⁹³ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de, op. cit., p. 35.

certo, tal como transportar uma carga de um lugar para outro, consertar e pôr em funcionamento certa máquina.

RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR afirma que, no exercício da atividade médica, tanto na hipótese contratual quanto extracontratual, assume-se uma obrigação de meio, o que significa dizer que o dever do médico é apenas agir com diligência e cuidados necessários no exercício de sua atividade profissional, adotando todos os procedimentos viáveis segundo o atual estágio da ciência e as regras consagradas na prática médica, não se comprometendo em curar, haja vista que este resultado não depende exclusivamente da boa atuação do médico, mas também da aceitação do organismo do paciente à terapia aplicada, das consequências naturais da patologia, bem como do cumprimento adequado da medicação prescrita, por exemplo.

SERGIO CARVALHIERI FILHO afirma:

“Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete em curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos”.⁹⁴

No mesmo sentido a opinião de CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

“a obrigação principal consiste no atendimento adequado do paciente e na observação de inúmeros deveres específicos. O dever geral de cautela e o saber profissional próprios do médico caracterizam o dever geral de bom atendimento. Dele se exige, principalmente, um empenho superior ao de outros profissionais”.⁹⁵ “O aludido dever abrange o de se informar o médico acerca do processo da ciência e sobre a composição e as propriedades das drogas que administra, bem como sobre as condições particulares do paciente, realizando, o mais perfeitamente possível, a completa anamnese”.⁹⁶

Conclui o autor:

“para o cliente é limitada a vantagem da concepção contratual da responsabilidade médica, porque o fato de não obter a cura do doente não importa reconhecer que o médico foi inadimplente. Isso porque a obrigação que tais profissionais assumem é uma obrigação de ‘meio’ e não de ‘resultado’”. Prossegue o autor: “o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de

⁹⁴ CAVALHIERI FILHO, Sérgio. Op.cit., p. 348.

⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 240.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 241.

resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência.⁹⁷

Ainda no que se refere à obrigação de meio, para obter a reparação de danos, o lesado deverá comprovar a conduta ilícita do obrigado, ou seja, do médico que não teria agido com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato, haja vista ser o seu único comprometimento com o paciente.

Desta forma que cabe ao paciente provar a culpa do médico, ou seja, ter ele agido com imprudência, negligência e imperícia na prática do ato ilícito, pois, se assim agir, deverá reparar os prejuízos decorrentes dos atos praticados.

RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR admite a possibilidade de um médico assumir uma obrigação de resultado quando se compromete, por exemplo, em fazer uma transfusão de sangue, em realizar um exame.

Esclarece o autor que, como consequência, se estabelecida uma obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido pelo profissional, que é suficiente para caracterizar o descumprimento do contrato, independente das suas razões; cabendo ao devedor, se assim desejar, efetuar a prova do caso fortuito ou de força maior, única hipótese em que poderá exonerar-se da responsabilidade.

IV.4.3 – Principais características do contrato estabelecido entre o médico e o paciente.

Em relação às características do contrato médico, verifica-se que integra o gênero “contrato de prestação de serviços” com conteúdo especificamente relacionado a este campo de atividade, de forma que não é possível confundi-lo com qualquer outro ajuste de prestação de serviços, até mesmo porque, conforme já esclarecido nesta pesquisa, o médico não tem o dever de curar o paciente. Por esta razão, há fatores que distinguem a culpa dos médicos da exigida para responsabilizar integrantes de outras profissões.

⁹⁷ GONÇALVES. Carlos Roberto. Op. cit., p. 360.

Trata-se de contrato sinalagmático, que põe a cargo do médico a obrigação de prestar seus cuidados ao paciente e a cargo do paciente, em princípio, a obrigação de remunerar o médico e de não agir em oposição às prescrições do médico sem avisá-lo.

Caracteriza-se como um contrato “*intuitu personae*”, à medida que é estabelecido com base na confiança existente entre as duas partes, em especial em relação à escolha do médico pelo paciente. Saliente-se, porém, que cada vez menos se evidencia tal característica, porquanto a mercantilização da Medicina e as profundas alterações havidas na prestação dos serviços de saúde tem reduzido o antigo relacionamento pessoal entre médico e paciente.

Pode ser expresso ou tácito, pois basta o atendimento para instituí-lo, desde que evidenciada a intenção dos contratantes. Verifica-se que o contrato médico raramente é escrito, salvo na hipótese de atendimento em clínicas e hospitais. É oneroso, visto que o paciente solicita cuidados e remunera o médico pelos serviços prestados, de forma livre e não formal.

Relevantes as considerações de WILSON RICARDO LIGIERA que explica:

“o chamado contrato médico não é sinônimo de contrato de assistência médica”. O contrato de assistência médica envolve: contrato médico e contrato de assistência médico-hospitalar, que abrange, além da atividade prestada pelo médico, a internação em hospital ou clínica, bem como o fornecimento de alimentos e medicamentos.⁹⁸

Integra ainda o grupo dos deveres que compõem o contrato, o dever de informação e de orientar o paciente ou seus familiares a respeito dos riscos existentes, no tocante ao tratamento e aos medicamentos a serem indicados.

VI.5 A Responsabilidade civil do médico e o Código de Defesa do Consumidor.

Até algum tempo atrás, qualquer que fosse o dano advindo da atuação de um médico era considerado algo que não pôde ser por ele evitado, ou seja, uma consequência natural da patologia sofrida pelo paciente, conjugada com a reação de seu organismo, de forma que era raro verificar pacientes que buscassem sua reparação junto ao Poder

⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 577-591.

Judiciário, principalmente em decorrência da relação de confiança estabelecida com o profissional.

Todavia, nas últimas décadas, constatou-se relevante modificação na postura do paciente, caracterizando uma situação completamente contrária à anterior, não só em razão da instituição de normas de defesa àqueles que se consideram lesados por alguém, como também da uma predisposição em imputar qualquer mau resultado ao profissional, seguindo-se imediatamente à propositura de uma demanda indenizatória.⁹⁹

Argumenta-se que esta modificação da postura do paciente em relação ao médico que lhe atendeu deu-se principalmente em virtude da necessidade da contratação de planos e convênios médicos em razão da falência do sistema público de saúde, que teria transformado a arte médica da cura em um mero objeto de consumo. Assim, a maioria das pessoas começou a utilizar-se de convênio médico-hospitalar, cujo atendimento é feito em hospitais e por médicos credenciados, que não raro travam contato com o paciente uma única vez.

Neste sentido, RUY STOCO afirma:

“(...) exacerbou-se grandemente a suspeita e a prevenção do paciente para com o médico, com o qual passou a ter uma relação episódica, rápida, pontual, e desprovida de uma maior interação e empatia entre eles, até porque também o médico já não dispensa a mesma atenção que antes concedia aos seus pacientes, limitando-se a diagnosticar e prescrever. O automatismo no atendimento aos pacientes e a imposição do sistema público de saúde ou das grandes e modernas clínicas e hospitais particulares, conveniados ou credenciados por planos de saúde, nos quais a dinâmica de atendimento, com horários fixos de plantão e rígida repartição de tempo nos atendimentos, impuseram partilhamento na atenção aos pacientes e conduziram ao absurdo de o médico já não mais saber quem é que está atendendo, nem sequer seu nome.”¹⁰⁰

A partir desta nova realidade dentro da prática médica, que obviamente não pode ser negada e nem generalizada, grande parte dos profissionais da área jurídica, de forma totalmente equivocada, passou a considerar qualquer relação jurídica estabelecida entre o médico e paciente como uma verdadeira relação de consumo, submetendo-a a aplicação das regras estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, por afirmar ser

⁹⁹ MORÁN, Luis Gonazález. *La responsabilidade civil del médico*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 9.

¹⁰⁰ *Idem*.

oriunda de um contrato de prestação de serviços, ainda que seja feito de forma verbal ou tácita.¹⁰¹

No que se refere à Medicina, o Código de Defesa do Consumidor somente pode ser utilizado como fundamento legal para disciplinar as relações jurídicas em que o exercício da atividade médica dá-se por sociedades empresárias, em que há legítima finalidade lucrativa, ou seja, por hospitais, clínicas e planos de saúde, pois são verdadeiros fornecedores de serviços.

Todavia, a legislação de consumo não poderá ser aplicada à atividade médica desenvolvida por profissionais liberais, porque o próprio Código de Defesa do Consumidor reconheceu expressamente que, nesta hipótese, não há falar-se em desequilíbrio entre as partes da relação jurídica, já que não existe um legítimo fornecedor de serviços, uma vez que também o profissional liberal pode ser considerado hipossuficiente no exercício de uma atividade por sua própria conta e risco, de forma que, nos termos do §4º do artigo 14 deste diploma legal, deve ser aplicado o Código Civil, determinando-se a responsabilidade mediante a comprovação de culpa.

Assim, não obstante as disposições existentes no Código Civil a respeito da aplicação da responsabilidade civil ao exercício da atividade médica; nos tempos atuais, verifica-se que tem ocorrido a aplicação direta do Código de Defesa do Consumidor, que é considerado uma legislação específica e repleta de prerrogativas àquele que é considerado parte vulnerável na relação jurídica, de forma que o Código Civil tem sido raramente aplicado e apenas de forma subsidiária.

Neste sentido, de acordo com a doutrina majoritária e a jurisprudência atual, o contrato celebrado entre o médico e o paciente é considerado um contrato de prestação de serviços, uma vez que, a partir do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, o médico pode ser caracterizado como fornecedor e o paciente como destinatário final dos serviços

¹⁰¹ Há muito tempo, a responsabilidade do médico já vinha sendo considerada, como contratual (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2006, p. 252-253; CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, v. 3, p. 403-404; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002.; KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, Op.cit., p. 24; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p. 248; MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopes. *Responsabilidade civil do médicos*. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2. Ed. São Paulo, 1988, p. 318-319; GONÇALVES, Carlos Roberto. *responsabilidade civil*, p.395).

prestados, de forma que, a prestação de serviços estaria sujeita à disciplina do Código de Defesa do Consumidor.

Esta conclusão foi obtida a partir da análise de 116 ações judiciais por alegado erro médico, que compõem o acervo da Associação Paulista de Medicina, atualmente composta por 25.000 médicos associados. Verificou-se que, atualmente, com base na interpretação equivocada do §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, os profissionais do Direito têm reconhecido a relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente como uma verdadeira relação de consumo, o que não se pode admitir por contrariar o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que o próprio Código de Defesa do Consumidor estabelece que a responsabilidade dos profissionais liberais determina-se mediante a comprovação de culpa, o que significa dizer que nesta hipótese específica aplicam-se as regras estabelecidas no Código Civil, haja vista que o Código de Defesa do Consumidor regula situações regidas pela teoria da responsabilidade objetiva.

No entanto, as decisões judiciais relacionadas ao alegado erro médico, embora admitam que o médico caracteriza-se como um profissional liberal, reconhecendo inclusive que a sua responsabilidade se dá mediante a comprovação da culpa – nos exatos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor – sem qualquer critério capaz de justificar, aplicam todas demais prerrogativas conferidas ao consumidor pela legislação de consumo, especialmente quanto à inversão do ônus da prova, estabelecendo um desequilíbrio entre as partes em prejuízo do profissional da saúde.

Vale ressaltar que, na hipótese do §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, o legislador deixa claro que os profissionais liberais serão responsabilizados mediante a comprovação de culpa, significando que não deve ser aplicada a legislação de consumo, haja vista que o reconhecimento de que o médico não preenche os requisitos necessários para ser caracterizado como um fornecedor de serviços, de forma que não pode assumir a obrigação de reparar eventuais danos da mesma forma que um legítimo prestador de serviços – que é considerado parte dominante dentro da relação jurídica, inclusive do ponto de vista econômico, podendo submeter a vontade do consumidor à sua própria vontade.

Neste sentido, uma vez que não se trata de uma legítima relação de consumo, não há falar-se na aplicação de qualquer prerrogativa do Código de Defesa do Consumidor, mas sim tão somente do Código Civil.

Embora o Código de Defesa do Consumidor possa ser considerado um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que possibilita a efetivação dos

direitos para a parte considerada mais vulnerável – o consumidor, especificamente no que se refere à relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente, sua aplicação é um retrocesso, pois o profissional assume uma obrigação de meio, já que o profissional não se compromete em curar, mas sim em prestar todos os cuidados necessários, aplicando a técnica mais eficiente na tentativa de reverter o quadro clínico do paciente.

Para obter o sucesso de qualquer terapia, deve ser considerado sempre, as inúmeras outras variáveis, tais como: o progresso natural da patologia, a idade do paciente, a resposta de seu organismo aos procedimentos aplicados, sua alimentação, bem como o cumprimento de todas as prescrições do médico pelo paciente.

No entanto, em razão da realidade verificada a partir das ações judiciais por alegado erro médico, faz-se necessário tecer alguns esclarecimentos a respeito da função do Código de Defesa do Consumidor para possibilitar a melhor compreensão da discussão objeto da presente pesquisa.

CAPÍTULO V

A FUNÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A ATIVIDADE MÉDICA.

V. 1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990, passou-se a disciplinar por meio de uma lei específica as intituladas relações de consumo, suscitando o exame dos aspectos jurídicos que envolvem a atividade médica, especialmente se do seu exercício decorrer qualquer prejuízo para o paciente como resultado do alegado erro médico no exercício de sua atividade.

Verifica-se que a responsabilidade na área Médica já era regulada pelo Código Civil de 1916, no entanto, a partir do advento da legislação de consumo, ganhou maior relevo e importância, passando a ser um tema bastante debatido.

O artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor é claro ao dispor que as normas da legislação de consumo dirigem-se à proteção prioritária de um grupo social, os consumidores, e que se constituem em normas de ordem pública, ou seja, interessam mais diretamente à sociedade que aos particulares, inafastáveis, portanto, pela vontade individual.

“Artigo 1.º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias”.

Isto ocorre porque, conforme já dito, a sociedade de consumo caracteriza-se por uma evidente disparidade de forças entre as partes da relação jurídica, pois de um lado há aquele que detém os mecanismos de produção – o fornecedor, e de outro, aquele que têm necessidade de consumir aquilo que está sendo produzido – o consumidor, que se

submete às imposições do primeiro, de forma que se faz necessário obter mecanismos de preservação do equilíbrio sociológico do contrato firmado entre as partes.

Sendo assim, embora exista entre as partes da relação de consumo, um negócio jurídico cujos princípios norteadores, característicos do direito privado, são autonomia da vontade e liberdade de contratar, não se pode tolerar que uma das partes se locuplete em face da vulnerabilidade da outra. Tal prática deve ser evitada, repartindo-se adequadamente os riscos, pois é notória a existência de um interesse social nas relações de consumo, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor visa resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização, especialmente em razão da necessária submissão aos interesses do fornecedor.

Neste sentido, cabe ao Estado, portanto, zelar pela manutenção do equilíbrio das relações sociais, autorizando-se a sua intervenção em um negócio jurídico para, sanando a deficiência ou irregularidade ali verificada, restaurar a harmonia rompida, mantendo-se a paz social.

Conforme já afirmado, discute-se se a relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente pode ser caracterizada como uma verdadeira relação de consumo, em que se requer a adoção das regras específicas estabelecidas pelo legislador, que são destinadas a promover o equilíbrio entre duas partes diferenciadas a fim de possibilitar o cumprimento do princípio da igualdade real no processo.

Isto porque, na maior parte das vezes, o médico exerce sua atividade por sua própria conta e risco, ou seja, atua na qualidade de profissional liberal, ocasião em que não apresenta as características recorrentes entre os fornecedores de serviços que justificaram a elaboração de normas jurídicas que promovessem o equilíbrio entre as partes.

Em outras palavras, quando o médico atua como profissional liberal, embora possa ser considerado fornecedor de serviços, não é titular de algumas das características que o diferenciam do consumidor, desequilibrando a relação jurídica, a fim de justificar a aplicação das prerrogativas e direitos da legislação de consumo, principalmente no que se refere ao domínio econômico e das informações relativas a todo o procedimento a ser adotado.

Este fato será melhor esclarecido a partir da análise da história da sociedade de consumo, da finalidade para a qual foi criado o Código de Defesa do Consumidor, dos elementos subjetivos e objetivos que caracterizam a relação de consumo e, sobretudo, da

própria vontade do legislador ao estabelecer no §4º do artigo 14 deste diploma legal que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

No entanto, vale ressaltar, desde já, que o exercício atividade médica poderá sim ser considerado típica relação de consumo em situações específicas em que estiverem preenchidos os requisitos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, na hipótese da atividade de prestação de serviços de saúde por sociedades empresárias, por exemplo, hospitais, clínicas de saúde e convênios médicos.

Isto porque, nesta situação, o fornecedor de serviços, representada por uma destas espécies de sociedades empresárias – hospitais, clínica e planos de saúde – pratica a atividade médica com preponderante finalidade lucrativa; detém domínio dos fatores de produção e poder econômico, de forma que o paciente, nesta relação, torna-se consumidor de um serviço prestado, reconhecida a sua vulnerabilidade em relação ao fornecedor.

Diante do exposto, parte-se para a análise do Código de Defesa do Consumidor a fim de demonstrar o que ora afirmado.

V. 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Desde os tempos mais remotos, protegia-se a liberdade de contratar e a autonomia da vontade nos negócios jurídicos, de forma que toda a construção legal visava à preservação da vontade dos contratantes a fim de assegurar os efeitos almejados pelas partes de acordo com a ordem jurídica.

No entanto, embora houvesse esta proteção, já naquela época reconhecia-se a existência de relações jurídicas com partes diferenciadas, caracterizadas por um relevante desequilíbrio entre os contratantes, requerendo a instituição de regras especiais para atuar como mecanismo de equiparação em razão do reconhecimento desta notória fragilidade de um detrimento do outro.

A existência de regras para a defesa do consumidor, embora de forma esparsa, sempre esteve presente na maior parte das legislações de todos os países e, apenas recentemente, obteve autonomia em relação aos demais ramos do Direito, sendo dotada de codificação própria.

Desde as primeiras civilizações, a partir do Código de Hamurabi, de 1690 a.C., da Babilônia, um dos mais antigos conjuntos de leis da humanidade, havia regras, cujo propósito era a proteção do indivíduo que adquiria uma mercadoria ou que usufruía um serviço, por considerá-lo, já naquela época, a parte mais fragilizada da relação estabelecida, pois deveria sujeitar-se às imposições do fornecedor para a satisfação das necessidades mínimas.

De acordo com o disposto nos artigos 229 e 233 do Código de Hamurabi, que tratam do ressarcimento ao proprietário de casas mal construídas, por exemplo, é possível comprovar o interesse das autoridades na proteção do consumidor de produtos e serviços, identificando esta como uma questão relevante para a sociedade do momento, conforme pode ser verificado.

“(...) se um arquiteto construir uma casa e não o fizer solidamente, vindo a casa a cair e ocasionando a morte o proprietário, esse arquiteto deve ser morto. Se um arquiteto construir para alguém uma casa e não finalizar a obra, ou se as paredes fossem viciosas, o arquiteto deverá a seu próprio custo consolidar as paredes.”

No que tange ao exercício da medicina, vale ressaltar, também há disposição no Código de Hamurabi. Por exemplo, o artigo 218 ao dispor que se o médico tratasse alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o matasse, ou se lhe abrisse uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fosse perdido, lhe seriam cortadas suas mãos.

Ainda no século XIII a.C., o Código de Manu, na Índia, por meio das Leis n.º 697 e 698, estabelecia sanções para os casos de adulterações de alimentos, de entrega de coisa em espécie inferior àquela acertada, ou que vendesse bens de natureza equivalente por preços diferenciados. Eram previstas multa e punição para quem praticasse atos contrários a esta determinação.

Na Grécia, Platão destacava que os comerciantes não deveriam deixar Atenas durante um período de 70 dias após alienação de bens ou da prestação de serviços a fim de dar oportunidade aos adquirentes de se queixarem dos defeitos existentes no produto e de obter a almejada reparação.

Também Cícero preocupou-se em assegurar aos adquirentes de bens de consumo duráveis a garantia de que as deficiências ocultas, nas operações de compra e venda, fossem sanadas sob pena de rescisão contratual.

De acordo com PONTES DE MIRANDA, em Roma, Paulo concedeu a *actio de modo agri* pelo vício oculto existente no objeto, no caso de *mancipatio* de prédio cuja

superfície não correspondesse à realidade. Neste caso, o adquirente tinha o direito de receber o dobro do valor da superfície que faltasse.

Com o direito *justinianeu*, estabeleceu-se a obrigação do vendedor de gado enfermo de arcar com a restituição da diferença entre o preço pago e o valor que o adquirente pagaria se soubesse do vício do animal.

Na Europa medieval, com o desenvolvimento do comércio e a formação das corporações, foi instituído rígido sistema de controle e de fiscalização pelas entidades de artesãos. Foram previstas penas vexatórias para os comerciantes que adulterassem substâncias alimentícias, especialmente a manteiga e o vinho. Na França, em 1481, o rei Luís XI baixou um édito que punia com banho escaldante quem vendesse manteiga com pedra no seu interior para aumentar o peso, ou o leite com água para inchar o volume.¹

Ilustra JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO:

“Além disso, em *Don Quixote de La Mancha*, Miguel de Cervantes Saavedra, no início do século XVI, coloca como ordens baixadas por Sancho Pança, na qualidade de governador da imaginária ilha Baratária, a obrigatoriedade de ser anunciada a procedência e o nome do vinho que fosse adulterado com acréscimo de água e falsificação do nome castigando-se o culpado com o suplício de ter de bebê-lo até a asfixia. Destacam-se ainda, no Império Romano, as práticas do controle de abastecimento de produtos, principalmente nas regiões conquistadas, bem como a decretação de congelamento de preços, no período Decleciano, uma vez que também nesse período se fazia sentir o processo inflacionário, gerado em grande parte pelo déficit do tesouro imperial na manutenção das hostes de ocupação.”²

Verifica-se, portanto, que as situações que caracterizam as relações de consumo estiveram presentes na sociedade há muito tempo, já a partir da época em que se iniciou a troca de mercadorias que foi se desenvolvendo gradativamente ao longo do tempo. Logo, é antiga a preocupação com as relações jurídicas estabelecidas entre o sujeito que fornece um produto, ou que presta um serviço, e aquele que irá consumi-lo, ou que fará uso do serviço prestado.

A história, porém, mostra que, em meados do século XIX, verificou-se a necessidade de obter regras específicas para regular as situações jurídicas com partes desiguais, já que, com o advento da Revolução Industrial, a tão aclamada liberdade de contratar e estipular o conteúdo dos contratos, em muitos casos, não passava de filosofia,

¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 3.

² *Ibidem*, p. 3.

pois, na prática, a parte mais forte exercia sua vontade sobre a mais fraca, que era simplesmente obrigada a contratar sob pena de ficar sem o bem da vida desejado.

Isto porque com a evolução da sociedade, a grande expansão da economia e o surgimento do fenômeno das massas acabaram por tornar ineficientes os velhos diplomas legais quando se tratava de disciplinar certas questões de direito privado. Desta forma, a defesa do consumidor ganhou maior relevância e começou a desenvolver-se como um direito autônomo.

Tal fato ocorreu em razão das grandes transformações em vários aspectos da vida social, principalmente em decorrência do investimento de vultosos capitais em empreendimentos industriais, comerciais e de prestação de serviços, que abrangeu público infinito, em especial no que se refere à aquisição de bens para a satisfação de necessidades próprias ou familiares, sejam elas vitais, pessoais ou sociais.

Neste sentido, CARLOS ALBERTO BITTAR esclarece:

(...) Foi com o desenvolvimento do comércio e a expansão obtida depois da denominada Revolução Industrial, que, alterado profundamente o cenário econômico, começou a manifestar-se o desequilíbrio nas relações de consumo, exacerbado no século atual em função do fenômeno da concentração de capitais, em empresas industriais, bancárias, de seguros, de distribuição de produtos e em outras. Polarizou-se, ademais, o conflito no setor das relações entre produtor e consumidor, atraindo-se a atenção do legislador, a nível internacional e nacional, para a edificação do regime próprio e sem prejuízo dos mecanismos normais de defesa dos contratantes.³

Para disciplinar as relações de massa, foi necessária a intervenção estatal no direito privado, criando-se, em certos aspectos, verdadeiro dirigismo, o que afetou profundamente a noção privatista de contrato. Esta intervenção estatal fez-se necessária em virtude dos abusos que ocorriam em decorrência da ampla liberdade que a lei conferia às partes. Viu-se a necessidade de reconhecer a existência de um rol de pessoas consideradas hipossuficientes.

JOSÉ FERNANDO SIMÃO explica que as legislações protetivas apenas alargaram o rol de hipossuficientes, pois, a idade e os problemas mentais, por exemplo, já eram reconhecidos como hipóteses de hipossuficiência desde a época do Direito Romano. No entanto, apenas nos séculos XIX e XX admitiu-se que a capacidade econômica e os conhecimentos do contratante geravam desigualdades no ato de contratar, sendo necessário determiná-la como mais uma hipótese de hipossuficiência. Para resolver tal desigualdade

³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.9.

surgiram diplomas como a Consolidação das Leis do Trabalho, a Lei de Locações e, finalmente, o Código de Defesa do Consumidor.

Constatou-se que a sociedade contemporânea, após abandonar o modelo individualista e optar pelo de economia de massa, não poderia mais prosseguir com o modelo contratual vigente à época do liberalismo. A rapidez dos negócios exigiu a transformação das relações pessoais e jurídicas para atender às necessidades, pois o Direito deve acompanhar a realidade.

Assim, a partir da notória expansão da economia, surgiram, em diversos países industrializados, as primeiras associações de consumidores, mais especificamente os chamados “frigoríficos de Chicago”, que passou a ser intitulado de “movimento consumerista”.

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO esclarece que o “movimento consumerista” caminhou lado a lado com os “movimentos sindicalistas” – notadamente a partir da segunda metade do século XIX, por melhores condições de trabalho e do poder aquisitivo – de forma a ser inserido no macrotema “*direitos humanos*” por serem universais.

Segundo esclarecimentos do autor, a primeira grande fase dos direitos humanos fundamentais tem como marco indelével a célere “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, engendrada no bojo da Revolução de 1789, sendo a segunda cristalizada no “Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, por meio da qual foi inserida a defesa ou proteção do consumidor, no que tange à defesa da sua segurança, da sua saúde e do direito de reclamar contra abusos cometidos pelos fornecedores de bens e serviços, etc.⁴

Sobre o “movimento consumerista”, JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO expõe que os inúmeros movimentos trabalhistas e consumeristas existentes na América do Norte acabaram por cindir-se pela criação da denominada “Consumer’s League”, em 1891, tendo evoluído para a criação da “Consumer’s Union”, entidade bastante poderosa e temida nos Estados Unidos até os dias atuais.

Afirma ainda o autor que, dentre outras atividades de conscientização dos consumidores e promoção de ações judiciais, a entidade chegou a adquirir quase todos os

⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 10.

produtos que seriam lançados no mercado norte-americano para análise e, em seguida, por intermédio de sua revista “Consumer’s Report”, apontou as vantagens e desvantagens do produto dissecado.⁵

Deve-se mencionar também, a respeito da proteção ao consumidor, a edição da “Carta do Consumidor” pelo Conselho da Europa, elaborada pela Assembléia Consultiva do Conselho da Europa por meio da Resolução n.º 543 de 17 de Maio de 1973, relativa à proteção do consumidor, que declarou o interesse na proteção do indivíduo e na defesa dos direitos de certos grupos sociais particularmente vulneráveis; bem como no dever de cada Estado prosseguir, de acordo com as suas próprias tradições, em uma política de total e ativa proteção ao consumidor.

Esta carta estabelecia alguns importantes direitos ao consumidor como: 1º) o direito dos consumidores à proteção e assistência; 2º) proteção contra danos físicos causados por produtos perigosos; 3º) proteção contra danos nos interesses econômicos do consumidor; 4º) o direito de indenização por prejuízos; 5º) o direito do consumidor à informação; 6º) o direito do consumidor à educação; 7º) o direito de representação e consulta.

Nessa trilha de preocupações, encontra-se a Resolução n.º 39/248 da Organização das Nações Unidas (ONU), aprovada em sessão plenária de 9 de abril de 1985, inspirada na famosa declaração dos direitos do consumidor, proferida pelo Presidente John Kennedy, em 15 de março de 1962, data em que, por sinal, se comemora o “dia internacional do consumidor”. Com Kennedy ficam consagrados ao consumidor quatro direitos básicos: à segurança, à informação, à opção e a ser ouvido.

Esta resolução traçou uma política geral de proteção ao consumidor, tendo em conta seus interesses e necessidades em todos os países, particularmente naqueles que ainda estão se desenvolvendo.

Reconheceu-se que o consumidor enfrenta, amiúde, um desequilíbrio em face da capacidade econômica, do nível de educação e do poder de negociações, como também que todos os consumidores devem ter acesso a produtos que não sejam perigosos, sendo necessário também um desenvolvimento econômico e social justo, equitativo e seguro.

⁵ GINO GIACOMINI FILHO explica que o termo “consumerismo” é anglicano, derivado de “consumeris”, que designa o momento de consumidores e entidades americanas no início desta metade de século; teve repercussões marcantes não só na estrutura de consumo dos Estados Unidos como em diversos países capitalistas. (GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor versus propaganda*. Editora Summus, 1991, p. 18).

A preocupação fundamental desta resolução foi basicamente quanto aos prejuízos à saúde e à segurança do consumidor, a importância de fomentar e proteger seus interesses econômicos, de fornecer informações adequadas para capacitá-lo a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais, educá-lo, criar possibilidades de real nascimento, garantir a liberdade para formação de grupos de consumidores e outras organizações de relevância, e oportunidade para que essas organizações possam intervir nos processos decisórios a elas referentes.⁶

Vale ressaltar que a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução n.º39/248 de 9 de abril de 1985, impôs aos Estados Filiados a obrigação de formularem uma política efetiva de proteção ao consumidor, bem como de manterem uma infra-estrutura adequada para a sua implementação efetiva.

Merece destaque, a Convenção Européia sobre a responsabilidade de fato pelo produtor em caso de lesões corporais ou de morte, firmada em 1977, ditada pela preocupação de proteção aos consumidores face ao desenvolvimento das técnicas de produção e dos métodos de comercialização e de vendas, a qual sufragou a jurisprudência sobre a responsabilidade presumida dos consumidores, já dominante nos Estados-membros.⁷

PHILIP KOTLER ensina que o desenvolvimento do consumerismo deu-se em oito estágios da história econômica, sendo eles: o estágio da autossuficiência econômica, em que as unidades familiares executavam todas as tarefas para satisfazer as próprias necessidades; o estágio de comunismo primitivo onde as unidades familiares se reuniam para executar em comum as tarefas econômicas para posterior repartição pela comunidade; o estágio da simples troca (sociedades primitivas pela simples troca efetuavam a distribuição de bens econômicos); o estágio de mercados locais; o estágio de uma economia monetária; o estágio de capitalismo primitivo; o estágio de produção em massa e o estágio da sociedade afluyente (excedente de dinheiro de número substancial de pessoas, em relação às suas necessidades básicas, que passam a satisfazer necessidades e desejos psicológicos, sociais e culturais).⁸

⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. Op. cit. p. 4.

⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Op.cit., p. 14.

⁸ KOTLER, Philip. *Administração e Marketing Social: uma ampliação do conceito de troca*. Revista de Administração – O conceito de Marketing em diferentes estágios de desenvolvimento econômico. São Paulo: Editora Atlas, 1978, p. 27.

Verifica-se que, no direito brasileiro, a posição especial dos consumidores somente atraiu a atenção do legislador de modo episódico em razão de circunstâncias próprias do momento econômico vivido, conforme será demonstrado.

GINO GIACOMINI FILHO, adequando à realidade brasileira, transporta os critérios de KOTLER dividindo-os em apenas três etapas: capitalismo primitivo (1700 a 1900); produção em massa (1900 a 1950); e sociedade afluyente (1950 até os dias atuais).⁹

Já era possível verificar, em documentos da época colonial, guardados no Arquivo Histórico de Salvador, conforme relata o jornalista Biaggio Talento (*O Estado de São Paulo*, 24 de setembro de 2000, p. A-20), que as relações de consumo também eram uma preocupação das autoridades coloniais do século XVII, principalmente no que se refere à punição dos infratores a normas de proteção ao consumidor que existiam na época, embora não codificadas, como, por exemplo, obrigar que todos os vendedores fixassem escritos da almoçaria na porta para que o povo lesse, bem como a imposição de multa para aqueles que vendessem mercadorias acima das tabelas fixadas, entre outras situações.¹⁰

Em 1850, o Código Comercial contemplou dentre suas normas legais – codificadas ou dispersas – ainda que de forma tímida, a proteção e a defesa dos consumidores, o que pode ser constatado, por exemplo, nos artigos 629 e 632, que dispôs sobre alguns direitos e obrigações dos passageiros de embarcações, veja-se:

“Interrompendo-se a viagem depois de começada, por demora de conserto de navio, o passageiro pode tomar passagem em outro, pagando o preço correspondente à viagem feita. Se quiser esperar pelo conserto, o capitão não é obrigado ao seu sustento; salvo se o passageiro não encontrar outro navio em que

⁹ GIACOMINI FILHO, Gino. Op. cit., p.18.

¹⁰“As principais normas que regiam a cidade de Salvador, elaboradas pelo Senado da Câmara, por meio de posturas municipais, uma delas, editada em 27-8-1625, obrigava todos os vendedores a fixarem os “escritos da almoçaria na porta para que o povo os lesse”. Impunha-se aos infratores a multa, nada desprezível para a época, de seis mil réis, já que o físico e cirurgião-mor da Bahia, Francisco Vaz Cabral, recebia 30 mil réis por ano; e um advogado, que exercia a função de síndico da Câmara, ganhava 20 mil réis anualmente. Havia também multa desse valor para quem vendesse mercadorias acima das tabelas fixadas, como peixe e pastel, multa de 500 réis para quem vendesse bananas acima do tabelamento (quatro bananas a cinco réis, por exemplo). Vender dois ovos a mais de 20 réis resultava para o infrator multa de dois mil réis. E a mesma punição era prevista para quem burlasse a seguinte tabela: quatro laranjas – uma moeda (cinco réis); 10 mangabas – uma moeda; seis cajus – uma moeda; seis pepinos – um vintém; três limas doces – uma moeda, etc. Diz o autor citado, porém, que a pena mais severa era reservada para os taberneiros que vendessem vinho acima do preço tabelado. A começar pela limitação de tabernas, foram fixadas em no máximo 12 em Salvador, mediante lei de 3-4-1652. Por conta da grande demanda de vinho, era comum aos taberneiros inflacionar o mercado. E, após muitas queixas da população, a Câmara decidiu punir severamente os infratores. Assim, quem vendesse o Canadá (medida da época equivalente a 1,4 litros) acima de 2 cruzados (800 réis), seria “preso na envovia (a pior cela da cidade) e dela levado para ser açoitado pelas ruas, ficará inábil para vender e desterrado dessa capitania para todo o sempre”. (apud FILOMENO, José Geraldo Brito. Op.cit., p. 3-4).

comodamente se possa transportar, ou o preço da nova passagem exceder o da primeira, na proporção da viagem andada.”

A preocupação do legislador brasileiro com o consumidor também pode ser verificada no Código Civil de 1916, ao estabelecer, no artigo 1.512, “aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai a obrigação de fazer o prometido”.

GINO GIACOMINI FILHO informa que o surgimento do consumerismo no Brasil deu-se entre 1930 a 1950, ocasião em que foram sancionadas leis sobre saúde, proteção econômica e comunicações. Para o autor, o consumerismo teve sua origem no próprio marketing, cuja fase inicial era, tão somente, voltada para o lucro, e designa tal movimento como “as forças sociais que buscam um melhor tratamento para o consumidor”.¹¹

Os movimentos de iniciativa popular ocorridos de 1930 a 1950, embora relacionados à falta e ao alto preço dos produtos, trouxeram noções básicas de proteção aos consumidores. Destacam-se, por ordem cronológica, os textos de maior realce na sequência legislativa nacional, salientando a existência de extensa regulamentação administrativa para a complementação correspondente: limitação de juros em contratos (Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933); definição de crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego (Decreto-Lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938); consolidação de infrações sobre crimes contra a economia popular (Decreto-Lei n.º 9.840, de 11 de setembro de 1946); alteração de disposições da legislação sobre crimes contra a economia popular (Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, regulamentado o seu artigo 4º, letra “b”, pelo Decreto n.º 48.456, de 30 de junho de 1960).¹²

O fato mais significativo da década de 60, na proteção aos consumidores, foi a Lei Delegada n.º 4 de 1962, alterada em alguns dispositivos pelo Decreto-Lei n.º 422, de 20 de janeiro de 1969, que vigorou até 1998, e visava assegurar a livre distribuição de produtos. Neste período, também se destacaram os seguintes textos: repressão ao abuso do poder econômico (Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, regulamentada pelo Decreto n.º 52.025, de 20 de maio de 1963), ocasião em que se criou órgão próprio para o

¹¹ GIACOMINI FILHO, Gino. Op. cit., p. 14 e 25.

¹² BITTAR, Carlos Alberto. Op.cit., p. 15

julgamento de questões, em nível administrativo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).¹³

O movimento de defesa do consumidor no Brasil ganhou maior força no final da década de 70 em razão da crescente conscientização da sociedade sobre práticas abusivas de produção e comercialização de bens e serviços. Neste período, foram regulamentadas as seguintes situações e publicados os seguintes diplomas: distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde, em concurso, a título de propaganda, e poupança popular (Lei n.º 5.768, de 20 de dezembro de 1971 e seu regulamento); proteção de poupança popular na liquidação de instituições financeiras (Lei n.º 6.024, de 13 de março de 1974, com a posterior previsão de correção monetária na hipótese do Decreto-Lei n.º 1.477, de 26 de agosto de 1976).

Em 1976, pelo Governo do Estado de São Paulo, foi criado o primeiro órgão público de defesa do consumidor, que recebeu o nome de Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, mais conhecido como Programa de Proteção e Orientação ao Consumidor (PROCON), visando garantir os direitos dos consumidores. Importante registrar a Lei n.º 6.463, de 9 de novembro de 1977, que regulou as vendas a prazo com a obrigatoriedade de declaração do preço total.

A partir de 1980, houve profundas transformações políticas e econômicas que marcaram a sociedade da época com intensa participação popular nas questões envolvendo consumo. Regulamentos setoriais, normas técnicas e de boa prática, dentre outros, difundiam direta e indiretamente a proteção dos consumidores.

Em 1985, no Rio de Janeiro, foram aprovadas moções concretas no sentido de que se incluíssem no texto constitucional então em vigor (Emenda Constitucional n.º, de 1969), dispositivos que contemplassem a preocupação estatal com a defesa e proteção do consumidor, e mediante emendas constitucionais.

No mesmo ano, foi instituída a Assessoria de Defesa do Consumidor que visava à coordenação, ao apoio e à orientação aos órgãos de defesa do consumidor, público e privado, ainda extremamente deficientes e sem sustentação no país. Por meio de tal assessoria, foram desenvolvidas inúmeras atividades, entre as quais é possível citar: a elaboração de um plano de desenvolvimento da política nacional da defesa do consumidor, criação do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), por meio do Decreto n.º

¹³BITTAR, Carlos Alberto. Op.cit., p. 16.

91.469 de 24 de Julho de 1985; a elaboração de metas básicas, de cartas a todos os governadores solicitando a criação de Juizados de Pequenas Causas – já que muitos dos órgãos se encontravam em via de instalação pelo Brasil afora; reuniões com líderes sindicais (DIFESE), Associações de Donas de Casa e dirigentes de órgãos estatais, visando ao engajamento da sociedade civil na luta contra a inflação e especulação.

A finalidade do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), instituído no governo do Presidente José Sarney, era assessorar o Presidente da República na formulação e condução da Política Nacional de Defesa do Consumidor com os seguintes objetivos: 1º) estudar e propor medidas visando à prestação, pelo Estado, do adequado resguardo dos interesses e direitos do consumidor; 2º) estudar e promover formas de apoio técnico e financeiro às organizações de defesa do consumidor; 3º) estudar e promover apoio ao consumidor menos favorecido; 4º) incentivar medidas de formação e informação ao consumidor, entre outros.

Diversas entidades civis se organizaram e despontaram em segmentos específicos, como a Associação de Inquilinos Intranquilos, Central de Atendimento aos Moradores e Mutuários do Estado de São Paulo (CAMMESP) e a Associação Intermunicipal de Pais e Alunos.

Em 1987, é fundado o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e novas propostas em defesa do consumidor são consubstanciadas em anteprojeto formalmente protocolado junto à Assembléia Nacional Constituinte, recebendo o n.º 2.875, em 08 de maio de 1987.

Na ocasião, foram feitas sugestões de modificações da redação dos artigos 36 e 74 do anteprojeto de Código do Consumidor elaborado pela chamada Comissão Afonso Arino, merecendo destaque a menção expressa já aos direitos fundamentais ou básicos dos consumidores como o relativo ao consumo de produtos e serviços, à segurança, à escolha, à informação, de ser ouvido, à indenização, à educação para consumo e a um meio ambiente sadio.

Merece destaque também, o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público brasileiro, reunido em dois simpósios nacionais, ou seja, o VI Congresso Nacional de São Paulo, em junho de 1985, e o VII, em Belo Horizonte, em março de 1987, oportunidades em que foram oferecidas teses – aprovadas por unanimidade – que propugnavam não apenas pela instituição de Promotoria de Justiça especializada na proteção e defesa do

consumidor, como também pela consagração daquelas preocupações no texto constitucional.¹⁴

Em 1989, é instituída a Comissão de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado de São Paulo.

Finalmente, em 11 de Setembro de 1990, foi sancionada a Lei n.º 8.078, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, que também criou o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Outras entidades civis passam a atuar na proteção e defesa dos interesses de associados, a exemplo da Associação das Vítimas de Erros Médicos; Associação Nacional dos Devedores de Instituições Financeiras (ANDIF) e a Associação Nacional dos Mutuários e Moradores (ANMM). Na mesma década, também é criado o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON), entidade de caráter técnico, científico e pedagógico.

Deve-se esclarecer que o marco na história das relações de consumo não é a existência de normas protetivas do consumidor, mas sim a associação de vontades para o reconhecimento pelo sistema jurídico de uma categoria de pessoas com necessidades especiais e relevância para a sociedade.

Por esta razão, o Código de Defesa do Consumidor foi um marco na evolução da defesa do consumidor brasileiro, sendo uma lei de ordem pública e de interesse social com inúmeras inovações inclusive de ordem processual.

O Código de Defesa do Consumidor prevê a participação de diversos órgãos públicos e de entidades privadas, bem como o incremento de vários institutos como instrumentos para a realização da Política de Consumo. Pretendeu que o esforço fosse nacional, integrando os mais diversos segmentos que têm contribuído para a evolução da defesa do consumidor no Brasil.

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) é a conjugação de esforços do Estado, nas diversas unidades da Federação, e da sociedade civil, para a implementação efetiva dos direitos do consumidor e para o respeito da pessoa humana na relação de consumo.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al). *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 23.

Conforme o Código de Defesa do Consumidor, integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC): a Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, por meio do seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC); e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e entidades civis de defesa do consumidor.

O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) é o organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e tem como atribuições principais: coordenar a política e ações do SNDC, atuar concretamente naqueles casos de relevância nacional e nos assuntos de maior interesse para a classe consumidora, além de desenvolver ações voltadas ao aperfeiçoamento do sistema, à educação para o consumo e para melhor informação e orientação dos consumidores.

Outros dois agentes merecem destaque pela sua importante atuação na defesa dos direitos dos consumidores são os Ministérios Públicos e as Entidades Organizadas da Sociedade Civil.

V. 3. DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR

As grandes mudanças tecnológicas e a criação de bens materiais em excesso inovaram o comportamento da sociedade nos séculos XIX e XX, confirmando a frase latina “tempora mutantur, nos et mutamur in illis”, que significa “os tempos estão mudados e nós somos mudados dentro deles”.¹⁵

Verifica-se que, a partir desta época, a sociedade encontrou-se comandada por uma maciça e atraente publicidade, principalmente através da mídia, por meio da qual se verificou a comunicação das empresas divulgando seus produtos e serviços. Criaram-se novos hábitos, despertando ou mantendo o interesse da coletividade, que assimilou e aderiu às mensagens transmitidas, inserindo-se e conservando-se em seu elenco de clientes.

Com isso, sucessivos impulsos de compra foram gerados, em todas as partes, aumentando-se o contingente consumidor na população (daí o nome de “sociedade de

¹⁵ CURTIS COOK, Douglas Basil. *O Empresário diante das transformações*. São Paulo: Editora McGraw-Hill do Brasil, 1978, p. 71.

consumo” que se dá à nossa época, em que a aquisição e a fruição de bens se perfazem por sugestão e em relação à idéia de *status* pessoal).¹⁶

Em decorrência desta expansão consumista, da competitividade empresarial e do desenvolvimento célere dos meios de comunicação de massa, surge uma sociedade nova, conforme acima exposto, intitulada “sociedade de consumo”, como consequência da própria situação dos países altamente industrializados, caracterizada pela produção e pelo consumo ilimitado de bens de todas as espécies, fato do qual resultou a mercantilização de toda a atividade humana, inclusive a Medicina.

Como breve esclarecimento: conforme já mencionado, com as modificações advindas desta nova cultura de massa e com o enfraquecimento econômico da população, o médico de família passou a ser um privilégio de poucos, de forma que a maioria das pessoas começou a utilizar-se de convênio médico-hospitalar, cujo atendimento é feito em hospitais e por médicos credenciados.

Neste contexto, o perfil do médico passou a ser diferenciado, pois não é mais tão comum a existência do profissional conselheiro, guardião da família, que conhece todo o histórico de vida de seu paciente, mas sim o técnico, cuja importância relaciona-se ao seu nível de conhecimento e de sua especialização em determinado procedimento.

Neste contexto, os médicos passaram a ser equivocadamente classificados como simples “prestadores de serviços” e seus pacientes como “consumidores”, de forma que, segundo a jurisprudência predominante e grande parte da doutrina, equivocadamente, justificou-se a adoção das regras específicas de consumo para regular esta nova espécie de relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente.

Sobre o assunto, vale à pena repetir as palavras de MIGUEL REALE:

“(...) se alguns de seus princípios fundamentais podem e devem subsistir, outros há que devem ceder lugar a novos preceitos decorrentes das mutações tecnológicas operadas na sociedade contemporânea, no setor da Medicina e da Saúde inclusive”.¹⁷

Paralelamente a esta evolução social surgem bens jurídicos que precisavam de proteção normativa, pois inexistentes na ordem jurídica até o momento, por exemplo: os

¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor: código de defesa do consumidor* (Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990 Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 24.

¹⁷ REALE, Miguel. Op. cit., p. 52

relativos ao meio ambiente, aos bens e direitos de valor artístico, histórico e o direito do consumidor.¹⁸

Assim, com base em uma nova sociedade, na luta por melhores condições de vida, ao lado das reivindicações trabalhistas pelo aumento do poder aquisitivo, surge um forte movimento nos Estados Unidos da América visando buscar melhores tratamentos para os consumidores, movimento intitulado como consumerismo.

A principal característica das denominadas “sociedade de consumo” – “pós-moderna” ou ainda “pós-industrializada” é a complexidade e dinamicidade de sua realidade, com destaque para o processo de produção e de consumo.

Nesta nova convivência social, o consumidor é sabidamente frágil em relação ao fornecedor, pois, na ânsia de prover as exigências pessoais ou familiares, ou seja, sob pressão da necessidade, tem sua vontade desprezada, ou obscurecida, pela capacidade de imposição de contratação e, mesmo, de regras para a sua celebração, de que dispõem as grandes empresas face à força de seu poder negocial, decorrente de suas condições econômicas, técnicas e políticas.

Sobre o assunto, CARLOS ALBERTO BITTAR esclarece que, neste contexto, a vontade individual do consumidor ficou comprimida, evidenciando-se um descompasso entre a vontade real e a declaração emitida, limitando-se esta à aceitação pura e simples do negócio.¹⁹

Sobre esta temática, esclarece o autor:

“(…) Mas, nesse campo, notório é o desequilíbrio existente – e percebido mesmo em épocas primitivas – em razão da força de que dispõem as empresas, que usam seu poderio econômico no mundo negocial, gerando preocupações à luz da preservação dos interesses dos consumidores, ou seja, dos destinatários finais de seus produtos (como adquirentes ou usuários de bens ou serviços)
Daí, a ocorrência de práticas comerciais lesivas: condicionamento do fornecimento de um produto à aquisição de outro; inobservância de normas técnicas na produção; deflagração de publicidade enganosa (apregoação de qualidades inexistentes, ou de propriedades ilusórias do produto ou do serviço); ausência ou insuficiência de informações aos consumidores ou, ainda, divulgação indevida de informações (depreciativa de ação do consumidor); inclusão de cláusulas contratuais abusivas (como se de perda de numerário; exoneração de responsabilidade; excesso de garantias e outras); colocação no

¹⁸ ALVIM, Arruda. “Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo”, tema tratado com referência particular à situação do consumidor, Revista do Direito do Consumidor, p. 82.

¹⁹ *Ibidem*, p. 2.

mercado de produtos ou de serviços viciados (como os casos de diferença de qualidade e de quantidade; de ausência de componente essencial e outros). Resultantes de um sistema econômico competitivo, em que nem sempre se respeitam os valores éticos que embasam a sua estruturação, essas práticas atingem os consumidores, pessoal ou patrimonialmente, causando-lhe danos os mais diversos, conforme o caso, à vida, à saúde, à privacidade, a interesses econômicos, ou a bens outros.”²⁰

V.4. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE REGULAM A RELAÇÃO DE CONSUMO

As relações de consumo guardam estreita importância constitucional, pois a Constituição Federal de 1988 reconheceu como valor maior da ordem social de modo inovador e expresso, a defesa do consumidor, tratando-a ora como um direito e garantia fundamental do cidadão, ora como um dos princípios da ordem econômica.

Desta forma, em decorrência das circunstâncias econômicas que marcaram o momento e a notória fragilidade de uma categoria da sociedade, verifica-se a importância que a proteção das relações de consumo assumiu após a Constituição Federal de 1988, especialmente porque a Magna Carta a selecionou como valor maior, elevando-a à categoria de direito constitucional ao estabelecer no artigo 5º, inciso XXXII, além de incluí-lo em outros dispositivos, a saber: artigo 24, inciso V; artigo 170 inciso V; e artigo 48, este pertencendo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Constata-se que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu apenas a previsão esquemática do direito do consumidor por meio da obrigação estatal de prover sua defesa. Por conseguinte, criou uma regra, entre os direitos e garantias individuais e coletivos, de eficácia limitada, porque sua aplicabilidade ficou na dependência da atuação do legislador infraconstitucional, que regularia o tema através de uma lei ordinária, que, no entanto, já foi promulgada em 11 de setembro de 1990 – com o que a norma se tornou eficaz e aplicável na forma da lei, que é o Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990.²¹

Verifica-se que o legislador constituinte estabeleceu a defesa do consumidor nas relações de consumo como um direito fundamental, especialmente por ter sido

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Op.cit. p. 3

²¹ SILVA, José Afonso da. Op.cit p.127.

reconhecida a sua vulnerabilidade diante dos fornecedores de produtos e serviços e da inexistência de igualdade entre as partes da relação jurídica.

A proteção do consumidor não apenas se relaciona, mas também se justifica na defesa dos outros direitos fundamentais como o direito à vida, à saúde, à igualdade, à segurança do consumidor, à informação, à educação, etc.

Trata-se de verdadeiro atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana e do exercício de cidadania, isto é, a qualidade de todo ser humano, como destinatário final do bem comum de qualquer Estado, que o habilita a ver reconhecido toda sorte de direitos individuais e sociais mediante tutelas adequadas colocadas a sua disposição pelos organismos institucionalizados, como também a prerrogativa de organizar-se para obter esses resultados ou acesso àqueles meios de proteção e defesa.

A respeito da importância da defesa do consumidor como direito fundamental, JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO afirma:

“(...) E, por razões mais do que evidentes – dentre as quais se destacam a absoluta falta de controle do consumidor sobre os produtos e serviços que lhe são colocados no mercado, e a absoluta desproporção entre seu poder de barganha e o dos fornecedores daqueles –, é que se parte do pressuposto de que o consumidor é parte vulnerável no mercado de consumo, justificando-se, por isso mesmo, um tratamento desigual para partes naturalmente desiguais, e uma ação governamental no sentido de proteção ao consumidor por iniciativa direta, incentivos ao associativismo, presença do Estado no mercado, garantia de produtos e serviços com padrões de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. Por vulnerabilidade, há de se entender a fragilidade dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao aspecto econômico e de poder aquisitivo, quer no que diz respeito às chamadas informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor ou ainda técnica. Ora, referidas informações, que podem ser, por exemplo, verdadeiras ou falsas, ou então desatenderem às expectativas dos consumidores, mediante oferta, publicidade ou apresentação (embalagens, bulas de remédios, manuais de uso, cartazes e outros meios visuais), apresentando-se, por conseguinte, na fase chamada pré-contratual.”²²

Conforme já mencionado, o legislador constituinte originário inseriu a defesa do consumidor entre os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Frise-se que não se trata apenas de um direito individual, pois pode ser concebido de forma coletiva, visto que poderá abranger um conjunto de pessoas com características semelhantes que se sujeitam a práticas comuns.

²² FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 11.

Sobre a defesa constitucional do consumidor, JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma: “o que é de se ressaltar é a sua inserção entre os direitos fundamentais, com o quê se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais”.²³

Estabelece o inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal – disposto no capítulo relativo aos “direitos e deveres individuais e coletivos” – que, dentre os deveres impostos ao Estado brasileiro, está o de “promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A partir deste dispositivo, pode-se verificar que se trata de uma tutela que reconhece o direito do consumidor como direito fundamental, e especificamente no inciso mencionado, determina-se que cabe ao Estado promover a defesa do consumidor na forma da lei.

Logo, é possível concluir que o legislador constituinte determinou ao Estado o dever de prestar a tutela necessária para promover a defesa do consumidor de forma adequada e efetiva por meio da atuação do legislador infraconstitucional na elaboração da lei em abstrato; pela adoção de procedimentos administrativos que os tornem aplicáveis; como também pela prestação da tutela jurisdicional para inibir práticas contrárias que ameaçam lesionar a ordem jurídica ou ainda restaurar uma situação da qual já resultou um dano.

Quando se confere o *status* constitucional de direitos fundamentais a uma norma jurídica, é possível apontar dois efeitos: 1º) a prevalência da norma sobre outros direitos – pois se trata de direitos humanos e, portanto, nos eventuais conflitos normativos deverá prevalecer; 2º) o gozo de estabilidade constitucional – porque se inscreve nas disposições do artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal, que dispõe sobre o núcleo intangível do texto constitucional por se tratar de cláusula pétrea, que traduz a identidade ou os pressupostos democráticos sobre os quais se assentam a ordem jurídica.

O caráter intangível da defesa do consumidor é relevante pelo fato de que não se admitirá sequer a existência de um projeto de lei que contenha normas capazes de suprimir tal direito, visto que este se encontra petrificado. No entanto, é claro que uma constituição poderia ser politicamente derrotada por um movimento popular ou por um golpe ditatorial, ocasião em que novas normas surgiriam sem qualquer espécie de

²³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 127.

condicionamento. No primeiro caso, uma nova constituição adviria como obra do constituinte originário; e, no segundo, estar-se-ia diante de uma situação de fato, de derrota eventual do Direito, e não de um procedimento válido.²⁴

Sobre a necessidade do estabelecimento de cláusulas pétreas, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO esclarece: “as constituições que não previssem limites textuais expressos transformar-se-iam em meras leis provisórias, em constituições em branco, subordinadas às discricionariedades do poder de revisão”.²⁵

Sendo assim, conforme ensinava GERALDO ATALIBA, os limites materiais atribuem a determinados conteúdos da Constituição uma super-rigidez, impedindo sua supressão, por traduzir limites materiais que expressam a identidade da sociedade e salvaguardar a democracia.

Sendo assim, é possível concluir que os direitos do consumidor, que nada mais são do que direitos e garantias fundamentais, são considerados intangíveis.²⁶

²⁴ A locução *tendente a abolir* deve ser interpretada com equilíbrio. Por um lado, ela deve servir para que se impeça a erosão do conteúdo substantivo das cláusulas protegidas. De outra parte, não deve prestar-se a ser uma inútil muralha contra o vento da história, petrificando determinado *status quo*. A Constituição não pode abdicar da salvaguarda de sua própria identidade, assim como da preservação e promoção de valores e direitos fundamentais; mas não deve ter a pretensão de suprimir a deliberação majoritária legítima dos órgãos de representação popular, judicizando além da conta o espaço próprio da política. O juiz constitucional não deve ser prisioneiro do passado, mas militante do presente e passageiro do futuro. Ao exercer o controle sobre a atuação do poder reformador, o intérprete constitucional deve pautar-se por mecanismos tradicionais de autocontenção judicial e pelo princípio da presunção de constitucionalidade. A cautela e deferência próprias da jurisdição constitucional acentuam-se aqui pelo fato de se tratar de uma emenda à Constituição, cuja aprovação tem o batismo da maioria qualificada de três quintos de cada Casa do Congresso Nacional. A declaração de inconstitucionalidade de uma emenda é possível, como se sabe, mas não fará parte da rotina da vida. Há duas razões relevantes e complementares pelas quais a interpretação das cláusulas pétreas deve ser feita sem alargamento do seu sentido e alcance: a) para não sufocar o espaço de conformação reservado à deliberação democrática, exacerbando a atuação contramajoritária do Judiciário; e b) para não *engessar* o texto constitucional, o que obrigaria à convocação repetida e desestabilizadora do poder constituinte originário. (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: editora Saraiva, 2009, p. 167).

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 1066.

²⁶ Antes de seguir adiante, para estudar o tema no âmbito do constitucionalismo brasileiro, cabe fazer uma reflexão teórica. Os limites materiais atribuem a determinados conteúdos da Constituição uma super-rigidez, impedindo sua supressão. Diante disso, há quem sustente que as normas constitucionais protegidas por cláusulas pétreas têm hierarquia superior às demais. É inegável que o reconhecimento de limites materiais faz surgir duas espécies de normas: as que podem ser revogadas pelo poder de reforma e as que não podem. As que são irrevogáveis tornam inválidas eventuais emendas que tenham essa pretensão, ao passo que as normas constitucionais revogáveis são substituídas pelas emendas que venham a ser aprovadas com esse propósito. A questão, no entanto, envolve a função de cada uma dessas categorias de normas dentro do sistema, mas não a sua posição hierárquica. Com efeito, hierarquia, em Direito, designa o fato de uma norma colher o seu fundamento de validade em outra, sendo inválida se contravir a norma matriz. Ora bem: não é isso que se passa na situação aqui descrita. Pelo princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia entre normas constitucionais originárias, que jamais poderão ser declaradas inconstitucionais umas em face das outras. A proteção especial dada às normas amparadas por cláusulas pétreas sobrelevam seu *status* político ou sua carga valorativa, com importantes repercussões hermenêuticas, mas não lhes atribui superioridade jurídica.

Além dos fatos já mencionados, justifica-se a importância da tutela constitucional das relações de consumo, considerando-as direito fundamental e, portanto, núcleo intangível, por relacionar-se intrinsecamente com diversos valores fundamentais também protegidos pelo Estado como, por exemplo: 1º) a proteção à vida, à saúde e segurança dos consumidores (contra vícios existentes em produtos ou em serviços, ou outros abusos na circulação de bens); 2º) a proteção de seus interesses econômicos (contra ações abusivas dos agentes do mercado de consumo); o direito à informação (real, precisa e completa a respeito das qualidades e do funcionamento de bens e de serviços); 3º) o direito à educação (através de campanhas de esclarecimentos oficiais e privadas); 4º) o direito de representação e de consulta (através da constituição e de entidades de defesa e de participação em políticas de seu interesse); e 5º) a compensação efetiva por prejuízos (mediante acesso a órgãos judiciais e administrativos para a reparação de danos havidos, por meio de fórmulas jurídicas eficientes).²⁷

Conforme pode ser constatado, tais preceitos são considerados valores maiores que conferem identidade própria ao ordenamento jurídico e que constituem o ideal da Constituição da República do Brasil. Estes valores traduzem os interesses predominantes da sociedade, podendo estar revestidos tanto na forma de princípios quanto de regramento, sendo a defesa do consumidor elevado à categoria de interesses mais relevantes.

Sendo assim, é possível conjugar a defesa do consumidor como um exercício da cidadania e da própria dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, importante mencionar que a Constituição Federal tem como núcleo a dignidade da pessoa humana, de forma que, embora esse fundamento esteja enunciado no artigo 1º, pode-se concluir que todos os preceitos constitucionais devem ser interpretados adotando-o como marco referencial.

A este respeito, importantes são as considerações de LUIS ROBERTO BARROSO:

“(...) a posição por nós defendida vem expressa a seguir e se socorre de um dos principais fundamentos do Estado constitucional brasileiro: a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III). Esse princípio integra a identidade política, ética e jurídica da Constituição e, como consequência, não pode ser objeto de

No direito brasileiro, há jurisprudência específica sobre o ponto. (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 167).

²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*: Código de Defesa do Consumidor. 4 ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 6.

emenda tendente à sua abolição, por estar protegido por uma limitação material implícita ao poder de reforma. Pois bem: é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo.”²⁸

Do mesmo modo, o artigo 170 da Constituição Federal também regula as relações de consumo ao estabelecer a defesa do consumidor como um princípio da ordem econômica. Verifica-se que deverá realizar-se na aplicação de outro princípio, o da livre iniciativa, e deve com ele harmonizar-se: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados constitucionais princípios basilares, destacando entre eles a “defesa do consumidor”.

Neste sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA esclarece:

“(...) Conjugue-se isso com a consideração do artigo 170, V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica. Tudo somado tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista. Isso naturalmente abre brecha na economia de mercado, que se esteia, em boa parte, na liberdade de consumo, que é a outra face da liberdade do tráfico mercantil fundada na pretensa lei da oferta e da procura.”²⁹

Logo, afirma o autor que o fato de o legislador constituinte originário haver agrupado normas constitucionais em um título (Título VII), “Da Ordem Econômica e Financeira”, só pode significar a pretensão de, juridicamente, conformar a realidade econômica sob a perspectiva da dignidade humana, em outras palavras, o ordenamento jurídico somente considerará legítima a atividade econômica que tenha como fundamento e objetivo assegurar a todos condições materiais assecuratórias de uma existência digna, ou seja, o mínimo vital.

Desta forma, cabe ao Estado atuar efetivamente, por meio do desenvolvimento de políticas públicas ativas e prestações positivas, no intuito de se obter uma sociedade em que prevaleça a igualdade material.

Assim assegurará a todos, no mínimo, o necessário a uma existência digna, pois um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vazado no inciso

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 178.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.127

III do artigo 3º, prescreve logo no início a necessidade de construir uma sociedade “livre, justa e solidária”; bem como “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”; que é a finalidade geral da ordem econômica, plasmada no artigo 170, *caput*, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”).

Desta forma, confrontando o artigo 170 e o artigo 5º, inciso XXXII, com o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, na esfera dos fundamentos da República, é possível verificar o conflito entre alguns dos fundamentos nas relações de consumo, tal como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o fundamento da cidadania e da dignidade da pessoa humana, sendo necessário contrabalanceá-los.

Conforme ensina LUIS ROBERTO BARROSO, o pluralismo e a diversidade de valores e interesses que se abrigam na Constituição Federal admitem que eventualmente haja um choque, ou seja, um conflito entre tais valores, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto.³⁰

Sobre o assunto, GUSTAVO TEPEDINO assevera:

“O coligamento destes preceitos com os princípios fundamentais da Constituição que incluem os fundamentos da República, “a dignidade da pessoa humana” (artigo. 1º, inciso III), e entre os objetivos da República “erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, inciso III), demonstra a clara intenção do legislador constituinte no sentido de romper a ótica produtivista e patrimonialista que muitas vezes prevalece no exame dos interesses dos consumidores.”³¹

³⁰ Sobre a colisão de normas constitucionais, LUIS ROBERTO BARROSO esclarece: a identificação e o equacionamento das colisões de normas constitucionais são relativamente recentes no Direito contemporâneo. A complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque. Os critérios tradicionais de solução de conflitos entre normas infraconstitucionais não são próprios para esse tipo de situação, uma vez que tais antinomias não se colocam quer no plano da validade, quer no da vigência das proposições normativas. O entrechoque de normas constitucionais é de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais; b) colisão entre direitos fundamentais; c) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais. A colisão entre princípios constitucionais decorre, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Como estudado, não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto. O autor faz referência a Robert Alex: “cuando dos principios entran en colisión, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio com mayor peso”. (BARROSO, Luis Roberto. Op.cit., 329).

³¹ TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade civil por acidente de consumo na ótica civil*. In: Anais do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil – Consumidor, Meio Ambiente e Danosidade Coletiva – Fazendo Justiça no Terceiro Milênio. Blumenau: 1995.

Também no artigo 150, ao tratar das limitações ao poder de tributar do Poder Público, nos níveis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em seu parágrafo 5º estabelece taxativamente que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”.

Ainda em nível constitucional, em âmbito federal, a preocupação com a preservação dos interesses e direitos do consumidor aparece no inciso II do artigo 175 da Carta federal, quando alude a “usuários” de serviços públicos por intermédio de concessão ou permissão do Poder Público, dizendo que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. E seu parágrafo único diz que a lei disporá sobre “os direitos dos usuários”, no caso, e à evidência, “usuários-consumidores” dos mencionados serviços públicos concedidos ou permitidos, na interpretação de JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO.³²

Dada a importância da regulamentação da matéria pelo legislador infraconstitucional, visto que se trata de norma constitucional de eficácia limitada, o artigo 48 do ato das disposições transitórias determinou que o “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaboraria o código de defesa do consumidor”, embora a Lei n.º 8.078 tenha sido sancionada apenas em 11 de setembro de 1990 e entrado em vigor em 12 de março de 1991, em data posterior ao estabelecido.

Importante ressaltar que a disposição constitucional referente à defesa do consumidor apresenta um efeito negativo, pois determina a paralisação das normas infraconstitucionais que pretendam impedir o alcance do objetivo visado pelo legislador constituinte, ou seja, a proteção do consumidor.

Neste sentido, ALBERTO AMARAL JUNIOR afirma que se trata da “fixação de verdadeiro limite material que o legislador ordinário e as autoridades administrativas deverão inevitavelmente observar”.³³

³² FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 8.

³³ AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Proteção ao consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo, RT, 1993, p. 25.

Também a Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 5 de outubro de 1989, dispôs sobre a matéria em dois dispositivos – artigos 275 e 276 – estabelecendo, respectivamente:

“O Estado promoverá a defesa do consumidor mediante adoção de política governamental própria e de medidas de orientação e fiscalização, definidas em lei. Parágrafo único. A lei definirá também os direitos básicos dos consumidores e os mecanismos de estímulo à auto-organização da defesa do consumidor, de assistência judiciária e policial especializada e de controle de qualidade dos serviços públicos. O Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, integrado por órgãos públicos das áreas de saúde, alimentação, abastecimento, assistência judiciária, crédito, habitação, segurança e educação, com atribuições de tutela e promoção de consumidores de bens e serviços, terá como órgão consultivo e deliberativo o Conselho Estadual de Defesa do Consumidor, com atribuições e composição definidas em lei.”

A respeito da defesa do consumidor na Constituição do Estado de São Paulo, JOSE GERALDO FILOMENO acrescenta:

“(…) um dos referidos artigos, aliás, de n.º 276, recepcionou a Lei Estadual n.º 1.903, de 28 de dezembro de 1978, que já criara o chamado “sistema estadual de proteção ao consumidor”, composto basicamente, por um Conselho (órgão deliberativo) e pelo PROCON (como órgão executivo), sistema esse sensivelmente alterado por força do Decreto Estadual n.º 26.907, de 15 de março de 1987, que criou a Secretaria de Estado e Defesa do Consumidor, tendo-a regulamentado e estruturado o Decreto n.º 27.006, de 15 de maio de 1987. Por outro lado, o PROCON de São Paulo, por força da Lei Estadual n.º 9.192, de 23 de novembro de 1995, foi transformado em fundação, o que lhe conferiu personalidade jurídica. Pela Resolução n.º 1, de 6 de abril de 1998, da Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor, o uso da sigla “PROCON” restringe-se aos órgãos oficiais de proteção e defesa do consumidor, estaduais e municipais, criados por lei para esse específico fim.”³⁴

Sendo assim, comprovado está que, do ponto de vista do legislador constituinte, a tutela das relações de consumo resulta de interesse social, visto que visa resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização em face do poder econômico dos fornecedores e dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo coletivo.³⁵

CARLOS ALBERTO BITTAR, explica:

“(…) deve-se ressaltar, à luz da Carta de 1988 – que imprimiu organicidade à matéria e institucionalizou, no âmbito constitucional, os direitos coletivos e os mecanismos de garantia correspondentes – a especificidade do regime de defesa

³⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. Op. cit., p. 17.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. (et. al). *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 25.

do consumidor, não apenas individual, mas também coletivamente, que se acha cercado de mecanismos próprios de tutela, nos quais, aliás, se consagram conquistas já obtidas no direito comparado, em países mais desenvolvidos.”³⁶

Por fim, a concepção sistêmica e estruturante da Constituição Federal de 1988 possibilita vislumbrar uma dinâmica verticalizada que conjuga indissociavelmente a defesa do consumidor, em ambas as prescrições constitucionais, com a cidadania, a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Esclarece LUIS CARZOLA PRIETO:

“(…) o Constitucionalismo em sua fase mais recente aspira, como antes, a fazer eco das novas circunstâncias e a incorporar a realidade à norma suprema, enquanto isto supõe um passo muito qualificado para corrigir deficiência e situações indevidas.”³⁷

Como o problema dos consumidores não revestira a gravidade que apresenta na atualidade até datas relativamente recentes, não havia entrado nas Constituições até a Portuguesa de 1976.

É inegável que houve grande progresso normativo com a edição e promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, mas o processo de transformação provocado pelo direito do consumidor na sociedade depende também do desenvolvimento nacional, com o crescimento econômico auto-sustentador e a progressiva igualização entre as partes na relação de consumo.

³⁶ *Ibidem*, p. 25.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, p. 560.

V. 5. A FUNÇÃO DAS REGRAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Conforme já apontado, a sociedade industrial determinou uma nova concepção de relações contratuais marcada pela desigualdade de fato entre os contratantes da relação jurídica de consumo, que foram consideradas pelo legislador constituinte originário como contingência social, visto que, segundo afirma GÉRALD CAS, “o legislador procurou proteger os mais fracos contra os mais poderosos, o leigo contra o melhor informado”, e nesta nova estrutura, “os contratantes devem sempre curvar-se diante do que os juristas modernos chamam de ordem pública econômica”.³⁸

Isto porque há enorme disparidade de poder econômico entre o consumidor e as empresas vendedoras dos bens ou prestadoras de serviços que ele necessite adquirir, sendo essa discrepância mais acentuada no caso justamente daqueles que mal têm possibilidade de obter seu mínimo vital. Ressalte-se que é mediante as relações de consumo que as pessoas adquirem os bens materiais necessários para a obtenção, pelo menos, de seu mínimo essencial vital.

Assim, o consumidor é considerado parte vulnerável e em regra hipossuficiente se comparado sob o aspecto econômico com os fornecedores de bens e serviços. Por esta razão, o legislador teve o propósito de compensar esta desigualdade material instituindo uma desigualdade jurídica em benefício dos efetivamente hipossuficientes, mediante regras protetivas que devem ser aplicadas de maneira imperativa, uma vez que não são passíveis de derrogação por meio de “acordo de vontades”, pois, de acordo com esta técnica, para a sua própria proteção, presume-se inexistir, para o hipossuficiente, “vontade livre”.

Frise-se que as normas relacionadas à defesa do consumidor, estabelecidas especialmente em sede constitucional, são de ordem pública por traduzir um interesse social relevante, o que significa dizer que são inderrogáveis por vontade dos interessados nas relações de consumo.³⁹

³⁸ CAS, Gérard. *La défense du consommateur*. Paris: Presses Universitaires de France, 1980. P. 24.

³⁹ O caráter cogente da norma está marcado especialmente na Seção II do Capítulo VI do Título I do Código de Defesa do Consumidor, quando estabelece as intituladas “cláusulas abusivas”, fulminadas de nulidade, que versam sobre as “práticas abusivas”. O objeto da norma nesta situação é impedir a exploração do mais fraco pelo mais forte, conforme será esclarecido. Não é outro o entendimento que se extrai do voto proferido pelo ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira proferido no Recurso Especial n.º 2.595-SP, a saber: “Orlando Gomes, em obra dedicada ao Direito Econômico, analisando os aspectos jurídicos do dirigismo econômico nos dias atuais, após assinalar que a sanção pela transgressão de norma de ordem pública é a nulidade,

Pondera JOSÉ AFONSO DA SILVA que a defesa dos consumidores responde a um duplo tipo de razões: em primeiro lugar, razões econômicas derivadas das formas segundo as quais se desenvolve, em grande parte, o atual tráfico mercantil; e, em segundo lugar, critérios que emanam da adaptação técnica constitucional ao estado de coisas que hoje se vive, imersos que estamos na sociedade de consumo, “em que ‘ter’, mais do que ‘ser’, é a ambição de uma grande maioria das pessoas, que se satisfaz mediante o consumo.

Neste sentido, em relação aos interesses defendidos, verifica-se a defesa do consumidor, que pode ser traduzida como o exercício da cidadania e da própria dignidade da pessoa humana.

Segundo CLÁUDIA LIMA MARQUES, o Código de Defesa do Consumidor constitui verdadeiramente uma lei de função social, razão pela qual se caracteriza como lei de ordem pública, de origem claramente constitucional, da qual resultam várias modificações nas relações jurídicas relevantes para a sociedade, conforme pode ser verificado:

“(…) Visando tutelar um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis às práticas abusivas do livre mercado, esta nova lei de função social intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado, antes dominadas pelo dogma da autonomia da vontade. São normas de interesse social, cuja finalidade é impor uma nova conduta, transformar a própria realidade social.”⁴⁰

afirma: “outro princípio que sofre alteração frente à ordem pública dirigista é o da intangibilidade dos contratos. Sempre que uma nova lei é editada nesse domínio, o conteúdo dos contratos que atinge tem de se adaptar às suas inovações. Semelhante adaptação verifica-se por força de aplicação imediata das leis desse teor, sustentada com prática necessária à funcionalidade da legislação econômica dirigista. Derroga-se com o princípio da aplicação imediata a regra clássica do Direito Intertemporal que resguarda os contratos de qualquer intervenção legislativa decorrente de lei posterior à sua conclusão” (Direito Econômico, Saraiva, 1977, p. 59). Atento a essa qualidade das normas de Direito Econômico que se revestem do atributo de ordem pública, esta Corte vem prestigiando a aplicação imediata de tais normas, atingindo contratos em curso. Confirmam-se, dentre outros, os Recursos Especiais n.º 3, 29, 557, 602, 667, 701, 815 e 819, nos quais a tese jurídica central é a da aplicação imediata de normas de Direito Econômico cujo caráter de ordem pública afasta a alegação de direito adquirido. Eis, por conseguinte, a extensão relevante da enunciação do artigo 1º do Código do Consumidor ao cunhar as locuções “ordem pública” e “interesse social”. No que tange, agora especificamente, ao “interesse social”, tenha-se em conta que o Código ora comentado visa a resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo. Assim, embora destinatária final de tudo que é produzido em termos de bens e serviços, a comunidade de consumidores é sabidamente frágil em face de outra personagem das relações de consumo, donde pretender o Código do Consumidor estabelecer o necessário equilíbrio de forças. E, para tanto, como se verá noutros passos, haverá muitas vezes que tratar desigualmente as duas personagens das sobreditas relações de consumo – fornecedores e consumidores –, porque claramente desiguais”. (GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al). Op.cit., p. 24).

⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Op.cit., 27.

Afirma a autora: “é um Código especial para ‘desiguais’, para ‘diferentes’ em relações mistas, entre um consumidor e um fornecedor”.

Considerando que “todos são iguais perante a lei”, na hipótese de desigualdade, na lição de RUI BARBOSA, o Direito deve oferecer mecanismos que possibilitem equiparar as partes, por vezes através de tratamento desigual na proporção das desigualdades existentes, buscando a socialização dos riscos e das perdas.

Não é diferente a análise de JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, veja-se:

“Trata ainda o Código de uma “política nacional de relações de consumo”, justificando nossa assertiva já feita no pórtico do presente tópico no sentido de que se trata em última análise de uma “filosofia de ação”, exatamente porque não se trata tão-somente do consumidor, senão da almejada harmonia das sobreditas “relações de consumo.

Assim, embora se fale das necessidades dos consumidores e do respeito à sua dignidade, saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria da sua qualidade de vida, já que sem dúvida são eles parte vulnerável no mercado de consumo, justificando-se destarte um tratamento desigual para partes manifestamente desiguais, por outro lado se cuida de compatibilizar a mencionada tutela com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizando-se os princípios da ordem econômica de que trata o artigo 170 da Constituição Federal, e educação – informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e obrigações.

Nesse sentido, é de fundamental importância o incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos; e aqui estão inseridos, porque de relevância manifesta, os chamados “departamentos ou serviços de atendimento aos consumidores como uma via de duas mãos.”⁴¹

Segundo CLÁUDIA LIMA MARQUES: “interessa constatar que, a partir de 1988, a defesa do consumidor inclui-se na chamada ‘ordem pública econômica’, cada vez mais importante na atualidade, pois legitima e instrumentaliza a crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares.”⁴²

Ensina a autora:

“As leis de função social caracterizam-se por impor as novas noções valorativas que devem ordenar a sociedade, e por isso optam, geralmente, em positivar uma série de direitos assegurados ao grupo tutelado e impõem uma série de novos deveres imputados a outros agentes da sociedade, os quais, por sua profissão ou pelas benesses que recebem, considera o legislador que possam e devam suportar estes riscos. São leis, portanto, que nascem com a árdua tarefa de transformar uma realidade social, de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas. Para que possam cumprir sua função, o legislador

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. (et. al). Op.cit., p. 18

⁴² MARQUES, Claudia Lima. Op.cit., p. 36

costuma conceder a essas novas leis um abrangente e interdisciplinar campo de aplicação.”

V.6. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI N. 8.078 DE 11 DE SETEMBRO DE 1990

A opção por uma “codificação” das normas de consumo, no Brasil, foi feita pela Assembléia Nacional Constituinte, segundo o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que estabeleceu “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor”.

De acordo com ADA PELLEGRINI GRINOVER e ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, o texto constitucional reconheceu expressamente que o consumidor não podia ser protegido adequadamente com base apenas em um modelo privado ou por leis esparsas, por isso adotou claramente a concepção da codificação, nos passos da melhor doutrina estrangeira, admitindo a necessidade da promulgação de um arcabouço geral para o regramento do mercado de consumo.⁴³

Explicam os autores que a Constituição optou claramente por um Código, não obstante tenha sido votado com outra qualidade, transformando-se na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

É certo, todavia, que verdadeiramente há um Código de Defesa do Consumidor, seja pelo mandamento constitucional ou pelo seu caráter sistemático, como também porque o Congresso Nacional manteve em todo o corpo da legislação as menções ao vocábulo Código.⁴⁴

CLÁUDIA LIMA MARQUES ensina que o termo Código pode ser definido como um conjunto de idéias que se encontra sistematizado e logicamente ordenado por meio de normas jurídicas que partem de uma idéia básica e fundamental que traduz seu objeto. Na hipótese do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que o objeto é a

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. (et. al.) Op.cit., p. 9

⁴⁴ *Ibidem*.

defesa de um grupo específico de pessoas com uma característica comum, os consumidores, sendo esta a razão da existência de uma codificação.⁴⁵

A este respeito, esclarecem ADA PELLEGRINI GRINOVER e ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN:

“(…) é importante ressaltar que o trabalho de codificação, realmente, além de permitir a reforma do Direito vigente, apresenta ainda outras vantagens. Primeiramente, dá coerência e homogeneidade a um determinado ramo do Direito, possibilitando a sua autonomia. De outro, simplifica e clarifica o regramento legal da matéria, favorecendo, de uma maneira geral, os destinatários e os aplicadores da norma.”⁴⁶

Os autores do Anteprojeto esclarecem que a maior influência sofrida pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro advém do “Projet de Code de La Consommation”, redigido sob a presidência do professor Jean Calai-Auloy, bem como das leis gerais da Espanha “Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, Lei. n.º 26/1984; de Portugal, Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto; do México “Lei Federal de Protección al Consumidor”, de 05 de fevereiro de 1976; e de Quebec “Loi sur la Protection Du Consommateur”, promulgada em 1979.

Segundo os autores do Anteprojeto, o objetivo do Código de Defesa do Consumidor brasileiro concentra-se na proteção do consumidor – o sujeito de direitos da relação de consumo – sistematizando suas normas a partir desta idéia básica de proteção.

O Código de Defesa do Consumidor é um conjunto de normas ordenadas segundo princípios estruturais, sendo uma de suas características o fato da própria lei indicar em seu texto os objetivos por ela a serem perseguidos, o que facilita em muito a interpretação de suas normas e esclarecendo os princípios fundamentais, fato que pode ser constatado pela leitura do artigo 4º deste diploma legal.

“Artigo 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios.”

No que tange à estrutura básica do Código de Defesa do Consumidor, os autores do Anteprojeto esclarecem:

“Entre suas principais inovações cabe ressaltar as seguintes: formulação de um conceito amplo de fornecedor, incluindo, a um só tempo, todos os agentes econômicos que atuam, direta ou indiretamente, no mercado de consumo,

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 59.

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. (et. al.) Op.cit., p. 9

abrangendo inclusive as operações de crédito e securitárias; um elenco de direitos básicos dos consumidores e instrumentos de implementação; proteção contra todos os desvios de quantidade e qualidade (vícios de qualidade por insegurança e vícios de qualidade por inadequação); melhoria do regime jurídico dos prazos prescricionais e decadências; ampliação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades; regramento do *marketing* (oferta e publicidade); controle das práticas e cláusulas abusivas, bancos de dados e cobrança de dívidas de consumo; introdução de um sistema sancionatório administrativo e penal; facilitação do acesso à justiça para o consumidor; incentivo à composição privada entre consumidores e fornecedores, notadamente com a previsão de convenções coletivas de consumo.⁴⁷

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO explica que, ao contrário do que se tem afirmado, o Código de Defesa do Consumidor não é instrumento de terrorismo ou então de fomento da discórdia entre os protagonistas das relações de consumo, ou, mais grave ainda – como pretendem ver alguns leitores mais afoitos e apressados do texto da lei – elemento desestabilizador do mercado, por encarar o fornecedor como o vilão da história, atribuindo-lhe todas as mazelas e distorções verificadas no mercado de consumo.

Totalmente o contrário, ele esclarece ao afirmar que o interesse da legislação de consumo é exatamente conferir harmonia às relações jurídicas de consumo, pois, se por um lado efetivamente se preocupa com o atendimento das necessidades básicas dos consumidores – ou seja, respeito à sua dignidade, saúde, segurança e aos seus interesses econômicos, almejando a melhoria de sua qualidade de vida – por outro visa igualmente à paz nas boas relações comerciais, à proteção da livre concorrência, do livre mercado, da tutela das marcas e patentes, inventos e processos industriais, programas de qualidade e produtividade, enfim, uma política que diz respeito ao mais perfeito possível relacionamento entre consumidores – todos nós em última análise, em menor ou maior grau – e os fornecedores.⁴⁸

Vale mencionar as palavras dele a este respeito:

“(...) quando se fala em “política nacional de relações de consumo”, por conseguinte, o que se busca é a propalada “harmonia” que deve regê-las em todo momento, falando o Código examinado ainda em “Sistema Nacional de Defesa do Consumidor” – artigos 105 e 106 – que será tratado noutro passo e pela ordem numérica dos artigos que o compõem.

Além dos “princípios” que devem reger referida política, terão relevância fundamental os “instrumentos” para sua execução, e não apenas os institucionalizados, como os previstos pelo artigo 5º do Código e pelos mencionados artigos 105 e 106, como também os privados, consistentes na

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. (et.al.). Op.cit., p. 54

⁴⁸ *Ibidem*, 18.

atividade das próprias empresas produtoras de bens e serviços, como será analisado.”⁴⁹

O Código de Defesa do Consumidor tem aplicação simultânea, coerente e coordenada com as outras fontes legislativas existentes – leis especiais e gerais – com campos de aplicação convergentes. Vale dizer que não se trata de um sistema único, embora codificado com um objetivo claro.

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO ensina, ao par de ser considerado um conjunto de normas específicas do chamado “direito consumerista”, o Código de Defesa do Consumidor aborda temas variados, constituindo-se num verdadeiro “microssistema jurídico”, já que aproveita preceitos de todos os demais ramos do direito, tais como o próprio direito constitucional, os direitos internacionais público e privado, o direito civil, comercial, penal, processual civil e penal, o direito administrativo, etc.⁵⁰

Neste sentido, define THIERRY BOURGOIGNIE:

“(…) conjunto de normas, regras e instrumentos que são o resultado, no plano jurídico, de diversas iniciativas que tendem a assegurar ou a permitir a proteção do consumidor no mercado econômico, que existe pelo reconhecimento de um sem número de direitos ao consumidor e pela elaboração de um conjunto normativo específico, para a realização dos objetivos do movimento que visa a assegurar a promoção dos interesses do consumidor.”⁵¹

Importante também salientar o artigo 7º deste Código ao tratar das fontes do direito do consumidor:

“Artigo 7º. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”

Sobre este assunto, CLÁUDIA LIMA MARQUES defende a existência de um fenômeno intitulado de diálogo entre as fontes, visto que a necessidade de aplicação conjunta de normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, deve ser de forma completa, subsidiária, permitindo a opção pela fonte prevalente, ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato.

Logo, verifica-se que se deve buscar uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável aos mais fracos da relação (tratamento diferente dos diferentes). Explica CLÁUDIA LIMA MARQUES que se trata de uma

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. (et.al.). Op.cit., p. 18.

⁵⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. Op.cit, p. 57.

⁵¹ BOURGOIGNIE, Thierry. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris: Editora Schulthes, 1982, p. 24.

coordenação das fontes proposta por HEIDELBERG – uma coordenação flexível e útil das normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer a sua coerência, ou seja, uma mudança de paradigma: da retirada simples – revogação – de uma das normas em conflito do sistema jurídico, à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade narrada ou comunicada em ambas.

Afirma a autora:

“(...) a solução sistemática pós-moderna, em um momento posterior à decodificação, à tópica e à micro-recodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo; deve ser mais fluída, mas flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a *superação* de paradigmas é substituída pela convivência de paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação. Há convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral diferentes (no que se refere aos sujeitos), em um mesmo sistema jurídico; há um “diálogo das fontes” especiais e gerais, aplicando-se ao mesmo caso concreto.”⁵²

EDUARDO POLO aponta o caráter interdisciplinar do direito do consumidor e a sua difícil sistematização:

“(...) a defesa e proteção do consumidor constitui-se hoje em dia num dos temas mais extraordinariamente amplos e que afeta e se refere a casos de todos os setores do ordenamento jurídico. A variedade das normas que tutelam – ou deveriam tutelar – o consumidor, pertencem não somente ao direito civil e comercial, como também ao direito penal e ao processual, ao administrativo e inclusive ao constitucional, determinou que os limites desse setor de interesses sejam pouco precisos, e porque não dizer-se vagos e difusos.”⁵³

Prossegue o autor:

“(...) situados nessa perspectiva, tudo hoje em dia é direito do consumidor: o direito à saúde e à segurança; o direito de defender-se contra a publicidade enganosa e mentirosa; o direito de exigir as quantidades e qualidades prometidas e pactuadas; o direito de informação sobre os produtos, os serviços e suas características, sobre o conteúdo dos contratos e a respeito dos meios de proteção e defesa; o direito à liberdade de escolha e à igualdade na contratação; o direito de intervir na fixação de conteúdo do contrato; o direito de não submeter-se às cláusulas abusivas; o direito de reclamar judicialmente pelo descumprimento ou cumprimento parcial ou defeituoso dos contratos; o direito à indenização pelos danos e prejuízos sofridos; o direito de associar-se para a proteção de seus interesses; o direito de voz e representação em todos os organismos cujas decisões afetem diretamente seus interesses; o direito, enfim, como usuário, a uma eficaz prestação de serviços públicos e até mesmo a proteção do meio ambiente.”⁵⁴

⁵² MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. P. 30.

⁵³ Apud MARQUES, Cláudia Lima. op.cit., p. 30.

⁵⁴ *Ibidem*

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO esclarece que o Código de Defesa do Consumidor traduz um verdadeiro “microsistema jurídico”, por conter: 1º) princípios que lhe são peculiares – tal como a vulnerabilidade do consumidor e a destinação final de produtos e serviços; 2º) por ser interdisciplinar – ou seja, relacionar-se com inúmeros ramos de direito, como constitucional, civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo, etc.; 3º) por ser multidisciplinar – isto é, por conter em seu bojo normas de caráter também variado, de cunho civil, processual civil, processual penal, administrativo, etc.

Prossegue o autor explicando que, além dos princípios referidos, que justificam a tutela especial, o Código de Defesa do Consumidor não poderia deixar de prever os instrumentos para a implementação dessa tutela como, por exemplo: 1º) pela atuação de uma assistência jurídica, integral e gratuita, para os consumidores carentes. 2º) instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor; 3º) criação de Delegacias de Polícia Especializadas no atendimento de consumidores, vítimas de infrações penais de consumo; 4º) criação de Juizados Especiais e de Varas Especializadas para a solução de conflitos; 5º) concessão de estímulos à criação e ao desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor, tal como a criação do PROCON – órgão oficial de defesa do consumidor, que desempenha papel fundamental nessa instrumentalização efetiva do consumidor, sobretudo em sua orientação, educação, informação e proteção jurídica, não apenas na busca de uma solução amigável para os conflitos surgidos, como também na propositura de ações coletivas.⁵⁵

Desta forma, encerra JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO:

“(…) Por fim, e ainda no aspecto da defesa de cidadania, cuida-se de uma lei de ordem pública e de interesse social, o que equivale a dizer que seus preceitos são inderrogáveis pelos interessados em dada relação de consumo, e seus preceitos são aplicáveis às relações verificadas no mundo fático, ainda que estabelecidas antes de sua vigência.”⁵⁶

Neste sentido, intrigante é o estudo sobre a definição da natureza jurídica do Direito do Consumidor, sobre qual ramo do direito está ele relacionado, ou seja, se deve atender a um regime jurídico de direito público ou de direito privado, porquanto da complexidade das normas que o compõem.

⁵⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. Op. cit., p. 10

⁵⁶ *Ibidem*, p. 10

V.7. REGIME JURÍDICO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O direito é um sistema único, cujas normas são conectadas funcionalmente e atuam como um único organismo. Contudo, é clássica a adoção de uma divisão em direito público e direito privado. Importante frisar que esta divisão jamais significou que o direito não pode ser considerado um sistema único por existirem dois domínios apartados e incomunicáveis. Trata-se apenas de um método de classificação do direito e de grande utilidade para a sua compreensão.

A distinção entre direito público e direito privado remonta ao direito romano clássico, que atribuía ao primeiro todas as coisas do Estado e ao segundo, os interesses individuais, conforme pode ser verificado no Digesto, Livro I, Título I, §2º. Ulpiano: “*Ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem*”. E também nas *Institutas*, de Justiniano, Livro I, Tít. I (“Da Justiça e do Direito”), §4º: “O estudo do direito é dividido em dois ramos, público e privado. Direito público é o que diz respeito ao governo do Império Romano; direito privado o que concerne aos interesses individuais”.

Conforme explica SILVIO DE SALVO VENOSA:

“O *ius civile* dos romanos distinguia Direito Público de Direito Privado com objetivo de traçar fronteiras entre o Estado e o indivíduo. O *ius publicum* procurava as relações políticas e os fins do Estado a serem atingidos. O *ius privatum* dizia respeito às relações entre os cidadãos e os limites do indivíduo no seu próprio interesse.”⁵⁷

O Estado e os seus súditos têm uma relação de poder e sujeição. O Estado é dotado do intitulado “poder de império” – poder soberano (*ius imperii*) – razão pela qual há regras de direito específicas para regular estas relações jurídicas, a saber: 1º) as relações estabelecidas entre o Estado e os particulares; 2º) as relações entre um Estado com outros Estados; 3º) além da necessidade de normas para regular a forma de funcionamento e organização do próprio Estado, ou seja, do Estado consigo mesmo. Este conjunto de regras são classificadas como normas de direito público.

⁵⁷VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral: introdução ao direito romano*. 5.ed.São Paulo: Atlas, 1999. p. 67.

A peculiaridade destas relações é a desigualdade entre os sujeitos, pois o Estado encontra-se em posição de supremacia em relação aos particulares que lhe são subordinados, por isso a necessidade de um regime jurídico todo próprio, de normas adaptadas a esta realidade.

Importante esclarecer, contudo, que o poder de império não se confunde, num Estado de Direito, com absolutismo ou autoritarismo. O poder do Estado encontra seus limites no próprio ordenamento, e até por isso é que se diz que o Poder Público só pode agir dentre aquela esfera autorizada pela lei.

Sendo assim, pode-se concluir que o regime jurídico de direito público funda-se na soberania estatal, no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público, de forma que a autoridade pública apenas pode adotar condutas determinadas ou autorizadas pela ordem jurídica.

Entre os particulares, ou entre eles e o Estado, quando este atua desprovido do poder de império, verifica-se, em tese, uma igualdade de forças, o que justifica um conjunto de regras coerentes com esta equiparação. Por esta razão, o Direito privado pode ser definido como um ramo do ordenamento jurídico que se ocupa em regular as relações entre os particulares, com base na igualdade e na liberdade, na autonomia da vontade. Personalismo e voluntarismo são, portanto, suas marcas identificadoras.⁵⁸

No regime jurídico de direito privado, vigoram princípios como os da livre iniciativa e da autonomia da vontade, em que as pessoas podem desenvolver qualquer atividade ou adotar qualquer linha de conduta que não seja vedada pela lei, de forma que o particular tem liberdade de contratar.

No entanto, embora o direito seja um sistema único, verifica-se a proliferação de normas cogentes, indisponíveis pelos contratantes, o que pode ser denominado de

⁵⁸ MARIA HELENA DINIZ afirma que “os princípios basilares que norteiam todo conteúdo do direito civil são: o da *personalidade*, ao aceitar a idéia de que todo ser humano é sujeito de direitos e obrigações, pelo simples fato de ser homem; o da *autonomia da vontade*, pelo reconhecimento de que a capacidade jurídica da pessoa humana lhe confere o poder de praticar ou abster-se de certos atos, conforme sua vontade; o da *liberdade de estipulação negocial*, devido à permissão de outorgar direitos e de aceitar deveres, nos limites legais dando origem a negócios jurídicos; o da *propriedade individual*, pela idéia assente de que o homem pelo seu trabalho ou pelas formas admitidas em lei pode exteriorizar a sua personalidade em bens móveis ou imóveis que passam a constituir o seu patrimônio; o da *intangibilidade familiar*, ao reconhecer a família como uma expressão imediata de seu ser pessoal; o da *legitimidade da herança* e do *direito de testar*, pela aceitação de que entre os poderes que as pessoas têm sobre seus bens, se inclui o de poder transmiti-los, total ou parcialmente, a seus herdeiros; o da *solidariedade social*, ante a função social da propriedade e dos negócios jurídicos, a fim de conciliar as exigências da coletividade com os interesses particulares” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 47).

publicização do direito privado, fato bastante comum no que se refere às relações de consumo.

A este respeito, ensina LUIS ROBERTO BARROSO:

“(...) na primeira parte do século, afirmava-se que o Código Civil era a Constituição do direito privado. De fato, a divisão era clara: de um lado, o direito privado, no qual os protagonistas eram o contratante e o proprietário, e a questão central, a autonomia da vontade; de outro, o direito público, em que os atores eram o Estado e o cidadão, e a questão central, o exercício do poder e os limites decorrentes dos direitos individuais. Ao longo do século, todavia, novas demandas da sociedade tecnológica e a crescente consciência social em relação aos direitos fundamentais promoveram a superposição entre o público e o privado. No curso deste movimento, opera-se a despatrimonialização do direito civil, ao qual se incorporam fenômenos como o dirigismo contratual e a relativização do direito de propriedade.”⁵⁹

Afirma o autor que, nos últimos anos, o Código Civil perde definitivamente o seu papel central no âmbito do próprio setor privado, cedendo passo para a crescente influência da Constituição Federal, que passou a incorporar normas de direito de família, a função social da propriedade, bem como a proteção ao consumidor, dando um limite a normas típicas de direito privado.

Neste sentido, confirma-se que a Constituição Federal já não é apenas o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade.

Afirma LUIS ROBERTO BARROSO:

“(...) a Constituição de 1988, o mais bem sucedido empreendimento institucional da história brasileira, demarcou, de forma nítida, alguns espaços privados merecedores de proteção especial. Estabeleceu, assim, a inviolabilidade da casa, o sigilo da correspondência e das comunicações, a livre iniciativa, a garantia do direito à propriedade, além de prometer a proteção da família.”⁶⁰

Especialmente no que se refere às relações jurídicas constituídas entre os agentes econômicos do mercado de consumo resta claro que a Constituição Federal elegeu a defesa do consumidor como valor maior em detrimento da proteção que é conferida ao fornecedor ao dispor no artigo 5º, inciso XXXII que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Esta preocupação também pode ser constatada no texto do artigo 170 da Constituição Federal que cuida da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho

⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. Op.cit., p. 249

⁶⁰ *idem*

humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, desde que observados determinados princípios fundamentais, encontrando-se dentre eles exatamente a defesa do consumidor.

A este respeito LUIS ROBERTO BARROSO explica:

“(...) das origens até os dias de hoje, a idéia de Constituição – e do papel que deve desempenhar – percorreu um longo e acidentado caminho. O constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social.”⁶¹

Verifica-se que, a partir de 1988, a defesa do consumidor inclui-se na chamada ordem pública econômica, cada vez mais importante na atualidade, pois legitima e instrumentaliza a crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares.

Dentre os objetivos que norteiam a política nacional de proteção às relações de consumo, é possível citar, por exemplo: 1º) o atendimento das necessidades dos consumidores; 2º) o respeito à dignidade, 3º) o respeito à saúde e à segurança; 4º) a transparência e a harmonia das relações de consumo; 5º) a proteção de interesses econômicos dos consumidores e 6º) a melhoria da qualidade de vida.

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 1º, dispõe que suas normas dirigem-se à proteção prioritária de um grupo social específico, os consumidores, e que constituem normas de ordem pública, ou seja, aquelas que interessam mais à sociedade do que aos particulares.

Verifica-se que todo o sistema de defesa ao consumidor, instituído pelo ordenamento jurídico brasileiro, compõe-se de um complexo normativo especial que compreende a fixação de princípios básicos por meio dos quais são limitadas certas práticas abusivas por serem lesivas aos interesses dos consumidores.

Da definição destes princípios pela legislação, depreende-se uma nítida orientação protecionista do consumidor, reconhecendo-se, por expresse, a posição de desvantagem em que se encontra frente às sociedades empresariais.

A defesa do consumidor também encontra embasamento na noção de Democracia que se traduz em soberania popular e governo da maioria. Por esta razão, a

⁶¹ *Ibidem*, p. 253.

vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição.⁶²

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor constitui verdadeira lei de função social, lei de ordem pública econômica, de origem claramente constitucional, acarretando, como consequência, modificações profundas nas relações jurídicas relevantes na sociedade, especialmente visando controlar as práticas abusivas do livre mercado.

Desta forma, em razão das particularidades dos interesses defendidos pelo legislador nas relações de consumo, isto é, de interesses individuais e coletivos, o Direito do Consumidor pode ser classificado como uma disciplina que adota o regime jurídico híbrido, ou seja, de direito público e de direito privado.

Embora traduza incontestável relação contratual estabelecida entre duas partes contratantes – consumidor e fornecedor – que normalmente são dois particulares, o que nos leva a considerá-la pertencente ao ramo do direito privado, é notório o interesse público existente e, portanto, a função social de tais normas jurídicas.⁶³

Ressalte-se que as normas de direito privado, embora regulem as relações jurídicas estabelecidas entre particulares, sofrem grande influência da Constituição Federal

⁶² “A constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos Poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa. Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder. Há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode, não deve e nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária”. (BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.*, p. 267.)

⁶³ Sendo assim, a distinção entre direito público e privado leva em conta, fundamentalmente, três fatores verificáveis na relação jurídica: (i) os sujeitos; (ii) o objeto; (iii) a sua natureza. Em relação aos sujeitos, serão regidas pelo direito privado, as relações estabelecidas entre particulares – indivíduos ou pessoas jurídicas de direito privado. Se, no entanto, em um ou ambos os polos da relação figurar o Estado ou qualquer outra pessoa jurídica de direito público, estar-se-á diante de uma relação jurídica de direito público. No que se refere ao objeto, deve-se considerar o interesse preponderante tutelado pela norma, pois, se ela visar à proteção do bem coletivo, do interesse social, estará no âmbito do direito público. Caso contrário, diante da disciplina das situações em que referentes ao direito particular, será regida pelo direito privado. Sobre a natureza jurídica da relação, verifica-se que no direito público, o Estado atua no exercício de seu poder soberano, estabelecendo uma relação de subordinação jurídica com o particular, ou seja, sobrepondo-se a vontade da coletividade à vontade do indivíduo, o que não ocorre no direito privado, em que a regra é a igualdade jurídica entre as partes, isto é, sem que a vontade de um possa impor-se à outra”. (BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.*, p. 267.)

e, muitas destas relações particulares, que antes eram deixadas ao arbítrio das próprias partes, obtêm uma relevância nova e se sujeitam a um consequente controle estatal.

Sendo assim, as normas de consumo são um exemplo em que as normas de direito público intervêm de maneira imperativa na relação jurídica de direito privado, que antes eram dominadas exclusivamente pela autonomia da vontade.

De início ficou dito que o direito é uno, uma vez que não há compartimentos estanques que separem perfeitamente os dois ramos apontados. No entanto, o dito direito privado está cada vez mais repleto de normas que limitam as liberdades dos particulares, que são as chamadas normas de ordem pública, típicas do direito público. Chega-se a utilizar, portanto, o neologismo para expressar esta realidade: diz-se que há uma *publicização* do direito privado.

Na verdade, o que se verifica é que, nas relações entre particulares, embora os interesses em jogo sejam diretamente dos indivíduos, percebe-se – e em alguns casos, com maior intensidade – um interesse indireto da própria coletividade.

Este fenômeno fica evidente nas relações de consumo, em especial no que diz respeito ao fato das normas de defesa do consumidor não poderem ser derogadas pela vontade dos interessados, o que seria possível dentre as normas do direito privado, que, neste caso, encontra-se extremamente limitado pelas normas de direito público.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 1º, estabelece expressamente “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias”.

O caráter cogente da norma de proteção ao consumidor fica bem marcado, sobretudo, na Seção II do Capítulo VI ainda do Título I, quando se trata das intituladas “cláusulas abusivas”, fulminadas de nulidade (cf. artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor). São consideradas cláusulas inflexíveis, fenômeno que se denomina *dirigismo contratual*.

Não se pode deixar de reconhecer que existe aí um interesse público que é resguardar a imensa coletividade de consumidores da marginalização em face do poder econômico, visto que a comunidade de consumidores é sabidamente frágil em face da outra personagem das relações de consumo, de forma que cabe ao Código de Defesa do Consumidor promover o necessário equilíbrio de forças, tratando desigualmente as duas

personagens das sobreditas relações de consumo – fornecedores e consumidores – porque são claramente desiguais.

NILO DA SILVA COMBRE afirma que o dirigismo contratual ocorre em certas relações jurídicas em que cada vez mais necessita a intervenção do Estado para a sua regulação.

Sobre este assunto, são interessantes as observações de JOSÉ LOPES DE OLIVEIRA:

“(...) é frequente sob o império da necessidade que o indivíduo contrata; daí ceder facilmente ante a pressão das circunstâncias; premido pelas dificuldades do momento, o economicamente mais fraco cede sempre às exigências do economicamente mais forte; e transforma em tirania a liberdade, que será de um só dos contratantes; tanto se abusou dessa liberdade durante o liberalismo econômico, que não tardou a reação, criando-se normas tendentes a limitá-las; e, assim, surgiu um sistema de leis e garantias, visando a impedir a exploração do mais fraco.”⁶⁴

Neste sentido, JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO esclarece que o Estado, visando impedir a exploração do mais fraco pelo mais forte, e os abusos decorrentes do acentuado desequilíbrio econômico entre as partes, procura regular, através de disposições legais cogentes, o conteúdo de certos contratos, de modo que as partes fiquem obrigadas a aceitar o que está previsto na lei, não podendo, naquelas matérias, regular diferentemente seus interesses.

Ao contrário do que sustentava a ideologia do liberalismo vigente nos dois últimos séculos, a desigualdade entre os determinados indivíduos é um fato inegável. E onde há desigualdades, o excesso de liberdades escraviza os mais fracos, como já se disse. Por isso, o Estado age para buscar reequilibrar as forças, através de investidas contra a autonomia, o que ocorre através da imposição de normas cogentes, ou de ordem pública, invadindo a esfera do direito privado.

Costuma-se chamar de dirigismo contratual esta tomada de posição pelo Estado, que regula as relações negociais entre particulares, ora impondo cláusulas, ora proibindo outras, enfim, regulando o conteúdo de contratos entre entes privados.

⁶⁴ Apud GRINOVER, Ada Pellegrini. et.al. Op.cit., p. 25

De qualquer forma, estes exemplos, aos quais poderia ser somada a tradicional limitação das relações privadas à moral e aos bons costumes, demonstram que não há uma nítida separação entre os ditos direitos público e privado.

A lição de SERGIO CAVALIERI FILHO, em notável ensaio sobre a matéria:

“O que fez a Constituição para possibilitar a criação desse novo direito? Está lá no seu art. 5º, XXXII. A Constituição - e este é um ponto fundamental - separou as relações de consumo do universo das relações jurídicas e as destinou ao Código do Consumidor. Esse, destarte, é o campo de incidência do Código do Consumidor - as relações de consumo qualquer que seja o ramo do direito onde elas venham a ocorrer - público ou privado, contratual ou extracontratual, material ou processual.

Pois esse é o campo de incidência do Código do Consumidor. Um campo abrangente, difuso, que permeia todas as áreas do direito, razão pela qual venho sustentando que o CDC criou uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito, aplicáveis a todos os ramos do direito onde ocorrerem relações de consumo.

Outra inevitável conclusão que se tira do exposto é a de que o Código do Consumidor não é apenas uma lei geral (como querem alguns), tampouco uma lei especial (como querem outros), mas uma lei específica, vale dizer, um Código de Consumo compreendendo todos os princípios cardiais do nosso direito do consumidor, todos os seus conceitos fundamentais e todas as normas e cláusulas gerais para a sua interpretação e aplicação. Daí resulta que o Código do Consumidor deve ser interpretado e aplicado a partir dele mesmo e não com base em princípios do direito tradicional. Não se pode dar ao CDC uma interpretação retrospectiva, que consiste, na bela lição de Barbosa Moreira, em interpretar o direito novo à luz do direito velho, de modo a tornar o novo tão parecido com o velho que nada ou quase nada venha a mudar.”⁶⁵

V.8. NOÇÕES GERAIS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Segundo a definição clássica, relação jurídica é o vínculo entre dois ou mais sujeitos de direito que obriga um, ou todos, a adotar certo comportamento.⁶⁶ De acordo com ORLANDO GOMES, “relação jurídica é a categoria básica do Direito Privado”; caracteriza-se por ser bilateral, considerando-se que a todo direito corresponde uma obrigação recíproca.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *O direito do consumidor no limiar do século XXI*. in Revista Trimestral de Direito Civil, ano I, vol. 2, São Cristóvão (RJ):Ed. Padma, abr/jun 2000, p. 123-136.

⁶⁶ SIMÃO, José Fernando. *Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 20.

Para ROBERTO LISBOA SENISE, relação jurídica é o vínculo ou liame de direito estabelecido entre duas partes através do qual se viabiliza a transmissão provisória ou permanente de algum bem. É uma realidade invisível, cujos efeitos são delimitados pelo ordenamento jurídico. Apresenta como característica fundamental a bipolaridade, isto é, a existência de duas partes que se vinculam voluntária ou forçosamente, conforme dispõe a norma jurídica.⁶⁷

Os sujeitos da relação jurídica são as partes, de forma que todos aqueles que não a compõem são considerados terceiros que poderão, ou não, ter interesse na relação jurídica.⁶⁸

O vínculo estabelecido entre os sujeitos de uma relação jurídica encontra sua função nos interesses que serão satisfeitos em prol das partes ou de terceiros. Neste sentido, pode-se afirmar que os interesses decorrentes da relação jurídica podem ser individuais, individuais plúrimos, individuais homogêneos, coletivos e difusos. Verifica-se que os três últimos são dotados de maior relevância social e são suscetíveis de tutela por meio de órgãos legitimados para tanto.⁶⁹

Cumprе esclarecer que a relação jurídica pode ser estudada a partir de duas concepções: personalista e objetivista. A concepção personalista limita-se a estabelecer as relações jurídicas como um vínculo estabelecido entre as pessoas. VICENTE RÁO exemplifica esta concepção a partir das informações de SAVIGNI, segundo o qual: “cada relação de direito se nos apresenta como relação entre ‘pessoa e pessoa’, determinada pela regra de direito que fixa, para cada uma delas, um domínio independente de ação, por manifestação de vontade”.⁷⁰

Já a concepção objetivista, teoria divergente, defendida por ORLANDO GOMES, admite ser possível a existência de uma relação jurídica entre ‘pessoa e coisa’,

⁶⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 122.

⁶⁸ Parte é a expressão de sentido equívoco e, quando se refere ao *vinculum iuris* designa o polo da relação, na acepção jurídica do termo. Cada parte ou polo da relação jurídica pode ter um ou mais sujeitos de direito que objetivam a satisfação dos seus próprios interesses ou de terceiros. As partes possuem interesses correlatos entre si, todavia, diversos daqueles que integram o outro pólo da relação. *Idem*.

⁶⁹ Interesse é a necessidade ou utilidade sentida pelo titular do direito subjetivo ou de quem a representa, cuja legitimidade é aferida pela harmonia com a vontade geral, espelhada no ordenamento jurídico. O interesse não integra a estrutura da relação jurídica, mas o vínculo de direito encontra nele a sua real função. Pode-se afirmar que em toda a relação jurídica há interesses a serem satisfeitos, em prol das partes ou de terceiros. *Idem*.

⁷⁰ RÁO, Vicente. Op. cit., p. 295.

por exemplo, o direito de propriedade; ou entre ‘pessoa e lugar’, como ocorre no domicílio; ou até mesmo entre duas coisas, o principal e o acessório.

A respeito da existência de duas concepções, esclarece VICENTE RÁO que a relação jurídica não muda pelo fato de ser encarada sob a ótica objetivista, pois os elementos por ela apontados também estão estabelecidos na definição clássica personalista.⁷¹

Desta forma, apesar da existência de uma concepção personalista e de outra objetivista, toda relação jurídica contém elementos subjetivos e objetivos, sendo quatro seus elementos estruturais: 1º) sujeitos; 2º) objeto; 3º) conteúdo e 4º) ato ou fato jurídico.

ROBERTO LISBOA SENISE considera elementos subjetivos da relação contratual: 1º) credor; 2º) devedor⁷²; 3º) consensualismo⁷³.

Prossegue o autor, quanto aos elementos objetivos indicando: 1º) objeto imediato: o ato ou negócio jurídico que é o instrumento por meio do qual o vínculo de direito subjetivo é constituído para a satisfação dos interesses e percepção do objeto mediato; 2º) objeto mediato: traduz o bem da vida, seja ele corpóreo ou incorpóreo, que o sujeito almeja perceber através da elaboração da operação, por força do sentimento próprio de necessidade ou utilidade da coisa; 3º) a causa⁷⁴: o efeito atribuído pela lei ao fato jurídico, cuja concepção é de natureza filosófica e foi incorporada pela doutrina no decorrer dos séculos.⁷⁵

A partir destes pressupostos, NELSON NERY JUNIOR define relação de consumo como o vínculo jurídico dotado de características próprias sobre o qual incide o microsistema jurídico estabelecido a partir da entrada em vigor da Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990.

⁷¹ Neste sentido, a definição de LUDWIG ENNECERUS: “chamamos relação jurídica a relação da vida ordenada pelo direito objetivo e consistente na direção jurídica eficaz (da conduta) de uma pessoa em relação a outras pessoas ou em relação a certos objetos (coisas ou direitos)”. (Apud RÁO, Vicente. Op.cit., p. 299).

⁷² Devedor, em sentido amplo, identifica aquele que tem o dever de sujeição no caso de um direito potestativo a ele contraposto. (LISBOA, Roberto Senise., Op.cit., 123).

⁷³ Ou seja, convergência de vontades sobre a qual incide atualmente a idéia de liberdade responsável, a fim de que o exercício dos direitos de uma ou de ambas as partes não importe em sacrifício ilegal dos direitos da parte vulnerável ou de terceiros. *Idem*.

⁷⁴ A causa, isto é, o efeito do fato jurídico que a lei atribui, é compreendida no estudo da relação jurídica, não como a origem, mas como o objetivo ou fim. É a finalidade, a razão para a qual os sujeitos de direito se vinculam em dada relação jurídica (causa determinante ou final). É, pois, o objetivo que a parte busca alcançar para a satisfação de seus interesses, através dos instrumentos próprios que são conferidos pelo ordenamento jurídico ao interessado. (LISBOA, Roberto Senise, Op. cit., p.125).

⁷⁵ SENISE, Roberto Lisboa. Op. cit., p.124.

Desta forma, verifica-se que as relações de consumo devem ser definidas por exclusão, ou seja, desde que presentes os elementos mínimos que lhe são característicos, visto que possuem sujeitos específicos, intitulados “consumidor e fornecedor”; é dotada de objeto próprio – “produtos e serviços”; e detém como fato jurídico, a aquisição pelo consumidor de produtos ou serviços na qualidade de “destinatário final”.

Verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor utilizou o critério “*ratione personae*” para distinguir a relação e os contratos de consumo dos demais contratos de direito comum, como observa NELSON NERY JUNIOR:

“Objeto de regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor é a relação de consumo, assim entendida como a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor. As relações jurídicas privadas em geral (civis e comerciais) continuam a ser regidas pelo Código Civil, Código Comercial e legislação extravagante.”⁷⁶

CLÁUDIA LIMA MARQUES espousa o mesmo entendimento:

“Atualmente, denomina-se contratos de consumo a todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços. Esta nova terminologia tem como mérito englobar todos os contratos civis e mesmo mercantis, nos quais, por estar presente em um dos polos da relação um consumidor, existe um provável desequilíbrio entre os contratantes.”⁷⁷

Sobre a caracterização de uma relação de consumo, ROBERTO LISBOA SENISE esclarece:

“É errôneo afirmar sobre qual tipo contratual o Código de Defesa do Consumidor se aplica ou não. A legislação básica de tutela dos interesses materiais e processuais dos consumidores adotou como critério de aplicação a relação jurídica, que é sem dúvida um conceito mais amplo, anterior e menos limitado que o do objeto imediato dessa mesma relação (o negócio jurídico, a operação realizada entre as partes).

Não há definição expressa da relação de consumo no Código de defesa do consumidor, pois o legislador preocupou-se tão-somente em delimitar a aplicação desse microssistema jurídico ao vínculo no qual encontram-se presentes os elementos subjetivos e o elemento objetivo que define, a saber: a) fornecedor e o consumidor, como partes de cada polo da relação jurídica (elementos subjetivos); e b) o produto ou o serviço, como objeto dessa mesma relação (elemento objetivo). Nas relações de consumo deve-se acrescentar ainda, como elemento subjetivo, o consensualismo responsável.”⁷⁸

Somente constatando-se a presença dos elementos subjetivos e um dos elementos objetivos mediatos em referência, ao lado da causa, é que se torna aplicável o

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. (et. al.) Op.cit., p. 342.

⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 65.

⁷⁸ LISBOA, Roberto Senise. Op.cit., p. 128

Código de Defesa do Consumidor sobre a relação jurídica em concreto. Sendo assim, as definições legais de consumidor, fornecedor, produto e serviço são elementos essenciais à relação jurídica para a incidência da legislação de consumo.⁷⁹

ROBERTO LISBOA SENISE esclarece que a ausência de apenas um dos elementos acima citados obsta a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre a relação jurídica, exceção feita ao consensualismo, que se encontra ausente em algumas relações, como aquela existente entre o fornecedor indireto e o consumidor adquirente ou entre o fornecedor direto e o consumidor utente.

Quando não estiver presente um destes elementos, não será aplicado o microssistema de proteção ao consumidor, de forma que a relação de direito não será de consumo, submetendo-se os interessados à legislação compatível, de acordo com a natureza jurídica do liame estabelecido, a saber: civil, comercial, penal, processual, administrativo, etc.⁸⁰

Neste sentido, a análise dos elementos é imprescindível para comprovar que, embora o Código de Defesa do Consumidor tenha expressamente estabelecido que a responsabilidade do profissional liberal pelos prejuízos decorrente de sua atividade deve ser apurada mediante a verificação de culpa, nos termos do §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, o médico que exerce a atividade por sua própria conta e risco tem um tratamento diferenciado dado pelo próprio legislador, pois, não é titular de algumas das características que o diferenciam do consumidor, desequilibrando a relação jurídica para justificar a aplicação das prerrogativas e direitos da legislação de consumo, principalmente no que se refere ao domínio econômico, de forma a obstar a aplicação dos direitos e prerrogativas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, haja vista a inexistência do pressuposto para a sua aplicação, especialmente no que se refere à vulnerabilidade do consumidor no que diz respeito ao aspecto econômico e de poder aquisitivo, quer no que diz respeito às informações disponibilizadas pelo fornecedor a respeito do serviço prestado.

⁷⁹ A ausência de apenas um dos elementos acima citados obsta a incidência do Código de defesa do consumidor sobre a relação jurídica, exceção feita ao consensualismo, que se encontra ausente em algumas relações, como aquela existente entre o fornecedor indireto e o consumidor adquirente ou entre o fornecedor direto e o consumidor utente. Não sendo aplicado o microssistema de proteção do consumidor, a relação de direito não será de consumo, submetendo-se os interessados à legislação compatível, de acordo com a natureza jurídica do liame estabelecido (civil, comercial, penal, processual, administrativo...). *Idem*.

⁸⁰ *Idem*.

V.9. SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO explica que as relações de consumo possuem as seguintes características: 1º) envolve partes bem definidas – de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor) e de outro, o fornecedor de um serviço ou produto (produto/fornecedor); 2º) destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; 3º) risco do consumidor, pois, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou serviço que lhe são destinados, arrisca-se e submete-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.

Logo, se a relação de consumo for decomposta, analisando-se cada um de seus elementos, temos o consumidor e o fornecedor como seus sujeitos, enquanto que o serviço e o produto são seus objetos.

Passemos, então, a abordar cada um dos elementos definidores da relação de consumo, considerando os conceitos estabelecidos pela Lei n. 8.078/90, o Código de defesa do consumidor.

V.9.1. Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor definiu consumidor considerando-o tão somente como o sujeito que, no mercado de consumo, adquire bens ou contrata a prestação de serviços como destinatário final.

Dispõe o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor:

Artigo 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único: equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que aja intervindo nas relações de consumo.

Verifica-se que o legislador adotou exclusivamente o ponto de vista econômico para a definição de consumidor, pressupondo que assim age com vistas ao atendimento de

uma necessidade própria e não para proporcionar o desenvolvimento de uma atividade negocial de seu interesse.⁸¹

Abaixo há alguns conceitos dados pela doutrina para consumidor:

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO afirma que consumidor é considerado todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente de produtos ou serviços. Esclarece o autor que “consumidor é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviços, independentemente do modo de manifestação de vontade, sem forma especial, salvo quando a lei exigir.”⁸²

Para FÁBIO KONDER COMPARATO consumidores “são aqueles que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”. Explica que “o consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários”.⁸³

Esclarece o autor que não é possível conferir apenas conotação econômica às circunstâncias que caracterizam a figura do consumidor, principalmente se forem considerados, por exemplo, os danos causados por um produto alimentício ou medicinal nocivo à saúde, ou então por um bem de consumo durável perigoso, que deixa a vítima em situação de literal desamparo, não apenas em face da impotência ante o fornecedor, como também pelos frágeis instrumentos de defesa de que dispõem os consumidores – fragilidade esta verificada pela exigência, até hoje vigente, de não apenas demonstrar-se o dano sofrido, mas o nexo causal entre o dano e o produto e a culpa residente em negligência ou imperícia do produtor, no caso de reparação de dano.⁸⁴

⁸¹ O legislador procurou abstrair de tal conceituação componentes de natureza *sociológica* – “consumidor” é aquele indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços e pertence a uma determinada categoria ou classe social – ou então *psicológica* – aqui encarando-se o “consumidor” como o indivíduo sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizarem os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. Igualmente procurou-se abstrair considerações de ordem literária e até filosófica, embora relevantes para efeitos de análise da publicidade, consoante o magistério de Guido Alpa. (GRINOVER, Ada Pellegrini. (et.al.) Op.cit., p. 27

⁸² FILOMENO, José Geraldo Brito. Op.cit., p. 17.

⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. *A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo, n.º 19, 1997, p. 54.

⁸⁴ Estas dificuldades foram superadas pelo Código de Defesa do Consumidor ao estabelecer a responsabilidade objetiva do fornecedor, bem como a inversão do ônus da prova, conforme será posteriormente tratado.

CARLOS ALBERTO BITTAR define consumidor como “a pessoa física, ou jurídica, que adquire ou utiliza bens ou serviços, como destinatário final”. Prossegue afirmando, a respeito da expressão “destinatário final”: “isso significa que é o elo final da cadeia produtiva, destinando-se o bem ou serviço à sua utilização pessoal”.⁸⁵

Nas palavras de ROBERTO SENISE LISBOA, consumidor é o sujeito de direito que encerra a cadeia econômica de consumo, retirando de circulação um produto ou um serviço obtido junto a um fornecedor. Esclarece o autor:

“(…) conforme o preceito legal, considera-se consumidor tanto quem adquire como aquele que tão somente se utiliza, como destinatário final, de um produto ou serviço lançado no mercado pelo fornecedor. Assim, aquele que adquire alguma coisa para uso próprio, como destinatário final, é consumidor. Mas isso não é tudo. Quem se utiliza de um produto ou serviço adquirido junto a um fornecedor, também é considerado consumidor.”⁸⁶

De acordo com os ensinamentos de WALDIRIO BULGARELLI, considera-se consumidor “aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando quer reparando os danos sofridos”.⁸⁷

Segundo ROBERTO LISBOA SENISE, o vocábulo “consumidor” pode ser definido sob diferentes critérios e, mesmo do ponto de vista do legislador, é plurívoco e analógico. Esclarece o autor que, segundo a sociologia, consumidor é o sujeito que frui bens para si, em razão de sua classe social, por isso pode ser comparado ao proletariado.⁸⁸

Conforme o critério psicológico, consumidor é o destinatário final dos bens; e de acordo com a filosofia, o indivíduo adquire bens sob a influência daquilo que a sociedade estabelece como necessidade, ainda que, na realidade, a coisa não seja imprescindível.⁸⁹

Essencial tecer alguns comentários sobre o significado de “destinatário final”, conforme estabelecido na legislação, que é o “consumidor final”, ou seja, aquele que retira

⁸⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Op.cit., p. 28.

⁸⁶ LISBOA, Roberto Senise, Op.cit., 139.

⁸⁷ BULGARELLI, Waldirio. *Tutela do consumidor na jurisprudência e de lege ferenda*. Revista de Direito Mercantil. Nova Série, Ano XVII, nº 49, 1983, p. 35.

⁸⁸ Na publicidade, consumir é ceder às sugestões do anúncio, ainda que subliminarmente formuladas.

⁸⁹ LISBOA, Roberto Senise. Op.cit., p. 138.

o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo, ou seja, aquele que coloca um fim na cadeia de produção.⁹⁰

OTHON SIDOU diz que a legislação pátria acrescentou a noção de destinação final à idéia do pioneiro dos direitos do consumidor no país, inspirada no modelo espanhol, de 1985, para o qual “consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire ou se utiliza de um produto ou serviço para o uso próprio, privado, individual, familiar ou doméstico, ou até para terceiros, se não houver a revenda em favor deles em seu esboço de lei de proteção ao consumidor que “denomina-se consumidor qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, ‘para sua utilização’, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação de vontade”.⁹¹

Sobre destinatário final, CLÁUDIA LIMA MARQUES:

“(…) destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de proteção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Parece-me que destinatário final é aquele destinatário fático econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção.”⁹²

Bastante útil e didático é o conceito de consumidor como destinatário final apresentado por THIERRY BOURGNOIGNIE:

“(…) consumidor é aquele que **destrói** um bem, ou mais precisamente, **destrói** a sua substância, utilizando-o para fins próprios. É uma pessoa física ou moral que adquire, possui ou utiliza bem ou serviço colocado no centro do sistema econômico por um profissional, sem perseguir ela própria a fabricação, a

⁹⁰ Há vários questionamentos sobre a expressão “destinatário final”, utilizada pelo legislador brasileiro, que se inspirou no modelo espanhol, que é expressa nos seguintes termos: Artigo 1º da Lei Geral Espanhola de Defesa dos Consumidores e Usuários – L.G.D.C.U, de 1984, em seu anexo 2, preceitua: “a los efectos de esta ley son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutamos como destinatários finales, bienes, productos, servicios, actividades o funciones, cualesquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes la producen, facilitan, distribuyen o expenden”.

⁹¹ SIDOU, Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977, p. 28.

⁹² MARQUES, Cláudia Lima. Op.cit., 83.

transformação, a distribuição ou a prestação no âmbito do comércio ou de uma profissão.”⁹³ (grifo nosso)

Verifica-se que existem três interpretações para o conceito de consumidor, considerando a qualidade de destinatário final de produtos ou serviços, a saber: 1º) interpretação finalista; 2º) interpretação maximalista e; 3º) interpretação finalista aprofundada.

Segundo a concepção finalista, consumidor é aquele que adquire um produto ou serviço para uso próprio e de sua família. Portanto, trata-se do sujeito não profissional que utiliza o produto ou serviço por necessidade, pois a finalidade do Código de Defesa do Consumidor é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.⁹⁴

THIERRY BOURGOIGNE adota a corrente finalista e esclarece que a qualidade de consumidor deve ser recusada aos profissionais, mesmo o de dimensão modesta e sem força efetiva no mercado que realiza. Afirma o autor: “a qualidade de consumidor também deve ser recusada ao profissional, mesmo que atuar fora de sua especialidade e, portanto, sem particular capacidade, mas cuja dimensão ou posição no mercado lhe confere alguma forma de negociação”.⁹⁵

Logo, de acordo com a interpretação finalista pura, a legislação deve proteger tão somente o economicamente mais fraco que utiliza o produto ou serviço para consumo próprio, recusando-se a qualidade de consumidor àquele que exerce atividade profissional, mesmo se adquirir produto ou serviço para utilização fora de sua especialidade.

Para a concepção maximalista, o Código de Defesa do Consumidor é um regulamento do mercado de consumo brasileiro e não deve apenas ser direcionado ao consumidor não-profissional. Deve ser aplicado de forma mais ampla, compreendendo-se a pessoa física e a jurídica, em atenção ao fato de que se trata de uma norma de interesse social que resguarda os direitos básicos do adquirente do produto e serviço.

Segundo esta concepção, o Código de Defesa do Consumidor seria um código para a sociedade de consumo que institui normas e princípios fundamentais relacionados à

⁹³ BOURGOIGNE, Thierry. *O conceito de consumidor*. Revista de Direito do Consumidor 2/17-51.

⁹⁴ A respeito da interpretação finalista, CLÁUDIA LIMA MARQUES: note-se que, de uma posição inicial mais forte, influenciada pela doutrina francesa e belga, os finalistas evoluíram para uma posição mais branda, se bem que sempre teleológica, aceitando a possibilidade de o Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional, que adquiriu, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade, interpretar o artigo 2º, de acordo com o “fim da norma”, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do Código de Defesa do Consumidor. (MARQUES, Cláudia Lima. Op.cit., p. 84).

⁹⁵ BOURGOIGNE, Thierry, Op. cit., 130.

ordem econômica, ou seja, para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores.

Segundo a concepção maximalista, a definição expressa no artigo 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível para que as normas possam ser aplicadas ao maior número de relações de mercado. Logo, para ser considerado consumidor basta que o sujeito tenha adquirido um produto ou utilizado um serviço, não importando se pessoa física ou jurídica, se há ou não fim de lucro.⁹⁶

A interpretação finalista aprofundada é a teoria mais prestigiada pela jurisprudência na aplicação do conceito de consumidor. Segundo esta concepção, se o sujeito puder ser considerado vulnerável na relação de consumo, seja ou não profissional, conclui-se pela destinação final do consumo. Por isso, são admitidas como consumidoras apenas as pessoas jurídicas que não sejam integrantes da cadeia produtiva.⁹⁷

Verifica-se que em todas as interpretações vigora o entendimento, segundo o qual, a aquisição do produto ou serviço não pode ter como objetivo o exercício de uma atividade profissional, ou seja, o escopo de integrar o produto ou o serviço para a obtenção de lucros, no âmbito da atividade empresarial.⁹⁸

⁹⁶ Segundo CLÁUDIA LIMA MARQUES, na concepção maximalista, destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte de visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado, quando adquire canetas para uso nas repartições, e, é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família. (MARQUES, Cláudia Lima. Op.cit., p. 84).

⁹⁷ Exemplifica CLÁUDIA LIMA MARQUES: um automóvel pode servir para prestar os serviços de pequena empresa, comprado ou em *leasing*, mas também é o automóvel privado do consumidor. Ou, de forma semelhante ao caso francês, uma empresa de alimentos contrata serviços de informática, que não serão usados em sua linha de “produção” a não ser indiretamente, e a jurisprudência tende a considerar estes usuários mistos, ou consumidores finais diretos, como consumidores, uma vez que a interpretação da dúvida sobre a destinação final e sobre sua caracterização é resolvida, de acordo com os artigos 4º, I e 47 do próprio Código de Defesa do Consumidor, a favor do consumidor. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, em se tratando de pessoa jurídica que comprova ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. *Idem*.

⁹⁸ ROBERTO SENISE LISBOA esclarece: é mais coerente com o sistema jurídico implantado a partir do Código de Defesa do Consumidor o entendimento segundo o qual a pessoa jurídica pode ser consumidora, desde que o produto ou o serviço por ela adquirido não venha a ser diretamente recolocado no mercado, ainda que mediante especificação ou transformação. A pessoa jurídica que adquire um produto que se destina à instrumentação de sua atividade profissional, mas que não se confunde com a própria atividade, é consumidora, pois se utilizará do bem para fim próprio. Alguns exemplos podem ser citados, para melhor elucidação: a) a máquina adquirida pelo fornecedor de biscoitos para a produção desse gênero alimentício é bem de consumo, pois o que será recolocado no mercado não é esse instrumento, porém o material que é por meio dela transformado e vem a compor quimicamente o biscoito; b) o material adquirido para transformação da qual resultará o biscoito (farinha, vitaminas, aroma, açúcar, sal) é bem que será recolocado no mercado, não podendo se considerar aquele que produz os biscoitos como consumidor desses elementos; c) a tinta adquirida pela montadora de veículos automotores, que é especificada nesses produtos, é bem que acaba por

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO explica ser esta última a concepção adotada pela jurisprudência, conforme é possível verificar em suas afirmações:

“Em razão de tais considerações é que discordamos da definição de “consumidor” concebida por Othon Sidou, quando também considera as pessoas jurídicas como tal para fins de proteção efetiva nos moldes atrás preconizados, ao menos no que tange à sua literal proteção ou defesa jurídica. E isto pela simples constatação de que dispõem as pessoas jurídicas de força suficiente para sua defesa, enquanto o consumidor, ou, ainda, a coletividade de consumidores ficam inteiramente desprotegidos e imobilizados pelos altos custos e morosidade crônica da justiça comum. Prevaleceu, entretanto, a inclusão das pessoas jurídicas igualmente como “consumidores” de produtos e serviços, embora com a ressalva de que assim são entendidas aquelas como destinatárias finais dos produtos e serviços que adquirem, e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa.

Entendemos, contudo, mais racional sejam consideradas aqui as pessoas jurídicas equiparadas aos consumidores hipossuficientes, ou seja, as que não tenham fins lucrativos, mesmo porque, insista-se, a conceituação é indissociável do aspecto da mencionada hipossuficiência.”⁹⁹

Também neste sentido, FABIO KONDER COMPARATO afirma que os consumidores são aqueles “que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”. Enfatiza que “o consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários”.¹⁰⁰

Vale ressaltar que GUSTAVO TEPEDINO defende a incidência do Código de Defesa do Consumidor mesmo em situações em que não haja propriamente uma relação de consumo. Para o autor, basta a constatação da existência da vulnerabilidade para que seja caracterizado como consumidor.¹⁰¹

De forma contrária, MARCO ANTONIO ZANELATO afirma que o conceito jurídico de consumidor não abarca o profissional que contrata a aquisição de produtos ou a utilização de serviços na esfera de sua atividade própria. Ou seja, com o escopo de integrar o produto ou o serviço, para a obtenção de lucros, no âmbito de sua atividade empresarial ou profissional.¹⁰²

ser recolocado no mercado de consumo, não havendo relação de consumo entre o fornecedor da tinta e a montadora; d) as mesas de escritório obtidas pela concessionária de veículos automotores não se constituem no objeto precípua da atividade profissional, havendo relação de consumo entre a concessionária e o fabricante delas. (LISBOA, Roberto Senise, Op.cit., 147).

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al., Op.cit., p. 29

¹⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Op.cit., p. 20.

¹⁰¹ TEPEDINO, Gustavo, Op. cit., p. 30.

¹⁰² ZANELATO, Marco Antonio. *Cláusulas abusivas em contrato comercial*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais 5/305-311.

ROBERTO SENISE LISBOA resume a existência das interpretações do conceito de consumidor da seguinte maneira:

“(…) Não é pacífico, todavia, o entendimento sobre a extensão da expressão “atividade profissional”, destacando-se cinco orientações sobre o tema, a saber: a) o profissional ou a pessoa jurídica que adquire um produto ou um serviço para sua atividade própria não é consumidor; b) a pessoa jurídica pode ser consumidora, pois a atividade profissional somente abrange os bens de produção; c) a pessoa jurídica pode ser consumidora, aplicando-se o critério da indispensabilidade do bem para o seu sistema produtivo; d) a pessoa jurídica pode ser consumidora, desde que não recoloca o bem no mercado e seja, naquela relação jurídica, vulnerável; e) a pessoa jurídica pode ser consumidora, desde que o bem adquirido não se integre à sua atividade profissional.”¹⁰³

Na legislação estrangeira, há algumas definições para consumidor que se assemelham à legislação brasileira, por exemplo: a lei sueca de proteção ao consumidor, de 1973, no artigo 1º conceitua consumidor como “a pessoa privada que compra de um comerciante uma mercadoria, principalmente destinada ao seu uso privado e que é vendida no âmbito da atividade profissional do comerciante”.

Já a lei do México, de 1976, traz no artigo 3º a definição segundo a qual “consumidor é quem contrata, para sua utilização, a aquisição, uso ou desfrute, de bens ou a prestação de serviços”.

Vale ressaltar que o consumidor encontra-se na mesma situação de hipossuficiência que o detentor da força de trabalho em face do mesmo protagonista da atividade econômica, ou seja, os detentores dos meios de produção. Não é por acaso que o chamado “movimento consumerista” surgiu com o movimento trabalhista, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, em que se clamava por melhores condições de trabalho e melhoria de qualidade de vida, dentro do binômio evidente, ou seja, poder aquisitivo/aquisição de mais e melhores bens e serviços e qualidade de vida.

V.9.2. Consumidor por equiparação

O Código de defesa do consumidor equipara determinados entes à figura do consumidor, que poderão vir a se beneficiar dos direitos nela previstos, a saber: 1º) a

¹⁰³ LISBOA, Roberto Senise. Op. cit., p. 142.

coletividade de pessoas; 2º) todas as vítimas de um acidente de consumo e 3º) todas as pessoas expostas às práticas abusivas.

Equipara-se a consumidor, a coletividade de pessoas que tenham intervindo na relação de consumo, pois se reconhece a existência de interesses legítimos mesmo diante da dificuldade de individualização de cada um dos consumidores.

Segundo WALDÍRIO BULGARELLI, o consumidor por equiparação pode ser considerado como “aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos”.¹⁰⁴

Desta forma, são considerados consumidores por equiparação, a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente realista.

Sobre o assunto JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO esclarece que se já provocado o dano efetivo pelo consumo de produtos e serviços, o que o legislador pretende, na hipótese de equiparar um grupo ou uma categoria de pessoas a consumidor, é conferir a todos eles os devidos instrumentos jurídico-processuais para que possam obter a justa e mais completa possível reparação daqueles que podem ser considerados responsáveis.¹⁰⁵

A este respeito, são importantes as observações de FILOMENO:

“(…) as referidas circunstâncias de tutela coletiva do consumidor ficam ainda mais evidentes quando se levam em consideração, por exemplo, os danos causados por um produto alimentício ou medicinal nocivo à saúde, ou então por um automóvel com graves defeitos de fabricação no sistema de freios, ficando as vítimas em situação de total impotência e desamparo, não somente em face de sua condição de inferioridade ante o fornecedor, como igualmente frágeis instrumentos de defesa de que dispõem, fragilidade essa demonstrada pela exigência até hoje de demonstração do dano sofrido, e do nexo de causal entre o dano e o produto ou serviço e, o que é ainda mais angustiante, a culpa residente em negligência, imprudência ou imperícia do mesmo fornecedor. Essa idéia fica ainda mais clara se se tiver em conta a classe dos chamados “interesses difusos”, expressamente tratados no inciso I do artigo 81 do Código do Consumidor, e assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza

¹⁰⁴ BULGARELLI, Waldirio. *Tutela do consumidor na jurisprudência e de lege ferenda*. In Revista de Direito Mercantil, Nova Série, ano XVII, n.º 49, 1984.

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, (et. al.), Op.cit., p. 35.

indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.¹⁰⁶

Para JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, os interesses de grupo ou da categoria caracterizam-se, em primeiro lugar, por uma pluralidade de titulares, em número indeterminado e, ao menos para fins práticos, indeterminável; em segundo lugar, pela indivisibilidade do objeto do interesse, cuja satisfação necessariamente aproveita ao conjunto, e cuja postergação irá prejudicar todos em conjunto.

Afirma que os interesses são detectados “na honestidade da propaganda comercial, na proscrição de alimentos e medicamentos nocivos à saúde, na adoção de medidas de segurança para os produtos perigosos, na regularidade da prestação de serviços ao público”.¹⁰⁷

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO dá como exemplo da existência de interesses coletivos as hipóteses de contratos envolvendo os chamados “planos de saúde”, em que há milhões de contratantes ou potenciais contratantes, sobretudo atraídos pela poderosa mídia televisiva. Neste sentido, esclarece:

“(…) A Promotoria de Justiça do Consumidor de São Paulo, nos anos de 1992 e 1993, com efeito, passou a analisar, abstratamente, todos os contratos oferecidos por cerca de 90 planos de saúde, tendo então conseguido o compromisso formal de seus responsáveis no sentido de modificarem determinadas cláusulas consideradas abusivas. Tendo havido ainda a recalcitrância de alguns, foi necessário propor-se não mais que uma dezena de ações com vistas ao mesmo desiderato, ou seja, a mencionada modificação. Na hipótese, duas cláusulas merecem reforma: a que determinava o aumento das prestações de forma unilateral desde que “os custos médico-hospitalares” fossem maiores do que os reajustes normais tendo por base um índice econômico convencionado, e o pulo muitas vezes ao triplo ou quádruplo do que vinha sendo pago pelo consumidor-usuário, simplesmente porque mudou de faixa etária. Caso houvesse cláusulas abusivas especificamente em planos de saúde particularizados, e referentes a contratos já firmados, tratar-se-ia do chamado interesse coletivo, e não difuso, porque envolvendo pessoas bem determinadas e em face da empresa contratante.”

Por meio do reconhecimento do consumidor de um grupo ou categoria de pessoas por equiparação, o Código de Defesa do Consumidor permite que, ao invés da

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. Op.cit., p. 35.

¹⁰⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A proteção jurisdicional dos interesses coletivos e difusos*, na obra *Tutela dos interesses difusos*. São Paulo, Max Limond, 1984. p.99.

pulverização de demandas individuais, seja ajuizada uma única ação, passando-se depois da condenação obtida à liquidação conforme a extensão de cada dano individualizado.¹⁰⁸

São considerados consumidores por equiparação, todas as vítimas do acidente de consumo, ou seja, o terceiro prejudicado pelo dano resultante de uma relação de consumo da qual não participou. Nesta situação, a vítima poderá pleitear a reparação da ofensa com base na responsabilidade objetiva do fornecedor, embasada no risco da prática de uma atividade profissional, conforme será esclarecido oportunamente.

ROBERTO LISBOA SENISE esclarece que, para o terceiro prejudicado ser ressarcido de um dano decorrente de relação jurídica da qual não participou, é mister tenha ele sofrido efetivamente algum dano como consequência do vício extrínseco do produto ou serviço fornecido no mercado de consumo.

Declara o autor: “com isso, estendeu-se a proteção concedida pela lei ao destinatário final dos produtos e serviços, em favor de qualquer sujeito de direito, inclusive daquele que ordinariamente não seria consumidor na relação de consumo a partir da qual ocorreu o prejuízo”.¹⁰⁹

Por fim, todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas abusivas de fornecedores, bem como à oferta, à publicidade, à cobrança de dívidas, à inserção de seus nomes em banco de dados e cadastros e cláusulas abusivas são considerados consumidores por equiparação.

Assim, verifica-se que não é suficiente a proteção dos direitos do consumidor individualmente considerado. Requer-se uma tutela mais ampla, para benefício de todos os consumidores que, de qualquer maneira, expuseram-se a tais práticas dos consumidores.

Sobre o assunto, as considerações de ROBERTO LISBOA SENISE:

“(…) As três equiparações legais ao consumidor (artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29) resultam da implementação do Estado Social do Direito, consagrando-se a proteção dos interesses da massa de consumidores considerados socialmente relevantes pelo legislador. Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores são protegidos em face da contratação em massa. Não há mais tão somente a tutela individual do adquirente direto ou o usuário final, mediante o equilíbrio da relação jurídica. Defende-se os interesses sociais da massa de consumidores que intervêm nas relações de consumo (interesses difusos e coletivos), das vítimas de acidentes de consumo ao menos atentatórios à vida, à saúde ou à segurança do consumidor e das pessoas expostas às práticas

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. (et. al.) Op.cit., p. 38.

¹⁰⁹ LISBOA, Roberto Senise. Op.cit., p. 163.

decorrentes de oferta ou de publicidade, mesmo que não venham a adquirir o produto ou o serviço veiculado pela mídia (interesses difusos).”¹¹⁰

V. 9.3. O paciente na qualidade de consumidor de serviços médicos

Antes da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, havia discussão sobre a natureza jurídica da relação estabelecida entre o médico e o paciente para saber se tratava de uma relação contratual ou extracontratual.

No Código Civil de 1916, a responsabilidade do médico estava inserida no Capítulo II – “Da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos”, em seu artigo 1545, que dispunha: “os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o danos, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de serviço, ou ferimento”.

Vale ressaltar que o referido artigo tem parcial correspondência no artigo 951 do atual Código Civil, que traz a previsão do critério de indenização no caso da condenação do profissional pela prática de ato ilícito.

Conforme já afirmado, atualmente, não há discussão a respeito da natureza jurídica da responsabilidade médica ser contratual, embora seja admitida, em algumas hipóteses, que seja extracontratual.

No entanto, a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor surgiu um novo questionamento a respeito da relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente ser ou não uma típica relação de consumo. Atualmente, é praticamente pacífico o entendimento de que o paciente coloca-se na posição de consumidor.

A partir da análise do conceito de consumidor estabelecido pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor verifica-se não há dificuldade de caracterizar o paciente como consumidor de um serviço médico, haja vista que se trata de pessoa física, não-profissional, que contrata ou se relaciona com um profissional, para a obtenção de um

¹¹⁰ Dentre os direitos básicos do consumidor, consolidou-se a relevância social da tutela preventiva e repressiva de danos patrimoniais e morais: a) de grupos de pessoas perfeitamente identificadas ou determinadas, ainda que em um primeiro momento não identificadas (interesses individuais homogêneos); b) de grupos de pessoas determináveis relacionadas por um vínculo jurídico comum (interesses coletivos); e c) de grupos de pessoas indeterminadas ligadas entre si por uma relação de fato (interesses difusos). (LISBOA, Roberto Senise. Op.cit., p. 166).

serviço, cuja utilização esgotando-se na própria pessoa do paciente o serviço realizado, ou seja, como destinatário final.

Neste sentido, o paciente é considerado consumidor, uma vez que contrata o médico para obter desde um diagnóstico até o tratamento; ou mesmo submeter-se a uma cirurgia, adquirindo, em qualquer hipótese, o serviço posto à disposição pelo médico e, sem dúvida, na condição de destinatário final.

Esta situação fica ainda mais evidente quando o contrato é firmado com uma sociedade empresária, ou seja, hospital, clínicas ou planos de saúde, cujo objetivo maior é prestar o serviço com finalidade lucrativa, normalmente estabelecendo-se uma obrigação de resultado, por exemplo, a realização de exames de imagem.

Verifica-se que este tem sido o posicionamento majoritário na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade de admitir o paciente como uma espécie de consumidor de serviços médicos.

Neste sentido, SILVIO RODRIGUES:

"Acho oportuno levantar uma outra questão em matéria de responsabilidade médica que é a de saber se ela pode ser enquadrada ou não dentro do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11-11-1990).

O Código de Defesa do Consumidor regula todas as relações contratuais entre a pessoa que adquire um produto e um serviço como destinatário final (art. 2º) e um fornecedor, que é todo aquele que fornece um produto ou um serviço mediante remuneração. Ora entre o cirurgião e o paciente se estabelece um contrato tácito em que o cirurgião se propõe a realizar cirurgia na pessoa do paciente, mediante remuneração, e se obriga a usar toda a sua habilidade para alcançar o resultado almejado. Trata-se de um contrato de prestação do serviço, pois esse contrato, na linguagem daquele código é toda atividade fornecida no mercado mediante remuneração (art. 3º, § 2º). Aliás, o Código do Consumidor contempla a espécie de serviço fornecido pelos profissionais, tais como médicos, dentistas, etc. ao declarar no § 4º do art. 14 que "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa".

O Código de Defesa do Consumidor é lei de ordem pública e de interesse social, e assim se aplica a todos os casos que abrange desde sua entrada em vigor. Isso vem proclamado no seu art. 1º. Portanto parece-me que a relação entre paciente e cirurgião fica abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Uma das principais consequências desta conclusão é a de que em tais relações os prazos de prescrição para reclamar a reparação do dano derivado da prestação do serviço é de cinco anos (art. 27)." ¹¹¹

Também neste sentido se manifesta o professor GENIVAL FRANÇA:

¹¹¹ RODRIGUES, Silvio. Op.cit., p. 87.

"Dizer que este Código do Consumidor é uma intervenção indevida do poder público nas relações de consumo, notadamente no que se refere às ações de saúde, é um equívoco, porque o dever do Estado na garantia dos direitos sociais implica necessariamente na rotura com a política social restritiva, em busca da universalização da cidadania. Se o Estado fica apenas exercendo a simples função bancária de compra de serviços, dificilmente teremos o controle da estrutura de proteção dos bens públicos. O entendimento atual é que a saúde é uma função pública, de caráter social, que se exerce para garantir o direito universal e equitativo de acesso aos serviços em seus diversos níveis. E mais: é preciso rever o conceito de cidadania. Ele não pode ser entendido apenas no seu aspecto jurídico-civil, senão, ainda, nas garantias sociais, corolário de uma efetiva prática democrática. E o setor saúde ganha uma certa magnitude em face de sua abrangência social, a partir do pacto entre o Governo e a Sociedade, com vistas às melhores condições de vida da população."

No entanto, para que a relação jurídica possa ser caracterizada como uma legítima relação de consumo, não basta que apenas uma das partes da relação jurídica preencha os requisitos estabelecidos em lei, sendo necessário que também o médico possa ser considerado fornecedor de serviços.

V.10. FORNECEDOR

Para PLÁCIDO E SILVA o termo fornecedor, derivado do francês *fournir*, *fournisseur*, refere-se a todo comerciante ou estabelecimento que abastece, ou que fornece, habitualmente gêneros e mercadorias necessários a seu consumo.

Pode-se dizer que definição de fornecedor é pacífica na doutrina e que não gera tantas discussões doutrinárias como ocorre com o conceito de consumidor. Trata-se de toda pessoa física ou jurídica que, no exercício da sua atividade profissional econômica, lança produtos ou serviços no mercado de consumo.

Assim dispõe o artigo 3º, *caput*, do Código de defesa do consumidor:

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

Trata-se do sujeito responsável pela colocação no mercado de produtos e serviços à disposição do consumidor. Desta forma, a atividade profissional da pessoa física

ou jurídica deve ser, em qualquer hipótese, o meio para que o consumidor proceda a aquisição do produto ou do serviço.

Assim, são considerados fornecedores todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo irrelevante indagar a que título.

Conforme mencionado, o Código de Defesa do Consumidor estabelece o conceito de fornecedor no artigo 3º, considerando suas características subjetivas, a saber: “pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Logo, será fornecedor qualquer pessoa física que, a título singular, mediante a realização de uma atividade civil ou mercantil, oferecer produtos ou serviços para a comunidade; ou a pessoa jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil. Para assumir a posição de fornecedora, o serviço deve ser oferecido de forma habitual.¹¹²

O dispositivo também abrange os fornecedores nacionais e estrangeiros que exportem produtos ou serviços para o País, arcando com a responsabilidade por eventuais danos ou reparos o importador que posteriormente poderá regredir contra os fornecedores exportadores.¹¹³

Quanto aos critérios objetivos, o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor arrola quais são as condutas a serem praticadas pelos fornecedores: desenvolver atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação e exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.¹¹⁴

¹¹² Deve-se mencionar que pode ser considerado fornecedor, pessoa jurídica de direito público, entendendo-se o próprio Poder Público por si ou por meio de empresas públicas que desenvolvam atividades de produção, ou ainda as concessionárias de serviços públicos, bem como as pessoas jurídicas de direito privado.

¹¹³ Brasil. Código de Defesa do Consumidor – Artigo 12 – O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

¹¹⁴ Para o legislador, as atividades consideradas como de “lançamento de produtos ou serviços no mercado consumidor” são: a) produção, que é a elaboração ou realização de produtos e serviços capazes de suprir as necessidades econômicas do homem; b) montagem, que é a operação de se reunir as peças de um dispositivo, de um mecanismo ou de qualquer objeto complexo, de modo que ele possa funcionar satisfatoriamente ou preencher o fim para o qual se destina; c) criação, que é a obra, o invento, a instituição ou a formação de um produto ou serviço, para a satisfação dos interesses humanos; d) construção, que é a edificação ou a

Sobre o assunto JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO esclarece:

“(...) Quanto às atividades desempenhadas pelos fornecedores, são utilizados os termos “produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”, ou, em síntese, a condição de fornecedor está intimamente ligada à atividade de cada um e desde que coloquem aqueles produtos e serviços efetivamente no mercado, nascendo daí, *ipso facto*, eventual responsabilidade por danos causados aos destinatários, ou seja, pelo fato do produto ou do serviço.”¹¹⁵

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO esclarece que uma entidade associativa, cujo fim precípua é a prestação de serviços de assistência médica, que cobra para tanto mensalidades ou outro tipo de contribuição, deve ser considerada fornecedora desses mesmos serviços. Isto porque esta entidade destina-se, especificamente, à prestação de serviços específicos, e não apenas à gestão da coisa comum, pois suas atividades revestem-se da mesma natureza que caracterizam as relações de consumo. Desta forma, por consequência, pressupõem um fornecedor, de um lado, e uma universalidade de consumidores, de outro, tendo por objeto a prestação de serviços bem determinados, quer por si, ou mediante o concurso de terceiros.¹¹⁶

A respeito do conceito do fornecedor, ROBERTO SENISE LISBOA:

“(...) Em princípio, o conceito legal de fornecedor abrange qualquer sujeito de direito, pouco importando a sua natureza e a sua nacionalidade. Considera-se fornecedor tanto a pessoa física como a jurídica, não havendo qualquer diferença se uma ou outra é nacional ou estrangeira.”¹¹⁷

Prossegue ROBERTO SENISE LISBOA afirmando que, ao se utilizar da expressão “toda pessoa física ou jurídica...”, a lei não permitiu ao intérprete a delimitação de quais espécies de pessoas jurídicas estariam livres da sua incidência.

constituição de um bem; e) transformação, que é a metamorfose, a operação de modificação do estado de um sistema física ou orgânico; f) importação, que é a introdução de mercadorias oriundas de território nacional diverso daquele em que o importador se encontra domiciliado; g) exportação, que é o transporte de mercadorias para fora do território nacional no qual o exportador se encontra domiciliado; h) distribuição, que é a repartição social da riqueza como fato econômico; e i) comercialização, que é a negociação de mercadorias. (LISBOA, Roberto Senise. Op.cit., 129).

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op.cit., p. 42.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ O critério nacionalidade da entidade natural ou moral foi descartado pela lei, que desconsiderou a procedência, origem ou local de nascimento ou de constituição do sujeito. Nascido ou constituído em território brasileiro ou não, poderá ser qualificado como fornecedor. Por consequência, não há embasamento legal para se conceber como fornecedor tão somente a pessoa jurídica cujo capital majoritário é brasileiro, estrangeiro ou de origem estrangeira. Para fins de aplicação da Lei. 8.078/90, afastou-se a distinção entre a nacionalidade dos entes morais, ou seja, se a pessoa jurídica é de direito interno ou externo.

Assim como procedeu ao eleger a relação de consumo como o pressuposto da aplicação do microssistema jurídico estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, o legislador não se preocupou em distinguir quais pessoas físicas ou jurídicas poderiam ser consideradas fornecedoras. Pelo contrário, deixou cristalina a idéia de que pouco importa a “roupagem”, ou até mesmo a forma adotada para a constituição da pessoa jurídica, pois o que lhe interessa é a atividade profissional que desempenha.

Neste sentido, conclui ROBERTO SENISE LISBOA que “qualquer sujeito de direito pode ser considerado fornecedor, desde que exerça profissionalmente e de forma preponderante a atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo.”¹¹⁸

Ressalte-se que todas as pessoas jurídicas de direito privado podem ser consideradas fornecedoras, pouco importando se o seu fim é ou não econômico. Portanto, incluem-se na definição de fornecedor, as sociedades civis e as sociedades empresariais.¹¹⁹

Importante citar a teoria da aparência, segundo a qual é considerado fornecedor aquele que assim se apresenta aos olhos do consumidor. Isto porque, muitas vezes, o consumidor realiza determinado negócio jurídico julgando que está constituindo uma relação jurídica com um sujeito de direito quando, na realidade, outra pessoa é quem fornece o produto ou o serviço.¹²⁰

Verifica-se que a natureza da atividade do fornecedor de produtos é detalhada pelo dispositivo de lei que minuciosamente descreve suas condutas. Trata-se de condutas

¹¹⁸ LISBOA, Roberto Senise, Op. cit., 130.

¹¹⁹ Mesmo as entidades sem fins econômicos podem, eventualmente, ser consideradas fornecedoras. Deve-se analisar cuidadosamente o caso concreto, a fim de se concluir corretamente sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou não. Para que a entidade sem fins econômicos seja considerada fornecedora, é indispensável que ela forneça alguma atividade em prol de “filiados”, que possuem a obrigação de pagar uma manutenção periódica, mas que não tem qualquer poder deliberativo para influir, fazendo prevalecer a sua vontade nas decisões do ente moral. Em tal caso, torna-se evidente que a entidade procura se acobertar na forma de uma pessoa jurídica sem fins econômicos, porém atua no mercado de consumo como prestadora de serviços remunerados e, por isso, deve ser considerada fornecedora. Além das associações e das fundações, tome-se por exemplo a cooperativa, que é, nos termos da legislação em vigor, uma sociedade pessoal de natureza civil, cujo objetivo é a prestação de serviços aos seus filiados, como a produção, o crédito, entre outros (artigo 4º da Lei 5.764, de 16.12.1971).

¹²⁰ O Superior Tribunal de Justiça decidiu pela aplicabilidade da teoria da aparência, responsabilizando civilmente a empresa que permite a utilização da sua logomarca, de seu endereço, instalações e telefones, fazendo crer, através da publicidade e da prática comercial, que era a responsável pelo empreendimento consorcial (STJ, 4ª T., RE 113012/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.03.1997, DJ 12.05.1997). No mesmo sentido, porém sem a aplicação retroativa do CDC ao contrato, salvo o voto do relator, que é o mesmo, RE 187934/SP, j. 11.05.1999, DJ 14.06.1999, 207 (nesse caso, a consorciada procurou se eximir da responsabilidade, porém não logrou êxito, já que permitiu o uso do logotipo e de sua sede e, em contrapartida, beneficiou-se com a venda dos veículos). Apud LISBOA, Roberto Senise, Op. cit., p. 133.

referentes a atividades evidentemente profissionais, realizadas com habitualidade. Em relação à prestação de serviços, a lei, no §2º do artigo 3º, menciona apenas o critério de desenvolver atividades de prestação de serviços, a necessidade de remuneração, vale dizer: “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”; deixando de especificar se o fornecedor necessita ou não ser um profissional, bastando apenas que a atividade seja habitual e reiterada.

Assim, segundo a doutrina brasileira, fornecer significa “prover, abastecer, garantir, dar, ministrar, facilitar, proporcionar” uma atividade, independentemente se o sujeito que as realiza detém a propriedade dos eventuais bens utilizados para prestar o serviço e seus deveres anexos.

CLÁUDIA LIMA MARQUES esclarece que a expressão “atividades”, constante no *caput* do artigo 3º, sugere a exigência de reiteração ou habitualidade, mas fica clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviços no campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, à dependência única de ser o co-contratante um consumidor.¹²¹

Desta maneira, independentemente da qualidade do que presta o serviço – profissional ou não – havendo remuneração e habitualidade, o Código de Defesa do Consumidor considera-o fornecedor, caracterizando uma relação de consumo. Desta forma, é possível incluir o maior número possível de prestadores de serviços no conceito de fornecedores, os quais terão suas relações reguladas pela legislação de consumo.

Como visto, o critério caracterizador é o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais, tais como: comercialização, produção e importação, indicando também a necessidade de certa habitualidade.

Tais características irão excluir da aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor todos os contratos firmados entre dois consumidores, não-profissionais, considerando tais relações como puramente civis, para as quais serão aplicadas o Código Civil de 2002.

Ainda sobre o conceito de fornecedor, ROBERTO SENISE LISBOA diz que os efeitos da relação de consumo não são os mesmos de uma relação jurídica comum, pois na primeira estende-se o conceito tradicional de parte desde o último fornecedor até o

¹²¹ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., 113.

originário, de forma que todos são solidariamente responsáveis por eventuais danos ocorridos.

Desta forma, nas relações de consumo torna-se suficiente a constatação a partir de qual entidade se iniciou a “cadeia econômica de consumo”, que somente é rompida com a aquisição do produto ou serviço por um destinatário final.

Afirma ROBERTO SENISE LISBOA: “tanto o fornecedor direto como o intermédio e o originário podem, diante disso, ser responsabilizados, por eventual vício extrínseco ou intrínseco do produto ou serviço”. Para o código, todos eles são considerados fornecedores. Ensina o autor: “como todos são fornecedores, entre eles não há relação de consumo porque não são consumidores uns dos outros, motivo pelo qual às suas relações jurídicas aplica-se a legislação civil, comercial ou administrativa correspondente”.¹²²

O Código de Defesa do Consumidor classifica como fornecedor imediato aquele que constitui diretamente a relação de consumo com o destinatário final dos produtos e serviços. A lei nomeou este sujeito de comerciante, cuja responsabilidade é objetiva.

O fornecedor imediato de serviços é o prestador de atividade remunerada lançada no mercado de consumo, que também tem responsabilidade objetiva pelos danos causados aos consumidores, salvo quando se tratar do profissional liberal, hipótese na qual caberá, em regra, a responsabilidade subjetiva, conforme dispõe o artigo 14, *caput* e §4º, da Lei 8.078/90.

V.11. OBJETOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO – PRODUTO E SERVIÇOS

O Código de Defesa do Consumidor procurou distinguir o objeto da relação de consumo, dividindo-os em duas grandes categorias: o produto e o serviço.

ROBERTO LISBOA SENISE explica que é necessário averiguar qual é o elemento nuclear do vínculo obrigacional, pois sendo obrigação de dar, a hipótese é de produto, sendo obrigação de fazer, o objeto é um serviço.

¹²² LISBOA, Roberto Senise, Op. cit., p. 133.

V. 11.1 Produto

Considera-se produto, todo bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, segundo disposto no §1º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. Como a definição é extremamente abrangente, não se permite ao intérprete restringir seu conteúdo.¹²³

Ensina LISBOA que qualquer bem adquirido em uma relação de consumo é produto, de maneira que, para se considerar um bem como produto basta que a coisa tenha sido colocada em circulação por um sujeito de direito que não se enquadra na definição legal de fornecedor.

Utilizando as palavras de JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, “para efeitos práticos, produto é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final”.¹²⁴

V.11.2. Prestação de serviços

Deve ser considerado serviço qualquer atividade remunerada lançada no mercado de consumo por uma pessoa física ou jurídica, exceção que deve ser feita às relações trabalhistas.

A prestação de serviços resulta de atividade remunerada que consiste em uma obrigação de fazer ou de não fazer.

Importante observar que, para o Código, somente considera-se serviço a atividade exercida de forma remunerada. Assim, o serviço prestado gratuitamente não pode ser considerado objeto de relação de consumo.

Há dois critérios para estabelecer se certa atividade profissional é de outorga de serviços, quais sejam: 1º) o critério da natureza da atividade e 2º) o critério legal.¹²⁵

¹²³ LISBOA, Roberto Senise. Op. cit., p. 167.

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. (et.al.) Op.cit., p. 44.

¹²⁵ SENISE, Roberto Lisboa. Op.cit., 177

Segundo o critério da natureza da atividade, considera-se fornecedor de serviços aquele que desempenha a atividade profissional típica de prestação de serviços, tendo por objeto tão somente o exercício da atividade humana, por exemplo, a desenvolvida pelo profissional liberal.

Já pelo critério legal, o fornecedor de serviços é aquele que desempenha, por força de lei, atividade profissional considerada “serviço”, pouco importando qual a natureza da atividade desenvolvida. A lei estabelece como “serviço” as seguintes atividades profissionais: bancárias, financeiras, creditícias e securitárias.¹²⁶

O conceito legal de serviços está previsto no Código de Defesa do Consumidor, no §2º do artigo 3º, ao estabelecer que os prestadores de serviços, no exercício de sua atividade profissional, devem ser considerados fornecedores.

Afirma o §2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor:

“(...) 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.” (grifo nosso)

O Código de Defesa do Consumidor considerou o exercício de atividade remunerada objeto da relação de consumo distinto do produto, seu outro objeto. Desta forma, verifica-se que a conduta desenvolvida pelo fornecedor, como objeto da relação de consumo, é o serviço, enquanto que os demais bens são produtos.

Percebe-se o conceito de serviço apresentado pelo Código de Defesa do Consumidor é abrangente, de forma que é difícil que algum fornecimento oriundo de ofício ou profissão não possa ser nele incluído.

Desta forma, analisando o conceito de serviço, verifica-se que qualquer atividade prestada no campo profissional com habitualidade pode ser considerada relação de consumo, isto porque foram excetuadas pelo legislador apenas as relações de caráter trabalhista.

Neste sentido, ROBERTO SENISE LISBOA:

¹²⁶ Sobre o critério legal, adotou-se posicionamento semelhante àquele que fixa a natureza da pessoa jurídica, como sendo civil ou comercial. Toda vez que a lei estabelecer determinada entidade como sendo de natureza comercial (como, *verbi gratia*, é o caso da sociedade anônima) ou de natureza civil (tal como sucede com a cooperativa) não cabe discussão em sentido contrário, pois a lei claramente assim dispôs. Mesmo as atividades gratuitas, desde que importem em obtenção de clientela e, por conseguinte, na percepção de remuneração posterior com a celebração dos mais variados contratos, devem ser analisados à luz do Código de Defesa do Consumidor. *Idem*.

“(...) ao fixar como serviço “qualquer atividade remunerada”, o legislador pretendeu fazer com que a norma jurídica consumerista incidisse sobre a mais variada gama de relações, pouco importando a área tradicional do direito na qual elas se formavam, exceção feita às relações trabalhistas. Ao dispor uma única exceção à regra do serviço como qualquer atividade remunerada previu-se a única matéria clássica do direito objetivo que não poderia vir a ser objeto de relação de consumo: a relação trabalhista, que é o vínculo jurídico entre o empregador e o empregado, sob o regime de subordinação contínua e de obediência hierárquica. Como se pressupõe a hipossuficiência hierárquica do empregado perante o seu patrão, realmente não seria razoável considerá-lo fornecedor, beneficiando-se o empregador na Lei n.º 8.078/90.”¹²⁷

Por esta razão, conclui-se que as demais áreas jurídicas, afora a trabalhista, podem conter relações que sofrem a incidência do Código de Defesa do Consumidor, de forma que pouco importa se o serviço, como atividade remunerada, seja ela de natureza civil, comercial ou administrativa.

Outro requisito estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor é a remuneração do serviço, que deve nortear as relações entre o profissional e o consumidor. Para caracterizar relação de consumo, o serviço prestado deve ser remunerado.¹²⁸

CLÁUDIA LIMA MARQUES ensina que também devem ser considerados serviços de consumo aqueles que são remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade, por exemplo, uma facilidade diluída no preço de todos, ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo.

Esclarece CLÁUDIA LIMA MARQUES:

“(...) A expressão “remuneração” permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo. Aqueles contratos considerados “unilaterais”, como o mútuo, assim como na poupança popular, possuem um sinalagma escondido e são remunerados.”¹²⁹

Segundo a autora, remuneração (direta ou indireta) significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor.¹³⁰

¹²⁷ *Ibidem*, p. 175.

¹²⁸ OSCAR IVAN PRUX considera que é possível a existência de relação jurídica de consumo relacionada a prestação de serviço não-remunerado, desde que o atendimento seja realizado em função de dever profissional, por exemplo: médico, dentista, advogado, psicólogo, etc. (PRUX, Oscar Ivan. Op. cit., p. 115).

¹²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 114.

¹³⁰ Como a oferta e o *marketing* de atividades de consumo “gratuitas” estão a aumentar no mercado de consumo brasileiro (transporte de passageiros idosos gratuito, viagens-prêmio, coquetéis gratuitos, lavagens de carro como brinde, etc.), importante frisar que o artigo 3º, §2º do CDC refere-se à remuneração dos

Verifica-se que o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor especifica que o sistema de proteção do consumidor considera como fornecedores todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos e da cadeia de fornecimento de serviço (o organizador da cadeia e os demais partícipes do fornecimento direto e indireto, mencionados genericamente como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de prestação de serviços), não importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor.

O reflexo mais importante, o resultado mais destacável desta visualização da cadeia de fornecimento, do aparecimento plural dos sujeitos-fornecedores, é a solidariedade dentre os participantes da cadeia mencionada nos artigos 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor e indicada na expressão genérica “fornecedor de serviços” do artigo 14, *caput*, do CDC.

Neste sentido, o entendimento do Ministro Ari Pargendler:

“(...) Responsabilidade civil – prestação de serviços médicos. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido.” (STJ – REsp 138059/MG – rel. Min. Ari Pargendler – j. 11.06.2001).

Verifica-se que os planos, seguros e contratos com operadoras de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor:

“Plano de saúde – internação – hospital não conveniado. A operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota.” (STJ – Resp 267530/SP – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 14.12.2000)

serviços e não a sua gratuidade. “Remuneração” (direta ou indireta) significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor. “Gratuidade” significa que o consumidor não “paga”, logo, não sofre um *minus* em seu patrimônio. “Oneroso” é o serviço que onera o patrimônio do consumidor. O serviço de consumo (por exemplo, o transporte) é que deve ser “remunerado”; não se exige que o consumidor (por exemplo, o idoso destinatário final do transporte – artigo 230, §2º, da CF/1988) o tenha remunerado diretamente, isto é, que para ele seja “oneroso” o serviço; também não importa se o serviço é gratuito para o consumidor, pois nunca será “desinteressado” ou de “mera cortesia” se prestado no mercado de consumo pelos fornecedores que são remunerados (indiretamente) por este serviço. *Idem*.

V. 12. O MÉDICO NA QUALIDADE DE PRESTADOR DE SERVIÇOS

De acordo com o conceito de fornecedor de serviços acima estudado, não há dúvida de que as sociedades empresárias que atuam no exercício da atividade médica – hospitais, clínica de saúde e convênios médicos, devem ser considerados fornecedores de serviços, o que determina a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica estabelecida entre estes entes e o paciente. Isto porque exercem a atividade com finalidade lucrativa, detêm o domínio dos fatores de produção e poder econômico, de forma que o paciente, nesta relação, torna-se consumidor de um serviço prestado.

No entanto, o médico que atua como profissional liberal, embora também seja considerado fornecedor de serviço, possui um regime jurídico específico, haja vista o reconhecimento expresso pelo legislador de sua própria fragilidade quando desenvolve uma atividade por sua própria conta e risco, conforme estabelecido no §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que não detém o domínio da relação jurídica tal como as sociedades empresárias, de forma que não há tamanho desequilíbrio entre as partes capaz de justificar a adoção de todos os direitos e prerrogativas estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

V. 12.1 O médico como profissional liberal

Profissão é “qualquer das atividades especializadas, de caráter permanente, em que se desdobra o trabalho total realizado em uma sociedade”. Profissional liberal é o sujeito que “se caracteriza pela ausência de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício preponderantemente técnico e intelectual de conhecimentos”.¹³¹

Na conceituação de DE PLÁCIDO E SILVA:

“Profissão. Do latim *professio*, de *profiteri* (declarar) literalmente quer exprimir a *declaração* ou a manifestação de *modo de vida* ou o *gênero de trabalho* exercido pela pessoa. Exprime, pois, a *soma de atividades exercitadas* pela

¹³¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1985, p. 984. Em outro dicionário define o mesmo autor: “profissão liberal. Profissão de nível superior caracterizada pela inexistência de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício predominantemente técnico e intelectual de conhecimentos”(FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 1986, p. 1398).

pessoa para prover a própria subsistência e satisfazer os encargos, que pesam sobre si. É tomado no sentido equivalente de *ocupação*. E se aplica, igualmente, como *ofício* ou cargo, que se exerce, os quais, por sua vez, mostram a natureza da *profissão*. (...) *Profissão*. Em regra, o vocábulo traz consigo a idéia do exercício de um ofício, arte ou cargo, com *habitualidade*. Desse modo, a *continuidade* ou a *repetição dos atos*, que constituem o *gênero de trabalho*, do qual a pessoa se diz, ou se mostra perito, ou mestre, é que caracteriza a qualidade do *profissional* a respeito da atividade declarada. (...) No conceito *profissão*, pois, está integrado o sentido do *exercício*. E daí porque se diz que a profissão é um estado ou é uma *carreira*. A profissão tem a propriedade de dar uma *qualidade* ou um sinal característico ou de individuação à pessoa. E por isso se faz mister sua indicação quando se quer *identificar* alguém. (...) *Profissão liberal*. Pela adjetivação *liberal*, do latim *liberalis* de *líber* (livre), literalmente, assim se deve entender toda *profissão* que possa ser entendida *com autonomia*, isto é, livre de qualquer subordinação a um patrão ou chefe. Dessa forma, é a expressão usada para designar toda profissão, em regra de natureza intelectual, que se exerce fora de todo espírito especulativo, revelada pela *independência* ou *autonomia* do trabalhador que a exerce. Entretanto, dessa idéia, não se exclui a possibilidade de ser o *trabalhador liberal* ou *profissional liberal* suscetível de *contrato de trabalho*, em que se determine ou se evidencie uma *subordinação*, regulada e protegida por leis trabalhistas. Assim sendo, o caráter distintivo da profissão liberal está principalmente em ser uma profissão, cujo exercício depende de conhecimentos acadêmicos ou universitários ou cujo êxito decorre da maior ou menor capacidade intelectual do profissional. Nesta razão é que o exercício da profissão liberal, em geral, depende de exibição de um *título de habilitação*, expedido em forma legal, ou seja, da apresentação de *diploma*, *certificado*, ou *atestado* passado pelas escolas, academias, faculdades ou universidades, que provem ou mostrem a conclusão do curso, cuja profissão se deseja ou se quer exercer. *Profissional liberal*, pois, ou *profissão intelectual*, para desempenho da qual se faz mister a aplicação de conhecimentos científicos, têm significação equivalente. E não imposta para que comom tal se considere que o profissional a exerça com dependência ou não. São consideradas profissões liberais: a dos militares, a dos professores, a dos juristas, homens de letras, cientistas, a dos artistas, a dos advogados, a dos magistrados, a dos sacerdotes, a dos estadistas, a dos engenheiros, a dos arquitetos, a dos médicos, dentistas, parteiros, jornalistas, contadores, economistas”.¹³²

Segundo ROBERTO SENISE LISBOA, é profissional liberal a pessoa física que desempenha atividade remunerada em favor de outrem, sem manter perante aquele que o remunera qualquer vínculo de subordinação. Esclarece que, a partir das transformações socioeconômicas advindas da coletivização dos interesses e da massificação dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, tornou-se obrigatória uma nova concepção de profissional liberal, pois este passou a ser um agente de extrema importância para o auxílio dos interesses sociais.

¹³² DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. III, p. 469.

OSCAR IVAN PRUX expõe que, embora seja característica do profissional liberal o exercício de atividade livre de qualquer subordinação a um superior hierárquico, o fato de prestar serviços por conta própria, de forma autônoma, por si só, não é suficiente para classificar alguém como profissional liberal, pois existe uma referência para a sua caracterização, que se encontra marcada pela exigência de alguns requisitos, tais como: formação universitária, por seu labor ser predominantemente intelectual e realizado por conta do próprio profissional (sem subordinação hierárquica), feito dentro da área técnica em que ele é formado e, ainda, pela forma como o consumidor o escolhe, ou seja, com base na confiança estritamente pessoal (*intuitu personae*) que este tem na sua figura e, principalmente, na qualidade de seu trabalho.¹³³

De acordo com RIZZATO NUNES, são considerados profissionais liberais: advogados, médicos, dentista, contador, psicólogo, entre outros; podendo ser consideradas como características do trabalho profissional que o classifica: 1º) autonomia profissional, com decisões tomadas por conta própria, sem subordinação, prestação do serviço feita pessoalmente, pelo menos nos seus aspectos mais relevantes e principais; 2º) feitura de suas próprias regras de atendimento profissional, o que ele repassa ao cliente, tudo dentro do permitido pelas leis e em especial da legislação de sua categoria profissional.¹³⁴

Ao conceituar quem pode ser considerados um profissional liberal, RIZZATO NUNES estabelece algumas características, que não são estanques, e tece inúmeros comentários que serão abaixo reproduzidos de forma resumida:

Normalmente, o que caracteriza a relação jurídica estabelecida com um profissional liberal é a confiança, que somente é contratado em razão de sua postura, renome, ou seja, trata-se da intitulada relação “*intuitu personae*”. No entanto, RIZZATO NUNES afirma que, com o advento do capitalismo, é possível admitir-se como profissional liberal também aqueles que não preenchem este requisito, desde que haja outros fatores determinantes em sua atuação.

Verifica-se que a atividade desenvolvida pelo profissional liberal está fora do sistema típico de exploração das atividades no mercado de consumo. Na realidade, não só o profissional liberal, mas também, o pequeno produtor, o microempresário, o fabricante

¹³³ PRUX, Oscar Ivan. *A responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: editora Del Rey, 1998, p. 109.

¹³⁴ P. 211.

de produtos manufaturados. Ou seja, embora por meio da atividade seja possível obter lucro, não é esta o principal objetivo do profissional que atua como profissional liberal.

As atividades desenvolvidas pelo profissional liberal são consideradas “atividades de meio”, vale dizer: o profissional não assegura um fim, mas apenas um meio. Esclarece RIZZATO NUNES que isto ocorre não por que o profissional o deseje, mas porque não pode afirmar que irá obter determinado resultado, por exemplo, a cura de um paciente.

Desta forma, o profissional liberal não tem condições objetivas de garantir o fim do serviço. Explica RIZZATO NUNES: “não significa que o profissional não queira: ele até quer! – mas não pode”. Obviamente que existem atividades que podem ser exercidas pelo profissional liberal considerando-se atividade de fim, por exemplo, examinar um exame e dizer seu resultado.

Especificamente em relação ao médico como profissional liberal, esclarece-se que a obrigação médica deve orientar-se no sentido de prometer ao paciente competência, aptidão, boa-técnica, ou seja, a própria utilização da atividade médica para bem atendê-lo, com a finalidade de eliminar a doença ou atenuar as suas dores, mas sem assegurar-lhe a cura, pois esta nunca poderá ser afirmada com segurança, devido à ocorrência de fatores que podem alterar os resultados positivos de um tratamento, não podendo, assim, qualquer fato adverso ao pretendido ser considerado erro médico.

Verifica-se que o elenco de profissionais liberais não é estanque, visto que, a todo momento, surgem novas profissões e, dentro daquelas já existentes, nada impede que um profissional que preencha os requisitos acima descritos, especialmente com nível universitário, passe a atuar, dentro da área em que é formado, de forma autônoma, ou seja, liberal.¹³⁵

Desta forma, a definição de profissional liberal está diretamente relacionada com a natureza da prestação de serviço desenvolvida e não em decorrência de sua configuração legal como profissional autônomo, empregado ou pessoa jurídica prestadora de serviços, até porque, como é conhecido pelos aplicadores do direito, na área da saúde, muitas entidades hospitalares impõem aos médicos atuantes em suas dependências, a obrigatoriedade de constituição de uma pessoa jurídica, com a finalidade de elidir a caracterização de vínculo trabalhista, minimizando as contingências trabalhistas e fiscais.

¹³⁵ *Ibidem*

V.13. RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

O Código de Defesa do Consumidor aproximou o instituto da responsabilidade civil da realidade social, ou seja, da intitulada sociedade de consumo, acompanhando a evolução das efetivas necessidades da sociedade, uma vez que as relações de consumo caracterizam-se como as mais intensas e cotidianas relações jurídicas do homem em sociedade.

Isto porque, a aquisição de bens e serviços no mercado de consumo costuma ser afetada pela superveniência de vícios de qualidade e quantidade, sendo certo que o consumidor deve dispor de mecanismos para obter a reparação dos prejuízos que lhe sucederem em razão de defeitos que resultarem da relação de consumo.

Neste sentido, ZELMO DENARI afirma:

“Das relações de consumo, no entanto, o homem participa ativa e continuamente, com grande intensidade, desde que se levanta da cama, até a hora de dormir. De fato, faz parte do seu cotidiano enfrentar problemas de toda ordem, relacionados com o consumo de bens ou serviços, envolvendo desde a pasta de dente, o papel higiênico, a lâmina de barbear, os instrumentos de trabalho, as refeições, até a utilização dos transportes coletivos ou das vias públicas.”¹³⁶

Acompanhando a evolução social, o Código de Defesa do Consumidor revolucionou os enfoques tradicionais na esfera da responsabilidade civil.

Verifica-se que, no artigo 6º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor está estabelecido o princípio da reparação integral dos danos, segundo o qual o consumidor tem direito ao ressarcimento integral pelos prejuízos materiais e morais causados pelo fornecimento de produtos, pela prestação de serviços ou ainda pela informação que não foi adequadamente prestada.

Dispõe o referido dispositivo legal: “são direitos básicos do consumidor: (...) VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

Esta é a lógica dos artigos 12, 14, 18, 19 e 20 do Código de Defesa do Consumidor, por meio dos quais existe a previsão das perdas e danos nos casos de mau

¹³⁶ DENARI, Zelmo. *Revista do Advogado*, Dezembro de 2006, n. 89. AASP. 15 anos de Vigência do Código de Defesa do Consumidor.

fornecimento, má prestação ou deficiência de informações relacionadas com os produtos e/ou serviços.

É importante esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu como regra geral em matéria de responsabilidade a teoria da responsabilidade objetiva, expressamente disciplinada nos artigos 12 e 14, o que foi considerado um dos maiores avanços dentro do ordenamento jurídico brasileiro.¹³⁷

Sobre o assunto, importantes as afirmações de ZELMO DENARI:

“uma sociedade civil, cada vez mais reivindicante reclamava mecanismos normativos capazes de assegurar o ressarcimento dos danos, se necessário fosse, mediante sacrifício do pressuposto da culpa. A obrigação de indenizar sem culpa surgiu no bojo dessas idéias renovadoras por duas razões: 1) a consideração de que certas atividades do homem criam um risco especial para outros homens; e que 2) o exercício de determinados direitos deve implicar ressarcimento dos danos causados”.¹³⁸

No que tange aos eventuais prejuízos ocorridos, verifica-se que o consumidor tem direito à reparação de danos materiais, na modalidade danos emergentes, que são aqueles efetivamente suportados pelo prejudicado; como também aos lucros cessantes, caracterizados como a remuneração futura que tiver sido perdida em consequência do evento ocorrido. Em relação à mesma situação danosa, terá também direito o consumidor à reparação dos danos morais, ou seja, os que se encontram relacionados com a sua honra.

Focando apenas a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço de acordo com os artigos 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor, não há dúvida a respeito de qual teria sido a teoria adotada para tratar sobre responsabilidade civil.

Pela inteligência do Código de Defesa do Consumidor, haverá responsabilidade objetiva e solidária dos prestadores e fornecedores, com exceção da pessoa natural que age como profissional liberal na relação de consumo, pois, no caso de um fato do serviço, nos

¹³⁷ Brasil. Código de Defesa do Consumidor. Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990: “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores **por defeitos** decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”

§1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação; §2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. §3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

¹³⁸ DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 178.

termos do disposto no §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, o profissional responderá com base na teoria da responsabilidade subjetiva.

Verifica-se que são quatro as hipóteses de responsabilidade civil descritas no Código de Defesa do Consumidor: 1º) responsabilidade pelo vício do produto; 2º) responsabilidade pelo fato do produto (defeito); 3º) responsabilidade pelo vício do serviço e 4º) responsabilidade pelo fato do serviço (defeito).

Há vício no produto sempre que houver um problema oculto ou aparente no mesmo, tornando-o impróprio para consumo ou que seja capaz de diminuir-lhe o valor. Nesta hipótese, não há qualquer consequência de repercussão exterior ao produto, de maneira que não há que falar-se na reparação de danos materiais além do valor da coisa adquirida, pois o problema refere-se apenas ao produto, não rompendo os limites do mesmo.¹³⁹

Ao lado do vício do produto, o Código de Defesa do Consumidor prevê o fato do produto, que se refere a um problema que extrapola os limites da coisa, do qual há repercussão material e moral, além do simples valor do produto adquirido.¹⁴⁰

Constata-se que, tanto no que se refere ao vício do produto, quanto ao fato do produto, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a responsabilidade objetiva como regra geral, que determinou a responsabilidade pelos prejuízos resultantes de uma atividade pelo simples fato de ser fornecedor. Considerou que seria um dever legal de todos os fornecedores que ajudam a introduzir no mercado um produto (atividade de risco), reparar os danos que resultar da violação deste dever.

¹³⁹ FLAVIO TARTUCE afirma: “é interessante lembrar que os prazos para reclamar o vício do produto são decadenciais (art. 26 do CDC), começando a contar da entrega do bem (no caso de vício aparente) ou do conhecimento do defeito (se for o caso de um vício desconhecido ou oculto). Contrariando também a lógica do Código Civil, tais prazos podem sofrer uma suspensão especial, denominada pelo art. 26, §2º do CDC como uma oblação. Assim sendo, oblam o prazo decadencial: a) a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor ao fornecedor, até a respectiva resposta, o que deve ocorrer de forma inequívoca; b) a instauração do inquérito civil pelo Ministério Público até o seu encerramento. Dentro dos prazos previstos (30 dias para bens não duráveis e 90 dias para bens duráveis), poderá o consumidor, segundo previsão dos artigos 18 e 19 do CDC, pleitear, segundo sua livre escolha: a) o abatimento proporcional do preço; b) a complementação do peso ou medida; c) a substituição do produto com problema por outro de mesmo modelo ou marca; ou d) a resolução do negócio, com a devolução da quantia paga, atualizada monetariamente, sem prejuízo das eventuais perdas e danos”. (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, vol. 02, editora Método, 2007, p. 382).

¹⁴⁰ O prazo para consumidor pleitear indenização material ou moral decorrente de fato do produto é de cinco anos, contados da ocorrência do evento danoso ou do conhecimento de sua autoria (art. 27 da Lei 8.078/1990), prazo superior ao previsto no Código Civil para o caso de reparação civil de qualquer natureza (três anos – art. 206, §3º, V do CC).

Deve-se ressaltar que não se deve pensar que é suficiente a existência de um resultado lesivo que decorra de um produto, ou seja, não basta haver nexo de causalidade entre o dano e o produto, é necessário que haja um defeito, pois se este não existir, não haverá obrigação de reparar para o fornecedor, arcando este, porém, com o ônus da prova da inexistência do defeito de seu produto.

No tocante à responsabilidade, outra não poderia ter sido a escolha do legislador não fosse a responsabilidade objetiva, que tem como base o risco do negócio e se diferencia da responsabilidade subjetiva, em que o ônus da prova incumbe à vítima, autora da ação, ao passo que, na responsabilidade objetiva, a vítima é dispensada deste ônus, ou porque a culpa é presumida, ou porque se trata de uma hipótese de responsabilidade independente de culpa.

Constata-se que, dentre os inúmeros direitos e prerrogativas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, possui maior relevância a teoria da responsabilidade objetiva, que foi estabelecida como regra geral na determinação da reparação dos danos decorrentes dos serviços prestados por aquele que preenche os requisitos da lei e que, assim, pode ser caracterizado como fornecedor de serviços.

De acordo com a teoria da responsabilidade objetiva, o fornecedor de serviços terá o dever de indenizar os prejuízos resultantes da prática da atividade de consumo, se o consumidor lesado apenas efetuar a comprovação do nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o resultado, sendo desnecessária a análise dos elementos subjetivos da conduta do fornecedor, ou seja, o dolo ou a culpa (imprudência, negligência e imperícia), regra que está atrelada apenas àqueles que prestam serviços na qualidade de sociedade empresária. Conforme já acima mencionado, no caso do exercício da atividade médica, a teoria da responsabilidade objetiva é aplicada aos hospitais, planos de saúde e clínicas médicas, e não ao médico que exerce a atividade na qualidade de profissional liberal.

Verifica-se ainda que o Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade solidária entre todos os envolvidos na relação de consumo quanto à indenização a ser paga no caso de ato ilícito, seja na esfera contratual, quanto na extracontratual. Neste sentido, o parágrafo único do artigo 7º do referido diploma legal: “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”; bem como no artigo 34, segundo o qual: “o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

Neste sentido, CLAUDIA LIMA MARQUES:

“O parágrafo único do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor traz a regra geral sobre a solidariedade da cadeia de fornecedores de produtos e serviços. Aqui a idéia geral é o direito ao ressarcimento da vítima-consumidor (art. 6º, VI, c/c art. 17 do CDC), uma vez que o microsistema do CDC geralmente impõe a responsabilidade objetiva ou independentemente de culpa (arts. 12, 13, 14, 18, 20 do CDC). O CDC permite assim a visualização da cadeia de fornecimento através da imposição de solidariedade entre os fornecedores. O CDC impõe a solidariedade em matéria de defeito do serviço (art. 14 do CDC) em contraponto aos arts. 12 e 13 do CDC, com responsabilidade objetiva imputada nominalmente a alguns agentes econômicos. Também nos arts. 18 e 20 a responsabilidade é imputada a toda a cadeia, não importando quem contratou com o consumidor. Segundo o parágrafo único do art. 7º, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo, disposição que vem repetida no art. 25, §1º.”¹⁴¹

Vale ressaltar que, no que se refere ao fornecimento de produtos, o artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor introduz um responsável subsidiário, o comerciante, na hipótese do fabricante, o construtor, o produtor ou importador não serem identificados; se o produto for fornecido sem a identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; bem como se ele próprio não tiver conservado adequadamente os produtos perecíveis.

O comerciante é considerado responsável subsidiário, uma vez que o parágrafo único do referido dispositivo legal dispõe que efetivado o pagamento ao prejudicado, o comerciante poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, de acordo com a participação de cada um na causação do evento.¹⁴²

O direito de regresso do fornecedor de produtos “não culpado” está assegurado pelo parágrafo único do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor, porém, cumpre-se ressaltar que não se admite a denúncia da lide.

Importante esclarecer que não há hipótese de responsabilidade subsidiária relacionada ao fornecimento de serviços, uma vez que os fornecedores de toda a cadeia de serviços são considerados solidariamente responsáveis, sem exceção e objetivamente.

Na hipótese do fornecimento de serviço, o tratamento legal é semelhante ao conferido aos produtos, havendo a mesma diferenciação prática entre vício do serviço, que

¹⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, RT, 2004. p. 223.

¹⁴² Também a este respeito, o artigo 942 do Código Civil: “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único: são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.”

trata de um problema exclusivo do serviço prestado, e fato do serviço, que resulta de um defeito, trazendo consequências materiais e morais que extrapolam o próprio serviço.

Exclusivamente em relação à prestação de serviços, o Código de Defesa do Consumidor dispôs no artigo 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.

§1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido.

§2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”¹⁴³

A responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva, independentemente de culpa e com base na existência de defeito, dano e nexo causal entre o dano ao consumidor ou a vítima e o defeito do serviço prestado no mercado brasileiro.

Havendo vício do serviço, possibilita-se ao consumidor escolher uma dentre as hipóteses estabelecidas no artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor: “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.”

No caso de fato ou defeito do serviço, será necessário apurar o valor material e moral do prejuízo que extrapola o valor pecuniário da prestação. Verifica-se que a responsabilidade do fornecedor de serviços pelo acidente de consumo é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa, a menos que ao agente causador do prejuízo seja profissional liberal, caso em a sua responsabilidade será subjetiva, nos termos do §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, única exceção do sistema do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o assunto CLÁUDIA MARQUES LIMA explana:

“a única exceção do sistema do CDC de responsabilidade objetiva é o §4º do artigo 14 do CDC, que privilegia os profissionais liberais, retornando ao sistema

¹⁴³ Brasil. Código de Defesa do Consumidor. Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990.

subjetivo de culpa. Relembre-se que este artigo apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, falhas na segurança deste, muito comum no caso de médicos, mas pouco comum no caso dos advogados. As falhas de adequação dos serviços dos profissionais continuam reguladas pelo art. 20 e seguintes 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 seja profissionais liberais.”¹⁴⁴

Logo, qualquer fornecedor de serviços, pessoa jurídica de direito público ou privado em princípio, responde objetivamente pelos danos sofridos pelo consumidor, ou seja, sem a comprovação de culpa, salvo o profissional liberal.

Desta forma, havendo defeito no produto ou na prestação de serviço, verifica-se que não é necessário comprovar a culpa (em sentido amplo) do fornecedor, pois deverá reparar o prejuízo independentemente da intenção de colocar no mercado produto ou prestar serviço defeituoso. Verifica-se que, nesta situação, a única forma de exonerar-se do dever de reparar o dano seria comprovar o resultado decorreu de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

A responsabilidade na prestação de serviço e conseqüente acidente de consumo danoso à segurança do consumidor é verdadeiro dever imperativo de qualidade que alcança todos aqueles que estão na cadeia de fornecimento, impondo solidariedade de todos os fornecedores da cadeia, inclusive aqueles que a organizam. Logo, no vício do serviço aplica-se a regra de solidariedade, entre todos os envolvidos com a prestação. Dessa forma, se um serviço contratado tiver sido mal prestado, responderão todos os envolvidos.

Ação de reparação de danos – plano de saúde – erro em tratamento odontológico... Ementa oficial: I – a empresa prestadora do plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para a ação indenizatória movida por filiado em face do erro verificado por dentista por ela credenciado, ressalvado o direito de regresso contra os profissionais responsáveis pelos danos materiais e morais causados...V – recurso especial não conhecido (STJ – 4ª T. – Resp 328.309/RJ – rel. Aldir Passarinho Junior – j. 08.10.2002 – RDC 49/216).

¹⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Op.cit., p. 289.

Os prazos para a reclamação de vício do serviço são decadenciais nos termos do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, sendo de 30 dias no caso de serviços não duráveis e de 90 dias para os serviços duráveis.¹⁴⁵

Constata-se que o Código de Defesa do Consumidor manteve da responsabilidade civil com base na teoria da culpa para os profissionais liberais, especialmente médicos, advogados, dentistas, etc., de forma que cabe ao profissional realizar todos os esforços e perícia técnica para realizar o que lhe é solicitado pelo cliente, ainda que não seja sua obrigação, por exemplo, no exercício da atividade médica, garantir a cura e a preservação do paciente.¹⁴⁶

¹⁴⁵ CLÁUDIA LIMA MARQUES esclarece: os critérios de fixação legais são: a facilidade de constatação do vício (vício aparente ou oculto), e a durabilidade ou não do produto ou serviço. Assim, o prazo de 30 dias será usado para produtos e serviços não duráveis, como os alimentos e refrigerantes comprados em um supermercado ou mercearia, e, em matéria de serviços, aqueles de organização de festas, fornecimento de informações pontual, de apresentação de um filme em cinema etc. Já o prazo de 90 dias é para produtos e serviços duráveis, tais como eletrodomésticos, veículos, terrenos, imóveis, etc., e, em matéria de serviços, serão duráveis os serviços que se renovam ou são cobrados a cada 30 dias, como serviços bancários, financeiros, de crédito, de fornecimento de informações, TV a cabo, etc. Note-se que, nos serviços e produtos duráveis, geralmente o vício não é aparente, mas oculto, contando-se o prazo neste caso, *ex vi* art. 26, §3º, do “momento em que ficar evidenciado o defeito”. (MARQUES, Cláudia Lima. Op.cit., 419).

¹⁴⁶ Sobre o tema, OSCAR IVAN PRUX: “a sociedade brasileira tem para contar uma longa história de consumidores lesados por serviços mal prestados. Consumidores que perderam o serviço que pagaram e que, a par das seqüelas que muitas vezes tiveram para carregar junto com seu dano, ainda foram condenados a suportar o custo marginal de, ao buscar a reparação, ter de litigar em condições injustamente desfavoráveis, demoradas e custosas. Em juízo, muitos deles viram a verdade real ser ofuscada pela verdade declarada nos processos, na medida em que, tendo a prova fundamental que provir, normalmente, de um laudo pericial elaborado por um colega de profissão do infrator, acaba o consumidor sem prova alguma, ante a força do corporativismo protetor, imperante entre muitos profissionais. E sem prova da culpa, nenhuma reparação. Mas não só as vítimas diretas foram prejudicadas. A sociedade toda perdeu indiretamente. Sob o escudo da impunidade, fruto do binômio responsabilidade subjetiva/corporativismo, se os maus profissionais não proliferaram, pelo menos se mantiveram lesando seus clientes, prejudicando seus colegas bons profissionais, atribulando o mercado e dificultando a prestação jurisdicional justa. (...) Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, eram legítimas as expectativas de que ele trouxesse inovações que equacionassem de forma mas útil a solução do problema, considerando fundados reclamos sociais que até já perderam o caráter de novidade. Ao que se sabe por comentários, elas foram cogitadas nos estudos iniciais e nas discussões quando em fase de projeto, mas acabaram não vingando. Como todo o Código foi muito questionado, os embates com ponderações de todos os setores interessados, acabaram levando a um texto final que tem merecido muitos elogios da comunidade jurídica nacional e até internacional. No tocante à responsabilidade civil do profissional liberal, todavia, o apego ao tradicional, mesmo que já inadequado para as legítimas exigências de nossos tempos, acabou por frustrar, em alguma medida, certas expectativas sociais muito importantes. Um texto com nova visão e uma abordagem mais apropriada seria bem-vindo, mas isso não aconteceu. Aprovado o Código com a redação que conhecemos, é evidente que, na prática, a questão não se estabilizou, pois com um texto tradicional e uma realidade factual cada vez mais exigente, persiste sua atualidade e intensidade. Cremos estarem equivocados aqueles que pensaram, e ainda pensam, que a questão da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais se pacificou na excepcional ressalva feita em resguardo contra uma das características maiores do Código, que é a responsabilidade objetiva. Ao analisarmos o texto legal, combinado com certas concepções doutrinárias e jurisprudenciais modernas, quer nos parecer que, salvo melhor juízo, o problema não se encerra e nem se satisfaz em solução tão simplista, principalmente se usarmos como pano de fundo a realidade e as exigências sociais.” PRUX, Oscar Ivan. *A responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: editora Del Rey, 1998, p. 187.

V. 14. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO COMO PROFISSIONAL LIBERAL

Como já afirmado, de acordo com a legislação de consumo, para a reparação dos danos, aplica-se ao fornecedor de serviços a teoria da responsabilidade objetiva, ou seja, que tem como pressuposto o risco do desenvolvimento da atividade.

No entanto, o Código de Defesa do Consumidor excepciona o princípio da objetivação da responsabilidade civil por danos na hipótese do exercício de atividades por profissionais liberais, estabelecendo a necessidade da verificação de culpa nestas hipóteses, haja vista a natureza “*intuitu personae*” do contrato efetuado, nos termos do §4º do artigo 14.¹⁴⁷

O médico é tratado no Código de Defesa do Consumidor como profissional liberal, de forma que sua responsabilidade será apurada mediante a verificação da sua conduta. Trata-se de uma exceção à regra geral da responsabilidade objetiva tratada no Código de Defesa do Consumidor, que também está disposta no artigo 951 do Código Civil vigente.

Vale ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor manteve o que já previa o Código Civil de 1916 (art. 1.545), que corresponde ao artigo 951 do Código Civil.

Não há como negar que o médico pode ser classificado como um profissional liberal, especialmente porque possui independência técnica e funcional no exercício de sua atividade. Neste sentido, o estatuto da Confederação Nacional dos Profissionais Liberais (CNPL), em seu artigo 1º, parágrafo único, define profissional liberal: “é aquele legalmente habilitado à prestação de serviços de natureza técnico-científica de cunho profissional com a liberdade de execução que lhe é assegurada pelos princípios normativos de sua profissão, independentemente de vínculo da prestação de serviços”.

Verifica-se que, na hipótese dos médicos constituírem pessoas jurídicas, a aplicabilidade do §4º do artigo 14 toma rumo diverso. Neste sentido ANTONIO HERMAN

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini (et. al.), Op. cit., p. 116.

VASCONCELOS E BENJAMIN deixa claro que as pessoas jurídicas formadas por médicos perdem o privilégio, devendo ser tratadas como fornecedores normais.¹⁴⁸

RIZZATO NUNES tem opinião diversa, pois afirma que se o médico constituir-se em pessoa jurídica não perde o privilégio legal disposto no §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, desde que ele continue a desenvolver atividade compatível com a de um profissional liberal. Sendo assim, de acordo com o entendimento deste autor, o médico com ou sem vínculo empregatício pode ser considerado profissional liberal.

Verifica-se que o objetivo do Código de Defesa do Consumidor foi resguardar o profissional liberal que realiza seu trabalho por conta e risco próprios, de maneira que toda a imputação formulada deverá ser demonstrada sob pena de não gerar a obrigação de indenizar.

Desta forma, trata-se de uma situação bastante particular, pois, apesar de estar configurada a prestação de um serviço médico, não devem ser aplicadas, em nenhuma hipótese, as prerrogativas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor ao exercício desta atividade, mas sim apenas o Código Civil.

Esclarece-se que este assunto é bastante discutido, pois a doutrina é divergente a respeito da natureza jurídica da relação estabelecida entre o médico e o paciente, sendo para alguns um contrato de prestação de serviços, e para outros um contrato *sui generis*, tendo em vista que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, mas sim de aconselhamento, guarda e proteção, inclusive.

No entanto, na prática habitual, tanto no que se refere à posição majoritária da jurisprudência, como também da doutrina atual, conclusão que pôde ser obtida a partir da análise efetuada em processos judiciais por alegado erro médico, por meio dos quais se verificou que, mesmo aplicando-se a teoria da responsabilidade subjetiva aos profissionais liberais, em conformidade com as regras do Código Civil, de acordo com o estabelecido no §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, os demais direitos estabelecidos na legislação de consumo continuaram a ser simultaneamente aplicados, de maneira que, o fundamento jurídico, de forma majoritária, passou a ser o Código Civil, no que se refere ao direito material utilizado na fundamentação do pedido, como também o Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que tange às prerrogativas de facilitação ao acesso à

¹⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts 1º a 74, aspectos materiais. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 249.

justiça, tais como: a inversão do ônus da prova, a possibilidade de ajuizamento da ação no foro de domicílio do autor, a gratuidade da assistência judiciária e a solidariedade no pólo passivo entre os diversos agentes que atuaram na prática do ato.

Esta situação não pode ser admitida, haja vista que o profissional liberal, no exercício de suas atividades, não pode ser caracterizado como legítimo fornecedor de serviços, de forma que a aplicação das prerrogativas do Código de Defesa do Consumidor, nesta hipótese, constitui uma verdadeira ofensa ao princípio da igualdade, haja vista o desequilíbrio que se verifica entre as partes do processo com a adoção dos privilégios de facilitação do acesso à justiça ao consumidor em detrimento do médico.

Vale ressaltar que esta exceção contida no §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor deve ser considerada um fato isolado específico às hipóteses em que se estabelece uma obrigação de meio. Trata-se de uma situação em que sem demonstração de culpa do profissional não existe responsabilização.¹⁴⁹

É necessário esclarecer ainda que, havendo obrigação de meio, resultante ou não de um contrato firmado entre as partes, devem ser respeitados todos os critérios estabelecidos pela teoria subjetiva, ou seja, requerendo a demonstração da culpa do profissional liberal, respeitado o §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Quando a obrigação for de resultado, a culpa será sempre presumida, pois o profissional não atingiu o resultado ao qual se comprometeu no contrato, razão pela qual não será necessária a comprovação de culpa pelo autor da demanda, mas apenas do não

¹⁴⁹Segundo MARIA HELENA DINIZ: "obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão-somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão-somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final. Havendo inadimplemento dessa obrigação, é imprescindível a análise do comportamento do devedor, para verificar se ele deverá ou não ser responsabilizado pelo evento, de modo que cumprirá ao credor demonstrar ou provar que o resultado colimado não foi atingido porque o obrigado não empregou a diligência e a prudência a que se encontrava adstrito (AJ, 104:233). Isto é assim porque nessa relação obrigacional o devedor apenas esta obrigado a fazer o que estiver ao seu alcance para conseguir a meta pretendida pelo credor; logo, liberado estará da obrigação se agiu com prudência, diligência e escrúpulo, independentemente da consecução efetiva do resultado. (...) A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só se considerará adimplida com a efetiva produção do resultado colimado. Ter-se-á a execução dessa relação obrigacional quando o devedor cumprir o objetivo final. Como essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor, já que basta que o resultado não seja atingido para que o credor seja indenizado pelo obrigado, que só se isentará de responsabilidade se provar que não agiu culposamente." (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, v. 2, p. 162 e 163).

cumprimento da avença, ocasião em que não será aplicável o §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, nesta hipótese, o profissional deverá responder sem contar com os privilégios da teoria da culpa, de forma que, se o serviço prestado difere do combinado, ou é de qualidade que o torne inadequado ao fim a que se destina, ou se tem seu valor diminuído em prejuízo do consumidor em razão da falta de qualidade, segundo a lei, deve o profissional liberal ser responsabilizado tal como os demais fornecedores, pelo critério subjetivo, porém com presunção de culpa do fornecedor.

A este respeito, afirma OSCAR IVAN PRUX:

“persistem em grande número as situações em que o profissional não pode garantir o resultado que o cliente almeja, como, por exemplo, no caso de atendimento à pessoa acidentada, no qual, pelas condições de emergência, o médico não pode garantir o sucesso da operação cirúrgica que fizer, pois trata-se de conjuntura aflitiva e emergencial, em que o objetivo de salvar o paciente, impõe condutas rápidas e que nem sempre permitem sequer uma avaliação mais zelosa do quadro clínico existente. É importante frisar ainda que, mesmo em situações não emergenciais e embora havendo todo o zelo na prática do serviço por parte do profissional, mesmo assim, muitas vezes as deficiências da técnica existente, retiram do executor do serviço a possibilidade de garantir o resultado de seu trabalho. Para essas típicas obrigações de meio – porém apenas para elas – deve ser preservado o sistema baseado na responsabilidade fundada na culpa”.¹⁵⁰

ZELMO DENARI esclarece que esta diversidade de tratamento contida no §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor para os profissionais liberais decorre da natureza “intuitu personae” dos serviços por eles prestados. Afirma o autor: “de fato, os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes”.¹⁵¹

Não é diferente a posição de CLÁUDIA LIMA MARQUES: “aqui privilegiado não é o tipo de serviço, mas a pessoa (física) do profissional liberal”.¹⁵²

Deve-se ter em mente que o Código de Defesa do Consumidor foi bem claro ao dizer que a exceção só abrange a *responsabilidade pessoal* do profissional liberal, não

¹⁵⁰ PRUX, Oscar Ivan. Op.cit., p. 204.

¹⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 176.

¹⁵² MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit, 289.

favorecendo, portanto, a pessoa jurídica na qual ele trabalhe como empregado ou faça parte da sociedade.¹⁵³

Não há como negar que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei que traz inúmeros benefícios, cujo propósito é equilibrar a relação jurídica estabelecida entre aquele que é considerado parte vulnerável, ou seja, o consumidor, em detrimento do fornecedor de serviços, que detém o domínio dos fatores de produção e poder econômico, para que seja efetivado o princípio da igualdade real.

No entanto, no que se refere à Medicina, o Código de Defesa do Consumidor somente pode ser utilizado como fundamento legal para disciplinar as relações jurídicas em que o exercício da atividade médica dá-se por sociedades empresárias, em que há legítima finalidade lucrativa, ou seja, por hospitais, clínicas e planos de saúde, pois são verdadeiros fornecedores de serviços.

Isto porque, o próprio Código de Defesa do Consumidor reconheceu expressamente que, nesta hipótese, não há falar-se em desequilíbrio entre as partes da relação jurídica, já que não existe um legítimo fornecedor de serviços, uma vez que também o profissional liberal pode ser considerado hipossuficiente no exercício de uma atividade por sua própria conta e risco, de forma que, nos termos do §4º do artigo 14 deste diploma legal, deve ser aplicado o Código Civil, determinando-se a responsabilidade mediante a comprovação de culpa.

Verifica-se que a responsabilidade descrita no §4º, art. 14 do Código de Defesa do Consumidor é relativa a atuação autônoma, não como parte de empresa ou sociedade. Assim, o dispositivo do Código de Proteção e Defesa do Consumidor não abrange um

¹⁵³ Nelson Nery Junior sobre “profissionais liberais: a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é subjetiva, fundada na culpa (art. 14, §4º), para cuja verificação incide o princípio do maior favor ao consumidor, que é o da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII). Como regra geral do CDC é a da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, foi preciso que a norma do art. 14, §4º, mencionasse expressamente a exceção, qual seja, de a responsabilidade pessoal do profissional liberal ser investigada a título de culpa, sendo esta subjetiva, portanto. Entenda-se aqui por profissional liberal aquele escolhido pelo consumidor *intuitu personae*, isto é, para cuja escolha foram relevantes os elementos confiança e competência acreditados pelo cliente. Quando o profissional liberal integra a pessoa jurídica ou presta serviços a pessoas jurídicas, a responsabilidade é destas e objetiva, já que não se pode falar, nestes casos, em responsabilidade *pessoal*, como mencionada na norma do art. 14, §4º do CDC. *Deve ser feita a distinção, ainda entre obrigação de meio e as de resultado*, para que se caracterize perfeitamente a responsabilidade do profissional liberal. *Quando a obrigação do profissional liberal*, ainda que escolhido *intuitu personae* pelo consumidor, for de resultado, sua responsabilidade pelo acidente de consumo ou vício de serviço é objetiva. Ao revés, quando se tratar de obrigação de meio, aplica-se o §4º do art. 14 do CDC em sua inteireza, devendo ser examinada a responsabilidade do profissional liberal sob a teoria da culpa. De todo modo, nas ações de indenização movidas em face do profissional liberal, quer se trate de obrigação de meio ou de resultado (objetiva e subjetiva), é possível haver a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6º, VIII do Código”. (NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 256).

hospital ou clínica médica, por exemplo, incidindo na regra geral, a qual determina a responsabilidade objetiva.

Logo, a responsabilidade médica do profissional liberal, embora contratual, é subjetiva e com culpa comprovada, ressalvada a hipótese de obrigação de resultado, conforme já mencionado. Verifica-se que o legislador fez a opção de responsabilização mediante culpa do profissional liberal, inclusive para proteger pessoas que na maioria das vezes também se encontram em posição de hipossuficiência no mercado.

CAPÍTULO VI

APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS AÇÕES JUDICIAIS POR ALEGADO ERRO MÉDICO E A FACILITAÇÃO DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO.

V.I. 1. NOÇÕES GERAIS DA DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO

A partir das transformações ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro na década de 1980, especialmente no que se refere à legislação processual, foi necessário ampliar o modo de proteção dos direitos dos consumidores, sobretudo do ponto de vista da real efetivação destes direitos.

Não foi suficiente a edição da Lei da ação civil pública – Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. O Código de Defesa do Consumidor precisou dispor de forma específica sobre a tutela da “defesa do consumidor em juízo”, reconhecendo a vulnerabilidade de uma parte da relação jurídica com o propósito de equilibrá-la, fazendo-o a partir da concessão de privilégios para efetivar a proteção do consumidor. Estas prerrogativas foram traduzidas pelo legislador por meio da criação de mecanismos que garantissem a soberania e a aplicabilidade das decisões judiciais, bem como para a facilitação do acesso à justiça.¹

¹ ADA PELEGRINI GRINOVER esclarece: “mais pragmático, o Direito Processual brasileiro partiu dos exercícios teóricos da doutrina italiana dos anos 70, para construir um sistema de tutela jurisdicional dos interesses difusos que fosse imediatamente operativo. Em 1981, a Lei Ambiental n.º 6.938 estabeleceu a legitimação do Ministério Público às ações de responsabilidade penal e civil (sendo esta reconhecida como de natureza objetiva) pelos danos provocados ao ambiente. E, desde 1977, uma reforma à lei da ação popular constitucional, de 1965, considerada ‘patrimônio público’ os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico. Diversas ações populares em defesa de interesses difusos ligados ao meio ambiente foram ajuizadas, enquanto o dispositivo legal da lei ambiental permanecia no papel, dada a falta de resposta processual a questões relevantes, como o regime da coisa julgada ou os controles sobre o exercício de ação. Mas a ação popular não tinha condições de cobrir o amplo espectro da tutela dos interesses difusos, nem mesmo pelo que respeitava ao meio ambiente, uma vez que seu exercício ainda permanecia subordinado a uma ilegalidade proveniente da conduta comissiva ou omissiva do Poder Público, enquanto a ameaça ou violação dos interesses difusos frequentemente provinha de ações privadas. Por outro lado, a legitimação, atribuída exclusivamente ao cidadão, excluía os corpos intermediários, mais fortes e preparados do que o indivíduo à luta contra ameaças ou lesões ambientais. Veio assim à luz, em 1985, a Lei 7.347 sobre a denominada ação civil pública, destinada à tutela do ambiente e do consumidor, na dimensão dos bens indivisivelmente considerados e, conseqüentemente, dos interesses difusos propriamente ditos. A Constituição de 1988, depois, sublinhou em diversos dispositivos a importância dos interesses coletivos: em primeiro lugar, elevando em nível constitucional a defesa de todos os interesses difusos e coletivos, sem limitações quanto à matéria, como função institucional do Ministério Público – extremamente autônomo e independente no Brasil –, mas permitindo à lei ampliação da legitimação ativa (art. 129, III e §1º); referindo-

De acordo com ADA PELLEGRINI GRINOVER, a preocupação do legislador em estabelecer regras processuais próprias para a defesa do consumidor foi dar efetividade ao processo e facilitar seu acesso à justiça, conforme suas afirmações:

“isso demandava, de um lado, o fortalecimento da posição do consumidor em juízo – até agora pulverizada, isolada, enfraquecida perante a parte contrária que não é, como ele, um litigante meramente eventual – postulando um novo enfoque da *par condicio* e do equilíbrio das partes, que não fossem garantidos no plano meramente formal; e, de outro lado, exigia a criação de novas técnicas que, ampliando o arsenal de ações coletivas previstas pelo ordenamento, realmente representassem a desobstrução do acesso à justiça e o tratamento coletivo de pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução. Isso tudo, sem jamais olvidar as garantias do ‘devido processo legal’”.²

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO explica que a mecânica do Código de Defesa do Consumidor foi definida tendo em conta que o legislador ordinário recebeu o encargo de viabilizar, processualmente, a tutela do consumidor em juízo, partindo do estabelecido na Constituição Federal, onde a defesa do consumidor ficou inserida dentre os *deveres do Estado* (art. 5º, XXXII), elencada, outrossim, dentre os “princípios gerais da atividade econômica” (art. 170, V), tendo o constituinte fixado prazo de cento e vinte dias para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do ADCT).

No entanto, na opinião do autor, constata-se que muitas das prerrogativas conferidas pela legislação de consumo não são utilizadas pelos consumidores da forma como se esperava. Parece não ter ficado tão claro como funciona o sistema processual do Código de Defesa do Consumidor e as consequências de sua aplicação em confronto com as regras constantes no Código de Processo Civil.

Embora esteja expresso no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em

se, depois, à representação judicial e extrajudicial das entidades associativas para a defesa de seus próprios membros (art. 5º, XXI); criando o mandado de segurança coletivo, com a legitimação dos partidos políticos, dos sindicatos e das associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5º, LXX); e ainda destacando a função dos sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais das categorias (art. 8º, III) e salientando a legitimação ativa dos índios e de suas comunidades e organizações para a defesa de seus interesses ou direitos (art. 232). E, finalmente, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) veio coroar o trabalho legislativo, ampliando o âmbito de incidência da Lei da Ação Civil Pública, ao determinar sua aplicação a todos os interesses difusos e coletivos, e criando uma nova categoria de direitos ou interesses, individuais por natureza e tradicionalmente tratados apenas a título pessoal, mas conduzíveis coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum, que denominou direitos individuais homogêneos”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, in *A marcha do processo*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, os. 17-23.

² *Ibidem*, p. 788.

juízo individualmente ou a título coletivo” – ou seja, sobre a existência de mecanismos a serem exercidos pelos consumidores individualmente na tutela de seus interesses – ainda há dificuldade dos consumidores em compreender qual o modelo processual adequado a ser aplicado para a sua defesa, ou seja, se a hipótese trata de ação coletiva ou individual, e quais são as prerrogativas que facilitam o seu acesso à justiça.

Frise-se que a defesa coletiva do consumidor em juízo, apesar de ser muito mais divulgada e discutida entre os doutrinadores, em nada impede, obstaculiza ou prejudica a tutela individual dos direitos e interesses dos consumidores.

Neste sentido, as afirmações de KAZUO WATANABE:

“Todavia, essa preocupação pelas demandas coletivas de forma alguma significa desprezo pelas ações individuais. Teve o legislador nítida noção da elevada importância da solução dos conflitos individuais, que no dia-a-dia das relações de consumo constituirão, certamente, a maioria, tanto que deixou sublinhada, no artigo 5º, IV, do Código, a relevância da criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas, como um dos instrumentos de execução de Política Nacional das Relações de Consumo. Às demandas individuais, expressamente mencionadas no *caput* do art. 81, se aplicam as disposições do Código de Processo Civil (art. 90), além das normas especiais contidas no Código, de sorte que a seu respeito não se impunha uma disciplina mais pormenorizada”.³

Vale ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor indica a maneira pela qual se dará a interação entre as ações coletivas e individuais, a par de esclarecer que o Código de Processo Civil e a Lei da Ação Civil Pública são de aplicação subsidiária nos casos em que for omissa a legislação consumerista, nos termos do artigo 90, segundo o qual “aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.⁴

³ GRINOVER, Ada Pellegrine (et. al.), op.cit., p. 730.

⁴ Afirmo RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: “em várias passagens, o CDC atesta o antes afirmado: a) admite expressamente que a tutela judicial do consumidor pode ser pleiteada em nível individual ou coletivo (artigo 81, *caput*); b) prioriza o ressarcimento aos prejuízos individualmente sofridos, no confronto com o ressarcimento pelo dano coletivamente causado (art. 99, parágrafo único); c) estabelece que a coisa julgada formada nas ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos, quando a decisão tenha sido favorável aos consumidores, pode estender-se *in utilibus* – às ações por danos individualmente sofridos (art. 81 e incisos, c/c os arts. 103, §§3º e 4º, e 104); d) na hipótese de *improcedência* da ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, esclarece que não haverá óbice processual a que sejam intentadas ações individuais por parte daqueles que, naturalmente, não tenham integrado ação coletiva (art. 103, §2º); e) esclarece que não apenas as ações fundadas no CDC, mas também a ação civil pública da Lei n. 7.347/85 e, enfim, “todas as espécies de ações” são admissíveis para “a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código” (art. 83); f) estabelece, principalmente, um sistema processual integrado e completo para a tutela do consumidor, quando, de um lado, coloca o CPC e a Lei n. 7.347/85, no cabível, o sistema processual constante do Título III do CDC (art. 117, que acrescenta um artigo 21 àquela lei); por fim, quando enseja a tutela judicial de todo o universo coletivo, na medida em que torna jurisdicionável “qualquer outro

Não é diferente a opinião de KAZUO WATANABE a respeito do tema ao afirmar: “o Código de Processo Civil é o nosso ordenamento processual de caráter geral, de sorte que sua aplicação, nos aspectos em que o Código não tem qualquer disposição específica e nem contrarie seu espírito, é solução imperiosa”.⁵

Para KAZUO WATANABE, a introdução de normas específicas para regular a tutela judiciária dos direitos e interesses dos consumidores põem à mostra a preocupação do legislador pela instrumentalidade substancial e pela maior efetividade do processo de defesa do consumidor, bem como pela sua adequação à nova realidade sócio-econômica que marca os tempos atuais, cuja principal característica é a existência de uma economia de massa.⁶

Verifica-se que a expectativa de KAZUO WATANABE é a de que o acesso à justiça e os correspondentes instrumentos processuais sejam importantes mais pela sua potencialidade de uso, do que pela sua efetiva utilização.⁷

Afirma o autor:

“a só existência de mecanismos processuais mais eficazes e mais ajustados à natureza dos conflitos a serem solvidos deverá fazer com que, juntamente com o conjunto de medidas antes enumeradas, a nova mentalidade tão almejada seja efetivamente uma realidade, fazendo com que, ao invés do paternalismo do Estado, tenhamos uma sociedade civil mais bem estruturada, mais consciente e mais participativa, enfim, uma sociedade em que os mecanismos informais e não oficiais de solução de conflitos de interesses sejam mais atuantes e eficazes do que os meios formais e oficiais.”⁸

interesse difuso ou coletivo”(art. 110, que acrescenta um inciso IV ao artigo 1º da Lei n. 7.347/85). MANCUSO, Rodolfo de Carmargo. *Manual do Consumidor em juízo*, São Paulo: Edição Saraiva, 2ª edição, p. 2.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini (et.al.). Op.cit., p. 873.

⁶ KAZUO WATANABE ensina: “são considerados objetivos do Código de Defesa do Consumidor: controle de qualidade e de segurança dos produtos e serviços pelos próprios fornecedores, maior educação e informação dos fornecedores, e consumidores quanto aos seus direitos e deveres, coibição e repressão mais eficazes, em nível administrativo e criminal, de todas as formas de abuso, fortalecimento dos consumidores pela criação e desenvolvimento de associações representativas, organização dos mecanismos alternativos, oficiais e privados, de solução de conflitos de consumo (art. 4º e incisos) são algumas formas de providências objetivadas pelo legislador para que haja maior harmonia entre os atores que participam das relações de consumo”. (*Ibidem*, p. 723)

⁷ Afirma o autor que tais normas são severas e mais apropriadas para regular a relação de consumo, porém, embora já exista uma lei, para sejam atingidos os fins almejados, é necessário que a própria sociedade, principalmente através dos atores da relação de consumo – que são os consumidores e fornecedores, de um lado e o Estado, por meio de seus órgãos e entidades autárquicas e paraestatais, de outro – compreendam, aceitem e efetivamente ponham em prática os objetivos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido, declara o autor: “nada adiantará tudo isso, porém, sem que uma ‘nova mentalidade’ se forme e através dela se construa uma sociedade menos individualista e egoísta, mais participativa e solidária. (*Ibidem*, p. 723).

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al), Op.cit., p. 723.

VI.1.1 A disposição das normas de proteção processual no Código de Defesa do Consumidor.

Pela análise do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que as normas de proteção processual do consumidor estão dispostas em quatro capítulos, sendo o primeiro capítulo relativo aos aspectos gerais da proteção do consumidor em juízo; o segundo, às ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos; o terceiro, às ações específicas de responsabilidade civil do fornecedor para, por fim, o quarto versar sobre a coisa julgada.⁹

No campo das ações individuais, objeto da presente pesquisa, a lei opera por intermédio de diversas normas protetivas do consumidor com o propósito de facilitar seu acesso à justiça, por exemplo: a possibilidade de determinação da competência pelo domicílio do consumidor autor (art. 101, I); a vedação da denunciação da lide e um novo tipo de chamamento ao processo em hipóteses específicas (art. 88 e 101, II); a previsão de adequada e efetiva tutela jurisdicional por intermédio de toda e qualquer ação (art. 83); uma nova configuração das ações que tenham por objeto obrigações de fazer ou não fazer (art. 84); a extensão subjetiva da coisa julgada apenas para beneficiar as pretensões individuais (art. 103), etc.

Vale ressaltar ainda a existência de outras regras espalhadas pelo Código de Defesa do Consumidor como a possibilidade da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), a implementação dos juizados de pequenas causas (art. 5º, IV), a assistência jurídica integral e gratuita em favor do consumidor carente (art. 5º, I), o *habeas data* em favor do consumidor (art. 43, §4º).

Frise-se que o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor é claro ao mencionar que o sistema de tutela de interesses e direitos do Código é aplicável não somente aos consumidores, mas também às vítimas de danos. Não poderia ter previsto de forma diversa, haja vista o estabelecido no artigo 17 do mesmo diploma legal que dispõe expressamente que se equiparam “aos consumidores todas as vítimas do evento”.

Verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor, além das prerrogativas de facilitação do acesso à justiça, acima mencionadas, também possibilita ao juiz agir em

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 511.

garantia da eficácia do provimento jurisdicional por meio de algumas condutas como: a concessão da tutela liminarmente caso constate ser relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final (§3º do artigo 84); determinar medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial (§5º do art. 84); impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito (§4º do artigo 84); bem como a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando, a seu critério, “for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência” (inciso VIII do art. 6º).¹⁰

A justificativa para estas inovações é a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor, especialmente no que tange ao aspecto processual da tutela do consumidor.

Conforme já afirmado inúmeras vezes neste trabalho, na tentativa de equiparar consumidor e fornecedor, é que o legislador instituiu algumas destas medidas. Isto sucede para que se torne efetivo, e não apenas formal ou virtual, o que o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor considera direito básico do consumidor, a saber “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (inciso VI do artigo 6º).¹¹

¹⁰ Brasil. Código de Defesa do Consumidor. Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990. Art. 84 – na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. §1º a conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente; §2º a indenização por perdas e danos se dará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil); §3º sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento jurisdicional, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu; §4º o juiz poderá, na hipótese do §3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito; §5º para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

¹¹ Sobre os poderes concedidos ao juiz pelo legislador, KAZUO WATANABE estabelece: “os juízes deverão estar muito bem preparados, com a reciclagem permanente de seus conhecimentos jurídicos e de outras áreas do saber humano e com a perfeita aderência à realidade sócio-econômico-política em que se encontram inseridos, de tal modo que os direitos dos consumidores consagrados no Código sejam efetivamente tutelados, mas sem perder de vista a necessidade de ‘compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica’ (artigo 170 da Constituição Federal), como às explícitas dispõe o artigo 4º, III do Código de Defesa do Consumidor”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Op.cit., p. 773).

VI.2. MECANISMOS FACILITADORES DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO RECORRENTES EM AÇÕES JUDICIAS POR ALEGADOS ERROS MÉDICOS.

A facilitação da defesa dos direitos é um princípio informativo das relações de consumo do qual resultam alguns privilégios, dentre os quais serão estudados: foro e juízo competentes, inversão do ônus da prova, litisconsórcio passivo e assistência judiciária.

VI. 2.1. Foro e juízos competentes

O foro do domicílio do autor é uma regra que beneficia o consumidor com o propósito de facilitar o acesso aos órgãos judiciários. É uma opção dada pelo legislador ao consumidor, que dela poderá abrir mão para, em benefício do réu, eleger a regra geral estabelecida pelo Código de Processo Civil, que é a do domicílio do demandado.

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART ensinam que a jurisdição deve ser considerada como a manifestação do poder do Estado, cujo objetivo deve ser estabelecido conforme seja o tipo de Estado e sua finalidade essencial, ou seja, apresentará fins sociais, políticos e propriamente jurídicos de acordo com a essência do Estado, cujo poder deva manifestar.¹²

Esclarecem que o Estado brasileiro é uma forma de democracia representativa, com institutos de participação direta dos cidadãos no poder de decisão do governo (democracia participativa; por exemplo, o referendo), bem como a partir da concessão de mecanismos que viabilizam essa participação por meio da jurisdição.

Para exercer o poder jurisdicional, o Estado necessita de vários juízes, juízos e tribunais principalmente em um país com a dimensão territorial do Brasil. À forma como o poder jurisdicional deve ser distribuído dá-se o nome de competência.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*, v. II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 37.

Para LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, competência nada mais é do que uma parcela da jurisdição que deve ser efetivamente exercida por um órgão ou um grupo de órgãos do Poder Judiciário.¹³

De acordo com RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, para se saber onde deve ser ajuizada uma ação judicial, deve-se formular uma sequência de indagações, entre elas¹⁴: 1) em razão da matéria ou qualidade das pessoas envolvidas, a competência deve ser especial ou comum? A justiça especial é representada pelas justiças trabalhista, eleitoral e militar; e a comum, federal e estadual¹⁵; 2) qual o gênero de direito de que se trata a ação: real ou pessoal? Se for pessoal, a regra geral estabelecida no artigo 94 do Código de Processo Civil é a distribuição no foro do domicílio do réu; caso contrário, se for real, sê-lo-á no foro da situação da coisa, nos termos do artigo 95 do mesmo diploma legal.

Vale ressaltar que, tratando-se de um direito pessoal (ressarcimento), não decorrente de acidente de veículo, dispõe o parágrafo único do artigo 100 do Código de Processo Civil que a ação em reparação de danos deve ser ajuizada no “lugar do ato ou do fato” em razão da maior facilidade de se colher instrumentos de prova.

O princípio de tutela ao consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V da Constituição Federal) e seu direito básico de facilitação ao acesso à justiça (art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor) são considerados fundamentos da regra de competência constantes no artigo 101, I, do Código de Defesa do Consumidor, que trata de um privilégio concedido ao consumidor para a propositura de ação judicial ao dispor: “a ação pode ser proposta no domicílio do autor”.

Trata-se de prerrogativa outorgada pela lei ao consumidor, possibilitando a escolha do foro de seu domicílio para ajuizar a ação de responsabilidade civil por danos causados na relação de consumo, constituindo-se norma processual que procura inibir os obstáculos que pudessem impedi-lo de obter a indenização por danos materiais ou morais suportados.

¹³ *Ibidem*

¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 18

¹⁵ LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART: No Brasil, a Constituição Federal define as várias “justiças”, ou seja, os grupos de órgãos que têm competência para tratar de determinados grupos de litígios. Fala-se, assim, nas “justiças” trabalhista (art. 111 e SS.), eleitoral (art. 118 e SS.), militar (art. 122 e SS), e nas “justiças” federal (art. 106 e SS.) e estadual (art. 125 e SS.). O que não é da competência das “justiças” trabalhista, eleitoral e militar é da competência, por exclusão da “justiça comum”. Dentro da chamada “justiça comum”, também por critério de exclusão, o que não for da competência da “justiça” federal (arts. 108 e 109) é da competência da “justiça” estadual. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 38.

Caracteriza-se como uma faculdade conferida pela legislação consumerista em benefício do consumidor e que não poderá ser impugnada pelo fornecedor-réu sob qualquer argumento caso seja por ele efetivamente utilizada no processo judicial.

Verifica-se que o fundamento da regra do artigo 101, I do Código de Defesa do Consumidor é a facilitação da defesa dos direitos do consumidor.

“Agravo de Instrumento. Ação monitória. Prestação de serviços médico hospitalares. Relação de consumo. Exceção de incompetência. Foro do domicílio do réu. Posição privilegiada do consumidor em face de sua hipossuficiência frente ao prestador dos serviços. “O artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, trata da “proteção jurídica” do consumidor, constituindo como direito básico desse o acesso aos órgãos do Poder Judiciário. Aplicação das disposições do CDC. O consumidor hipossuficiente deve ser demandado no foro de seu domicílio. Em decisão monocrática, negou-se seguimento ao recurso”. (TJRGS – 14.ª Câ. Civ. – Ag. 70012502472 – rel. Des. Catarina Rita Krieger Martins – j. 25.08.2005)

No entanto, trata-se de apenas uma prerrogativa do consumidor para facilitar seu acesso à justiça, de forma que se ele entender ser mais benéfica a regra do artigo 94 do Código de Processo Civil, segundo a qual “a ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu”, poderá optar por regra, mais uma vez, sem que o fornecedor tenha como opor-se a esta indicação.

Vale ressaltar que, a fim de proporcionar a total aplicação dos interesses do consumidor, a jurisprudência também tem admitido como juízo competente aquele em que se deu o cumprimento da obrigação estabelecida, ainda que diverso do foro do domicílio do consumidor ou do fornecedor, desde que não dificulte a defesa dos direitos de quaisquer dos interessados.

Foi o que ocorreu em ação ajuizada na comarca de maior porte, vizinha à do domicílio do autor consumidor, sob o fundamento de que nesse local é que havia sido contraída a obrigação *sub judice*. O Superior Tribunal de Justiça concluiu que não teria havido prejuízo para o réu fornecedor, nem mesmo ofendeu-se o disposto no artigo 101, I, da Lei 8.078/90.¹⁶

Sobre o assunto, importantes os esclarecimentos de BRUNO MIRAGEM:

“as cláusulas de eleição de foro em contratos de consumo, quando forem estabelecidas em prejuízo do acesso do consumidor à jurisdição devem ser

¹⁶ STJ, 4ª, T., RE 156002/MG, rel. Min. Asfor Rocha, j. 21.05.1998, DJ 21.09.1998, p. 187.

consideradas cláusulas abusivas, e portanto, inquinadas de nulidade na forma do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor. São conhecidas as práticas de alguns fornecedores que, apesar de estabelecer toda a contratação do produto ou serviço em uma determinada localidade, em benefício da celebração do próprio negócio, estabelecem nos respectivos contratos o foro competente para eventuais litígios onde se encontra sua sede, a qual mesmo, por vezes, apresenta-se como espécie de sede fictícia, não desenvolvendo nela maiores atividades. A jurisprudência e a doutrina, praticamente unânimes, vêm rejeitando esta autêntica má-fé do fornecedor, reconhecendo que o foro competente deve ser o que não cause prejuízo ao acesso do consumidor à prestação jurisdicional, inclusive em relação à ação individual – o próprio domicílio do consumidor”.¹⁷

Não é diferente o entendimento jurisprudencial predominante ao estabelecer que em contrato de adesão, embora haja cláusula de foro de eleição deve prevalecer o foro do domicílio do consumidor.

“Direto do consumidor. Competência. Contrato de Adesão. Foro de eleição. Domicílio do consumidor: 1. Em se tratando de relação de consumo prevalece o foro do domicílio do consumidor. 2. Recurso não conhecido. Superior Tribunal de Justiça – Resp 121796/MG – rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 17.02.2004 – DJU 15.03.2004 – p. 263”.

Conclui-se, portanto, que o artigo 101 do Código de Defesa do Consumidor traduz uma regra de foro especial que permite que as ações de responsabilidade civil propostas contra o fornecedor de produtos e serviços sejam ajuizadas no foro do domicílio do seu autor, sendo este o entendimento jurisprudencial predominante.

“O laudo pericial concluiu que o defeito apresentado é do próprio aparelho celular, e não do sistema de transmissão da concessionária de telefonia, ora apelada. De acordo com o art. 12, do C.D.C., é o fabricante do produto quem responde pelos danos causados ao consumidor. Ademais, não há que se cogitar da responsabilização da apelada, na qualidade de comerciante, pois o aparelho foi vendido por Carrefour Comércio e Indústria Ltda.. Era de rigor, portanto, a improcedência da ação indenizatória”. Recurso improvido. Apelação 992050878530. Des. Gomes Varjão. São Paulo. 34 Câmara de Direito Privado. Data. Do Julgamento 19/09/2009.

“Tratando-se de relação de consumo incide a regra de ordem pública do artigo 101, I, do CDC, podendo a ação ser proposta no domicílio do autor - Nulidade da cláusula de eleição de foro - Recurso provido para reconhecer a competência do Juízo de Cardoso para o processamento e julgamento da lide”. Agravo de Instrumento 6612924700. Relator: Morato de Andrade. Comarca de Cardoso. Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 27/10/2009.

Na verdade, fica a critério do autor a escolha do foro que facilitará o seu acesso à justiça. Se esse preferir o foro da sede do réu ou o foro de onde está localizada a sua

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima (et.al.). Op.cit., p. 1113.

agência, ele está abrindo mão do privilégio do foro, mas ele tem o direito de promover a ação no seu próprio domicílio, se assim entender melhor, por força do citado artigo 101.

Neste sentido, Hugo Nigro Mazzilli: “com efeito, tanto no caso do artigo 93 como no caso do artigo 101 do Código de Defesa do Consumidor, a competência para as ações coletivas será relativa”.¹⁸

VI 2.2. Inversão do ônus da prova

De acordo com CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, prova pode ser definida como “um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”¹⁹; e direito à prova como “o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para julgamento”²⁰.

No que se refere à importância da prova, explica o processualista que o juiz deverá julgar a causa de uma maneira, caso os fatos tenham realmente ocorrido e de maneira totalmente oposta se não tiverem ocorrido.

Afirma CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que, na dinâmica processual, as atividades de verificação consistentes na prova terão em cada caso a importância que tiverem as questões de fato para o julgamento. Em princípio, a prova só é necessária em caso de controvérsia sobre a ocorrência ou não do fato questionado, não sendo dependentes de prova as alegações efetuadas por uma parte e não impugnadas por outra, ou seja, incontroversas, excetuadas as ressalvas postas pela própria lei.²¹

¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 246.

¹⁹ *Ibidem*, p. 43.

²⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 47.

²¹ MARCOS DESTEFFENI esclarece: “vale ressaltar que carecem de prova os fatos relevantes, pertinentes, controversos e precisos. Relevantes são os fatos que podem influenciar na decisão da causa. Pertinentes são os fatos que guardam relação com a questão controvertida. Fatos precisos se contrapõem a alegações genéricas impossíveis de serem provadas. De forma contrária, há fatos que não precisam ser provados, conforme estabelece o artigo 334 do Código de Processo Civil: *Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade*”. (DESTEFFENI, Marcos. *Curso de Processo Civil*, v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 73).

A respeito da necessidade da prova, MOACYR AMARAL DOS SANTOS:

“toda pretensão tem por fundamento um ponto de fato. É com fundamento num fato, e dele extraindo consequências jurídicas, que o autor formula o pedido sobre o qual o juiz irá decidir na sentença. O autor, assim, faz afirmação de um fato, que poderá, ou não, corresponder à verdade. Se a essa afirmação se opõe a afirmação do réu, a qual também poderá, ou não, corresponder à verdade, quer negando aquele fato ou revestindo-o de outros caracteres, ou consistente num outro fato, cuja existência importe na negação daquele, ou do qual deduza consequências obstativas à pretensão do autor, se esbatem afirmações igualmente respeitáveis mas que igualmente não subsistem por si mesmas em relação ao juiz. Este, a quem as afirmações são dirigidas, para considerá-las na sentença e, por sua vez, fazer a sua afirmação quanto aos fatos deduzidos pelas partes, precisa convencer-se da existência ou inexistência dos mesmos. Por que a afirmação do juiz necessariamente deverá corresponder à verdade. Para o juiz, não bastam as afirmações de fatos, mas impõe-se a demonstração da sua existência, ou inexistência. Por outras palavras, o juiz quer e precisa saber a verdade real em relação aos fatos afirmados pelos litigantes. A exigência da verdade, quanto à existência, ou inexistência, dos fatos, se converte na exigência da prova destes”.²²

A prova é um instrumento decisivo no alcance da paz social, haja vista ser a coisa julgada um fenômeno de pacificação social, fruto de uma verdade jurídica que, muitas vezes, não corresponde à realidade dos fatos, e às vezes por isso se diz que é fenômeno criador de direitos, não se pode negar que a prova no processo tem a força capital, qual seja a de único instrumento legitimador da coisa julgada.

Afirma MARCELO ABELHA RODRIGUES:

“em outras palavras, é a prova, e especialmente a convicção que dela resulta, que serve como real elemento para fazer coincidir a verdade formal e a verdade real (ainda que esta seja vista como uma utopia) e, assim, torna-se legitimadora do fenômeno da coisa julgada”.²³

No regime jurídico processual brasileiro, vigora um sistema probatório regido pelo princípio dispositivo, segundo o qual compete às partes produzir as provas e ao juiz apreciá-las. Sendo assim, ao ingressar em juízo, o autor, na busca de tutela jurisdicional, deverá fundamentar o pedido formulado na petição inicial de acordo com as exigências do Código de Processo Civil.

Verifica-se que a pretensão do autor encontra fundamento em normas jurídicas por ele escolhidas para embasar seu pedido, como também em acontecimentos fáticos afirmados na inicial. Os fatos produzem as consequências jurídicas, os efeitos jurídicos de

²² SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 341.

²³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 177.

criação, conservação, modificação ou extinção de relações jurídicas, de forma que é fundamental que estejam provados nos autos do processo.

Conforme os ensinamentos dos processualistas, as provas se referem aos fatos alegados pelas partes, controvertidos e relevantes para a solução do litígio, de forma que o objeto da prova é a situação fática discutida no processo.

Afirma CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.²⁴

Ao ônus de afirmar fatos segue-se o de provar as próprias alegações, sob pena delas não serem consideradas verdadeiras. De acordo com o autor, para o processo civil dispositivo, “assim como o fato não alegado não pode ser tomado em consideração no processo, assim também fato alegado e não demonstrado equivale a fato inexistente”.²⁵

Segundo o artigo 333 do Código de Processo Civil, cabe o autor a prova relativa aos fatos constitutivos de seu alegado direito e ao réu, a dos fatos que de algum modo atuem ou tenham atuado sobre o direito alegado pelo autor, seja impedindo que ele se formasse, seja modificando-o ou mesmo extinguindo-o.²⁶

Sintetiza CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“a síntese dessas disposições consiste na regra de que o ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado (Chiovenda), ou seja, àquela que se beneficie desse reconhecimento; essa fórmula coloca adequadamente o tema do *onus probandi* no quadro do interesse como mola propulsora da efetiva participação dos litigantes, segundo o empenho de cada um em obter vitória”.^{27 28}

²⁴ DINAMARCO, Candido Rangel, op. cit., p. 71.

²⁵ Daí o interesse em provar suas próprias alegações, configurando-se essa atividade como autêntico *ônus*, ou *imperativo do próprio interesse*. O ônus significa *peso* e não é por acaso que na lei e na doutrina dos alemães diz-se *peso da prova* (*Beweislast*). *Ibidem*, p. 71.

²⁶ Brasil. Código de Processo Civil. Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único – é nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 73

²⁸ Esclarece CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “O artigo 333 alude somente a *autor* e *réu*, mas nessas palavras reside a disciplina da distribuição do ônus da prova entre *todos os sujeitos que figuram como partes no processo*. São seus óbvios desdobramentos: a) havendo litisconsortes ativos, a cada um deles, autores que são, cabe a prova dos fatos constitutivos em que se apóia a petição inicial (inc. I); b) inversamente, aos litisconsortes passivos impõe-se o encargo de provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos; c) o assistente terá os mesmos ônus probatórios do assistido; d) o litisdenunciado, que é réu da ação de regresso proposta pelo denunciante, quanto a esta terá o encargo de afirmar e provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito deste perante ele; e) terá também, agora na qualidade de assistente

Verifica-se que a atividade probatória existe com o propósito de oferecer ao julgador os elementos necessários à formação de sua convicção, qualquer que seja o objeto da ação, de forma que o ônus da prova há de ser entendido como o interesse em oferecer as provas. Conforme acima referido, ao ônus de afirmar conferido às partes, corresponde o ônus subjetivo de provar.

No processo civil, o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, disposto no artigo 5º, inciso I da Constituição Federal, revela-se na igualdade das partes que cabe ao juiz preservar (CPC, art. 125, I). No entanto, por vezes, esta igualdade parece abalada, de forma que requer do legislador um tratamento desigual para aqueles que são efetivamente desiguais.

A respeito do ônus da prova, muito importante a consideração de CECÍLIA MATTOS, ao afirmar que a questão primordial, no que se refere ao ônus da prova, não é saber o que se prova ou quem prova, mas quem sofre as consequências pela falta de prova.²⁹

Isto porque, se cabe ao autor provar o alegado e não é eficiente ao fazê-lo terá sua ação julgada improcedente, haja vista que não conseguiu no processo comprovar suas alegações a fim de obter o provimento pleiteado. No entanto, havendo a inversão do ônus da prova, ou seja, na hipótese de competir ao réu comprovar que as alegações do autor não são verdadeiras, caso não consiga fazê-lo, perderá a demanda para o autor, que terá seu pedido julgado procedente.

Trata-se de uma prerrogativa de facilitação do acesso ao judiciário introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor para incentivar os consumidores à provocar o judiciário e discutir a respeito dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores, diminuindo a sensação de submissão daquele em face deste último.

Esta prerrogativa foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor a partir da Revolução Industrial, em razão do avanço tecnológico, do qual decorreu a produção em

litisconsorcial do denunciante, os mesmos ônus probatórios que este tiver em relação ao litígio com o adversário comum; f) ao chamado ao processo, sendo também réu em litisconsórcio passivo com o chamador, aplica-se o disposto no inciso II do artigo 333; g) assim também o nomeado ao processo, que ao aceitar a nomeação assume a condição de réu; h) o Ministério Público, quando atua na condição de fiscal da lei, sem portanto ser autor, réu nem assistente, terá o encargo probatório de provar os fatos que houver alegado. Os vocábulos autor e réu, empregados no incisos do artigo 333, têm na realidade o significado mais amplo de demandante e demandado: no processo executivo, embora ali não se discuta, não se prove e nada se decida sobre o direito do exeqüente (artigo 741, inciso VI), a este e ao executado cabe a prova dos fatos de interesse de cada um para a solução dos pedidos e eventuais incidentes que ali possa ter lugar. (*Idem*, p. 74).

²⁹ MATTOS, Cecília. *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Revista do Direito do Consumidor, vol. II. São Paulo, [1998].

massa, o que dificultou a demonstração da prova da culpa pelo consumidor que, em grande parte das vezes, não tem como comprovar a existência de falha do fornecedor em razão de negligência, imprudência e imperícia. Por este motivo, estabeleceu-se como regra geral responsabilidade objetiva do fornecedor, que deverá arcar com a reparação do dano patrimonial ou moral pelo simples fato de explorar uma atividade de risco no mercado de consumo, como também a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Assim, as regras gerais estabelecidas no artigo 333 do Código de Processo Civil convivem com outras, de caráter especial, cuja função é regular a distribuição do ônus da prova entre os sujeitos dos negócios ou das específicas relações jurídicas que aludem, dentre outras, o Código de Defesa do Consumidor.

Ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“O Código de Defesa do Consumidor, sensível à hipossuficiência organizacional do consumidor final de produtos e serviços, impõe normas especiais sobre o ônus da prova nas situações que indica – fazendo-o sempre com o declarado objetivo de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores. Essas disposições, conquanto regendo um tema processual que é a prova, agregam-se tão intimamente aos próprios direitos, que evidenciam sua própria pertinência ao direito processual material. Incluem-se entre elas as que atribuem ao fabricante, produtor, construtor ou importador o ônus de comprovar a alegação de não haver colocado o produto no mercado, ou de que ele não é defeituoso, ou que o dano decorreu de culpa exclusiva do consumidor (artigo 12, §3º incisos I-III)”.³⁰

Verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor facilita a defesa dos direitos do consumidor, inclusive a inversão do ônus da prova. No entanto, não é efetuada de qualquer maneira, mas sim quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, ou, segundo as regras ordinárias de experiência, quando for hipossuficiente o lesado.

O artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor estabelece:

“são direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO observa que o fundamento para a previsão legal de facilitação da defesa dos direitos do consumidor “consiste na circunstância de vulnerabilidade do consumidor, que, como visto em passo anterior destes comentários, não detém o mesmo grau de informação técnica, e outros dados a respeito dos

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 76.

produtos e serviços com que se defronta no mercado, que o respectivo fornecedor detém, por certo”.³¹

CASSIO SCARPINELLA BUENO enfatiza que a melhor interpretação para o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor é a de que a inversão do ônus da prova nele admitida deve ser sempre previamente comunicada às partes para que elas possam, adequadamente, desincumbir-se de seu ônus em atenção ao dispositivo legal.

Afirma o processualista que se trata de ‘modelo constitucional do processo civil’, em especial no que diz respeito ao ‘princípio do contraditório’ que, em última análise, impõe a criação de amplas oportunidades de participação das partes ao longo do processo.³²

Esclarece o processualista a respeito da possibilidade da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor:

“A diretriz, justamente em função de sua vinculação ao ‘modelo constitucional do direito processual civil’, deve ser amplamente aplicada no campo do processo na linha do que vem sendo defendido, fundamentalmente com base nas lições do processualista argentino Jorge Peyrano, como ‘teoria da carga probatória dinâmica’ ou ‘teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova’. Por esta teoria, a distribuição do ônus da prova deve atentar não apenas à regra derivada da previsão abstrata legislativa – e, para o direito processual civil brasileiro, a regra basilar reside no artigo 333 do Código de Processo Civil, que agasalharia, em contraposição ao entendimento apresentado, uma ‘distribuição estática’ do ônus da prova, verdadeiramente prevalorada pelo legislador –, mas também – senão principalmente – às peculiaridades de cada caso concreto e às reais possibilidades de os litigantes, inclusive com relação ao objeto e aos meios de prova, desincumbirem-se adequadamente de seu ônus probatório com vistas à formação do convencimento do magistrado”.³³

A inversão do ônus da prova é um grande meio de facilitação dos direitos do consumidor, já que por meio dela incumbirá ao fornecedor a demonstração da ausência do nexo de causalidade existente entre a ação e o resultado. Assim, o consumidor não precisará provar em juízo o dolo ou a culpa do fabricante ou prestador de serviços. Conforme já dito, a inversão não é automática, deve ser decidida pelo juiz em cada caso concreto, tendo em vista dois requisitos: 1) veracidade da alegação e 2) hipossuficiência do consumidor.

³¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Forense Universitária, 8ª edição, 2004, p. 147.

³² BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., 248

³³ *Ibidem*, p. 248

Neste sentido, verifica-se que a inversão do ônus da prova é um meio pelo qual se promove a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, de forma que o juiz poderá determiná-la, a seu critério, desde que constatada a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência do consumidor.

Importantes as considerações de HUGO NIGRO MAZZILLI:

“Tanto para considerar se é verossímil a alegação, quanto para avaliar se o consumidor é hipossuficiente, o juiz pode valer-se das regras ordinárias de experiência: por isso, não está adstrito aos critérios do artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 1.065/50 (que define os beneficiários da assistência judiciária gratuita), até porque não há razão para aqui entender a hipossuficiência apenas sob o aspecto econômico”.³⁴

A verossimilhança relaciona-se com aquilo que é verdadeiro, ou seja, o que tem aparência de verdade, segundo regras ordinárias de experiência.³⁵ A hipossuficiência, conforme ensina KAZUO WATANABE, deve ser entendida em sentido amplo, ou seja, não apenas considerando aquele cuja situação econômica não permite efetuar o pagamento das custas do processo e honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família, nos termos do artigo 2º, parágrafo único da Lei n. 1.060 de 05 de fevereiro de 1950, mas também abrangendo a falta de recursos para arcar com a produção das provas necessárias em relação à técnica e à falta de conhecimento.

Afirma ROBERTO SENISE LISBOA que a hipossuficiência é historicamente utilizada pela doutrina para indicar a parte economicamente mais fraca na relação jurídica e que merece, por causa da situação de inferioridade perante a outra parte, a proteção especial do legislador, que considerou o consumidor em todas as hipóteses vulnerável, porém nem sempre hipossuficiente.

A hipossuficiência relaciona-se com a idéia de reequilíbrio da relação jurídica, haja vista a dificuldade do consumidor em produzir a prova de suas alegações. Isto porque é notório que o consumidor não teria condições de demonstrar em juízo com facilidade a culpa do fornecedor pelos prejuízos sofridos, fato que certamente ensejaria consideráveis injustiças e dificultaria a prestação da tutela jurisdicional nos moldes pretendidos pelo legislador.

³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 163.

³⁵ GIDI, Antonio. *Aspectos da Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 13.

ANTONIO GIDI esclarece que a hipossuficiência a que alude o Código de Defesa do Consumidor relaciona-se com a desigualdade no conhecimento técnico inerente à atividade de produção e fornecimento, de maneira que, ainda que o consumidor tenha condições econômicas para arcar com as despesas do processo, ele será hipossuficiente no que se refere à produção de provas que exija conhecimento técnico específico.

Especificamente em relação às ações judiciais de reparação de danos materiais e morais decorrentes do exercício da atividade médica, é relevante o número de vítimas de erros médicos e a dificuldade de obter a reparação dos alegados danos causados pelo médico no exercício de sua atividade profissional em função dos impedimentos do paciente para comprovar a culpa do médico para proporcionar a devida compensação dos prejuízos sofridos, haja vista o desconhecimento técnico da ciência médica pelo paciente, já que não está preparado para avaliar os métodos e o tipo de tratamento escolhidos pelo profissional especializado na área, bem como se está desempenhando sua função adequadamente.

LILIANA DE ALMEIDA FERREIRA DA SILVA MARÇAL afirma que:

“aplica-se às relações de consumo a regra geral da obrigação de o autor-consumidor provar o dano, o montante do prejuízo e o nexo de causalidade. Porém, na hipótese do nexo de causalidade exigir prova de conhecimento técnico específico do produtor ou fornecedor, daí se justifica a inversão do ônus da prova, nos moldes estabelecidos pelo artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor”.³⁶

Não é diferente o entendimento da jurisprudência atual:

“compete ao autor demonstrar, mesmo nas relações de consumo, os requisitos da responsabilidade civil, como a existência da conduta antijurídica debitada ao agente, que provocou dano ou lesão a um bem jurídico e o estabelecimento do nexo de causalidade entre um e outro, ônus que atribui o artigo 330, I do CPC a quem se diz ofendido, sem o que é de se afastar o dever de indenizar”. TAMG – 3ª Câmara, Ap. civ. 0339027-2, Rel. Juiz Duarte de Paula, j. 21.11.2001.

No entanto, atualmente, o médico tem o dever de informar o paciente a respeito de seu quadro clínico, como também de todos os procedimentos que serão adotados em sua terapia, de maneira que o paciente tem as informações necessárias a respeito do que está ocorrendo e não mais poderá ser considerado hipossuficiente neste sentido. Trata-se do intitulado consentimento informado.

A respeito da inversão do ônus da prova, algumas considerações finais.

³⁶ Revista do Advogado AASP. 15 anos de vigência do CDC, p. 88.

Sobre os benefícios da inversão do ônus da prova, HUGO NIGRO MAZZILLI cita como exemplo que pode o juiz determinar que o réu antecipe custas de uma perícia requerida pelo autor beneficiário da inversão.

Isto porque estabelece o autor que o fundamento da inversão do ônus da prova em defesa do consumidor não consiste apenas no custo econômico de sua produção, mas sim no fato de muitas vezes ser totalmente impraticável atribuir ao consumidor, ou ao substituto processual que o defenda, o ônus de provar que o produto está desconforme com especificações técnicas de alta complexidade.

Conforme já mencionado, a lei estabelece que a inversão do ônus da prova se dá “a critério do juiz”, quando verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor. Logo, a inversão do ônus da prova não é automática, pelo contrário, requer que o juiz analise sua admissibilidade nos termos da lei, como também a sua conveniência à situação concretamente apresentada.

No entanto, não se trata de um arbítrio ou discricão do juiz, e sim de decisão fruto de convencimento motivado. Segundo ANTONIO GIDI, a expressão “a critério do juiz”, constante no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, significa que o juiz utilizará seus critérios para aferir a presença dos dois requisitos exigidos pela lei, de forma que, se constatados, terá o dever de inverter o ônus da prova, daí tratar-se de inversão “*ope legis*”.

Não é diferente a opinião de PLÍNIO LACERDA: “não fica a critério do juiz: inverter o ônus da prova e sim ao verificar os requisitos da verossimilhança e hipossuficiência do consumidor deve inverter a prova; pois a inversão do ônus não opera como sendo regra *ope judicis* e sim regra *ope legis*”.³⁷

Outra questão relevante refere-se ao momento da inversão do ônus da prova, que é considerado um dos temas mais polêmicos no que se refere à aplicação do artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Parte da doutrina entende que o juiz deverá deliberar sobre a inversão do ônus da prova no momento de sua produção e não na prolação da sentença.

Neste sentido, HUGO NIGRO MAZZILLI:

“se o juiz entender cabível a inversão da prova, deverá alertar o fornecedor de produtos ou serviços, para que este tenha oportunidade de desincumbir-se do ônus probatório que lhe vem a ser cometido. Então essa decisão deve ser tomada

³⁷ MARTINS, Plinio Lacerda. *A inversão do ônus da prova na ação civil pública proposta pelo Ministério Público em defesa dos consumidores*. Revista do Direito do Consumidor, vol. 31, p. 75.

antes ou no máximo durante a instrução, e não quando o juiz vai sentenciar, pois, a essa altura, as provas já estarão feitas e as partes seriam surpreendidas com a inversão”.³⁸

Afirma o autor que, caso o juiz se der conta de que é caso de inverter o ônus da prova somente depois que os autos lhe estiverem conclusos para a sentença, deverá converter o julgamento em diligência e facultar à parte contra quem passa a pesar o ônus a possibilidade de produzir novas provas.

Esta também é a posição de ANTONIO GIDI ao observar que o ônus da prova é uma regra de juízo/julgamento, de forma que a norma que prevê sua inversão é eminentemente regra de atividade. Logo, a partir do despacho inicial até a decisão do saneamento do processo, o juiz deve decidir se inverte ou não o ônus da prova.

Igualmente, CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA:

“diante da ausência de regra específica que determine a fase do procedimento adequada ao ato judicial de fixação do ônus da prova, deve o juiz utilizar o poder instrutório, previsto no artigo 130 do CPC, com vistas a assegurar tratamento igualitário às partes. Assim, a inversão que se configura regra de procedimento tem a finalidade de possibilitar as partes saberem se conduzir no processo, especialmente no que se refere ao respectivo ônus de provar tal ou qual fato”.³⁹

Diferente a posição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, que admite a inversão do ônus da prova no momento da sentença:

“não vejo por que devesse o juiz, antes de sentir a necessidade de valer-se das regras inerentes ao ônus da prova para julgar, preocupar-se em definir desde logo e decidir imperativamente qual das partes deverá produzir a prova. (...) se é só no momento de sentenciar que o juiz poderá pensar em invocar a regra de julgamento inerente à disciplina do ônus da prova – porque até então não há como saber se precisará ou não dela para julgar – segue-se que realmente é prematura qualquer decisão invertendo o ônus da prova, antes daquele momento. Ressalvando seu dever de advertir previamente, o juiz levará em conta regras sobre a distribuição do ônus da prova, sentenciando. Trata-se, portanto, de critério de julgamento, como tantos outros, e que só no julgamento aparecerá. Antes, mera cogitações”.⁴⁰

Neste mesmo sentido, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“o momento adequado à inversão judicial do ônus da prova é aquele em que o juiz decide a causa. Antes, sequer ele sabe se a prova será suficiente ou se será

³⁸ *Ibidem*, p. 164

³⁹ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. In: Revista de Direito do consumidor, vol. 22, São Paulo: Editora RT, abril-junho 1997.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op.cit., p. 81.

necessário valer-se das regras ordinárias sobre esse ônus, que para ele só são relevantes em caso de insuficiência probatória”.⁴¹

Segundo KAZUO WATANABE, o momento de aplicação da regra de inversão do ônus da prova será o do julgamento da causa.⁴²

Verifica-se que a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça admite a tese de que a inversão do ônus da prova é regra de procedimento: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito consignou “não ter nenhum sentido deixar para apreciar na sentença o pedido de inversão do ônus da prova. Como é curial, a decisão alterará todo o sistema de provas no curso do processo”. (REsp 195.760/PR, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 28.08.1999).

Em outro julgado, o Supremo Tribunal de Justiça manifestou-se de maneira semelhante:

“inversão do ônus da prova. Artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Momento processual: 1. É possível ao magistrado definir a inversão do ônus da prova no momento da dilação probatória, não sendo necessário aguardar o oferecimento da prova e sua valoração, uma vez presentes os requisitos do artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor. 2. Recurso especial conhecido e provido”. STJ. REsp 598.620/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 18/4/2005.

Não é diferente o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme pode ser constatado abaixo:

Agravo de Instrumento. Indenização. Erro Médico: 1) decisão que, aplicando as regras protetivas da legislação consumerista (Lei nº. 8078/90), determinou a inversão do ônus da prova. Possibilidade. Restando configurada relação de consumo entre as partes, possível a inversão do ônus da prova em favor da autora agravada - Decisão Mantida. 2) Custos da perícia por conta da ré - Prova requerida expressamente e de forma especial pela ré em sua contestação - Possibilidade, independentemente da inversão do ônus da prova - Inteligência do artigo 19 do CPC - Decisão Mantida - Recurso Improvido. Apelação 6632204400. Comarca de São Paulo. Relator: Egidio Giacoia. Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 25/08/2009. Data de registro: 04/09/2009.

Ação de indenização. Agravo retido. Ausência da providência reclamada pelo artigo 523, parágrafo 1º, do CPC. Não conhecimento do agravo retido. Erro Médico. Ainda que operada inversão do ônus da prova, nenhuma culpa do médico requerido importa em reconhecimento na espécie dos autos. Nova rotura do tendão de Aquiles. Opção pelo tratamento conservador, apartando a

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini (et.al.). Op.cit., p. 711.

realização de cirurgia. Possibilidade. Diagnóstico apurado por exame clínico. Admissibilidade, dispensando a realização de ultra-som. Emprego pelo médico da técnica adequada. Obrigação, na espécie, de meio. Resultado infrutífero do tratamento que, per si, não induz à responsabilidade do médico. Improcedência da demanda preservada. Agravo retido não conhecido, com desprovimento do apelo. Apelação com revisão. 579204500. Relator: Donegá Morandini. Comarca: Amparo. Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 04/08/2009. Data de registro: 11/08/2009.

Responsabilidade civil. Ação indenizatória fundada em suposto erro médico. Decisão saneadora que determinou a inversão do ônus da prova. Inconformismo. Desacolhimento. Relação de onsumo. Hipossuficiência e verossimilhança presentes, nos termos do art. 6º, do CDC. Inversão do ônus da prova, ainda que se trate de responsabilidade subjetiva do profissional liberal - Decisão confirmada - Recurso desprovido. Agravo de Instrumento 6533004100. Relator: Grava Brazil. Comarca: Ribeirão Pires. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 07/07/2009. Data de registro: 27/07/2009.

VI.2.3. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Assistência judiciária é um instituto cujo propósito é favorecer o ingresso em juízo a pessoas desprovidas de recursos financeiros suficientes à defesa judicial de direitos e interesses, sem o qual não seria possível o acesso à justiça.

Na ordem constitucional, a assistência judiciária integra a ampla garantia de assistência jurídica integral, estabelecida como direito fundamental no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal: “o Estado prestará assistência jurídica integral aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

De acordo com CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a assistência judiciária, instituída pela Constituição Federal, é mais ampla do que as contidas em Constituições precedentes porque inclui, além da garantia de meios para o acesso à justiça mediante o exercício do direito ao processo (assistência judiciária), a oferta de apoio para o correto e efetivo exercício dos direitos fora da esfera jurisdicional – orientação em contratos, providências extrajudiciais, etc..

Resume o processualista: “os dois pólos da assistência jurídica integral procuram cobrir toda a área das atividades que no exercício profissional remunerado integram a advocacia contenciosa e consultiva”.⁴³

A Lei n. 1060, de 05 de Fevereiro de 1950, intitulada Lei da Assistência Judiciária regula a assistência judiciária aos necessitados e os conceitua como “aqueles cuja situação econômica não lhes permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (art. 2º, par.).

Estabelece que a obtenção do benefício requer do interessado uma simples afirmação de seu estado de insuficiência na petição com que comparecer perante a Justiça (art. 4º), acrescentando que se presume pobre, até prova em contrário, quem afirmar esta condição (art. 4º, §1º). Esta presunção é relativa, cabendo à parte contrária o ônus de desfazê-la. Verifica-se que, nos termos do artigo 4º que é vedado ao juiz conceder assistência judiciária de ofício.

CÂNDIDO DE RANGEL DINAMARCO esclarece que a incapacidade de custear a defesa judicial de direitos e interesses não traduz pura incapacidade econômica, pois é possível que o interessado tenha a titularidade de bens, mas não disponha de liquidez, de forma que também será merecedor dos benefícios da assistência judiciária.

A assistência judiciária compreende a outorga de defensor e isenção a todos os adiantamentos de despesas devidas ao Estado ou a cartórios não-oficializados, mas não inclui a isenção à obrigação final por honorários advocatícios em caso de sucumbir o beneficiário, especialmente pelo fato de serem profissionais não remunerados pelos cofres públicos, de maneira que não estão obrigados a prestar serviços gratuitamente.

Vale ressaltar que a assistência judiciária inclui o direito à defesa técnica, a qual, além de constituir expressa exigência da lei, conforme estabelece o artigo 36 do Código de Processo Civil, é requisito para a efetividade da defesa e para a paridade em armas no processo civil.

Desta forma, ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, é indispensável a outorga de defensor ao necessitado, a fim de possibilitar sua defesa técnica, conforme estabelecido no artigo 134 da Constituição Federal que prevê a instituição de defensorias públicas encarregadas desta missão.

⁴³ DINAMARCO, Candido Rangel. Op.cit., 675

Vale ressaltar que, caso não exista organismo como este predisposto a esta finalidade, o juiz nomeará para exercer o *múnus* um advogado militante, dando preferência ao profissional que, em cada caso, se declare disposto a realizar tal ofício (art. 5º, §§3º e 4º - advogado dativo).⁴⁴

Processual civil – Assistência judiciária gratuita – comprovação da hipossuficiência – Desnecessidade – Lei 1.060/1950, arts. 4º e 7º. “A Constituição Federal recepcionou o instituto da assistência judiciária gratuita, formulada mediante simples declaração de pobreza, sem necessidade da respectiva comprovação. Ressalva que a parte contrária poderá requerer a sua revogação, se provar a inexistência da hipossuficiência alegada. Recurso conhecido e provido (STJ – 5ª Turma – Resp 200.390/SP, rel. Min. Edson Vidigal – j. 24.10.2000)

Processual civil – Assistência judiciária gratuita. “A assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo, desde que comprovada a condição de hipossuficiência (Lei 1.060/50, art. 4º, §1º). É suficiente a simples afirmação do estado de pobreza para a obtenção do benefício (STJ – Resp 243.386/SP – rel. Min. Félix Fischer, j. 16.03.2000).

VI.2.4. LEGITIMAÇÃO PASSIVA: LITISCONSÓRCIO PASSIVO – HOSPITAIS, CLÍNICAS E MÉDICOS.

Verifica-se ainda que o Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade solidária entre todos os envolvidos na relação de consumo quanto à indenização a ser paga no caso de ato ilícito, seja na esfera contratual, quanto na extracontratual. Neste sentido, o parágrafo único do artigo 7º do referido diploma legal: “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”; bem como no artigo 34, segundo o qual: “o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

Neste sentido, CLAUDIA LIMA MARQUES:

“O parágrafo único do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor traz a regra geral sobre a solidariedade da cadeia de fornecedores de produtos e serviços. Aqui a idéia geral é o direito ao ressarcimento da vítima-consumidor (art. 6º, VI, c/c art. 17 do CDC), uma vez que o microsistema do CDC geralmente impõe a responsabilidade objetiva ou independentemente de culpa (arts. 12, 13, 14, 18,

⁴⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. Op.cit., p. 680

20 do CDC). O CDC permite assim a visualização da cadeia de fornecimento através da imposição de solidariedade entre os fornecedores. O CDC impõe a solidariedade em matéria de defeito do serviço (art. 14 do CDC) em contraponto aos arts. 12 e 13 do CDC, com responsabilidade objetiva imputada nominalmente a alguns agentes econômicos. Também nos arts. 18 e 20 a responsabilidade é imputada a toda a cadeia, não importando quem contratou com o consumidor. Segundo o parágrafo único do art. 7º, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo, disposição que vem repetida no art. 25, §1º.”⁴⁵

Neste sentido, admite-se que o consumidor promova a ação judicial em face de todos aqueles que participaram da cadeia de fornecimento de serviços, por exemplo: hospital, clínica médica, plano de saúde e o próprio médico. No entanto, vale ressaltar que, embora participe da cadeia, o médico sempre irá ser responsável apenas se restar comprovado nos autos que agiu culposamente, enquanto que os demais respondem pelo exercício da atividade, ou seja, aplicando-se a teoria da responsabilidade objetiva.

Verifica-se que os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes.

Neste sentido, Sergio Cavallieri Filho:

“Não vemos a menor incompatibilidade entre a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares e a responsabilidade objetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, mesmo em face dos enormes riscos de certos tipos de cirurgia e tratamentos, tendo em vista que o hospital só responderá quando o evento decorrer de defeito do serviço. Lembre-se que mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Destarte, ainda que tenha havido insucesso na cirurgia ou outro tratamento, mas se não for possível apontar o defeito no serviço prestado, não haverá que se falar em responsabilidade do hospital (art. 14, §3º, I), de sorte que, para afastar a responsabilidade bastará que o hospital prove que o evento não decorreu de defeito do serviço, mas sim das condições próprias do paciente ou de fato da natureza”.⁴⁶

Conforme já mencionado, a responsabilidade civil do médico, na categoria de profissional liberal, difere frontalmente daquela que deve ser atribuída aos hospitais e clínicas de saúde, pois apenas ao primeiro aplica-se o disposto no §4º do artigo 14 deste diploma legal, que determina a necessidade da comprovação da culpa médica para a existência do dever de indenizar.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, RT, 2004. p. 223.

⁴⁶ CAVALHIERI FILHO, Sérgio. *Op.cit.*, p. 423.

Nesta hipótese, foi estabelecido que a responsabilidade civil dos profissionais liberais deve ser apurada mediante a verificação de culpa, ou seja, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, de maneira que apenas a conduta desleixada, descuidada, negligente, imperita, imprudente, ou seja, somente uma atuação em desconformidade com a conduta normalmente esperada do profissional pode gerar responsabilidade civil.

Desta forma, na falta do resultado almejado pelo paciente, se a conduta do profissional é diligente e impecável, não produz descumprimento do contrato, não é nenhum ato ilícito, não cria nenhum direito ao ressarcimento das perdas e danos.

Via de regra, o ônus da prova do erro médico, da negligência, imprudência ou imperícia do profissional, e das perdas e danos experimentados, corresponde ao autor da demanda em que se reclama o ressarcimento, embora seja possível inverter o ônus da prova da culpa médica.

Vale ressaltar que se o profissional liberal prestar serviços como integrante de pessoa jurídica na condição de sócio ou até mesmo de titular da empresa ou, ainda, atuando por elas como empregado, não deverá ser responsabilizado pessoalmente, mas sim a pessoa jurídica em nome da qual presta serviços.

O fato da atividade médica ser considerada como uma espécie de profissão liberal constitui uma prerrogativa que incide exclusivamente sobre a pessoa física que, em razão de suas limitações humanas, atua de forma contrária ao estabelecido em lei, de forma que não permite a comunicação desta circunstância à pessoa jurídica, que tem sua atividade pautada não apenas na execução de tarefas ligadas à Medicina, mas a uma série de outros serviços, cujo principal interesse é lucrativo.

Por esta razão, verifica-se que o referido dispositivo legal também não se estende aos estabelecimentos de saúde, que estão sujeitos aos efeitos da teoria da responsabilidade objetiva que prescinde da demonstração do liame entre a conduta e o dano, apoiando-se no reconhecimento da vulnerabilidade paciente, ou seja, na sua desvantagem em relação à instituição.

Uma das razões da responsabilidade ser objetiva, além do risco inerente ao exercício da atividade, é a impossibilidade de o consumidor dialogar tecnicamente com o fornecedor, permanecendo numa posição realmente hipossuficiente e vulnerável.

A responsabilidade civil objetiva do fornecedor do produto ou serviços é considerada uma das maneiras de efetivar a aplicação do princípio da igualdade real entre

as partes na relação de consumo e desconsidera como requisito para o dever de reparar o liame entre a conduta e o resultado. Nesta hipótese, a mera ocorrência da lesão e a constatação de que sua origem deu-se em um comportamento positivo ou negativo do autor são suficientes para determinar a responsabilidade, sendo inexigível a imputação subjetiva ao autor.

Não significa que a conduta esteja desprovida de qualquer elemento volitivo por parte do agente, isto é, não é que a conduta esteja sempre destituída de culpa. Trata-se apenas de uma opção do legislador em evitar investigações quanto à sua presença ou não facilitando o acesso do lesado à devida reestruturação.

Neste sentido, ensina JOSÉ AGUIAR DIAS:

“Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva”.⁴⁷

A respeito do tema, importantes as observações de FABRÍCIO ZAMPROGNA MATIELO:

“Em verdade, o prejuízo pode perfeitamente ter acontecido por força de comportamento altamente culpável do agente, mas isso em nada influirá no deslinde da questão, exceto para fins de fixação do montante reparatório em certos casos, e ainda assim despido de força vinculante em relação ao julgador, que poderá ou não valorar as circunstâncias na determinação da extensão do juízo condenatório, embora seja aconselhável que as tome em consideração objetivando a melhor distribuição do direito”.⁴⁸

Logo, para a determinação do dever de indenizar do hospital e clínicas médicas, basta a ocorrência de um resultado lesivo ao paciente proveniente de uma conduta positiva ou negativa por eles realizada, tendo inclusive como consequência a possibilidade da inversão do ônus da prova. Significa dizer que o legislador permitiu que o consumidor tivesse seu prejuízo reparado apenas com a comprovação dos danos suportados, porém, mesmo admitindo o dever de reparar o dano pelo simples exercício de uma atividade de risco, possibilitou ao fornecedor, para isentar-se da responsabilidade pela reparação dos danos causados, comprovar, nos termos do §3º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, a inexistência do nexo de causalidade entre o dano alegado e o produto fornecido, ou ainda que o dano decorreu de culpa exclusiva da vítima.

⁴⁷ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: editora forense, 10ª edição, vol.. I, p. 50.

⁴⁸ MATIELO, Fabrício Zamprogna, op. cit., p 20.

Verifica-se que entre o paciente e o hospital é estabelecido um contrato para o cumprimento de obrigação de meio, cujo dever é prestar todos os cuidados necessários e fornecer equipamentos para o tratamento do paciente. Aplica-se a responsabilidade civil objetiva na hipótese da ocorrência de um resultado danoso, o que significa dizer que o hospital tem a seu cargo a demonstração de que a eventual superveniência de resultado nocivo deu-se independentemente do cumprimento dos deveres aos quais estava atrelado, ou seja, não houve defeito da prestação de serviços, ou que o resultado ocorreu por culpa exclusiva de terceiro, do contrário, deverá responder pelo prejuízo ocasionado ao paciente.

Sobre o assunto, importantes as considerações de FABRÍCIO ZAMPROGNA MATIELO:

“Desde já se percebe a pertinência da norma que estabelece a responsabilidade objetiva e por via transversa obriga os nosocômios e afins a procederem dentro de rigoroso controle de qualidade, pois a qualquer tempo poderão ter de provar que determinado resultado danoso decorreu de motivos estranhos ao atendimento prestado. Entra em cena, novamente a presunção de menor capacidade econômica e de assistência vigorante entre as partes, o que levou à facilitação do ato de demandar contra grandes complexos hospitalares e casas de saúde em geral, embora não seja o tamanho ou o potencial econômico que estabelecerá a viabilidade da demanda nos moldes acima relatados, mas o mero fato de a pessoa jurídica atuar na área da saúde”.⁴⁹

Neste sentido, o entendimento da jurisprudência:

“Hospital – Prestação de serviço – indenização – reparação de danos – simples traumatismo no dedo de um menor que, não obstante o atendimento médico recebido, acaba se transformando em infecção grave, a ponto de ser necessária a amputação cirúrgica do membro – falha de serviço caracterizada – verba devida pelo estabelecimento hospitalar, pois, nos termos do artigo 14 da Lei 8.078/90, responde objetivamente, independentemente de culpa, pelos danos causados aos consumidores. Ementa oficial: como prestadoras de serviços que são, os estabelecimentos hospitalares respondem objetivamente pela reparação de danos causados aos consumidores. Essa responsabilidade tem por fato gerador o defeito do serviço, conforme expressamente previsto no artigo 14 do CDC, que, em última instância, criou para o fornecedor um dever de segurança e idoneidade em relação aos serviços que presta aos consumidores. Simples traumatismo no dedo de um menor que, não obstante o atendimento médico recebido, acaba se transformando em infecção grave, a ponto de se fazer necessária a amputação cirúrgica da terceira falange, caracterizada falha do serviço e leva à indenização, independentemente de culpa”. (TJRJ – 2ª Câmara – Ap. 11.323/98 – rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho – j. 15.12.1998 – RT 768/353).

“Responsabilidade civil do Estado. Erro Médico. Ausência de atendimento médico-hospitalar adequado. Comprovação conjunto probatório que aponta para a desídia e imperícia dos prepostos da ré. Embora a culpa reste evidente, basta o

⁴⁹ MATIELO, Fabricio Zamprogni. Op. cit., p. 85

nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso para caracterizar a responsabilidade estatal. Inteligência do artigo 37, §6º, Constituição Federal. Recurso do IAMSPE desprovido dano moral – morte de nascituro porque os médicos que atenderam a parturiente não adotaram as providências exigíveis para a espécie – fixação do quantum indenizatório no valor correspondente a 500 salários mínimos para a parturiente. Montante razoável. Compensação da vítima pela indescritível dor sofrida”. Apelação com revisão n. 4246565300. Des. Renato Nalini – 1ª Câmara de Direito Público, julgamento 28.07.2009.

“Indenização por danos materiais e morais - Procedência - Prova pericial que, embora não aponte imperícia ou negligência da equipe médica que atendeu a menor, concluiu que a demora para o tratamento com equipamento adequado (cardioversão - do qual não dispunha o réu) contribuiu para o agravamento do quadro de saúde da criança (e o surgimento de seqüelas cardíacas e motoras, irreversíveis) - Culpa verificada (diante da falha no atendimento prestado) - Responsabilidade objetiva do hospital - Obrigação reparatória que deriva da correta aplicação dos artigos 927 do Código Civil e 14 do Código de Defesa do Consumidor - Danos materiais (lucros cessantes) - Cabimento - Verba devida, pelo período em que a genitora da menor ficou impedida de exercer atividade laborativa, diante do agravamento do quadro de saúde da filha - Danos morais - Ocorrência - Inegável o sofrimento, em virtude das seqüelas sofridas e o caráter irreversível - Fixação no valor equivalente a 250 salários mínimos (à data do sentenciamento) que não se afigura excessiva, ante a gravidade dos fatos - Sentença mantida - Recurso improvido”. Apelação com revisão 5527874600. Relator Des. Salles Rossi. Comarca Ribeirão Preto. 8ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento 21.10.2009.

“Dano Moral – Erro de diagnóstico laboratorial -Responsabilidade solidária do laboratório que realizou a análise clínica, do hospital que o sedia e do plano de saúde - Código de Defesa do Consumidor - Contratos coligados - Diagnóstico equivocado comprovado por perito judicial - Dano indenizável - Autor que já estava na posse de quatro exames favoráveis contra um desfavorável ao seu estado de saúde - Fato que impede a condenação no patamar pleiteado na petição inicial - Minoração – Inversão da sucumbência - Recurso provido”. Relator: Francisco Loureiro. Comarca de São Paulo. Apelação Cível 5688394600. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 16.07.2009.

CAPÍTULO VII

RESULTADOS

Foram analisadas 116 ações judiciais de reparação de danos materiais e morais por alegado erro médico, de aproximadamente 200 processos judiciais que compõem o acervo do Departamento Jurídico da Associação Paulista de Medicina.

Constatou-se que em aproximadamente 51% das ações judiciais analisadas, ou seja, em 59 processos judiciais, o fundamento jurídico do pedido foi efetuado diretamente no Código de Defesa do Consumidor, ou seja, aplicando-se todas as normas da legislação de consumo, entre elas, as prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário.

No entanto, em aproximadamente 30% das ações judiciais analisadas, o que representa 35 processos judiciais verificados, o fundamento jurídico do pedido foi efetuado diretamente nas normas do Código Civil, porém não exclusivamente, haja vista que entre os pedidos constavam requerimentos para a aplicação das prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário. Logo, considerou-se que, nestes casos, também houve a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, embora indiretamente.

Em aproximadamente 19% das ações judiciais analisadas, o que corresponde a 22 processos judiciais, o fundamento jurídico do pedido foi efetuado exclusivamente nas normas do Código Civil, sem a existência de requerimentos para a aplicação de qualquer prerrogativa de facilitação do acesso ao judiciário.

Gráfico 01 – Fundamentação jurídica do pedido nas ações judiciais por alegado erro médico – 2001 a 2008.

Para identificar a aplicação indireta do Código de Defesa do Consumidor nas ações judiciais por alegado erro médico analisadas, que correspondeu a aproximadamente 30% de todos os processos judiciais, ou seja, 35 ações judiciais; verificou-se a presença dos seguintes mecanismos de facilitação do acesso ao judiciário: 1º) assistência judiciária, 2º) litisconsórcio passivo, 3º) foro do domicílio do autor; 4º) inversão do ônus da prova.

Deve-se ressaltar que, nestes casos, admitiu-se que a aplicação da legislação de consumo de forma indireta, pois tais prerrogativas estão presentes no Código de Defesa do Consumidor para facilitar o acesso do consumidor ao judiciário, no entanto, algumas delas não são exclusivas deste diploma legal, sendo admitidas pelo ordenamento jurídico em outras situações.

Da análise desta parcela de processos, verificou-se o seguinte resultado:

1º) assistência judiciária no total de 16 casos; 2º) litisconsórcio passivo entre hospital, clínica e plano de saúde no total de 17 casos; 3º) foro do domicílio do autor no total de 5 casos; 4º) a inversão do ônus da prova no total de 2 casos.

Esclarece-se que os requerimentos são efetuados concomitantemente em cada ação judicial analisada.

Gráfico 02 – Prerrogativas de facilitação do acesso ao Poder Judiciário – 2001 a 2008.

CAPÍTULO VIII.

DISCUSSÃO

VIII.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Para o desenvolvimento da presente dissertação, do ponto de vista teórico, foi necessário identificar o papel que o direito tem dentro da sociedade, a hierarquia de valores estabelecidos para a determinação da felicidade, considerada do ponto de vista objetivo, a finalidade desempenhada pelas normas jurídicas ao disciplinar cada direito e, sobretudo, as características do sistema jurídico brasileiro.

Considerou-se como o valor maior desta ordem social, o direito à vida, à saúde e à defesa do consumidor, sempre em condições de dignidade, de maneira que as demais regras estabelecidas por leis infraconstitucionais somente poderão ser consideradas válidas dentro da ordem social se estiverem compatíveis com estes direitos constitucionalmente previstos, em razão do princípio da supremacia das normas constitucionais dentro do ordenamento jurídico.

Desta forma, através desta identificação inicial e da verificação das principais bases ideológicas do ordenamento jurídico brasileiro – isto é, dos princípios fundamentais dispostos no texto constitucional, especialmente no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornou-se mais fácil compreender o tratamento dispensado ao consumidor, principalmente no que se refere à defesa de seus interesses fundamentais, considerando-o parte mais vulnerável na relação jurídica estabelecida entre ele e o fornecedor de serviços, bem como sobre a possibilidade de serem aplicadas as normas de proteção ao consumidor especificamente à relação estabelecida entre o médico e o paciente.

Efetuuou-se a análise do instituto da responsabilidade civil no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, passando-se a tratar da adequação de sua aplicação ao exercício da atividade médica, considerando-se, especialmente, as conseqüências advindas das inúmeras transformações socioeconômicas provenientes da coletivização dos interesses e da massificação dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo; fato do qual resultou a necessidade da instituição de disposições especiais constantes na legislação de consumo – também no que se refere ao dever do profissional de reparar os danos causados na prestação de serviços de saúde.

A partir da análise de 116 ações judiciais em que se discute o dever do médico reparar os danos que resultam do seu exercício profissional, foi possível demonstrar que, embora haja discussão a respeito das características da relação jurídica estabelecida entre o médico e paciente, na atualidade, o Código de Defesa do Consumidor é o diploma legal efetivamente utilizado na fundamentação jurídica dos processos judiciais propostos perante o Poder Judiciário, não obstante o disposto no §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Isto porque, em 51% dos casos estudados, vislumbrou-se a indicação direta do Código de Defesa do Consumidor como fundamento jurídico do pedido da petição inicial; e em 30% dos casos, embora não houvesse a indicação direta da aplicação deste diploma legal, havia dentre os requerimentos, pedidos para a aplicação de alguma das prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário. Frise-se que somente em 19% dos casos analisados, o Código Civil foi indicado de forma exclusiva.

Frise-se que algumas das prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário, por exemplo, litisconsórcio passivo e assistência judiciária, embora sejam admitidas pelo Código de Defesa do Consumidor para promover o equilíbrio da relação de consumo, não são exclusivas deste diploma legal, de maneira que também são estabelecidas pelo Código de Processo Civil, desde que atendidos os requisitos da lei.

Por esta razão, estabeleceu-se que, nesta hipótese, a presença das prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário dentre os requerimentos sem a indicação expressa na fundamentação jurídica a respeito da aplicação da legislação de consumo, determinaria a aplicação indireta do Código de Defesa do Consumidor.

VIII 2 A DEFESA DO CONSUMIDOR E O EQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.

Com a Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte originário elevou a defesa do consumidor à categoria de direito fundamental do indivíduo, estabelecendo-o como um dever do Estado, especialmente por reconhecer a inexistência de igualdade entre as partes da relação jurídica, haja vista a notória vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor de produtos e serviços.

Trata-se de uma ordem expressa ao legislador infraconstitucional para a criação de um conjunto de regras que servissem como um mecanismo para efetivar o princípio da igualdade real e viabilizar a eficácia de outros direitos fundamentais.

Isto porque a proteção do consumidor não apenas se relaciona, mas também se justifica na defesa de variados direitos fundamentais como, por exemplo, o direito à vida, à saúde, à igualdade, à segurança do consumidor, à informação, à educação, etc. Representa ainda um verdadeiro atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como ao exercício de cidadania.

A partir da elaboração do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990 – foram efetivamente criadas regras cujo propósito era equilibrar a disparidade de forças entre partes de uma relação jurídica específica, intitulada relação de consumo, uma vez que, nesta nova convivência social, o consumidor é sabidamente frágil em relação ao fornecedor e, na ânsia de prover suas exigências pessoais ou familiares, sob pressão da necessidade, tem sua vontade desprezada pelo fornecedor, haja vista sua notória capacidade de imposição de regras na contratação face à força de seu poder negocial, decorrente de suas condições econômicas, técnicas e políticas.

Na tentativa de promover este almejado equilíbrio, especialmente no que se refere ao dever de reparar danos, de forma geral, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor adotou como regra geral, a teoria da responsabilidade objetiva, que tem como base o risco gerado pelo exercício de uma atividade econômica. Ressalte-se que, em parte, manteve a mesma disciplina do Código Civil de 1916.

Segundo a teoria da responsabilidade objetiva, o dever de indenizar os danos depende apenas da comprovação da existência de nexo de causalidade entre o resultado obtido e a ação ou omissão praticadas, sendo desnecessária qualquer investigação, no plano probatório, no que se refere ao elemento subjetivo da conduta praticada, ou seja, a culpa do agente – imprudência, negligência e imperícia.

Também no que se refere à necessidade de equilibrar a relação jurídica firmada entre consumidor e fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu uma série de outros direitos de natureza processual, cujo propósito é facilitar a defesa dos direitos da parte mais vulnerável – o consumidor – na tentativa de encorajá-lo a reclamar, impondo a vontade da lei ao caso concreto e equilibrando as relações jurídicas mediante a atuação do Poder Judiciário. São as intituladas prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário.

Como exemplo destas prerrogativas, é possível mencionar: a possibilidade do autor da demanda propor a ação no foro de seu domicílio, conforme artigo 101 do Código de Defesa do Consumidor; a assistência judiciária, o litisconsórcio passivo, como também a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, se a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências, conforme artigo 6º, VII do mesmo diploma legal.

Após o Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do médico pelo alegado erro médico tornou-se um tema bastante discutido, principalmente em virtude das características inerentes ao exercício da atividade médica, que se relaciona especialmente com dois direitos fundamentais e constitucionalmente protegidos – direito à vida e à saúde, conforme será abaixo esclarecido.

VIII.3 A ATIVIDADE MÉDICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Desde os primórdios da humanidade, a Medicina teve um papel preponderante dentro da sociedade no sentido de viabilizar a sobrevivência do ser humano, sendo uma atividade fundamental para determinar o efetivo cumprimento do direito à vida e à saúde – sempre com o objetivo de viabilizar seu exercício em condições dignas.

Como o exercício da atividade médica está intrinsecamente relacionado com a aplicação destes direitos considerados fundamentais ao indivíduo, que traduzem o mínimo essencial para a sobrevivência, foi necessário instituir regras específicas para tutelar toda a atuação do profissional da Medicina.

Frise-se que os diplomas normativos que disciplinam o exercício desta atividade são principalmente: a Constituição Federal, o Código Civil e o Código de Ética Médica, havendo discussão sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Até a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade médica era disciplinada pelos artigos 159 e 1.545 do Código Civil de 1916, fundamentada na teoria da responsabilidade subjetiva, ou seja, com a necessidade de comprovação da culpa do agente para determinar o dever de reparar danos.

Importante mencionar a disposição expressa do artigo 1.545 do Código Civil de 1916 a respeito da atividade médica: “os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e

dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.”

Com as alterações provenientes da nova sociedade de consumo, o médico, que era uma pessoa escolhida pela família para acompanhar toda a vida do paciente, passa a ser um profissional selecionado mais pelo seu nível de conhecimento e grau de especialização do que por qualquer outro motivo específico, de forma que, para a maior parte da doutrina e da jurisprudência, passou a ser considerado um fornecedor que presta serviços médicos, justificando-se a aplicação das regras constantes no Código de Defesa do Consumidor.

Sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica estabelecida entre médico e paciente, conforme acima referido, há discussão a respeito, principalmente em virtude da própria natureza dos serviços médicos.

Isto porque a atividade médica não pode ser simplesmente caracterizada como uma prestação de serviços tal como outra qualquer, haja vista que o dever do médico, no exercício da Medicina, vai muito além da obrigação de atender o paciente em contrapartida do recebimento dos honorários profissionais.

Faz-se necessário esclarecer, no entanto, que a posição majoritária é no sentido de admitir a aplicação da legislação de consumo a esta espécie de relação jurídica, embora seja um fato controvertido.

Sobre o assunto, vale ressaltar que a identificação da natureza jurídica da relação estabelecida entre médico e paciente – ou seja, se pode ou não ser caracterizada como uma legítima relação de consumo – é de fundamental importância dentro do ordenamento jurídico, pois é o que irá definir se é possível aplicar, a esta situação específica, o Código de Defesa do Consumidor, que é um conjunto de normas extremamente protetoras dos consumidores e sua utilização certamente determinaria maior dificuldade para a classe médica.

Importante observar que a aplicação das normas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor justifica-se apenas se houver desequilíbrio na relação jurídica, de forma que, não havendo, será evidente a ocorrência de uma violação ao princípio da igualdade.

Embora seja sempre o médico o agente que irá praticar a ação ou a omissão da qual resultará o dano alegado, de acordo com o próprio Código de Defesa do Consumidor, o regime de aferição da responsabilidade pelos prejuízos decorrentes do exercício da Medicina será diferenciado caso o médico exerça a atividade na qualidade de profissional

liberal, isto é, por sua própria conta e risco; ou se houver vínculo com alguma sociedade empresária – hospital, planos de saúde ou clínica médica. Em cada uma das hipóteses, a responsabilidade obedece a parâmetros próprios.

Assim, em relação à responsabilidade dos médicos no exercício da atividade, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu duas regras distintas: 1º) primeira hipótese: como resultado da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico na qualidade de profissional liberal, nos termos do §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor; 2º) segunda hipótese: decorrente de prestação de serviços médicos de forma empresarial, em que estão incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos, etc., cujo fundamento se dá apenas no *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, verifica-se que, segundo o Código de Defesa do Consumidor, o exercício atividade médica poderá ser objeto de relação de consumo quando o serviço de saúde é prestado por sociedades empresárias, por exemplo, hospitais, clínicas de saúde e convênios médicos. Assim, não há qualquer objeção às normas protetoras do consumidor para disciplinar esta relação jurídica, pois é evidente o preenchimento dos requisitos que justificam a sua aplicação, ou seja, finalidade lucrativa no exercício da atividade por parte do fornecedor, o domínio dos fatores de produção e de técnica, bem como a fragilidade e submissão do consumidor, determinando o desequilíbrio entre as partes.

Em outras palavras, há o reconhecimento da vulnerabilidade do paciente em face destas sociedades empresárias, que detêm o domínio da técnica e maior capacidade econômica na relação de consumo.

Nesta hipótese, deve ser aplicada a teoria da responsabilidade civil objetiva, considerada regra geral do *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que regula a responsabilidade da maior parte dos fornecedores de serviços pelos prejuízos decorrentes do exercício de sua atividade, bem como de todas as prerrogativas de facilitação de acesso ao judiciário, ou seja, os direitos de natureza processual que viabilizam a defesa dos direitos pelo consumidor e o equilíbrio da relação jurídica.

Em relação ao fornecimento de serviços por profissionais liberais, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu uma regra específica, pois a responsabilidade deve ser apurada mediante a verificação da culpa do médico no exercício de sua atividade, em razão da natureza *intuitu personae* dos serviços prestados e do reconhecimento da fragilidade do profissional que pratica uma atividade de forma independente.

Esta forma de responsabilidade é considerada exceção no Código de Defesa do Consumidor, que procurou resguardar o profissional liberal que realiza seu trabalho por conta e risco próprios, pois depende da demonstração de culpa, considerada em sentido amplo (dolo, negligência, imprudência e imperícia), ressalvada a possibilidade do médico ter assumido uma obrigação para a concretização de resultado específico, ocasião em que se compromete em apresentar um resultado final certo, de forma que, nesta situação, a culpa será presumida, ou seja, independe de prova.

Ressalte-se que o Código de Defesa do Consumidor foi bem claro ao dizer que a exceção só abrange a responsabilidade pessoal do profissional liberal, não favorecendo, portanto, a pessoa jurídica para a qual ele trabalhe como empregado ou que faça parte da sociedade.

Trata-se do disposto no §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que afasta nesta hipótese a responsabilidade objetiva, pois toda a imputação formulada em face dos profissionais liberais deverá ser demonstrada sob pena de não gerar a obrigação de indenizar. Em outras palavras, na medida em que o legislador estabelece que a reparação de danos pelo profissional liberal tem como pressuposto a comprovação da culpa, indica expressamente que não é aplicável o Código de Defesa do Consumidor, mas sim o Código Civil, pois este é o diploma que adota como regra geral em matéria de responsabilidade civil a teoria da responsabilidade subjetiva.

Por esta razão, no que se refere à responsabilidade civil do médico que atua de forma direta na execução da atividade médica, isto é, que mantém com o paciente uma relação jurídica de caráter personalíssimo, na qualidade de profissional liberal, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor manteve a mesma disciplina do Código Civil de 1916, haja vista que no §4º do artigo 14, determinou a necessidade de comprovação de culpa na fixação de sua responsabilidade na reparação de danos.

No mesmo sentido, a disciplina do Código Civil vigente, que dispõe sobre o assunto nos artigos 186, 927 e 951. Prevê este diploma legal o dever de indenizar por parte daquele que “no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”, reforçando uma vez mais o critério da culpa na responsabilidade civil do médico.

Portanto, constata-se que, nos três diplomas legais, a responsabilidade civil do médico no exercício da profissão deve ser apurada mediante a comprovação de culpa do

profissional na ação ou omissão, não havendo qualquer discussão sobre o fato de que, nesta hipótese, deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva.

Isto porque, embora o médico que atua na qualidade de profissional liberal seja visto como um fornecedor de serviços, detentor do domínio de uma técnica desconhecida pelo paciente, foi considerado pelo legislador economicamente frágil na relação jurídica, principalmente porque não exerce sua atividade com exclusiva finalidade lucrativa, de maneira que a determinação de sua responsabilidade pelos eventuais danos causados não se dá mediante a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, isto é, com base no risco da atividade, mas sim por meio da comprovação de sua culpa na realização da atividade.

No que se refere ao domínio da técnica médica, é importante esclarecer que tal fato não pode mais ser considerado um diferencial relevante em relação ao paciente, que seja capaz de justificar a hipossuficiência deste em relação àquele, uma vez que, na atualidade, o médico tem o dever de informar ao paciente a respeito de tudo aquilo que está sucedendo, especialmente sobre todas as técnicas que devem ser aplicadas para a obtenção de resultados satisfatórios, requerendo, sobretudo, a sua autorização. Trata-se do intitulado consentimento informado.

Logo, verifica-se que o profissional liberal foi considerado hipossuficiente pelo legislador no que se refere às práticas de mercado e em relação aos demais fornecedores de serviços, já que não detém o controle da relação jurídica estabelecida e nem superioridade econômica. Por isso, nesta hipótese específica, a aplicação das prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário, especialmente aquelas estabelecidas exclusivamente pelo Código de Defesa do Consumidor, constitui uma verdadeira ofensa ao princípio da igualdade, haja vista que proporciona notório desequilíbrio entre as partes do processo com a adoção dos privilégios de facilitação do acesso à justiça ao paciente em detrimento do médico em uma situação em que não há justificativa plausível.

A título de exemplo, admitir-se que o paciente proponha a ação no foro de seu domicílio em detrimento do profissional liberal, tal como autoriza o Código de Defesa do Consumidor, seria tratar as partes de forma totalmente desigual, onerando demasiadamente uma em face da outra ante um dano aparentemente causado e ainda não provado.

No entanto, embora não haja dúvida a respeito da não-incidência do Código de Defesa do Consumidor à atividade médica desenvolvida pelo profissional liberal, por meio da análise das referidas ações judiciais, ficou demonstrado que esta regra não foi suficiente

para abolir a aplicação das demais prerrogativas conferidas ao consumidor pela legislação brasileira de consumo na prática médica, que têm sido normalmente aplicadas.

VIII 4. CÓDIGO CIVIL OU CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR?

O principal argumento dos doutrinadores que defendem a aplicação do Código Civil para disciplinar o exercício da atividade médica é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não teria revogado o artigo 1.545 do Código Civil de 1916, uma vez que, no §4º do artigo 14, expressamente foi estabelecido que a responsabilidade do profissional liberal dá-se mediante a comprovação de culpa, admitida em sentido amplo, o que significa dizer, *contrario sensu*, conforme as regras já estabelecidas no Código Civil.

Com a promulgação do Código Civil vigente, este argumento ganhou ainda mais força, pois se trata de uma lei posterior ao diploma legal que regula as relações de consumo, estabelecendo a responsabilidade subjetiva pelos danos causados no exercício de atividades profissionais.

O artigo 951 do Código Civil vigente expressamente declara-se o diploma legal aplicável à responsabilidade do agente que, no exercício da sua atividade profissional, cause dano a terceiro por negligência, imprudência ou imperícia. Estabelece o referido dispositivo: "O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho". Esclarece-se que os dispositivos legais acima citados fixam o ressarcimento dos danos corporais causados às pessoas.

Logo, justifica-se a permanência da responsabilidade médica no âmbito do Código Civil que tem sido ignorada pela maior parte dos doutrinadores, que sustentam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à responsabilidade civil do médico.

VIII 5. APLICAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DE FACILITAÇÃO DO ACESSO AO JUDICIÁRIO ÀS AÇÕES JUDICIAIS POR ALEGADO ERRO MÉDICO.

Verifica-se que a questão principal de toda a temática sobre a aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor, bem como das prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário à relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente está em definir se esta relação pode ou não ser considerada uma legítima relação de consumo.

Não há dúvida de que o médico presta serviços ao paciente e nesta qualidade deve ser classificado como fornecedor de serviços. No entanto, há alguns pontos relevantes a serem considerados nesta relação jurídica, que cada vez mais a distancia dos propósitos do legislador consumerista, por exemplo, o objeto do serviço prestado que, conforme já acima referido, é a sobrevivência, a vida e a saúde.

Neste sentido, verifica-se que a atividade médica vai muito além de uma mera prestação de serviços, haja vista que o médico é também o guardião da saúde, o conselheiro e orientador do paciente.

Deve-se ressaltar ainda que, em razão da natureza dos serviços prestados pelo médico, a obrigação por ele assumida com o paciente é de meio e não de resultado, fundamentando-se no princípio de que a cura, muitas vezes, não é certa, haja vista que não só depende da ação do médico, mas também da reação orgânica do paciente, do nível da gravidade da doença, bem como da obediência do paciente em realizar o tratamento prescrito, o que dificulta ainda mais a determinação da responsabilidade na reparação de danos.

Outra observação importante se refere ao fato de que o médico, quando atua na qualidade de profissional liberal, exerce uma atividade por sua própria conta e risco, ou seja, embora detenha o domínio da técnica utilizada, não é economicamente superior ao consumidor, de forma que a concessão de prerrogativas em seu desfavor iria proporcionar o desequilíbrio na relação jurídica e não equilibrá-la, contrariando o princípio da igualdade.

Desta forma, o médico que atua na qualidade de profissional liberal não pode ser tratado da mesma maneira que uma sociedade empresária, ou seja, um hospital, clínica e planos de saúde, haja vista que não detém poderes semelhantes aos destas instituições em relação ao paciente, de forma que não pode ser admitida nesta hipótese a utilização das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Embora o próprio Código de Defesa do Consumidor, no §4º de seu artigo 14, tenha expressamente reconhecido que a responsabilidade civil do médico, no exercício de sua atividade profissional, somente pode ser determinada mediante a comprovação de culpa, vale dizer, nos termos do disposto no Código Civil, não esclareceu especificamente a respeito da aplicação, ou não, das prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário.

Não é possível afirmar categoricamente que se trata de uma lacuna da lei, pois, na medida em que se afirma que a responsabilidade civil do profissional liberal deve ser apurada mediante a verificação da culpa do profissional, nos termos do §4º do artigo 14,

pode-se dizer que ficou reconhecido que, nesta situação, não deveria ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor em sua integralidade. Logo, pode-se considerar que o legislador pretendeu dizer que também não há falar-se na aplicação de nenhuma das prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário, salvo aquelas que não são exclusivas da legislação de consumo, desde que preenchidos os requisitos da lei.

Portanto, acredita-se que, em tese, também as prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário não poderiam ser aplicadas às ações judiciais de reparação de danos materiais e morais por alegado erro médico, porque parte-se do entendimento de que o próprio Código de Defesa do Consumidor excepcionou sua utilização aos danos resultantes da atuação dos profissionais liberais no exercício de sua atividade. Isto porque o intuito do legislador seria viabilizar o atendimento do princípio da igualdade, equilibrando relações jurídicas e, nesta situação específica, não haveria evidente desequilíbrio a ser sanado.

Por esta razão, a adoção das prerrogativas dispostas na legislação de consumo, que são benéficas exclusivamente ao consumidor, nesta hipótese específica, desequilibraria a relação jurídica e, portanto, contrariaria o princípio da igualdade, caminhando em sentido contrário aos objetivos inerentes à própria lei, pois, também é reconhecida a fragilidade do médico que atua na qualidade de profissional liberal.

Entretanto, de acordo com a presente pesquisa, a partir da análise de processos judiciais, verificou-se que as normas do Código de Defesa do Consumidor, atualmente, têm sido normalmente aplicadas às ações judiciais em que se discute o erro médico de forma geral, isto é, tanto no que se refere à definição dos critérios para a determinação da responsabilidade do profissional, ou seja, da necessidade ou não da comprovação da culpa médica; quanto para a aplicação dos direitos e prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário que, na maior parte das vezes, são benéficas exclusivamente ao consumidor, prejudicando o fornecedor de serviços.

Tal fato restou comprovado a partir da análise de casos concretos, uma vez que se verificou que em aproximadamente 81% das ações judiciais verificou-se a indicação de normas pertinentes à legislação de consumo, haja vista que em 51% dos processos judiciais houve a aplicação direta do Código de Defesa do Consumidor e em 30% constava como requerimento a aplicação de alguma das prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário, de forma que apenas aproximadamente 19% dos casos analisados apresentaram como fundamento jurídico exclusivamente o Código Civil.

Desta forma, a partir do estudo efetuado, concluiu-se que, na atualidade, é majoritário o entendimento de que a relação jurídica estabelecida entre médico e paciente no exercício da Medicina é caracterizada como típica relação de consumo, cuja disciplina tem sido efetuada nas normas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor.

CONCLUSÃO

A partir da análise de 116 ações judiciais de reparação de danos materiais e morais por alegado erro médico, de um total de aproximadamente 200 ações judiciais que compõem o acervo de processos da Associação Paulista de Medicina, verificou-se que o Código de Defesa do Consumidor tem sido a legislação aplicada de forma amplamente majoritária pelos profissionais do Direito para regular o exercício da atividade médica de forma geral, ou seja, tanto a atividade desenvolvida pelos médicos que atuam na qualidade de profissionais liberais, assumindo pessoalmente o risco do exercício da atividade; quanto por sociedades empresárias – hospital, planos de saúde ou clínicas médicas, cujo principal objetivo é desenvolver a atividade para obtenção de lucro.

Verificou-se que em aproximadamente 51% dos casos foi indicado pela parte como fundamento jurídico do pedido o Código de Defesa do Consumidor; em 30% das ações judiciais analisadas, embora não tenha sido expressamente indicado o Código de Defesa do Consumidor como fundamento jurídico do pedido, constatou-se a presença de requerimento para a aplicação de alguma das prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário. E, em aproximadamente 19% dos casos analisados, o fundamento legal foi efetuado exclusivamente nas normas do Código Civil.

Uma das conseqüências mais importantes que resulta da aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, especialmente sobre o exercício da atividade médica, é o excessivo aumento do número de ações judiciais em que se discute a responsabilidade médica, antes consideradas raras no Judiciário em razão da dificuldade para se comprovar os fatos supostamente ocorridos, o que agora se encontra facilitado pelas prerrogativas estabelecidas na legislação de consumo.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. *Noções fundamentais de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. 3. ed. Milano: Giuffré, 2001.
- ALTAVILLA, Enrico. *La colpa*. Roma: Dell'ateneo, 1950
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. v.I. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ALVIM, José Manuel de Arruda. *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo. Sua evolução ao lado do direito material*. Âmbito Jurídico, v.44, p.01, 2007.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Proteção ao consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo, RT, 1993
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2000.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AVECONE, Pio. *La responsabilità penale del medico*. Vallardi, 1981
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Editora Renovar, 2002,
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor: código de defesa do consumidor (Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991

_____. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1991.

_____. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Campus. 11. ed. Rio de Janeiro, 1992.

_____. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, 13 ed.

BOURGOIGNIE, Thierry. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris: Editora Schulthes, 1982

BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad civil*, Madrid: Montecorvo, 1993

BUENO, Cassio Scarpinella. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BULGARELLI, Waldirio. *Tutela do consumidor na jurisprudência e de lege ferenda*. Revista de Direito Mercantil. Nova Série, Ano XVII, nº 49, 1983

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003

CAS, Gérard. *La défense du consommateur*. Paris: Presses Universitaires de France, 1980

CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Editora Método, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *O direito do consumidor no limiar do século XXI in* Revista Trimestral de Direito Civil, ano I, vol. 2, São Cristóvão (RJ):Ed. Padma, abr/jun 2000

_____, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

CAVALVANTI, Themístocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. t. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. *A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo, n.º 19, 1997,

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COSTALES, Javier Fernandez. *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Madrid: Ed. La Ley, 1987.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Hemus, 12ª edição, 1996.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Erro médico e o direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CURTIS COOK, Douglas Basil. *O Empresário diante das transformações*. São Paulo: Editora McGraw-Hill do Brasil, 1978

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. III.

DEJOURS, Christophe. *Por um novo conceito de saúde*. In: Revista brasileira de saúde ocupacional, nº 54, volume 14, abril, maio, junho, 1986

DESTEFFENI, Marcos. *Curso de Processo Civil*, v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2009

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 1.

DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1998.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.

DIGESTO di Giustiniano, Liber Nonus, Dig. 9.2.7.8, Ulpianus 18 ad edictum. Disponível em: <http://www.filodiritto.com/diritto/romano/digestogiustiniano9.htm>.

DIMOULIS, Dimitri. *Dogmática dos Direitos Fundamentais: Conceitos Básicos*. Caderno de Comunicações: curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, ano 5, n. 2, jan. 2001.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v.I. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O Estado atual do biodireito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, A. B. H. *Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCIA, Basileu. *Instituição de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996.

GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor versus propaganda*. Editora Summus, 1991.

GOMES, Julio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Velloso. *Erro médico: um enfoque sobre sua origem e suas conseqüências*. São Paulo: Editora Guanabara Koogan (Grupo GEN), 2002.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Curso de direito civil: elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Comentários aos arts. 927 à 965. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Org.). *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

_____. *Direito Civil*, v.I. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
 GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*. Napoli: Jovene, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al). *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. *Estudos de direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. *Novos rumos da satisfação reparatoria*. In: *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

JOSSERAND, Lois. *Derecho civil: teoria geral de las obligaciones*. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America/BOSCH y Cía, 1950. V. 1, Tomo II

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1979.

_____. *O que é justiça?* São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 4.ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1998.

KOTLER, Philip. *Administração e Marketing Social: uma ampliação do conceito de troca*. Revista de Administração – O conceito de Marketing em diferentes estágios de desenvolvimento econômico. São Paulo: Editora Atlas, 1978.

KUMPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao Estudo do Direito*. Lei de Introdução ao Código Civil e Hermenêutica Jurídica. São Paulo: Editora Método, 2007

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

_____. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil: parte geral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

LUÑO, Perez. Delimitación Conceptual de los Derechos Humanos, in *Los Derechos Humanos, Significación, Estatuto Jurídico y Sistema*, Sevilla, Publicaciones de La Universidad de Sevilla, 1979.

MANCUSO, Rodolfo de Carmargo. *Manual do Consumidor em juízo*. 2.ed. São Paulo: Edição Saraiva.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*, v. II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, RT, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Processo Civil*, Ed. 1967, v. 3, São Paulo: Saraiva, 1998.

MATIELO, Fabricio Zamprogna, *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 1998.

MATTOS, Cecília. *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. *Revista do Direito do Consumidor*, vol. II. São Paulo, [1998].

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 1999. t. 1.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2002.

- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2003
- MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MORÁN, Luis González. *La responsabilidad civil del médico*. Barcelona: Bosch, 1990
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. In: Revista de Direito do consumidor, vol. 22, São Paulo: Editora RT, abril-junho 1997.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A proteção jurisdicional dos interesses coletivos e difusos, na obra Tutela dos interesses difusos*. São Paulo, Max Limond, 1984
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidade civil*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1979.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e Legislação Extravagante*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NEVES, Murilo Sechieri Costa. *Pressupostos da Responsabilidade Civil e o Dano Injusto*. 2003. 128 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Pontifícia Universidade Católica – PUC, São Paulo, 2003.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NUNES, Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2005.
- PANASCO, Wanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- PENNEU, Jean. *La réforme de La responsabilité médicale*. Revue Internationale de Droit Comparé, 1990.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.
- _____. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- _____. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PRUX, Oscar Ivan. *A responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: editora Del Rey, 1998.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *O problema da fiscalização das atividades profissionais – a natureza ‘estatal-corporativa’ do Conselho Federal de Medicina – Conceito da ‘deontologia médica’ – que se deve entender por ‘código’*. In: Revista dos Tribunais n. 503, 1957

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseler, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROBINSON, Victor. *The history of medicine*. New York: The New Home Library, 1943.

ROCHA, Julio César de Sá. *Direito da Saúde*. São Paulo: Editora LTR, 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

_____. *Direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1.

SAID CAHALI, Yussef. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco. *Programa de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2006.

SCHUWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. *O conceito de saúde*. In: Revista de saúde pública, nº 5, volume 31, outubro de 1997, p. 538-542.

SIDOU, Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 8 ed., 1998.

_____. *Comentário contextual à Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil do médico na inseminação artificial*. In: responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Art. 944. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SIMÃO, José Fernando. *Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, vol. 02, editora Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, 6ª edição.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de Processo Penal*. v 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito civil: teoria geral: introdução ao direito romano*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva. 2002.

ZANELATO, Marco Antonio. *Cláusulas abusivas em contrato comercial*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.

APENDICE A – Representação gráfica da análise da fundamentação jurídica do pedido dos processos judiciais por alegado erro médico.

Processos	CDC	Processos	CDC	Processos	CDC
1	CDC Indireto	41	Código Civil	81	CDC Indireto
2	Código Civil	42	CDC Indireto	82	CDC Direto
3	CDC Direto	43	Código Civil	83	CDC Direto
4	CDC Direto	44	Código Civil	84	CDC Direto
5	CDC Indireto	45	CDC Indireto	85	CDC Direto
6	CDC Direto	46	Código Civil	86	CDC Direto
7	CDC Indireto	47	CDC Indireto	87	CDC Indireto
8	CDC Indireto	48	Código Civil	88	CDC Direto
9	CDC Indireto	49	Código Civil	89	CDC Direto
10	CDC Direto	50	CDC Direto	90	CDC Direto
11	CDC Indireto	51	Código Civil	91	CDC Direto
12	CDC Indireto	52	Código Civil	92	CDC Indireto
13	CDC Direto	53	CDC Direto	93	CDC Indireto
14	CDC Indireto	54	Código Civil	94	CDC Direto
15	CDC Direto	55	Código Civil	95	CDC Direto
16	CDC Direto	56	CDC Indireto	96	CDC Indireto
17	Código Civil	57	Código Civil	97	CDC Direto
18	CDC Direto	58	CDC Direto	98	CDC Direto
19	CDC Indireto	59	CDC Direto	99	CDC Direto
20	CDC Direto	60	CDC Direto	100	CDC Direto
21	CDC Direto	61	CDC Direto	101	CDC Direto
22	CDC Indireto	62	CDC Indireto	102	CDC Direto
23	CDC Direto	63	CDC Direto	103	Código Civil
24	CDC Indireto	64	CDC Direto	104	CDC Direto
25	CDC Indireto	65	Código Civil	105	CDC Direto
26	CDC Direto	66	CDC Direto	106	CDC Direto
27	Código Civil	67	Código Civil	107	Código Civil
28	CDC Direto	68	CDC Direto	108	CDC Direto
29	CDC Direto	69	CDC Indireto	109	CDC Direto
30	CDC Indireto	70	CDC Indireto	110	CDC Indireto
31	CDC Indireto	71	CDC Indireto	111	CDC Direto
32	CDC Indireto	72	CDC Indireto	112	CDC Direto
33	CDC Indireto	73	CDC Direto	113	CDC Direto
34	CDC Direto	74	CDC Indireto	114	Código Civil
35	CDC Indireto	75	CDC Direto	115	CDC Direto
36	CDC Direto	76	CDC Direto	116	CDC Direto
37	CDC Indireto	77	Código Civil		
38	Código Civil	78	CDC Direto		
39	Código Civil	79	CDC Direto		
40	CDC Direto	80	CDC Indireto		

APÊNDICE B – Representação gráfica da análise das prerrogativas de facilitação de acesso ao judiciário – 2001 a 2008.

Processos	Inversão do ônus da prova	Assistência judiciária	Litisconsórcio passivo	Foro de competência
1	sim	não	sim	não
5	não	sim	não	não
7	não	não	sim	não
8	não	sim	não	sim
9	não	não	sim	não
11	não	sim	não	não
12	não	não	não	sim
14	não	não	sim	não
19	não	sim	não	não
22	não	não	sim	não
24	não	sim	não	não
25	não	não	sim	não
30	não	sim	não	não
31	não	não	sim	não
32	não	sim	não	não
33	sim	não	sim	sim
35	não	sim	não	não
37	não	sim	não	não
42	não	não	sim	não
45	não	não	sim	não
47	não	não	sim	não
56	não	sim	não	não
62	não	não	sim	sim
69	não	sim	não	não
70	não	não	sim	não
71	não	não	não	sim
72	não	não	sim	não
74	não	sim	não	não
80	não	não	sim	não
81	não	sim	não	não
87	não	não	sim	não
92	não	sim	não	não
93	não	sim	não	não
96	não	não	sim	não
110	não	sim	não	não