

A RESPONSABILIDADE MÉDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Mário Stecca NETO¹
Lucas Baldo de SOUZA²

RESUMO: O Código de Defesa do Consumidor frente ao ônus da prova na responsabilidade civil do médico.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade Civil do Médico. Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.

1 DESENVOLVIMENTO

O Código de Defesa do Consumidor, criado em 1991, trouxe diversas inovações no que se refere às relações de consumo, antes preconizada pela Constituição Federal, criada em 1988, que inseriu, em seu capítulo sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, a defesa e proteção do consumidor, no artigo 5º, inciso XXXII, que assim dispõe: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

A própria Lei Maior proclamou a fragilidade do consumidor nas relações de consumo, e que compete ao CDC, observando aquela, e para assegurar a isonomia substancial, garantida pelo artigo 5º, caput, da Constituição Federal, assegurar, como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (art. 4º, I, CDC). (LUIZ PAULO DE ARAÚJO FILHO, 2002. p. 4-5).

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. mariostecca@ig.com.br. Servidor do Ministério Público do Estado de São Paulo.

² Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. lucasbaldo@unitoledo.br. Estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo.

O que o Código de Defesa do Consumidor nos traz, em termos de técnica jurídica, é, em última análise, o reconhecimento da desigualdade que caracteriza a relação de consumo, ou da posição de hipossuficiência do consumidor, reeditando institutos à luz dessa realidade.

O ponto central do Código de Defesa do Consumidor é quanto ao ônus da prova, sendo este de extrema importância no contexto da dificuldade probatória, da falta ou insuficiência do material probatório, quando o juiz não está convencido dos fatos alegados pela partes e vê-se na incerteza sobre a existência ou inexistência da culpa.

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que: “o fornecedor de serviços responde independentemente da prova de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos a prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

O referido artigo, em seu § 4º, estabelece taxativamente que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Na categoria dos profissionais liberais, incluem-se médicos, dentistas, advogados, engenheiros, arquitetos, psicólogos, veterinários, agrônomos, farmacêuticos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, economistas, contabilistas, administradores, enfermeiros, professores, etc.

Guardada as peculiaridades de cada atividade, as características comuns dos profissionais liberais, em suma, são: prestação de serviços técnicos ou científicos especializados; formação técnica especializada, normalmente em nível universitário; vínculo de confiança com o cliente; ausência de vínculo de subordinação com o cliente ou terceiro; exercício permanente da profissão.

Desta forma, o artigo 14, caput, do CDC, estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços estada na teoria do risco, ou seja, não se cogita de culpa, havendo o fornecimento do serviço e o dano dele decorrente, haverá responsabilidade civil.

Contudo, concentra-se no artigo 6º, VIII, do CDC, o centro das discussões, que elenca entre os direitos básicos do consumidor “a *facilitação da*

defesa de seus direitos, inclusive com 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”.

A finalidade do referido artigo do Código de Defesa do Consumidor é de “igualar as partes”, médico e consumidor (cliente), já que o consumidor, em geral, é a parte mais fraca da relação, impondo ao médico o ônus da prova, visto que se encontra em melhores condições de realizá-la. A inversão do ônus da prova, enfim, não pode impor ao médico um encargo absurdo, sob pena de ser gerado um novo desequilíbrio na relação jurídica.

Ressalte-se, porém, que a inversão do ônus da prova, em prol da vulnerabilidade do consumidor e como instrumento de facilitação de sua defesa, não pode ser tratada como uma decorrência lógica de fato objetivo. É, portanto, uma faculdade judicial e não um privilégio-benefício do consumidor.

Quanto à inversão do ônus da prova trazida pelo artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, surgem dois posicionamentos. Alguns dizem que a inversão do ônus torna a responsabilidade dos profissionais liberais objetiva de pleno, assim, tal inversão não poderia aplicar a esses profissionais, pois eles têm a garantia da responsabilidade subjetiva de acordo com o § 4º do artigo 14 do referido código. Outros, ao admitirem a inversão, defendem que a responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva com culpa presumida. Para eles os elementos subjetivos continuam existindo mesmo com a inversão.

Miguel Kfoury Neto (2002, p.151) expõe a seguinte lição ao defender a não inversão do ônus probatório:

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 12, § 4º, exclui os profissionais liberais do âmbito da responsabilidade objetiva, sistema adotado pela lei protetiva. Admitida a inversão do encargo probatório, no caso do profissional liberal – e, mais especificamente, do médico -, estar-se-ão aplicando a uma situação regida pela necessidade objetiva, em que o prestador do serviço somente se exime de responsabilidade se provar caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou causa outra, para a qual não tenha ele contribuído de nenhum modo, que suprima definitivamente o nexos causal. Em sendo assim, revela-se redundante e desnecessário inverter-se o ônus da prova no sistema da responsabilidade objetiva – sufragado pelo Código de Defesa do Consumidor – ao passo que as vedações legais constituem obstáculo intransponível à inversão, no contexto da responsabilidade subjetiva, pena de se alterar o substrato

dessa forma de responsabilidade, tornando-a, por isso mesmo *contra legem*, objetiva.

Conclui o eminente doutrinador:

Portanto, revela-se palmar equívoco, em demandas indenizatórias ajuizadas em face dos médicos, ajuizar a inversão do ônus da prova, o que se faz, de costume, com respaldo no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Primeiro porque – como se procura demonstrar – é vedada por lei tal invasão, relativamente aos profissionais liberais; segundo porque a responsabilidade médica encontra-se disciplinada, sem tergiversações, no artigo 1545 do Código Civil brasileiro [artigo 951 do Código Civil de 2002], que condiciona a reparação dos danos ligados às atividades profissionais nele mencionadas à verificação da ocorrência de imperícia, imprudência ou negligência.

Tupinambá Nascimento (1991, p. 51) - doutrinador e desembargador no RS - segue o mesmo raciocínio:

O profissional liberal, nos limites expostos, tem a garantia de responsabilidade subjetiva pelo fornecimento do serviço. Diz, em contrapartida o art. 6º, VIII, do Código de Defesa de Proteção, ser direito básico do consumidor, para facilitar a defesa de seus direitos, pode o juiz inverter o ônus da prova no processo civil. O que se indaga é se o juiz pode inverter o ônus da prova quanto ao profissional liberal, dispensando o consumidor de comprovar a culpa e atribuindo ao profissional liberal o ônus de comprovar não ter agido com culpa. Entendemos que não, porque a responsabilidade subjetiva para ele é uma garantia, que o juiz não pode revogar. A lei dispôs expressamente e, por isso, é intocável por despacho judicial.

Os doutrinadores citados acima são da corrente contrária à inversão do ônus da prova em favor dos profissionais liberais, incluindo-se os médicos, defendendo que a inversão tornaria a responsabilidade deles objetiva.

Para a corrente seguida por estes doutrinadores, só há um caso em que se permite a inversão:

Em se tratando das chamadas obrigações de resultado, no âmbito das quais doutrina e jurisprudência admitem a inversão da carga probatória, milita em desfavor do profissional liberal presunção de culpa, pelo não atingimento do resultado prometido – e esperado. Caberá ao médico, em tal situação, desfazer essa presunção e demonstrar, às claras, ter havido culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito. (MIGUEL KFOURI NETO, 2003, p.151).

Voltaire de Lima Moraes (1999, p.63), ao defender a inversão do ônus probatório, traz a seguinte lição, a qual segue transcrita, *in verbis*:

Em razão de o CDC ter estabelecido que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (artigo 14, § 4º), costuma-se apregoar, com a devida vênia equivocadamente, que, por ter nesse ponto tal diploma consagrado a teoria da responsabilidade subjetiva, seria incabível a decretação da inversão do ônus da prova. A questão referente à responsabilidade civil objetiva ou subjetiva diz respeito a tema disciplinado em sede de direito substancial, enquanto a inversão do ônus da prova diz com tema afeto ao direito processual.

E continua o ilustre mestre:

Não há, assim, qualquer incompatibilidade que, em sendo a responsabilidade subjetiva, seja determinada a inversão do ônus da prova. A consequência disso será que, ao invés de o consumidor provar que a culpa pela ocorrência do evento que lhe causou prejuízo foi do fornecedor (profissional liberal), tal ônus passa a ser deste, que, *in casu*, deverá demonstrar que houve-se com perícia, prudência ou zelo, não tendo, dessa forma, incidido em nenhuma modalidade de culpa.

Efetivamente, a inversão do ônus probatório da culpa é questão processual, que não torna, por si só, a responsabilidade do profissional liberal e, mais especificamente, a do médico, em objetiva. Apesar do Código Civil, em seu artigo 951 dispor que para configurar a responsabilidade do médico é necessária negligência, imperícia e imprudência, esses elementos, com a inversão, devem continuar existindo para responsabilizá-lo.

Destarte, a inversão é matéria processual, não ferindo a responsabilidade subjetiva calcada no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, pois, continua-se cogitando de culpa, apenas, dada a hipossuficiência – e, chama-se esta de hipossuficiência material – do consumidor, altera-se a forma de carrear provas aos autos, pois, no âmago da relação jurídica material nada se altera devido ao fato de continuar existindo a análise dos elementos subjetivos.

Essas formas de atuação, de busca da isonomia, estão no próprio espírito do Código de Defesa do Consumidor, nas palavras de Fernando Gherardini Santos (2000, p.12-13):

Da mesma forma que a visão individualística vai perdendo terreno em determinadas questões, um outro aspecto herdado das posturas do século XIX vem merecendo uma nova mudança de enfoque: a plena e irrestrita liberdade contratual. É cada vez mais freqüente a intervenção do estado sobre transações denominadas “privadas”, reguladas, principalmente pelo Direito Civil e Comercial (...) Exemplos dessas intervenções são, o CDC (...).

E conclui:

E este comportamento do estado é plenamente justificável. Um dos maiores erros do liberalismo dói a ausência de previsão de um desequilíbrio nas relações sociais, pelo fato de tais relações serem realizadas por agentes com diferentes níveis de poder em que, portanto, apareceria, inevitavelmente, um abuso da parte considerada “mais forte”. É o que ocorre com a relação jurídica de consumo, na qual é flagrante a posição vulnerável do consumidor diante do fornecedor.

Acredita-se, diante de tudo o que foi exposto, quer nos parecer mais coerente que a inversão do ônus da prova não transforma a responsabilidade dos profissionais liberais em objetiva, posto que a inversão é matéria processual e não se afeta a imputação, pois continua-se cogitando, para que esta se realize, de elementos subjetivos causador, sendo tranquilamente realizável, principalmente, pelo próprio espírito do Código de defesa do Consumidor, que, atendendo ao princípio da isonomia, autoriza o juiz a conferir esses “*plus*” ao consumidor.

Quanto às cirurgias denominadas estéticas ou plásticas, classifica-se a obrigação como sendo a de resultado - conforme doutrinas e jurisprudências -, excetuando-as da regra geral, que vê a obrigação médica como de meios.

Tereza Ancona Lopes apud Miguel Kfoury Neto (2003, p.92) afirma que:

Na verdade, quando alguém, que está muito bem de saúde, procura um médico somente para melhorar algum aspecto seu, que considera desagradável, quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico. Caso contrário, não adianta arriscar-se e gastar dinheiro por nada. Em outras palavras, ninguém se submete a uma operação plástica

se não for para obter um determinado resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser até aquele momento, motivo de tristezas.

Por essa razão, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o cirurgião plástico, quando realiza trabalho de natureza estética, assume obrigação de resultado (REsp 81.101-PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU, 31 de maio 1999, RSTJ, 119:290 e RT, 767:111).

Sérgio Cavalieri Filho (2007, p.370) responde sua própria indagação sobre o assunto:

E como se justifica a obrigação de resultado do médico em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor para os profissionais liberais? A indagação só cria embaraço para aqueles que entendem que a obrigação de resultado gera sempre responsabilidade objetiva. Entendo, todavia, que a obrigação de resultado em alguns casos apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida. O Código do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de sua responsabilidade continua a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo, continuam a ser-lhes aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assumem *obrigação de meio*; e as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem a *obrigação de resultado*.(...) Em conclusão, no caso de insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar.

E continua:

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

2 CONCLUSÃO

Pôde-se concluir que O Código de Defesa do Consumidor trouxe à tona a sistemática da inversão do ônus da prova, para facilitar a defesa dos direitos do consumidor, sob critério do juiz a veracidade de sua alegação e sua hipossuficiência, já que para alguns doutrinadores essa inversão torna a responsabilidade civil dos profissionais liberais objetiva.

Acredita-se que a inversão do ônus da prova trazida pelo Código de Defesa do Consumidor é matéria processual, não ferindo a responsabilidade subjetiva calcada no Código Civil e no próprio Código de Defesa do Consumidor, pois, continua-se cogitando de culpa. A inversão apenas ocorre com a verossimilhança das alegações ou com hipossuficiência do consumidor, alterando-se a forma de carrear as provas nos autos, pois, no âmago da relação jurídica não há alteração, devido ao fato de continuar existindo a análise dos elementos subjetivos. Porém, isso não se dá na prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. RT 718/33 e Ver. Jurídica Síntese 231, 1997

AITH, Márcio. *Erro médico mata mais que acidente*. Folha de São Paulo, São Paulo, 01 jan. 1999, p. 12.

ALBAS, Andréa Silva. *Médico: obrigação de meio ou resultado?*. Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2004

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 559.

ARAÚJO FILHO, Luiz de Paulo. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002

BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007

BOUZON, Emanuel. *O Código de Hamurabi: introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007

CIANI, Mirna. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva: 2003

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.cremesp.com.br> . Acesso em 08 dezembro 2007.

COUTINHO, Leão Meyer. *Código de Ética Médica Comentado*. São Paulo. Saraiva, 1994.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no suposto erro médico*. Rio de Janeiro. Lúmem Júris, 1999.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Instituições de direito médico*. Rio de Janeiro, Forense, 2004

COUTO FILHO, Antonio Ferreira. *Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CROCE, Delton.. *Erro médico e o direito*.. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997..

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7

ERRO MÉDICO. Disponível em: <http://www.erromedico.org>. Acessos em: 05 dezembro 2007 e 08 janeiro 2008.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. São Paulo: Fundação BYK, 1992.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

GIOSTRI, Hildegard Tagessel. *Erro medico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 1998.

GOMES, Júlio Cezar Meirelles. *Erro Médico*. Montes Claros: Unimontes, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995.

JORNAL Folha de São Paulo, 16 de abril de 2006. Folha Cotidiano.

JORNAL O Estado de São Paulo, 01 de março de 2007.

JUNQUEIRA, Juliana. Crescem as demandas de erro médico. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 31 de agosto de 1998. p. A8.

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

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

LOPES, João Batista. *Perspectivas atuais da responsabilidade civil no direito brasileiro*. *RJTJSP*, v. 57.

LOPEZ, Tereza Ancona. *O dano estético. Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MANSUR, Alexandre. Quando os médicos erram. *Veja*, São Paulo, ed. 1587, mar. 1999

MARCONDES, Patrícia Fernandes. *A perícia no erro médico*. Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2006.

MEDICINA LEGAL. Disponível em: <http://www.medicinalegal.com.br>. Acesso em: 06 janeiro 2008.

MONTALVÃO, A. Siqueira. *Erro médico: Teoria, Legislação e Jurisprudência*. Campinas: Julex, 1998.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Responsabilidade civil: aspectos processuais*. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a lei*. São Paulo:Lejus, 1998.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 31. São Paulo: 1999

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide Editora. 1991

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: R, 2007.

REVISTA Superinteressante. Editora Abril. Edição 164. Maio de 2001. 'A medicina doente'.

REVISTA Veja, Editora Abril, edição 1921, 07 de setembro de 2005, Quando os médicos erram.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil vol. 4 - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing*. São Paulo: revista dos Tribunais. 2000. Biblioteca do direito do consumidor, v. 14

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SIDDE, J.M. Othon. *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004

SOUZA, Roberto Pereira de. Cirurgiões apontam erro médico no Hospital das Clínicas. *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 17 de abril de 1996. p. E5.

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

PELUSO, César. *Código Civil Comentado*. Barueri, SP: Manole, 2007

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2001

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4.

VIEIRA, Luzia Chaves. *Responsabilidade civil médica e seguro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.