

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
Faculdade de Direito
Departamento de Ciências Penais

Tássia Cividanes Pazinato

O exercício da medicina e o Código de Defesa do Consumidor

Porto Alegre
2012

TÁSSIA CIVIDANES PAZINATO

O EXERCÍCIO DA MEDICINA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul com o
requisito parcial para a obtenção do grau de
Barachel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Coorientador: Prof. Sami A. R. J. El Jundi

Porto Alegre

2012

Por um lado, a Constituição é moldura e garantia, o seu conteúdo se declina positivamente ou se concretiza por meio de livre debate entre as forças políticas, com respeito a alguns limites. Por outro, a Constituição é endereço vinculante, é um ordenamento de valores objetivos, estruturados e dominantes para o desenvolvimento da legislação.¹

¹ DUARTE, Écio Oto Ramos e Susanna Pazzolo. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo, SP: Landy, 2006, p. 92.

RESUMO

A presente monografia objetiva avaliar a possibilidade de incidência da Lei. 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor – sobre a relação estabelecida entre médicos e seus pacientes. A metodologia escolhida para tanto foi a de análise doutrinária em livros e artigos de revistas científicas, jornais e meios eletrônicos pertinentes (documentação indireta), conjugada com uma pesquisa jurisprudencial relativa ao tema. Para interpretação dos dados coletados, fez-se uso do método hipotético-dedutivo. Os resultados alcançados apontam que a relação médico-paciente encontra-se sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: LEI 8.078/90 – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INCIDÊNCIA – RELAÇÃO “MÉDICO x PACIENTE”.

ABSTRACT

The present study aims to appraise the possibility of incidence of the Act 8.078/90 – the Brazilian Consumer's Protection Code – over the relation established between doctors and their patients. The chosen methodology was doctrine analysis in books and articles of scientific magazines, journals and correlated electronic media (indirect documentation), united with a research of Case Law in regard of the subject. In order to understand the collected data, it was used the hypothetical-deductive method. The achieved results indicate that the doctor-patient relation is situated under the shield of the Consumer's Protection Code.

KEY-WORDS: ACT 8.078/90 – CONSUMER'S PROTECTION CODE – INCIDENCE – “DOCTOR x PATIENT” RELATION.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO-----	07
2	ORIGEM, FINALIDADES E CAMPO DE APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR-----	09
2.1	Direito do Consumidor: apanhado histórico e finalidades (enfoque socioeconômico)-----	09
2.2	Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: origem e objetivos (enfoque sistemático)-----	15
2.3	Elementos da relação jurídica de consumo -----	18
2.3.1	<i>Consumidor-----</i>	19
2.3.2	<i>Fornecedor-----</i>	24
2.3.3	<i>Produto-----</i>	26
2.3.4	<i>Serviço-----</i>	27
2.4	Campo de incidência da Lei 8.078/90-----	33
3	APLICAÇÃO DA LEI CONSUMERISTA AO EXERCÍCIO DA MEDICINA-----	36
3.1	Enquadramento da relação médico-paciente como relação de consumo: médico como fornecedor de serviços e paciente como destinatário final-----	36
4	CONSEQUÊNCIAS DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO EXERCÍCIO DA MEDICINA-----	42
4.1	Responsabilidade Civil do médico-----	42
4.1.1	<i>No exercício da medicina enquanto profissional liberal-----</i>	43
4.1.2	<i>No exercício da medicina com vínculo empregatício com hospital-----</i>	44
4.2	O dano moral por defeito do serviço médico-----	47
4.3	Possibilidade de inversão do ônus probatório-----	48
4.4	Prescrição no erro médico-----	55
5	CONCLUSÕES-----	56
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS-----	59
	REFERÊNCIA JURISPRUDENCIAL-----	61

1 INTRODUÇÃO

Cresceu muito, nas últimas décadas, o número de demandas ajuizadas por pacientes contra médicos, por meio das quais se discute a responsabilidade civil desses profissionais da área da saúde. A dinamização da relação médico-paciente e a criação, em 1990, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC) em muito contribuíram para este resultado. Desta forma, visualiza-se na jurisprudência forte tendência em incluir a atividade médica no rol de relações tuteladas pelo diploma protetivo do consumidor².

Diante da reiterada invocação do diploma protetivo de defesa do consumidor nas ações que envolvem responsabilidade civil médica, necessário se faz analisar o atual estágio desta profissão, para checar se é possível enquadrá-la como relação de consumo.

A metodologia escolhida para alcançar esse fim foi a de análise doutrinária em quaisquer meios pertinentes de documentação indireta, conjugada com pesquisa jurisprudencial. Para interpretação dos dados coletados, fez-se uso do método hipotético-dedutivo.

Tendo em mente, portanto, que o presente trabalho se presta a definir se há, ou não, incidência do CDC às atividades desenvolvidas pelos médicos, imperioso se fez partir dos conceitos básicos consumeristas, para depois confrontá-los com a atividade médica e decidir sobre a sua compatibilidade ou não.

Desta feita, optou-se por dividir este trabalho em três partes, para fins didáticos, sendo a primeira delas atinente ao desenvolvimento histórico desse ramo independente do direito privado que é o direito consumerista, apontando os objetivos desta disciplina, bem como seus substratos subjetivo e material, porquanto são de fundamental importância para definir se há a conformação da norma do consumidor com a atuação dos profissionais da medicina.

Na segunda parte desta monografia, fez-se um juízo de compatibilidade entre os conceitos de Direito do Consumidor apresentados e a relação médico-paciente. Para tanto,

² RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70040738262. Relator: Luís Augusto Coelho Braga, julgado em 26/04/2012. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 17 jun. 2012.

analisou-se separadamente os sujeitos da relação médico-paciente em contraposição com os requisitos da relação de consumo.

Em derradeiro, na terceira e última parte, já dirimidas as dúvidas acerca da incidência do CDC sobre os negócios jurídicos realizados entre os médicos e seus pacientes, fez-se uma análise das consequências geradas por tal entendimento em alguns conteúdos selecionados por sua importância prática, tais como a responsabilidade civil do médico, o dano moral no erro médico, a possibilidade de inversão da carga probatória e a prescrição no erro médico.

2 ORIGEM, FINALIDADES E CAMPO DE APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

2.1 Direito do Consumidor: apanhado histórico e finalidades (enfoque socio-econômico³)

Ao longo do século XX, os antigos dogmas de direito civil e comercial encontraram relativização, e as codificações de direito privado clássico, nos mais diversos países, perderam seu caráter exclusivista de tratamento das relações privadas.⁴ Isso ocorreu porque o paradigma de homem abstrato e igualdade formal, vigente no Direito Privado até então⁵, restou ultrapassado frente às modificações operadas na sociedade pelo desenvolvimento científico e tecnológico.

Tal desenvolvimento teve o condão de criar novas relações jurídicas e sujeitos de direito, bem como de colocar outros sujeitos já existentes em posição de vulnerabilidade, exigindo da ciência jurídica um tratamento diferenciado, mediante leis especializadas que lhes atribuíssem igualdade material⁶, pondo fim à hegemonia dos códigos generalizadores e totalizadores.⁷

Essa tutela específica, por sua vez, fez surgir o que denominamos Novos Direitos – como o direito espacial, o direito ambiental, o biodireito e assim por diante –, disciplinas antes desconhecidas, ou tratadas de maneira demasiadamente vaga pelas codificações, e que exigiram um tratamento por leis especializadas e com conceitos jurídicos exclusivos, haja

³ “Existem três maneiras de introduzir o direito do consumidor. (...) A terceira maneira é através da sociologia do direito, ao estudar as sociedades de consumo de massas atuais, a visão econômica dos mercados de produção, de distribuição e de consumo, que destaca a importância do consumo e de sua regulação especial.” (BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26.)

⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 27.

⁵ “O direito privado clássico preocupava-se pouco com a justiça distributiva e protetiva, estava mais interessado na liberdade e na igualdade dos indivíduos para alcançar a justiça comutativa.” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *op. cit.*, p. 34.)

⁶ “Assim, concluiu-se que, para realizar a igualdade, como ideal do justo, o direito privado necessitava de um pouco do imperium ou da intervenção do Estado, típica do direito público, da hierarquia de suas normas (normas de ordem pública) e da força igualizadora dos direitos humanos. Em outras palavras, para realizar a igualdade material era necessário limitar também a liberdade de alguns, e impor uma maior solidariedade no mercado (favor debilis) e assegurar direitos imperativos (indisponíveis por vontade das partes, direitos de ordem pública) aos mais fracos. Era necessário valorizar as desigualdades, as diferenças de poder, de informação, de especialização e de posição entre os sujeitos livres do mercado de consumo, e aplicar normas e princípios, como a boa-fé e a função social da propriedade e dos contratos, que ajudassem a reequilibrar com equidade as situações diferenciadas, como as de consumo.” (*Ibidem*, p. 35.)

⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 464.

vista o papel de destaque que ganharam com o desenvolvimento científico ou a condição de fragilidade a que seus sujeitos ficaram submetidos.

Incluído nesse rol de Novos Direitos encontra-se o Direito do Consumidor⁸ (um direito tutelar, protetório ou social, conforme Cláudia Lima Marques⁹), cujas razões de nascimento remontam às modificações conferidas ao mercado de consumo pela Revolução Industrial, que se operou primeiramente na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII, espalhando-se pela Europa durante o século XIX e, no século XX, pelo restante do mundo.

Esse episódio da história da humanidade acarretou na massificação da produção e, conseqüentemente, das relações de consumo, fazendo nascerem novos instrumentos jurídicos, como os contratos coletivos, os contratos de massa e os contratos por adesão, por exemplo, cujas cláusulas são eleitas exclusivamente pelo fornecedor, sem participação do consumidor. A fragilidade do consumidor, portanto, aumentou na mesma proporção do processo de industrialização e massificação das relações no mercado de consumo.¹⁰

Frente a essas modificações sociais e jurídicas trazidas pela Revolução Industrial, os contratos clássicos – e o próprio Direito Privado em si – mostraram-se insuficientes, ao menos da maneira em que foram concebidos, para tutelar o consumidor fragilizado. As estruturas de Direito Privado permaneceram intrinsecamente ligadas aos princípios romanistas em que foram fundadas, como a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*, os quais se revelaram ultrapassados e ineficientes na defesa de um consumidor que, cada vez mais, assumia uma posição de vulnerabilidade e exigia uma tutela jurídica que lhe fosse pertinente, com a impressão de uma função social ao direito privado.¹¹

A vulnerabilidade do consumidor foi, ainda, deveras acentuada pelo avanço tecnológico que se sucedeu especialmente nas décadas posteriores ao término da 2ª Guerra Mundial.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 463.

⁹ BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

¹⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 30.

¹¹ “A atual função social do direito privado é a proteção da pessoa em face dos desafios da sociedade massificada, globalizada e informatizada atual.” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *op. cit.*, p. 38.)

É certo que o avanço tecnológico levou ao aumento da complexidade dos serviços e bens disponíveis no mercado, gerando um déficit informacional ao consumidor, tendo em vista que as publicidades cada vez mais se utilizavam de métodos novos e elaborados de *marketing*, que induziam à falsa necessidade de compra e ao erro de julgamento.¹²

Ao contrário do que antecipava a teoria econômica clássica, a tese do consumidor como “rei” do mercado – a qual previa que o consumidor dominaria a economia, na medida em que teria a palavra final sobre a compra de um produto ou aquisição de um serviço¹³ – provou-se uma falácia, porquanto o poder das mídias e do *marketing* na sociedade hodierna, em conjunto com os métodos agressivos de comercialização, tiveram o condão de manipular a vontade do consumidor, tornando meramente ilusória sua liberdade de aquisição.¹⁴

Para Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade do consumidor subdivide-se em quatro espécies: técnica, jurídica, fática e informacional. A vulnerabilidade técnica tem relação com a falta de cognição especial do consumidor acerca dos produtos e serviços que adquire; a vulnerabilidade jurídica diz respeito ao fato de faltar ao consumidor conhecimentos jurídicos, contábeis e econômicos específicos; a vulnerabilidade fática deriva da posição de superioridade econômica em que se encontra o fornecedor do produto ou serviço; e a vulnerabilidade informacional, por fim, vincula-se ao caráter essencial da aparência e da informação em um mercado cada vez mais célere e visual.¹⁵

E na ausência de uma disciplina jurídica adequada ao novo quadro de relações de consumo – visto que, como exposto, as codificações existentes encontravam-se defasadas no tocante às novas necessidades de proteção de um consumidor cada vez mais fragilizado, em decorrência dos avanços tecnológicos da produção –, multiplicaram-se as práticas abusivas,

¹² BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 30.

¹³ “A economia criou também a figura ilusória de que este ser livre e racional, que seria o consumidor, ao realizar seus desejos no mercado, seria ele, consumidor, o “rei” do mercado, aquele cuja vontade decidiria soberanamente a compra ou a recusa da compra de um produto (...).” (BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.)

¹⁴ *Ibidem*, p. 37 *et seq.*

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 321 *et seq.*

incluídas as cláusulas de não indenizar ou limitativas da responsabilidade, o controle do mercado e outros excessos de poder praticados contra os contratantes¹⁶ pelos fornecedores.¹⁷

Os abusos que passaram a ser praticados contra os consumidores – por força da lacuna jurídica existente – logo começaram a exigir tutela de quem se dispusesse a concedê-la.

Baseada nessa necessidade de adequação da ordem jurídica ultrapassada, para eliminar os abusos e desigualdades nas relações de consumo, é que, no final do século XIX e início do século XX, com o surgimento dos primeiros movimentos pró-consumidor, a atuação jurisprudencial nos principais países do mundo assumiu posição vanguardista para incluir princípios modernos e eficazes às relações de consumo. Na sequência, foram editadas leis específicas para disciplinar essa gama de relações.¹⁸

Entretanto, somente na década de 1960, com a mensagem enviada pelo então presidente americano, John F. Kennedy, ao Congresso da maior potência capitalista do mundo na época (*Special message to the Congress on Protecting Consumer Interest*), é que realmente delineou-se o consumidor como um sujeito de direitos específicos tutelados pelo Estado.¹⁹ Merece destaque, desta feita, o trecho dessa mensagem que enumera os direitos básicos do consumidor:

Additional legislative and administrative action is required, however, if the federal Government is to meet its responsibility to consumers in the exercise of their rights. These rights include: (1) The right to safety--to be protected against the marketing of goods which are hazardous to health or life. (2) The right to be informed--to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice. (3) The right to choose--to be assured, wherever possible, access to a variety of products and services at competitive prices; and in those industries in which competition is not workable and Government regulation is substituted, an assurance of satisfactory quality and service at fair prices. (4) The right to be heard--to be assured that consumer interests will receive full and

¹⁶ Acerca da denominação escolhida, preleciona a nobra jurista Cláudia Lima Marques: “Antes esse sujeito de direitos era identificado com outros nomes, como “contratante”, como “cliente”, como “cliente” (...) E por trás dessas denominações netras, que indicavam quase sempre uma visão individual de seus direitos, raramente era destacado o possível aspecto coletivo ou de grupo social com os mesmos problemas e dificuldades (interesses metaindividuais).” (BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.)

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 03.

¹⁸ No início do século XX, o Presidente americano Franklin Delano Roosevelt sancionou as primeiras leis de alimentação e medicamentos – a *Pure Food and Drug Act* e a *Meat Inspection Act*. Também merecem lembrança entre as primeiras leis consumeristas algumas leis francesas, como as *Loi Scrivener*, de 1978, que resguardavam o consumidor contra as ameaças do crédito e das cláusulas abusivas. (*Ibidem*, p. 05)

¹⁹ CAVALIERI FILHO, *loc. cit.*

sympathetic consideration in the formulation of Government policy, and fair and expeditious treatment in its administrative tribunals. To promote the fuller realization of these consumer rights, it is necessary that existing Government programs be strengthened, that Government organization be improved, and, in certain areas, that new legislation be enacted.²⁰

Seguindo o exemplo americano, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sessão realizada em Genebra, no ano de 1973, reconheceu direitos básicos ao consumidor. Ainda nesse ano, a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa elaborou a *Carta de Proteção do Consumidor*, que serviu de base para a *Resolução do Conselho da Comunidade Europeia*, de 1975, que dividiu os direitos do consumidor em cinco categorias²¹. Por fim, em 1985, a Assembleia Geral da ONU, órgão mais importante dessa Organização Internacional, adotou uma série de normas, consubstanciadas na *Resolução 39/248*, para a tutela do consumidor, originando um dos pilares dos direitos básicos consumeristas.²²

No Brasil, a tutela do consumidor começou a ser debatida no início da década de 1970, com o surgimento das primeiras associações civis e entidades governamentais voltadas para tanto. A Constituição de 1988, por fim, ao cuidar dos direitos e garantias fundamentais, consagrou o dever estatal de defesa do consumidor e um prazo para a elaboração de um Código com esse intuito (CF, art. 5º, XXXII²³).

²⁰ Tradução livre: Ação administrativa e legislativa adicional é requerida, contudo, se o Governo Federal quiser assumir sua responsabilidade pelos consumidores no exercício de seus direitos. Esses direitos incluem: (1) O direito à segurança – a ser protegido contra o “marketing” de bens que são prejudiciais à saúde ou à vida. (2) O direito de ser informado – de ser protegido contra informações, propagandas, rotulagens, ou outras práticas, fraudulentas, enganosas ou que grosseiramente induzam ao erro, e de receber os dados necessários para tomar uma decisão informada. (3) O direito de escolha – de ter acesso assegurado, quando possível, a uma variedade de produtos e serviços a preços competitivos; e naquelas indústrias em que a competição não é manejável e a regulamentação governamental é suprimida, uma confiança de qualidade satisfatória e de serviço a preço justo. (4) O direito de ser ouvido – de ser assegurado que os interesses dos consumidores receberão consideração completa e complacente na formulação da política governamental, e tratamento justo e célere nos tribunais administrativos. Para promover a realização mais completa desses direitos dos consumidores, é necessário que os programas governamentais existentes sejam fortificados, que a organização ogvernamental seja melhorada, e, em algumas áreas, que nossa legislação seja decretada. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu>

²¹ As categorias são: i) direito à proteção da saúde e da segurança; ii) direito à proteção dos interesses econômicos; iii) direito à reparação dos prejuízos; iv) direito à informação e à educação e v) direito à representação (direito de ser ouvido). (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 06.)

²² GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio V. Herman [et al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 07.

²³ “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;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 abr. 2012.)

Por todo o exposto acerca das razões de nascimento do Direito do Consumidor (massificação da produção, do consumo e da contratação que puseram o consumidor em posição desvantajosa), resta evidente que a sua finalidade é o estabelecimento de uma igualdade real entre as partes nas relações de consumo, mitigando a vulnerabilidade do consumidor através da aplicação do princípio *favor debilis*.²⁴

Nesse sentido vão os ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho:

Não mais tendo acesso direto ao fabricante, o consumidor ficou submisso aos contratos por adesão (...). Instalou-se então um acentuado desequilíbrio ou desigualdade de forças entre produtores e distribuidores, por um lado, e consumidores, por outro. O consumidor tornou-se vulnerável em face do fornecedor, vulnerabilidade tríplice: técnica, fática e jurídica. (...) A finalidade do Direito do Consumidor é justamente eliminar essa injusta desigualdade entre o fornecedor e o consumidor, restabelecendo o equilíbrio entre as partes nas relações de consumo.²⁵

Evidencia-se, assim, um enfoque subjetivo no Direito do Consumidor, visto que não está voltado para o objeto da relação de consumo, mas para a existência de um sujeito em posição de vulnerabilidade, o que passa a constituir o próprio requisito de incidência desse direito e o critério para resolução dos casos difíceis acerca de quem deve ser considerado consumidor.²⁶

Deve haver tutela da disciplina consumerista naqueles casos em que um sujeito mantenha uma relação de consumo desigual, exigindo, por isso mesmo, tutela especial de seus interesses, haja vista sua condição de fragilidade em face das atividades próprias do mercado, consoante afirma Leonardo Roscoe Bessa:

A fragilidade do consumidor sintetiza a razão de sua proteção jurídica pelo Estado. O consumidor é a parte frágil nas mais diversas e variadas relações jurídicas estabelecidas no mercado de consumo.²⁷

Qualquer legislação consumerista do mundo deverá, portanto, ter a mesma razão de ser, qual seja estabelecer o equilíbrio da relação de consumo.

²⁴ “O favor debilis é, pois, a superação da idéia – comum no direito civil do século XIX – de que basta a igualdade formal para que todos sejam iguais na sociedade (...).” (BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.)

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 07.

²⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 35.

²⁷ BESSA, *loc. cit.*

Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado.²⁸

Atento a essas premissas, o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro foi editado para igualar relações que já nascem desiguais; veio para trazer igualdade material a relações que eram semelhantes apenas do ponto de vista formal. Para o prosseguimento do presente estudo, necessária uma análise um pouco mais detida das origens e dos objetivos de seu regramento no Direito Brasileiro.

2.2 Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: origem e objetivos (enfoque sistemático²⁹)

O Código Brasileiro do Consumidor buscou inspiração no Direito Comunitário Europeu, especialmente no *Projet de Code de la Consommation* e nas leis gerais da Espanha, Portugal e Alemanha. Houve, ainda, influência indireta e direta do direito norte-americano, haja vista que as leis europeias tiveram inspiração nos *cases* e *statutes* americanos e que se realizou análise atenta do sistema legal de proteção consumerista nesse país.³⁰

Entretanto, o Código Brasileiro de Defesa do consumidor foi o ápice do movimento consumerista, visto que, apesar de ter inspiração em leis estrangeiras, foi pioneiro enquanto Código com estrutura e *quantum* normativo capaz de disciplinar toda a gama de matérias relativas ao consumidor, estabelecendo, inclusive, normas sancionatórias, constituindo o primeiro passo para a codificação no restante do mundo.³¹

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio V. Herman [et al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 05.

²⁹ “Existem três maneiras de introduzir o direito do consumidor. A primeira é através de sua origem constitucional, que poderíamos chamar de introdução sistemática, através do sistema de valores (e direitos fundamentais) que a Constituição Federal de 1988 impôs no Brasil,” (BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26.)

³⁰ GRINOVER; BENJAMIN [et al], *op. cit.*, p. 08.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor** São Paulo: Atlas, 2008, p. 10.

Cabe ressaltar que a elaboração do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor tem cunho constitucional³², diferentemente das leis ordinárias em geral, porquanto sua elaboração foi determinada pelo constituinte originário, tanto no inciso XXXII do art. 5º da Carta Magna, quanto no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou: *O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.*

Criou-se, assim, um imperativo constitucional que se cunhou como uma moeda de duas faces: de um lado o dever estatal de tutela e de outro a garantia fundamental conferida ao consumidor.³³ E a “força normativa” (expressão de Konrad Hesse) da Constituição teve o poder de vincular os intérpretes legais e o Estado, os quais restaram forçados a aplicar este novo direito privado de proteção dos consumidores, um direito privado solidário e preocupado com os vulneráveis.

Resta evidente, destarte, que no Brasil foi o constituinte originário quem designou que o Estado efetivasse um direito subjetivo público geral de defesa do consumidor a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional, estabelecendo prazo para a legislatura e, inclusive, conferindo a denominação *Código* à futura lei.

Fazendo isso, o constituinte demonstrou a intenção de que se criasse uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar que sujeitasse as demais normas de direito existentes no que fosse pertinente às relações de consumo.

Na tramitação, porém, o referido Código foi votado em outra condição, para fins de superar o *iter* legislativo formal exigido para a votação de um Código – surgindo, assim, a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. A despeito disso, ainda se está diante de um Código, seja por força do mandamento constitucional ou do seu caráter sistemático.³⁴

³² “A Constituição Federal de 1988 é, pois, a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil (...).” (BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.)

³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 11.

³⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito [et al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 09.

Concebida formalmente como Código, a Lei nº 8.078/90 é um sistema de regras de direito reunidas de maneira lógica, compreendendo os princípios basilares, os conceitos fundamentais e as normas e cláusulas gerais da disciplina consumerista.

Ademais, o objetivo da Lei nº 8.078/90 reforça seu *status* de Código, visto que consiste na implantação de uma Política Nacional de Consumo – conforme se percebe da leitura do art. 1º cumulado com o art. 4º, *caput*, do referido diploma legal –, ou seja, uma disciplina jurídica única do consumo, através de normas de ordem pública e interesse social de aplicação necessária, com o escopo de tutelar os interesses dos consumidores nas relações de consumo desiguais em que eles se encontrem em posição débil, tornando essas relações harmônicas.³⁵

Disso se depreende que a proteção conferida deve se dar na exata medida da desarmonia da relação de consumo, equilibrando-a.³⁶ Isto é, não pode o Código de Defesa do Consumidor ter o condão de transferir a vulnerabilidade do consumidor para o fornecedor.

Tendo isso em mente, pode-se determinar o ponto de divergência entre a Lei nº 8.078/90 e o Código Civil, na medida em que este é um código que disciplina relações entre iguais, pressupondo o equilíbrio entre as partes (isonomia), já aquele é um código que disciplina relações entre desiguais, buscando a igualdade material. Ultima-se, nesse ínterim, que não há colisão entre o Código Civil vigente e o Código do Consumidor, porquanto cada um tem razão de existir, campo de atuação e escopo particulares.³⁷

Surgindo conflito entre os referidos diplomas na observância de uma relação de consumo, entretanto, a prevalência será dos princípios do diploma consumerista, de acordo com a melhor doutrina, haja vista ser lei mais específica, ainda que anterior. Porém, se o

³⁵ “Art. 1º O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. (...) Art. 4º 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 de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:” (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 18 abr. 2012.)

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20.

³⁷ *Ibidem*, p. 21.

Código Civil contiver norma que especificamente discipline relação de consumo, imperioso será aplicá-lo, pois é norma posterior.³⁸

Importa mencionar, em derradeiro, que a defesa do consumidor também encontra embasamento constitucional no art. 170, V, da CF/88³⁹, em que ela foi incluída entre os princípios gerais da Ordem Econômica Nacional, com o mesmo *status* dos demais princípios elencados. De acordo com o acima exposto são os ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho:

A defesa do consumidor, na linha da expansão do fenômeno mundial do consumerismo, no Brasil ganhou status de princípio constitucional (CF, arts. 5º, XXXII; 170, V). O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, encontra fundamento na Constituição, pois regula um princípio constitucional – a defesa do consumidor – e foi editado por expressa determinação constitucional (ADCT, art. 48).⁴⁰

Por todo o exposto, tem-se que o CDC advém de um triplo mandamento constitucional de promover a defesa do consumidor, consubstanciado nos arts. 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, da CF/88, em conjunto com o art. 48 do ADCT.⁴¹

2.3 Elementos da relação jurídica de consumo

Após breve recensão histórica atinente ao Direito do Consumidor e, especialmente, ao seu desdobramento no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, imperioso definir quais são os elementos da relação jurídica de consumo, para então podermos selecionar, de acordo com isso, o campo de incidência da Lei 8.078/90, haja vista que “praticamente toda a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da incidência da Lei 8.078/90 concentra-se na definição de relação de consumo”, conforme preleciona Leonardo Roscoe Bessa.⁴²

Confirmando que a relação de consumo é a base de incidência do diploma do consumidor, aponta Sergio Cavalieri Filho que “[...] aplica-se o Código de defesa do

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 22.

³⁹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 19 abr. 2012.)

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 12.

⁴¹ BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

⁴² BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 50.

consumidor sempre que estivermos em face de uma relação de consumo, qualquer que seja a área do Direito onde ela vier a ocorrer.”⁴³

Entende-se, salvo poucas divergências, que uma relação jurídica – a qual se origina de um fato jurídico⁴⁴ – possui os seguintes elementos: i) sujeitos ativo e passivo; ii) objeto e iii) elemento propulsor.⁴⁵ No tocante à relação de consumo, tem-se que seus sujeitos são o consumidor e o fornecedor, seu objeto é a aquisição de produto ou a utilização de serviço pelo consumidor⁴⁶, e seu elemento propulsor é a condição de destinatário final com que o consumidor adquire o produto ou usa o serviço.⁴⁷ Necessário se faz, portanto, conceituar isoladamente esses elementos.

2.3.1 Consumidor

Existem duas correntes que tentam explicar o conceito de consumidor: a corrente maximalista (objetivista) e a corrente finalista (subjativista). A primeira interpreta de maneira ampla a definição de consumidor e a noção de destinatário final fornecidas pela Lei 8.078/90, bastando que a pessoa retire o bem ou serviço do mercado sem finalidade de intermediação ou revenda para que seja considerada consumidor. Para os maximalistas, é desnecessário considerar a vulnerabilidade ou distinguir o uso privado do uso profissional do bem ou serviço, pois destinatário final seria o destinatário fático do produto.⁴⁸

Já a segunda perfaz uma interpretação restritiva da letra legal, considerando imprescindível que a destinação final dada pelo consumidor não tenha viés econômico, ou seja, que o bem ou serviço não seja utilizado para o desenvolvimento de outra atividade

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 469.

⁴⁴ “O fato jurídico, conforme perspectiva doutrinária, é considerado o elemento causal da relação jurídica.” (BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 48.)

⁴⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 100-101.

⁴⁶ No entender de Sergio Cavaliere Filho, o objeto da relação jurídica de consumo é a prestação à qual tem direito o consumidor e à qual está obrigado o fornecedor. O objeto desta prestação é que será um produto ou serviço. (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 63.)

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson [et al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 512-513.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 50 *et seq.*

negocial por um consumidor profissional, sendo inadmissível o incremento de atividade profissional lucrativa com o produto/serviço adquirido.⁴⁹

O argumento utilizado pelos finalistas contra a doutrina maximalista é que esta visão tem o condão de transformar o direito do consumidor em um direito privado geral, retirando os contratos comerciais da incidência do Código Civil, visto que os profissionais consomem insumos para a atividade a que se presta seu fim social.⁵⁰

Adotando a teoria finalista, preleciona a ilustre jurista Cláudia Lima Marques que consumidor (*homo economicus et culturalis*)⁵¹ é:

(...) o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual (...)⁵²

Nota-se que a nobre doutrinadora adota posição subjetivista, excluindo do campo dos consumidores os profissionais. Também José Geraldo Brito Filomeno participa dessa ideia, considerando consumidor apenas quem adquire um bem para usá-lo em proveito próprio.⁵³

Segundo a teoria finalista, que foi adotada pela maioria da doutrina pátria, a pessoa jurídica tão somente pode ser tomada como consumidora nas ocasiões em que não opera profissionalmente dentro de seus fins sociais.

⁴⁹ “Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia e produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo pra revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.” (BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 71)

⁵⁰ *Ibidem*, p. 72.

⁵¹ A inovação da autora Cláudia Lima Marques encontra-se senão na denominação *homo economicus et culturalis* que confere ao consumidor, estabelecendo uma visão econômica do sujeito de direitos cumulada com o reforço da visão intercultural e das culturas locais, haja vista o consumidor ser um agente econômico com identidade cultural específica. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 302.)

⁵² MARQUES, *loc. cit.*

⁵³ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 29.

O certo, contudo, é que o Código brasileiro de Defesa do Consumidor adota posicionamento de caráter essencialmente econômico⁵⁴, não fazendo exclusão, *a priori*, aos profissionais, conforme se percebe na leitura do art. 2º do diploma, que refere que *consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*.

Assim, coube à interpretação jurisprudencial estabelecer a *praxis*. De início, o STJ adotou posicionamento de acordo com a corrente maximalista. Atualmente, porém, o posicionamento pacificado pelo Superior Tribunal é o da corrente finalista.⁵⁵ É o que se percebe da análise das seguintes ementas:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA FINALISTA. CONSUMIDOR COMO DESTINATÁRIO FINAL. VULNERABILIDADE TÉCNICA DA PESSOA JURÍDICA. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte Superior consagrou o entendimento de que, via de regra, consumidor é o destinatário final do produto ou serviço (teoria finalista ou subjetiva).

(...)⁵⁶

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. MULTA MORATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. DESCABIMENTO.

(...)

2.- **O critério adotado para determinação da condição de consumidora da pessoa jurídica é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a pessoa jurídica deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido.**

3.- Não havendo relação de consumo entre as partes, deve ser indeferido o pedido de redução da multa moratória fundado na aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

(...)

(Grifo nosso)⁵⁷

⁵⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 23.

⁵⁵ “Após 14 anos de discussões, o STJ manifestou-se pelo finalismo e criou inclusive um finalismo aprofundado, baseado na utilização da noção maior de vulnerabilidade, exame in concreto e uso das equiparações a consumidor conhecidas pelo CDC.” (BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 72.)

⁵⁶ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1248314/RJ. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 21/04/2012.

⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 1281164/SP. Relator Ministro Sidnei Beneti, julgado em 22 de maio de 2012. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 21/04/2012.

Inclusive, o colendo STJ aprofunda sua interpretação finalista com base na vulnerabilidade, atenuando a exatidão do critério subjetivo de consumidor, ao admitir a incidência da lei consumerista nas relações entre fornecedores e consumidores empresários, por equiparação, quando houver inegável fragilidade da pessoa jurídica consumidora.

É o que refere Cláudia Lima Marques:

É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás.⁵⁸

Nesse sentido, colaciona-se ementa de Recurso Especial cuja relatoria se deve à Ministra Nancy Andriahi:

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.

- **A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.**

- **Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.**

- São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.

(...)

(Grifou-se)⁵⁹

Por todo o exposto, vê-se que a corrente finalista ou subjetivista foi eleita a melhor pela maioria da doutrina brasileira; entretanto, sofreu certa suavização pelos tribunais, para incluir na esfera de tutela do CDC, por equiparação, alguns consumidores profissionais, como

⁵⁸ BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. *Op. cit.*, p. 73.

⁵⁹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 476428-SC. Relatora Ministra Nancy Andriahi, julgado em 19 de abril de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 21/04/2012.

as pequenas empresas e os profissionais liberais, em ocasiões excepcionais, desde que comprovada a vulnerabilidade no caso concreto.

No tocante aos consumidores equiparados, cabe frisar que essa condição se aplica a terceiros que, apesar de não se amoldarem ao conceito jurídico de consumidor, estão sujeitos às atividades dos fornecedores no mercado – em algumas passagens, a lei se volta para a atividade realizada no mercado de consumo, equiparando sujeitos a consumidores (arts. 2º, 17 e 29), para tutelar situações de vulnerabilidade originadas por atividades potencialmente ofensivas, ainda que não haja aquisição de produto ou serviço.⁶⁰ Ademais, em casos que tais, não faz a lei distinção entre profissionais ou não. O traço marcante continua a ser a vulnerabilidade.

Equiparam-se a consumidores: i) a coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo, ainda que indetermináveis, conforme o parágrafo único do art. 2º da lei 8.078/90; ii) a totalidade das vítimas do fato do produto ou do serviço, *ex vi* do seu art. 17; iii) todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais e à disciplina contratual (em condição de vulnerabilidade), consoante o art. 29 da referida lei.

Evidencia-se, com esses casos, o caráter difuso do direito do consumidor, com finalidade de conceder máxima amplitude à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e objetivando dilatar a incidência da legislação para além da relação de consumo.⁶¹

Nos dizeres de Cláudia Lima Marques:

O ponto de partida dessa extensão do campo de aplicação do CDC é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Essas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma, a ocupar uma posição de vulnerabilidade. Mesmo não preenchendo as características de um consumidor *stricto sensu*, a posição preponderante (*Machtposition*) do fornecedor e a posição de vulnerabilidade dessas pessoas sensibilizaram o legislador e, agora, os aplicadores da lei.⁶²

⁶⁰ “O consumidor é uma definição também ampla em seu alcance material. No CDC, o consumidor não é uma definição meramente contratual (adquirente), mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais.” (BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.)

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 59 *et seq.*

⁶² BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *op. cit.*, p. 79.

Como se percebe, portanto, além do conceito geral, segundo o qual consumidor é toda pessoa física ou jurídica destinatária final de produto ou serviço, a eles são equiparados todos os que se enquadram nas hipóteses dos artigos 17 e 29 da Lei 8.078/90.

Resta concluir que o conceito de consumidor admitido pela doutrina e pelos Tribunais nacionais é aquele apontado pela corrente finalista. Ou seja, consumidor é, via de regra, o não-profissional que adquire produto ou serviço para proveito próprio e sem fins econômicos. Por conveniência e considerando o objetivo da Lei 8.078/90 de tutelar os interesses dos consumidores nas relações de consumo desiguais em que eles se encontrem em posição débil, admite-se a equiparação de certos profissionais (seja pessoa física ou jurídica) a consumidores, quando estes estiverem em posição de vulnerabilidade e atuando fora de sua área de expertise.

2.3.2 *Fornecedor*

A doutrina brasileira confere um significado amplo para *fornecer*, sendo classificada esta atividade como “prover, abastecer, garantir, dar, ministrar, facilitar, proporcionar”.⁶³

No mesmo sentido, no tocante ao conceito de *fornecedor*, não existe muita divergência entre os autores da doutrina pátria, porquanto também o Código do Consumidor define de modo bastante abrangente este sujeito, no *caput* de seu artigo 3º, descrevendo-o como *toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*.

Tal descrição leva a crer que o legislador se referiu a todas as atividades negociais, unificadas e organizadas, com intuito de satisfação de fim econômico, ainda que realizadas por entes desprovidos de personalidade jurídica. Desse modo, não constituem relação de consumo as relações jurídicas estabelecidas casualmente entre não-profissionais, pois são relações estritamente civis sob a égide do Código Civil.⁶⁴

⁶³ BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 82.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 62.

É o que refere João Batista de Almeida:

Diferentemente do que ocorre com o consumidor, o conceito de fornecedor não é debatido com frequência pelos autores, talvez devido ao vasto leque de atividades econômicas e da amplitude da área de prestação de serviços. Talvez seja mais cômodo definir por exclusão, ou seja, dizer quem não pode ser considerado fornecedor. Em princípio, portanto, só estariam excluídos do conceito de fornecedor aqueles que exerçam ou pratiquem transações típicas de direito privado e sem o caráter de profissão ou atividade, como a compra e venda de imóvel entre pessoas físicas particulares, por acerto direto e sem qualquer influência de publicidade.⁶⁵

No mesmo sentido, Cláudia Lima Marques:

Como vimos, a definição de consumidor é relacional e depende da presença de um fornecedor no outro lado da relação jurídica submetida ao CDC, seja contratual ou extracontratual. É por isso que a definição de fornecedor do art. 3º do CDC é tão ampla, para que um maior número de relações possa estar no campo de aplicação do CDC, uma vez que decisiva é mesmo – por mandamento constitucional – a presença de um consumidor.

Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver *atividades* tipicamente *profissionais* (...), indicando também a necessidade de certa habitualidade (...). Essas características vão excluir da aplicação das normas do CDC todos os contratos firmados entre dois consumidores, não-profissionais que são relações puramente civis às quais se aplica o CC/2002.⁶⁶

Em derradeiro, há que se falar de figura nova na doutrina pátria, qual seja a do *fornecedor equiparado*. Preleciona Leonardo Roscoe Bessa que, assim como o CDC definiu hipóteses de equiparação a consumidor, tendo em vista a existência de atividades potencialmente ofensivas no mercado, também o fez em relação ao fornecedor, ainda que não explicitamente. Assevera o autor que a Lei 8.078/90, ao lado do conceito genérico de fornecedor, indica atividades que lhe são sujeitas, como os bancos de dados e cadastros de consumidores, *ex vi* do art. 43,⁶⁷ e as atividades publicitárias, por exemplo.

⁶⁵ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 40-41.

⁶⁶ BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 81.

⁶⁷ “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.” (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 24 abr. 2012.)

Em casos que tais, seria desnecessário que o fornecedor atendesse aos requisitos descritos no *caput* do art. 3º do CDC, sendo considerado fornecedor equiparado ainda que não seja profissional e que não atue com habitualidade e mediante remuneração. Ensina Leonardo Roscoe Bessa:

(...) não há como sustentar, ainda que se verifique que a entidade arquivista não atenda a todos os pressupostos do conceito de fornecedor do *caput* do art. 3º, que não se aplica o CDC. Ora, a lei surgiu justamente para disciplinar a atividade! Pouco importa que a atividade dos bancos de dados de proteção ao crédito seja remunerada (direta ou indiretamente), vez que o art. 43, ao contrário do §2º do art. 3º, não exige a presença de tal pressuposto.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado em relação às atividades publicitárias. Até a edição do CDC, não havia no Brasil qualquer tratamento sistemático do assunto. Neste caso, mais uma vez, a preocupação maior é com a atividade em si, considerando seu alto grau de convencimento e potencial agressividade a valores que integram a dignidade da pessoa humana.⁶⁸

Por todo o exposto, percebe-se que a intenção do legislador foi alargar o conteúdo jurídico do vocábulo “fornecedor”, para estender o feixe de atuação do diploma consumerista o máximo possível. Enxergando este objetivo, parcela da doutrina já consagra a existência da figura do “fornecedor equiparado”, inserindo sob a égide da Lei 8.078/90 até mesmo aqueles sujeitos que não se identificam com o já amplo conceito de fornecedor apontado pelo art. 3º, por força da atividade desenvolvida por estes no mercado de consumo.

2.3.3 Produto

A Lei 8.078/90 define produto no § 1º de seu artigo 3º, designando-o como *qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial*. Qualquer bem, portanto, pode ser considerado produto, desde que tenha sofrido transformação resultante de atividade empresarial (intervenção do trabalho humano ou mecânico).

Assim, em relação aos bens do setor primário, serão certamente abrangidos pela lei 8.078/90 quando sofrerem alguma transformação. Alguns autores, porém, alargam este entendimento para incluir no conceito de produto quaisquer utilidades materiais retiradas do solo e subsolo, ainda que não tenham sofrido alteração.

⁶⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 84-85.

Na descrição de Gianpaolo Poggio Smanio, produto é “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, objeto da relação de consumo. Bens econômicos suscetíveis de apropriação, que podem ser duráveis, não duráveis, de conveniência, de uso especial etc.”.⁶⁹

Por fim, cabe distinguir os produtos duráveis dos não duráveis, haja vista que a legislação consumerista, em seu art. 26, confere prazos decadenciais distintos para a reclamação de vícios do produto ou do serviço de acordo com essa qualidade. Os primeiros são os bens tangíveis que não se extinguem após seu uso regular, percebendo prazo decadencial maior; os segundos são os bens tangíveis que se extinguem, imediata ou paulatinamente, após seu uso regular, percebendo prazo decadencial menor.

2.3.4 Serviço

Este é um ponto de relevante interesse, tendo em vista o objetivo do presente trabalho, que é verificar se a relação médico-paciente encontra-se sob o campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque, para tanto, é necessário avaliar se o exercício da medicina se enquadra no conceito de fornecimento de serviço do referido diploma.

Consoante a Lei 8.078/90, no §2º do seu art. 3º, são considerados serviços *qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*

Tais atividades veiculadas no mercado de consumo podem ser, segundo Sergio Cavaliere Filho, *de natureza material, financeira ou intelectual, prestadas por entidades públicas ou privadas, mediante remuneração direta ou indireta.*⁷⁰

Ademais, são mandatórias as condições de profissionalidade, habitualidade e recebimento de contraprestação na realização de tais atividades, para que se coadunem ao

⁶⁹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses Difusos e Coletivos: estatuto da criança e do adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa, ação civil...** São Paulo: Atlas, 1998, p. 62.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 65.

modelo de serviço que é objeto da relação de consumo tutelada pela legislação do consumidor.⁷¹

Imprescindível referir que somente os serviços verdadeiramente gratuitos, sem nenhum benefício financeiro para o fornecedor, têm afastada a incidência da lei de consumo. Isto é, os serviços *aparentemente gratuitos*, cuja remuneração é indireta, diluída e embutida em outros custos, sofrem a aplicação da lei consumerista, porquanto o fornecedor adquire vantagem patrimonial indireta. Essa teoria da remuneração indireta dos fornecedores é de autoria da escola da *Law and Economics*. É o caso, por exemplo, de alguns estacionamentos em supermercados e da compra de produtos à distância com frete grátis, entre outros serviços.⁷²

No mesmo sentido, preleciona Cláudia Lima Marques:

Parece-me que a opção pela expressão “remunerado” significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos, por exemplo, no transporte gratuito de idosos), ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo (...). A expressão “remuneração” é sábia, pois permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (...), uma remuneração indireta do serviço de consumo!⁷³

É, inclusive, o entendimento consagrado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, consoante ementa abaixo colacionada:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INTERNET. ORKUT. CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO. CONTEÚDO OFENSIVO DE USUÁRIO. VEICULAÇÃO DE FOTOS DE CONTEÚDO PARTICULAR DA AUTORA. DENÚNCIA DE ABUSO NÃO COMPROVADA. - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Aplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor, embora a relação estabelecida entre a autora e o réu não se dê mediante remuneração direta, ou seja, mediante o pagamento por aquela pelo serviço disponibilizado por este. Ocorre que o conceito de remuneração, para fins de aplicação do art. 3º, § 2º, do CDC, permite interpretação mais ampla, em favor do consumidor, Para abranger a remuneração indireta, como acontece na espécie, em que o requerido não recebe valores da autora, mas de terceiros, que utilizam os mais variados serviços

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 65.

⁷² “Efetivamente, o art. 3º, § 2º, menciona apenas a “remuneração” como necessária para serviços (...)” (BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 82.)

⁷³ *Ibidem*, p. 83.

prestados, como por exemplo, anúncios no Google, soluções empresariais na internet, dentre outros. Precedentes do STJ e do TJRS. (...) ⁷⁴

No tocante aos serviços públicos, tem-se que estes também são objeto da relação de consumo e como tais, sofrem a incidência da lei consumerista, na medida em que o art. 6º, inciso X, do CDC faz menção expressa à existência de um direito de adequada e eficaz prestação de serviços públicos ⁷⁵, bem como que o art. 22 determina que *os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos*. E o diploma aprofunda ao determinar que, em caso de descumprimento total ou parcial das obrigações supramencionadas, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados.

Os serviços públicos oferecidos pelo Poder Público podem ser prestados em favor de destinatários indeterminados (*uti universi*), situação na qual serão financiados através de tributos (impostos, taxas e contribuições), ou em favor de usuários determináveis (*uti singuli*), situação na qual serão financiados pelos beneficiários de acordo com o *quantum* utilizado. Ademais, podem ser realizados pelo próprio Estado ou mediante delegação (Lei 8.987/95, alterada pela Lei 9.074/95, regula a concessão e permissão de serviços públicos). No caso de serem realizados pelo Estado/Administração Direta (União, Estados e Municípios), o pagamento se dá por taxa, espécie tributária de pagamento compulsório; já no caso de serem delegados (Administração Indireta), a remuneração é feita através de tarifas ou preços públicos, cujo pagamento é facultativo.

Visto isso, imperioso revelar que discorda a doutrina pátria sobre quais os serviços públicos que se encontram sobre o campo de tutela do Código de Defesa do Consumidor. Enquanto uns admitem como objeto da relação de consumo apenas os serviços públicos remunerados mediante tarifa ou preço público (delegados), outros afirmam que a Lei 8.078/90 é aplicável a todos os serviços públicos.

⁷⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 70042914291. Relator Leonel Pires Ohlweiler, julgado em 14 de setembro de 2011. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 28/04/2012.

⁷⁵ BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64.

O argumento elencado pelos primeiros, dentre eles Sergio Cavalieri Filho⁷⁶, para exclusão dos serviços públicos pagos mediante taxa da esfera de atuação da lei consumerista é que, nesses casos, não há direito de escolha do usuário – o qual é um dos direitos básicos para o reconhecimento da condição de consumidor⁷⁷ –, já que o pagamento tem caráter compulsório. Defendem, assim, que os serviços públicos realizados pela Administração Direta são disciplinados pelo Direito Administrativo.

De igual sorte, é esta a doutrina eleita pelo Superior Tribunal de Justiça, como se pode notar na leitura das seguintes ementas:

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 535 DO CPC. APLICAÇÃO DO CDC. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ÁGUA. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Inexiste omissão, nos termos do art. 535 do CPC, por ofensa aos arts. 165, 458, 535, I e II, CPC, quando o acórdão recorrido se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, tendo o decisor se revelado devidamente fundamentado, apenas não adotando a tese da recorrente.

2. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tendo em vista que a relação jurídica tem natureza de Direito Privado e o pagamento é contraprestação feita sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa.

[...] ⁷⁸

CONSUMIDOR E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. AUMENTO ABUSIVO DO VALOR COBRADO. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRAPRESTAÇÃO. PREÇO PÚBLICO (OU TARIFA). INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO CONSUMERISTA. RELEVÂNCIA SOCIAL PRESUMIDA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MP. ARTS. 81, P. ÚN., INC. III, E 82, INC. I, DO CDC.

1. Após intenso debate no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, esta Corte está se adequando à jurisprudência daquele Tribunal, passando a tratar a quantia recolhida a título de prestação do serviço de esgoto como preço público (ou tarifa), e não como taxa. Precedentes.

2. Tratando-se de tarifa, é plenamente aplicável a disciplina do Código de Defesa do Consumidor - CDC em casos de aumento abusivo.

Note-se que os interesses defendidos pelo recorrente, na hipótese, tem caráter divisível, derivando de origem comum, motivo pelo qual são enquadrados pela legislação consumerista como individuais homogêneos (CDC, art. 81, p. ún., inc. III), mas têm relevante espectro social, o que autoriza a legitimidade ativa do Parquet (art. 82 do CDC).

[...] ⁷⁹

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 68.

⁷⁷ “O inciso II do art. 6º traz o direito de livre escolha e de igualdade nas contratações. Estes direitos estão consolidados em todas as normas de proteção contratual do CDC (art. 46 e ss.), mas com especial atenção naquelas que cuidam da parte pré-contratual e publicidade (art. 30 e ss.) e de práticas comerciais abusivas (art. 39 e ss.), inclusive combatendo a discriminação de consumidores (art. 39, II, IV e IX).” (BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58)

⁷⁸ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 84.014/RJ. Relator Ministro Castro Meira, julgado em 20 de março de 2012. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 28/04/2012.

Segue o impasse doutrinário, ainda, em relação aos serviços públicos essenciais: uma parte dos autores entende que tanto os serviços públicos essenciais pagos por taxa quanto aqueles pagos através de tarifa sofrem a regência do CDC; já outra parcela admite que apenas o serviço público essencial remunerado por tarifa constitui relação inserida na esfera de atuação da Lei 8.078/90, enquanto o remunerado por taxa é regido pelo Direito Público, Tributário e Administrativo. E esse impasse se aprofunda, na medida em que o CDC, em seu art. 22, aponta a continuidade do serviço público essencial, cominando reparação de dano em caso contrário: parte da doutrina afirma que o fornecimento desses serviços não pode ser interrompido nem em situação de inadimplência do beneficiado, enquanto a outra parcela dos autores aponta que a interrupção do serviço na ausência de pagamento é válida, desde que haja aviso prévio de advertência.

Nesse segundo grupo está inserido Sergio Cavaliere Filho, que argumenta:

Ocorre, todavia, que há na Lei nº 8.987/95 a expressa previsão de interrupção, em determinados casos, como se depreende da leitura do seu art. 6º, § 3º, inciso II (...)

A seu turno, a Lei nº 9.427/97, ao criar a ANEEL e disciplinar o regime de concessão e permissão dos serviços de energia elétrica, previu expressamente a possibilidade de corte, assim como a Resolução nº 456, de 29/11/2000 (arts. 90 e 94).

A aplicação das normas indicadas, especialmente em confronto com o art. 22 do CDC, vem causando profundos embates doutrinários e jurisprudenciais (...). É preciso ter em mente, entretanto, no enfrentamento dessa questão, que na interpretação do art. 22 do CDC não se pode ter uma visão individual, voltada apenas para o consumidor que por algum infortúnio está inadimplente, pois o que importa é o interesse da coletividade, que não pode ser onerada pela inadimplência(...)

Assim, como não pode a concessionária deixar de fornecer o serviço, também não pode o usuário negar-se a pagar o que consumiu, sob pena de se admitir o enriquecimento sem causa, com quebra do princípio da igualdade de tratamento das partes.

A paralisação do serviço impõe-se quando houver inadimplência, repudiando-se apenas a interrupção abrupta.⁸⁰

Sobre o assunto, leciona o colendo STJ:

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO – ENERGIA ELÉTRICA – INADIMPLÊNCIA.

1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo

⁷⁹ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 856.378/MG. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 17 de março de 2009. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 28/04/2012.

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 70.

próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica.

2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços público.

3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio.

4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão.

5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta).

[...]

(Grifo nosso)⁸¹

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE TELEFONIA – FALTA DE PAGAMENTO – BLOQUEIO PARCIAL DAS LINHAS DA PREFEITURA – MUNICÍPIO COMO CONSUMIDOR.

1. A relação jurídica, na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tem natureza de Direito Privado, pois o pagamento é feito sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa.

2. Nas condições indicadas, o pagamento é contra prestação, aplicável o CDC, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento, desde que antecedido por aviso.

3. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da isonomia e ocasiona o enriquecimento sem causa de uma das partes, repudiado pelo Direito (interpretação conjunta dos arts. 42 e 71 do CDC).

4. Quando o consumidor é pessoa jurídica de direito público, a mesma regra deve lhe ser estendida, com a preservação apenas das unidades públicas cuja paralisação é inadmissível.

[...]

(Grifo nosso)⁸²

Desta feita, percebe-se que o Superior Tribunal posiciona-se no sentido de que apenas os serviços públicos essenciais remunerados por tarifa, isto é, realizados pela administração indireta (concessionárias), se encontram sob o campo de incidência do CDC. Ademais, entende o colendo STJ que é possível a interrupção no fornecimento de serviço público essencial por força de inadimplência, desde que haja aviso anterior. Por óbvio, a possibilidade de interrupção do serviço essencial não se mantém quando a inadimplência decorre de situação de miséria, face ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

⁸¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 914.828/RS. Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 08 de maio de 2007. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 12/05/2012.

⁸² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 742.640/MG. Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 06 de setembro de 2007. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 12/05/2012.

Em derradeiro, importante sintetizar que “serviço”, conforme adotado pelo CDC, é toda atividade veiculada no mercado de consumo de forma habitual e mediante remuneração direta ou indireta, inseridos nesse conceito os serviços públicos, desde que sejam remunerados por tarifa ou preço público.

2.4 Campo de incidência da Lei 8.078/90

O Código de Defesa do Consumidor tem um campo de incidência difuso e amplo, que se estende a todas as áreas do direito onde ocorram relações de consumo.⁸³ Isto porque o âmbito de atuação do diploma do consumidor é a própria relação de consumo, acompanhando-a aonde for. Acontece que a identificação de uma relação de consumo, inúmeras vezes, não vem sem dificuldades.

Os elementos indicativos da relação de consumo, a qual constitui o suporte fático da aplicação do diploma consumerista, são a existência de um “consumidor” frente a um “fornecedor” para fins de aquisição de um “produto” ou “serviço” como “destinatário final”. Assim, conforme já referido, a Lei 8.078/90 oferece conceitos para essas figuras (arts. 2º e 3º) com o intuito de dirimir a dúvidas sobre as situações que ensejam sua aplicação, concentrando-se especialmente nos sujeitos “consumidor” e “fornecedor”.⁸⁴

No mesmo sentido vão os ensinamentos da ilustre autora Cláudia Lima Marques, que afirma que o exercício de definir quem são os sujeitos da relação contratual e extracontratual é que vai definir o campo de aplicação da lei 8.078/90.⁸⁵

De fato, a noção legal de relação de consumo concentra-se nos sujeitos e no destinatário final da norma (*ratione personae*)⁸⁶. Não obstante, isso pode tornar turva, por vezes, a compreensão das hipóteses de incidência da lei 8.078/90, naqueles casos em que não

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 46.

⁸⁴ “As relações de consumo, portanto, são o campo de aplicação do Código do Consumidor, qualquer que seja a área do Direito onde ocorrerem. Um campo abrangente, difuso, que permeia todas as áreas do Direito, razão pela qual temos sustentado que o Código criou uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito aplicáveis em todos os ramos do Direito onde ocorrerem relações de consumo.” (*Ibidem*, p. 13)

⁸⁵ BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 67.

⁸⁶ “(...) o diferente no CDC é seu campo de aplicação subjetivo (consumidor e fornecedor), seu campo de aplicação *ratione personae*, uma vez que materialmente ele se aplica em princípio a todas as relações contratuais e extracontratuais (campo de aplicação *ratione materiae*) entre consumidores e fornecedores.” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *loc cit.*)

há certeza sobre a adequação dos sujeitos de uma relação jurídica aos conceitos oferecidos pelo diploma consumerista. Em casos que tais, deve-se utilizar a finalidade normativa (vulnerabilidade do consumidor) para determinar a incidência, ou não, da norma.⁸⁷

Tem-se que é justamente a vulnerabilidade do consumidor, em conjunto com a superioridade técnica, jurídica, fática e econômica do fornecedor, que servirão de parâmetro de decisão, quando houver dúvida, para definir quais são as situações que ensejam aplicação do diploma consumerista, porquanto a *ratio essendi* das leis especiais de proteção ao consumidor é a fragilidade deste ante as atividades do mercado, *ex vi* do art. 4º, inciso I, da Lei 8.078/90.⁸⁸

Destarte, ainda que as partes da relação jurídica estejam identificadas com os conceitos legais de consumidor e fornecedor, é indispensável que o sujeito identificado com o consumidor esteja em condição de fragilidade e que o sujeito identificado com o fornecedor esteja em circunstância de superioridade, seja fática, informacional, jurídica ou técnica, para que haja a incidência da Lei 8.078/90.

Ainda por isso, no caso de um profissional ou empresa encontrar-se em condição de vulnerabilidade frente a outro profissional, também este deve ser considerado consumidor para efeitos do CDC, mesmo que não se enquadre no conceito finalista de consumidor (adotado pela maioria da doutrina nacional, pelo STJ e também para os fins do presente texto), haja vista que a vulnerabilidade é a peça chave da aplicação do direito do consumidor.⁸⁹ É o que Cláudia Lima Marques denomina *finalismo aprofundado*.⁹⁰

Sobre o tema, assinala a ilustre autora, ademais, que lhe parece que exista, de acordo com a Lei 8.078/90 (arts. 2º e 4º, inciso I), uma presunção de vulnerabilidade para as pessoas físicas destinatárias finais dos serviços e produtos, enquanto no tocante às pessoas jurídicas

⁸⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 49.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 35.

⁸⁹ “As exceções, sempre nesta visão teleológica, devem ser estudadas pelo Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu, uma vez eu a vulnerabilidade pode ser fática, econômica, jurídica e informacional, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade (uma farmácia); interpretar o art. 2º de acordo com o fim da norma, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também a estes profissionais.” (BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 71.)

⁹⁰ *Ibidem*, p. 72.

não existe essa presunção, mas apenas a possibilidade de provarem sua vulnerabilidade *in concreto*.⁹¹

Em decorrência dessa necessária condição de vulnerabilidade, o status de consumidor é preponderantemente situacional, pois, ainda que o conceito de consumidor considere elementos inerentes ao sujeito, esse indivíduo não será consumidor o tempo todo, mas apenas naqueles momentos em que adquire, em condição de vulnerabilidade, produtos e serviços ofertados no mercado por um profissional.⁹²

Assim, o conceito de consumidor é relacional, somente aparecendo frente a um fornecedor mais forte, de modo que o direito do consumidor é um direito para desiguais cujo campo de aplicação se dá sempre entre dois sujeitos diferentes, um civil (ou equiparado) debilitado e um empresário em situação de dominância.⁹³

⁹¹ BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

⁹² BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 34.

⁹³ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *op. cit.*, p. 68 *et seq.*

3 APLICAÇÃO DA LEI CONSUMERISTA AO EXERCÍCIO DA MEDICINA

Para fins de determinarmos se a relação médico-paciente encontra-se sob o campo de incidência da Lei 8.078/90, necessário se faz verificar a coadunação da atividade profissional dos médicos com o conceito jurídico, doutrinário e jurisprudencial de fornecimento de serviços. Ademais, necessário verificar se o paciente acomoda-se ao conceito de consumidor destinatário final e vulnerável. Em suma, deve-se analisar se a relação médico-paciente encaixa-se no conceito de relação de consumo.

Em sendo positiva a resposta desse exame, tem-se que quando um médico se relacionar com um paciente, se estará diante de uma relação sob a esfera de tutela do CDC.

É o que se pretende fazer no próximo ponto do presente trabalho, o qual tem caráter emblemático.

3.1 Enquadramento da relação médico-paciente como relação de consumo: médico como fornecedor de serviços e paciente como destinatário final

No tocante aos requisitos necessários para o exercício da medicina ser considerado fornecimento de serviços, são elucidativos os ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho:

Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevante a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração.⁹⁴

Vale-se dessa definição o Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

Processual civil. Recurso especial. Sociedade civil sem fins lucrativos de caráter beneficente e filantrópico. Prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e jurídicos a seus associados. Relação de consumo caracterizada. Possibilidade de aplicação do código de defesa do consumidor.

- Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 62.

despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração.

[...]

(Grifo nosso)⁹⁵

No mesmo sentido, pondera Cláudia Lima Marques:

Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta: menciona apenas o critério de desenvolver *atividades de prestação de serviços*. 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 essa atividade seja habitual ou reiterada. (...) A expressão “atividade”, 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 co-contratante um consumidor.⁹⁶

Logo, vê-se que para a adequação da profissão médica ao conceito que tem nossa doutrina sobre fornecedor de serviços, imprescindível que: i) o médico disponibilize qualquer atividade de prestação de serviço no mercado de consumo; ii) a atividade ofertada tenha cunho habitual e iii) o médico perceba remuneração pela prestação do serviço, seja ela direta ou indireta.

Ora, nos dias atuais não há dúvida de que um médico atuante está disponibilizando seus serviços no mercado de consumo, haja vista que quase não se vê mais a figura do médico de família, que acompanha as pessoas durante toda a vida e atua em todas as áreas. Na complexidade dos tempos modernos, cada vez mais se exige a especialização do serviço médico. De fato, um indivíduo, ao longo da vida, consulta inúmeros profissionais médicos de especialidades diferentes, de acordo com o problema que se quer tratar ou evitar. Assim, a contratação de um serviço médico, em geral, adquiriu cunho negocial, tornando-se critério decisivo para a eleição de um profissional ou outro as vantagens que o consumidor possa adquirir com o serviço de cada um – qualidade do serviço, preço, localidade, etc.

⁹⁵ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 519.310/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20 de abril de 2004. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 12/05/2012.

⁹⁶ BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 82.

Nesse ínterim, pronuncia Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas:

A defesa do consumidor desenvolveu-se muito nas últimas décadas, de forma a tornar-se um ramo autônomo do Direito. Ao mesmo tempo, evoluíram os conceitos que norteavam a relação médico x paciente, em virtude da própria evolução da medicina, que se tornou por demais específica de um lado, e extremamente massificada em sua outra banda. Houve a despersonalização dos serviços e a desmistificação da profissão.⁹⁷

É certo, também, que as consultas, cirurgias e demais intervenções médicas programadas normalmente são realizadas com a percepção de prestação pecuniária, seja ela paga diretamente pelo paciente, seja pelo plano de saúde contratado ou pelo Governo, quando o médico atua pelo SUS.

Quanto ao emboque do paciente como consumidor, tem-se que não há dúvida quanto à condição de destinatário final com a qual adquire o serviço médico, seja diagnóstico, tratamento ou cirurgia, porquanto utiliza o serviço para fins pessoais. Ademais, necessário destacar a condição de vulnerabilidade do paciente frente ao médico, detentor da superioridade fática, informacional e centífica/técnica na relação médico-paciente.

Tendo isso em mente, a maior parte dos doutrinadores⁹⁸ optou pela aplicabilidade do CDC à relação médico-paciente, porquanto ambos coadunam-se com os conceitos de fornecedor e consumidor. Ademais, está presente a vulnerabilidade do consumidor, condição indispensável para o reconhecimento da existência de uma relação de consumo e da necessidade de tutela do CDC (vide ponto I.4 desta monografia).

Dentre os articulistas que comungam desta opinião, encontramos o supracitado autor, que arrazoia:

Nos parece claro que o paciente, ao contratar a execução de um serviço médico, desde uma simples consulta a um procedimento cirúrgico, seja ele considerado um *consumidor* dos serviços oferecidos por este profissional. Em contrapartida, este último, ao oferecer seus conhecimentos de forma remunerada a uma variada gama de consumidores, está se enquadrando na definição de *fornecedor* contida no Código de Defesa do Consumidor (...).⁹⁹

⁹⁷ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 67.

⁹⁸ Dentre esses estão Cláudia Lima Marques, Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Sergio Cavaliere Filho e Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas, entre outros.

⁹⁹ DANTAS, *op. cit.*, p. 33.

Em sentido contrário, depara-se com as posições de Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira de Souza, que defendem a inaplicabilidade do CDC à relação médico-paciente, argumentando que o serviço da saúde é *sui generis*, haja vista sua função social única, e que a vida e a saúde não são bens de consumo. Percebe-se, assim, que os autores utilizam um viés filosófico ao discorrer sobre a matéria em voga.¹⁰⁰

Ainda, Marcos Almeida Magalhães Andrade Jr. sustenta a inaplicabilidade do CDC à relação “médico x paciente”, utilizando, também, argumentos filosóficos que fogem ao campo jurídico, *in verbis*:

Entendemos que nem os médicos estão preparados para se portarem como simples prestadores de serviço, nem os pacientes se sentem plenamente tratados quando na simples qualificação de usuários. O perfil psicológico do médico, sua formação acadêmica, os aspectos culturais da profissão definem um profissional que espera algo mais do que uma simples remuneração pecuniária pelo serviço prestado. Anseiam esses profissionais pela remuneração complementar, a que chamamos de remuneração afetiva.¹⁰¹

Rebate os argumentos dessa posição Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas, censurando:

Em nosso entender, faltam argumentos concretos (...). O que se verifica é que há uma distorção de conceitos, utilizados para justificar a posição adotada. O foco da questão não é a vida ou a saúde, e sim a *relação* estabelecida entre as partes. Não há, efetivamente, como conciliar uma abordagem jurídica e uma abordagem filosófica quanto a este tema. E aqui, o interesse analítico é e deve ser, exclusivamente jurídico.¹⁰²

Analisando a atividade dos tribunais, percebe-se que as Cortes optaram pela coadunação da relação médico-paciente à relação de consumo:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC. PRESCRIÇÃO. O caso envolve relação de prestação de serviço (médico/paciente), sendo

¹⁰⁰ COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira de. **A improcedência no suposto erro médico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 40 e ss..

¹⁰¹ ANDRADE JR., Marcos Almeida de Magalhães. *In Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Sálvio de Figueiredo Teixeira, coordenador. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 25.

¹⁰² DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 31-32.

indiscutível a incidência das disposições do Código de defesa do Consumidor (art. 14, § 4º do CDC) em detrimento da legislação geral (Código Civil).
[...].¹⁰³

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA PELO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. ERRO MÉDICO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA RÉ PELO EVENTO QUE DEU AZO A PRESENTE LIDE QUE RESTOU CARACTERIZADA PELOS ELEMENTOS COLIGIDOS DOS AUTOS.
[...].¹⁰⁴

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ERRO MÉDICO - RELAÇÃO DE CONSUMO - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - FORO COMPETENTE - DOMÍLIO DO CONSUMIDOR - ART. 101, INCISO I DO CDC. A relação jurídica estabelecida entre o paciente e o seu médico configura evidente relação de consumo, haja vista os conceitos legais de consumidor e de fornecedor - inteligência dos artigos 2º e 3º, do CDC. Sendo o CDC um conjunto de normas especiais que visa proteger o consumidor, este prevalece sobre as normas gerais estabelecidas no Código de Processo Civil, proporcionando ao consumidor a escolha do foro do seu domicílio para a propositura da ação de reparação de danos, exatamente nos termos do art. 101, inciso I do CDC.¹⁰⁵

RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - NATUREZA DA OBRIGAÇÃO - RELAÇÃO DE CONSUMO - PROCEDIMENTOS INCORRETOS - DEVER DE INDENIZAR.

É de meio e não de resultado a natureza da obrigação decorrente do atendimento médico ao seu paciente. Cuidando-se, no entanto, também de relação de consumo, incumbe ao profissional o ônus da prova de ter prestado os seus serviços dentro dos padrões de cuidado, atenção e sincera dedicação na busca da cura, sob pena de arcar com os danos causados em decorrência da adoção de equivocados procedimentos.
[...].¹⁰⁶

Também o STJ aplica este entendimento:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E LABORAL. SERVIÇOS MÉDICOS. AÇÃO. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.

- A competência para julgar as ações movidas por pacientes contra os respectivos médicos e ou hospitais é da Justiça Comum.
- A ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela modificação do art. 114 da Constituição Federal, promovida pela Emenda Constitucional n.º 45/04, não altera a competência para o julgamento das demandas que não envolvem “relação de trabalho típica”, uma vez que, segundo a doutrina especializada, tratando-se de

¹⁰³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70041560533. Relator Desembargador Leonel Pires Ohlweiler, julgado em 29 de fevereiro de 2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 15/05/2012.

¹⁰⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0103108-28.2009.8.19.0001. Relator Desembargador Carlos Santos de Oliveira, julgado em 06 de março de 2012. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em 15/05/2012.

¹⁰⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0144.07.020766-3/001. Relator Desembargador Nilo Lacerda, julgado em 14 de agosto de 2007. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em 15/05/2012.

¹⁰⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 135538, APC5320899. Relator Sérgio Bittencourt, julgado em 07 de agosto de 2000. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em 15/05/2012.

relação em que o contratado é prestador de serviços ao público em geral, isto é, o tomador do serviço é um número indeterminado de pessoas (mercado consumidor), tal relação não é de trabalho, mas “relação de consumo”.
[...]¹⁰⁷

Com o devido respeito à autorizada doutrina que defende a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação “médico x paciente”, parece que os argumentos jurídicos superam os argumentos filosóficos. Note-se que a profissão médica, na atualidade, é marcada pela prestação de serviço habitual, disponível no mercado de consumo e remunerado, direta ou indiretamente. Nesta relação, em um dos polos apresenta-se o médico, detentor ao menos de conhecimento técnico e informacional; no outro, em contrapartida, o paciente apresenta-se como destinatário final e totalmente vulnerável. Veem-se satisfeitas, portanto, as condições para a caracterização desta relação como sendo de consumo, devendo ser regida, assim, pela Lei 8.078/90.

¹⁰⁷ Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 64.669/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11 de outubro de 2006. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 15/05/2012.

4 CONSEQUÊNCIAS DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO EXERCÍCIO DA MEDICINA

Dirimidas as dúvidas acerca da aplicabilidade do diploma consumerista à prática médica, pode-se passar à análise das consequências trazidas por esta disciplina, as quais são extremamente relevantes, conforme preleciona Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas:

Estas considerações preliminares quanto à conceituação da atividade médica como relação de consumo assume especial importância quando se passa a analisar suas implicações práticas, sob o ponto de vista jurídico-processual. Uma vez estando pacífica a idéia de que o Código de Defesa do Consumidor é instrumento legal apropriado pra reger a relação médico x paciente, podem ser identificadas de forma mais clara as suas consequências jurídicas imediatas.¹⁰⁸

Desta feita, passa-se à análise dos efeitos proporcionados no âmbito dos seguintes conteúdos jurídicos, porquanto são os que detêm maior relevância: i) responsabilidade civil do profissional de medicina; ii) dano moral por defeito do serviço médico; iii) possibilidade de inversão do ônus probatório no campo processual e iv) prescrição no erro médico.

4.1 No tocante à Responsabilidade Civil do médico

Visto que enquadrada a relação médico-paciente no conceito de relação de consumo, há de se aplicar a regra do art. 14 da Lei 8.078/90 quando houver danos ao consumidor em função de defeitos na prestação dos serviços médicos. O *caput* do referido artigo consagra a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço, determinando que *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.*¹⁰⁹

Em seu §4º, no entanto, o supramencionado artigo cria exceção relativa à responsabilização nos casos em que o dano ao consumidor sobrevier de defeito de um serviço prestado por profissional liberal. Em casos que tais, há que se comprovar a culpa subjetiva (negligência, imperícia ou imprudência) para haver responsabilização, isto é, há manutenção do sistema tradicional baseado na culpa.

¹⁰⁸ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 44.

¹⁰⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 185.

Assim, torna-se imperioso avaliar a responsabilização civil do profissional da medicina sob este viés: i) se é profissional liberal ou ii) se possui vínculo empregatício com hospital.

4.1.1 No exercício da medicina enquanto profissional liberal

No tocante aos profissionais liberais, pacífica a doutrina e a jurisprudência em relação à aplicação de responsabilidade subjetiva nos casos de defeito no fornecimento do serviço, haja vista que o próprio CDC refere isso expressamente, *in verbis*:

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

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

Não há definição legal, porém, de profissional liberal. Sustenta Rizzatto Nunes que há dois caminhos para defini-lo – o primeiro é reconhecer a caracterização tradicional (médico, advogado, contador, etc.), já o segundo consiste em extrair dessa caracterização tradicional os elementos para fixar os parâmetros de classificação dos profissionais liberais em geral (autonomia profissional, prestação pessoal do serviço, regras próprias de atendimento). Ademais, aponta o autor que a definição de profissional liberal, para fins de enquadramento com o art. 14, § 4º, do CDC, não depende do conteúdo da legislação da categoria profissional, mas apenas da compatibilidade das características da prestação de serviço com os parâmetros fixados.¹¹⁰

A jurisprudência do STJ confirma o entendimento de aplicação da responsabilidade subjetiva, de acordo com o § 4º, do art. 14, do CDC, aos profissionais liberais, dentre eles médicos que atuam de forma autônoma, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIÃO PLÁSTICO. PROFISSIONAL LIBERAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA.

I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é

¹¹⁰ NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 210-211.

de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14.
[...]¹¹¹

Prestação de serviços advocatícios. Código de Defesa do Consumidor.
Aplicabilidade.

I - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por profissionais liberais, com as ressalvas nele contidas.
[...]¹¹²

Em derradeiro, importante destacar que os profissionais liberais tanto podem desenvolver atividade de meio quanto atividade de resultado.¹¹³ No caso dos médicos, subsistem controvérsias se há obrigação de meio ou de fim na anestesiologia, cirurgia plástica, radiologia e patologia clínica, por exemplo. O colendo STJ tem se posicionado no sentido de ser o serviço médico uma atividade de meio, exceto no caso das cirurgias plásticas embelezadoras.

AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE MÉDICA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio e não de resultado. Precedente.
[...]¹¹⁴

Tal definição trará consequências processuais, como veremos no ponto III.3, haja vista que aos profissionais que realizam atividade de fim aplica-se a presunção de culpa, ao contrário do que acontece com os profissionais que realizam atividade de meio, que só sofrerão com a culpa presumida naqueles casos em que o Magistrado optar pela inversão da carga probatória por força de verossimilhança e de hipossuficiência do consumidor.

4.1.2 No exercício da medicina com vínculo empregatício com hospital

Se, por um lado, a doutrina pátria concorda sobre a responsabilidade subjetiva do médico profissional liberal quando há defeito na prestação do serviço médico, por outro, não

¹¹¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 731.078/SP. Relator Ministro Castro Filho, julgado em 13 de dezembro de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 23/05/2012.

¹¹² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 364.168/SE. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 20 de abril de 2004. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 23/05/2012.

¹¹³ NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 206.

¹¹⁴ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 256.174/DF. Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 04 de novembro de 2004. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 23/05/2012.

encontra pacificação no tocante à responsabilidade objetiva ou subjetiva da entidade hospitalar com a qual um médico mantenha vínculo empregatício.

Sustenta-se também aqui a responsabilidade subjetiva do médico, mas discute-se sobre qual regra deve ser aplicada ao hospital: a do *caput* ou a do §4º do art. 14 da Lei 8.078/90.

Aponta Antonio Herman V. Benjamin que (...) *se o médico trabalha para um hospital, responderá ele apenas, por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente.*¹¹⁵

Para este autor, bem como para Genival Veloso de França, basta que haja nexos causal e dano para que se atribua a responsabilização da entidade hospitalar pela reparação do dano causado por defeito do serviço ou por informações insuficientes ou inadequadas sobre fruição e riscos, *ex vi* do *caput* do art. 14 do CDC.¹¹⁶

A única hipótese de afastamento dessa responsabilização seria a existência de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros não prepostos (culpa *in eligendo*; culpa *in vigilando*), isto é, ruptura do nexo causal. Ademais, constatado o dano culposo, poderia o hospital ingressar com demanda regressiva contra o médico, por aplicação analógica das Súmulas 187 e 188 do STF.¹¹⁷

No sentido contrário, em análise jurisprudencial de decisão do TJSP que decidiu pela impossibilidade de responsabilização objetiva do estabelecimento hospitalar, ensina Miguel Kfoury Neto que a responsabilização por dano médico deve se dar sempre de forma subjetiva, tanto em face do profissional quanto em face da entidade hospitalar, desconsiderando-se a pessoa jurídica:

O dano médico deve ser apreciado a partir da análise do elemento subjetivo, da culpa, quer seja o profissional vinculado a estabelecimento hospitalar ou não.

¹¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. Coordenador: Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 79-80.

¹¹⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. **O Código do Consumidor e o exercício da medicina**. Artigo disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1871/o-codigo-do-consumidor-e-o-exercicio-da-medicina>. Acesso em: 05/06/2012.

¹¹⁷ “Súmula nº 187: A responsabilidade contratual do transportados, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva. Súmula nº 188: O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro.” Disponível em: www.stf.jus.br

Objetarão os estudiosos das relações de consumo que a conclusão contraria o sistema do Código, inteiramente voltado à responsabilidade objetiva. Dirão, mais, que, em havendo culpa do médico, o hospital poderá voltar-se, por direito de regresso, contra seu empregado. Acrescentarão, por fim, que ao consumidor/vítima interessa pleitear o ressarcimento da pessoa jurídica, economicamente mais poderosa. Contrapõem-se a tais objeções os seguintes argumentos: a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física e jurídica, ou de apenas um deles.¹¹⁸

É o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. 1. CONQUANTO OBJETIVA A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES HOSPITALARES, SENDO A ALEGADA FALHA DO SERVIÇO ATINENTE À ATUAÇÃO DE MÉDICO, HÁ NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO AO PROFISSIONAL. **A responsabilidade civil das instituições hospitalares é, em regra, objetiva, fundada no Código de Defesa do Consumidor. Isso porque, ao oferecer no mercado de consumo serviços de assistência médica e hospitalar mediante remuneração, os hospitais se sujeitam às disposições da legislação consumerista, enquadrando-se no conceito de fornecedor de serviços da área de saúde, nos termos do art. 14 do CDC. Não obstante isso, se a pretensão da parte autora se baseia na falha na atuação dos médicos, não poderá o hospital responder objetivamente, pois o art. 14, § 4º do CDC, impõe aos profissionais liberais responsabilidade subjetiva.**

(...)

(Grifou-se)¹¹⁹

Também o colendo STJ consagra este entendimento. Coteja-se de brilhante julgado em sede de Recurso Especial de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.

2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da

¹¹⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 187.

¹¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70046332664. Relatora Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 21 de março de 2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 06/06/2012.

responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, 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 será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.
(...)¹²⁰

Pode-se perceber que o enfoque dado pela jurisprudência atual não leva em consideração a natureza da relação entre o médico e o hospital ao aplicar ao médico a regra da responsabilidade subjetiva, pelo que se depreende que é da natureza da profissão o seu status de “liberal”, independentemente de relação de trabalho ou vinculação a uma instituição hospitalar: se houver defeito na prestação de serviço médico, portanto, a culpa deverá ser demonstrada, mesmo que o médico seja preposto ou empregado do nosocômio.

Destarte, perquirir da relação de trabalho tem o objetivo apenas de estabelecer se o hospital poderá ou não constar no pólo passivo da demanda, ou seja, se será também passível de responsabilização. Tem-se que, de acordo com a jurisprudência dominante, poderá a parte lesada perquirir, apenas quando houver conduta culposa do profissional, o reparo do dano ocasionado por defeito no serviço médico contra a entidade hospitalar.

Assim, considerando a aplicação analógica das Súmulas 187 e 188 do STF, o hospital não sofrerá, de fato, o ônus, pois poderá ingressar com demanda regressiva contra o médico que agiu com culpa.

4.2 O dano moral por defeito do serviço médico

Em consonância com o artigo 5º, V, da Constituição Federal, a Lei 8.078/90 consagra a figura jurídica da reparação por dano moral entre os direitos básicos do consumidor, conforme se depreende da leitura do inciso VI do art. 6º do referido diploma, que refere:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e **morais**, individuais, coletivos e difusos; (grifou-se)

¹²⁰ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 908359/SC. Relatora Ministra Nancy Andrichi, julgado no dia 27 de agosto de 2009. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 07/06/2012.

Desta sorte, tem-se que subsiste a possibilidade de o paciente/consumidor demandar reparação de cunho moral contra o médico/fornecedor quando os danos que sobrevierem do defeito no serviço médico ultrapassarem consequências meramente patrimoniais, incidindo sobre a psique do paciente. Professa nesse sentido Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas, referindo:

Vale dizer que o fato danoso, causador de prejuízos extrapatrimoniais, quais sejam, aqueles que extrapolam a esfera facilmente quantificável dos danos materiais, com consequências sobre a moral, a psique, e a auto-estima do ofendido, deve ser aferido e, na medida do possível, reparado, através de uma condenação pecuniária.¹²¹

Em relação ao *quantum* que deve ser estipulado em favor do ofendido pelo Judiciário, sustenta o supramencionado autor:

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

(...)

Desta sorte, o ofensor tem que efetivamente sentir o constrangimento legal que lhe é imposto por força condenação indenizatória por perdas e danos morais causado ao ofendido.

(...)

A estipulação de um valor que não revele em si efetiva punição ao ofensor, ainda que seja a sentença para considerar procedente a ação proposta, mais agravará os danos morais do que os reparará, pois que estará a mostrar à sociedade, ao ofendido e principalmente ao próprio ofensor, o desleixo e o pouco valor que foi dado aos direitos de personalidade do ofendido (...).¹²²

Desta feita, constatada a culpa (negligência, imperícia ou imprudência) pelo defeito na prestação do serviço médico que ocasionou o dano extra-patrimonial ao paciente (nexo causal), tem-se que deverá ser responsabilizado o profissional para fins de reparar o agravo, *ex vi* dos arts. 14, §4º, e 6º, inciso VI, do CDC.

4.3 Possibilidade de inversão do ônus probatório

No Brasil, a distribuição do encargo probatório se dá de maneira estática e apriorística, na forma definida em lei. Em outras palavras, no modelo brasileiro o legislador define os

¹²¹ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 45.

¹²² *Ibidem*, p. 48.

encargos a partir de presunções em relação à capacidade probatória das partes¹²³, de modo que o ônus de provar os fatos alegados em Juízo, via de regra, cabe ao autor da ação.

Assim dispõe o Código de Processo Civil brasileiro em seu art. 333:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
 I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
 II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
 (...) ¹²⁴

Apontada visão apriorística, contudo, pode gerar injustiças em realidades concretas, circunstância que nas relações puramente civis pode ser corrigida pela Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova¹²⁵, segundo a qual, diante das condições probatórias apresentadas pelas partes, o julgador distribuirá o encargo de prova¹²⁶.

Sendo regulado pela Lei 8.078/90, todavia, os processos envolvendo o exercício da medicina podem ter os encargos probatórios distribuídos diferentemente do que prevê o artigo 333 do Código de Processo Civil, sem que isto reclame invocação da Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Note-se que o Código de Defesa de Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII, estabelece ser possível a inversão do encargo probatório definido no Código de Processo Civil, desde que atendidas a determinadas condições.

Tal norma prevê a facilitação da defesa dos direitos dos consumidores, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente. Trata-se, pois, de distribuição estática, cuja aplicação se dá *ope iudicis*, em razão do próprio intuito protetivo da Lei, que reconhece a facilitação

¹²³ KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica in Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, de coordenação de Luiz Fux, Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 934-944).

¹²⁴ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Planalto**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10 jun. 2012.

¹²⁵ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 179.

¹²⁶ Cabe mencionar que a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova tem aplicação destacada nas relações envolvendo responsabilidade civil médica. Neste sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 70017662487. Relator Paulo Roberto Lessa Franz, julgado em 31 de agosto de 2007. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 10/06/2012.

processual para “retirar dos ombros do consumidor a carga da prova referente aos fatos de seu interesse”.¹²⁷

Desse modo, considerando que a relação médico-paciente é caracterizada como relação de consumo, tem-se que nos litígios dela decorrentes poderá haver a inversão do ônus da prova facultada pelo artigo 6º, inciso VIII, do CDC, desde que haja verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do paciente.

Vale pontuar que a hipossuficiência é um conceito processual, distinto da noção de vulnerabilidade, a qual é imprescindível à configuração da relação como sendo de consumo. Neste sentido, Leonardo Roscoe Bessa esclarece:

A doutrina especializada distingue a vulnerabilidade da hipossuficiência, baseando-se, sobretudo, na terminologia utilizada pelo CDC. O conceito de vulnerabilidade é de caráter material. De outra parte, a hipossuficiência é idéia vinculada ao processo civil. Cuida-se de pressuposto para inversão do ônus da prova pelo juiz, conforme previsão no art. 6º, VIII, do CDC.¹²⁸

Como é fácil perceber, é possível que o paciente, mesmo sendo caracterizado como consumidor, não se encontre em condição de hipossuficiência. Nestes casos, mesmo sendo aplicável o Código de Defesa do Consumidor, não haverá inversão do ônus da prova, como já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROVA. ÔNUS. INVERSÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. A inversão do ônus da prova, de regra, não opera automaticamente, por força de lei, cabendo tão somente nos casos em que, a critério do juiz, for verossímil a alegação, ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, devendo ser assim declarado pelo julgador. Hipossuficiência pode ser aferida *in initio litis*; verossimilhança da alegação, também. Ainda que reconhecida a relação de consumo, onde se vislumbraria teoricamente possível a inversão do ônus da prova, com o mitigar do princípio *actori incumbit probatio*, tem o instituto cabimento somente se a parte não consegue, pelos meios ordinários, a prova do fato que pretende produzir. Ademais, tal princípio não tem cabimento apriorístico, devendo ser estudado o caso em concreto, ocasião em que se verá ser ou não cabível. Ressalta que não pode tal regra ser aplicada na incidência do adverso, com o seu surpreender, o que violaria o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório. (...) ¹²⁹

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 291.

¹²⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 39.

¹²⁹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70016948820. Relator Paulo Antônio Kretzmann, julgado em 21 de setembro de 2006. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 12/06/2012.

No mesmo sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça:

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ATENDIMENTO MÉDICO EMERGENCIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES RESGUARDANDO O EQUILÍBRIO E A BOA-FÉ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INCOMPATIBILIDADE COM O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS QUE SE EXTRAEM DO CDC. INSTRUMENTÁRIO HÁBIL A SOLUCIONAR A LIDE.

1. O Código de Defesa do Consumidor contempla a reciprocidade, equidade e moderação, devendo sempre ser buscada a harmonização dos interesses em conflito, mantendo a higidez das relações de consumo.

2. A inversão do ônus da prova é instrumento para a obtenção do equilíbrio processual entre as partes, não tendo por fim causar indevida vantagem, a ponto de conduzir o consumidor ao enriquecimento sem causa, vedado pelo artigo 884 do Código Civil.

[...] ¹³⁰

No entanto, alguns autores como João Batista de Almeida e Tupinambá Miguel Castro Nascimento sustentam que, por ter o CDC estabelecido a responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais, não pode haver inversão da carga probatória contra estes, sob pena de revogar-se por ato judicial a garantia de responsabilidade subjetiva ¹³¹.

Tal ponto de vista parece equivocado. Isto porque, nada obstante o fato de o CDC ter resguardado os profissionais liberais, estabelecendo que estes respondam apenas subjetivamente, previu a possibilidade de ser invertido o ônus da prova em benefício da parte hipossuficiente. Trata-se de conceitos distintos, sendo certo que a responsabilidade subjetiva decorre da relação material mantida entre médico e paciente, enquanto a inversão do ônus da prova decorre de circunstâncias processuais. Em outros termos, o fato de os profissionais liberais só serem responsabilizados apenas quando agirem com culpa não significa que não possam estar em posição probatória confortável, ou que as alegações do paciente não sejam verossímeis, o que reclama a inversão do ônus da prova.

Em derradeiro, importante destacar que parcela da doutrina admite a inversão do ônus probatório, ainda, dependendo do tipo de obrigação relacionada ao caso concreto: se obrigação de meio ou de fim. Entendem esses doutrinadores que, em sendo uma obrigação de meio, aplica-se a regra geral de imputar o ônus probatório ao autor da demanda; em sendo uma obrigação de resultado, de outra sorte, desloca-se o dever de provar para o réu, por

¹³⁰ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1256703/SP. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 06 de setembro de 2011. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 12/06/2012.

¹³¹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 84-85.

presunção de culpa, o qual fica no encargo de demonstrar o caso fortuito e a força maior que o impediram de alcançar o resultado desejado, ou, ainda, a culpa exclusiva do lesado.¹³²

E isso adquire grande relevância para a profissão médica no momento em que se discute se há obrigação de meio ou de fim em algumas carreiras médicas, como a anestesiologia, a cirurgia plástica, a radiologia e a patologia clínica, por exemplo.

Nesse sentido, preleciona Miguel Kfoury Neto:

Em se tratando das chamadas *obrigações de resultado*, no âmbito das quais doutrina e jurisprudência admitem a inversão da carga probatória, milita em desfavor do profissional liberal presunção de culpa, pelo não atingimento do resultado prometido – e esperado. Caberá ao médico, em tal situação, desfazer essa presunção e demonstrar, às claras, ter havido culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito.¹³³

Sobre o tema, elucida Anderson Schreiber:

Paralelamente à evolução da responsabilidade objetiva, e com a mesma finalidade de evitar as dificuldades trazidas pela prova diabólica, presunções de culpa foram, em toda parte, instituídas pela jurisprudência ou prospectadas pela doutrina no próprio texto das codificações. Aqui, não se trata de ignorar o elemento culpa, mas tão-somente de inverter o ônus da demonstração em benefício da vítima contrariando o brocardo *actori incumbit probatio* – regra que, “tomada a rigor, em sentido estreito, atribui ao prejudicado um esmagador *handicap*: impõe-lhe demonstrações de fatos que, por sua própria natureza, pelas próprias circunstâncias que o cercam, impossibilitam à vítima qualquer prova; e isso é o mesmo que negar-lhe qualquer reparação”. Por meio das presunções de culpa, então, o “ônus da prova é deslocado; é sobre os ombros do demandado, do proprietário, do guardião, do empregador, que ele pesa e não mais sobre os ombros da vítima”.¹³⁴

¹³² DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 50.

¹³³ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

¹³⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

É o que se vê no precedente do TJRS que se traz à baila:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ENTIDADE HOSPITALAR. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CLÍNICA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CULPA PRESUMIDA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. DANOS MATERIAIS. QUANTUM. TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

[...]

- Responsabilidade Civil do Médico - Cabível a aplicação do microssistema do Código de Defesa do Consumidor na relação entre médico e paciente. Hipótese de responsabilidade civil, prevista no Art. 14, §4º, do CDC. - Responsabilidade Civil Médica em Cirurgia Estética - Obrigação de Resultado - Culpa Presumida - **A responsabilidade do médico, tratando-se de cirurgia eminentemente estética, gera obrigação do resultado para o qual o profissional foi especificamente contratado pelo paciente. Na hipótese de responsabilidade civil por erro médico decorrente de cirurgia estética, a qual se notabiliza pela obrigação de resultado a ser atingido pelo profissional, são aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida.** - Situação Concreta dos Autos - Na espécie, a melhora estética pretendida (remodelagem do abdômen), embora adequada a escolha da técnica cirúrgica, à evidência, não foi alcançada pelo resultado insatisfatório do procedimento a que se submeteu a autora; dele resultou a presença de uma cicatriz assimétrica e retraída na linha incisional, causando deformidade física. Configurado o ato ilícito praticado pelos demandados, pelo qual têm responsabilidade e, portanto, o dever de indenizar os danos estéticos e morais, bem como os materiais, sofridos pela demandante.

[...]

(grifou-se)¹³⁵

De acordo com a atual jurisprudência dominante, portanto, tem-se que, se o paciente arguir reparação por defeito do serviço médico em obrigação considerada de meio, deve o Judiciário examinar o caso concreto para determinar se há, ou não, hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança de suas alegações. Se houver e apenas se houver hipossuficiência ou verossimilhança, deve o magistrado inverter o ônus probatório contra o réu, observando os parâmetros de razoabilidade e bom senso.

¹³⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70048694749. Relator Leonel Pires Ohlweiler, julgado em 30 de maio de 2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 13/06/2012.

De outra banda, ainda de acordo com a jurisprudência dominante, se o paciente arguir reparação por defeito do serviço médico em obrigação que seja considerada de resultado, não restam dúvidas quanto à necessidade de deslocamento do ônus probatório, seja por força de hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança de suas arguições, seja em razão da prática processual consagrada de imputar culpa presumida em casos que tais.

Importante referir, em derradeiro, que apesar da distinção que a jurisprudência tem feito entre compromisso de meio e de fim na medicina, parcela da doutrina admite que isto não é possível do ponto de vista da investigação da natureza da prática médica. E este entendimento vem ganhando adeptos, já que a jurisprudência vem timidamente sendo modificada:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ESTRABISMO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. **A responsabilidade civil do médico é subjetiva, necessitando a comprovação da culpa, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC.** 2. **A obrigação assumida pelo profissional é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente,** o que ocorreu no caso dos autos.

[...]

(Grifou-se)¹³⁶

Hoje, a tese que mantém o compromisso de resultado, especialmente na cirurgia plástica, se baseia na relação contratual estabelecida. Contudo, aqui caberia a aplicação de outra sanção do CDC, com base na propaganda enganosa ou fraudulenta, pois a própria natureza do serviço prestado é delimitadora do que pode ser ofertado ou prometido, e ela não pode oferecer resultados. Quem o faz, não celebra contrato de fins, mas promete o que não pode entregar, ou seja, comete outro tipo de ilícito.

¹³⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70047528179, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/05/2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 13/06/2012.

4.4 Prescrição no erro médico

De acordo com o art. 27 da Lei 8.078/90, limita-se em cinco anos o prazo prescricional para interposição de ação com o intuito de obter reparação por danos causados por defeito na prestação de serviço, contados a partir do conhecimento do dano e de sua autoria, senão vejamos:

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.¹³⁷

O entendimento jurisprudencial consagra a aplicação do prazo prescricional previsto pelo CDC às ações em que se busca reparação por defeito no serviço médico, conforme se depreende das ementas abaixo confrontadas:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC. PRESCRIÇÃO.

O caso envolve relação de prestação de serviço (médico/paciente), sendo indiscutível a incidência das disposições do Código de defesa do Consumidor (art. 14, § 4º do CDC) em detrimento da legislação geral (Código Civil). Prescrição quinquenal (art. 27 do CDC). Hipótese em que passados mais de cinco anos entre o possível evento danoso e o ajuizamento da ação. Apelo do réu provido para, reconhecendo a prescrição, julgar extinta a ação (art. 269, IV, do CPC). [...] ¹³⁸

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ARTIGO 27 DO CDC. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

A orientação desta Corte é no sentido de que aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 27 do CDC. [...] ¹³⁹

Desta feita, tem-se que o prazo prescricional de três anos estabelecido pelo Código Civil não se aplica às relações “médico x paciente”, tendo em vista o CDC ser lei especial, com o condão de derrogar lei geral, conforme mencionado no ponto 1.2.

¹³⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 13 jun. 2012.

¹³⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70041560533. Relator Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 29 de fevereiro de 2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 13/06/2012.

¹³⁹ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 1229919/PR. Relator Ministro Sidnei Benetti, julgado em 15 de abril de 2010. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 13/06/2012.

5 CONCLUSÕES

A criação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor advém de um triplo mandamento constitucional, *ex vi* dos arts. 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, da CF/88 e do art. 48 do ADCT. Disto se depreende a clara intenção do constituinte originário de conceder tutela ao consumidor, figura que restara deseparada no Direito Privado após a Revolução Industrial.

Este Código do Consumidor, por sua vez, foi concebido com um campo de incidência difuso e amplo, na forma da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, com o escopo de tutelar o consumidor nas relações de consumo por ele estabelecidas nas mais diversas áreas jurídicas. Ademais, o objetivo deste Código é criar uma disciplina única do consumo, através de normas de sobredireito que incidam onde quer que ocorra uma relação de consumo.

Desta feita, observa-se a intenção legislativa de retirar a disciplina das relações consumeristas dos demais aparatos legislativos, para deixá-la sob tutela exclusiva da lei 8.078/90. Assim, constatando-se que uma relação se coaduna com o conceito de relação de consumo, imperativa se torna a aplicação do diploma do consumidor.

É o caso da relação médico-paciente. Entende-se que o exercício médico corresponde ao conceito de fornecimento de serviços do CDC, tendo em vista que disponível no mercado de consumo, de forma habitual e com obtenção de remuneração. De mesma sorte, crê-se que o paciente detém *status* de consumidor, tendo em vista que contrata o serviço médico como destinatário final e em condição de vulnerabilidade técnica e informacional em relação ao médico.

Desta feita, optou-se pela doutrina que inclui a relação médico-paciente sob o campo de incidência da lei 8.078/90, tendo em vista que essa relação encontra correspondência com a relação de consumo e que a intenção do legislador constitucional era que as relações consumeristas fossem disciplinadas por uma codificação específica. Ademais, a intenção do legislador infraconstitucional foi conceder um campo de aplicação dilatado à Lei. 8.078/90.

Afastou-se, assim, o argumento filosófico sustentado pela parcela da doutrina que defende a inaplicabilidade do CDC ao exercício médico.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao enlace médico-paciente traz, no entanto, certas consequências jurídicas. Dentre essas consequências, as mais importantes estão relacionadas com a responsabilidade civil do médico, o dano moral por defeito do serviço médico, a possibilidade de inversão do ônus probatório e o prazo prescricional para a exigência de reparação dos danos consequentes de defeito na prestação do serviço sanitário.

Em relação à responsabilidade civil, optou-se pela doutrina que atribui responsabilidade subjetiva ao médico, seja sua atividade de meio ou resultado, bem como à entidade hospitalar com a qual mantenha vínculo empregatício, tendo em vista que o próprio CDC atribui responsabilidade subjetiva aos profissionais liberais no §4º do seu art. 14, o que entendemos melhor estender, nos casos de erro médico, aos hospitais com que esses profissionais mantenham vínculo empregatício, haja vista que a conduta avaliada para fins de responsabilização é a do profissional, e não da administração hospitalar.

Acerca da persecução de reparação por dano moral advindo de má prestação do serviço médico, entendeu-se que, constatada a culpa do profissional pelo defeito na prestação do serviço que ocasionou o dano extra-patrimonial ao paciente, deverá haver responsabilização para fins de reparar o agravo, haja vista que o CDC refere expressamente esta possibilidade em seus arts. 14, §4º, e 6º, inciso VI, o que foi recepcionado pela jurisprudência pátria.

No tocante à possibilidade de inversão da carga probatória nos processos de envolvendo responsabilização médica, optou-se que, sendo esta regulada pela Lei 8.078/90, pode ter os encargos probatórios distribuídos diferentemente do que prevê o artigo 333 do Código de Processo Civil. Afastou-se, assim, a posição que sustenta que, por ter o CDC determinado responsabilidade subjetiva aos profissionais liberais, não pode haver inversão da carga probatória contra estes. O argumento para tanto é que, nada obstante o CDC ter resguardado os profissionais liberais com responsabilidade subjetiva, previu a possibilidade de ser invertido o ônus da prova em benefício da parte hipossuficiente.

Ademais, tendo em vista a possibilidade da obrigação assumida pelo médico ser de meio ou resultado, entendeu-se que, de acordo com a jurisprudência dominante, nos casos que versam sobre defeito na prestação de uma obrigação de meio, deve o magistrado examinar o caso concreto e inverter o ônus probatório somente se houver vulnerabilidade do consumidor

ou verossimilhança de suas alegações. De outra sorte, nos casos que versam sobre defeito na prestação de uma obrigação de resultado, deverá haver deslocamento do ônus probatório, seja por força de hipossuficiência ou verossimilhança, seja em razão da prática processual de imputar culpa presumida nesses casos. Fez-se observação, no entanto, em relação à mudança jurisprudencial atual para considerar que não há obrigação de resultado/fim na prática médica.

Em derradeiro, com relação ao prazo prescricional para intentar reparação por defeito no serviço médico, entendeu-se que deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal previsto pelo CDC, em detrimento do prazo de três anos previsto pelo CC/2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDRADE JR., Marcos Almeida de Magalhães. *In Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Sálvio de Figueiredo Teixeira, coordenador. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. Coordenador: Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: www.planalto.gov.br.
- BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Planalto**. Disponível em: www.planalto.gov.br.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: www.planalto.gov.br.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: www.planalto.gov.br.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008.
- COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira de. **A improcedência no suposto erro médico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

DUARTE, Écio Oto Ramos e Susanna Pazzolo. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo, SP: Landy, 2006.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108).

FRANÇA, Genival Veloso de. **O Código do Consumidor e o exercício da medicina**. Artigo disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1871/o-codigo-do-consumidor-e-o-exercicio-da-medicina>. Acesso em: 05/06/2012.

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

_____. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

KNJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica*. In **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**, coordenação de Luiz Fux, Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2009

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses Difusos e Coletivos: estatuto da criança e do adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa, ação civil...** São Paulo: Atlas, 1998.

REFERÊNCIA JURISPRUDENCIAL

- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1248314/RJ. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 21/04/2012.
- _____. Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 1281164/SP. Relator Ministro Sidnei Beneti, julgado em 22 de maio de 2012. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 21/04/2012.
- _____. Recurso Especial nº 476428-SC. Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 19 de abril de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 21/04/2012.
- _____. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 84.014/RJ. Relator Ministro Castro Meira, julgado em 20 de março de 2012. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 28/04/2012.
- _____. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 856.378/MG. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 17 de março de 2009. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 28/04/2012.
- _____. Recurso Especial nº 914.828/RS. Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 08 de maio de 2007. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 12/05/2012.
- _____. Recurso Especial nº 742.640/MG. Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 06 de setembro de 2007. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 12/05/2012.
- _____. Recurso Especial nº 519.310/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20 de abril de 2004. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 12/05/2012.
- _____. Conflito de Competência nº 64.669/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11 de outubro de 2006. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 15/05/2012.
- _____. Recurso Especial nº 731.078/SP. Relator Ministro Castro Filho, julgado em 13 de dezembro de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 23/05/2012.
- _____. Recurso Especial nº 364.168/SE. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 20 de abril de 2004. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 23/05/2012.

- _____ . Agravo Regimental no Recurso Especial nº 256.174/DF. Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 04 de novembro de 2004. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 23/05/2012.
- _____ . Recurso Especial nº 908359/SC. Relatora Ministra Nancy Andrichi, julgado no dia 27 de agosto de 2009. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 07/06/2012.
- _____ . Recurso Especial nº 1256703/SP. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 06 de setembro de 2011. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 12/06/2012.
- _____ . Agravo Regimental no Agravo nº 1229919/PR. Relator Ministro Sidnei Benetti, julgado em 15 de abril de 2010. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 13/06/2012.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 135538, APC5320899. Relator Sérgio Bittencourt, julgado em 07 de agosto de 2000. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em 15/05/2012.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0144.07.020766-3/001. Relator Desembargador Nilo Lacerda, julgado em 14 de agosto de 2007. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em 15/05/2012.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0103108-28.2009.8.19.0001. Relator Desembargador Carlos Santos de Oliveira, julgado em 06 de março de 2012. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em 15/05/2012.
- RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70040738262, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 26/04/2012. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 17/06/2012.
- _____ . Apelação Cível nº 70042914291. Relator Leonel Pires Ohlweiler, julgado em 14 de setembro de 2011. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 28/04/2012.
- _____ . Apelação Cível nº 70041560533. Relator Desembargador Leonel Pires Ohlweiler, julgado em 29 de fevereiro de 2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 12/05/2012.
- _____ . Apelação Cível nº 70046332664. Relatora Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 21 de março de 2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 06/06/2012.
- _____ . Embargos Infringentes nº 70017662487. Relator Paulo Roberto Lessa Franz, julgado em 31 de agosto de 2007. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 10/06/2012.

- _____ . Agravo de Instrumento nº 70016948820. Relator Paulo Antônio Kretzmann, julgado em 21 de setembro de 2006. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 12/06/2012.
- _____ . Apelação Cível 70048694749. Relator Leonel Pires Ohlweiler, julgado em 30 de maio de 2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 13/06/2012.
- _____ . Apelação Cível nº 70047528179, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/05/2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 13/06/2012.
- _____ . Apelação Cível nº 70041560533. Relator Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 29 de fevereiro de 2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 15/05/2012.