

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

THE APPLICATION OF THE CODE OF CONSUMER PROTECTION TO CLAIMS FOR ALLEGED MEDICAL MALPRACTICE

*Roberto Augusto de Carvalho Campos**

*Andréia Cristina Scapin***

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 art. 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.

Palavras-chave: Erro médico. Reparação de danos. Código de Defesa do Consumidor. Código Civil. Profissional liberal. Culpa.

Abstract:

This paper aims to analyze the medical responsibility within the context of the current doctrine and case law to demonstrate, through the analysis of legal claims for alleged medical malpractice before courts, that the rights granted to the consumers by the Code of Consumer and prerogatives of facilitating access to courts are currently applied by legal professionals to the exercise of medical activity in general, ie, both in relation to business companies - hospitals, clinics and health plans, and healthcare liberal professionals, without considering that § 4 of art. 14 of the Code of Consumer, which required the burden of proof (recklessness, negligence and malpractice) for professional liberal liability, determines a *contrario sensu*, the application of the rules of the Civil Code, so that also prerogatives facilitation of access to courts, typically of consumer legislation could not be applied to the exercise of independent professional activity.

* Professor Doutor do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

** Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Convidada pelo Autor.

Keywords: Medical Malpractice. Repairing damage. Code of Consumer. Civil Code. Liberal Professionals. Guilt.

1. Introdução

A partir da análise da história e evolução da humanidade, desde os tempos mais remotos, constata-se a importância do exercício da Medicina e o respeito do médico para a sociedade. Reconhecido como titular de um dom divino – por vezes, considerado até mesmo um mago ou sacerdote – o médico era visto como alguém escolhido pela família para acompanhar a vida do paciente desde o nascimento, estabelecendo-se com ele uma relação de confiança e personalidade.

Os registros mais antigos que regulam a atividade médica remontam dos séculos XVIII e XVII a.C. O Código de Ur-Nammu, dos sumérios na Mesopotâmia, estabelecia punições aos médicos e aos cirurgiões que desempenhassem mal a atividade médica, definindo uma escala de pagamentos quando fossem verificadas lesões decorrentes de seu exercício. Neste mesmo sentido, o Código de Hamurabi da Babilônia fixava pena caso o médico não obtivesse êxito em sua atuação e a possibilidade de ser exigida uma remuneração pelos serviços prestados somente se houvesse sucesso no desenvolvimento do ofício.

No Egito, os médicos eram responsabilizados pelo insucesso caso não tivessem observado o disposto no “Livro Sagrado” para o exercício da atividade. Caso ocorresse a morte do paciente nesta situação, seria submetido inclusive à pena capital.

No século V a.C., na Grécia, elaborou-se a série de tratados escritos intitulados “*Corpus Hippocraticum*”, em homenagem a Hipócrates, considerado “pai da medicina” e idealizador do modelo ético da prática médica, no qual foi estabelecido o princípio de que a culpa médica não poderia ser presumida na inexistência de êxito na atuação.

Em Roma, os médicos também poderiam sofrer sanções de ordem pública caso não fosse obtido sucesso no exercício da atividade. Enquanto houve o domínio da Lei das XII Tábuas, havia lugar para a vingança privada, no entanto, posteriormente, surgiu a possibilidade de realizar-se a composição voluntária a fim de que o agressor entregasse uma quantia em dinheiro para reparar o prejuízo sofrido pela vítima.

Sobrevém a *Lex Aquilia de damno*, no século III a.C., que formulou o conceito de culpa determinando quais seriam os delitos que poderiam ser cometidos por médicos, estabelecendo-se a obrigação de reparar os danos causados e até mesmo a pena de morte ou deportação do médico culpado por faltas profissionais.

Conforme o Direito Romano, o médico era responsabilizado desde que houvesse a comprovação da negligência ou imperícia na arte de curar.

No Brasil, a responsabilidade médica foi regulada inicialmente pelas Ordenações do Reino, sob forte influência do Direito Romano, cuja aplicação era expressamente reconhecida como subsidiária. Previa-se a obrigação do ofensor reparar o dano causado, de forma que se tratava a responsabilidade civil e penal conjuntamente.

Teixeira de Freitas, no entanto, discordava do tratamento dado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro da época. Afirmava que a responsabilidade civil não podia ser tratada com parte da responsabilidade criminal, pois reconhecia a autonomia dos institutos e a necessidade de previsão pela legislação civil para o ressarcimento de danos.

No ordenamento jurídico brasileiro, por um longo tempo, não existiram grandes discussões e divergências a respeito da forma pela qual deveria ser regulada a responsabilidade médica. O Código Civil, de 1916, estabelecia nos arts. 159 e 1.545 que a imposição da responsabilidade pela prática de atos, em virtude da atividade médica, dos quais resultassem prejuízo ao paciente, somente ocorreria se houvesse a comprovação de imprudência, negligência ou imperícia do médico, ou seja, a intitulada culpa médica; aplicando-se, portanto, a teoria da responsabilidade subjetiva.

Importante observar que, a despeito do previsto na codificação civil de 1916, já naquele período, existiam leis esparsas que regulavam a aplicação da responsabilidade civil com base na teoria da responsabilidade objetiva, que estabelece o dever de reparar os danos resultantes de atos praticados no exercício de atividades de risco.

Contudo, com o advento da Revolução Industrial, a sociedade começou a sofrer um profundo impacto no processo produtivo em decorrência de inovações tecnológicas, econômicas e culturais, do qual resultou o fenômeno da cultura de massa, impondo uma nova sociedade, intitulada “sociedade de consumo”, com um sistema de vida totalmente diferente do anterior.

Também houve repercussão desta nova cultura de massa em relação ao exercício da atividade médica, exigindo-se a adaptação dos médicos às necessidades da sociedade de consumo. De amigo e conselheiro da família – o que, atualmente, é um privilégio de um número reduzido de pacientes, o médico passou a ser visto como o profissional que tem o domínio de uma técnica específica, sendo sua importância proporcional ao nível de conhecimento e de especialização que detenha em um determinado procedimento.

A necessidade da contratação de convênio médico-hospitalar acaba por impactar a atuação profissional do médico e a relação estabelecida entre o médico e o paciente, especialmente por ter sido reduzido o tempo de consulta que fosse possível viabilizar o atendimento de mais pacientes por um mesmo profissional e gerar maior lucro a todas as sociedades empresárias que sobrevivem em virtude do exercício da Medicina.

Por esta razão, passou-se a discutir a natureza jurídica das relações estabelecidas a partir do exercício da atividade médica, em especial se o médico pode ser

considerado um prestador de serviço, nos termos do disposto no Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, cujo propósito é promover o equilíbrio técnico de uma relação jurídica cuja marca é a vulnerabilidade de uma parte em relação à outra, por meio da concessão de benefícios como: a adoção da responsabilidade objetiva, ou seja, que independe da comprovação de culpa para determinar o dever de indenizar os prejuízos causados pelo prestador de serviços, como também o uso das prerrogativas de facilitação de acesso ao judiciário, por exemplo, inversão do ônus da prova, assistência judiciária, foro do domicílio do autor para a propositura da demanda, entre outras.

2. Previsão constitucional do direito à vida e à saúde

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

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 art. 5º, *caput*, “a inviolabilidade do direito à vida”, por meio do seguinte texto: “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 reconhecida como objeto de direito personalíssimo, que deve ser protegida contra tudo e contra todos.¹

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.²

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 art. 196 da Magna Carta: “o direito à saúde é um direito de todos, constituindo um dever do Estado sua efetivação”.

¹ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 200.

² CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v.1, t. 1. p. 435.

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.

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.³

A palavra saúde é derivada do latim *salute* e está relacionada com a ideia 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 art. 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”.⁴

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”.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 5. reimp. Editora Almedina, 2008. p. 131 e 343.

⁴ DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, n. 54, v. 14, p. 7-11, abr./jun. 1986. p. 11.

Foi a Constituição Federal de 1988, intitulada “Constituição Cidadã” que melhor disciplinou o Direito à Saúde. No art. 6º da Magna Carta, está previsto como direito fundamental, o direito social à saúde.

De forma geral, determina-se que a todos os entes da Federação cabe cuidar da saúde e da assistência pública, conforme disposto no art. 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 art. 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 art. 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 art. 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.

A Medicina tem um papel preponderante dentro da sociedade porque viabiliza o efetivo cumprimento do direito à vida e à saúde, que traduzem o mínimo essencial para a sobrevivência em condições de dignidade. 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 tem o dever de regular as atividades que submetem 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 o seu tratamento.

3. 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 art. 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 art. 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.

4. 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 arts. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 arts. 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.

5. 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 irrecuperável do paciente e de seus familiares.⁵

⁵ STOCO, Ruy. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos

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.⁶

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, médicos erram porque são pessoas, sendo este o preço que os seres humanos pagam pela habilidade de pensar e agir. Afirma 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 irremediáveis para o indivíduo, tal como a perda da vida.⁷

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.

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.⁸

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.

Tribunais, 1999. p. 532

⁶ SANTOS NETO, Leopoldo Luis dos. O erro diagnóstico. *S-Brasília Médica*, v. 34, n. 1/2, p. 44-46, 1997.

⁷ CAVALIERI, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 373.

⁸ SANTOS NETO, Leopoldo Luis dos. *O erro diagnóstico*, S-Brasília Médica, v. 34, n. 1/2., p. 44-46, 1997.

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.

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”.⁹

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, conseqüência 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.¹⁰

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.

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 singular, 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.¹¹

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

⁹ STOCO, Ruy. op. cit., p. 532.

¹⁰ CAVALIERI, Sergio. op. cit., 373.

¹¹ MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 1998. p. 96.

um dos vários caminhos que normalmente se apresentam 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.¹²

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.¹³

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, 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.

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.

¹² Ibidem, p. 97.

¹³ COSTALES, Javier Fernandez. *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Madrid: Ed. La Ley, 1987. p. 115.

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.

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

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 Cavaliere 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.**¹⁴

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.

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

¹⁴ CAVALIERI, Sergio. op. cit., 373.

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 culposo, 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 culposo, 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 culposo 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.

Segundo a definição de Júlio César 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”.¹⁵

Jaime Santos Briz afirma que a ideia central, o antecedente lógico da culpa é a previsibilidade, isto é, a evitabilidade 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.”¹⁶

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

¹⁵ GOMES, Júlio César Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso. op. cit., p. 25.

¹⁶ BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1993. p. 40.

verdadeiro juiz da causa, sobretudo nas lides nas quais o essencial para a decisão depende do que se apurar no exame pericial”.¹⁷

6. 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 art. 1.545 do Código Civil, de 1916, uma vez que, no § 4º do art. 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 art. 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 arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”. 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.

7. 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

¹⁷ MARQUES, José Frederico. *Instituições de processo civil*. Ed. 1967. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3. p. 386.

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 art. 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 art. 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.

8. Método

Por meio da presente pesquisa, foram analisados 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 mil sócios. A amostra de processos judiciais analisada corresponde a 116 processos judiciais, que ainda estão em trâmite, ajuizados de 2001 a 2008.

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.

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.

9. Conclusão

A partir da análise de 116 ações judiciais de reparação de danos materiais e morais por alegado erro médico, 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 consequências 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.

São Paulo, março de 2013.

Referências

- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- ALTAVILLA, Enrico. *La colpa*. Roma: Dell'ateneo, 1950.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I.
- 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.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor (Lei n. 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.
- BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad civil*, Madrid: Montecorvo, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.
- 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. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Cristóvão (RJ): Ed. Padma, a. 1, v. 2, abr/jun 2000.
- _____. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. *Noções fundamentais de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Erro médico e o direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, v. 14, n. 54, abr./jun. 1986.
- DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 1.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

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.

GORDON, Richard. *A assustadora história da medicina*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 4. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Carmargo. *Manual do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Edição Saraiva.

MATIELO, Fabricio Zamproгна. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 1998.

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

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.

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.