



EDUARDO DANTAS

DIREITO MÉDICO

8^a edição

Revista, atualizada
e ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

 EDITORA



(Provisório)

CAPÍTULO II

O EXERCÍCIO DA MEDICINA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ASPECTOS ATUAIS DO DIREITO BRASILEIRO E ESPANHOL

Sumário: **2.1.** Notas introdutórias. **2.2.** Definições doutrinárias. **2.3.** Elementos de Direito comparado: paralelos ao Direito espanhol. **2.3.1.** Aspectos da jurisprudência espanhola. **2.3.2.** A responsabilidade por produto defeituoso. **2.4.** Implicações práticas da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade médica. **2.4.1.** O dano moral. Fundamentos jurídicos e sua quantificação. **2.4.2.** A controvérsia sobre a inversão do ônus da prova. **2.4.3.** A publicidade, seus efeitos e consequências. **2.4.4.** Outros aspectos relevantes. **2.5.** As alterações legislativas introduzidas pelo novo Código Civil. **2.6.** A construção do entendimento jurisprudencial brasileiro. **2.7.** Conclusões.

2.1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O convívio em sociedade – e por consequência, o Direito – vive em constante evolução. Cultura, tecnologia e fatores econômicos são vigas de sustentação destas mudanças que, seja de forma abrupta ou paulatina, influenciam o comportamento de uma época.

Longe de ser uma manifestação extemporânea do legislador, o Direito do Consumidor tem raízes históricas em períodos muito anteriores. Este, que hoje chamamos de novo direito, surgiu como contraponto às desigualdades entre produtor e consumidor, que

eclodiram com a Revolução Industrial, no século XIX, e foram se intensificando ao longo das décadas seguintes, de forma a tornar o consumidor desamparado em suas relações jurídicas. Se antes, toda e qualquer produção era manual – artesanal mesmo, e por consequência, limitada – e o comércio era exercido em pequenas entidades produtivas (geralmente familiares), que se encarregavam desde a produção até a distribuição, hoje a produção é massificada, em série, de forma impessoal e automatizada, e não raro há completa separação entre os processos de produção, distribuição e comercialização de produtos.

O consumidor, antes peça chave no processo produtivo, passou a ser mero destinatário final, objeto de estudos de *marketing* e tendências, sem qualquer participação direta, e com limitada autonomia de vontade, vítima de contratos de adesão, monopólios e cláusulas abusivas de todo tipo.

No Brasil, as duas últimas décadas do século XX representaram um considerável avanço quanto à regulação das relações de consumo e proteção do consumidor, como amadurecimento natural dos meios de proteção da sociedade de massas.

A Constituição Federal promulgada em 1988, elevou à condição de garantia constitucional a defesa do consumidor. Foi expresso seu artigo 5º, inciso XXXII, ao afirmar: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” Esta foi a primeira manifestação importante do legislador no sentido de reconhecer a vulnerabilidade do cidadão comum nas relações de consumo.

Também na Carta Magna, foi a defesa do consumidor alçada à condição de princípio da atividade econômica, consubstanciada em seu artigo 170, V.¹

Dois anos depois, e em atenção aos princípios constitucionais que assim determinavam, promulgou o Estado o assim chamado Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

¹ Constituição Federal: “Art. 170. 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 os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor; (...)”

Esta lei tornou-se um marco no sistema jurídico nacional, não só por suas qualidades, mas pela forma como foi absorvida pelo cidadão comum, que nela encontrou instrumento capaz de fazer prevalecer alguns de seus direitos de cidadania mais elementares.

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho, em notável ensaio sobre a matéria:²

“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 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

² “O direito do consumidor no limiar do século XXI”, pp. 125-126.

tornar o novo tão parecido com o velho que nada ou quase nada venha a mudar.”

Em declaração de voto, relativo ao julgamento do Agravo de Instrumento nº 179.184-1 (julgado em 17.09.1992 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo), o Desembargador Silveira Netto complementa, de forma bastante pertinente:

“(...) o Código de Defesa ao Consumidor situou-se de forma a quebrar as regras do atual sistema jurídico (autonomia da vontade na contratualística), o equilíbrio que deve permanecer no tempo da execução do contratado, assegurada a primeira na liberdade de manifestação pelas figuras de erro, dolo, simulação, abuso de direito, etc., e o segundo revelado em possíveis eventos imprevisíveis ou inevitáveis, teoria da imprevisão, cláusula *rebus sic stantibus*. Não é verdade, pois o novo direito está consagrado dentro dos princípios gerais do direito, como não poderia deixar de ser, adaptado ao atual comportamento social revelado nas teorias que envolvem o consumo, definindo-se através de situações concretas e que exigem disciplina especial que a antiga legislação não poderia, pelo tempo em que lançada, prever ou disciplinar, longe da revolução industrial, do crescimento das comunicações, da concentração populacional e da marcada condução da vontade das pessoas introduzidas num mercado de frenético consumo. Em suma, uma das principais marcas da contratualística, a autonomia da vontade, passa a ser vista de forma dinâmica e não mais estática, uma proteção ao consumidor, o qual supostamente é sempre mais frágil diante do produtor ou do prestador de serviços. Nem se diga que o Código de Defesa ao Consumidor consagra um direito novo, desligado do antigo; antes, o que existe é o direito antigo revelado em posições novas e mais atuantes, sem abandono das regras que vedam o abuso de direito, que asseguram a prevalência da vontade real diante da manifestação dos interessados, nem sempre ajustada à realidade, que conduzem a interpretação dos contratos limitados aos princípios da boa-fé, estrutura do negócio jurídico, aos usos e costumes, o tratamento de benefício ao consumidor no caso de dúvida.”

As regras introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor, pela sua natureza, são normas de ordem pública e de interesse social, e

por isso abrangem a sociedade como um todo, coletividade de pessoas indeterminadas, nas suas relações, e afetam todos os membros desta sociedade; estão destinadas à defesa da pessoa que adquire ou utiliza produto ou serviço, consubstanciado numa relação de consumo.

2.2. DEFINIÇÕES DOUTRINÁRIAS

O questionamento primeiro que se levanta é se o exercício da medicina – tal qual hoje o conhecemos, ou seja, a relação médico-paciente – pode ser caracterizado como verdadeira relação de consumo, e assim, estar sujeito à aplicação das regras contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Para tanto, necessário conhecer quais as definições legais para consumidor, fornecedor, e serviço, no novo ordenamento consubstanciado no Código de Defesa do Consumidor. Normalmente tarefa afeita à doutrina, a definição de determinados conceitos pode se tornar um problema quando realizada pelo legislador, que pode delimitar em demasiado sua abrangência. Entretanto, quando da elaboração do código de consumo, houve a deliberada intenção de definir no corpo da lei os conceitos nela contidos, de forma a torná-lo o mais completo possível, bastante em si mesmo.

O artigo 2º do mencionado diploma legal define o consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”³

O fornecedor, por sua vez, é definido no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, expor-

³ Definição complementada pelos artigos 17: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”; e 29: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”, ambos da mesma lei.

tação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Bem se percebe a abrangência, ainda que genérica, da definição apresentada, que busca englobar qualquer pessoa, física ou jurídica, que possa ser capaz de exercer atividade econômica, ainda que seja esta atípica ou eventual. No caso específico, concentramos nossas atenções na prestação de serviços.

O mesmo artigo, em seu § 2º, define serviços como “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”. A definição é meramente exemplificativa, uma vez que *qualquer* atividade remunerada, fornecida no mercado de consumo, é tida legalmente como serviço.⁴

Assim considerados (e devidamente transplantados os conceitos para o caso em questão), temos que o paciente – ou usuário de serviços médicos – é o consumidor, para o qual se presta um serviço (o ato médico de forma geral; uma consulta, uma intervenção ou qualquer outro tipo de procedimento), e o fornecedor é aquele profissional que desenvolve sua atividade, de forma remunerada, nos moldes do já mencionado artigo 3º.

Por certo, existem posições contrárias, resistentes à ideia de que há intrínseca relação de consumo na prestação de serviços médicos, sob a argumentação de que o trabalho autônomo de profissionais liberais não deveria ser tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor. Especificamente com relação aos médicos, se sustenta que os mesmos

⁴ Luiz Antonio Rizzatto Nunes, em seus *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* (p. 99), acrescenta: “Serviço é tipicamente atividade. Esta é ação, ação humana, tendo em vista uma finalidade. Ora, toda ação se esgota tão logo praticada. A ação se exerce em si mesma. Daí somente poderia existir serviço não durável. Será uma espécie de contradição falar em serviço que dura. Todavia, o mercado acabou criando os chamados serviços tidos como duráveis, tais como os contínuos (por exemplo, os serviços de convênio de saúde, os serviços educacionais regulares em geral, etc.). Com isso o CDC, incorporando essa invenção, trata de definir também os serviços como duráveis e não duráveis, no que andou bem.”

já estão adstritos ao controle de seus Conselhos Regionais e Conselho Federal de Medicina, com código de conduta e de ética próprios.

Poucas são as vozes dissonantes, mas elas existem. Tome-se por exemplo a exposição de Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza,⁵ nas quarenta e três páginas que compõem a parte dita doutrinária de sua obra. Há, em sua argumentação, a tentativa de demonstrar a inadequação da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação médico/paciente.

Em nosso entender, faltam argumentos concretos, mormente quando se percebe que o trabalho apresenta um viés claramente defensivo da atividade médica – e aqui se constata tal fato sem nenhum juízo de valor. As conclusões a que chegam os autores simplesmente não se encaixam com as premissas anteriormente levantadas.⁶

⁵ *A improcedência no suposto erro médico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, pp. 40-43.

⁶ É difícil acreditar, como querem os mencionados autores, que a sociedade está mais preparada para o “mundo capitalista”, quando o que se percebe é a deterioração dos serviços de saúde e o despreparo da população para exigir melhorias, seja através de pressão política ou por meio do acesso ao judiciário. São poucos, efetivamente, os cidadãos cômicos de seus direitos. A visão apresentada sobre a atividade médica é por demais romântica, e como tal, fugindo ao escopo de uma análise científica, e inservível sob a ótica da argumentação jurídica. De forma ilustrativa, vale ressaltar pequeno trecho do texto mencionado, para fins de reflexão sobre fragilidade dos elementos apresentados: “Com o passar do tempo, o relacionamento médico/paciente foi se tornando mais frio, mais duro, menos caloroso como outrora. Isto não é necessariamente ruim, pois hoje toda a sociedade está mais cômica de seus direitos, sabedora de seus deveres e preparada, cada vez mais, para o mundo capitalista em que vivemos. No entanto, de bom tom que não se deixe esta relação ficar tão fria, robotizada. Deve-se, pois, permeá-la com boas doses de sentimento e paixão, não no sentido vulgar ou demagógico, mas no sentido de humanidade. É preciso que a figura do médico seja aquela verdadeira, isto é, não só um fornecedor, mas, principalmente, um sacerdote, um conselheiro e amigo. Os médicos, por outro lado, devem ver seus pacientes não somente como consumidores, mas principalmente como pessoas que precisam de ajuda num certo momento, e que, em última análise, buscam, precipuamente, obter um elemento na relação com o doutor, a confiança.”

Mesmo após ressaltar os inegáveis avanços da legislação consumerista, os citados autores concluem que:

“A relação médico/paciente não pode ser considerada mera relação de consumo. É preciso que se faça uma reflexão de transcendental importância de que o serviço de saúde é *sui generis*, posto que possui uma função social ímpar, incomparável com qualquer outra.

A vida e a saúde não são bens de consumo, não podendo ser comparadas a um produto qualquer. Também não podem ser vistas como serviços prestados oriundos da relação médico/paciente, até porque desta relação não são oferecidos bens de consumo.”

O que se verifica é que há uma distorção de conceitos, utilizados com a finalidade de justificar a posição adotada. O foco da questão não é a vida ou a saúde, e sim a *relação* estabelecida entre as partes. Não há, efetivamente, como conciliar uma abordagem jurídica e uma abordagem filosófica quanto a este tema. E aqui, o interesse analítico é e deve ser, exclusivamente jurídico. O interessante, neste caso, é perceber que, apesar de tal dissonância, os argumentos passam antes por duas constatações, a saber:

“Trata-se, também, consoante pensamento majoritário, de relação de consumo, posto que o médico põe à disposição da sociedade o nobre serviço da medicina e, nessa qualidade, enquadra-se perfeitamente no dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, sendo um fornecedor de serviços.”

“O paciente, por seu turno, é consumidor, posto que contrata o médico para obter desde um diagnóstico até ser tratado 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.”

A propósito disto, a introdução *supra*, sobre o campo de abrangência das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, e sua inserção no sistema jurídico-constitucional brasileiro.

Nos parece claro que o paciente, ao contratar a execução de um serviço médico, desde uma simples consulta a um procedimento ci-

rúrgico, seja ele considerado um *consumidor* dos serviços oferecidos por este profissional. Em contrapartida, este último, ao oferecer seus conhecimentos de forma remunerada a uma variada gama de consumidores, está se enquadrando na definição de *fornecedor* contida no Código de Defesa do Consumidor (e aí se retorna à expressão “qualquer atividade oferecida no mercado de consumo”, já devidamente comentada).

Sílvio Rodrigues⁷ demonstra comungar do mesmo entendimento, ao expor:

“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 nº 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.

⁷ *Direito Civil. Vol. 4 – Responsabilidade Civil.* 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 254.

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).”

Daí, compreendida a relação médico-paciente como relação de consumo, inexistem argumentos para evitar que esta seja regida pelos parâmetros reguladores do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que sistema autônomo e prevalente, por designação constitucional.

Também neste sentido, e reforçando o já exposto, Genival França⁸ arremata:

“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.”

2.3. ELEMENTOS DE DIREITO COMPARADO: PARALELOS AO DIREITO ESPANHOL

O assunto é tratado de maneira semelhante pela doutrina e jurisprudência espanhola, onde a discussão sobre o assunto foi iniciada alguns anos antes. A Lei nº 26/84 (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, de 19 de julho de 1984) instaurou

⁸ “O Código do Consumidor e o exercício da medicina.”

um sistema de responsabilidade objetiva para a compensação dos danos sofridos pelo consumidor – este definido pelo artigo 1.2 como destinatário final de produtos e serviços – na utilização de serviços, dentre outras coisas.

Diz o artigo 25 da mesma lei:

“El consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente.”

O texto ressalta a primazia da objetividade ao estabelecer uma clara exceção, que consiste na suposta ruptura do nexo causal. Os artigos seguintes – 26⁹ e 27¹⁰ – matizam a responsabilidade e enumeram situações, mas o *caput* do artigo 28 prevê a responsabilidade objetiva em certos casos:

⁹ Ley nº 26/84: “Art. 26. Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad.”

¹⁰ Ley nº 26/84: “Art. 27. 1. Con carácter general, y sin perjuicio de lo que resulte más favorable al consumidor o usuario, en virtud de otras disposiciones o acuerdos convencionales, regirán los siguientes criterios en materia de responsabilidad: a) El fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos o servicios a los consumidores o usuarios, responde del origen, identidad e idoneidad de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan; b) En el caso de productos a granel responde el tenedor de los mismos, sin perjuicio de que se pueda identificar y probar la responsabilidad del anterior tenedor o proveedor; c) En el supuesto de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, responde la firma o razón social que figure en su etiqueta, presentación o publicidad. Podrá eximirse de esa responsabilidad probando su falsificación o incorrecta manipulación por terceros, que serán los responsables. 2. Si a la producción de daños concurrieren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pague al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños.”

“1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario.”

O segundo apartado do mesmo artigo (equivalente aos nossos parágrafos), expõe de forma irretorquível a responsabilidade objetiva aplicada concretamente:

“2. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.”

Por consequência, pode esta norma de responsabilidade objetiva ser aplicada aos danos causados por *serviços sanitários* ao consumidor, quando este os tenha sofrido, emnexo causal, pela atuação médica (do médico ou do centro hospitalar), em virtude de qualquer relação, seja contratual ou extracontratual.

2.3.1. Aspectos da jurisprudência espanhola

Em que pese ser a mencionada lei datada de 1984, a jurisprudência espanhola tardou bastante em aplicá-la. As primeiras sentenças que a aplicam, emitidas pelo Tribunal Supremo, em 1º de julho de 1997 (S 1 Jul. 1997) e 21 de julho de 1997 (S 21 Jul. 1997), ambas tratando de casos relativos a amputação de uma perna. Esta última reproduz, neste extremo, o contido na primeira, a qual merece transcrição parcial:

“De los motivos aducidos se examinan, en primer lugar, el segundo y el tercero para evitar en lo posible repeticiones o argumentaciones inconducentes, dada su correlación. Se apoyan

ambos en el art. 1692.4 de la LEC¹¹ y denuncian infracción por inaplicación de los arts. 1 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del art. 1 de la expresada ley, que el recurrente en cuanto 'persona física' que utiliza unos 'servicios', reúne la condición de 'usuario' 'cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden'. Conforme al sistema de 'garantías y responsabilidad' que establece el capítulo VIII de tal cuerpo normativo el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva. Expresamente el apartado 2 del art. 28 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil incluye entre los 'sometidos su régimen' los 'servicios sanitarios', conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el INSALUD. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando 'por su propia naturaleza', o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, 'hasta llegar en debidas condiciones al usuario'. Estos niveles se presuponen para el 'servicio sanitario', entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por pseudomonas aeruginosa, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por

¹¹ Ley de Enjuiciamiento Civil.

razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el caso no concurre – excluiría la responsabilidad objetiva al interferir en ese conjunto de riesgos asumidos por imperio legal otros elementos adicionales de riesgo que, en sus consecuencias, económicas, no son aceptables, y en sus consecuencias ético jurídicas son rechazables. También, en un perfil acabado de la responsabilidad objetiva, (no obstante, que esta excepción carezca de respaldo legal expreso), el caso fortuito o la fuerza mayor entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad objetiva al faltar los presupuestos que la justifican. Pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los perjudicados. En definitiva, los motivos prosperan.”

A doutrina anterior é reiterada pela sentença, da mesma corte, datada de 9 de dezembro de 1998 (S 9 Dic. 1998), caso de mulher que, em período pós-operatório, contrai tétano e vem a falecer. Diz, em parte de sua fundamentação:

“Lo cual coincide con la doctrina que esta Sala mantuvo en la S 1 Jul. 1997 sobre un caso, análogo al presente, en que se produjo una infección postoperatoria, cuya doctrina se reiteró en la S 21 Jul. 1997 al entender que son aplicables los arts. 1, 26 y 28 de la L 26/1984, de 19 Jul., general para la defensa de los consumidores y usuarios, en cuanto la demandante es consumidora (art. 1), há utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (arts. 25 y ss). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando ‘por su propia naturaleza’, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, ‘hasta llegar en

debidas condiciones al usuario'. Estos niveles se presuponen para el 'servicio sanitario', entre otros. Producido y constatado el daño (...) se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva."

A partir do ano de 1999, sentenças neste sentido passam a ser mais frequentes – consolidando assim a doutrina jurisprudencial. Como exemplo, pode ser citada a de 29 de junho de 1999 (S 29 Jun. 1999), caso de extirpação de vesícula biliar e morte da paciente, na qual se aplica a doutrina do dano desproporcional e responsabilidade do centro médico, reiterando a aplicação das normas da Lei de Consumidores e Usuários.

Também decisão de 24 de setembro daquele mesmo ano (S. 24 Sep. 1999), caso de implantação do contraceptivo conhecido como DIU, que veio a se mostrar defeituoso, aplica a mencionada lei, e aduz:

"Aduce la recurrente conjuntamente con la infracción del art. 1902 del CC, la de los arts. 26, 27 y 28 de la Ley de 19 jul. 1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, al entender que la aplicación de estos preceptos es indebida, ya que el producto anticonceptivo había sido homologado y se presentaba correcto. A tales efectos el Tribunal de Instancia tuvo en cuenta las previsiones legislativas que en materia de responsabilidad contiene la Ley especial citada y no declaró que el anticonceptivo resultase correcto y dotado de las garantías que lo hacían útil para el destino de su empleo.

La aplicación de la normativa de defensa de los consumidores en cuestiones de servicios sanitarios resulta procedente y así lo ha entendido esta Sala de Casación Civil y con especial referencia al artículo 28, párrafo segundo, presumiéndose 'iuris et de iure' que

los referidos servicios incluyen las garantías a las que se refiere el párrafo primero del artículo (SS 1 Jul. 1997 y 9 Jun. 1998).

No se suscita duda alguna respecto a que entre los servicios sanitarios cabe incluir la implantación de anticonceptivos, y la responsabilidad que procede deriva de que el producto no reúna las debidas y exigidas garantías de niveles determinantes de su eficacia y seguridad. La aplicación del referido art. 28 no excluye el art. 1902 ó 1903 del CC, e incluso el 1101, tratándose de culpa contractual, pues se supedita a la concurrencia ineludible del factor culposo o negligente (S 22 Jul. 1994), que en este caso se da, al haber quedado sentada la responsabilidad propia de la Diputación Provincial que recurre. El motivo se desestima.”

As sentenças de 3 de dezembro de 1999 (S 3 Dic. 1999) e de 30 de dezembro de 1999 (S 30 Dic. 1999), que contemplam casos de contágio de AIDS em consequência de transfusão de sangue, aplicam, da mesma forma, a *Ley de Consumidores y Usuarios*.

Diz a primeira:

“(…) en base constitucional de los arts. 43 y 51 de la CE,¹² al tenerse en cuenta que en la época en la que fue tratada la paciente de referencia ya regía la Ley de 19 Jul. 1984 (General para la Defensa de Consumidores y Usuarios), cuyos arts. 25, 26 y 28.1 y 2, proclaman el derecho que tienen los consumidores y usuarios de los servicios sanitarios y de productos farmacéuticos a ser indemnizados por parte de los que le suministren dichos productos o servicios.”

E complementa a segunda:

“(…) que como tal servicio sigue el régimen legal establecido en el art 28 de la Ley 26/1984, 19 Jul., en su apartado 1, siendo el apartado 2 el que circunscribe a determinados suministros y servicios, entre los que incluyen los servicios sanitarios: que el «correcto uso» que el precepto citado exige para hacer efectiva la responsabilidad objetiva que dispone es aquí equivalente a que la actora no pertenece a ninguno de los grupos convencionales de riesgo lo mismo que su esposo; que la atribución de responsabili-

¹² Constituição espanhola.

dad objetiva nada tiene que ver con la conducta prudente de la parte a quien se le imputa la responsabilidad, y la S 10 Nov. 1999, también en supuesto análogo, dice: ‘Pero además, el el presente caso en perfectamente aplicable a la estimación del motivo (quien recurría en casación era la demandante, aclaramos) que se estudia, lo dispuesto en los art. 25, 26 y 28.1 y 2 de la Ley 26/1984, 19 Jul., General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (BOE, de 24 Jul. 1984), que proclaman el derecho que tienen el consumidor y usuario de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de los que suministran o facilitan dichos productos o servicios, cuando sean defectuosos (...).’”

2.3.2. A responsabilidade por produto defeituoso

Os artigos 25 a 28 da mencionada Lei espanhola nº 26/84 foram parcialmente derogados, no sentido de que não caberia sua aplicação à responsabilidade civil por danos causados por produtos defeituosos, que passaram a ser regulados pelo disposto na *Ley* nº 22/94, de 6 de julho.

Quanto ao tema relativo à responsabilidade médica, as sentenças do *Tribunal Supremo* ainda aplicaram aquela primeira Lei em muitos processos, pois quando da ocorrência dos fatos, não havia entrado em vigor esta última, para os casos em que se produziram danos por produtos defeituosos.

Pioneira sentença de 5 de outubro de 1999 (S 5 Oct. 1999) declarou a responsabilidade de laboratório em virtude de usuário infectado por hepatite C, devido ao emprego de um produto farmacêutico que continha o respectivo vírus. Assim dispôs, após fazer referências aos artigos 25, 26 e 28 da *Ley de Consumidores y Usuarios*:

“Tales artículos establecen un sistema de responsabilidad objetiva frente a la víctima-consumidor que en nuestro ordenamiento positivo ha representado una indudable progresión en la protección de la parte más débil en la contratación (responsabilidad contractual) o en el consumo de productos defectuosos (responsabilidad extracontractual); especialmente el art. 28 impone el principio de responsabilidad por los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, con ciertas condiciones en el apartado 1; en el apartado 2, sin embargo, se añade que en todo caso, se impone el régimen de responsabilidad objetiva a los productos far-

macéuticos; éstos, como en otros productos que enumera la misma norma, constituyen un precedente de la responsabilidad objetiva que explícitamente proclama la Directiva del Consejo, 85/374/CEE, de 25 de julio que há sido posteriormente desarrollada por la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; ambas normas inaplicables al presente caso. Pero sí es aplicable el artículo 28.2 de la citada ley; queda sometido al régimen de responsabilidad puramente objetiva el daño sufrido por el consumidor por la utilización del producto farmacéutico.”

A já mencionada sentença de 24 de setembro de 1999 (S 24 Sep. 1999) – relativa ao DIU defeituoso, que condenou solidariamente a empresa fabricante e a *Diputación Provincial de Valencia*, que aplicou o contraceptivo por intermédio de seu centro de planificação familiar, assim asseverou:

“La responsabilidad en que incurrió la compañía codemandada y condenada DIU, S.A. – que no se defendió en el proceso –, no excluye la concurrente de la Diputación Provincial de Valencia, conforme a lo que se deja estudiado, y determina el rechazo del motivo quinto que contiene infracción del art. 1903 en relación al 26, 27 y 28 de la Ley de 19 Jul. 1984, ya que se viene a reiterar la argumentación del motivo precedente desde la órbita de aplicación del art. 1903, cuando ha quedado decretado que se trata de responsabilidad por actuar culposo propio. No responde la recurrente por la actuación de la mercantil que fabricó y distribuyó el producto, al no mediar entre las mismas relación de dependencia u otra de las previstas en el art. 1903 y sólo de naturaleza comercial. Sucede que la responsabilidad del comerciante no se inicia y agota en el mismo, sino que resulta extensiva a los terceros que, con respecto al producto defectuoso, han tenido intervención decisiva en la producción del daño, por lo que éste se debe a una actividad conjunta del fabricante y del tercero, conforme la previsión del art. 8 de la Directiva Comunitaria de 25 Jul. 1985, cuya adaptación a nuestro Derecho la produjo la Ley de 6 Jul. 1994, sin derogar los arts. 25 a 29 de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios. Que también prevé la posibilidad de la responsabilidad de terceros (artículo 8), si bien la Disposición Adicional única, en cuanto se refiere al suministrador, está contemplando una actuación dolosa imputable a los mismos.”

A análise comparativa dos diversos sistemas jurídicos existentes, mais do que incremento histórico-cultural, auxilia na formação de uma visão expandida dos problemas, e principalmente, das soluções legislativas encontradas por outras sociedades.

A escolha da Espanha como paradigma tem sua razão de ser fundada na experiência daquele país em conviver com diversos ordenamentos simultâneos. É preciso lembrar que antes – e além de – pertencer à União Europeia (e, portanto, estar sujeita às Diretivas e demais regulamentos desta gigantesca obra de convivência supranacional), a Espanha possui diversas regiões autônomas, com legislação própria dentro de seu território nacional.

Tratando especificamente sobre o Direito do Consumidor, praticamente todas estas regiões autônomas possuem codificação própria, que convive com a lei nacional maior, e conseqüentemente, com as orientações normativas (as chamadas Diretivas) da União Europeia.

Como exemplo, podem ser citadas as Leis n^{os} 10/81, de 18 de novembro (*Estatuto Del Consumidor para el País Vasco*); 3/93, de 5 de março (*Estatuto Del Consumidor de Cataluña*); 12/84, de 28 de dezembro (*Estatuto Gallego Del Consumidor y Usuario*); 5/85, de 8 de julho (*Ley de los Consumidores y Usuarios em Andalucía*); 6/98, de 15 de março (*Estatuto Del Consumidor y Usuario de Cantabria*); 4/96, de 14 de junho (*Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia*); 2/87, de 9 de abril (*Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana*); 8/97, de 30 de outubro (*Estatuto del Consumidor y Usuario de la Comunidad Autónoma de Aragón*); 3/95, de 9 de março (*Estatuto Del Consumidor de Castilla-La Mancha*); 1/98, de 10 de março (*Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*); e 11/98, de 9 de julho (*Ley de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid*).

Tamanha complexidade (e por que não, profusão) de textos legais credencia a Espanha como objeto de estudo mais aprofundado, sendo certo que sua experiência legislativa, e mais, a forma como esta legislação foi sendo introduzida no cotidiano, através da construção paulatina do entendimento jurisprudencial, é matéria que serve de substrato para comparação e aprendizado de qualquer sistema que se pretenda sério.

O objetivo é, portanto, trazer uma visão comparativa de experiências legislativas e práticas, trazendo à luz exemplos concretos da aplicação do Direito positivo lá vigente, de forma a permitir um melhor aproveitamento do que ambos os sistemas jurídicos podem oferecer de melhor.

2.4. IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À ATIVIDADE MÉDICA

O Direito é uma ciência em constante movimento, uma vez que intrinsecamente ligada ao desenvolvimento da sociedade. A comparação com sistemas jurídicos diversos é importante, enquanto proporciona uma visão mais ampla da forma como o assunto é tratado por outras culturas, por diferentes sociedades, e auxilia na construção de modelos legislativos mais aperfeiçoados e, por consequência, mais eficazes, uma vez que mais capazes de atender aos anseios do grupo social a que se destinam.

Uma vez definidos os pontos essenciais no item 2, e dirimidas as dúvidas quanto à aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor ao exercício da atividade médica, podemos passar ao exame concreto das maiores inovações trazidas por este novo diploma legal ao ordenamento jurídico brasileiro, e de alguns dos elementos de intersecção entre direito e medicina.

Estas considerações preliminares quanto à conceituação da atividade médica como relação de consumo assumem especial importância quando se passa a analisar suas implicações práticas, sob o ponto de vista jurídico-processual. Uma vez estando pacífica a ideia de que o Código de Defesa do Consumidor é instrumento legal apropriado para reger a relação médico *x* paciente, podem ser identificadas de forma mais clara as suas consequências jurídicas imediatas.

2.4.1. O dano moral. Fundamentos jurídicos e sua quantificação

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, que trata de relacionar os direitos básicos do consumidor, elenca em seus incisos VI e VIII, respectivamente, “a efetiva prevenção e reparação

de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, e “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”.

Além do abrigo constitucional do artigo 5º, X,¹³ bem se percebe que devidamente albergada na legislação inferior específica a reparação por danos morais. Vale dizer que o fato danoso, causador de prejuízos extrapatrimoniais, quais sejam, aqueles que extrapolam a esfera facilmente quantificável dos danos materiais, com consequências sobre a moral, a psique, e a autoestima do ofendido, deve ser aferido e, na medida do possível, reparado, através de uma condenação pecuniária.

Caio Mário da Silva Pereira¹⁴ assevera:

“(…)

O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio no sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como ‘qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária’, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc. (Traité de la Responsabilité Civile, vol. II, nº 525).

(…)

O ponto de partida para a sustentação do ressarcimento do dano moral está na distinção do que seja o prejuízo, no caso

¹³ Constituição Federal de 1988: “Art. 5º (...) X – 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; (...)” (sem grifos no original).

¹⁴ *Responsabilidade Civil – De acordo com a Constituição de 1988*. 5ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, pp. 54 e segs.

do dano material e moral. A dificuldade de avaliar, responde De Page, *‘não apaga a realidade do dano, e por conseguinte não dispensa a obrigação de repará-lo’* (*Traité Élémentaire*, vol. II, nº 915 – bis).

(...)

Quando se cuida de dano moral, o fulcro do conceito resarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: ‘caráter punitivo’ para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter compensatório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido (...).

(...)

Admitir, todavia, que somente cabe reparação moral quando há um dano material é um desvio de perspectiva. Quem sustenta que o dano moral é indenizável somente quando e na medida em que atinge o patrimônio está, em verdade, recusando a indenização do dano moral. *O que é preciso assentar*, e de maneira definitiva, como faz Wilson de Melo da Silva, *é que ‘na ocorrência de lesão manda o direito ou a equidade que se não deixe o lesado ao desamparo de sua própria sorte’* (...).

Para aceitar a reparabilidade do dano moral é preciso convencer-se de que são ressarcíveis bens jurídicos sem valor estimável financeiramente em si mesmos, pelo só fato de serem ofendidos pelo comportamento jurídico do agente.

(...)

A meu ver, a aceitação da doutrina que defende a indenização por dano moral repousa numa interpretação sistemática de nosso direito, abrangendo o próprio art. 159 do Código Civil que, ao aludir à ‘violação de um direito’ não está limitando a reparação ao caso de dano material apenas (...).

A Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. O art. 5º, n.º X, dispôs: ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’. Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo.

É de acrescentar que a enumeração é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária aditar outros casos.

(...)

No mesmo sentido a Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1991) assegura a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais (art. 6º, nº VI) (...)” (sem grifos no original).

O valor a ser estipulado em sede de sentença para fins de indenização, isto é, o *quantum*, a liquidação a ser determinada em ação que busca reparação para danos morais, exige do magistrado a observação de parâmetros importantes, tanto quanto distintos dos parâmetros utilizados para fins de apuração do valor da indenização a ser apurada em ação que busque indenização por danos materiais.

Assim é que na determinação da indenização por danos morais, os parâmetros utilizados pelo Magistrado devem observar entre outras tantas que o caso concreto indicar, duas variáveis específicas: a uma, a condição financeira do ofensor, sua saúde econômica; a duas, a função compensatória que deve a quantificação do valor indenizatório representar para o ofendido.

É que a indenização por danos morais, que muitas vezes causam no ofendido dano de tal monta irreparável que toda a fortuna colocada à sua disposição mostra-se insuficiente para fins da reparação pretendida. Nestes casos, tem aquele no Estado o substituto direto, da justiça com mãos próprias, que em priscas eras imporia fosse o ofendido buscar via autotutela, a reparação do dano moral sofrido.

Desta sorte, o ofensor tem que efetivamente sentir o constrangimento legal que lhe é imposto por força condenação indenizatória por perdas e danos morais causado ao ofendido. O ofensor tem que perceber, via indenização, o caráter punitivo da mesma, sem o que estará pronto a agredir, a desrespeitar a esfera moral de tantos quanto acredite que deva.

Por outro lado, a quantia a ser estipulada para fins de indenização tem que ser de tal monta que cause no ofendido o prazer interior supostamente equivalente ao constrangimento que tenha lhe causado

o ato ilícito praticado pelo ofensor. Só assim, se dará pela via judicial a reparação perseguida a título de dano moral.

Se os parâmetros utilizados pelo magistrado para fins de quantificação do valor da condenação/indenização são efetivamente subjetivos e variáveis caso a caso, isso não implica que em função da dificuldade aparente devam ser ignorados, ao revés, devem ser levados na mais alta conta, sem o que não se estará a fazer justiça.

A estipulação de um valor que não revele em si efetiva punição ao ofensor, ainda que seja a sentença para considerar procedente a ação proposta, mais agravará os danos morais do que os reparará, pois que estará a mostrar à sociedade, ao ofendido e principalmente ao próprio ofensor, o desleixo e o pouco valor que foi dado aos direitos de personalidade do ofendido, direito à honra e a moral, nas palavras de José Afonso da Silva,¹⁵ “direitos fundamentais do homem”, quando se sabe serem estes os direitos mais caros a qualquer indivíduo.

Neste sentido, se pronuncia novamente Caio Mário da Silva Pereira,¹⁶ *in verbis*:

“(…)

Incorporado que está o princípio da reparação por dano moral, como princípio geral, em nosso direito positivo, cabe estabelecer critérios em que o juiz deva se basear.

(…)

É preciso entender que, a par do patrimônio, como ‘complexo de relações jurídicas de uma pessoa, economicamente apreciáveis’ (Clóvis Beviláqua, Teoria Geral do Direito, § 29), o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, o bom conceito de que desfruta na sociedade, os sentimentos que exornam a sua consciência, os valores afetivos, merecedores todos de igual proteção da ordem jurídica. (...) Mais desenvolvidamente Yves Chartier cogita das numerosas hipóteses em que pode ocorrer o prejuízo moral: atentados não físicos à pessoa; atentado à honra; à consideração e à reputação; difamação e injúria; ofensa à me-

¹⁵ Curso de Direito Constitucional Positivo. 11ª ed. Revista. São Paulo: Malheiros Editores, pp. 197 e 204.

¹⁶ Ob. cit., pp. 58 e segs.

mória de um morto; *atentado contra a vida privada; preservação da imagem, do nome e da personalidade (...).*

O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é própria da indenização do dano material, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescentar que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima.

A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena se torne inexpressiva” (sem grifos no original).

2.4.2. A controvérsia sobre a inversão do ônus da prova

O ônus da prova dos fatos alegados em juízo está distribuído de forma a determinar que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de direito seu, enquanto à parte adversa incumbe a insurreição relativa à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo das pretensões que contra si são imputadas. Neste ponto, também convergem as legislações brasileira¹⁷ e espanhola.¹⁸

Este também é o posicionamento majoritário da doutrina, que admite o deslocamento do ônus da carga probatória, a depender

¹⁷ Código de Processo Civil brasileiro: “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.”

¹⁸ Código Civil espanhol: “Art. 1.214. Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone.”

do tipo de obrigação aplicável ao caso concreto, se de meio ou de resultado.

Em sendo uma obrigação dita de meio, cabe ao credor comprovar que o devedor não foi suficientemente diligente a ponto de utilizar todos os meios disponíveis para a consecução ou adimplemento da obrigação. Ao primeiro, a lei impõe a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito, e ao segundo, a prova dos fatos impeditivos, capazes de isentá-lo da responsabilidade que lhe é demandada.

Diferente é o caso da obrigação de resultado, uma vez que a insatisfação com relação ao fim atingido pode ser suficiente para demonstrar o descumprimento da obrigação. O que importa, neste caso, é que o objetivo contratado não foi atingido, independentemente da diligência do devedor, e do correto emprego de todas as técnicas e equipamentos existentes e à disposição deste. A este último é imposto demonstrar o caso fortuito e a força maior, além de seus esforços, que impediram a concretização dos resultados.

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, atribui ao juiz o poder de – a seu critério – inverter o ônus da carga probatória, acaso venha a considerar o consumidor hipossuficiente, ou verossímeis suas alegações.¹⁹

Esta hipossuficiência não é necessariamente de caráter econômico. Pode ser também técnica, ou seja, aquelas situações em que o consumidor não disponha dos meios adequados para efetivamente comprovar o que funcionou de forma errada (ou mesmo não funcionou) em um equipamento ou na prestação de um serviço. São casos em que o fornecedor ou prestador do serviço está mais habilitado a demonstrar que o resultado indesejado não é resultante de sua atividade, que foi exercida de forma tecnicamente correta, de forma prudente e diligente.

¹⁹ Código de Defesa do Consumidor: “Art. 6º 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.”

Ainda que implícito, necessário se faz lembrar que o poder do juiz, ao determinar ou não a inversão do ônus probatório, deve ser exercido observando critérios de bom senso e parâmetros de razoabilidade.

Hildegard Giostri²⁰ diz que, com relação à atividade médica, a prática tem demonstrado que, independentemente do tipo de obrigação, a prova incumbe ao credor:

“No âmbito prático, na área da responsabilidade médica, o que se tem visto é que tanto nas obrigações de meio quanto nas de resultado, a carga probatória incumbe ao credor, em especial quando atua uma pretensão de um cumprimento não atingido e, isto, tanto num caso quanto no outro, ou seja, tanto nas obrigações de resultado quanto nas de meio.

O que quer dizer que, no caso de uma prestação obrigacional de resultado, o descumprimento se verificará pela falta do resultado avençado preteritamente (ou, no caso das cirurgias plásticas, de um resultado que ‘não agrade’ ao paciente, mesmo que tecnicamente bem-sucedido). Então, o conteúdo da prova é o próprio descumprimento do fato, em sentido material.”

Este entendimento se coaduna com o preceito excetuante do § 4º do artigo 14 do CDC, que diz:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

2.4.3. A publicidade, seus efeitos e consequências

O exercício da medicina, enquanto atividade econômica adstrita aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, também tem re-

²⁰ *Responsabilidade Médica*, p. 184.

gulamentado o uso da publicidade como ferramenta de promoção. A publicidade, por definição, é toda forma de divulgação e/ou difusão de informações, com a finalidade de direta ou indiretamente, influenciar favoravelmente determinado público consumidor de produtos e/ou serviços, seja com finalidade lucrativa ou não, ainda que esta segunda modalidade seja mais rara.

Adalberto Pasqualotto²¹ complementa:

“Como técnica persuasiva que é, a publicidade deve reservar o seu poder de convencimento à mensagem, que é o seu conteúdo, tendo o dever de apresentar-se formalmente ostensiva.

A publicidade sempre tem uma intenção argumentativa. A técnica publicitária de argumentação, porém, não é necessariamente racional, apesar de muitas vezes o discurso apresentar aparente lógica. Os apelos emotivos, afetivos, cômicos, irônicos, frequentemente são usados, sempre com a intenção de confortar o destinatário da mensagem, buscando captar a sua adesão. No fundo, é um processo de cooptação.

Admite-se que seja assim (respeitados os limites da enganiosidade e da abusividade). Mas os recursos técnicos tendentes ao convencimento devem limitar-se ao conteúdo da mensagem, não podendo estender-se ao modo de empregá-los. Já porque a mensagem é persuasiva, deve ser identificada desde logo, possibilitando ao destinatário que se previna e resista aos argumentos – ou ceda, se quiser. Em outras palavras, a lei admite o assédio honesto e declarado ao consumidor, rechaçando a clandestinidade.

Esse dever de identificação, ademais de ser legal, deriva de um princípio de lealdade e da boa-fé objetiva. Como se concede ao anunciante a persuasão, exige-se-lhe que não esconda o seu emprego.”

Na hipótese em questão, ainda que a matéria tenha regulamentação específica no Código de Ética Médica²² (principal argumento

²¹ *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, p. 84.

²² Código de Ética Médica (Resolução nº 2.217/2018, de 01/11/2018, do Conselho Federal de Medicina):

corporativo dos que desejam a discussão longe do âmbito jurídico), o Código de Defesa do Consumidor – ao reconhecer a vulnerabilidade do paciente com relação à falta de conhecimentos específicos, especializados, que lhe permitam maior mobilidade para a tomada de decisões com relação aos destinos da relação de consumo a que está submetido – dota o paciente/consumidor de elementos jurídicos que lhe garantem uma maior segurança, tanto na condução da própria relação em si, como também lhe dando parâmetros e meios eficazes para a busca de eventual reparação, caso entenda (e comprove) ter sido lesado em sua boa-fé, em suas esperanças, ou mesmo em sua ignorância.

No já mencionado Código de Defesa do Consumidor, a publicidade é disciplinada pelos artigos 36 a 38²³ que, respectivamente,

Capítulo XIII PUBLICIDADE MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 111 Permitir que sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer meio de comunicação de massa, deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da sociedade.

Art. 112 Divulgar informação sobre assunto médico de forma sensacionalista, promocional ou de conteúdo inverídico.

Art. 113 Divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido cientificamente por órgão competente.

Art. 114 Anunciar títulos científicos que não possa comprovar e especialidade ou área de atuação para a qual não esteja qualificado e registrado no Conselho Regional de Medicina.

Art. 115 Participar de anúncios de empresas comerciais, qualquer que seja sua natureza, valendo-se de sua profissão.

Art. 116 Apresentar como originais quaisquer ideias, descobertas ou ilustrações que na realidade não o sejam.

Art. 117 Deixar de incluir, em anúncios profissionais de qualquer ordem, seu nome, seu número no Conselho Regional de Medicina, com o estado da Federação no qual foi inscrito e Registro de Qualificação de Especialista (RQE) quando anunciar a especialidade.

Parágrafo único. Nos anúncios de estabelecimentos de saúde, devem constar o nome e o número de registro, no Conselho Regional de Medicina, do diretor técnico.

²³ Código de Defesa do Consumidor:
“Seção III – Da Publicidade

elencam os seus princípios básicos, tratam da publicidade enganosa, e do ônus da prova relativo ao conteúdo veiculado.

Não se limita o diploma legal a ser meramente enunciativo. Tipifica ainda como crimes a publicidade enganosa e abusiva, bem como a falta de organização dos dados fáticos, técnicos e científicos que compõem o anúncio, impondo sanções aos infratores.²⁴

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

²⁴ Código de Defesa do Consumidor:

“Título II – Das Infrações Penais

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo único. (Vetado)

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. (Vetado)

Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.”

Impõe, ainda, penalidades administrativas, e determina a realização de contrapropaganda em alguns casos.²⁵

Segundo a revista virtual *Consultor Jurídico*,²⁶ em maio de 2002, ao julgar a Apelação nº 334.114-0, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou determinada clínica médica, bem como profissional que nela atendia por danos morais e materiais. A condenação foi gerada por causa de um diagnóstico e tratamento equivocados a um ex-paciente. A Justiça também levou em consideração a “propaganda enganosa”, sobre diagnóstico correto e tratamento eficaz, feita na mídia.

O ex-paciente morreu durante a tramitação do processo. De acordo com a decisão, foi concedido à viúva e seu filho menor o direito de receber indenização equivalente a R\$ 40 mil por danos morais e R\$ 6 mil por danos materiais.

²⁵ “Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I – multa; II – apreensão do produto; III – inutilização do produto; IV – cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V – proibição de fabricação do produto; VI – suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII – suspensão temporária de atividade; VIII – revogação de concessão ou permissão de uso; IX – cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X – interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI – intervenção administrativa; XII – imposição de contrapropaganda.

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.”

“Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

(...)”

²⁶ Notícia disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acessada em: 23.05.2002.

Segundo o processo, a doença foi diagnosticada como colagenose mista e lúpus eritematoso disseminado. Mas o ex-paciente sofria de leucemia mieloide crônica. A clínica cobrou R\$ 8.998,00 para tratar do enfermo. O ex-paciente pagou apenas R\$ 6 mil. Quando constatou o erro, entrou na Justiça com ação de indenização.

Os juízes consideraram que a clínica e o médico fizeram propaganda enganosa na mídia quando prometeram diagnósticos precisos e tratamentos eficazes. A turma julgadora considerou que houve infração ao Código de Defesa do Consumidor. Além disso, afirmaram que o Código de Ética Médica foi ferido com a divulgação de assunto médico de forma promocional.

O relatório do acórdão assevera que “a responsabilidade da clínica médica em indenizar o seu paciente pelos danos materiais e morais sofridos decorre da falsa promessa de diagnóstico e tratamento eficaz a ele feita, mormente se o diagnóstico foi totalmente equivocado, assim como o tratamento ministrado”.

Segundo o relator, os danos morais foram causados pela “falsa esperança inculcada” ao ex-paciente mediante a veiculação de propaganda enganosa. “No afã de se curar, procurou a clínica, iludindo-se quanto aos resultados prometidos.” Para o juiz, o ex-paciente teve uma decepção, “ao perceber que havia sido logrado, pois o médico a quem confiara os cuidados de sua saúde sequer diagnosticara corretamente a doença”. O relator afirmou ainda que o tratamento foi “equivocado e inútil”.

A decisão confirmou integralmente a sentença do juiz da 14ª Vara Cível de Belo Horizonte, reforçando o entendimento da plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à atividade médica, seja ela direta ou correlata.

2.4.4. Outros aspectos relevantes

Tendo em vista esta sujeição da atividade médica às regras previstas pelo Código de Defesa do Consumidor, cumpre destacar algumas particularidades que podem ser aplicadas ao cotidiano das relações aqui em estudo.

Um destes aspectos se refere justamente à prescrição pela busca da reparação de danos causados pela má prestação do serviço.