

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO - DIURNO

José Angelo Coutinho Campolina

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E CLÍNICAS MÉDICAS EM
DECORRÊNCIA DE ERROS MÉDICOS OCORRIDOS EM PROCEDIMENTOS
CIRÚRGICOS CHEFIADOS POR PROFISSIONAIS QUE LOCAM AS
INSTALAÇÕES DESTES ESTABELECIMENTOS**

Florianópolis
Dezembro de 2012

JOSÉ ANGELO COUTINHO CAMPOLINA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E CLÍNICAS MÉDICAS EM
DECORRÊNCIA DE ERROS MÉDICOS OCORRIDOS EM PROCEDIMENTOS
CIRÚRGICOS CHEFIADOS POR PROFISSIONAIS QUE LOCAM AS
INSTALAÇÕES DESTES ESTABELECIMENTOS**

Trabalho de Conclusão submetido ao
Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientadora: Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Florianópolis
Dezembro de 2012

JOSÉ ANGELO COUTINHO CAMPOLINA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E CLÍNICAS MÉDICAS EM
DECORRÊNCIA DE ERROS MÉDICOS OCORRIDOS EM PROCEDIMENTOS
CIRÚRGICOS CHEFIADOS POR PROFISSIONAIS QUE LOCAM AS
INSTALAÇÕES DESTES ESTABELECIMENTOS**

Trabalho de Conclusão submetido ao
Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Catarina.

Aprovada em: ____/____/____.

Prof. Leilane Zavarizi da Rosa

Prof. Dárlen Prietsch Medeiros

Prof. Mayla Regina Rathje

"Se admitirmos que a vida humana possa ser regida pela razão, está destruída toda a possibilidade de vida."

Liev Tolstói, 1865.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho de conclusão de curso aos grandes amores da minha vida, Angelo Salvatierra Campolina e Rosa Maria Coutinho Campolina, meus caríssimos pais.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer a Deus por ter me dado uma família mais do que maravilhosa, amigos muitíssimos especiais, uma namorada fantástica, pelo dom da vida, pela minha inteligência e capacidade e, sobretudo, por nunca ter me abandonado nesta árdua tarefa de escrever esta monografia.

Agradeço a meus pais, Angelo Salvatierra Campolina e Rosa Maria Coutinho Campolina, por todo apoio que me deram em minha vida. Desde os primeiros passos às decisões mais importantes, eles estiveram ao meu lado me incentivando, me ajudando, me impulsionando a ir em frente, a não desistir, a lutar pelos meus sonhos. Sou muito feliz por Deus ter me dado esse grande presente que são meus pais e por estes sempre terem acreditado em mim, mesmo quando eu mesmo não acreditava.

Agradeço aos meus amigos, em especial a Marcelo de Brito Valadares que, mesmo estando longe sempre se fez próximo de mim, me amparou nos momentos difíceis e me ouviu quando eu mais precisava; a Manuel Francisco Vitart pelos excelentes conselhos, pela presença acolhedora e amiga, por se disponibilizar a me ajudar em todos os momentos; a Débora Pitol Maestri pelo carinho e amizade, sempre pronta a me socorrer, pela disposição em ler e me ajudar a corrigir este trabalho; a Camila Michels Corrêa por ter sido um anjo durante toda a faculdade, por ter me emprestado vários livros, por ter me aconselhado e me animado muitas vezes. Tenho muita sorte por ter amigos tão especiais quanto vocês na minha vida e não sei o que seria de mim sem vocês ao meu lado.

Agradeço a minha orientadora, Professora Leilane Zavarizi da Rosa, pelo apoio, compreensão, disponibilidade. Agradeço também as Professoras Mayla Regina Rathje e Dárten Prietsch Medeiros pela prontidão em participar da minha banca de TCC, mesmo tendo recebido o convite em tão curto espaço de tempo.

Agradeço a minha namorada, Thaisa Cristina Miranda Martins, por todo amor, carinho, compreensão e paciência devotados a mim, em especial nos últimos dias de elaboração desta monografia, além de ter me ajudado com uma série de sugestões durante todo o trabalho.

Enfim, agradeço a todas aquelas pessoas que participaram, direta ou indiretamente, desse longo período de estudos e capacitação universitária, partilhando de momentos maravilhosos que vão para sempre permear minhas mais doces memórias.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem por finalidade analisar a legitimidade da responsabilização civil de hospitais e clínicas médicas em decorrência de erros médicos ocorridos em procedimentos cirúrgicos chefiados por profissionais que locam as instalações destes estabelecimentos.

Para este fim, remonta-se à doutrina de responsabilidade civil e de direito do consumidor para delimitar os principais conceitos jurídicos a serem abordados pelo tema escolhido.

Em seguida, propõe-se realizar um estudo jurisprudencial sobre o tema escolhido, visando esclarecer a orientação majoritária do STJ e dos tribunais da região sul do Brasil acerca do tema proposto, bem como conferir se os tribunais retrocitados têm seguido o posicionamento adotado pelo STJ.

O método científico a ser adotado nessa pesquisa é o método dedutivo, a partir de pesquisa da jurisprudência dos tribunais nacionais.

Palavras Chave: Legitimidade. Responsabilização Civil. Hospitais. Erros Médicos. Procedimentos Cirúrgicos. Locam. Responsabilidade Civil. Direito do Consumidor. Estudo Jurisprudencial. Posicionamento.

LISTA DE ABREVIATURAS

- 1) AC – Apelação Cível;
- 2) Art. – Artigo;
- 3) CC/2002 – Código Civil Brasileiro de 2002;
- 4) CDC – Código de Defesa do Consumidor;
- 5) CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;
- 6) ONU – Organização das Nações Unidas;
- 7) PR – Estado do Paraná;
- 8) REsp – Recurso Especial;
- 9) RN – Estado do Rio Grande do Norte;
- 10) RS – Estado do Rio Grande do Sul;
- 11) SC – Estado de Santa Catarina;
- 12) SP – Estado de São Paulo;
- 13) STJ – Superior Tribunal de Justiça;
- 14) TJ – Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1 Surgimento e evolução histórica do instituto da responsabilidade civil	13
1.2 Caracterização da responsabilidade civil – principais elementos.....	15
1.3 A responsabilidade civil dos médicos e dos estabelecimentos de saúde.....	20
2 AS RELAÇÕES DE CONSUMO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	26
2.1 Evolução histórica das relações de consumo e da proteção do consumidor	26
2.2 Caracterização das relações de consumo – elementos e pressupostos necessários	31
2.3 Responsabilidade do fornecedor por fato do serviço	40
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E CLÍNICAS MÉDICAS EM DECORRÊNCIA DE ERROS MÉDICOS OCORRIDOS EM PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS CHEFIADOS POR PROFISSIONAIS QUE ALUGAM AS INSTALAÇÕES DESTES ESTABELECIMENTOS	48
3.1 As relações de consumo nos procedimentos cirúrgicos quando os pacientes contratam os serviços de um cirurgião e este aluga as instalações médicas de um estabelecimento para a realização de cirurgias	48
3.2 O entendimento majoritário dos tribunais brasileiros acerca da responsabilização civil dos hospitais/clínicas médicas em decorrência de erros médicos ocorridos na relação de consumo entre médico e paciente quando não há relação de preposição entre estes profissionais e tais estabelecimentos	52
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

A responsabilização civil por vícios nas relações de consumo é um tema que vem sendo cada vez mais discutido no Brasil na atualidade. Constantemente tem-se deparado no noticiário jornalístico com casos de erros médicos que levam os pacientes à morte ou causam lesões orgânicas severas.

Diante desse quadro paira a dúvida: a quem demandar judicialmente por conta de tais erros? Os médicos, responsáveis pelos procedimentos cirúrgicos ou os hospitais onde estas cirurgias foram realizadas? Ou a ambos em caráter solidário? Os hospitais sempre responderão objetivamente pelos erros médicos perpetrados em cirurgias ocorridas em suas instalações?

Observa-se, pois, que alguns advogados e doutrinadores têm se inclinado no sentido de demandar judicialmente tanto os hospitais quanto os médicos responsáveis pelos erros em questão, afinal, seria mais lógico se cobrar de quem tem maior liquidez primeiramente – estabelecimentos de saúde - e, secundariamente, do profissional liberal que cometeu o ato ilícito.

O objetivo do presente trabalho é o de realizar um estudo jurisprudencial que permita atingir uma resposta satisfatória para a seguinte assertiva: os hospitais e clínicas médicas podem ser demandados solidariamente em ações de indenização por danos morais e materiais ajuizadas em face de médicos cirurgiões que alugam as instalações destes estabelecimentos para a realização de procedimentos cirúrgicos?

Para tanto, far-se-á necessário analisar o entendimento majoritário do STJ sobre o tema em tela, com o intuito de delinear o raciocínio jurídico seguido pelo tribunal nas decisões judiciais de casos análogos. Igualmente, realizar-se-á um estudo jurisprudencial das decisões mais recentes dos tribunais da região sul do Brasil (TJ/PR, TJ/SC e TJ/RS), com a finalidade de se observar se os mesmos têm seguido o posicionamento delimitado pelo STJ em seus acórdãos, alinhando seu entendimento jurisprudencial ao do referido órgão da justiça brasileira. O método utilizado nesta monografia será o método dedutivo.

Cumpra-se ressaltar que o espectro da presente pesquisa foi limitado aos Tribunais de Justiça do sul do Brasil intencionalmente, uma vez que o presente TCC é orientado à Universidade Federal de Santa Catarina, sendo de maior interesse desta instituição a elucidação de como tal tema vem sendo abordado pelos tribunais que compõem a mesma região geográfica, além de facilitar o dia-a-dia dos estudantes e operadores do direito que, porventura, possam se utilizar do mesmo.

Outrossim, para efeito de investigação jurisprudencial, partir-se-á da premissa que os erros médicos já estão caracterizados, não havendo, pois, discussão jurisprudencial quanto a sua existência ou não. O debate jurídico versará exclusivamente sobre quem deverá indenizar as vítimas de tais erros.

O primeiro capítulo deste trabalho se ocupará do histórico e das questões introdutórias acerca do instituto jurídico da responsabilidade civil, seus principais pressupostos, bem como da responsabilização civil dos médicos e dos estabelecimentos de saúde.

No segundo capítulo será feita uma análise das relações de consumo e dos instrumentos de proteção ao consumidor, dos elementos caracterizadores dessas relações e da responsabilidade dos fornecedores por fato do serviço.

Finalmente, o terceiro capítulo versará sobre as relações de consumo nos procedimentos cirúrgicos quando os pacientes contratam os serviços de um cirurgião e este aluga as instalações médicas de um estabelecimento para a realização de cirurgias, assim como sobre o entendimento majoritário dos tribunais brasileiros acerca do tema em questão.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Surgimento e evolução histórica do instituto da responsabilidade civil

O instituto jurídico da Responsabilidade Civil surgiu em Roma durante o período histórico conhecido como Antiguidade. Sua origem está relacionada à necessidade de o Estado assumir para si a função de punir os crimes e atos ilícitos cometidos por particulares contra o patrimônio público e/ou privado. O advento da responsabilidade civil clássica – aquela fundada em três pressupostos: dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o dano – se deu em substituição à primitiva forma de vingança privada que imperava nos primórdios da humanidade (regulada pela famosa lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”).

Gonçalves, citando Aguiar Dias, aborda o surgimento da responsabilidade civil no direito romano, explicitando que:

É na Lei Aquília que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não continha ainda “uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno”, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e “fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico”.¹

Apesar da base romana, foi o direito francês que, muitos anos depois, estabeleceu os princípios gerais da responsabilidade civil. Surgiram assim os seguintes princípios da responsabilização civil:

[...] direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência.²

No Brasil a responsabilidade civil foi implementada por meio das Ordenações do Reino portuguesas, durante o período colonial, as quais misturavam elementos como reparação, pena e multa em seu bojo. Contudo, foi só com o

¹ DIAS apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 4: responsabilidade civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva 2012, p. 25.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*, cit., p. 26.

Código Criminal Imperial de 1830 que ela começou efetivamente a ser positivada no direito pátrio, tal como demonstra Gonçalves:

O Código Criminal de 1830, atendendo às determinações da Constituição do Império, transformou-se em um código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade, prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros etc.

Numa primeira fase, a reparação era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal.³

Com o advento do Código Civil de 1916, foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa/dolo do agente do dano como pressuposto básico para a indenização.

Entretanto, a evolução tecnológica, social, política e econômica propiciada pelo desenvolvimento industrial brasileiro durante o século XX impôs ao direito civil pátrio a necessidade de se adequar a tais transformações. Assim sendo, foi incorporada ao direito nacional a noção de responsabilização civil assentada na teoria do risco, segundo Gonçalves⁴. Esta previa o surgimento de um novo tipo de responsabilização, não mais fundamentada apenas na ideia de culpa, mas no risco do desenvolvimento de uma determinada atividade econômica, profissional ou na teoria do dano objetivo.

O Código Civil brasileiro de 2002 manteve o princípio da responsabilidade civil baseada na culpa, expressa por meio dos arts. 186 e 927 do mesmo, agregando também a teoria da responsabilização objetiva, que se encontra disposta em seus arts. 927, parágrafo único, 933, 936, 937 e 1.299. Gonçalves considera a coexistência dos institutos da responsabilidade civil subjetiva e objetiva um grande avanço, tal como é demonstrado pelo excerto abaixo:

Adota, assim, solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício da atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos especificados em lei, a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano.

³ Id. Ibid., p. 27.

⁴ Id. Ibid.

[...]

O referido parágrafo único do art. 927 do novo diploma, além de não revogar as leis especiais existentes, e de ressaltar as que vierem a ser promulgadas, permite que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas ou de risco.

Essa é, sem dúvida, a principal inovação do Código Civil de 2002, no campo da responsabilidade civil.⁵

1.2 Caracterização da responsabilidade civil – principais elementos

Uma vez descritos, brevemente, o surgimento e a evolução da responsabilidade civil, faz-se necessário estabelecer uma definição do instituto, diferenciar as espécies de responsabilização civil e caracterizar seus principais pressupostos.

A responsabilidade civil é o ramo do direito civil que se destina a reparar os danos decorrentes de um ato ilícito praticado por um determinado agente em face de uma ou mais vítimas. Ou seja, o dever de indenizar se origina no momento em que ocorre tal dano, mesmo que não advenha de uma conduta culposa, mas de uma atividade que apresente um determinado risco.

Venosa é claro ao dissertar acerca do assunto:

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. [...] O termo *responsabilidade* é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. [...]⁶

Outrossim, o autor *supra* traz ainda a definição de ato ilícito, conceito essencial à compreensão da responsabilidade civil:

Ao analisarmos [...] fatos, atos e negócios jurídicos, referimos que os atos ilícitos são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento. O ato voluntário é, portanto, o primeiro pressuposto da responsabilidade civil. [...]

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. [...]⁷

⁵ Id. *Ibid.*, p. 29 – 30.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1.

A partir dos referidos conceitos, observa-se que o dever de indenizar pode surgir em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar, determinada pessoa, de observar um preceito normativo que regula a vida. Tem-se então, duas espécies distintas de responsabilidade civil - a contratual e a extracontratual -, tal como assevera Cavaliere Filho:

Quem infringe dever jurídico *lato sensu*, já vimos, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de um contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei.

[...]

Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado *ilícito* contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos.

Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o *ilícito* é *extracontratual*, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.⁸

Cavaliere prossegue seu raciocínio afirmando que:

Em suma: tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. [...]

[...]

Em nosso sistema a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual.

[...]

O Código do Consumidor [...] superou essa clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços.⁹

Além da diferenciação elencada, é *mister* ressaltar que existem duas teorias sobre a responsabilidade civil positivadas no ordenamento jurídico nacional, as quais sejam: a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva.

A regra geral adotada pelo CC/2002 foi a teoria clássica, pautada na culpa - responsabilidade civil subjetiva -, como se pode observar nos arts. 186 e 927 da referida lei:

⁷ Id. *Ibid.*, p. 24.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 16.

⁹ Id. *Ibid.*, p. 17.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.¹⁰

É importante ressaltar que a palavra culpa que caracteriza a responsabilidade subjetiva é empregada no seu sentido *lato sensu*, isto é, abrangendo os dispositivos da culpa (negligência, imperícia e imprudência), bem como o dolo. Todavia, a doutrina frequentemente se refere a outras modalidades de culpa, tais como elenca Venosa:

Culpa *in eligendo* é a oriunda de má escolha do representante ou do preposto, como, por exemplo, contratar empregado inabilitado ou imperito.

Culpa *in vigilando* é a que se traduz na ausência de fiscalização do patrão ou comitente com relação a empregados ou terceiros sob seu comando. Culpa *in commitendo* ocorre quando o agente pratica ato positivo, geralmente caracterizado por imprudência e culpa *in omittendo* decorre de uma abstenção indevida, caracterizando a negligência.¹¹

Os pressupostos principais da teoria subjetiva, segundo Almeida Santos, são:

Ação ou omissão – É a conduta positiva ou negativa do agente. Para caracterizar o dever de indenizar do agente, em regra, deve ser ilícita.

Dano – É a lesão causada pela conduta do agente. [...] O dano pode ser material (patrimônio) ou moral. [...]

Nexo Causal – Trata-se do vínculo de imputabilidade essencial para a caracterização da responsabilidade civil. Para que a conduta de determinado agente que causou dano a alguém seja capaz de gerar o dever de indenizar, deve o dano ser consequência direta e imediata da conduta. É, em última instância, a relação de causa e efeito averiguada entre a conduta do agente e o dano evidenciado

Dolo ou Culpa – É o elemento subjetivo da conduta do agente. Isto é, para que haja o dever de indenizar por responsabilidade civil subjetiva, a ação ou omissão do agente causador do dano deve resultar de sua culpa ou dolo. [...]¹²

Para que ocorra a responsabilização subjetiva, portanto, faz-se necessário que todos os pressupostos da modalidade estejam presentes, de tal modo que um indivíduo, agindo com culpa (*lato sensu*), provoque um dano a uma pessoa, por meio de uma ação ou omissão (ambas ilícitas), estando sua conduta

¹⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 set. 2012.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, cit., p. 30 - 31.

¹² GONZAGA, Álvaro de Azevedo (Coord.); ROQUE, Nathaly Campitelli (Coord.). *Vade Mecum Jurídico*. São Paulo: 2010, p. 194.

diretamente ligada ao resultado fático por meio de uma relação de causalidade, o nexos causal.

Com relação ao tema, Venosa vaticina ainda que:

Na responsabilidade subjetiva, o centro de exame é o ato ilícito. O dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito.¹³

A teoria da responsabilidade subjetiva, por sua vez, pode ser classificada em culpa contratual ou extracontratual, de acordo com os requisitos enunciados para a delimitação da responsabilidade civil.

A despeito da regra geral trazida pelo CC/2002, o mesmo compêndio de leis introduziu no direito pátrio a segunda teoria da responsabilização civil, a responsabilização objetiva, a partir do parágrafo único do art. 927. Segundo Almeida Santos a responsabilidade objetiva é aquela que:

[...] se caracteriza apenas pela conjunção da conduta, dano e nexos causal, sem a perquirição acerca do elemento subjetivo (culpa ou dolo) do agente.

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza riscos para os direitos de outrem (teoria do risco).¹⁴

Venosa completa a definição exposta afirmando que:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarnada como “risco proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.¹⁵

Percebe-se, então, que para a configuração do dever de indenizar objetivamente, os mesmos pressupostos da teoria subjetiva devem estar presentes, com exceção do pilar principal desta que é a caracterização da culpa. Assim, o dever de indenizar surge quando, em função de alguma atividade ou conduta, as quais estão sujeitas a riscos intrínsecos, ocorre um dano que pode ser ligado diretamente

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, cit., p. 30 - 24.

¹⁴ GONZAGA, Álvaro de Azevedo (Coord.); ROQUE, Nathaly Campitelli (Coord.). *Vade Mecum*, cit., p. 194.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, cit., p. 49.

a tal conduta por meio de um nexo de causalidade; assim como nos casos especificados em lei.

A responsabilidade objetiva encontra-se descrita no CC/2002, por meio dos institutos da responsabilidade dos pais pelos filhos menores (art. 932, I); dos tutores e curadores pelos pupilos e curatelados (art. 932, II); do empregador ou comitente por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele (art. 932, III); dos donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, pelos seus hóspedes, moradores (art. 932, IV); dos que houverem participado nos produtos do crime (art. 932, V); dos donos dos animais, art. 936; dos donos dos prédios em ruína, art. 937; dos habitantes das casas das quais caírem coisas, art. 938, dentre outras possibilidades.

Também se observa a presença deste tipo de responsabilização em diversas leis esparsas, tais como o CDC, a Lei de Acidentes de Trabalho, o Código Brasileiro de Aeronáutica, Decreto Legislativo n. 2.681, de 1912, Lei n. 6.938/81, etc. Tal fato demonstra a importância desta nova teoria para o ordenamento jurídico e que a mesma não foi introduzida em substituição à teoria clássica, mas em complemento a mesma.

Cumpra-se ainda abordar as excludentes de ilicitude, as quais são hipóteses que afastam o dever de indenizar do agente, tanto nos casos de responsabilização subjetiva quanto nos casos de responsabilização objetiva, pois, apesar de causar danos a outrem, não violam dever jurídico, estando apoiadas na lei. Almeida Santos vaticina que as principais excludentes de ilicitude existentes no direito brasileiro são:

- a) *legítima defesa*: quando o dano advier de conduta praticada pelo agente em legítima defesa;
- b) *estado de necessidade*: quando o agente estiver em estado de necessidade [...] e, nessa condição, causar dano a alguém;
- c) *exercício regular de direito*: o exercício de direito não pode ensejar o dever de indenizar, haja vista o ato estar acobertado pelo ordenamento jurídico;
- d) *culpa exclusiva da vítima ou de terceiro*: quando o elemento subjetivo necessário à propagação do dano não seja imputado ao agente, mas, sim, de forma exclusiva à própria vítima do dano ou a terceiro [...];
- e) *caso fortuito ou força maior*: por serem eventos imprevisíveis e inevitáveis não ensejam o dever de indenizar;

- f) *cláusula de não-indenizar*: quando em relação contratual o sujeito gozar de cláusula específica que lhe garanta a exoneração do dever de indenizar, não poderá ser compelido à reparação de eventual dano.¹⁶

As principais excludentes de ilicitude, a título exemplificativo, estão dispostas no artigo 156 do CC/2002 (estado de necessidade); nos incisos do art. 188 do referido código (legítima defesa e exercício regular de um direito); nos incisos do parágrafo 3º do art. 12 do CDC (culpa exclusiva da vítima ou de terceiro), etc.

1.3 A responsabilidade civil dos médicos e dos estabelecimentos de saúde

Dada a amplitude da teoria da responsabilidade civil objetiva, imprime-se a necessidade de reduzir o espectro doutrinário, de tal sorte que, a partir de agora, tratar-se-á apenas dos casos de responsabilidade objetiva atinentes à responsabilidade do empregador ou comitente, tendo em vista que o tópico está intimamente relacionado com o tema do presente trabalho.

A responsabilidade objetiva dos empregadores por atos de seus funcionários e/ou prepostos encontra amparo legal no inciso III, do art. 932, do CC/2002: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; [...]”¹⁷

Venosa conceitua tal responsabilização da seguinte forma:

A responsabilidade do patrão, amo ou comitente decorre do poder hierárquico ou diretivo dessas pessoas com relação as empregados, serviçais e comitidos ou prepostos. A lei açambarca qualquer situação de direção, com subordinação hierárquica ou não. Desse modo, irrelevante que na relação jurídica entre o autor material e o responsável exista um vínculo trabalhista ou de hierarquia. Aquele que desempenha uma função eventual para outrem também responsabiliza o terceiro.¹⁸

Ademais o autor assevera que para a caracterização da responsabilidade objetiva do empregador é necessário:

¹⁶ GONZAGA, Álvaro de Azevedo (Coord.); ROQUE, Nathaly Campitelli (Coord.). *Vade Mecum*, cit., p. 196.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 set. 2012.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, cit., p. 92.

[...] estabelecer, no caso concreto, o laço de submissão ou dependência ou o nexo de relação eventual quando do ato culposo. No desempenho da atividade e das funções atribuídas ao preposto deve ser analisada a conduta culposa. O fato danoso deve ter ocorrido como decorrência da relação entre o terceiro e o causador do dano ou em razão dessa relação.

[...]

Daí então o mais recente Código enfatizar que o empregador ou comitente responde pelos atos danosos de seus empregados ou prepostos não só no exercício do trabalho que lhes competir, mas também *em razão dele*.

[...]

A responsabilidade do patrão é melhor justificada em sede da teoria do risco, daí por que se consolidou a jurisprudência no sentido dessa presunção de culpa estabelecida na súmula, uma vez que a culpa presumida fica a um passo da responsabilidade objetiva.¹⁹

Com isso, tem-se que a responsabilidade objetiva impõe uma obrigação de solidariedade do empregador para com seus empregados, sendo ambos responsáveis pelo dever de indenizar decorrente dos danos causados a outrem no exercício das atribuições dos prepostos ou em razão de tais atribuições. Portanto, uma vez demonstrados a autoria do dano, o nexo causal e que tal dano se deu em função do exercício das atribuições empregatícias ou em razão destas, o empregador responde objetivamente pela reparação dos prejuízos causados por seus funcionários.

Acerca da matéria adverte Venosa que:

[...] o Código de Defesa do Consumidor instituiu a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços. Dessa forma, no largo espectro atingido pelas relações de consumo, qualquer discussão de culpa é despicienda. Derrogou-se, nesse âmbito, o dispositivo do Código Civil. O fornecedor e o fabricante respondem pelos danos de seus empregados e prepostos causados ao consumidor, independentemente de culpa. Fora do campo do consumidor, ainda se exige a culpa do preposto.²⁰

Outrossim, faz-se necessário elucidar a definição do termo preposição.

Ante a necessidade, recorre-se às palavras de Cavalieri Filho:

[...] A preposição tem por essência a *subordinação*. *Preposto* é aquele que presta serviço ou realiza alguma *atividade por conta* e sob a *direção* de outrem, podendo essa atividade materializar-se numa fundação duradoura (*permanente*) ou num ato isolado (*transitório*). O fato é que há uma relação de *dependência* entre o preponente e o preposto, de sorte que este último recebe ordens do primeiro, está sob seu poder de direção e vigilância. [...] Para efeito de responsabilizar o preponente, todavia, não é necessário que

¹⁹ Id. Ibid., p. 92

²⁰ Id. Ibid., p. 94.

essa relação tenha caráter oneroso, como no caso do empregado assalariado, podendo também resultar de ato gracioso [...]²¹

As hipóteses de exoneração do empregador em face dos atos de seus subordinados são limitadíssimas. O CC/2002 foi extremamente abrangente e severo ao tratar da responsabilidade civil dos empregadores, diferentemente de outros países, não exigindo uma rigorosa relação entre o dano e a atividade funcional do empregado. Em razão disso, basta que a atribuição ofereça ao preposto a ocasião para a prática do ato ilícito para que seu contratante responda objetivamente por seus atos. Relativamente às excludentes de responsabilidade do empregador, Cavalieri Filho elucidada:

O empregador ou comitente só logrará exonerar-se se conseguir provar caso fortuito ou força maior, ou que o ato danoso é absolutamente estranho ao serviço ou atividade, praticado fora do exercício das atribuições do empregado ou preposto. É o que se tem chamado de *normalidade do trabalho*. Se o ato não foi praticado no exercício da função, ou em razão dela, inexistente conexão de tempo, de lugar e de trabalho. Querer impor a condenação do patrão nesses casos é violar o texto da lei; é consagrar a teoria do risco integral, porquanto fica descaracterizada a própria relação de preposição, não havendo que se falar em responsabilidade do comitente.²²

Tendo em vista a tese doutrinária de que os empregadores respondem objetivamente pelos atos de seus empregados, remonta-se aos casos atinentes à responsabilidade civil dos hospitais e clínicas médicas, verificando, pois, se esta se enquadra no mesmo arcabouço jurídico traçado para a responsabilização patronal. Cavalieri Filho faz menção em sua obra à responsabilização destas instituições, tal como se observa abaixo:

[...] Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, quer se tratem de serviços decorrentes da exploração de sua atividade empresarial, tais com defeito de equipamento [...], equívocos e omissões da enfermagem na aplicação de medicamentos, falta de vigilância e acompanhamento do paciente durante a internação [...], infecção hospitalar, etc.; quer se tratem de serviços técnico-profissionais prestados por médicos que neles atuam ou a eles sejam conveniados.

[...]

Não há, assim, nenhuma incompatibilidade entre a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares e a responsabilidade objetiva solidária estabelecida no Código do Consumidor [...], tendo em vista que o hospital só responderá quando o evento decorrer de *defeito do serviço*. Para afastar

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa*, cit., p. 216.

²² Id. *Ibid.*, p. 218.

sua responsabilidade, bastará ao hospital provar que não houve defeito na prestação de seu serviço.²³

Gonçalves ratifica o entendimento delineado por Cavalieri Filho, acrescentando que:

Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, provada a culpa daquele. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelo seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento.²⁴

Entende-se, portanto, que para a doutrina pátria, os hospitais e estabelecimentos de saúde estão sujeitos as mesmas regras disciplinadas pelo CDC no seu art. 14, relativas aos fornecedores de serviços. Assim sendo, equiparam-se aos prestadores de serviços, imputando-lhes uma responsabilidade objetiva e solidária – tal qual a responsabilidade civil dos empregadores -, respondendo, assim, por defeitos na prestação dos serviços de sua responsabilidade, por atos ilícitos cometidos por seus prepostos, bem como por erros médicos e outros danos praticados por profissionais que possuam vínculo empregatício, societário ou integrem o seu quadro clínico.

Percebe-se também uma inclinação do entendimento doutrinário – em especial por parte de autores como Cavalieri, Gonçalves e Venosa - no sentido de isentar os estabelecimentos de saúde quando os defeitos ocorridos na relação de consumo com os pacientes não decorrem de serviços de sua atribuição, mas de culpa exclusiva de terceiro estranho à relação de consumo, como por exemplo, os médicos que se utilizam do seu espaço para internações e realização de procedimentos cirúrgicos, sem tampouco possuir qualquer vínculo de preposição ou trabalhista para com os estabelecimentos.

Finalmente, é imperativo que se demonstre, à luz da doutrina e da legislação brasileira, como é entendida a responsabilidade civil dos médicos. Tais profissionais se enquadram na categoria de profissionais liberais, exercendo sua ocupação de maneira independente, sem vínculo empregatício nem relação de subordinação, bem como em caráter permanente.

²³ Id. *Ibid.*, p. 420.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*, cit., p. 268.

Quanto à responsabilidade civil decorrente das relações de consumo entre médicos e pacientes, objeto do presente trabalho, percebe-se uma espécie de dualismo. Regra geral, os médicos assumem obrigações de meio para com seus pacientes, contudo, nos casos de cirurgia plástica estética, a doutrina e a jurisprudência pátria têm entendido que o tipo de obrigação assumida é de resultado, havendo a presunção de culpa do profissional caso o procedimento cirúrgico não seja bem sucedido.

Novamente recorre-se aos ensinamentos de Cavalieri Filho para traçar um paralelo entre os tipos de obrigações médicas:

O médico, por exemplo, como profissional liberal assume normalmente obrigação de meio. [...] 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 compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí os cuidados e conselhos. [...] A sua responsabilidade é subjetiva e, nesse caso, com culpa provada. Não bastará o mero insucesso no tratamento, seja clínico ou cirúrgico; será preciso provar a culpa do médico.

Há hipóteses, entretanto, em que o médico assume **obrigação de resultado**, como no caso de cirurgia plástica estética. [...] poderá ser responsabilizado, embora tenha atuado com diligência esperada, por não ter informado de modo correto e adequado o seu cliente sobre os riscos e o resultado do tratamento. A responsabilidade do médico no caso de obrigação de resultado é também subjetiva, mas com **culpa presumida**.²⁵

Ou seja, nas obrigações de meio entre médico e paciente, incumbe à vítima provar que o dano por ela sofrido foi ocasionado por imperícia, imprudência ou negligência médica, conhecido como erro médico. Enquanto isso, nas obrigações de resultado, basta que a vítima comprove que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado, para que haja a presunção de culpa do profissional e consequente, inversão do ônus probatório.

Logo, nas obrigações médicas de meio, o profissional emprega todo seu conhecimento e zelo no tratamento de um paciente ou na realização de uma cirurgia, objetivando a melhora de saúde do contratante, responsabilizando-se assim, subjetivamente, nos termos do §4º, do art. 14, do CDC. Já nas obrigações de resultado, o médico se compromete com o resultado prático de determinado procedimento cirúrgico, responsabilizando-se também subjetivamente, porém com o

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 289 - 290.

agravante de que se presume que ele tenha agido com culpa, invertendo-se o ônus probatório e fazendo com que ele tenha que provar que o resultado diverso do esperado foi obtido não por culpa sua, mas por motivo de força maior, por exemplo.

2 AS RELAÇÕES DE CONSUMO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

2.1 *Evolução histórica das relações de consumo e da proteção do consumidor*

O direito do consumidor é um ramo jurídico relativamente novo. Seu surgimento remonta ao início do século XX, como elucida Sérgio Cavalieri Filho:

O século XX foi o século dos novos direitos. Do velho tronco do Direito Civil brotaram novos ramos – direito ambiental, biodireito, direito espacial, direito da comunicação, direitos humanos, direito do consumidor e outros mais – todos destinados a satisfazer uma sociedade em mudança. Esses novos direitos, entretanto, não surgiram por acaso; decorreram do fantástico desenvolvimento tecnológico e científico do século passado, abrangendo áreas do conhecimento humano sequer imaginadas.²⁶

Entretanto, há uma série de autores que consideram que as primeiras normas consumeristas – segundo Filomeno²⁷, o termo consumerismo é um neologismo proveniente da língua inglesa, o qual significa a ciência ou ramo do direito que possui princípios próprios e normas específicas com a finalidade de proteger os interesses dos consumidores-; advém da Antiguidade, aludindo à normas do “Código de Hammurabi”, ao “Código de Manu” oriundo da Índia, ou até mesmo à “Constituição de Atenas”.

É evidente que tais coletâneas jurídicas traziam elementos de direito do consumidor em seu bojo, porém, sem se aprofundar nas relações de consumo, nem tampouco traçar normas objetivas que permitissem a ampliação da proteção para toda e qualquer relação consumerista.

Seguindo a mesma linha de raciocínio tem-se ainda como normas consumeristas, conforme Filomeno²⁸, as práticas de controle de abastecimento de produtos, bem como a decretação de congelamento de preços no período do Imperador Diocleciano, no Império Romano; as penas rigorosas e vexatórias para adulteradores de substâncias alimentícias na França e na Espanha Medievais; e uma das posturas municipais de Salvador, datada de 27-8-1625, que previa multa de

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.

²⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.

²⁸ Id. *Ibid.*, p. 6.

seis mil réis para os vendeiros que não fixassem os “escritos da almoçataria na portaria para que o povo os lesse”.

Contudo, o direito do consumidor, tal como se entende atualmente, originou-se a partir da Revolução Industrial e do desenvolvimento científico e tecnológico dela advindos. O referido entendimento é partilhado por Cavalieri Filho:

Na constelação dos novos direitos, o Direito do Consumidor é estrela de primeira grandeza, quer pela sua finalidade, quer pela amplitude do seu campo de incidência e, para entendermos a sua origem, especial atenção merece a Revolução Industrial.²⁹

Ainda em conformidade com o mesmo autor³⁰, a partir da Revolução Industrial, a produção e o consumo foram massificados, deixando o consumidor em posição desfavorecida, uma vez que os fornecedores se fortaleceram técnica e economicamente. Aqueles não tiveram mais acesso direto aos produtores, ficando submissos à vontade dos mesmos, por meio dos contratos de adesão, gerando um desequilíbrio entre produtores/fornecedores e os consumidores finais, o qual se tornou triplamente vulnerável: técnica, fática e juridicamente.

Em oposição a esta realidade, os institutos jurídicos clássicos não evoluíram ao mesmo passo, dando origem assim aos primeiros movimentos consumeristas propriamente ditos no início do século XX, na França, Inglaterra, Alemanha e nos Estados Unidos. Um exemplo desses movimentos foi a criação da New York Consumers League, uma associação de consumidores que visava melhorar as condições de trabalho nas fábricas. Contudo, eles tinham uma orientação muito mais social do que um direcionamento em defesa dos direitos dos consumidores, da qualidade dos produtos e serviços ofertados pelas indústrias.³¹

Esse reconhecimento só viria mais tarde, na década de 1960, por meio da Mensagem Especial ao Congresso dos Estados Unidos sobre Proteção dos Interesses dos Consumidores – *Special Message to the Congresso n Protecting Consumer Interest*-, elaborada por John Kennedy:

Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas [...]. Mas são o único

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 2.

³⁰ Id. *Ibid.*, p. 7.

³¹ Id. *Ibid.*, p. 4.

grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos.³²

Cavaliere enuncia os direitos básicos dos consumidores:

[...] defendeu o Presidente Kennedy que eles deveriam que eles deveriam ser considerados nas decisões econômicas e, de maneira sintética, enumerou os direitos básicos dos consumidores: à saúde, à segurança, à informação, à escolha e a serem ouvidos.³³

O rol de direitos enunciados por John Kennedy só seriam reconhecidos pela ONU em 1973. No mês de maio do mesmo ano, a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa criou a Carta de Proteção do Consumidor, delimitando as bases para a prevenção e reparação dos danos aos consumidores. As primeiras leis consumeristas também remontam à década de 1970 e foram criadas na França, versando sobre a proteção do consumidor contra publicidade enganosa, e o direito deste de refletir por um período de sete dias sobre a compra de um produto.³⁴

Já em 1985, por meio da Resolução nº 39/248, a ONU delimita as diretrizes para a defesa e a proteção efetivas dos consumidores, segundo Filomeno, objetivando:

[...] proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua saúde e segurança, em face de produtos e serviços perigosos ou nocivos, fomentar e proteger seus interesses econômicos, fornecer-lhe informações adequadas para capacitá-lo a fazer escolhas acertadas de acordo com suas necessidades e desejos, educá-lo a criar possibilidades de real ressarcimento, garantir a liberdade para a formação de grupos de consumidores e outras organizações de relevância, bem como oportunidades para que essas organizações possam intervir nos processos decisórios a elas referentes.³⁵

O intuito principal dos princípios seria o de oferecer subsídios aos países filiados a ONU para a elaboração ou aperfeiçoamento das leis de defesa do consumidor.

No Brasil, leciona Cavaliere Filho³⁶: “a questão da defesa do consumidor começou a ser discutida, timidamente, nos primórdios dos anos 70, com a criação das primeiras associações civis e entidades governamentais voltadas para esse fim.”

³² JOHN FITZGERALD KENNEDY apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 5.

³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 5.

³⁴ Id. *Ibid.*, p. 6.

³⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso*, cit., p. 8.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 7.

Estas organizações, a título exemplificativo, foram: o Conselho de Defesa do Consumidor do Rio de Janeiro, criado em 1974; a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor, criada em Curitiba no ano de 1976; a Associação de Proteção ao Consumidor, surgida também em 1976 em Porto Alegre; e o Sistema de Proteção ao Consumidor de São Paulo, fundado em maio de 1976, o qual tinha como órgãos centrais o Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, posteriormente chamado de PROCON.

Entretanto, somente após o imbróglio econômico gerado pelo Plano Cruzado, na década de 1980, que o consumidor nacional despertou para a cobrança e o exercício dos seus direitos.

Em 1988, com o advento da nova Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), a defesa dos interesses dos consumidores ganhou força, passando a constar no rol dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, listados no Capítulo I, do Título II, da Carta Magna, tal como demonstra o inciso XXXII, do art. 5º, da mesma:

Art. 5º 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 termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.³⁷

Outros artigos da CF/88³⁸ trazem em seu texto dispositivos de proteção ao consumidor, dentre os quais podemos elencar: o §5º, do art. 150, que vaticina que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”; o inciso V, do art. 170, que afirma que a ordem econômica nacional deverá observar determinados princípios, sendo um destes a defesa do consumidor; o § único do art. 175 que assevera que a lei disporá sobre os direitos dos usuários (ou consumidores) dos serviços públicos que poderão ser prestados pelo Poder Público ou sob o regime de concessão ou permissão por particulares – sendo tal dispositivo a base para as leis que criaram as agências reguladoras responsáveis por fiscalizar e disciplinar a prestação de

³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 mai. 2012.

³⁸ Id. Ibid.

serviços por empresas, garantindo assim o direito dos usuários-; e o art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias que dispunha que dentro de 120 dias, o Congresso Nacional elaboraria o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Todavia, o CDC, a Lei n. 8.078, de 12 de setembro de 1990, criado para regular o princípio constitucional da defesa do consumidor, só foi promulgado dois anos depois. Nas palavras de Cavalieri Filho o CDC seria:

[...] o resultado de todos os movimentos consumeristas anteriormente ocorridos no Brasil e no exterior, como é também o instrumento legal de realização dos valores constitucionais de proteção e defesa dos consumidores, tais como a saúde, a segurança, a vulnerabilidade e outros mais. Em suma, o Código de Defesa do Consumidor destina-se a efetivar, no plano infraconstitucional, princípios constitucionais, especialmente os princípios da isonomia substancial e da defesa do consumidor [...]³⁹

Filomeno corrobora o raciocínio jurídico *supra* ao sustentar que:

[...] o Código de Defesa do Consumidor, muito mais que um conjunto de normas inovadoras, em diversos aspectos do direito, é muito mais uma filosofia de ação, eis que traça uma política ou um conjunto de diretrizes que devem ser seguidas para que o consumidor seja efetivamente protegido e defendido.⁴⁰

O objetivo primordial da referida lei seria o de implementar uma Política Nacional de Consumo uniforme para todo o país, embasada em normas de ordem pública e no interesse social, resguardando os interesses patrimoniais e morais de todos os consumidores nacionais. Isto está claramente denotado no *caput*, do art. 4º, do CDC:

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo [...].⁴¹

Tem-se, então, a aplicação sistemática do CDC às relações de consumo, as quais seriam as relações jurídicas, de natureza contratual ou extracontratual, que envolvem em um dos polos os fornecedores e no outro os consumidores, tendo por

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 10.

⁴⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso*, cit., p. 15.

⁴¹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 04 mai. 2012.

objeto a circulação de produtos e serviços. Ou seja, nas palavras de Cavalieri Filho⁴²: “Havendo circulação de produtos e serviços entre o consumidor e o fornecedor, teremos relação de consumo regulada pelo Código de Defesa do Consumidor.”

2.2 Caracterização das relações de consumo – elementos e pressupostos necessários

Inicialmente cumpre-se definir uma relação de consumo, seus agentes, elementos e pressupostos necessários, sob a ótica do direito do consumidor. Nathaly Campitelli Roque explicita que uma relação de consumo é:

[...] aquela que envolve um fornecedor de um lado, um consumidor (ou grupo de consumidores) de outro e, como objeto, transações remuneradas envolvendo produtos e/ou serviços, com a finalidade de atender a uma necessidade do consumidor na condição de destinatário final.⁴³

Observa-se, pois, que as relações de consumo são caracterizadas pela existência de três elementos essenciais: o consumidor que adquire determinado produto e/ou serviço como destinatário final; o fornecedor de determinado bem e/ou serviço, que o disponibiliza para o consumidor; e os produtos e/ou serviços, os quais unem economicamente consumidores e fornecedores. Os dois primeiros elementos dizem respeito ao aspecto subjetivo das relações de consumo, enquanto o último elemento caracteriza o aspecto objetivo destas relações.

Os consumidores, por sua vez, são os agentes principais das relações de consumo, os quais são definidos pelo art. 2º do CDC:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.⁴⁴

Outrossim, cumpre-se ressaltar que o próprio CDC apresenta outras definições distintas de consumidor, tal como expõe Roque:

[...]

⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 21.

⁴³ GONZAGA, Álvaro de Azevedo (Coord.); ROQUE, Nathaly Campitelli (Coord.). *Vade*, cit., p. 735.

⁴⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 04 mai. 2012.

Consumidor por equiparação (art. 2º, parágrafo único, CDC): para fins de proteção, equipara-se ao consumidor a coletividade, mesmo que indeterminada, que tenha participado ou possa vir a participar das relações de consumo. Refere-se à proteção da coletividade de consumidores.

Consumidor-vítima (art. 17, CDC): para fins de responsabilização do fornecedor, consideram-se consumidores todas as vítimas do evento, mesmo que não tenham sido elas quem compraram o produto ou serviço.

Consumidor nas práticas comerciais e contratuais (art. 29, CDC): Equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais ou contratuais. Também se refere à proteção da coletividade de consumidores.⁴⁵

Filomeno, citando Othon Sidou, é elucidativo ao traçar uma definição dos consumidores em seu aspecto econômico-jurídico:

Definem os léxicos como **consumidor** quem compra para gastar em uso próprio. Respeitada a concisão vocabular, o direito exige explicação mais precisa. **Consumidor** é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade; isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir...⁴⁶

A partir das definições surgem algumas dúvidas: qual seria a real interpretação da expressão “destinatário final”? Seriam destinatários finais apenas aqueles que retiram o bem do mercado ou adquirem determinados produtos/serviços a fim de utilizá-los ou servir-se destes, pondo um fim na cadeia de produção? Os profissionais que adquirem bens a fim de utilizá-los em sua profissão, visando lucro, não podem ser considerados destinatários finais, mesmo que sejam técnica e faticamente vulneráveis?

Cláudia Lima Marques acredita que existem três principais correntes de interpretação do termo destinatário final:

Interpretação finalista: [...] restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.

[...]

Interpretação maximalista: [...] A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível [...], para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. [...] não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço.

[...]

⁴⁵ GONZAGA, Álvaro de Azevedo (Coord.); ROQUE, Nathaly Campitelli (Coord.). *Vade, cit.*, p. 733 - 734.

⁴⁶ OTHON SIDOU apud FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso, cit.*, p. 25-26.

Interpretação finalista aprofundada: [...] concentrada na noção de consumidor final imediato (*Endverbraucher*) e de vulnerabilidade (art. 4º, I) [...] Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, [...]; provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. [...] a jurisprudência tende a considerar estes usuários mistos [...], como consumidores...⁴⁷

Não obstante, a autora aduz que em seu entendimento:

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. [...] O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo de sua produção.⁴⁸

Cavaliere Filho traz em sua obra as características marcantes do consumidor, dentre as quais se destacam:

a) posição de destinatário fático e econômico quando da aquisição de um produto ou da contratação de um serviço. O destinatário fático [...] não estará incluído no conceito de consumidor padrão;

b) aquisição de um produto ou utilização de um serviço para **suprimento de suas próprias necessidades** [...] e não para desenvolvimento de outra atividade negocial [...] *ausência de intermediação*, de reaproveitamento ou de revenda;

c) não profissionalidade [...] a aquisição ou a utilização de produtos ou serviços sem querer prolongar o ciclo econômico desses bens ou serviços no âmbito de um comércio ou de uma profissão [...];

d) vulnerabilidade em sentido amplo (técnica, jurídica ou científica, fática ou socioeconômica e psíquica), isto é, o consumidor é [...] a parte mais fraca da relação de consumo, afetado em sua liberdade pela ignorância, pela dispersão, pela desvantagem técnica ou econômica, pela pressão das necessidades, ou pela influência da propaganda.⁴⁹

Tem-se, então, que a vulnerabilidade, seja ela fática, técnica ou jurídico-científica, é uma das principais características do consumidor nas relações de consumo. Isso fez com que a mesma se traduzisse num dos fatores que motivaram a criação de um código de normas específicas para tutelar e proteger os direitos de uma gama de sujeitos vulneráveis – os consumidores- frente aos dominadores do poder econômico, reequilibrando a situação de desigualdade, não só econômica, mas técnica e de decisão que existe entre as partes das relações de consumo.

⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010, p. 105-107.

⁴⁸ Id. Ibid., p. 105 - 106.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 61.

A importância da vulnerabilidade para o direito do consumidor é tamanha que, por meio do art. 4º, I, do CDC, foi positivada como um princípio estrutural da Política Nacional de Relações de Consumo. Tal condição estende-se para todo e qualquer consumidor, não importando sua condição socioeconômica, nem tampouco seu grau de instrução ou nível cultural. Por isso, há uma presunção absoluta de que o consumidor seja vulnerável por sua própria natureza, não admitindo prova em contrário, tal como ensinam Thereza Arruda e James Martins Eduardo Alvim: “[...] É incindível do contexto das relações de consumo, não admitindo prova em contrário por não se tratar de mera presunção legal.”⁵⁰

Todavia, não há que se confundir a vulnerabilidade com a hipossuficiência. Um consumidor pode muito bem ser vulnerável sem tampouco ser hipossuficiente, mas ele nunca será somente hipossuficiente, uma vez que a vulnerabilidade é característica implícita ao sistema adotado pelo CDC. Nas palavras de Cavalieri Filho a hipossuficiência seria:

[...] um agravamento da situação de vulnerabilidade, um *plus*, uma vulnerabilidade qualificada. Além de vulnerável, o consumidor vê-se agravado nessa situação por sua individual condição de carência cultural, material ou ambos.

O conceito de hipossuficiência está mais ligado a aspectos processuais. O CDC empregou a expressão *hipossuficiência* só para as hipóteses de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) a ser determinado pelo juiz em face do caso concreto.⁵¹

Perpetrada tal distinção, destaca-se que, segundo a doutrina de direito do consumidor, existem três espécies de vulnerabilidade, a fática, a técnica e a jurídica ou científica. Cavalieri Filho define os tipos de vulnerabilidade:

A **vulnerabilidade fática** é a mais facilmente perceptível, decorrendo da discrepância entre a maior capacidade econômica e social dos agente econômicos e a condição de hipossuficiente dos consumidores.

[...]

A **vulnerabilidade técnica** decorre do fato de não possuir o consumidor conhecimentos específicos sobre o processo produtivo, bem assim dos atributos específicos de determinados produtos ou serviços pela falta ou inexatidão das informações que lhe são prestadas. É o fornecedor que detém o monopólio do conhecimento e do controle sobre os mecanismos utilizados na cadeia produtiva.

[...]

⁵⁰ ARRUDA, Thereza; ALVIM, James Martins Eduardo. *Código do consumidor comentado*, 2ª ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 1995, p. 45.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 43.

A **vulnerabilidade jurídica** ou **científica** resulta da falta de informação do consumidor a respeito dos seus direitos [...]; a falta de assistência jurídica [...]; a dificuldade de acesso à Justiça; a impossibilidade de aguardar a demorada e longa tramitação de um processo judicial [...]⁵²

Afora o princípio da vulnerabilidade e os demais princípios informativos e protetivos do direito do consumidor, o CDC traz um rol – exemplificativo - de direitos nos incisos do art. 6º, bem como os deveres mínimos do fornecedor nas relações de consumo. Todas essas garantias são importantíssimas para o pleno exercício dos interesses dos consumidores, contudo, tendo em vista o enfoque deste trabalho de conclusão de curso, dar-se-á especial destaque aos incisos I, III, VI e VII.

O inciso I versa acerca da “proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. Segundo Filomeno:

[...] que o consumidor, **expectante no mercado de produtos e serviços que não lhe sejam nocivos quanto àqueles valores**, tem o direito de exigir dos diversos fornecedores de produtos e serviços que adotem todas as providências necessárias até para evitar riscos ao consumo de produtos, ainda que intrinsecamente apresentem algum risco.

[...]

Estabelecendo os deveres dos fornecedores. Primeiramente, o **dever de informar a respeito de riscos que os produtos ou serviços prestados possam apresentar**; em segundo lugar, a proibição de colocação no mercado de **produtos e serviços que apresentem alto grau de nocividade ou periculosidade**; em terceiro lugar, **dever de comunicar às autoridades competentes que, após terem sido colocados no mercado, produtos e serviços apresentaram alto grau de periculosidade ou nocividade** [...]; em quarto lugar, **dever de retirar os produtos em questão do mercado, mediante o chamado recall**⁵³

O terceiro inciso positiva “o direito a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”; os quais devem constar nas embalagens, ou em avisos em pontos de venda ou prestação de serviços.

Já os incisos VI e VII meditam sobre a prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, além das formas de acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação dos danos, assegurando a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

⁵² Id. Ibid., p. 44 - 46.

⁵³ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso*, cit., p. 37-38.

Tais tópicos serão retomados e aprofundados posteriormente no terceiro capítulo do presente trabalho.

O segundo elemento subjetivo de destaque nas relações de consumo é o fornecedor. O artigo 3º do CDC assevera que:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.⁵⁴

A lei traz um entendimento amplo da figura do fornecedor abrangendo todos os sujeitos que participam de alguma etapa do processo produtivo – seja na produção, transporte ou comércio -, até a respectiva chegada do produto ou prestação do serviço ao consumidor final. Assim sendo, não apenas os fabricantes, mas todos os intermediários e comerciantes estão inseridos num conceito legal como fornecedores, em conformidade com Cavalieri Filho (2010).⁵⁵

Complementando tal definição o referido autor realça ainda que:

Permeiam o conceito de fornecedor, como se vê, as ideias de **atividades profissionais, habituais**, com **finalidades econômicas** – o que nos leva a crer que o legislador quis se referir às atividades negociais, dentro de um perfil organizado e unificado, com vistas à satisfação de um fim econômico unitário e permanente.

Dessa forma, **não caracterizam relação de consumo** as relações jurídicas estabelecidas entre não profissionais, casual e eventualmente, o que, nada obstante, não os desonera dos deveres de lealdade, probidade e boa-fé, visando ao equilíbrio substancial e econômico do contrato, que deve cumprir a sua função social.⁵⁶

Com relação aos entes despersonalizados (entidades desprovidas de personalidade jurídica, tais como a massa falida, os vendedores ambulantes, etc.), nota-se que a Lei 8.078 optou por conferir responsabilidade de fornecedores aos mesmos, uma vez que estes, em algum momento, desempenharam atividades remuneradas; ofertando, pois, produtos e/ou serviços ao mercado de consumo. Logo, tal gama de produtos ou serviços continuará sendo tutelada pelo CDC independentemente da continuidade ou não das atividades por eles desenvolvidas.

⁵⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 08 mai. 2012.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 66 - 67.

⁵⁶ Id.Ibid., p. 67.

Os últimos elementos que compõem as relações de consumo são os produtos e/ou serviços, que se originam da interação entre os dois agentes citados anteriormente – consumidores e fornecedores -, sendo objetos de interesse e transações comerciais no direito do consumidor. Primeiramente, far-se-á uma caracterização dos produtos, apresentando suas classificações e distinções; em seguida, traçar-se-á uma delimitação objetiva quanto aos serviços no CDC.

O §1º, do art. 3º, do CDC dispõe que: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. A primeira vista chama atenção a opção do legislador pelo termo “produto” ao invés de “bem” que, segundo Cavalieri Filho⁵⁷, sugere uma intenção deste de tornar a referida lei mais compreensível aos que dela se utilizam ou nela atuam.

Deste modo, a expressão teria sido empregada em seu viés econômico e universal ou nas palavras do autor:

[...] aquilo que resulta do processo de produção ou fabricação.

Em princípio, qualquer bem pode ser considerado produto, desde que resulte de atividade empresarial em série de transformação econômica. Quanto aos bens do setor primário, tal como são os de natureza agrícola, entende-se que serão incluídos sob a esfera do Código de Defesa do Consumidor, desde que tenham sofrido transformação por intervenção do trabalho humano ou mecânico.⁵⁸

Nota-se que a definição legal de produto envolve os bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais. Os bens móveis seriam aqueles:

[...] suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou destinação econômico-social. Para ficção legal, também são considerados móveis as energias que possuam valor econômico, os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes e os direitos pessoais de caráter patrimonial e as ações respectivas...⁵⁹

Em contrapartida, os bens imóveis são:

Coisas que não podem ser deslocadas de um lugar para outro. Assim, por exemplo, um terreno...

⁵⁷ Id. Ibid., p. 68 - 69.

⁵⁸ Id. Ibid., p. 69.

⁵⁹ JUSBRASIL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/293972/bens-moveis>>. Acesso em: 08 mai. 2012.

São bens imóveis o solo e tudo o que se lhe incorporar natural ou artificialmente. Por ficção legal, também são considerados imóveis os direitos reais sobre imóveis e suas ações e o direito à sucessão aberta...⁶⁰

Para Cavalieri Filho, a inclusão dos bens imóveis no rol de produtos tutelados pelo CDC garante ao consumidor que:

A relação jurídica que pode ser estabelecida entre um profissional e o consumidor, por ocasião de um negócio jurídico envolvendo a transferência de propriedade sobre um bem imóvel, em atenção não só aos altos valores da negociação, mas, também, aos desequilíbrios que caracterizam as formas de consumo e às garantias particulares quanto à oferta, à publicidade, à informação, à reflexão, e ao consentimento do pretense adquirente, bem assim o equilíbrio entre as prestações dos envolvidos, será igualmente considerada de consumo, nada havendo que nos permitisse aceitar pudesse a mesma ficar afastada da incidência da legislação consumerista.⁶¹

Outra diferenciação feita pelo §1º do art. 3º do CDC diz respeito aos bens materiais e imateriais. Acerca desta distinção Filomeno leciona:

Ora, **bens materiais são aqueles tangíveis, com consistência** (peso, formato, características, valores agregados); já os **bens imateriais** são aqueles que, embora não tangíveis, são igualmente objeto de consumo. Como, por exemplo, os programas (*softwares*) de computadores que, embora tenham um suporte material (discos), contêm o trabalho intelectual do seu criador. O mesmo se diga com relação às obras intelectuais ou culturais, de um modo geral.⁶²

Em última análise, destaca-se a distinção trazida pelo art. 26 da legislação consumerista, tratando o inciso I do presente artigo dos bens duráveis e o inciso II dos bens não duráveis. Os primeiros são bens tangíveis criados para durar, podendo ser utilizados mais de uma vez sem tampouco serem de uso eterno. Ou seja, sofrem desgaste natural e com o passar do tempo podem deixar de funcionar ou ter seu funcionamento reduzido. Exemplos clássicos de bens duráveis são os automóveis, os eletroeletrônicos, dentre outros.

Enquanto isso, os bens não duráveis são bens tangíveis e de rápido consumo, desaparecendo com o uso regular, imediata ou gradualmente. São exemplos de bens não duráveis: comida, bebidas, canetas, remédios, etc.

Os serviços estão conceituados no §2º, do art. 3º, do CDC: "... é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de

⁶⁰ Id. Ibid. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/290728/bens-imoveis>>. Acesso em: 08 mai. 2012.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 69.

⁶² FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso*, cit. p. 33.

natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”⁶³ As atividades elencadas neste dispositivo podem ser de natureza material, financeira ou intelectual, prestadas por entes públicos ou privados, remuneradas direta ou indiretamente.

Um aspecto de destaque, na opinião de Cavalieri Filho⁶⁴, é que os serviços acima mencionados devem ser necessariamente prestados mediante remuneração ou contraprestação em dinheiro, presentes também os requisitos da habitualidade e profissionalidade por parte dos fornecedores.

Filomeno ratifica o entendimento *supra* e acrescenta que: “... o Código de Defesa do Consumidor abrange todo e qualquer tipo de serviço, entendido como **uma utilidade** usufruída pelo consumidor e prestada por um fornecedor determinado, num *facere* (fazer).”⁶⁵

Exemplos de serviços que os consumidores desfrutam cotidianamente são: os prestados por um electricista; os serviços coletivos de transporte ou de transporte interestaduais, aéreos, marítimos, ferroviário, os serviços prestados por profissionais liberais como advogados, professores, médicos – que será objeto de estudo no presente trabalho -, engenheiros, arquitetos, dentistas; serviços bancários, serviços públicos, sejam estes prestados diretamente pelo poder público ou sob a forma de concessão ou permissão; dentre outros.

Cláudia Lima Marques, por sua vez, discorda da essencialidade do requisito da profissionalidade para a caracterização de um serviço, asseverando que basta que esteja presente os requisitos da remuneração e da habitualidade para que haja a prestação efetiva de um serviço, nos termos do CDC. Seu raciocínio jurídico é exposto abaixo:

[...] Mesmo o §2º. do art. 3º define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração...”, não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional, bastando que esta atividade seja habitual ou reiterada.

[...]

⁶³ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 08 mai. 2012.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 70.

⁶⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso*, cit., p. 34.

A expressão “atividades”, no *caput* do art. 3º, parece indicar a exigência de alguma reiteração ou habitualidade, mas fica clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviços no campo de aplicação do CDC, à dependência única de ser o contratante um consumidor.⁶⁶

Por fim, é *mister* ressaltar a diferenciação entre serviços remunerados direta ou indiretamente dos serviços puramente gratuitos. Cavalieri Filho é bastante didático ao traçar um paralelo entre tais extremos:

[...] a remuneração pode se dar de maneira **direta** – quando o consumidor efetua o pagamento diretamente ao fornecedor – ou de maneira **indireta** – isto é, quando proporcionados benefícios comerciais indiretos ao fornecedor, advindos da prestação de serviços apenas aparentemente gratuitos, visto que a remuneração já se encontra diluída e embutida em outros custos...

Deste modo, não se confundem os serviços **puramente gratuitos** – estes, sim, afastados da incidência do Código de Defesa do Consumidor-, que seriam aqueles prestados no exclusivo interesse do beneficiário, sem nenhuma vantagem financeira para o executor, com os serviços **aparentemente gratuitos** – aos quais se aplica a lei consumerista-, que seriam aqueles em que, indiretamente, o executor tem interesse ou vantagem patrimonial no serviço, estando os custos deste cobertos pelos benefícios daí advindos para o prestador...⁶⁷

2.3 Responsabilidade do fornecedor por fato do serviço

No que tange à responsabilização civil dos fornecedores por danos ou vícios gerados pelos produtos e/ou serviços nas relações de consumo, o CDC optou pela responsabilização objetiva dos agentes – ou seja, aquela que impescinde de culpa ou dolo-, visando garantir a devida reparação ao dano sofrido pelo consumidor.

Para Filomeno a opção do CDC pela responsabilização objetiva se deve aos fatores abaixo:

(a) produção em massa: [...]; **(b) a vulnerabilidade do consumidor:** [...] enquanto um fornecedor de um produto conhece todas as fases de sua fabricação [...], o consumidor as desconhece, e apenas espera que o produto que viu anunciado [...] seja do jeito que o viu e que vai desempenhar as atividades anunciadas, e não causar-lhe prejuízos, não apenas econômicos, mas também a saúde e segurança; **(c) a insuficiência da responsabilidade subjetiva:** [...] o consumidor ficaria inteiramente à mercê daquele, já que não lhe bastaria demonstrar que os mencionados

⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários*, cit., p. 156.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 70 - 71.

danos resultaram da utilização de um produto ou prestação de um serviço, mas também o elemento subjetivo do responsável, consistente em dolo ou culpa [...]; **(d) o fornecedor há de responder pelos riscos que seus produtos acarretam, já que lucra com sua venda: [...]; (e) o produto ou o serviço, uma vez concebidos e colocados no mercado, com defeito relativo à sua concepção, execução ou informações, ganham vida própria, donde a máxima *res ipsa loquitur*: ...**⁶⁸

Por se tratar de responsabilidade civil objetiva, à vítima cabe apenas provar que sofreu um dano em decorrência de um acidente de consumo ou de um serviço mal prestado, ou seja, estes correspondem ao nexo de causalidade necessário e suficiente para caracterizar o direito à reparação civil. Nota-se então que, frente a um acidente de consumo, o CDC presume o defeito do produto/serviço, imputando ao fornecedor a obrigação de provar que o mesmo inexistente, tal como assevera Cavalieri Filho:

Por isso, o Código do Consumidor presume o defeito do produto, só permitindo ao fornecedor afastar o seu dever de indenizar se provar – ônus seu – que o defeito não existe (art. 12 § 3º, II). Se cabe ao fornecedor provar que o defeito não existe, então ele é presumido, até prova em contrário.⁶⁹

Tal presunção decorre da vulnerabilidade técnica dos próprios consumidores, uma vez que para eles é muito difícil a produção de uma prova técnica ou científica do defeito; enquanto para os fornecedores, que fabricaram o produto ou prestaram o serviço, tendo assim domínio técnico sobre o seu processo produtivo, esse tipo de prova seria facilmente obtida.

Em essência, tem-se dois tipos distintos de responsabilização civil no direito do consumidor, separados pela diferenciação conceitual entre vícios e defeitos; os quais sejam: a responsabilização por fato do produto ou serviço, delimitada no *caput*, do art. 12 e no art. 14, do CDC; e a responsabilização por vícios de tais produtos ou serviços, exposta nos arts. 18, 19 e 20 do referido código. Filomeno define defeitos e vícios como:

A questão dos defeitos [...], poderíamos defini-los como *anomalias constatadas em produtos e serviços, que não apenas os tornem inadequados aos fins a que se destinam, como também representam risco a vida, saúde ou segurança dos efetivos ou potenciais consumidores.* [...]

⁶⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso*, cit., p. 147 - 148.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 278.

Por vício, por outro lado, entende-se qualquer anomalia que torne a coisa inadequada ao fim que ela se destina, bem como assim se revela um serviço prestado por um determinado fornecedor. [...] ⁷⁰

Bruno Miragem é bastante elucidativo ao traçar um paralelo entre os dois tipos de responsabilização civil inerentes às relações de consumo:

A responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço consiste no efeito de imputação ao fornecedor, de sua responsabilização em razão dos danos causados em razão de defeito na concepção ou fornecimento de produto ou serviço, determinando seu dever de indenizar pela violação do dever geral de segurança inerente a sua atuação no mercado de consumo. No direito brasileiro, o regime de responsabilidade distingue-se em razão do dever jurídico violado pelo fornecedor. A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de segurança, ou seja, quando o produto ou serviço não oferece a segurança que o consumidor deveria legitimamente esperar. Já a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de adequação, qual seja, o dever de fornecedores de oferecer produtos ou serviços no mercado de consumo que sirvam aos fins que legitimamente deles se esperam. ⁷¹

Tendo em vista o enfoque prático adotado por este TCC, faz-se necessário dar atenção especial às noções de responsabilidade civil por fato do serviço; responsabilidade civil dos profissionais liberais; bem como às excludentes de responsabilidade dos fornecedores, no âmbito consumerista.

A responsabilidade civil por fato do serviço encontra-se positivada no *caput*, do art. 14, do CDC:

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. ⁷²

Observa-se que, tal como na conceituação de responsabilidade civil por fato do produto, o dever de indenizar aqui surgirá a partir de um acidente de consumo ocasionado em decorrência da prestação defeituosa de um determinado serviço. Um serviço será considerado defeituoso quando não fornecer ao consumidor a segurança que dele se espera, tomando em conta as circunstâncias relevantes, por assim dizer o seu modo de funcionamento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi prestado, em

⁷⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso*, cit., p. 151.

⁷¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 260.

⁷² BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 23 mai. 2012.

consonância com o art. 14, §1º, do CDC. Cavalieri Filho assevera que os defeitos do serviço podem ser de concepção, prestação ou comercialização.⁷³

O campo de aplicação do CDC em relação aos serviços é extenso englobando uma série de atividades econômicas, como por exemplo: serviços bancários, seguradoras, hospitais e clínicas médicas, escolas, etc. Dentro dessa ampla categorização existem espécies de serviços prestados diretamente pelos próprios fornecedores (pessoas físicas ou jurídicas) e serviços prestados com o auxílio de terceiros, os quais podem ser constituídos de outros serviços e contemplar também o fornecimento de produtos acessórios.

Não obstante os pontos de aproximação entre a responsabilidade civil por fato do produto e por fato do serviço, o autor ainda ilustra a principal distinção entre esses tipos:

A principal diferença entre o art. 12 e o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor está na designação dos *agentes responsáveis*. Ao tratar da *responsabilidade pelo fato do produto* (art. 12), o Código, como vimos, especificou os responsáveis – o fabricante, o produtor, o construtor e o incorporador, excluindo o comerciante em via principal. Mas, ao disciplinar a *responsabilidade pelo fato do serviço*, o art. 14 fala apenas em *fornecedor* – gênero que inclui todos os partícipes da cadeia produtiva. Logo, tratando-se de dano causado por defeito do serviço (fato do serviço), respondem *solidariamente* todos os participantes da sua produção.⁷⁴

A grande exceção ao sistema de responsabilização objetiva implementado pelo CDC é a responsabilidade civil dos profissionais liberais. Tal categoria profissional engloba as mais diversas carreiras - desde médicos, advogados, dentistas, pintores, marceneiros, mecânicos, professores, psicólogos, engenheiros, arquitetos, etc. - , que exercem sua profissão de forma autônoma (ou por conta própria, na linguagem popular), sem vínculo empregatício e subordinação, bem como em caráter permanente.

O §4º, do art. 14, do CDC assevera que: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”⁷⁵ Logo, o dispositivo retrocitado ratifica que, para os serviços defeituosos que tenham sido

⁷³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 276.

⁷⁴ Id. *Ibid.*, p. 276.

⁷⁵ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 24 mai. 2012.

ofertados por profissionais liberais, a responsabilidade civil será subjetiva; isto é, aferida caso a caso e, se comprovada a culpa pelo defeito decorrente, tais profissionais terão de ressarcir os danos causados aos seus clientes/consumidores.

Cavaliere Filho elucida porque os legisladores criaram essa espécie de exceção em favor dos profissionais liberais no CDC:

[...] A atividade dos profissionais liberais é exercida pessoalmente, a determinadas pessoas (clientes) *intuito personae*, na maioria das vezes com base na confiança recíproca. Trata-se, portanto, de serviços negociados, e não contratos por adesão. Sendo assim, não seria razoável submeter os profissionais liberais à mesma responsabilidade dos prestadores de serviço em massa, empresarialmente, mediante planejamento e fornecimento em série. Em suma, não se fazem presentes na atividade do profissional liberal os motivos que justificam a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços em massa.⁷⁶

Destarte, existe ainda uma divergência em torno da prova da culpa destes profissionais em decorrência da obrigação – de meio ou de resultado - por eles assumida para com os consumidores. Seguindo a linha de raciocínio do autor citado anteriormente tem-se que:

[...] *obrigação de resultado* aquela em que o profissional liberal assume a obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o que haverá inadimplemento. Difere da *obrigação de meio* porque nesta o profissional apenas se obriga a colocar sua atividade técnica, habilidade, diligência e prudência no sentido de atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Enquanto o conteúdo da obrigação de resultado é o resultado em si mesmo, o conteúdo da obrigação de meio é a atividade do devedor.⁷⁷

Nas obrigações de meio, portanto, faz-se necessário a comprovação da culpa do profissional liberal, cabendo ao consumidor vítima o ônus probatório. Já nas obrigações de resultado, há a presunção de culpa dos agentes, uma vez que o resultado esperado não fora obtido.

Por fim, com relação às excludentes de responsabilidade dos fornecedores de serviços, o CDC traz no § 3º do art. 14 as circunstâncias que exoneram os mesmos de responsabilidade, sendo que todas as hipóteses fundamentam-se na inexistência de nexo causal entre o dano obtido e o serviço prestado. Assim, de acordo com o art. 14, § 3º do CDC: “O fornecedor de serviços

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 288 - 289.

⁷⁷ Id. *Ibid.*, p. 289.

só não será responsabilizado quando provar: que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.⁷⁷⁸

A primeira hipótese, a inexistência do defeito no serviço, é claramente a mais intuitiva de todas. Ora, se não existe defeito, não haverá imputação de responsabilidade ao fornecedor, uma vez que o dano sofrido pelo consumidor não terá sido um acidente de consumo e não guardará relação alguma para com a atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor dos serviços. Cavalieri Filho vaticina que:

Se o produto ou serviço não é defeituoso, e o ônus dessa prova é do fornecedor, não haverá também relação de causalidade entre o dano e a atividade do fornecedor. O dano terá ocorrido de outra causa não imputável ao fabricante do produto ou ao prestador do serviço. Há igualmente, aqui, uma presunção que milita contra o fornecedor, ao qual caberá elidi-la. A toda evidência, os defeitos a que alude a lei são os decorrentes de concepção, de produção, de prestação ou de informação (itens 143, 144), todos anteriores à introdução do produto no mercado de consumo ou à conclusão do serviço. [...]⁷⁷⁹

A outra forma de exclusão da responsabilidade dos fornecedores de serviços é quando o acidente de consumo tiver sido causado por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Há que observar, preliminarmente, que essa é uma hipótese de descaracterização do nexo de causalidade entre a prestação do serviço (causa) e o evento danoso (efeito) e não de aferição de culpa, tal como na responsabilidade civil subjetiva.

Dito isto, remonta-se uma vez mais às palavras de Cavalieri Filho para caracterizar a culpa exclusiva da vítima:

Fala-se em culpa exclusiva da vítima quando a sua conduta se erige em causa direta e determinante do evento, de modo a não ser possível apontar qualquer defeito no produto ou no serviço como fato ensejador da sua ocorrência. Se o comportamento do consumidor é a única causa do acidente de consumo, não há como responsabilizar o produtor ou fornecedor por ausência de nexo de causalidade entre a sua atividade e o dano. [...] Inexiste nesses casos relação de causalidade entre o prejuízo sofrido pelo consumidor e a atividade do produtor ou fornecedor.⁸⁰

⁷⁸ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 24 mai. 2012.

⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 279.

⁸⁰ Id. *Ibid.*, p. 280.

O instituto da culpa concorrente – quando um ou mais fatores concorrem diretamente para a produção do acidente de consumo e do dano superveniente - é admitido também em sede de direito do consumidor, consubstanciando-se em uma espécie de minorante da responsabilidade dos fornecedores por uma parte da jurisprudência. Cavalieri Filho concorda em partes com essa teorização, advertindo que:

[...] a concorrência de culpas pode ter lugar na responsabilidade objetiva disciplinada pelo Código do Consumidor, desde que o defeito do produto ou serviço não tenha sido a causa preponderante do acidente de consumo.

Se, embora culposo, o fato da vítima é inócuo para a produção do resultado, não pode ela atuar como minorante da responsabilidade do fornecedor. A culpa do consumidor perde toda a expressão desde que demonstrado que sem o defeito do produto ou serviço o dano não teria ocorrido. [...] ⁸¹

Paralelamente a esta causa de exclusão do nexo causal, estão as hipóteses de culpa exclusiva de terceiro. Mas, a rigor, quem seriam os terceiros às relações de consumo? Em regra, os terceiros são pessoas completamente estranhas a estas relações, alheios ao elo consumidor-fornecedor, bem como à cadeia de consumo.

Então, todas as vezes que o evento danoso advier de uma conduta praticada por um terceiro qualquer, completamente estranho à relação de consumo, não havendo qualquer defeito no serviço que fora prestado, o fornecedor do serviço estará livre de responsabilização, pois não haverá nexo causal entre a prestação do serviço e o prejuízo sofrido pelo consumidor. Todavia, caberá ao prestador de serviços o ônus probatório, bem como o dever de demonstrar que a responsabilidade do acidente de consumo recai sobre alguém estranho ao seu ambiente operacional.

Outrossim, existem espécies de excludentes da responsabilidade dos fornecedores que não se encontram positivadas no CDC, mas que são admitidas pela doutrina e pela jurisprudência; são elas o caso fortuito e a força maior. Arruda Alvim e outros tratam da descaracterização da responsabilidade civil nas relações de consumo em sua obra, asseverando que:

[...] a ação da força maior, quando ainda dentro do ciclo produtivo, não tem a virtude de descaracterizar a existência do defeito juridicamente relevante (possivelmente *defeito de produção*, consoante a classificação que

⁸¹ Id. Ibid., p. 281.

adotamos). Diversamente ocorre com a força maior quando verificada após a introdução do produto no mercado de consumo. Isto porque após o ingresso do produto em circulação não se pode falar em defeitos de criação, produção ou informação, que são sempre anteriores à inserção do produto no mercado de consumo [...]⁸²

Enquanto isso, no que concerne a excludente de responsabilidade relativa ao caso fortuito, Cavalieri Filho faz uma distinção entre caso fortuito interno e externo, de modo a tornar mais claro quando o prestador de serviço responde ou não por danos provocados por acidentes de consumo, tal como se pode observar dos excertos abaixo:

[...] O *fortuito interno*, assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço[...]; o fornecedor é sempre responsável pelas suas consequências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável.

O mesmo já não ocorre com o *fortuito externo*, [...] aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço, via de regra ocorrido em momento posterior ao da sua fabricação ou formulação. Em caso tal, nem se pode falar em defeito do produto ou serviço, o que, a rigor, já estaria abrangido pela primeira excludente examinada – *inexistência de defeito* [...]⁸³

Destarte, apesar de tais cláusulas não estarem diretamente previstas no CDC, a doutrina se utiliza subsidiariamente do CC/2002 como suporte para a aplicação das mesmas às relações de consumo, asseverando, assim, que os fornecedores de produtos e serviços não devem ser responsabilizados civilmente quando se está em face destas excludentes.

⁸² ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Tereza; MARTINS, James. *Código do Consumidor comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 127 -128.

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 284.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E CLÍNICAS MÉDICAS EM DECORRÊNCIA DE ERROS MÉDICOS OCORRIDOS EM PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS CHEFIADOS POR PROFISSIONAIS QUE ALUGAM AS INSTALAÇÕES DESTES ESTABELECIMENTOS

3.1 As relações de consumo nos procedimentos cirúrgicos quando os pacientes contratam os serviços de um cirurgião e este aluga as instalações médicas de um estabelecimento para a realização de cirurgias

Preliminarmente, cumpre-se definir o universo de estudo e pesquisa deste TCC, delimitando assim a amplitude dos conceitos, discussões e hipóteses nele debatidos. Tratar-se-á das relações de consumo envolvendo médicos, pacientes e instituições de saúde, tais como hospitais e clínicas médicas, nos quais são realizados procedimentos cirúrgicos.

Visando direcionar o foco dos estudos do presente trabalho, bem como atingir os objetivos por ele propostos, restringiu-se o campo de abrangência das relações de consumo aos procedimentos cirúrgicos realizados por médicos em hospitais ou clínicas, de modo que os profissionais não possuem uma relação de preposição para com os estabelecimentos citados. Em suma, ter-se-á como objeto cirurgias chefiadas por médicos contratados diretamente pelos pacientes, sendo que aqueles locam as instalações de clínicas ou hospitais para a concretização dos procedimentos cirúrgicos, não tendo nenhum vínculo, seja ele trabalhista ou societário, para com os estabelecimentos locados.

Dito isto, cumpre-se definir quais são as relações de consumo presentes no universo delimitado, assim como caracterizar quais os objetos das relações, isto é, qual serviço está sendo prestado e quem são os prestadores dos serviços.

Os médicos são profissionais liberais licenciados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) – uma espécie de federação dos conselhos regionais de medicina (CRMs), tal como a OAB Nacional congrega as diversas OABs do país - para o desempenho de atividades profissionais ligadas à área da saúde, ou nos termos do CFM:

[...] o médico pode ser definido como o ser humano pessoalmente apto, tecnicamente capacitado e legalmente habilitado para atuar na sociedade como agente profissional da Medicina - o que lhe assegura o direito de praticar todos os atos que a legislação permite ou obriga.

A atividade desenvolvida por seus praticantes, os médicos, destina-se, essencialmente, ao diagnóstico das enfermidades e à terapêutica dos enfermos. Embora, tipicamente, englobe todos os procedimentos decorrentes dessas duas vertentes, tidas como essenciais, acessoriamente participa da profilaxia das doenças e demais condições patológicas e da reabilitação das pessoas invalidadas.⁸⁴

Observa-se, então, que as atividades da área da saúde desenvolvidas pelos médicos caracterizam-se como serviços prestados aos consumidores, no caso específico, aos pacientes, doentes, enfermos e ao público em geral. Portanto, os profissionais da área da medicina podem tanto trabalhar como profissionais liberais, quanto se vincular a estabelecimentos de saúde, societariamente ou pelo vínculo empregatício, com vistas a desenvolver as atividades próprias de sua profissão.

Todavia, Cavalieri Filho destaca que:

Profissional liberal, como o próprio nome indica, é aquele que exerce uma profissão livremente, com autonomia, sem subordinação. Em outras palavras, presta serviço pessoalmente, em caráter permanente e autônomo, por conta própria e sem vínculo de subordinação, independentemente do grau de intelectualidade ou de escolaridade.⁸⁵

Do conceito *supra*, nota-se que os médicos que atuam como profissionais liberais não possuem, a rigor, vínculo empregatício com nenhuma outra instituição de saúde. No máximo, congregam-se em sociedade com o intuito de montar consultórios médicos - assim como os advogados se associam para montar escritórios de advocacia - de modo a viabilizar econômica e financeiramente tais consultórios, visto que os gastos de montagem e manutenção dos mesmos são bem altos.

Destarte, uma relação de consumo entre um médico e seu paciente enquadra-se perfeitamente no conceito doutrinário, visto que é celebrada entre um consumidor final (paciente) e o fornecedor (médico), cujo objeto é a prestação de um serviço ou o atendimento das necessidades dos consumidores em questão:

Os serviços médicos se inserem, em regra, no mercado de consumo. Por isso, a atividade médica será regida pelo Código de Defesa do Consumidor

⁸⁴ SIM AO ATO MÉDICO. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/atomedico/index2.asp?opcao=oquee>>. Acesso em: 29 mai. 2012.

⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 288.

e a preocupação é com o paciente, considerado vulnerável técnico, jurídico, fático e informacional frente ao médico, detentor do conhecimento e técnicas de intervenção.

O contrato firmado entre o médico e o paciente se submete, portanto, aos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio, da equidade, da função social, devendo observar os direitos básicos do consumidor-paciente.

[...]

A relação médico-paciente é pautada, sobretudo, na confiança, decorrendo justamente do princípio da boa-fé objetiva esse dever do médico de informar.

Ao lado do dever de informação está a necessidade do paciente expressar seu consentimento no tocante às práticas a serem empregadas [...] não basta o consentimento formal [...] deve ser livre e esclarecido [...]⁸⁶

Assim sendo, todas as vezes que uma pessoa procurar um médico, seja para se consultar, fazer um exame seja para uma cirurgia, ao contratar seus serviços está dando origem a uma relação de consumo, nos termos do CDC, à qual consiste na prestação do serviço médico em benefício do paciente contratante, sendo tal relação remunerada direta (pagamento feito pelo paciente) ou indiretamente (pagamento realizado por um convênio de saúde do contratante).

É comum, pois, que os médicos que exercem sua profissão livremente não possuam em seus ambientes de trabalho estruturas grandes e complexas para a realização de atos cirúrgicos, como as existentes nos hospitais e nas clínicas médicas. Assim, quando um paciente necessita de uma intervenção cirúrgica, tais profissionais se veem obrigados a encaminhá-los a outros estabelecimentos ou, caso o paciente deseje ser operado pelo seu médico de confiança, a realizar operações em outras instalações médicas que não sejam as suas de costume⁸⁷.

Em virtude disso, os profissionais frequentemente alugam as instalações cirúrgicas de outros estabelecimentos maiores de modo a garantir que seus pacientes possam ser por eles operados, assegurando aos seus pacientes os menores riscos possíveis à saúde e ao bem estar. No entanto, no momento em que um médico firma um contrato de locação para com uma clínica ou hospital, ele está, na verdade, originando uma nova relação de consumo, entre o destinatário dos serviços oferecidos pelo hospital (os pacientes submetidos à cirurgia) e o fornecedor dos serviços (as clínicas ou hospitais).

⁸⁶ PUBLICA DIREITO. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2510.pdf. Acesso em: 29 mai. 2012.

⁸⁷ Id. Ibid.

A nova relação de consumo caracterizar-se-á pela prestação de serviços hospitalares, tais como: o fornecimento de médicos anestesistas; de instrumentos cirúrgicos – bisturis, leitos, cardiogramas, desfibriladores, dentre outros -; de enfermeiros; de medicação suficiente e adequada para a realização da cirurgia; disponibilização do espaço físico – tanto a sala de operação, quanto os quartos para internação posterior visando o resguardo pós-cirúrgico -; disponibilização de assistência médica e medicação também no pós-operatório, bem como medicamentos necessários à recuperação dos pacientes; disponibilização de leitos, toalhas e roupas de cama confortáveis, limpas e esterilizadas; etc.

Ou seja, a relação de consumo paciente-hospital inicia-se no momento da internação e termina, em regra, no momento em que os pacientes recebem alta. Já a relação consumerista entre pacientes e médicos vai do momento em que o paciente contrata o médico para a realização do procedimento operatório até o pós-operatório, isto é, até a respectiva alta do paciente.

Cumpra-se ressaltar que é dever do médico informar os riscos da cirurgia, assim como as prováveis sequelas que dela podem decorrer, garantindo ao seu paciente o direito a informação quanto ao serviço que lhe será prestado, bem como os benefícios e malefícios à sua saúde ocasionados pelo procedimento.

Os médicos, via de regra, assumem para com seus pacientes obrigação de meio, colocando todo seu talento profissional à disposição destes e proporcionando todos os cuidados e diligências indicados pela medicina para que o tratamento da enfermidade ou a intervenção cirúrgica possam surtir o efeito esperado. Por isso, ao avisar ao paciente sobre os riscos da cirurgia e sobre todas as informações acerca do serviço que lhe será prestado, o médico cumpre todos os requisitos da informação previstos no CDC e, como sua obrigação em relação ao sucesso da cirurgia é de meio, ele só responderá por erros médicos decorrentes de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) que venham a causar danos aos seus pacientes, nos termos do §4º, do art. 14, do CDC. Cavalieri Filho é esclarecedor ao acerca da responsabilidade de meio dos médicos:

Por mais competente que seja, não pode assumir a obrigação de curar o doente ou salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A

ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir.⁸⁸

Retomando o debate acerca das relações de consumo, tem-se, portanto, que, os procedimentos cirúrgicos realizados por médicos contratados pelos pacientes em estabelecimentos de saúde locados pelos profissionais para tal fim -, existem duas relações de consumo distintas: uma entre médico (prestador do serviço) e seus pacientes (consumidores), cujo objeto é a realização de uma cirurgia (serviço prestado) visando o bem estar físico dos consumidores em questão; outra, unindo os estabelecimentos de saúde (prestadores de serviço) aos pacientes (consumidores), cuja finalidade é a disponibilização do espaço físico limpo e higienizado da clínica ou hospital, de enfermeiros, medicamentos, etc. (serviço prestado).

Logo, o presente trabalho se propõe a realizar um estudo jurisprudencial acerca da responsabilidade civil por fato do serviço, em decorrência da má prestação do serviço na relação de consumo entre médicos e pacientes – cirurgia -, em decorrência de erros médicos. Para esse efeito, pressupõe-se que não existem defeitos nos serviços prestados na outra relação de consumo, entre pacientes e estabelecimentos de saúde, de tal sorte que todo e qualquer dano ou prejuízo causado ao paciente ocorreu por culpa exclusiva do cirurgião responsável pela operação e não houve qualquer participação ou culpa concorrente dos estabelecimentos para o defeito no serviço ou para o agravamento deste.

3.2 O entendimento majoritário dos tribunais brasileiros acerca da responsabilização civil dos hospitais/clínicas médicas em decorrência de erros médicos ocorridos na relação de consumo entre médico e paciente quando não há relação de preposição entre estes profissionais e tais estabelecimentos

Definido, pois, o universo de pesquisa desta monografia, impõe-se a necessidade de delimitar a amplitude das decisões judiciais que servirão de aporte teórico para a hipótese central ventilada pela mesma. Para tanto, far-se-á necessário analisar acórdãos do STJ, de alguns tribunais de justiça (em especial os TJs da

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa*, cit., p. 289.

região sul do país: TJ/PR, TJ/SC e TJ/RS) acerca do tema proposto, com a finalidade de elucidar os posicionamentos de tais órgãos judiciários, bem como de prover uma resposta satisfatória para a problemática central do presente TCC, qual seja: os tribunais pátrios têm entendido como justa a responsabilização solidária de hospitais e clínicas médicas nos casos de erros médicos, de culpa exclusiva dos médicos responsáveis pelos procedimentos cirúrgicos, quando estes locam as instalações daqueles para a realização de tais procedimentos?

Um dos primeiros acórdãos apreciados pelo STJ a levantar questionamentos acerca do tema *supra* foi o Recurso Especial n. 351.178 - SP (2001/0108187-8), datado de 24 de junho de 2008, tendo sido julgado pela Quarta Turma. Nas palavras do Ministro João Otávio de Noronha o caso em tela trata-se de:

[...] ação indenizatória em que José Paulo de Lorenzo Gullo, menor acidentado, e seus pais, Fernando Gullo e Isabel Maria de Lorenzo Gullo, ajuizaram em desfavor da Associação Hospital Oswaldo Cruz e dos médicos Eduardo Libório Menniti e Isaac Chenker.

Reclamam indenização dos réus sob o argumento de que o primeiro autor, submetido a cirurgia para correção de lesão da clavícula, foi internado e, ante a negligência e imperícia dos réus médicos, entrou em estado de coma, não despertando jamais.

Na sentença, o Juiz afastou a responsabilidade dos médicos [...] Todavia, o Hospital Oswaldo Cruz foi condenado a indenizar os danos materiais, morais e estéticos, ao fundamento de que sua responsabilidade é objetiva.⁸⁹

Todas as partes interpuseram apelação, de tal sorte que o TJ – SP afastou a condenação imposta ao hospital, imputando aos médicos a respectiva indenização, baseando-se no fato de que o corréu Isaac Chenker, anestesista, agiu culposamente, uma vez que ele não detectou a queda de pressão arterial do paciente, nem tampouco realizou teste para avaliar se o mesmo possuía alguma sensibilidade ao medicamento anestésico; enquanto a responsabilidade do outro corréu, Eduardo Libório Menniti, médico-cirurgião, assentava-se na culpa *in eligendo*.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recursos especiais. Ação de indenização. Danos morais, materiais e estéticos. Responsabilidade civil. Hospital. Complicações decorrentes de anestesia geral. Paciente em estado vegetativo. Recurso Especial n. 351.178 – SP (2001/0108187-8). Recorrente Eduardo Libório Menniti, José Paulo de Lourenzo Gullo e outros, Isaac Chenker e Recorrido os mesmos e Associação Hospital Alemão Oswaldo Cruz. Relator Ministro Massami Uyeda. 24 de junho de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=540244&sReg=200000445231&sData=20050822&formato=PDF>, Acesso em 30/10/2012.

Foram ainda interpostos embargos infringentes pela vítima da ação principal, representada por seus familiares, e pelo médico Eduardo Libório Menniti, com o intuito de fazer valer o voto vencido, o qual admitia a responsabilidade solidária do hospital, tendo sido rejeitados por unanimidade.

Assim sendo, os autores da ação inicial de indenização e o corréu Eduardo Libório Menniti ajuizaram REsp sustentando a responsabilização solidária da Associação Hospital Alemão Oswaldo Cruz, assentando-se os primeiros na existência de uma relação de preposição dos réus para com o estabelecimento em questão; e o segundo na alegação de que, independentemente de vínculo empregatício entre o hospital e os corréus, o estabelecimento deveria responder solidariamente pelos danos causados na relação consumerista.

No referido acórdão que julgou o mérito do REsp supracitado, houve um debate de opiniões e conceitos jurídicos travado entre o relator do acórdão, Ministro Massami Uyeda, e os ministros João Otávio de Noronha e Aldir Passarinho Junior; acerca da responsabilização solidária por fato do serviço do Hospital Alemão Oswaldo Cruz em decorrência do erro médico praticado pelo médico-cirurgião, Eduardo Libório Menniti, e pelo médico-anestesiologista, Isaac Chenker.

O relator, voto vencido no acórdão, defendeu a tese de que o cadastramento dos corréus realizado pelo hospital caracterizava sim uma relação de preposição, apresentando os seguintes argumentos como justificativa do seu posicionamento:

Na realidade, foi apurado nas instâncias ordinárias que o médico-cirurgião EDUARDO LIBÓRIO MENNITI e ao anestesista ISAAC CHENKER integram o corpo clínico do hospital como médicos cadastrados e podem internar habitualmente os seus pacientes nas dependências do nosocômio, conforme consta do próprio Regimento Interno do Hospital Oswaldo Cruz [...]

A inexistência de vínculo empregatício - mediante contrato de prestação de serviços entre os médicos e o hospital - não impede o reconhecimento da relação de preposição havida entre eles [...]

[...]

Assim, tendo por base apenas o reconhecimento da relação de preposição havida entre os médicos e o hospital, a responsabilidade do nosocômio no que tange à atuação técnico-profissional dos profissionais que nele atuam seria subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a do preponente [...].⁹⁰

⁹⁰ Id. Ibid.

Todavia, no prosseguimento do voto, o ministro Massami Uyeda afirma ser irrelevante a discussão acerca da relação de preposição entre os médicos e a instituição de saúde, tendo em vista que o art. 14 do CDC assevera que a responsabilidade civil do hospital como prestador de serviços médicos é objetiva, dando provimento assim ao REsp e encerrando o seu voto tal como explanado no excerto:

[...] a questão do enquadramento do médico e do anestesista como prepostos do hospital afigura-se irrelevante para o deslinde da controvérsia, porquanto a responsabilidade civil do hospital como prestador de serviços de saúde, em casos como o dos autos, é objetiva.

[...]

O art.14, § 1º e incisos, do CDC admitem a responsabilização pelo fato do serviço, aplicável ao caso, pois é certo que o serviço prestado pelo hospital apresentou defeito, [...] devendo o hospital responder objetivamente pelos danos causados ao paciente.

[...]

Dessa forma, constatada a ocorrência de fato do serviço [...] e reconhecida a aplicação da teoria do risco da atividade, prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, conclui-se que a responsabilidade do hospital pelos danos causados ao paciente é objetiva, decorrente da relação de consumo que envolveu os serviços médico-hospitalares prestados.⁹¹

O ministro João Otávio de Noronha discordou do posicionamento adotado pelo relator, dividindo sua análise acerca da responsabilização solidária do Hospital Alemão Oswaldo Cruz em três vertentes distintas, contudo interligadas. A primeira delas corresponde a uma exceção à aplicação do disposto no art. 14 do CDC:

Em se tratando de responsabilidade atribuída a hospitais, cabe impor um divisor para aplicação de tal teoria, ou seja, cabe avaliar se o serviço tido por defeituoso contava entre aqueles de atribuição da entidade hospitalar. [...]

Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra “Programa de Responsabilidade Civil” (fls. 383/384), cita, a título de exemplo, algumas ocorrências que poderiam levar à responsabilização dos hospitais [...] tais como a contaminação ou infecção em serviços de hemodiálise. [...]

Ainda pode-se citar outros exemplos, tais como a aplicação de remédios equivocados por parte do corpo de enfermagem, negligência na vigilância e observação da qual decorra danos aos pacientes internados, instrumentação cirúrgica inadequada ou danificada, realização de exames etc. Nesses exemplos, o defeito é decorrente da falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital.⁹²

O ministro dá prosseguimento à sua argumentação alegando que:

[...] o mesmo não se pode dizer quando se está frente a uma consequência gerada por serviços de atribuição técnica restrita ao profissional médico

⁹¹ Id. Ibid.

⁹² Id. Ibid.

(mormente quando ele não tenha nenhum tipo de vínculo com a entidade hospitalar), tal como na hipótese dos autos, em que a causa da lesão cerebral do autor José Paulo decorreu de sua prolongada hipotensão, ocorrida em função do choque que sofreu com aplicação dos medicamentos anestésicos.

Inexiste qualquer falha apontada nos serviços de incumbência do hospital, tanto que a acusação imposta pelos autores da ação residiu na imperícia médica, colocando-se sob suspeita os procedimentos do anestesista, alegando-se que ele não teria tomado todos os cuidados que lhe competia, agindo negligentemente.⁹³

A segunda vertente de argumentação jurídica adotada pelo ministro João Otávio de Noronha em face do caso concreto analisa a relação consumerista estabelecida entre pacientes e médicos, asseverando que a responsabilização solidária dos hospitais, nos casos em que os médicos não possuem vínculo de preposição para com os mesmos, deslocaria o eixo de tal relação, transformando-a em uma obrigação de resultado:

Data vênia de entendimentos contrários, não posso entender que a responsabilidade civil dos hospitais, quanto às atividades desenvolvidas por médicos, independentemente do vínculo de subordinação destes, seja objetiva; caso contrário estar-se-ia abraçando a tese de que o contrato estabelecido entre médico e paciente é de resultado, pois, em última análise, o hospital estaria garantindo o resultado que o médico não pode garantir.

Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual [...] refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência, entre as possibilidades de que dispõe o profissional no seu meio de atuação, em auxílio do paciente.

[...]

Portanto [...] se ocorrer dano ao paciente, outra não pode ser a teoria da responsabilidade que não a subjetiva, devendo-se averiguar se houve culpa do profissional.⁹⁴

Observa-se claramente que, caso o entendimento do ministro relator viesse a prosperar, ao ocorrer um dano em um procedimento cirúrgico o hospital responderia solidariamente, tornando o contrato firmado entre médico e paciente uma obrigação de resultado, a qual, se não satisfeita pelo cirurgião, seria garantida pela instituição. Tal entendimento não é partilhado pelo ministro João Otávio de Noronha:

Contudo, se, na ocorrência de dano, tal como o que sucedeu nos presentes autos, impõe-se ao hospital que responda objetivamente, em última análise estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou

⁹³ Id. Ibid.

⁹⁴ Id. Ibid.

será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.

[...]

Vejo na teoria da responsabilidade objetiva empresarial médica, nas hipóteses de dano decorrente de erro médico, uma forma de assegurar ao paciente indenização sob qualquer circunstância, o que enseja tentar fazer justiça para com uma pessoa injustiçando outra.⁹⁵

A última vertente sustentada pelo ministro diz respeito à inexistência de vínculo jurídico - de preposição, no caso em questão - entre os réus e o hospital onde foi realizado o procedimento cirúrgico. Entende-se por preposição o desenvolvimento de uma determinada atividade no interesse de outra pessoa, sob suas instruções, evidenciando um caráter de subordinação de uma das partes em relação a outra.

A argumentação lógica traçada pelo ministro João Otávio de Noronha é elucidativa ao negar qualquer vínculo de preposição entre os corréus e os estabelecimento de saúde onde a cirurgia ocorreu:

O hospital mantinha um cadastro dos médicos que de suas instalações se utilizavam para realização de cirurgias. Mas, a mera referência à existência de um cadastro não é suficiente para caracterizar relação de subordinação do médico ao hospital. Na verdade, tal procedimento constitui um mínimo de organização empresarial, pois não se pode pretender que o hospital forneça suas instalações a qualquer um que se apresente como sendo médico especializado em cirurgia.

[...]

In casu, certo que o médico Cirurgião, Eduardo Libório Menniti, chefe da equipe de cirurgia, não tinha nenhum tipo de vínculo com o hospital Oswaldo Cruz, bem como o anestesista, Isaac Chenker, mas apenas de suas instalações se serviam para realização de cirurgias.⁹⁶

Para corroborar a hipótese, o ministro João Otávio de Noronha faz menção a um trecho do acórdão do TJ/SP que ratifica sua explanação:

“E não se pode deixar de considerar o voto vencedor do desembargador Jacobina Rabelo, fls. 1869, quando afasta a responsabilidade do hospital, porque mero hospedeiro, pois 'os autores contrataram, fora dos quadros do hospital, o médico para a cirurgia a ser realizada em José Paulo e o cirurgião fora quem constituíra sua própria equipe. O hospital, assim não fornecera sequer o anestesista.

Por outro lado, é de se reconhecer que o hospital não pode interferir nos atos de prestação de serviços, do médico ou do anestesista.

[...]

Seria ferir o código de ética a imposição, dentro de sala de cirurgia, de alguém designado pelo hospital para vigiar, observar os trabalhos,

⁹⁵ Id. Ibid.

⁹⁶ Id. Ibid.

implicando até em sugerir mudança de técnica, interferindo diretamente na condução dos serviços específicos, o que poderia colocar em risco a segurança, a saúde e a vida do paciente, no caso de divergências entre os presentes [...].”⁹⁷

Por fim, o ministro conclui o voto atestando que, por terem sido os corréus (médicos cirurgião e anestesista) contratados fora das dependências do hospital, diretamente pela família do recorrente; não tendo, pois, prestado quaisquer serviços no interesse ou sob as ordens do nosocômio, não há que se falar em relação de preposição. *Ex positis*, não restaria configurada a responsabilidade solidária do estabelecimento de saúde, uma vez que os vícios que vitimaram o autor da ação ocorreram na relação de consumo médico-paciente e não na relação paciente-hospital; razão pela qual o ministro João Otávio de Noronha não conheceu do REsp interposto por José Paulo de Lourenço Gullo e seus genitores. Para tanto, fez referência à obra de José de Aguiar Dias, “Da Responsabilidade Civil”, p. 358:

“Aliás, é exatamente essa ausência de preposição (ou de garantia, como sustentamos acima) que exclui a responsabilidade do hospital quando o médico não integra os seus quadros ou com ele não estabelece essa relação de preposição, apenas se valendo das instalações do hospital para execução de sua atividade.”⁹⁸

O ministro Fernando Gonçalves, presidente da Quarta Turma do STJ à época, acompanhou o voto do ministro João Otávio de Noronha, não conhecendo do REsp. Entendimento similar foi expresso pelo ministro Aldir Passarinho Junior, que acompanhou o voto do ministro João Otávio de Noronha sob a seguinte alegação:

Segundo entendo, quando o médico que praticou o ato não integra o corpo clínico do hospital, foi contratado especificamente para aquele acompanhamento do paciente, para aquela assistência, até por escolha do paciente, a responsabilidade do hospital não é solidária e nem é objetiva. O hospital se responsabiliza tão somente pelos atos que pratica, salvo se o médico integrar seu corpo clínico. Não basta ser credenciado ou ser reconhecido como um cidadão que pode operar naquele hospital, até porque essa providência burocrática é um tanto óbvia e não significa uma chancela do hospital em relação ao médico, mas apenas uma identificação do médico.⁹⁹

Com isso, o REsp n. 351.178 – SP não foi acolhido pelo STJ por maioria de votos (três contra e um a favor) e o entendimento contrário à responsabilização solidária e objetiva dos hospitais/clínicas médicas em decorrência de erros médicos

⁹⁷ Id. Ibid.

⁹⁸ Id. Ibid.

⁹⁹ Id. Ibid.

cometidos por cirurgiões que não possuem relação de preposição para com as instituições de saúde – apenas locam os espaços destas para a realização de tais procedimentos -, foi parcialmente firmado pelo tribunal.

O termo parcialmente foi empregado propositalmente, pois em 27 de agosto do mesmo ano (2008) foi julgado pelo STJ o REsp n. 908.359 – SC (2006/0256989-8) relativo ao tema jurídico em destaque neste trabalho, tendo havido um novo debate acerca do tema na Quarta Turma do STJ.

O REsp em questão foi interposto pelo Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda em face de Maria de Lourdes Amândio Machado e Pedro Augusto Ramos da Silva, tendo por finalidade a exclusão do nosocômio do polo passivo da demanda judicial, desobrigando-o de indenizar a vítima do serviço defeituoso, Maria de Lourdes, em razão do erro médico cometido pelo cirurgião Pedro Augusto. Alegou o estabelecimento de saúde que o referido médico não fazia parte do quadro clínico do mesmo, tendo apenas alugado seu espaço para a realização do procedimento cirúrgico.

Ocorre que, em primeiro grau, Maria de Lourdes Machado interpôs ação de indenização por danos morais e materiais contra o Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda; Marcelino Grimm, médico do nosocômio; e Pedro Augusto Ramos da Silva, cirurgião locatário das instalações médicas do hospital em questão; alegando, para tanto, a ocorrência de um erro médico, a autora teve seus nervos da perna esquerda lesionados, durante uma cirurgia de varizes, tendo assim perdido o movimento normal de sua perna.

A sentença de primeiro grau acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo médico Marcelino Grimm, que de fato não teve qualquer participação na cirurgia da autora, denegando a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo hospital, bem como reconhecendo o erro médico e a culpa do cirurgião Pedro Augusto pelos danos ocasionados à paciente Maria de Lourdes. Assim sendo, condenou o hospital e o referido médico, solidariamente, a indenizar a vítima do serviço mal prestado.

O hospital apelou da sentença de primeiro grau, contudo, o TJ/SC reformou apenas parcialmente a sentença, mantendo a condenação imposta à instituição médica e ratificando a responsabilidade solidária dos hospitais em

decorrência de erros médicos, mesmo que a culpa tenha sido exclusiva do cirurgião que, não possuía qualquer vínculo empregatício ou de preposição para com o nosocômio, tendo meramente alugado o espaço para a realização da cirurgia.

Retornando ao presente REsp, n. 908.359 – SC percebe-se que representou um divisor de águas no posicionamento do STJ frente aos casos análogos de responsabilidade civil das clínicas/hospitais em face de erros médicos cometidos por cirurgiões que não possuem nenhum vínculo, empregatício ou de preposição, para com tais estabelecimentos. Contrariando a decisão prévia, REsp n. 351.178 – SP, julgado cerca de dois meses antes e que foi decidido em favor da não responsabilização das instituições médicas, foram trazidos novos argumentos, em especial pela Ministra Nancy Andrighi, reavivando tal debate na Quarta Turma do STJ.

O posicionamento adotado no acórdão de junho (REsp N. 351.178 – SP), defendido pelos ministros João Otávio de Noronha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, foi contraposto pelo posicionamento defendido pela ministra Nancy Andrighi e pelos ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti. No fim, tendo em vista o empate técnico – três votos a favor da responsabilização e três votos contrários -, o Ministro presidente da sessão, Ari Pargendler, votou contrariamente à responsabilização do nosocômio, ratificando o posicionamento do STJ frente aos casos análogos.

Os argumentos a favor da responsabilização solidária dos hospitais, capitaneados pela ministra Nancy Andrighi e partilhados pelos ministros que acompanharam seu voto, foram os seguintes:

[...] CDC optou, no entanto, por manter a responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais, conforme seu artigo 14, § 4º. [...]

Ocorre que, ao manter o regime geral da responsabilidade com culpa para profissionais liberais, o CDC não abandonou as demais regras que procuram viabilizar o acesso da vítima a justa reparação dos danos por si sofridos.

No que interessa para o deslinde do presente feito, havendo relação de consumo com profissional liberal, continuam a prevalecer as regras que impõem solidariedade entre os fornecedores [...]

Assim como ocorre com o fornecimento de produtos, os fornecedores podem se organizar em uma verdadeira cadeia de fornecimento de serviços. [...]

Na hipótese concreta, se está diante de verdadeira cadeia de fornecimento de serviços médicos. Há clara colaboração entre hospital e médico, que fornecem serviços conjuntamente e de forma coordenada.¹⁰⁰

Outrossim, ressalta a ministra que médicos e hospitais mantêm constantemente uma relação de “mutualismo”, de modo que tais profissionais realizam cirurgias em estabelecimentos que lhe ofereçam maiores vantagens, em contrapartida, os hospitais têm interesse que mais médicos aluguem suas instalações e se valham de seus serviços. Assim sendo, ela assevera que:

[...] deve-se concluir que há estreita cooperação entre Hospital e corpo médico que é admitido a atuar em seu estabelecimento, pois só assim a prestação de serviço se torna viável. Frise-se que essa atuação estreita independe do status jurídico que rege a relação entre ambos, se trabalhista ou meramente civil. [...]

O art. 14, CDC, estabelece verdadeira regra de responsabilidade solidária entre os fornecedores de uma mesma cadeia de serviços e por esta razão o Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. responde pelos danos decorrentes da conduta de médico autorizado a exercer a profissão dentro de seu estabelecimento.

[...]

Ressalto que a exigência da comprovação de culpa para a responsabilidade do profissional liberal é fato que, por si só, não ilide a aplicação das normas que impõem solidariedade entre os fornecedores que se situam na mesma cadeia de fornecimento.¹⁰¹

Prosseguindo em sua argumentação, a referida Ministra adverte que o reconhecimento da solidariedade do hospital na culpa do médico - que se utilizou do espaço do nosocômio para a realização do procedimento cirúrgico, denotando uma clara relação de parceria, mesmo não tendo sido o profissional indicado pelo hospital -, não implica a atribuição de uma responsabilização objetiva ao nosocômio. Por fim afirma:

Ora, havendo culpa do médico e uma clara cadeia de fornecimento na qual se inclui o Hospital, este só poderia ilidir sua responsabilidade se demonstrasse, nos termos do art. 14, § 3º, CDC, a inexistência de defeito no serviço, a culpa exclusiva de terceiro ou do próprio consumidor, bem como eventual quebra do nexos causal. Nenhuma dessas circunstâncias excludentes de responsabilidade foi reconhecida pelas instâncias ordinárias.

[...]

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ação de Indenização. Responsabilidade Civil. Erro Médico. Negligência. Indenização. Recurso Especial n. 908.359 – SC (2006/0256989-8). Recorrente Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda., Recorrido Maria de Lourdes Amândio Machado e Interessados Marcelino Grimm e Pedro Augusto Ramos da Silva. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 27 de agosto de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=766053&sReg=200602569898&sData=20081217&formato=PDF>, Acesso em 15/09/2012.

¹⁰¹ Id. Ibid.

Privilegia-se o acesso da vítima à reparação do dano, com o reconhecimento da solidariedade entre os agentes que compõem a cadeia de fornecimento de serviços.

[...]

Forte em tais razões, NÃO CONHEÇO do Recurso Especial.¹⁰²

Concordando com a fundamentação exposta, o Ministro Massami Uyeda antecipou seu voto. O Ministro Sidnei Beneti também negou provimento ao REsp, ratificando o entendimento da relatora, reconhecendo a responsabilidade subjetiva do hospital no caso concreto, assim como a solidariedade com o réu Pedro Augusto Ramos da Silva, negando, contudo, a responsabilização objetiva do estabelecimento.

Já os argumentos contrários à responsabilização solidária do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda., capitaneados pelo ministro João Otávio de Noronha e, semelhantes ao raciocínio jurídico por ele defendido no REsp n. 351.178 - SP, são os que seguem abaixo:

Nessa perspectiva, vejo na teoria da responsabilidade objetiva empresarial médica, nas hipóteses de dano decorrente de erro médico, uma forma de assegurar ao paciente indenização sob qualquer circunstância, pois, se o dano decorre de evidente erro médico, condena-se o hospital solidariamente de forma a garantir ao paciente o recebimento de indenização. [...]

[...] a cirurgia foi realizada nas dependências do hospital recorrente e que este forneceu medicamentos e equipe de enfermagem. [...] Não se falou em infecção hospitalar nem de imperícia dos serviços de enfermagem, nem mesmo instrumentação cirúrgica. [...] inexistente nexos causal entre o dano e a prestação de serviços do hospital, mas tão somente do médico, que não era empregado do referido hospital.

[...]

Portanto, não há por que falar em prestação de serviços defeituosos a ensejar a reparação de danos pelo hospital.¹⁰³

Além disso, o ministro refutou a tese de que os hospitais pudessem ser equiparados a uma cadeia de circulação de serviços, mesmo que ele receba uma remuneração pelo aluguel de suas instalações. O lucro visado pelos hospitais é pressuposto de viabilização da atividade dos mesmos, não um fim em si mesmo, ao contrário de cooperativas médicas. Tal posicionamento está descrito no excerto:

Data venia, não é o fato de os hospitais terem um mínimo de organização que poderão ser inseridos “numa complexa cadeia de produção e circulação de bens e serviços” (voto da Relatora) que atraia as disposições do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do que ocorre com o fornecedor de

¹⁰² Id. Ibid.

¹⁰³ Id. Ibid.

produtos para o consumo de massa. Não há comparação entre um hospital e um fabricante, por exemplo, de sucos industrializados. A atividade hospitalar não é econômica e não se volta para isso.

[...] Ou se poderia classificar o hospital como um fornecedor do produto saúde aos consumidores doentes?

Também o fato de receber remuneração pela locação de espaço físico não faz do hospital solidariamente responsável por danos causados por imperícia médica. O lucro é necessário, sob pena de inviabilizar a atividade (até mesmo em razão da nossa organização social), mas ele não é um fim em si mesmo.¹⁰⁴

Encerrando seu voto, o ministro João Otávio de Noronha assevera que a relação consumerista que une médicos e pacientes é uma obrigação de meio, sendo que aqueles se dispõem a empregar a melhor técnica e diligência para garantir o sucesso do procedimento médico. Por isso, os profissionais da área da saúde respondem subjetivamente pelos danos decorrentes de imperícia, imprudência ou negligência. Prosseguindo, o referido ministro finaliza seu voto, dando provimento ao REsp impetrado pelo hospital e reafirma que:

Os hospitais normalmente mantêm cadastros dos médicos que de suas instalações se utilizam para realização de cirurgias. [...]

Todavia, isso não confere ao hospital a atribuição de fiscalizar os serviços prestados pelos médicos que lá operam [...] Inexiste, tanto por parte do hospital como de seu corpo clínico, ingerência no trabalho do cirurgião – o que seria um absurdo, pois não se pode pensar que o hospital obrigue o médico a seguir sua orientação e seus métodos operatórios.

Portanto, não houve intermediação do ente hospitalar. *In casu*, certo que o médico cirurgião, Pedro Augusto Ramos da Silva, não tinha nenhum tipo de vínculo com o hospital São Lourenço, apenas se serviu de suas instalações para a realização de cirurgias.

Assim, não tendo o médico em questão prestado quaisquer serviços no interesse ou sob as ordens do hospital, não há por que falar em responsabilidade do nosocômio quanto ao sucesso da cirurgia questionada nos autos.¹⁰⁵

Dando sequência a julgamento, os ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior proferiram seus votos, reafirmando o raciocínio jurídico delineado pelo ministro João Otávio de Noronha e, assim, acompanhando o voto.

Como dito anteriormente a votação ficou empatada em três votos a favor da responsabilização do nosocômio e três votos contra. Coube então ao ministro Ari Pargendler, presidente da sessão, proferir o voto desempate que foi favorável à tese jurídica suscitada pelo ministro João Otávio de Noronha – contrária à responsabilização -, conhecendo o REsp e dando-lhe provimento.

¹⁰⁴ Id. Ibid.

¹⁰⁵ Id. Ibid.

A grande importância do referido acórdão foi a pacificação do entendimento jurídico do STJ acerca da responsabilidade civil dos hospitais e clínicas médicas em decorrência de erros médicos praticados por cirurgiões que não possuem vínculo trabalhista, nem tampouco uma relação de preposição para com as instituições, apenas locam suas instalações para a realização de cirurgias.

A partir deste julgamento o STJ passou a entender que os estabelecimentos de saúde só responderiam solidária e objetivamente pelos atos de seus funcionários (médicos, enfermeiros, etc.) ou subjetivamente quando o dano causado ao paciente fosse relativo a um serviço de atribuição do nosocômio. Tal entendimento significou uma nova interpretação do art. 14, do CDC, delimitando um paralelismo de relações consumeristas – uma envolvendo médicos e pacientes e outra envolvendo pacientes e estabelecimentos de saúde.

Com isso, o STJ denotou claramente que, quando houver um vício na relação de consumo médico-paciente (erro médico, p. ex.), de tal sorte que o médico em questão tenha sido contratado diretamente pelo paciente e não possua vínculo qualquer com o nosocômio, a responsabilidade pelo vício será inteiramente do profissional da saúde, sendo a mesma subjetiva. Assim, o hospital não responderia objetivamente, desde que seus serviços tenham sido prestados perfeitamente, estando isento de qualquer responsabilidade civil/consumerista.

Tal entendimento permanece até os dias atuais conforme se pode apreender dos mais recentes acórdãos do STJ versando sobre o tema em tela, os quais datam de fevereiro de 2010 (REsp n. 764.001 – PR) e março de 2011 (REsp n. 1.019.404 – RN). Por meio destes a Quarta Turma do STJ novamente se manifestou sobre a questão – outrora controversa, porém pacificada atualmente -, fazendo referência ao precedente criado pelo REsp n. 908.359 – SC.

A Ementa do REsp n. 764.001 – PR (2005/0108623-0) se encontra disposta a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL.

I. Restando inequívoco o fato de que o médico a quem se imputa o erro profissional não possuía vínculo com o hospital onde realizado o procedimento cirúrgico, não se pode atribuir a este a legitimidade para responder à demanda indenizatória. (Precedente: 2ª Seção, REsp 908359/SC, Rel. p/ acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 17/12/2008).

II. Recurso especial não conhecido.¹⁰⁶

O acórdão mais recente do STJ sobre o assunto, o REsp n. 1.019.404 – RN (2007/0309531-5), datado de março de 2011, está descrito abaixo:

PROCESSO CIVIL E CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 131 E 458 DO CPC. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL AFASTADA. COMPROVAÇÃO DO DANO. SÚMULA N. 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. BASES FÁTICAS DISTINTAS.

[...]

2. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com a clínica – seja de emprego, seja de mera preposição –, não cabe atribuir ao hospital a obrigação de indenizar.

[...]

4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes cuidam de situações fáticas diversas.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido.¹⁰⁷

Nota-se, então, que o tema jurídico está assentado e que, desde o precedente REsp n. 908.359 – SC, o STJ vem decidindo todas as demandas que surgiram mantendo estrita coerência com a base jurídica adotada pela Quarta Turma em face do julgamento do REsp n. 351.178 – SP e ratificada pelo acórdão n. 908.359 – SC.

Frente ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, para o seguinte questionamento: qual orientação vem sendo adotada pelos Tribunais de Justiça da região sul do Brasil (TJs PR, SC e RS) em relação à temática jurídica? Será que estes têm acompanhado a orientação jurídica trazida pelo STJ ou será que os mesmos têm divergido do entendimento pacificado pelo egrégio tribunal?

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual. Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Erro Médico. Responsabilidade do Hospital. Recurso Especial n. 764.001 - PR (2005/0108623-0). Recorrente José Antônio Pereira e Recorrido Urocentro Centro de Urologia S/C Ltda. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. 04 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=942015&sReg=200501086230&sData=20100315&formato=PDF>, Acesso em 18/08/2012.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil e Civil. Indenização. Danos Morais. Erro Médico. Violação dos arts. 131 e 458 do CPC. Inexistência. Responsabilidade do hospital afastada. Comprovação do dano. Súmula n. 7/STJ. *Quantum* indenizatório. Revisão. Impossibilidade. Divergência jurisprudencial. Bases fáticas distintas. Recurso Especial n. 1.019.404 – RN (2007/0309531-5). Recorrente Clínica Ortopédica e Traumatológica de Natal Ltda. e outros e Recorrida Francisca Elma da Costa Andrade. Relator Ministro João Otávio de Noronha. 22 de março de 2011. Disponível <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1047491&sReg=200703095315&sData=20110401&formato=PDF>, Acesso em 15/05/2012.

Antes, pois, de prosseguir com a pesquisa jurisprudencial relativa aos Tribunais de Justiça da região sul do Brasil, cabe um adendo. Adotar-se-á tais tribunais como referenciais de investigação por dois motivos.

Primeiramente, cumpre-se ressaltar que o objetivo deste trabalho é fornecer um direcionamento acerca de como tal tema de tamanha importância e atualidade vem sendo tratado à luz da jurisprudência pátria. Todavia, um Trabalho de Conclusão de Curso possui limitações acadêmicas e temporais se comparado a uma Dissertação de Mestrado ou a uma Tese de Doutorado.

Destarte, por este trabalho se tratar de uma Monografia e ser direcionado à Universidade Federal de Santa Catarina, norteou-se o foco da pesquisa aos Tribunais de Justiça da região sul, de tal sorte que poderá auxiliar os estudantes de tal instituição, bem como os operadores jurídicos que dele fizerem uso, a ter um direcionamento acerca do comportamento da jurisprudência regional.

Em segundo plano, outro fator que motivou tal direcionamento foi que ao pesquisar os precedentes recentes enfrentados pelo STJ, percebeu-se que dois dos últimos quatro casos originaram-se na região sul do país. Os REsp(s) n. 908.359 – SC e n. 764.001 – PR denotam que a controvérsia acerca do assunto em voga no TCC tem sido mais acirrada nessa região, assim como a necessidade de pacificação e uniformização do entendimento judicial dos tribunais.

Realizada a ressalva, parte-se então ao estudo de decisões recentes dos Tribunais de Justiça do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, com o intuito de identificar o posicionamento majoritário de cada um destes frente ao tema em destaque. Inicia-se a análise pelo TJ/PR, cujas câmaras cíveis responsáveis pelo julgamento das demandas em questão são a Nona e a Décima.

Em decisão recente, Apelação Cível n. 840694-0 datada de 31/05/2012, a Nona Câmara Cível do TJ/PR deu provimento parcial à apelação interposta por Maristela Jacinto da Silva, paciente vítima de um erro médico, mantendo a indenização em face do cirurgião responsável pelo procedimento, afastando, contudo, a responsabilidade solidária do hospital no qual a paciente foi operada. Já a clínica, da qual o supracitado médico é sócio, foi julgada responsável solidária, uma vez que o atendimento pré-operatório foi realizado em seu espaço e a mesma

possui vínculo societário/trabalhista para com o cirurgião. A ementa do acórdão segue abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – [...] PROCEDIMENTO DE VÍDEO-ARTROSCOPIA REALIZADO NO JOELHO ESQUERDO QUANDO DEVERIA TER SIDO NO JOELHO DIREITO DA PACIENTE - FATO INCONTROVERSO - DEMANDA AJUIZADA EM FACE DA CLÍNICA DA QUAL FAZ PARTE DO CORPO CLÍNICO E DE QUE É SÓCIO O MÉDICO QUE REALIZOU O PROCEDIMENTO E DO HOSPITAL ONDE FOI REALIZADO O PROCEDIMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PELO ERRO MÉDICO EM QUESTÃO AFASTADA – CONTRATAÇÃO TÃO SOMENTE DE SERVIÇOS DE INTERNAMENTO HOSPITALAR PARA A REALIZAÇÃO DA CIRURGIA – ADEMAIS, MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PELO NOSOCÔMIO QUE NÃO RESTOU COMPROVADA [...] RESPONSABILIDADE DA CLÍNICA MÉDICA PELO ERRO MÉDICO CONFIGURADA – MÉDICO QUE FAZ PARTE DO CORPO DE PROFISSIONAIS MÉDICOS DA CLÍNICA E NELA FOI ATENDIDA [...] ¹⁰⁸

Os argumentos utilizados pelo desembargador relator, os quais foram acolhidos por unanimidade pelos demais desembargadores, assentaram-se na jurisprudência do STJ – em especial nos acórdãos citados previamente como precedentes -, bem como na ausência de relação de preposição entre médico e hospital, não havendo concorrido o estabelecimento de saúde nos danos sofridos pela paciente, tal qual consta do excerto:

Indubitável, pois, que a responsabilidade do hospital somente se configura quando o médico, preposto ou empregado, oferecer seu serviço como integrante ou integrante do corpo clínico do hospital, o que não ocorre no presente caso.

Desta feita, conclui-se que no caso dos autos o procedimento foi realizado nas dependências do hospital, tendo este fornecido tão somente suas instalações, medicamentos e equipe de enfermagem. E mais, que o erro médico em questão decorreu da imperícia do cirurgião, unicamente.

[...]

Assim se passando, em relação ao erro médico ocorrido com a apelante não há porque se falar em prestação de serviços defeituosos a ensejar a reparação de danos pelo hospital. ¹⁰⁹

Outrossim, o desembargador José Aniceto assevera que a clínica, por sua vez, é responsável solidária pelos danos sofridos pela autora, pois o cirurgião responsável pelos danos é sócio e faz parte da equipe médica da mesma. Segue o seu raciocínio jurídico:

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível – Ação de Indenização – Erro Médico [...]. Apelação Cível n. 840694-0. Apelante Maristela Jacinto da Silva e Apelados Hospital Metropolitano de Sarandi, Rede de Assistência à Saúde Metropolitana e outro. Relator Desembargador José Aniceto. 31 de maio de 2012. Disponível <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11295414/Acórdão-840694-0>>, Acesso em 20/06/2012.

¹⁰⁹ Id. Ibid.

A seu turno, patente a responsabilidade da clínica apelada pelo erro médico em questão.

Como dito, todo procedimento pré-operatório da apelante foi realizado, ou seja, desde a primeira consulta até o encaminhamento para a realização do procedimento de vídeo-artroscopia, foi realizado pelo Dr. Péricles, na clínica apelada da qual o Dr. Péricles também faz parte da equipe médica, além de ser sócio (fls. 135/141).

Nesta ótica, é patente a responsabilidade da clínica pelos atos daqueles que utilizam suas dependências, por aplicação da teoria da aparência do direito do consumidor.¹¹⁰

Em sintonia com o posicionamento adotado pelo STJ e pela Nona Câmara Cível do TJ/PR, os desembargadores da Décima Câmara Cível do mesmo Tribunal de Justiça proferiram decisão semelhante, relativa ao Agravo de Instrumento n. 0853414-7, em 05 de julho de 2012. O recurso retrocitado visava impugnar decisão interlocutória de primeiro grau que acolheu o pedido de ilegitimidade passiva *ad causam* do Hospital Regional João de Freitas para figurar como réu na ação de indenização movida pela paciente Márcia Pereira dos Santos por conta de um erro médico ocorrido durante uma cirurgia de laqueadura. O acórdão em tela foi assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. LAQUEADURA TUBÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO NOSOCÔMIO. AFASTADA.

“(…) I. Restando inequívoco o fato de que o médico a quem se imputa o erro profissional não possuía vínculo com o hospital onde realizado o procedimento cirúrgico, não se pode atribuir a este a legitimidade para responder à demanda indenizatória. (Precedente: 2ª Seção, REsp 908359/SC, Rel. p/ acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 17/12/2008). II. Recurso especial não conhecido” (STJ - REsp 764001 / PR - Quarta Turma – Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR - DJe 15/03/2010).

RECURSO NÃO PROVIDO.¹¹¹

Novamente o desembargador relator, Arquelau Araujo Ribas, utilizou-se dos precedentes já elencados do STJ para embasar seu voto e denegar a pretensão da autora de responsabilizar solidariamente o hospital no qual ela foi operada. Seus argumentos foram semelhantes aos utilizados no acórdão proferido pela Nona

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento. Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais. Erro Médico. Laqueadura Tubária. Legitimidade Passiva do nosocômio. Afastada. Agravo de Instrumento n. 0853414-7. Agravante Márcia Pereira dos Santos e Agravados Guilherme Buzalaf Neto e Hospital Regional João de Freitas. Relator Desembargador Arquelau Araujo Ribas. 05 de julho de 2012. Disponível <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11334772/Acórdão-853414-7#integra_11334772>, Acesso em 30/08/2012.

Câmara Cível do TJ/PR, levantando as mesmas premissas básicas já elencadas pelo STJ.

Nota-se, então, a partir da análise das duas recentes decisões judiciais do TJ/PR que este tribunal vem alinhando suas decisões com a jurisprudência pátria, mantendo estrita coerência com o entendimento firmado pelo STJ. A tese jurídica contrária à responsabilização solidária dos nosocômios por fato do serviço em decorrência de erros médicos cometidos por profissionais que não possuem vínculo, nem tampouco relação de preposição, mas apenas locam as instalações destes estabelecimento, vem prosperando e sendo seguida a risca no TJ/PR.

A seguir, cumpre-se ponderar o posicionamento jurisprudencial adotado pelo TJ/SC à luz do tema proposto. No referido tribunal as decisões mais atuais sobre a matéria em questão datam de outubro de 2011 (Apelação Cível n. 2009.069339-0, de Blumenau) e abril de 2012 (Apelação Cível n. 2009.066539-1, de Armazém). Ambos os casos foram julgados pela Sexta Câmara de Direito Civil do TJ/SC, firmando interpretação análoga à tese jurídica partilhada pelo STJ e pelo TJ/PR.

A primeira decisão a ser ponderada, AC. n. 2009.069339-0, apresenta a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. ERRO MÉDICO. FRAGMENTO METÁLICO DEIXADO NO SEIO DA PACIENTE. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE DETERMINOU A ILEGITIMIDADE DO HOSPITAL BEM COMO JULGOU IMPROCEDENTE A DEMANDA. INSURGIMENTO DA AUTORA. MÉDICO QUE NÃO FAZ PARTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL. DANOS OCASIONADOS EXCLUSIVAMENTE DA CONDUTA DO MÉDICO. MANUTENÇÃO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIAS CONFIGURADAS. AUSÊNCIA DE EXAMES APÓS O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. CONDUTA QUE SE EXIGIA NA ESPÉCIE. CULPA EVIDENCIADA. SUBMISSÃO A NOVA CIRURGIA PARA RETIRADO DO "CORPO ESTRANHO". [...]
RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.¹¹²

¹¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível. Dano Moral. Erro Médico. [...] Manutenção da Ilegitimidade Passiva do Hospital [...]. Apelação Cível n. 2009.069339-0. Apelante Tânia Miriam Panini e Apelados Charles Jean Berger e Hospital Dia Oswaldo Cruz Ltda. Relatora Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt. 27 de outubro de 2011. Disponível <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000NCVX0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5133195&pdf=true>>, Acesso em 13/09/2012.

Trata-se de AC Interposta por Tânia Miriam Panini em face do médico Charles Jean Berger e do Hospital Dia Oswaldo Cruz Ltda, na qual a apelante alega ter sido vítima de erro médico durante uma cirurgia de retirada de microcalcificações tumorais do seio. A sentença de primeiro grau extinguiu a ação em face do hospital, acolhendo a alegação de ilegitimidade passiva do mesmo, assim como julgou improcedente a demanda relativa ao cirurgião Charles Jean Berger. A AC foi provida parcialmente pela Sexta Câmara de Direito Civil do TJ/SC, sustentando a ilegitimidade passiva do nosocômio e condenando o médico a indenizar a vítima em consequência do erro médico por ele cometido.

A ilegitimidade passiva e a consequente ausência de responsabilidade civil do hospital foi fundamentada na ausência de vínculo de preposição/empregatício do cirurgião para com a instituição hospitalar, tendo a mesma apenas cedido seu espaço para a realização de tal procedimento. Além disso, asseverou-se que não houve defeito nos serviços prestados pelo estabelecimento de saúde.

Em conformidade com a decisão supracitada, a AC n. 2009.066539-1, julgada pela Câmara de Direito Civil, ratificou o entendimento jurisprudencial do TJ/SC acerca do assunto. Tal AC foi interposta pela Sociedade Divina Providência Hospital Nossa Senhora da Conceição contra decisão de primeiro grau que condenou solidariamente a apelante e o médico Luiz Fernando D. Miranda ao pagamento de indenização por danos materiais e morais em benefício de Maria do Carmo de Vargas Ludtke, vítima de erro médico durante uma cirurgia de redução mamária.

Desta vez, porém, a decisão favorável a não responsabilização civil do nosocômio não foi unânime, havendo um voto divergente por parte do desembargador Ronei Danielli. A ementa do referido acórdão encontra-se descrita abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE REDUÇÃO DE MAMA. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE DETERMINOU A PROCEDÊNCIA DA DEMANDA CONDENANDO HOSPITAL E O MÉDICO. INSURGÊNCIA DA HOSPITAL. MÉDICO QUE NÃO FAZ PARTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL. DANOS OCACIONADOS EXCLUSIVAMENTE DA CONDUTA DO MÉDICO. RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL.

[...]

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.¹¹³

O voto divergente proferido pelo desembargador Ronei Danielli baseou-se na ausência de comprovação, por parte do hospital, de que o cirurgião responsável pelo insucesso da cirurgia não pertencia ao quadro clínico do estabelecimento, nem tampouco era seu preposto. Já os demais votos, contrários à responsabilização solidária do hospital, assentaram-se nas premissas:

No caso em tela [...], tendo em vista que o suposto erro foi praticado por médico autônomo, não houve falhas dos equipamentos ou de serviços oferecidos pelo hospital, bem como os serviços prestados pelo profissional foram previamente agendados.

[...]

[...] não se pode admitir responsabilidade objetiva em exemplos como o caso dos autos, pois a responsabilidade objetiva advinda do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor circunscreve-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, como internação, equipamentos, ou de serviços prestados por funcionários ou prepostos seus.

Em caso de profissional que não faz parte do corpo clínico do hospital, muito menos funcionário ou preposto do hospital, não se pode imputar responsabilidade objetiva ao hospital [...].¹¹⁴

Apesar da divergência citada anteriormente, percebe-se que a orientação jurisprudencial do TJ/SC não foi alterada, visto que o voto divergente atacou o fato do nosocômio não ter provado que o médico não fazia parte do seu staff – ausência probatória -, sem, contudo, contrariar a repetida tese jurídica de que nos casos de ausência de preposição, não há que se falar em responsabilização solidária.

Por fim, resta a comprovação da orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Preliminarmente, ressalta-se que a posição jurisprudencial que vem sendo adotada pelos demais tribunais citados nesse trabalho tem sido seguida também nas decisões do TJ/RS. Tal entendimento encontra-se solidamente pacificado, tanto que o 3º Grupo de Câmaras Cíveis da

¹¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível. Dano Moral. Erro Médico. Cirurgia de redução de mama. Sentença de Primeiro Grau que determinou a procedência da demanda condenando hospital e o médico. Insurgência do hospital. Médico que não faz parte do corpo clínico do hospital. Danos ocasionados exclusivamente da conduta do médico. Reconhecimento da ilegitimidade passiva do hospital [...]. Apelação Cível n. 2009.066539-1. Apelante Sociedade Divina Providência Hospital Nossa Senhora da Conceição e Luiz Fernando D. Miranda e Apelada Maria do Carmo de Vargas Ludtke. Relatora Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt. 02 de abril de 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000NCVX0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5133195&pdf=true>>, Acesso em 31/10/2012.

¹¹⁴ Id. Ibid.

referida corte vem demonstrado entendimento semelhante ao do STJ desde 2000, conforme se pode observar por meio do acórdão abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. PACIENTE BAIXADO POR ORDEM DO MÉDICO. FALTA DE RELAÇÃO ENTRE ESTE PROFISSIONAL E HOSPITAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. Paciente baixado por ordem médica e atendido pelo profissional médico, que apenas se utiliza das dependências e equipamentos do hospital. Inexistente relação entre o hospital e os médicos que formam o corpo clínico, não há como responsabilizá-lo por eventuais erros atribuídos aos profissionais que ocupam o espaço físico que fornece. A responsabilidade objetiva do prestador de serviços é restrita aos atos de seus prepostos e neste conceito não se incluem os médicos que prestam serviços autônomos. Ou se ficasse demonstrado que a causa do dano foi decorrência da utilização dos equipamentos fornecidos pelo mesmo e que estavam sob seus cuidados. Ausência de prova de que o nosocômio tinha alguma ingerência nos serviços médicos que eram prestados em seu espaço físico. EMBARGOS DESACOLHIDOS.¹¹⁵

Observa-se que, mesmo antes do STJ pacificar entendimento sobre a matéria em questão, o TJ/RS posicionava-se no mesmo sentido, demonstrando uma clara postura vanguardista. Entretanto, como o presente trabalho se propõe a demonstrar os caminhos que a jurisprudência atual tem trilhado sobre o tema em foco, imprime-se a obrigação de trazer a debate as decisões mais atuais do tribunal gaúcho.

Dois dos mais recentes acórdãos paradigmas sobre a responsabilidade hospitalar julgados pelo TJ/RS datam de dezembro de 2010, o Agravo Retido n. 70037335544, e julho de 2011, a Apelação Cível n. 70037424280. Ambos foram acordados por unanimidade pela Nona Câmara Cível do TJ/RS.

O primeiro julgado a ser analisado, o Agravo Retido n. 70037335544, trata-se de recurso interposto por Santana Maria Roveda, paciente vítima de erro médico em consequência de uma cirurgia de laqueadura, atacando decisão interlocutória do juízo de primeiro grau que acolheu o pedido de ilegitimidade

¹¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes. Responsabilidade Civil. Alegação de erro médico. Responsabilidade do hospital. Paciente baixado por ordem do médico. Falta de relação entre este profissional e hospital. Ilegitimidade passiva reconhecida. Embargos Infringentes n. 599470804. Embargante Daiane dos Santos Kipp e Embargado Hospital Independência Ltda. Relator Carlos Alberto Bencke. 26 de junho de 2000. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%C3%A7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=599470804&num_processo=599470804&codEmenta=173672&temIntTeor=false, Acesso em 24/11/2012.

passiva da Associação Hospitalar Comunitária Regional de Saúde. O acórdão em tela traz a seguinte ementa:

AGRAVO RETIDO. PROCESSUAL CIVIL. ERRO MÉDICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. HOSPITAL. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. LAQUEADURA DE TROMPAS. OBRIGAÇÃO DE MEIO. DEVER DE INFORMAÇÃO NÃO PRESTADO.

1. A responsabilidade civil do hospital por conduta de médico que não é seu empregado e/ou preposto está restrita aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc.

[...]

NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO [...]. UNÂNIME.¹¹⁶

Ao negar provimento ao recurso, o desembargador relator, Tasso Caubi Soares Delabary, fundamentou seu posicionamento em um dos precedente do STJ – REsp n. 258.389/SP de 2005, do qual é relator o ministro Fernando Gonçalves, bem como nos seguintes preceitos:

Com efeito, a questão atinente à legitimidade passiva do hospital não merece alteração, já que o médico demandado não é empregado ou subordinado do nosocômio. Pelo que se apurou nos autos, o médico apenas fez uso das instalações, devendo responder pessoalmente por eventuais danos causados por sua atuação. Em verdade, o hospital só responderia por falhas dos serviços ditos de hotelaria, nas instalações, o que escapa da causa de pedir da autora.¹¹⁷

Outro acórdão paradigma julgado pelo mesmo tribunal, a Apelação Cível n. 70037424280, foi interposta por Salete Malheiros Azevedo em face da Sociedade Hospital Panambi, visando responsabilizar civilmente tal instituição, assim como o médico cirurgião, Edson Wurzel, por conta de erro médico ocorrido durante uma cirurgia de laqueadura, que culminou, passado um tempo, em gravidez inesperada da autora.

A retrocitada decisão apresenta a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO NOSOCÔMIO. LAQUEADURA DE

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo Retido. Processual Civil. Erro médico. Legitimidade passiva. Hospital. Apelação cível. Responsabilidade civil. [...] Agravo Retido n. 70037335544. Agravante Santina Maria Roveda e Agravada Associação Hospitalar Comunitária Regional de Saúde. Relator Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. 01 de dezembro de 2010. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=2372518&ano=2010, Acesso em 18/10/2012.

¹¹⁷ Id. Ibid.

TROMPAS. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. MANUTENÇÃO DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. Hipótese em que o hospital só é parte legítima para responder pelos danos sofridos por paciente que se submeteu a intervenção cirúrgica em suas dependências, em razão de erro médico, se o profissional mantiver vínculo de preposição ou integrar a estrutura hospitalar. Comprovada a inexistência de vínculo empregatício entre o primeiro e o segundo demandados quando da realização da laqueadura, razão pela qual o nosocômio não é parte legítima para figurar no polo passivo da ação.

[...]

À UNANIMIDADE, PRELIMINAR AFASTADA. [...]¹¹⁸

Mais uma vez fez-se menção aos precedentes jurídicos para afastar a responsabilidade do hospital, contudo, o precedente elencado foi o Agravo Retido n. 70037424280, referenciado anteriormente. Além disso, asseverou-se que, em conformidade com a decisão judicial de primeiro grau que julgou improcedente o pleito da autora, o hospital:

[...] só é parte legítima para responder pelos danos sofridos por paciente que se submeteu a intervenção cirúrgica em suas dependências, em razão de erro médico, se o profissional mantiver vínculo de preposição ou integrar a estrutura hospitalar. Os documentos das fls. 242/243 comprovam a inexistência de vínculo empregatício entre o primeiro e o segundo demandados quando da realização da laqueadura. Daí que o nosocômio não é parte legítima para figurar no polo passivo da ação.”¹¹⁹

Em seguida, o relator encerrou a discussão sobre a legitimidade passiva do hospital da seguinte forma:

Portanto, não merece reparos a sentença, tendo em vista que o hospital, na qualidade de prestador de serviço no código consumidor, nos termos do art. 14, do CDC, somente responderia por falhas dos serviços ditos de hotelaria, nas instalações, equipamentos, o que não é o caso em tela, porquanto ausente a responsabilidade objetiva do nosocômio por erro do preposto.¹²⁰

O raciocínio jurídico exposto pelos dois acórdãos do TJ/RS elencados neste trabalho delinea o posicionamento do referido tribunal frente as questões relativas à responsabilidade dos estabelecimentos de saúde em consequência de erros médicos cometidos por cirurgiões que não possuem vínculo qualquer para com

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Responsabilidade civil. Erro médico. Ilegitimidade passiva do nosocômio. Laqueadura de trompas. Ausência de nexo de causalidade. Manutenção da improcedência da ação. Apelação Cível n. 70037424280. Apelante Salete Malheiros Azevedo e Apelados Sociedade Hospital Panambi e Edson Wurzel. Relator Dr. Roberto Carvalho Fraga. 20 de julho de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=1316010&ano=2011>, Acesso em 06/07/2012.

¹¹⁹ Id. Ibid.

¹²⁰ Id. Ibid.

tais instituições, apenas locando seu espaço físico. Raciocínio igual já havia sido trazido pelo STJ, assim como pelos Tribunais de Justiça paranaense e catarinense.

Percebe-se, portanto, que os entendimentos jurisprudenciais dos tribunais analisados encontram-se perfeitamente alinhados nos dias atuais. O objetivo da pesquisa proposto foi, então, atingido, de tal sorte que doutrina e jurisprudência – STJ e tribunais da Região Sul - têm caminhado juntas na formação da orientação legal mais adequada ao tema em tela, o que se configura num avanço muito importante para atingir as finalidades últimas do direito no Brasil, as quais sejam: a justiça e a segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Os erros médicos têm sido, infelizmente, uma prática constante e recorrente durante os procedimentos cirúrgicos. Muitos são os casos apresentados pela mídia ou até mesmo vivenciados no dia-a-dia das famílias brasileiras. Ora, os médicos, como seres humanos, são tão passíveis de falhas quanto qualquer outro profissional.

Há que se observar também que, do ponto de vista das vítimas dos erros médicos, estes são muito mais dolorosos e impactam muito mais na vida das pessoas do que na carreira do cirurgião que o cometeu. Afinal, nenhuma pessoa em sã consciência se submeteria a uma cirurgia sabendo que sairia da mesa de operação em estado vegetativo, ou com seu problema de saúde agravado, ou que até mesmo não resistiria a um procedimento tão simples quanto uma cirurgia de amígdalas, por exemplo.

Diante de tal realidade impõe-se uma árdua tarefa aos magistrados: decidir quem tem direito ou não à indenização por danos materiais e/ou morais em face de um erro médico, além de quem deverão ser os responsáveis legais pelo pagamento de tal compensação financeira.

O cotidiano jurídico demonstra cada vez mais uma tendência dos advogados de demandar judicialmente tanto os médicos responsáveis pelos procedimentos cirúrgicos, quanto os hospitais ou clínicas médicas onde tais procedimentos foram realizados, indiscriminadamente. No entanto, tal posicionamento nem sempre vem sendo seguido à risca pelos tribunais brasileiros, mormente quando os profissionais demandados não possuem quaisquer vínculos para com tais estabelecimentos de saúde, apenas locam seu espaço para a realização da cirurgia.

É certo que os médicos se enquadram no contexto profissional brasileiro como profissionais liberais. A obrigação por eles assumida é, via de regra, uma obrigação de meio, através da qual eles devotam toda sua diligência e conhecimento profissional no tratamento das enfermidades de seus pacientes. A exceção a essa regra são as cirurgias estéticas, pelas quais o médico se obriga com o resultado prático das mesmas. A doutrina estipula que esses profissionais liberais, em

conformidade com o §4º do CDC, respondam subjetivamente pelos danos causados a outrem, ou seja, comprovada sua culpa, os mesmos são obrigados a indenizar tais danos.

Já os hospitais e clínicas médicas, em regra, respondem objetiva e solidariamente pelos atos ilícitos cometidos por profissionais que integrem seu quadro clínico (médicos, enfermeiros, etc.), possuindo um vínculo caracterizado por uma relação de preposição; bem como, pelos danos diretamente decorrentes de sua atividade profissional, tais como infecção hospitalar, administração errônea de medicamentos, defeitos nos equipamentos cirúrgicos, dentre outros.

Tem-se, então, que a regra do CC/2002 que estipula que os empregadores respondam pelos atos danosos de seus empregados ou prepostos cometidos no exercício do seu trabalho ou em razão do mesmo, é também aplicável aos nosocômios. Logo, é certo que os hospitais respondem solidariamente pelos erros médicos cometidos por profissionais que possuem vínculo de preposição para com tais estabelecimentos, desde que comprovada a culpa dos profissionais. Tal orientação é pacífica tanto na doutrina majoritária quanto na jurisprudência da ampla maioria dos tribunais brasileiros.

Entretanto, tal posicionamento não é ratificado pela jurisprudência pátria quando os erros médicos são cometidos por profissionais que não possuem qualquer vínculo, seja ele de preposição ou empregatício, para com os estabelecimentos de saúde, apenas alugam suas instalações para a realização de cirurgias.

O STJ vem se posicionando, nos casos análogos aos citados anteriormente, no sentido de que os hospitais e clínicas médicas não possuem qualquer responsabilidade civil ou consumerista quando os erros em questão não decorrem de serviços de sua atribuição, mas são frutos de imprudência, imperícia ou negligência, exclusivamente imputáveis aos cirurgiões.

Assim sendo, caso as instituições venham a ser demandadas judicialmente, elas devem ser consideradas partes ilegítimas para figurar no polo passivo da ação, recaindo o dever de indenizar sobre os ombros do médico-cirurgião.

Outrossim, o STJ tem asseverado que as decisões judiciais que têm reconhecido a responsabilidade dos nosocômios nos termos em questão, estão, na verdade, deturpando a natureza das obrigações médico-paciente, transformando-as em obrigações de resultados, uma vez que o hospital garantiria, por meio de uma indenização, o resultado prático que o médico não pôde garantir.

O entendimento do STJ tem sido partilhado pelos tribunais da região sul do Brasil – TJ/PR, TJ/SC, TJ/RS -, os quais têm dado continuidade à orientação jurisprudencial firmada pela instância última judiciária brasileira em seus acórdãos mais recentes. Observa-se, pois, que alguns desses tribunais, como o TJ/RS já possuía tal orientação mesmo antes do STJ pacificar seu entendimento frente ao tema em tela.

Portanto, ante o exposto no presente TCC, conclui-se que o entendimento jurisprudencial acerca da não responsabilização dos hospitais e clínicas médicas em face de erros médicos ocorridos em procedimentos cirúrgicos chefiados por profissionais que locam as instalações destes estabelecimentos - não possuindo para com estas instituições quaisquer vínculo, seja ele empregatício, societário ou de preposição -, encontra-se pacificado pela instância judiciária superior brasileira e vem sendo seguido a risca pelos tribunais da região sul do Brasil, garantindo assim, o cumprimento de um dos princípios básicos da justiça pátria, a segurança jurídica e, orientando os demais tribunais nacionais a caminharem juntos na construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, objetivo fundamental do Estado Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Tereza; MARTINS, James. *Código do Consumidor comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 mai. 2012.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 04 mai. 2012.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual. Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Erro Médico. Responsabilidade do Hospital. Recurso Especial n. 764.001 - PR (2005/0108623-0). Recorrente José Antônio Pereira e Recorrido Urocentro Centro de Urologia S/C Ltda. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. 04 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=942015&sReg=200501086230&sData=20100315&formato=PDF>, Acesso em 18/08/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil e Civil. Indenização. Danos Morais. Erro Médico. Violação dos arts. 131 e 458 do CPC. Inexistência. Responsabilidade do hospital afastada. Comprovação do dano. Súmula n. 7/STJ. Quantum indenizatório. Revisão. Impossibilidade. Divergência jurisprudencial. Bases fáticas distintas. Recurso Especial n. 1.019.404 – RN (2007/0309531-5). Recorrente Clínica Ortopédica e Traumatológica de Natal Ltda. e outros e Recorrida Francisca Elma da Costa Andrade. Relator Ministro João Otávio de Noronha. 22 de março de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1047491&sReg=200703095315&sData=20110401&formato=PDF>, Acesso em 15/05/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ação de Indenização. Responsabilidade Civil. Erro Médico. Negligência. Indenização. Recurso Especial n. 908.359 – SC (2006/0256989-8). Recorrente Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda., Recorrido Maria de Lourdes Amândio Machado e Interessados Marcelino Grimm e Pedro Augusto Ramos da Silva. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 27 de

agosto de 2008. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=766053&sReg=200602569898&sData=20081217&formato=PDF>, Acesso em 15/09/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recursos especiais. Ação de indenização. Danos morais, materiais e estéticos. Responsabilidade civil. Hospital. Complicações decorrentes de anestesia geral. Paciente em estado vegetativo. Recurso Especial n. 351.178 – SP (2001/0108187-8). Recorrente Eduardo Libório Menniti, José Paulo de Lourenzo Gullo e outros, Isaac Chenker e Recorrido os mesmos e Associação Hospital Alemão Oswaldo Cruz. Relator Ministro Massami Uyeda. 24 de junho de 2008. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=540244&sReg=200000445231&sData=20050822&formato=PDF>, Acesso em 30/10/2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento. Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais. Erro Médico. Laqueadura Tubária. Legitimidade Passiva do nosocômio. Afastada. Agravo de Instrumento n. 0853414-7. Agravante Márcia Pereira dos Santos e Agravados Guilherme Buzalaf Neto e Hospital Regional João de Freitas. Relator Desembargador Arquelauro Araujo Ribas. 05 de julho de 2012. Disponível em:

<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11334772/Acórdão-853414-7#integra_11334772>, Acesso em 30/08/2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível – Ação de Indenização – Erro Médico [...]. Apelação Cível n. 840694-0. Apelante Maristela Jacinto da Silva e Apelados Hospital Metropolitano de Sarandi, Rede de Assistência à Saúde Metropolitana e outro. Relator Desembargador José Aniceto. 31 de maio de 2012. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11295414/Acórdão-840694-0>>, Acesso em 20/06/2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo Retido. Processual Civil. Erro médico. Legitimidade passiva. Hospital. Apelação cível. Responsabilidade civil. [...] Agravo Retido n. 70037335544. Agravante Santina Maria Roveda e Agravada Associação Hospitalar Comunitária Regional de Saúde. Relator Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. 01 de dezembro de 2010. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=2372518&ano=2010>, Acesso em 18/10/2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Responsabilidade civil. Erro médico. Ilegitimidade passiva do nosocômio. Laqueadura de trompas. Ausência de nexo de causalidade. Manutenção da improcedência da ação. Apelação Cível n. 70037424280. Apelante Salete Malheiros Azevedo e Apelados Sociedade Hospital Panambi e Edson Wurzel. Relator Dr.

Roberto Carvalho Fraga. 20 de julho de 2011. Disponível em:
<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=1316010&ano=2011>, Acesso em 06/07/2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes. Responsabilidade Civil. Alegação de erro médico. Responsabilidade do hospital. Paciente baixado por ordem do médico. Falta de relação entre este profissional e hospital. Ilegitimidade passiva reconhecida. Embargos Infringentes n. 599470804. Embargante Daiane dos Santos Kipp e Embargado Hospital Independência Ltda. Relator Carlos Alberto Bencke. 26 de junho de 2000. Disponível em:
<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=599470804&num_processo=599470804&codEmenta=173672&templntTeor=false>, Acesso em 24/11/2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível. Dano Moral. Erro Médico. Cirurgia de redução de mama. Sentença de Primeiro Grau que determinou a procedência da demanda condenando hospital e o médico. Insurgência do hospital. Médico que não faz parte do corpo clínico do hospital. Danos ocasionados exclusivamente da conduta do médico. Reconhecimento da ilegitimidade passiva do hospital [...]. Apelação Cível n. 2009.066539-1. Apelante Sociedade Divina Providência Hospital Nossa Senhora da Conceição e Luiz Fernando D. Miranda e Apelada Maria do Carmo de Vargas Ludtke. Relatora Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt. 02 de abril de 2012. Disponível em:
<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000NCVX0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5133195&pdf=true>>, Acesso em 31/10/2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível. Dano Moral. Erro Médico. [...] Manutenção da Ilegitimidade Passiva do Hospital [...]. Apelação Cível n. 2009.069339-0. Apelante Tânia Miriam Panini e Apelados Charles Jean Berger e Hospital Dia Oswaldo Cruz Ltda. Relatora Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt. 27 de outubro de 2011. Disponível
<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000NCVX0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5133195&pdf=true>>, Acesso em 13/09/2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva 2012.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo (Coord.); ROQUE, Nathaly Campitelli (Coord.). *Vade Mecum Jurídico*. São Paulo: 2010.

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/293972/bens-moveis>>. Acesso em: 08 mai. 2012.

_____. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/290728/bens-imoveis>>. Acesso em: 08 mai. 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PUBLICA DIREITO. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2510.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2012.

SIM AO ATO MÉDICO. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/atomedico/index2.asp?opcao=oquee>>. Acesso em: 29 mai. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.