
RESPONSABILIDADE HOSPITALAR PELA ATIVIDADE MÉDICA AUTÔNOMA: UMA QUESTÃO DE COLIGAÇÃO CONTRATUAL¹

Autonomous medical activity's hospital liability: a matter of contract coalition

Pablo Malheiros da Cunha FROTA²

José Pedro Brito da COSTA³

Resumo: O presente estudo analisa a responsabilidade hospitalar pela atividade médica autônoma. Tem por hipótese que a conjugação das atividades hospitalar e médica autônoma forma uma rede contratual envolvendo o consumidor (paciente), o médico autônomo e a instituição hospitalar. Sustenta que o médico autônomo e a instituição hospitalar compõem igualmente a cadeia de fornecimento do serviço, fato que possibilita a responsabilização solidária da instituição hospitalar pelos danos advindos do exercício da atividade médica autônoma em suas dependências. Para isso, foi utilizada a metodologia de procedimento, com a verificação da literatura jurídica sobre o tema, bem como a de abordagem, que se ampara em uma linha crítico-metodológica, lastreada em uma teoria crítica da realidade que compreende o Direito como problema e como uma “rede complexa de linguagens e de significados”. Concluiu-se pela responsabilização solidária do hospital com o(a) médico(a) na situação problema apresentada neste texto.

¹ Agradecemos a todos(a) que gentilmente leram, revisaram e criticaram o presente artigo, em especial a Roberto Freitas Filho, Marília de Ávila e Silva, Assis Couto do Nascimento, Fernando Samuel, Danilo Porfírio, Lucas Abreu Barroso e a todos os(as) integrantes do grupo de pesquisa “Realizando o Direito Privado” da UFG, pela acurada crítica e por todas as sugestões.

² Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2013). Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2008). Especialista em Direito Civil pela Unisul (2006). Especialista em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2013). Graduado em Direito na Universidade Católica de Brasília (2004). Graduando em Filosofia na Universidade Católica de Brasília (2018). Professor Adjunto em Direito Civil e Processo Civil da Universidade Federal de Goiás, (UFG) e Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da UFG, Professor de Direito Civil e do Consumidor da Universidade de Vila Velha. Trabalha em constitucionalização do direito. Líder do Grupo de Pesquisa Realizando o Direito Privado na Universidade Federal de Goiás. Diretor do IBDFAM/DF. Líder do Grupo de Pesquisa Relações privadas, igualdade e ordem pública nacional e internacional na UVV. Membro do IBDFAM, do BRASILCON, do IBDCIVIL, da ABDCONST, da ABEDI, da ALDIS, do IAB, do Instituto Luso-brasileiro de Direito e do IBERC. Pesquisador do Grupo Virada de Copérnico (UFPR) e do Grupo Constitucionalização das Relações Privadas (UFPE). Advogado. Código ORCID: 0000-0001-7155-9459. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0988099328056133>.

³ Professor do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogado. ORCID: 0000-0001-8381-0604.

Palavras-chave: Atividade médica autônoma. Responsabilidade civil do hospital. Responsabilidade civil do médico. Coligação contratual. Responsabilidade solidária.

Abstract: The following study analyzes the hospital liability for autonomous medical activity. This study has, as hypothesis, that the amalgam of hospital and medical activities forms a contractual network comprehending the customer (patient), the autonomous doctor and the hospital institution. It sustains that the autonomous doctor and the hospital institution equally form the chain of service supply, a fact that makes possible the supportive liability of the hospital institution for any damage that may come from the exercise of the autonomous medical activity within its premises. For this, the methodology of procedure was used, with the verification of the legal literature on the subject, as well as the approach literature, which is based on a critical-methodological line, backed by a critical theory of reality that includes Law as a problem and as a "complex network of languages and meanings". The doctor's, as well as the hospital's joint supportive liability in the problem-situation presented is the conclusion.

Keywords: Autonomous medical activity. Hospital's civil liability. Doctor's civil liability. Contract Coalition. Supportive liability.

Sumário: Introdução; 1. Breves reflexões sobre a relação hospital-paciente e a responsabilidade do nosocômio por defeito na prestação do serviço hospitalar; 2. Breves reflexões sobre a natureza jurídica da relação médico-paciente e a forma de aferição da responsabilidade destes profissionais; 3. Estado da arte acerca da responsabilidade do hospital pela atividade médica autônoma; 4. O nexos econômico, funcional e sistemático existente entre o desenvolvimento das atividades hospitalar e médica autônoma: a coligação contratual e suas consequências jurídicas; Conclusão: da responsabilidade civil à responsabilidade por danos; Referências.

Introdução

Este artigo analisa a relação de responsabilidade do hospital e do(a) médico(a) (profissional liberal) perante os pacientes (consumidores) quando o(a) médico(a) não possui vínculo de subordinação, de preposição ou de emprego com o hospital, mas realiza procedimentos médicos nas dependências hospitalares. Essa atividade médica é denominada de atividade⁴ médica autônoma.

As hipóteses nascidas do problema retrocitado são: (i) o hospital não responde por tal atividade, já que o(a) médico pratica atividade autônoma e somente ele pode ser responsabilizado, caso estejam preenchidos os requisitos do fato jurídico ensejador de

⁴ Por atividade entende-se “uma atuação na esfera material como quanto uma ambiência de poder, que pode estar vinculada a esfera material, mas que gera intervenção na esfera jurídica de outrem” FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos*. 2013. 283 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2013, p. 242.

responsabilidade, o nexo causal, o dano material e (ou) extramaterial reparável e o nexo de imputação subjetivo ou objetivo; (ii) o hospital responde por tal atividade, visto que o(a) médico pratica atividade autônoma e o seu contrato com o paciente é coligado com o do hospital, caso estejam preenchidos os requisitos do fato jurídico ensejador de responsabilidade, o nexo causal, o dano material e(ou) extramaterial reparável e o nexo de imputação subjetivo ou objetivo.

Nessa senda, o objetivo geral do artigo é trazer à discussão os fundamentos que amparam as hipóteses acima para, em seguida, criticá-los,⁵ por meio de uma linguagem teórico-prática estruturada e falseável, a partir de problematizações e de testabilidades, lembrando da racionalidade crítica de Popper.⁶

Os marcos teóricos para analisar a relação jurídica de atividade médica autônoma abarcando o hospital, o(a) médico(a) e o(a) paciente no âmbito contratual serão as ideias de Rodrigo Xavier Leonardo⁷ sobre contratos coligados e de responsabilidade por danos de Pablo Malheiros da Cunha Frota.⁸

A concretização dos mencionados objetivos terá como caminho o procedimento monográfico como metodologia de procedimento, com a verificação da literatura jurídica e de outras áreas do saber e, como metodologia de abordagem, a linha crítica-metodológica, que percebe o Direito como uma “rede complexa de linguagens e de significados”,⁹ cuja pretensão é resolver problemas emergidos da realidade historicamente situada. Aliado à metodologia retrocitada, tem-se o método fenomenológico-hermenêutico:¹⁰

⁵ O sentido de crítica, positivo ou negativo, para este texto não está necessariamente vinculado a uma específica linha da teoria crítica da Escola de Frankfurt, em seus vários vieses, embora de cada linha se possa apreender ensinamentos relevantes. Crítica é a ideia de testabilidade do sentido atribuído aos institutos jurídicos pelos intérpretes, operadores do direito e (ou) juristas, por meio das instituições (ou não) e a sua adequabilidade àquilo que se encontra na multiplicidade do real, rejeitando-se dogmas e pensando o Direito como problema. Sobre o assunto, por exemplo, veja: SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*. Curitiba: Juruá, 2012.

⁶ POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975, p. 216-230. Rosemiro Pereira Leal sintetiza a perspectiva de Popper: LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 65-68.

⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. v. IV. São Paulo: RT, 2016, p. 457-496.

⁸ FROTA, Pablo Malheiros. Responsabilidade por danos e a superação da ideia de responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 225-242.

⁹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 21.

¹⁰ A hermenêutica é entendida como o modo de “traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido”, a partir do texto posto em tensão com a situação concreta em debate. Não se defende que a hermenêutica se ampare na objetividade do texto ou na subjetividade do intérprete, que são “falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto”. A hermenêutica se apresenta como uma “questão em que os elementos

o método fenomenológico, pelo qual se reconstrói o problema jurídico a partir de sua história institucional, para, ao final, permitir que ele apareça na sua verdadeira face. O Direito é um fenômeno que se mostra na sua concretude, mas sua compreensão somente se dá linguisticamente. Por isso, compreender o fenômeno jurídico significa compreendê-lo a partir de sua reconstrução. Não existem várias realidades; o que existe são diferentes visões sobre a realidade. Isto quer dizer que não existem apenas relatos ou narrativas sobre o Direito. Existem, sim, amplas possibilidades de dizê-lo de forma coerente e consistente.

Assim, cada caso jurídico concreto pode ter diferentes interpretações. Mas isso não quer dizer que dele e sobre ele se possam fazer quaisquer interpretações. Fosse isso verdadeiro poder-se-ia dizer que Nietzsche tinha razão quando afirmou que “fatos não existem; o que existe são apenas interpretações”. Contrariamente a isso, pode-se contrapor que, na verdade, somente porque há fatos é que existem interpretações. E estes fatos que compõem a concretude do caso podem – e devem – ser devidamente definidos e explicitados^{11,12}

Esse método tem por fato jurídico¹³ (fato da vida que importa para o Direito) a (ir)responsabilidade do hospital para com o(a) paciente em casos de erros médicos praticados no hospital por profissional da medicina no exercício da atividade médica autônoma, que deve

determinantes serão a vida fáctica, a historicidade e a finitude”, após a virada hermenêutico-ontológica com Heidegger (Ser e o Tempo em 1927) e com Gadamer (Verdade e Método em 1960). Desse modo, com Gadamer, o “intérprete sempre atribui sentido (Sinngabung) (...) E essa atribuição de sentido não se dá em dois “terrenos separados”, como o sentido da lei e dos fatos. Não. Tudo se dá em um processo de compreensão, em que sempre já existe uma pré-compreensão. Ninguém pode falar em inconstitucionalidade sem saber o que é constituição. Temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Podemos dizer, então, que estamos condenados a interpretar. O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses elementos existenciais. É no nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo que exurgirá a norma, produto da síntese hermenêutica, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete”. O sentido atribuído ao texto pelo intérprete não o autoriza a ser arbitrário ao utilizar texto e norma como se fossem absolutamente autônomos, embora sejam diferentes. “Afinal, e a lição está expressa em Wahrheit Und Methode (Verdade e Método), se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto te diga algo”. Diante disso: “Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. A compreensão antecede, pois, qualquer argumentação. Ela é condição de possibilidade. Portanto, é equivocado afirmar, por exemplo, que o juiz, primeiro decide, para só depois fundamentar; na verdade, ele só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento (a justificação)”. A hermenêutica jurídica, portanto, lida com o texto, a lei, os julgados, como lembra Streck: “Não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único; irrepetível. (...) a hermenêutica (entendida nos limites da hermenêutica filosófica) efetua a compreensão do texto a partir da inserção circunstanciada e histórica do intérprete. O Direito não é apenas um conjunto de textos. Os textos existem a partir das interrogações postas pelos intérpretes e pela situação hermenêutica em que estes se encontram. A hermenêutica é, assim, uma verdadeira ontologia jurídica alternativa ao positivismo jurídico. STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica. Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017 (Locais do Kindle 1301-1443). Edição Kindle.

¹¹ STRECK, L. L. *Parecer*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-politica-juizes-nao-punida.pdf> Acesso em 02.07.2018.

¹² A propósito: “Como diz Streck, a escolha pela fenomenologia representa a superação da metafísica no campo do Direito, de tal modo que uma abordagem hermenêutica – e, portanto, crítica – do Direito jamais pretenderá ter a última palavra. E isso já é uma grande vantagem, sobretudo no paradigma da intersubjetividade” TRINDADE, A. K.; OLIVEIRA, R. T. *Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. RECHTD*, v. 9, a. 3, p. 311-326, setembro-dezembro 2017, p. 325.

¹³ Entende-se fato jurídico como o fato da vida que importa para o Direito. Sobre o assunto veja o Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda e o contraponto a essa teoria quanto aos pressupostos filosóficos: STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Um direito sem faticidade: Uma (des)leitura da teoria do fato jurídico. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, p. 177-202, 2018.

passar por uma reconstrução de sentido¹⁴ para responder pela correção (ou não) do que se pensa sobre o referido fato jurídico.

Diante disso, o artigo foi dividido, além da introdução, da conclusão e das referências, da seguinte maneira:

(i) no item 1, identificar o sentido do significante hospital, assim como apontar as premissas básicas da relação paciente-hospital, tais como natureza jurídica, critérios de aferição de responsabilidade, entre outros;

(ii) no item 2 busca-se densificar as premissas da relação médico-paciente, que pode refletir na responsabilidade “paciente-hospital”, identificando sua natureza jurídica, assim como os pressupostos e os fundamentos da responsabilidade médica pelos danos causados aos pacientes consumidores;

(iii) no item 3, tendo por substrato teórico a construção dos itens anteriores, procura-se identificar o estado da arte do tema, a partir do aprofundamento dos elementos de responsabilização da instituição hospitalar pela atividade médica, em especial a atividade médica autônoma.

(iv) no item 4 analisa-se o desenvolvimento da atividade médica autônoma nas dependências de instituição hospitalar à luz da teoria da coligação contratual, com o objetivo de diagnosticar a natureza da situação jurídica composta pelo paciente (consumidor), pelo médico e pela instituição hospitalar, visando, ainda, a indicar os efeitos jurídicos daí decorrentes.

(v) no item 5 almeja-se refletir sobre o atual sistema de responsabilização civil e o estado da arte do tema, avaliando se se trata de mecanismo que seja (ou não) capaz de tutelar a vítima em sua concretude, além do que, no item 5, são feitas proposições que visam ao aperfeiçoamento dos mecanismos de responsabilização da instituição hospitalar em decorrência dos danos advindos da atividade médica autônoma, como se passa a expor.

¹⁴ Significado indica “as potenciais compreensões que se pode obter quando uma palavra é considerada abstratamente, ou o conjunto de sentidos plausíveis de uma palavra; já <<sentido>> é o uso concreto de um significado. Ou seja, entende-se por <<sentido>> o significado adicionado do contexto do uso da palavra”. SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 31.

1. Breves reflexões sobre a relação hospital-paciente e a responsabilidade do hospital por defeito na prestação do serviço hospitalar.

De forma preliminar, insta atribuir sentido ao significante “hospital”, pois uma interpretação adequada do termo possibilitará melhor compreensão do estudo desenvolvido. Na visão de Caramuru Afonso Francisco, “hospital” pode ser entendido como o “estabelecimento aparelhado com todos os recursos médicos e cirúrgicos para o tratamento dos doentes”.¹⁵

Decerto, o termo “hospital” não representa a pessoa coletiva (associação, sociedade, fundação etc.) à qual o hospital se vincula, que é a responsável pela condução do referido estabelecimento.¹⁶ Dessa forma, complementando o sentido retrocitado, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, assevera que o significante “hospital” pode ser compreendido como sendo

uma universalidade de fato, formada por um conjunto de instalações, aparelhos, e instrumentos médicos e cirúrgicos destinados ao tratamento de saúde, vinculada a uma pessoa jurídica, sua mantenedora, mas que não realiza ato médico.¹⁷

A relação hospital-paciente possui natureza contratual, já que sua configuração decorre da formação de contrato (expresso ou tácito) de prestação de serviços hospitalares ou contrato

¹⁵ FRANCISCO, Caramuru Afonso. Responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e prontos-socorros. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.) *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 184.

¹⁶ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 154.

¹⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista Jurídica*, Síntese, ano XLV, 231, p. 132. Assevera-se que, considerando que a literatura jurídica especializada utiliza diuturnamente, o significante “hospital” para se referir ao estabelecimento peculiar, prestador de serviços na área da saúde, vinculado a uma pessoa coletiva, utilizar-se-á esse termo neste estudo para fins didáticos. Outrossim, embora este estudo se refira ao significante “hospital”, as reflexões aqui postas aplicam-se, no que couberem, aos significantes congêneres: “prontos-socorros”, “sanatórios”, “clínicas” e “casa de saúde”. Isso decorre do fato de que as instituições retromencionadas possuem características jurídicas semelhantes àquelas dos “hospitais” propriamente ditos.

hospitalar.¹⁸ Por conseguinte, o incumprimento do contrato hospitalar gera consequências jurídicas a serem dirimidas pelo campo da responsabilidade por danos contratuais¹⁹⁻²⁰.

O contrato hospitalar, embora não seja revestido das mesmas características do contrato médico, desenvolve, igualmente, importante papel na prestação de serviços na área da saúde.²¹ Isso porque, embora não se trate especificamente do mesmo exercício técnico-procedimental, a atividade hospitalar possui, ao lado da atividade médica, crucial tarefa de preservar, de restaurar e de manter a saúde humana,²² quando isso seja possível diante da condição clínica de cada paciente.

¹⁸ Em relação ao *nome iuris* do contrato formado pela relação paciente-hospital, Amelia Sánchez Gómez afirma que a literatura espanhola costuma utilizar os termos “*contrato de servicios hospitalarios*”, “*contrato de clínica*” ou “*contrato de hospitalización*”. A referida autora salienta que a importância dessa denominação, alberga-se na necessidade de distinguir o contrato oriundo da relação paciente-hospital daquele formado pela relação paciente-médico. GÓMEZ, Amelia Sánchez. *Contrato de Servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998, p. 314. Carlos Ferreira de Almeida, aduz que a literatura jurídica portuguesa prefere utilizar a nomenclatura genérica de “contrato médico” ou “contrato de prestação de serviço médico”, considerando que o contrato advindo da relação paciente-hospital se enquadra como modalidade contratual decorrente da natureza dos contraentes. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os contratos civis de prestação de serviço médico*. direito da saúde e bioética. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1996, p. 75-119. Sobre o assunto, Pedro Arruda França afirma que o contrato hospitalar possui natureza de “contrato atípico misto, emergente da combinação do contrato de assistência médica, profissional, uma locação de serviços médicos e de internação hospitalar, com variedade de serviços médicos auxiliares, cirurgia, fornecimento de alimentos ao sócio ou ao beneficiário ou aos seus dependentes, pela sociedade contratada.” FRANÇA, Pedro Arruda. *Contrato atípicos – legislação, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 160.

¹⁹ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 155.

²⁰ Sobre a natureza da responsabilidade médica veja: SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e profissionais da saúde. In: BODIN DE MORAES Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. (Org.). *Responsabilidade civil de profissionais liberais*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 31-78.

²¹ A permissividade de exploração dos serviços inerentes à área saúde pela iniciativa privada está positivada na Magna Carta de 1988, no art. 199, que aduz: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

²² ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 155. Destarte, o referido autor destaca que o aspecto teleológico da prestação do serviço de saúde (bem essencial), “consubstancia-se em direito da personalidade, social e fundamental da pessoa humana, razão pela qual, de igual forma, submete-se a atividade hospitalar à normatização protetiva de tal direito.” ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 156.

A relação paciente-hospital é de natureza consumerista, sendo relevante deixar clara a configuração dos elementos dessa relação jurídica. A relação de consumo não se concentra no comportamento do agente ou mesmo em quem emite a declaração de vontade.^{23 24}

Tal relação se caracteriza pela atividade, pelo ambiente, pelos sujeitos (consumidor(a) e fornecedor(a)), pela percepção, abstrata e concreta, do poder dominante do fornecedor em relação ao(à) consumidor(a) (assimetria caracterizadora da vulnerabilidade da parte consumidora), pela função²⁵ (contributo que a relação de consumo confere aos participantes e aos terceiros e à sociedade – a que serve e a quem serve – econômica, socioambiental, programática e regulatória), pelos vínculos (contato social, negocial ou extranegocial), pelo objeto (atividade desenvolvida pelo(a) fornecedor(a)), pela causa (razão da utilização do bem e (ou) do serviço), pelos princípios^{26 27} e das regras postas ao mercado de consumo “— sin el

²³ CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A pessoa jurídica consumidora depois do advento do código de defesa do consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*, v. 1, p. 145-180, 2009, p. 145. Versão atualizada e revisada do artigo em espanhol CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018.

²⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 73-74.

²⁵ Sobre a ideia de função veja: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

²⁶ Entende-se que princípios não são mandados de otimização e sim um padrão de comportamento de uma determinada comunidade (alteridade) em um dado momento histórico, que respeita e problematiza a tradição institucional daquela comunidade de forma íntegra e coerente, não se tornando os princípios cláusulas abertas ou de fechamento de lacuna do sistema, mas sim um prático “fechamento hermenêutico, isto é, não vinculam nem autorizam o intérprete desde fora, mas justificam a decisão no interior da prática interpretativa que define e constitui o direito”. Em toda regra, contém um princípio, muitas vezes o da igualdade. A aplicação de um princípio jurídico “deve vir acompanhada de uma detalhada justificação, *ligando-se a uma cadeia significativa*, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito (...) a aplicação do princípio para justificar determinada exceção não quer dizer que, em uma próxima aplicação, somente se poderá fazê-lo a partir de uma absoluta similitude fática. Isso seria congelar as aplicações. O que é importante em uma aplicação desse quilate é *exatamente o princípio que dele se extrai*, porque é por ele que se estenderá/generalizará a possibilidade para outros casos, em que as circunstâncias fáticas demonstrem a necessidade da aplicação do princípio para justificar uma nova exceção. Tudo isso formará uma cadeia significativa, forjando uma tradição, de onde se extrai a integridade e a coerência do sistema jurídico. Esse talvez seja o segredo da aplicação principiológica.” A distinção regra e princípio não pode ser estrutural, como faz Alexy – regra como mandado de definição e princípio como mandado de otimização – pois, no viés hermenêutico, a distinção estrutural não resolve o problema da concretização, porque os princípios somente se apresentam se a subsunção das regras ao caso não resolverem a questão. “Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia, que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras”. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 549, 556, 557, 565 e 566. Veja também sobre o assunto, as páginas 567-574.

²⁷ Para fins informativos “a *International Law Association* (ILA-Londres), um dos principais fóruns de Direito Internacional do mundo, quando da realização do 75.º Congresso de Direito Internacional, realizado em Sófia (Bulgária), nos dias 26 a 30 de agosto de 2012. Na ocasião, foi elaborada a *Declaração de Sófia sobre o Desenvolvimento de Princípios Internacionais de Proteção do Consumidor*, com a edição dos seguintes regramentos fundamentais a respeito da matéria: “a) Princípio da vulnerabilidade – os consumidores são vulneráveis frente aos contratos de massa e padronizados, em especial no que concerne à informação e ao poder de negociação; b) Princípio da proteção mais favorável ao consumidor – é desejável, em Direito Internacional Privado, desenvolver *standards* e aplicar normas que permitam aos consumidores beneficiarem-se da proteção

cual no habrá incidencia del CDC, aunque se presenten los otros presupuestos”.²⁸ As características da relação de consumo no presente tema são assim esmiuçadas:

(a) quem contrata com o médico e(ou) com o hospital é consumidor(a) destinatário(a) final fático e econômico do serviço que adquire (CDC, 2º, *caput*). Diante das diversas teorias existentes para qualificar a pessoa humana²⁹ como consumidora,³⁰ acolhe-se a teoria conglobante do(a) consumidor(a).

Nesse passo, a pessoa humana que adquire serviços hospitalares e médicos, com o(a) médico(a) em atividade autônoma, é qualificada como destinatária final fática e econômica no mercado de consumo, na forma do art. 2º, *caput*, do CDC. A característica genética que configura a pessoa humana ou coletiva como consumidora é a vulnerabilidade, entendida como “uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção”³¹.

A literatura jurídica elenca, de forma exemplificativa, quatro espécies de vulnerabilidade: (i) *informacional*, “básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade”. Isso porque “o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional”. Esta é a modalidade que mais justifica a proteção do consumidor, porque a informação inadequada sobre produtos e serviços é potencial geradora de incontáveis danos; (ii) *técnica*, na qual “o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está

mais favorável ao consumidor; c) Princípio da justiça contratual – as regras e o regulamento dos contratos de consumo devem ser efetivos e assegurar transparência e justiça contratual; d) Princípio do crédito responsável – crédito responsável impõe responsabilidade a todos os envolvidos no fornecimento de crédito ao consumidor, inclusive fornecedores, corretores, agentes e consultores; e) Princípio da participação dos grupos e associações de consumidores – grupos e associações de consumidores devem participar ativamente na elaboração e na regulação da proteção do consumidor.” TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 29.

²⁸ CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 392-393.

²⁹ A literatura jurídica aponta: “Se utilizan los términos persona humana y persona colectiva, pues el término persona jurídica es género del cual son especies la persona humana, la persona colectiva y la persona electrónica (máquinas que por la inteligencia artificial toman decisiones morales y éticas). Ello porque la persona jurídica es una creación del derecho”. CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 394.

³⁰ Sobre o tema veja: CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 398-413.

³¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 87.

adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços”; (iii) *jurídica* ou *científica*, que consiste na “*falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia*”. Esta é “*presumida* para o(a) consumidor(a) não profissional e para o consumidor pessoa física”, enquanto que, “quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas, vale a presunção em contrário”; (iv) *fática ou socioeconômica* é aquela na qual se vislumbra grande poderio econômico do fornecedor, em virtude do qual (o poderio) ele (o fornecedor) pode exercer superioridade, prejudicando os consumidores.³²

Na presente relação jurídica, as vulnerabilidades técnicas e informacionais são as mais explícitas, uma vez que o hospital e o(a) médico(a) possuem o domínio técnico acerca da estrutura hospitalar e da atividade médica, respectivamente. Dessa forma, a presença no caso concreto de uma das vulnerabilidades, conjugada com os demais requisitos abaixo descritos qualifica a pessoa humana como consumidora.³³

Nesse passo, com lastro na teoria conglobante:

Para ser considerada consumidora, la persona humana, la persona colectiva (nacional o extranjera, pública o privada, simple o empresaria), el ente despersonalizado y la persona por nacer debe englobar, *a partir del caso concreto*, la adquisición o la utilización de un bien y/o servicio sin profesionalidad, aun cuando sea en la actividad en la que actúa, sin trasladar el costo —directamente— al precio de su actividad profesional y sin utilizarlos para continuar el ciclo productivo, sino de modo definitivo y poniendo fin a la cadena económica.

No importa si el consumidor tiene una posición económica elevada (*MSF Funding LLC v. Clínica Paulo e Ângelo Balthazar S/C Ltda*) o si es profesional, sino si existe algún tipo de vulnerabilidad en relación con el proveedor en el mercado de consumo, aun cuando el posible consumidor sea profesional de la misma área. Lo que no puede ocurrir *bajo ninguna hipótesis* es que el bien y/o servicio integre el proceso de producción de la actividad del consumidor, que este no cumpla la función socioambiental de los citados instrumentos y que no haya ningún tipo de vulnerabilidad entre las partes.

La *teoría englobante* abarca el análisis integral de los presupuestos de la relación de consumo —sujetos, objeto, causa, vínculo, función, mercado de consumo—, así como los principios y las reglas atinentes a la mencionada relación. Desde esta perspectiva, poco importa si el consumidor es profesional, si posee un fin de lucro, si tiene un importante poderío económico. Importa si posee algún tipo de vulnerabilidad abstracta y concreta, constatable a partir del caso analizado; si no utiliza los bienes y/o servicios para reincorporarlos al ciclo productivo; si agota la cadena fática y económica; si cumple o tiene las condiciones para cumplir la función socio-ambiental

³² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 88, 90 e 94, grifo nosso.

³³ Sobre o tema veja: CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 407.

de los aludidos instrumentos y si los mencionados instrumentos fueron adquiridos en el mercado de consumo (AI 58564-5/180).³⁴

Diante disso, a pessoa humana que contrata os mencionados serviços é consumidora final *stricto sensu* “sin profesionalidad, aun cuando sea en la actividad en la que actúa, sin trasladar el costo – directamente – al precio de su actividad profesional y sin utilizarlos para continuar el ciclo productivo, sino de modo definitivo y poniendo fin a la cadena económica.”³⁵

(b) o hospital e o(a) médico, que pratica atividade médica autônoma, são fornecedores do serviço, na forma do art. 3º do CDC. Desse modo, ambos os fornecedores praticam atividade econômica (conjunto de atos coordenados para um objetivo empresarial ou não empresarial), remunerada típica, de forma profissional e habitual de serviços hospitalares e de atividade médica específica para o mercado de consumo. São fornecedores reais e imediatos dos serviços contratados.³⁶

(c) a função deste contrato é: (i e ii) regulatória e programática, porque há um programa contratual imposto pelos fornecedores; (iii) econômica pelos contributos de lucratividade que os fornecedores recebem; (iv) social,³⁷ já que a saúde é tutelada por meio dos citados contratos; (v) ambiental, visto que o uso do material e da aparelhagem hospitalar para a prestação dos citados serviços deve ser feito e descartado, no caso do material, de forma ambientalmente correta.

(d) essa relação de consumo entre consumidor(a) e o hospital e o(a) médico(a) está inserida no ambiente denominado de mercado de consumo, que se “caracteriza como uma unidad jurídica de relaciones de intercambio de bienes y de prestación de servicios en el ámbito

³⁴ Sobre o tema veja: CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 412.

³⁵ Sobre o tema veja: CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 412.

³⁶ CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 394-395.

³⁷ Social entendida como transcensão entre posições jurídicas individuais e não individuais (individuais homogêneas, coletivas e difusas), cujo sentido é aquele posto no art. 81 do CDC, sem que haja, *a priori*, uma preponderância de uma sobre a outra, que somente pode ocorrer diante de um caso concreto, desde que cumprido o dever de fundamentação. A ideia, em regra, é compatibilizar tais posições jurídicas e, apenas, em último caso, uma deve prevalecer sobre a outra.

de una relación de consumo, por ser precisamente el consumo el resultado final de la actividad económica”.³⁸ Configurada, por conseguinte, a relação de consumo entre as partes.

No CDC (art. 14, *caput*), o fornecedor responderá por danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação dos serviços, assim como pelas informações em desacordo com os arts. 30 e seguintes do referido Código.

A responsabilidade do fornecedor é, em regra, valorada pelo critério objetivo, tendo por fundamento o risco da atividade desenvolvida. Dessa maneira, a aferição da responsabilidade do fornecedor prescinde da existência e da verificação de culpa (critério subjetivo).

À luz do regramento positivo, a responsabilidade do fornecedor pela reparação dos danos oriundos de defeito nos serviços ofertados no mercado de consumo somente não existirá se o fornecedor provar que: (i) tendo prestado o serviço, o defeito inexiste (CDC, art. 14, § 3º, I); (ii) há fato exclusivo do consumidor ou de terceiro capaz de afastar o dever de reparar (CDC, art. 14, §3º, II).³⁹

Além das excludentes de responsabilidade elencadas pelo art. 14, § 3º, do CDC, admite-se, ainda, que a ruptura do *nexo de causalidade*⁴⁰ seja impulsionada pela incidência das hipóteses de *caso fortuito* e de *força maior*.⁴¹

³⁸ CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 397.

³⁹ A importância dessa consideração evidencia-se, por exemplo, no momento da distribuição do *ônus probandi*. Isso porque nos casos de defeito no serviço (ou do produto) o ônus da prova é invertido *ope legis* em desfavor do fornecedor. Não obstante, o ônus da prova também poderá ser invertido, agora *ope iudicis*, quando preenchidos os requisitos descritos no art. 6º, VIII, do CDC. Assim, assinala-se que a inversão, no primeiro caso (inversão *ope legis*), ao contrário do segundo (inversão *ope iudicis*), não depende do juiz ou do preenchimento dos requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência, bastando apenas a alegação do dano para que se opere, isto é, decorre por força de enunciado normativo cogente que impõe ao fornecedor o dever de alguma das excludentes do dever de reparar acima explicitadas.

⁴⁰ Para melhor compreensão sobre as diversas teorias do nexo de causalidade e sua aplicabilidade nas relações consumeristas, veja, por todos: FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 37-195.

⁴¹ DENARI, Zelmo. *Código brasileiro defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108).10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 206-207. Importante salientar que hodiernamente vigoram no direito brasileiro as construções teóricas do *fortuito interno* e do *fortuito externo*. Para um maior aprofundamento sobre a matéria veja: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 68-72 e FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 160-186.

Para que haja a devida constatação se há (ou não) defeito no serviço prestado pelo hospital é necessário que a atividade por ele desenvolvida seja avaliada em três prismas: (i) *atividade extramédica*; (ii) *atividade paramédica*; (iii) *atividade essencialmente médica*.⁴²

A *atividade extramédica* é composta por uma gama de medidas que visam a garantir a saúde do(a) paciente, por meio de quatro tipos de serviços específicos: (i) internamento; (ii) dever de hospedagem⁴³ com fornecimentos de recursos que atendam ao especial fim do tratamento; (iii) dever de vigilância e segurança; (iv) dever de guarda, conservação, sigilo e informação dos documentos.^{44 45}

Em relação ao *internamento*, o hospital possui o dever de velar pela incolumidade do paciente, por intermédio de todo auxílio inerente às peculiaridades dos serviços prestados pelos hospitais, buscando prestar um serviço de qualidade que atenda às legítimas expectativas de seu destinatário.⁴⁶

Como exemplo de defeito advindo do internamento aponta-se a falta de assepsia que ocasiona a infecção hospitalar, um importante fator de agravamento do quadro imunológico dos pacientes e dos seus acompanhantes.

Decorre da atividade hospitalar o dever de *hospedagem* com fornecimentos de recursos que atendam ao especial fim do tratamento, vale dizer, o hospital será responsável se houver danos oriundos da falta de *recursos mínimos* que possam garantir a efetivação do tratamento.⁴⁷

⁴² A responsabilidade transubjetiva do hospital em decorrência dos atos essencialmente médicos, por questões didáticas, será trabalhada no capítulo 3 deste trabalho.

⁴³ Nesse sentido, Miguel Kfoury Neto esclarece que: “Não obstante falar-se ‘*hoteleria*’, é claro que a permanência do doente no hospital difere substancialmente da mera hospedagem.” KFOURY NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 36. Destaca-se que a Lei 11.771/2008 trata do que seja hospedagem em hotelaria, que não se aplica aos hospitais.

⁴⁴ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 171-186.

⁴⁵ KFOURY NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 36.

⁴⁶ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 171.

⁴⁷ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 172. Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução CFM 1451/95 que visa melhorar a situação de falta de infraestrutura, nos aspectos materiais e humanos. Dessa maneira, a referida resolução definiu que os hospitais que laboram em regime de plantão devem, obrigatoriamente, contarem com equipe médica qualificada, constituída, no mínimo, de profissionais das áreas de anestesiologia, clínica médica, pediatria, cirurgia geral, ortopedia. Além disso, a resolução ainda determina que haja sala de emergência equipada com material para oxigenação, aspiração, reanimação e manutenção cardiorrespiratória e para eventuais

A instituição hospitalar possui o *dever de vigilância e de segurança* em relação ao paciente, isto é, uma vez internado, compete ao nosocômio zelar pela segurança do paciente, evitando-se, por meio de serviços e/ou produtos, que aquele sofra lesões à sua saúde, ainda que o fato ensejador do dano seja estranho às atividades médicas e paramédicas.⁴⁸

Outra responsabilidade que decorre da atividade do hospital é a manutenção de *sigilo* em relação às informações dos pacientes contidas em prontuários, fichas, entre outros.⁴⁹ Além disso, o hospital deve manter à disposição da equipe médica o prontuário do paciente enquanto este estiver internado. Após o período de internação, a documentação deverá ser armazenada em arquivo que permita que este seja facilmente resgatado.

O prontuário e os demais documentos do paciente são sigilosos, sendo defeso o repasse de quaisquer informações a terceiros. As informações somente poderão ser repassadas ao paciente (ou representante, na impossibilidade deste) ou mediante decisão judicial.⁵⁰

procedimentos de urgência. Além do mais, o pronto socorro deverá permanecer à disposição da população em funcionamento ininterrupto (Resolução CFM 1451/95, art. 6º).

⁴⁸ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p.153-186, p. 179-180. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça - STJ não conheceu do Recurso Especial 494.206-MG, que visava a reversão do julgado que considerou uma instituição hospitalar do Estado de Minas Gerais responsável pelo suicídio cometido por um paciente que se encontrava em tratamento de câncer na casa. O paciente havia demonstrado o interesse em ceifar a própria vida. Os familiares avisaram o médico que, por sua vez, avisou o hospital. De outro modo, nenhuma medida foi tomada para se evitar a tragédia, como, por exemplo, a ministração de sedativos que pudessem inibir a prática suicida. Assim, o comportamento do hospital foi considerado omissivo, o que viola o dever de segurança, configurando o defeito na prestação do serviço hospitalar. De igual modo, o STJ não conheceu do Recurso Especial 646.562-MT, que visava a reforma do julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, onde este considerou responsável a instituição hospitalar por morte de paciente provocada por um ataque de outro paciente. O paciente foi atingido na cabeça por uma barra de ferro (suporte do soro) por um outro paciente que também se encontrava internado no nosocômio. A instituição hospitalar alegou excludente de responsabilidade (fato de terceiro). O TJMT considerou que o nosocômio manteve comportamento omissivo, violando o dever de segurança, e configurando o defeito no serviço

⁴⁹ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 183-184.

⁵⁰ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 184. No que toca ao dever de sigilo, assevera-se que é aplicado à instituição hospitalar as mesmas regras previstas no Código de Ética Médica (vide arts. 11 e 64). Insta salientar que o dever de sigilo emana do direito fundamental à intimidade, positivado na Constituição Federal – CF, no art. 5º, X, cuja violação enseja compensação. Nessa esteira, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDFT responsabilizou uma médica que entregou o prontuário da paciente a terceiros. As informações contidas no prontuário foram utilizadas em desfavor da paciente em um processo de guarda. O referido Tribunal considerou o comportamento da médica como desidioso (culpa), configurando falha na prestação do serviço médico, ensejando, por conseguinte, a condenação da médica a compensar a paciente em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por danos extramateriais. (vide: TJDFT, Apelação Cível 20100710111837APC. 5ª Turma Cível. Brasília, 29 de maio de 2013).

A *atividade paramédica* consiste nos atos praticados pela enfermagem (e outros profissionais da saúde), auxiliares e colaboradores que executam as ordens do médico.⁵¹ A atividade por eles desenvolvida integra intimamente a atividade hospitalar, razão pela qual os atos paramédicos estão inseridos no âmbito da responsabilidade civil do hospital.⁵²

Assim, tem-se que o hospital será responsável pelos danos causados pelos serviços *extramédicos* e *paramédicos*. Antes, porém, de abordar a responsabilidade dos hospitais pela atividade *médica*, desenvolver-se-á um breve estudo sobre a relação médico-paciente e a forma de verificação da responsabilidade desse profissional liberal (médico), para maior elucidação sobre a matéria.

2. Breves reflexões sobre a natureza da relação médico-paciente e a forma de aferição da responsabilidade destes profissionais.

Para que seja possível qualificar uma(a) profissional como liberal devem ser preenchidos alguns requisitos para a literatura jurídica, para o art. 1º, § 2º, do Estatuto da Confederação Nacional das Profissões Liberais e para o critério estipulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), respectivamente:

Entende-se por profissional liberal todo aquele que desenvolve atividade específica de serviços, com independência técnica, e com qualificação e habilitação determinadas pela lei ou pela divisão social do trabalho. Nesse conceito estão abrangidas profissões: a) regulamentadas ou não por lei; b) que exigem graduação universitária, ou apenas formação técnica; c) reconhecidas socialmente, até mesmo sem exigência de formação escolar. Na hipótese “c” apenas estão incluídos os tipos sociais reconhecíveis. As profissões liberais são mais bem identificadas quando regulamentadas e fiscalizadas pelo Estado (ou fiscalizadas por entidades, com delegação estatal específica).⁵³

Para fins do disposto no caput deste artigo, considera-se profissional liberal aquele legalmente habilitado a prestar serviços de natureza técnico-científica de cunho

⁵¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 37. Como exemplos de atos paramédicos apontam-se: a) alimentação parenteral; b) colocação de aparelho gessado em membro fraturado; c) administração de medicamentos; d) aplicação de injeções; e) exames radiológicos; f) curativos; g) controle de pressão arterial e temperatura, etc. (KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 37).

⁵² Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG manteve incólume a sentença de primeiro grau que condenou a instituição hospitalar a compensar a família do paciente que caiu da maca durante o transporte entre hospitais. O serviço prestado pelo corpo paramédico foi considerado defeituoso, a ensejar a responsabilização transubjetiva do nosocômio. TJMG, Apelação 1.0145.08.498869-3/001. j. 07.05.2013.

⁵³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil I - Parte Geral*. (Edição do Kindle) 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (Locais do Kindle 8077-8081).

profissional com a liberdade de execução que lhe é assegurada pelos princípios normativos de sua profissão, independentemente do vínculo da prestação de serviço.⁵⁴

(i) prestação de serviço técnico ou científico especializados; (ii) formação técnica especializada, normalmente, em nível universitário; (iii) vínculo de confiança com o cliente ("*intuitu personae*"); (iv) ausência de vínculo de subordinação com o cliente ou com terceiro; (v) exercício permanente da profissão.⁵⁵

Como visto, o(a) médico(a) que pratica atividade autônoma preenche os requisitos acima, porque: desenvolve, de forma permanente, atividade específica de serviços, regulamentada em lei, com graduação universitária, reconhecida socialmente, fiscalizada pelo Estado e pelo Conselho Federal e Regional de Medicina, com a confiança do(a) paciente, sem vínculo de subordinação com o paciente ou com terceiro, possuindo, portanto, liberdade técnica e de atuação.

Desse modo, a atividade médica autônoma encerra uma relação médico-paciente de natureza contratual (expressa ou tácita)⁵⁶ e, excepcionalmente, extracontratual.⁵⁷ Outrossim, entende-se que a relação médico-paciente é tipicamente consumerista, e, portanto, submetida aos ditames postos no CDC.⁵⁸

O paciente (consumidor) apresenta vulnerabilidade em relação ao(à) médico(a). A vulnerabilidade não é elemento da relação de consumo, mas, de outro modo, serve para

⁵⁴ Estatuto da CNPL. Disponível em <http://www.cnpl.org.br/new/images/arquivospdf/estatuto.pdf> Acesso em 15 de agosto de 2018.

⁵⁵ STJ – Recurso Especial 1.546.114. 3ª T. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Dj-e de 23.11.2015.

⁵⁶ Cleonice Rodrigues Cesarin da Rocha afirma que “a obrigação contratual assumida pelo médico com seu paciente consiste numa prestação de seus serviços profissionais. Assim sendo, entende-se que, como nas demais profissões liberais, esse tipo de obrigação encaixa-se perfeitamente no modelo de contrato de prestação serviços. A atividade que o médico desenvolve não visa obter um resultado certo e determinado, mas sim a alcançá-lo, utilizando todos os meios de que dispõe e tem ao seu alcance, tendo por norte os parâmetros traçados pela *lex artis* médica.” ROCHA, Cleonice Rodrigues Cesarin da. A natureza jurídica do contrato médico. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 72.

⁵⁷ Kfourri Neto assevera que: “É claro que poderá existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato: o médico que atende alguém desmaiado na rua, v.g. A obrigação de reparar o dano, entretanto, sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele.” KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 83. Perfilhando-se ao entendimento exposto, Edmilson de Almeida Barros Júnior assevera que: “A natureza jurídica da relação médico-paciente, de forma pacificada, é contratual, sendo extracontratual, excepcionalmente, quando, por exemplo, o médico atende o doente em estado de impossibilidade de autodeterminação.” BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 96.

⁵⁸ Nesse diapasão é a opinião de Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas: “Assim considerados (e devidamente transplantados os conceitos ao caso em questão), temos que o paciente – ou usuário de serviços médicos – é o consumidor, para o qual se presta um serviço (o ato médico de forma geral; uma consulta, uma intervenção ou qualquer outro tipo de procedimento), e o fornecedor é aquele profissional que desenvolve sua atividade, de forma remunerada, nos moldes do já mencionado artigo 3º.” DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Direito médico*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 30.

qualificar o sentido de consumidor.⁵⁹ Em relação à vulnerabilidade, poder-se-ia dizer que esta se apresenta, *in concreto*, de forma: (i) *específica* (quando refletir a situação de inferioridade de grupos sociais); (ii) *técnica* (quando o consumidor não possuir conhecimento técnico capaz de mensurar a qualidade, os meios empregados e os riscos do produto e/ou serviço); (iii) *jurídica* (quando o consumidor não possui conhecimento jurídico do objeto da relação de consumo); (iv) *fática ou econômica* (quando o consumidor defronta-se com uma superioridade econômica ou mesmo o monopólio de determinada atividade por parte do fornecedor); (v) *informativa* (diz respeito à ausência de informações adequadas, claras e precisas, no momento em que os consumidores adquirem bens e/ou serviços no mercado de consumo); (vi) *ambiental* (quando o consumidor desconhece os danos ambientais causados pelo bem e/ou serviço colocados no mercado de consumo); (vii) *especial ou hiper* (ocorre no caso de consumidores idosos, crianças e adolescentes, analfabetos, nos que possuem saúde debilitada).^{60 61}

Na relação médico-paciente a vulnerabilidade pode apresentar-se de forma *técnica, jurídica, fática, ambiental, informativa e especial*. A presença de apenas uma das vulnerabilidades retromencionadas já é suficiente para qualificar o sentido de consumidor.⁶²

⁵⁹ CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A pessoa jurídica consumidora duas décadas depois do advento do código de defesa do consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*, v. 1, p. 145-180, 2009, p. 161.

⁶⁰ CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A pessoa jurídica consumidora duas décadas depois do advento do código de defesa do consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*, v. 1, p. 145-180, 2009, p. 162-163.

⁶¹ Não obstante se reconheça que existe entendimento de que hipossuficiência e vulnerabilidade são sinônimas ou que a hipossuficiência é uma espécie especial de vulnerabilidade, acolhe-se o sentido atribuído por Flávio Tartuce e Daniel Amorim: “Ao contrário do que ocorre com a vulnerabilidade, a hipossuficiência é um *conceito fático* e não jurídico, fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto. Assim sendo, *todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente*. Logicamente, o significado de hipossuficiência não pode, de maneira alguma, ser analisado de maneira restrita, dentro apenas de um conceito de discrepância econômica, financeira ou política. A hipossuficiência, conforme ensina a doutrina, pode ser *técnica*, pelo desconhecimento em relação ao produto ou serviço adquirido, sendo essa a sua natureza perceptível na maioria dos casos. Nessa linha, aponta Roberto Senise Lisboa que “O reconhecimento judicial da hipossuficiência deve ser feito, destarte, à luz da situação socioeconômica do consumidor perante o fornecedor (hipossuficiência fática). Todavia, a hipossuficiência fática não é a única modalidade contemplada na noção de hipossuficiência, à luz do art. 4º da Lei de Introdução. Também caracteriza hipossuficiência a situação jurídica que impede o consumidor de obter a prova que se tornaria indispensável para responsabilizar o fornecedor pelo dano verificado (hipossuficiência técnica). Explica-se. Muitas vezes o consumidor não tem como demonstrar o nexo de causalidade para a fixação da responsabilidade do fornecedor, já que este é quem possui a integralidade das informações e o conhecimento técnico do produto ou serviço defeituoso”. Desse modo, o conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões *pobre* ou *sem recursos*, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, no campo processual. O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informativa, diante de uma situação de desconhecimento, conforme reconhece a melhor doutrina e jurisprudência.” TARTUCE Flávio; NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 27.

⁶² CARPENA, Heloísa. *Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 19, p. 29-48, jul./set. 2004, p. 38-39.

Dessa forma, observando-se que a relação médico-paciente *congloba* todos os elementos que configuram a relação de consumo, pode-se concluir que se trata de uma relação consumerista, submetida aos ditames do CDC.⁶³

O ponto fulcral do debate acerca da aplicabilidade (ou não) do CDC à relação médico-paciente está intrinsecamente relacionado com a especificidade da atividade médica e a forma de valorar a possível responsabilidade do profissional em relação aos danos suportados pelos pacientes.

Em regra, como já exposto, a responsabilidade do fornecedor é valorada pelo critério objetivo. De outro modo, a referida legislação (CDC) excepcionou os profissionais liberais à regra geral, determinando que a valoração da responsabilidade destes profissionais seja realizada com base na culpa *lato sensu* (critério subjetivo), consoante o enunciado normativo posto no art. 14, § 4º, do CDC⁶⁴ e art. 951 do Código Civil,⁶⁵ este no caso de a atividade médica causar a morte do(a) paciente. Desse modo, a responsabilidade do profissional liberal é aferida com base na existência de comportamento negligente, imprudente, imperito (culpa subjetiva) ou doloso ou violador de um comportamento padrão (culpa objetiva ou normativa).⁶⁶

A exceção concedida aos profissionais liberais, tem por equivocada explicação o tipo de dever que ele deve cumprir quando realiza a atividade médica. Para parte da literatura jurídica, a

norma é justificada, visto que os profissionais liberais individuais, assim como os consumidores, estão muitas vezes em posição de vulnerabilidade ou hipossuficiência.

⁶³ Em ponto de vista contrário, Miguel Kfoury Neto entende que: “*De lege data*, por conseguinte, os médicos, enquanto *profissionais liberais*, não se sujeitam às normas do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos atos terapêuticos.” KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 236. Perfilham-se a esse entendimento: COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica*. Teoria da eleição procedimental. Iatrogenia. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49-57; ROCHA, Cleonice Rodrigues Cesarin da. A natureza jurídica do contrato médico. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 45-74, p. 52-54; BITTAR, C. A. *Danos morais: o que são e como se relacionam com os procedimentos médicos, médica defensiva: problema ou solução*. Safe: Porto Alegre, 1996, p. 22-23.

⁶⁴ 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.”

⁶⁵ Art. 951: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

⁶⁶ Sobre a impertinência da manutenção culpa na responsabilidade contratual e a sua tipologia: CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011. Pela manutenção da culpa na responsabilidade contratual e extracontratual CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Além disso, quando o serviço é prestado por um profissional liberal, há um caráter personalíssimo ou *intuitu personae* na relação jurídica estabelecida.⁶⁷

Outro argumento é o de que a prestação de fazer do(a) médico(a) <<praticar o procedimento médico acordado com o paciente>> é chamada de “*obrigação de meio*”,⁶⁸ salvo em casos de cirurgias estéticas embelezadoras.⁶⁹ A razão disso seria porque o dever do(a) médico(a) teria como causa final a atividade em si, independentemente do resultado, centralizando-se na prestação de comportar-se com diligência, boa-fé e de acordo com o que determine a técnica e a ciência que devam ser empregadas.^{70 71}

Além disso, a dicotomia “obrigação” de meio e “obrigação” de resultado reflete diretamente no procedimento de aferição da responsabilidade do fornecedor – mais especificamente em relação ao *onus probandi*. Isso porque, quando a “obrigação” é de meio, não há presunção de culpa (relativa ou absoluta) do devedor; e, de outro modo, quando a

⁶⁷ TARTUCE Flávio; NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 155.

⁶⁸ Perfilham-se a esse entendimento: STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 547; AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: RT, 1995, p. 33; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15; DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 285; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 363; THOMAZ JÚNIOR, Dimas Borelli. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, 741-93; KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: RT, 1990, p. 57-65.

⁶⁹ Nessa linha o STJ já se perfilhou a esse entendimento no julgamento dos seguintes casos: (i) REsp. 819.008-PR. 4ª Turma. Rel. Min. Raul Araújo. Brasília; (ii) AgRg no Ag em REsp. 206.291-MG. 3ª Turma. Rel. Min. Massami Uyeda; (iii) REsp. 1.046.632-RJ. 4ª Turma. Rel. Min. Marco Buzzi. Sustenta entendimento diverso Regina Beatriz Tavares da Silva, que entende ser de meio a obrigação assumida pelo médico na realização das cirurgias plásticas de cunho reparador e também de cunho embelezador. Em relação à primeira, a autora entende que por ser cunho reparador, a cirurgia não consiste em procedimento que visa o enaltecimento da vaidade, da futilidade; ao contrário, esta visa a recuperação necessária de dano à incolumidade física do paciente, e, por isso, compreende a autora ser de meio a natureza da obrigação do médico-cirurgião, uma vez que este realiza o procedimento cirúrgico com a finalidade de envidar todos os esforços para que o dano seja, dentro dos limites da ciência, maximamente reparado.⁶⁹ Em relação ao procedimento de cirurgia estética, mesmo a autora entendendo que este possui outra “razão de ser” e que não coaduna com as finalidades terapêuticas, tal procedimento está exposto às vicissitudes do sistema orgânico do paciente, o que torna imponderável a avaliação de alcance de resultado perfeito, em relação ao objetivo inicialmente pretendido. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 148.

⁷⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁷¹ Hipótese de “obrigação” de resultado ter por imputação o critério subjetivo: “Recurso especial. Responsabilidade civil. Erro médico. Art. 14 do CDC. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Caso fortuito. Excludente de responsabilidade. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em ‘termo de consentimento informado’, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ – REsp 1.180.815/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 19.08.2010 – DJe 26.08.2010).

“obrigação” é de resultado, há presunção relativa de culpa, uma vez que cabe prova em contrário do profissional, deslocando-se para este o ônus de provar que se comportou sem culpa.⁷²

Ocorre que se o médico ainda não inadimpliu com o seu dever, não se pode chamar a prestação de fazer de obrigação, porque ela não é exigível judicialmente ou extrajudicialmente,⁷³ a ratificar que existe uma prestação de fazer, mas não, tecnicamente, uma obrigação, já que o contrato firmado entre as partes não é, em regra, de execução instantânea, mas diferida ou de trato sucessivo, em caso de tratamento de longo tempo.

A corrente majoritária da literatura jurídica especializada entende que atribuir ao médico *obrigação de resultado* não seria viável, uma vez que isso prejudicaria substancialmente o desempenho da atividade médica. Discorda-se do entendimento majoritário citado, tendo em vista que essa dicotomia não faz sentido, como acertadamente assevera Paulo Lôbo:

Tal distinção das obrigações não mais se sustenta, pois contradiz um dos principais fatores da transformação da responsabilidade civil, ou seja, a primazia do interesse da vítima. Por outro lado, estabelece uma inaceitável desigualdade na distribuição da carga da prova entre as duas espécies: na obrigação de meio, a vítima não apenas tem de provar os requisitos da responsabilidade civil para a reparação (dano, fato causador, nexo de causalidade, imputabilidade), mas que o meio empregado foi tecnicamente inadequado ou sem a diligência requerida, o que envolve informações especializadas, que o autor do dano dispõe e ela não; na obrigação de resultado, basta a prova dos requisitos. O tratamento desigual para reais, em virtude da qualificação do conteúdo da obrigação como de meio ou de resultado, conflita com o princípio constitucional da igualdade, que é uma das conquistas modernas da responsabilidade civil.^{74 75}

Dessa forma, imputar o ônus probatório à vítima do dano oriundo da atividade médica não aparenta ser adequado. A exigência de que a vítima produza uma prova dessa natureza figura como uma deliberada determinação de produção de *prova diabólica*, haja vista que o consumidor não possui domínio sobre a atividade desenvolvida pelo fornecedor e terá imensas dificuldades para conseguir comprovar que o médico comportou-se culposamente (*culpa lato sensu*), já que o paciente encontra-se em estado de *vulnerabilidade técnica* em relação ao

⁷² LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37-38.

⁷³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. Edição Kindle. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (Locais do Kindle 396-408).

⁷⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38. Nesse sentido, Iturraspe entende que a dicotomia entre obrigação de meio e de resultado não favorece a tutela do consumidor de serviços, de forma a atenuar o rigor da obrigação do prestador (fornecedor), engendrando um âmbito de inadimplemento contratual admitido. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado em los servicios, desde la perspectiva del consumidor*. Porto Alegre: Ajuris, 1998, p. 250.

⁷⁵ Sobre o tema veja: RENTERIA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*. Análise crítica. São Paulo: GEN/Método, 2011.

médico,⁷⁶ de tal modo que dependerá de outros profissionais atuantes no campo da medicina para que consiga comprovar os danos sofridos.

Nesse sentido, o CDC, em seu art. 6º, VIII,⁷⁷ prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do(a) consumidor(a) (hipossuficiente) ou se houver verossimilhança⁷⁸ nas suas alegações.⁷⁹ ⁸⁰ A inversão do dever de provar em desfavor do fornecedor ocorrerá *ope legis*⁸¹ e/ou *ope judicis*, sendo que, nesta última hipótese, é condição *sine qua non* o

⁷⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40. Juan Manuel Prevot comunga desse entendimento e afirma ser de extrema complexidade a comprovação da culpa médica, pois a medicina é ciência complexa, com resultados aleatórios. (*Responsabilidad de los médicos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008).

⁷⁷ Art. 6º. “São direitos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência; (...)”

⁷⁸ O sentido de verossimilhança adequado é aquele apresentado por Rosemiro Pereira Leal: “Na elucidação do termo jurídico verossimilhança, há de se afastar a semântica aristotélica que situa o vocábulo como atributo de representação do que “poderia acontecer”, sem ter pretensão de ser verdadeiro, ou com o que é semelhante à verdade. Acrescente-se que também as definições de **verdade** que marcam a filosofia das escolas estoica, hegeliana, fenomenalista e até os semioticistas de hoje desservem a reflexão sobre o tema, porque, na epistemologia jurídica, o pensamento hermenêutico se faz a partir do processo jurídico-construtivo da lei e de sua vigência e incidência, e não de uma “realidade pressuposta” ou suposta (verdade causal) *a-jurídica*. A **verossimilhança** não é, em direito processual, o que se apresenta semelhante à verdade, mas o que se pode **ver** (inferir) pela similitude (conjectura sobre base físico-corroborativa – verossimilitude) das alegações condutoras dos **conteúdos de materialidade da prova** instrumentalizados e vistos (já existentes) nos autos do procedimento. O esclarecimento da verossimilhança pela **verossimilitude** encontra, neste século, em Popper, testabilidade máxima ao apontar a verossimilitude como **asserção** que se torna forte pela **amplitude de conteúdos** sobre os quais se elabora, ainda que refutáveis ou falseáveis. Colhendo-se essas lições, entende-se que a expressão “verossimilhança das alegações” refere-se à existência demonstrada dos **conteúdos legais** da prova (elemento, meio, instrumento), como **matéria** necessária das “alegações”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, (edição eletrônica), item 6.3.4.

⁷⁹ O STJ, no julgamento do Recurso Especial 696.284-RJ, reconheceu a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor no âmbito da relação médico-paciente. Na parte da fundamentação do acórdão, o referido Tribunal obtemperou: “A terceira questão diz respeito a outra matéria, isto é, a do ônus da prova, pertinente ao agir culposo da profissional médica que atendeu a paciente, levando-a ao resultado lesivo. Aqui já não se tem a responsabilidade objetiva de que acima se tratou, mas, ao contrário, a responsabilidade subjetiva. Só que a responsabilidade subjetiva apurada dentro do microsistema de responsabilidade do garantidor do consumidor, isto é, o Código de Defesa do Consumidor. Esse sistema, o Código de Defesa do Consumidor, desequilibra a prova em detrimento do fornecedor do serviço, que é o médico, em virtude do disposto no seu art. 6º, VIII, que garante a inversão do ônus da prova como direito do consumidor.”

⁸⁰ O art. 373 do CPC/15 também trata do tema: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”.

⁸¹ A inversão será *ope legis* nos casos de fato do produto ou serviço, pois, como enunciam os arts. 12, §3º e 14, § 3º, o fornecedor é que deverá provar: (i) a não colocação do produto e/ou serviço no mercado de consumo; (ii) a inexistência de defeito; (iii) fato exclusivo da vítima ou de terceiros. Assim, o ônus da prova é, por força de enunciado normativo cogente, do fornecedor.

preenchimento dos requisitos da verossimilhança da alegação ou da existência de hipossuficiência.⁸²

Impende salientar que a inversão do ônus da prova não modifica o critério de valoração da responsabilidade do profissional liberal, ou seja, a aferição da responsabilidade do médico ainda tem por fundamento a culpa *lato sensu* (critério subjetivo).⁸³

Dessa maneira, conclui-se que o estado da arte do tema no Brasil é: (i) a relação médico-paciente possui natureza contratual e consumerista; (ii) a aferição da responsabilidade do médico é valorada pelo critério subjetivo (culpa *lato sensu*), com fortes críticas a esse respeito, a ensejar a imputação de responsabilidade pelo critério objetivo; (iii) a dicotomia entre “obrigação” de meio e “obrigação” de resultado ainda é aplicada, mesmo sendo critério inadequado para se aferir o desempenho do profissional liberal, ressaltando-se a importância do fim dessa dicotomia, sobretudo em relação ao *onus probandi*, embora seja possível a inversão do ônus da prova (*ope legis e/ou ope judicis*) em favor do consumidor (CDC, arts. 6, VIII e 14, § 3º).

Assim, verificada a forma de aferição da responsabilidade do(a) médico(a), poder-se-á retomar a discussão sobre o ponto central da problemática: *a responsabilidade hospitalar pela atividade médica, especialmente a que é desenvolvida de forma autônoma*.

3. Estado da arte: a responsabilidade do hospital pela atividade médica autônoma

Neste item serão apresentados os critérios de aferição da responsabilidade do hospital pela *atividade médica*,⁸⁴ máxime em relação aos danos provocados pelos profissionais que não

⁸² Conforme salientam Didier Jr e Braga, “(...)basta que um dos pressupostos esteja presente, tendo em vista que o próprio legislador colocou entre eles a conjunção alternativa “ou”. “Assim, tem-se que “não são os pressupostos concorrentes ou cumulativos, mas, sim, alternativos.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 9. ed. V. 2. Salvador: JusPodvim, 2014, p. 83. Nesse mesmo sentido, veja: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno 3.ed. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 258. Anote-se, ainda, o entendimento de MACÊDO e PEIXOTO, que obtemperam: “Vale salientar que a conjunção alternativa utilizada pelo legislador não deve ser interpretada como aditiva. Em outras palavras, os requisitos são independentes, pode se inverter o *onus probandi* tanto por uma causa como por outra, as duas não precisam estar presentes concomitantemente.”

⁸³ Sobre o tema CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011.

⁸⁴ Último ponto de análise sobre a responsabilidade por danos do hospital, conforme especificado no item 1 deste artigo.

mantêm relação jurídica de subordinação, de preposição ou de emprego com os hospitais, mas que utilizam as salas de cirurgias e as dependências dos hospitais como instrumentalização do desenvolvimento de sua atividade.

A atividade médica é intimamente ligada à atividade hospitalar, sendo que o profissional da área médica é um dos pilares fundadores que possibilitam a concretização da teleologia dos hospitais, qual seja, a de preservar, de restaurar e de manter a saúde humana.⁸⁵

A atividade médica é peculiar. Sua prática requer profissionais capacitados, com formação e aprofundamento científico especializado. O hospital não possui domínio técnico sobre a atividade médica em si. Assim, considerando que a medicina possui procedimentos, regras e princípios próprios, nos quais a instituição hospitalar (pessoa coletiva) não é capaz de interferir tecnicamente, tem-se que a aferição da responsabilidade do hospital pela atividade médica, perpassa, primeiramente, pela apuração da existência (ou não) de responsabilidade do médico por eventuais danos causados aos pacientes.⁸⁶ A responsabilidade do hospital pela atividade médica, portanto, somente existirá se for comprovado que os médicos são responsáveis pelos danos causados à vítima (paciente).

Decorrente da atividade médica desenvolvida no interior dos hospitais exsurge a problemática: qual a forma e os critérios de aferição da responsabilidade do hospital pela atividade médica? Todos os médicos que laboram no interior dos hospitais são prepostos deste? Que tipo de relação mantêm? Até onde vai a responsabilidade de cada um?

Os Tribunais e a literatura jurídica nacional majoritária entendem que pelos danos advindos da *atividade médica*, a responsabilidade do hospital é valorada pelo critério subjetivo e, havendo culpa subjetiva ou objetiva do(a) médico(a), restar-se-á presumida (em absoluto) a culpa do hospital.⁸⁷

⁸⁵ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 155.

⁸⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Terceirização nos serviços prestados na área da saúde. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

⁸⁷ Nessa esteira, o art. 932 do Código Civil determina que: “São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (...)” Vide, ainda o Enunciado 341 da Súmula do Supremo Tribunal Federal – STF. Nesse diapasão, o Recurso Especial 258.389, julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, perfilhou-se ao entendimento supra. No referido caso concreto, os pais ajuizaram demanda reparatória por danos materiais e extramateriais em face da instituição hospitalar e dos médicos responsáveis pelo procedimento que, em tese, teria causado evento morte, tendo por vítima a filha do casal. Acontece que no decorrer do processo judicial, restou-se

Discorda-se do entendimento supra, por duas razões:

(i) a responsabilidade do hospital é aferida pelo critério de imputação objetivo (e não subjetivo) e, não obstante a responsabilidade do médico tenha por fundamento a culpa subjetiva ou objetiva, a forma de valoração da responsabilidade do hospital não se modifica, haja vista esta não ter sido excepcionada pelo art. 14, §3º, do CDC. O que muda nessa perspectiva é que, diante da peculiaridade da atividade médica, primeiro verificar-se-á a existência (ou não) de culpa do profissional liberal (médico) para somente depois responsabilizar o hospital;⁸⁸

(ii) desse modo, uma vez comprovada a culpa do profissional não restará presumida em absoluto a culpa do hospital, já que sua responsabilidade prescinde de culpa (CDC, art. 14, *caput*). Desse modo, comprovada a culpa do médico restar-se-á comprovado *o defeito na prestação do serviço médico-hospitalar, a ensejar – em absoluto, pois já comprovada a responsabilidade do médico – a responsabilização do hospital*. Assim, o hospital será responsabilizado em decorrência de o dano sofrido pela vítima ser conexo com a atividade por ele desenvolvida, a ensejar a configuração da responsabilidade transubjetiva do hospital pelo comportamento culposo do médico.

O segundo ponto de análise necessário para a configuração da responsabilidade do hospital pelos danos causados pela atividade essencialmente médica é a existência (ou não) de *vínculo jurídico* ou de *preposição* entre o profissional e o hospital.

Como dito outrora, atualmente, várias são as espécies de situações jurídicas soerguidas entre os hospitais e os médicos. Nota-se, por vezes, que em meio à essa imensa cadeia de

provado que os médicos (2º e 3º requeridos) não agiram com culpa, inocentando-os. De outro modo, o Tribunal *a quo* julgou procedente o pleito reparatório afirmando que a responsabilidade da instituição hospitalar prescinde de culpa, logo, esta seria responsável. O Ministro Relator Fernando Gonçalves obtemperou que: (...) A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, depende da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas do arts. 159, 1.521, III, e 1.545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem como o enunciado 341 da súmula– STF (*É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto*).(...) O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, o presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc. e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).”

⁸⁸ Para ficar claro, defende-se que o critério de imputação subjetivo não faz sentido hoje na responsabilidade por danos, porém, enfrenta-se o fundamento trazido pelo entendimento jurídico majoritário no Brasil, que ainda trabalha com o critério de imputação subjetivo.

fornecimento de serviços no ramo da saúde, é impossível se averiguar adequadamente a existência (ou não) de relação de emprego e de preposição entre o hospital e o médico.

Em resposta a isso, hodiernamente, o sentido de “preposição” dentro das relações médico-hospitalares foi ampliado. O escopo dessa medida é tutelar as situações em que a constatação da existência de uma relação de emprego ou de preposição apresenta grau elevado de dificuldade.⁸⁹ Do ponto de vista do entendimento majoritário, a medida se justifica, pois “não se pode olvidar que o estabelecimento hospitalar lucra com a atividade dos médicos, ganhando com as internações, com a ocupação de cômodos”.⁹⁰ O hospital, portanto, torna-se responsável pelos danos oriundos da atividade médica, desde que cometidos por profissionais que mantenham vínculo jurídico de preposição ou empregatício com o hospital.⁹¹

Há um terceiro ponto que se refere à responsabilidade do hospital pela atividade médica autônoma, onde os profissionais somente utilizam a estrutura do hospital para prestarem seus serviços sem que com ele mantenham relação de preposição ou de emprego.

A configuração do médico como *prestador autônomo de serviço* dá-se quando um(a) médico(a) apenas utiliza as dependências do hospital, sem que mantenha com a instituição hospitalar vínculo empregatício ou de preposição, como, por exemplo, quando apenas loca o centro cirúrgico para a realização de *atividade essencialmente médica* (cirurgia) ou quando aluga a dependência do hospital para atender seus pacientes particulares.⁹²

Nessa senda, Miguel Kfoury Neto adverte que para a verificação da existência de responsabilidade do hospital, primeiro “o juiz deverá investigar se existe algum tipo de subordinação entre o médico e o hospital – e se há manobra no sentido de ocultar tal

⁸⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Terceirização nos serviços prestados na área da saúde. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

⁹⁰ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 167.

⁹¹ Nesse ponto, a literatura jurídica e a jurisprudência pátrias são uníssonas. Veja, por todos: KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 103-108; KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 232-237; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Terceirização nos serviços prestados na área da saúde. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46; TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II. p. 83-122, p. 100-101; ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – O contrato Hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto e FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 167; STJ - Agravo Regimental no Recurso Especial 1.196.319-DF. 3ª T. Relª. Min.ª Nancy Andrighi. DJ-e de 13.11.2012.

⁹² KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 108.

condição”⁹³. Isso porque, conforme já dito, a constatação da existência de vínculo jurídico entre o médico e o hospital não é tarefa fácil.

Dessa maneira, uma vez constatada a existência de vínculo jurídico entre o hospital e o médico, o hospital será responsável pelos danos que o médico causar ao paciente, observadas as peculiaridades acerca da aferição da responsabilidade dos fornecedores (médico e hospital).

De outro modo, uma vez não comprovada a existência de vínculo entre o médico e o hospital, este não responderá pelos comportamentos daquele, embora o médico esteja utilizando a estrutura do hospital e fortalecendo a *cadeia de fornecimento do serviço* no mercado de consumo da área da saúde.⁹⁴ Miguel Kfoury Neto afirma:

(...) se o hospital apenas cede suas instalações, ainda que aufera lucro com isso (anormal seria a cessão a título gratuito), e aí cessa a vinculação do estabelecimento à atuação do profissional, o reconhecimento da responsabilidade solidária revela-se injurídico. (...) Simples cessão de instalações, sem quaisquer outras implicações, é insuficiente para caracterizar a responsabilidade solidária. É mister que o paciente, para tanto, tenha estabelecido contrato com o médico *fora* do hospital – e que de nenhum modo se vincule o atendimento a ser prestado àquele determinado nosocômio.⁹⁵

Em via contrária, o médico autônomo também não responderá pelos danos que sejam oriundos da *atividade extramédica* (aparelhamento, banco de sangue, etc.) e da *atividade paramédica* (corpo de enfermagem, maqueiros, entre outros).⁹⁶

Dessa forma, conclui-se que o estado da arte pode ser descrito da seguinte maneira:⁹⁷ (i) os hospitais respondem pelos danos advindos da *atividade essencialmente médica* somente após a comprovação de comportamento culposo do profissional; (ii) os hospitais têm sua

⁹³ Nesse sentido, esse autor afirma que “a participação, no ato cirúrgico, do pessoal de enfermagem do próprio hospital; o fato de o médico manter consultório no interior do nosocômio; a participação em escala de plantão, no atendimento de urgência do hospital; a utilização do nome do médico em material de propaganda do hospital – são indícios que devem ser verificados, dentre outros”. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 108.

⁹⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil dos médicos. *Revista Jurídica*, 231, p. 132-133.

⁹⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 111-112.

⁹⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 119. Com base no diapasão supramencionado, o Superior Tribunal de Justiça não conheceu do Recurso Especial 764.001-PR, em que um casal ajuizou demanda reparatória em face da instituição hospitalar, com pleito de reconhecimento da responsabilidade passiva do hospital pelo ato essencialmente médico de prestador de serviço autônomo. O recorrente realizou cirurgia de vasectomia com vistas ao planejamento familiar. Acontece que o procedimento não foi bem sucedido e sua esposa acabou engravidando. No caso concreto, a 4ª Turma entendeu que o nosocômio não possuía legitimidade passiva para responder pelos danos, haja vista que não mantinha vínculo com o causador do dano. Desse modo, não conheceu do Recurso, mantendo incólume a sentença do Tribunal *a quo*.

⁹⁷ A descrição proposta tem por critério o entendimento majoritário da literatura jurídica especializada e do entendimento dos Tribunais.

responsabilidade valorada pelo critério objetivo em relação aos danos advindos da atividade essencialmente médica. Assim, uma vez comprovado o comportamento culposo do profissional (médico) capaz de ensejar o dever de reparar, restar-se-á comprovado o defeito do serviço (e não a presunção absoluta de culpa), consoante descrição do art. 14, *caput*, do CDC; (iii) embora não seja um entendimento pacífico, os hospitais não são responsáveis pelos danos causados pelos *médicos autônomos*, desde que estes utilizem a estrutura do hospital sem vínculo empregatício ou de preposição, bem como não integrem o quadro profissional de médicos do nosocômio; (iv) os médicos (autônomos ou com vínculo) não respondem pelos danos causados pelas atividades extramédicas e paramédicas⁹⁸.

Esclarecido o estado da arte sobre o ponto, passa-se à refutá-lo no próximo tópico.

4. O nexa econômico, funcional e sistemático existente entre o desenvolvimento das atividades hospitalar e médica autônoma: a coligação contratual e suas consequências jurídicas.

Rodrigo Xavier Leonardo é preciso quanto ao sentido do termo *coligação contratual*:

Por "coligação contratual" compreendemos uma pluralidade de contratos e de relações jurídicas contratuais estruturalmente distintos, porém vinculados, *ligados*, que compõem uma única e mesma *operação econômica*, com potenciais consequências no plano da validade (mediante a eventual contaminação de invalidades) e no plano da eficácia (em temas como o inadimplemento, o poder de resolução, a oposição da exceção do contrato não cumprido, a abrangência da cláusula compromissória, entre outros). (...)

Em sentido amplo, o fenômeno da coligação contratual envolve dois ou mais contratos estruturalmente diferenciados, porém orientados para uma mesma operação econômica unificada, supracontratual, que lhes confere unidade.

(...)

Para haver coligação mostra-se necessário identificar uma pluralidade de contratos e de relações contratuais estruturalmente diferentes, ou seja, dois ou mais contratos que o observador pode isolar nos planos da existência, da validade e da eficácia.

Cada um dos contratos que integra o conjunto, a despeito de poder ser reconhecido isoladamente, deve compor uma operação econômica unificada, que se sobrepõe a estes contratos e, por isso, é supracontratual. Noutras palavras, cada um dos contratos,

⁹⁸ Deveras, já que, na verdade, os médicos não respondem pelos atos *extramédicos* e *paramédicos* e isso independe da existência (ou não) de vínculo. Isso porque o médico, na condição de profissional liberal, não pode responder pelos atos que não advenham do desenvolvimento de sua atividade, ao contrário do hospital cuja atividade abrangia (e é condição de possibilidade de sua permanência no mercado) os atos *extramédicos*, *paramédicos* e *essencialmente médicos*, a torná-lo responsável garantidor.

não obstante a sua especificidade e a sua identidade, exerce a função de um *componente* de uma operação econômica unificada e supracontratual.⁹⁹

A coligação contratual deve ser analisada a partir da causa ou função econômico-social dos contratos, sendo irrelevante que um dos instrumentos seja subscrito por pessoa que não subscreveu o outro, e pode ser instaurada por força da lei, da natureza de um dos contratos ou mediante cláusula contratual, expressa ou implícita (respectivamente, coligação contratual *ex lege*, natural ou voluntária).¹⁰⁰

Desse modo, a partir do termo coligação contratual (contrato coligado *lato sensu*), Rodrigo Xavier Leonardo propõe a seguinte classificação: “a) os contratos coligados em sentido estrito; b) os contratos coligados por cláusula expressamente prevista pelas partes; c) os contratos conexos”.¹⁰¹

Os contratos conexos se caracterizam pela existência de uma operação econômica supracontratual impulsionada por um propósito comum, igualmente supracontratual, “que justifica o reconhecimento de um especial *nexo*, com a atribuição de específicas consequências jurídicas”.¹⁰²

O contrato conexo pode ser visualizado de dois modos: (i) *as redes contratuais*; (ii) *contratos conexos em sentido estrito*.¹⁰³ *As redes contratuais* “pressupõem dois ou mais contratos interligados por um articulado *nexo* econômico, funcional e sistemático que se destina à oferta de produtos e serviços no mercado para consumo”.¹⁰⁴

A diferenciação dessa espécie de coligação contratual mostra-se importante em decorrência da proteção especial que se garante ao destinatário final desta plêiade contratual (consumidor) e, também, em decorrência do complexo normativo diferenciado aplicável a esses contratos.¹⁰⁵

Os contratos conexos em sentido estrito, por sua vez, estabelecem entre eles um *nexo*. Em tais contratos – distantes da proteção ao consumidor e próximos à experiência empresária,

⁹⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496, p. 457 e 463.

¹⁰⁰ STJ - REsp 1.669.229. 3ª T. Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi. Dj-e de 13.04.2018.

¹⁰¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496. Adverte-se que, no presente estudo, focar-se-á apenas na espécie “contratos conexos”, em razão de ser essa a espécie aplicável ao mercado de consumo, adentrando, portanto, na seara teórica versada neste artigo.

¹⁰² LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹⁰³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹⁰⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹⁰⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

“há evidências de um articulado e estável nexos *econômico* e *funcional* que justifica uma eficácia para o conjunto diversa daquela pertinente a cada um dos contratos que figuram como elementos da conexão”.¹⁰⁶

No que concerne à extensão do vínculo existente entre os contratos, Rodrigo Xavier Leonardo propõe a seguinte classificação: “a) vínculos de acessoriedade; c) vínculos de dependência; d) vínculos de coordenação”.¹⁰⁷

Em suma, o *vínculo de acessoriedade* se dá quando um contrato serve para viabilizar ou incrementar o adimplemento de outro contrato que, na operação econômica supracontratual, mantém-se como principal. O *vínculo de dependência* ocorre “quando a eficácia ou o propósito econômico de um determinado contrato *depende* de outro.” O *vínculo de coordenação* verifica-se quando há uma “*ordenação conjunta* entre diferentes contratos, com ou sem um núcleo de poder contratual centralizado”.¹⁰⁸

Em seu aspecto genealógico, a coligação contratual exsurge da necessidade do mercado. A ideia de minimização de riscos, de custos e de maximização de lucros em cenários mais competitivos, estimulou os vários agentes econômicos a colaborarem entre si para atender a demanda do mercado (de consumo ou não) de cada setor produtivo.¹⁰⁹

A principal consequência da configuração da coligação contratual nas suas diversas espécies, é o fenômeno da *paraeficácia contratual*, ou seja, a capacidade de um contrato irradiar sua eficácia a contrato diverso, vinculando, muitas vezes, contratantes alheios ao contrato em questão, mas que com ele mantêm um vínculo de unificação da operação econômica, de forma

¹⁰⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹⁰⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹⁰⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹⁰⁹ Em complemento ao pensamento acima citado, Rodrigo Xavier Leonardo aponta que: “O que essencialmente diferencia a coligação contratual de outras espécies de vínculos entre contratos é o surgimento de uma *causa sistemática*, por alguns autores chama de *causa intercorrente*, própria à operação econômica unificada. Deste modo, para além da causa de cada um dos contratos elemento da conexão, que permanece íntegra e evidente, seria perceptível uma outra, a chamada *causa sistemática, correspondente a uma função prático-social para o conjunto (sistema) de contratos diversa da função prático-social de cada um dos contratos individualizados (elementos do sistema)*.” LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496. (grifo nosso).

supracontratual, que enseja a responsabilização de todos os integrantes dessa plêiade de contratos.¹¹⁰

Nesse contexto, o contrato de consumo firmado entre o paciente e o médico figura como contrato principal da operação econômica supracontratual (prestação do serviço), tendo como acessório o contrato firmado entre o médico autônomo e a instituição hospitalar, que fornece a sua infraestrutura mediante remuneração correspondente.

No caso das *redes contratuais*, ligadas ao mercado de consumo, a propagação eficaz¹¹¹ de um contrato a outro, que possibilita a oponibilidade dos efeitos contratuais a integrantes da rede diversos daqueles que diretamente contrataram o destinatário final (consumidor/paciente), também irradia seus efeitos no que tange ao dever de reparar, buscando dentro da cadeia de fornecimento dos serviços todos os seus integrantes, nos termos do art. 7º, parágrafo único, do CDC,¹¹² cuja responsabilidade entre os fornecedores da cadeia é solidária, salvo em relação ao comerciante (CDC, arts. 12, 13 e 14).

A responsabilização solidária dos fornecedores no âmbito do direito do consumidor apresenta-se como estratégia estatal, constituindo fator prático-político de proteção dos consumidores e também de regulação do mercado de consumo, por meio do estabelecimento de cadeias lógicas e econômicas de corresponsáveis solidários por danos caudados aos consumidores,¹¹³ com o objetivo de concretizar a efetiva tutela da vítima.

No caso do desenvolvimento das atividades, hospitalar e médica autônoma, o mercado de consumo exige a junção dessas atividades com a finalidade de ofertar a prestação de serviços

¹¹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹¹¹ Na linha do entendimento supra, Cláudia Lima Marques assevera que a formação das redes contratuais dá nova dimensão ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, engendrando novos contornos *ao sentido de terceiro* em determinada relação jurídica. MARQUES, Claudia Lima. *Contrato no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2005, p. 402.

¹¹² LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹¹³ Na mesma linha, o autor complementa o pensamento supra, asseverando que, “em última análise, as *cadeias de responsabilização solidária* têm como função política assegurar que nenhum dano perpetrado contra os consumidores fique sem reparação, dando amplo cumprimento à promessa constitucional de 1988, considerando-se a ampliação das bases econômicas patrimoniais que responderiam por esses danos, reconduzíveis entre si e ao evento danoso, justamente pelo poderoso mecanismo que o legislador de 1990 concebeu. Note-se bem que, para a função política, acabam por convergir as funções prático-jurídica e econômica, pois num mundo massificado e de ‘homens sem rosto’, onde atividades industriais e de prestação de serviços remontam a operações sequenciais de produção e fornecimento virtualmente intermináveis, a proteção do consumidor acaba por exigir uma política estatal que forneça respostas materialmente simplificadas e em operação econômica única, senão mesmo imediatas.” LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. *Das obrigações solidárias: um perfil histórico-dogmático*. *Dissertação* [Mestrado], São Paulo: USP, 2002, p. 139-141.

na área da saúde à altura da competitividade inerente ao setor econômico em questão. Assim, médicos autônomos e instituições hospitalares estabelecem diversos vínculos jurídicos entre si, de natureza contratual, a fim de instrumentalizar o fornecimento de serviço desejado pelo consumidor e, por conseguinte, auferir a contrapartida financeira referente à operação econômica de prestação do serviço.

A junção das supracitadas atividades possibilita aos fornecedores (médico(a) e instituição hospitalar) a diminuição de custos e de riscos na prestação do serviço na área de saúde, pois conjuga duas atividades essenciais à necessidade geral dos consumidores desse setor, que necessitam (em diversas hipóteses), ao mesmo tempo, da infraestrutura da instituição hospitalar e da especialidade da atividade médica.

A referida diminuição dos custos e dos riscos dá-se em decorrência da ausência de contratação direta do profissional ou de sua integralização ao quadro profissional da instituição hospitalar, fator que visa igualmente a arrefecer os riscos, já que busca alocá-los no limiar da competência de cada atividade, na tentativa de afastar a responsabilização solidária entre os fornecedores do serviço (médico autônomo e hospital) por eventuais danos causados aos consumidores, por meio da inexistência do vínculo de subordinação, de preposição ou de emprego entre o médico autônomo e a instituição hospitalar.

Desse modo, entre as retromencionadas atividades verifica-se a existência de um imbricado nexos econômico, funcional e sistemático (em decorrência da reprodução do método no mercado de consumo, visando à prestação do serviço em massa¹¹⁴), que instrumentaliza a prestação de serviços de ambos fornecedores no mercado de consumo da área da saúde.

As atividades, hospitalar e médica autônoma, estão vinculadas, sendo ambas integrantes da cadeia de fornecimento do serviço. O vínculo estabelecido entre tais atividades é de *accessoriedade*, pois, a junção das atividades serve de incremento e de viabilização da prestação de serviço da atividade médica autônoma, que carece da infraestrutura da instituição hospitalar para ofertar ao consumidor a segurança exigida pelo desenvolvimento da atividade médica (compreendida de forma integral).

¹¹⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

E, de igual modo, a instituição hospitalar tem sua atividade maximizada e fortalecida pelo fornecimento de suas dependências ao médico autônomo e ao consumidor, já que auferem, em regra, lucros por esta cessão.

As atividades, hospitalar e médica autônoma, apresentam, dessa forma, um articulado nexos, capaz de unificar a operação econômica (prestação do serviço), de forma supracontratual, a circunscrever a situação jurídica acima descrita como hipótese de *coligação contratual*, expressada pela *coligação contratual em sentido amplo*, por meio das *redes contratuais*.

A verificação da natureza da relação jurídica soerguida pelo complexo contratual existente entre o consumidor, a instituição hospitalar e o(a) médico(a) autônomo(a) é relevante para o campo da responsabilidade por danos, pois, como outrora visto, a coligação contratual possibilita a responsabilização solidária de todos os integrantes da cadeia de fornecimento do serviço, por meio de sua eficácia paracontratual, que possibilita a oponibilidade dos efeitos (internos e externos) do contrato a pessoa diversa da dos contratantes.

Destarte, na hipótese de defeito do serviço perpetrado por médico autônomo que utiliza as dependências de instituição hospitalar, sem que com ela mantenha vínculo de preposição (nos moldes acima especificados), a responsabilização solidária da instituição hospitalar lastrear-se-á na paraeficácia contratual decorrente da coligação contratual por ventura existente, superando, desse modo, a necessidade de vínculo de subordinação, de preposição ou de emprego entre o médico autônomo e o nosocômio.

O eventual dever de reparar do hospital, em tais hipóteses, segue o mesmo padrão de aferição de responsabilidade já descrito nos itens 2 e 4 deste estudo, e carece, primeiramente, da constatação (ou não) do dever de reparar do profissional liberal (médico), ressalvando que sua responsabilidade funda-se na culpa *lato sensu* (critério de subjetivo de valoração da responsabilidade). Posteriormente, uma vez constatada a responsabilidade do médico em relação ao dano suportado pela vítima, como dito alhures, restará configurado o defeito do serviço imputável ao hospital, cuja responsabilidade funda-se no risco e é aferida objetivamente.

Diante disso, conclui-se que: (i) a relação jurídica construída pelo complexo contratual existente entre o(a) consumidor(a) (destinatário(a) final), o médico autônomo e a instituição hospitalar configura *coligação contratual*, expressada pela *coligação contratual em sentido amplo*, por meio das *redes contratuais*; (ii) a configuração da *coligação contratual* possibilita

a responsabilização solidária da instituição hospitalar pelos danos causados pela atividade médica autônoma em detrimento do consumidor, por serem ambas integrantes da *cadeia de fornecimento do serviço*, nos moldes descritos pelo art. 7º, parágrafo único, do CDC; (iii) a existência (ou não) do dever de reparar por parte da instituição hospitalar (em tais hipóteses) segue o mesmo padrão de responsabilização do hospital já descrito nos itens 1 e 3 deste estudo, com necessidade de se constatar a existência (ou não) da responsabilidade do profissional em relação aos danos causados pelo paciente, sendo que somente depois a instituição hospitalar será (ou não) responsabilizada.

Conclusão: da responsabilidade civil à responsabilidade por danos

As atividades, hospitalar e médica autônoma, inter-relacionam-se. Isso porque, para que haja a devida prestação do serviço médico-hospitalar, forma-se uma *cadeia de fornecimento* que reúne inúmeros contratos vinculados entre si, com múltiplos atores, impulsionados por um objetivo econômico supracontratual: ofertar no mercado de consumo o serviço para o consumidor.¹¹⁵

Nesse contexto, o(a) consumidor(a), muitas vezes, em decorrência de sua vulnerabilidade jurídica e informacional (dentre outras), desconhece a complexidade contratual inerente à *cadeia de fornecimento do serviço* ofertado no mercado de consumo, fato que agrava sua hipossuficiência, muitas vezes, e sua vulnerabilidade (nos sentidos atribuídos aos referidos significantes no decorrer deste artigo). Em outras palavras, a referida complexidade obsta a identificação (clara e precisa), por parte do(a) consumidor(a), dos vários fornecedores que compõem as relações contratuais entrelaçadas que geram a *cadeia de fornecimento do serviço*¹¹⁶.

A retromencionada *cadeia de fornecimento do serviço* é instrumentalizada pela formação de uma *rede contratual* que envolve diversos fornecedores que corroboram entre si com a finalidade de quem fornece bens e serviços auferirem o maior lucro com o menor risco possível.

¹¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contrato no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2005, p. 402.

¹¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contrato no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2005, p. 402.

Nessa senda, como resposta à necessidade de regulação das atividades econômicas e de preservação da saúde dos consumidores vulneráveis (CF, art. 5º, XXXII), o instituto jurídico da solidariedade passiva, previsto no arcabouço normativo do CDC (e de outras legislações aplicáveis), exerce importante papel prático-político de regulação econômica do desenvolvimento das diversas atividades de fornecimento no mercado de consumo, maximizando, dessa forma, a capacidade reparatória em favor do(a) consumidor(a) por meio da ampliação do rol de possíveis responsáveis pela reparação de danos causados à(s) vítima(s). Nesse diapasão é a determinação legal do art. 7º, parágrafo único, do CDC.

No caso dos danos causados pela atividade médica autônoma no interior das dependências físicas de instituição hospitalar, a solidariedade passiva entre ambos fornecedores (médico e hospital) decorre da formação de *rede contratual* que instrumentaliza a *cadeia de fornecimento do serviço médico-hospitalar* no mercado de consumo da saúde, de forma sistemática e profissional.

O enquadramento do hospital como integrante da *cadeia de fornecimento do serviço* nas hipóteses de desenvolvimento de atividade médica autônoma possui lastro no vínculo de acessoriedade existente entre a atividade hospitalar e a atividade médica, que se complementam, a afastar a condição de “terceiro” da instituição hospitalar em relação à atividade essencialmente médica desenvolvida autonomamente em suas dependências físicas.¹¹⁷

Assim, a existência de responsabilidade solidária entre a instituição hospitalar e o médico autônomo, nos casos de danos sofridos por pacientes, nos moldes e com base nos critérios descritos no itens 1 e 3 deste estudo, figura como concretização de um equilíbrio relacional, lembrando que “*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda* – quem auferir os cômodos (ou lucros) deve suportar os incômodos (ou riscos)”.¹¹⁸

¹¹⁷ Na mesma linha a Ministra Nancy Andrighi, em voto vencido, em sede do julgamento do REsp. 419.026-DF, esclareceu que: “Considere-se, ainda, que o conceito e a credibilidade de quem goza o hospital e o seu quadro clínico constituem para o paciente, não raro, fator preponderante para a escolha do médico. Por outro lado, para considerável número de pacientes, o fato do médico realizar cirurgias em determinado hospital evidencia que aquele profissional integra os quadros clínicos deste, sendo-lhes (aos pacientes) irrelevante, e inclusive desconhecida, a natureza da relação jurídica existente entre ambos: se de emprego, preposição ou locação. Dessa forma, não há como considerar o hospital como simples locador de espaço e de equipamentos, fato este que não pode ser oposto ao paciente consumidor para efeito da exclusão da responsabilidade do hospital. Oportuno registrar, ante os argumentos acima expostos, que, a demonstrar que a ausência de vínculo empregatício ou de preposição não constitui óbice absoluto à responsabilidade solidária e objetiva do hospital, está o art. 34, do CDC, ao dispor que “*o fornecedor de produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos*”.

¹¹⁸ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 164.

Imperioso esclarecer que não se objetiva deslegitimar o lucro auferido pelas instituições hospitalares fruto da locação de suas dependências a médicos autônomos, mas, sim, de clarificar a necessidade de se efetivar a concreta proteção da vítima do dano por meio da “responsabilização dos responsáveis”, que, na maioria das vezes, almejam conviver em um contexto político-econômico de um “*capitalismo sem risco*”,¹¹⁹ onde a busca legítima pela maximização dos lucros e pela diminuição dos riscos ou mesmo a transferências dos riscos para a vítima. Tal situação é algumas vezes tão extrema que pode configurar verdadeira *mistanásia passiva*.¹²⁰

Destarte, ignorar (deliberadamente) a existência de *rede contratual* na prestação do serviço médico-hospitalar corporificado pelas atividades hospitalar e médica autônoma é vulnerar a prioridade de tutela da vítima do dano, favorecendo, por conseguinte, os diversos subterfúgios engenhosos empreendidos em prol da não “*responsabilização dos responsáveis*”, *como fator de diminuição dos riscos da atividade*.

Para evitar a situação acima e sabendo que o sistema vigente de responsabilização civil ainda se pauta na análise do comportamento do lesante, donde se extrai os fundamentos da responsabilidade, fator que robustece a inefetividade de tutela da vítima,¹²¹ passa-se à ideia de responsabilidade por danos,¹²² que será sintetizada nessa conclusão.

¹¹⁹ Pablo Malheiros da Cunha Frota, no pórtico do item 3.1 do capítulo 3 de sua tese de doutoramento, transcreve importante reflexão do jurista argentino Jorge Mosset Iturraspe, que assevera “[...] un capitalismo muchas veces cruel, con fuerte presencia de monopolios y oligopolios; con empresas transnacionales muy poderosas que se infiltran y presionan a favor de una ‘lex mercatoria’ que reemplace al Derecho del Estado: con una Economía de Mercado donde impera ‘el dejar hacer y dejar pasar’; con una preocupación intensa por el aumento de los beneficios y la reducción de los costos, que se busca traducirena ‘socialización’ de los daños; con una ‘lógica de Mercado’ que ubica a los consumidores como ‘soberanos’, atentos, informados e ilustrados; con una intencionada vuelta a la contemplación del ‘accidente’ como fatalidad, etc.”. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 213.

¹²⁰ Nesse sentido, Danilo Porfírio de Castro Vieira esclarece que: “A *mistanásia* consiste na morte miserável, morte antecipada de uma pessoa, resultante da maldade humana (*mistanásia ativa*) ou da má prática médica (*mistanásia passiva* ou *omissiva*). [...] A *mistanásia passiva* ou *omissiva*, tema em questão neste texto, é o processo de *nadificação* da pessoa, por meio da antecipação da morte ou o prolongamento de dor ou sofrimento desnecessário, devido a negligência, imprudência ou imperícia no atendimento médico. Seria, portanto, a inacessibilidade do indivíduo ao tratamento necessário à preservação de sua saúde (condição quantitativa ou ontológica / neste caso a pessoa não consegue se tornar paciente), ou acessibilidade precária, carente de condições adequadas para o correto são as pessoas deficientes ou doentes em condição de carência, de exclusão econômica, política ou social, que estão impossibilitados de ingressar no sistema de atendimento médico público ou privado, ou, os doentes e pessoas debilitadas que ingressam no sistema público de atendimento, mas são vítimas da já referida negligência, imprudência ou imperícia. VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. *Mistanásia: um novo instituto para um problema milenar*. *Revista Magistrado*, Brasília, v. IV, n. XXXI, 2004.

¹²¹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 214-215.

¹²² FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 213 e ss. No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin, assevera que: “Nunca os riscos estiveram tão

Nessa esteira, Pablo Malheiros, indica o constructo teórico-prático da *responsabilidade por danos* como uma saída viável para o Direito contemporâneo,¹²³ de forma a concretizar a real tutela da vítima:

responsabilidade por danos efetiva os princípios da primazia da vítima, da reparação integral e da solidariedade social (...) visa a objetivação do resultado para aferir os danos que devem ser precavidos, prevenidos e reparados, com foco na tutela prioritária da vítima e amparo na ética da alteridade e na justiça social. Nessa senda, as respostas conferidas pelo instituto moderno e contemporâneo da responsabilidade civil e consumerista e a força constitutiva dos fatos jurídicos elucidam uma inadequação do citado modelo, a indicar seis perspectivas possíveis para o acolhimento da ideia da responsabilidade por danos: (i) foco na vítima; (ii) pressuposto ético na alteridade; (iii) rompimento com a ideia de culpa e de dolo; (iv) substituição do nexo de causalidade pelo liame da vítima; (v) prioridade na precaução e na prevenção e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora de justiça social; (vi) mitigação das excludentes do dever de reparar.¹²⁴

Paulo Lôbo assenta que a responsabilidade por danos se finca em três princípios:

Dos preceitos constitucionais denota-se a preferência pela responsabilidade objetiva, em razão do risco criado ou do risco da atividade, ainda que lícita. As hipóteses tratadas pela Constituição são voltadas essencialmente à afirmação de três valores, que marcam a transformação contemporânea da responsabilidade civil: a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social.¹²⁵

A *primazia da vítima* advém do deslocamento do eixo da responsabilidade por danos da obrigação de quem causou o dano material e/ou extramaterial, por fatos jurídicos lícitos, ilícitos, abusivos, para quem sofre o dano reparável.¹²⁶ Os arts. 5º, V e X, da CR/88, 12, 389-420, e 927 do CC, bem como os arts. 6º, VI, e 84 do CDC, como os arts. 294-311, 371 e 497 do CPC/15, cuidam da primazia da vítima, ainda que de forma implícita.

disseminados por todas as ambiências sociais, e nunca a sociedade apresentou uma dinamicidade tão notória, às vezes real e simbólica, outras apenas ficcional. Assim, é preciso que o direito, e suas desinências, também passem por uma ressignificação, sob pena de direcionar o olhar para um sítio onde a sociedade não mais se encontra.” FACHIN, Luiz Edson. *Da felicidade paradoxal à sociedade de riscos: reflexões sobre risco e hiperconsumo*. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 380-393, p. 392. Essa advertência, contudo, não vem de agora. O civilista José de Aguiar Dias há muito já alertava que: “O instituto da responsabilidade civil tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face da nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes.” DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

¹²³ Entende-se contemporâneo como o período compreendido entre o final da década de sessenta do século XX aos dias atuais.

¹²⁴ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade por danos e a superação da ideia da responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2 ed. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 211-227, p. 211, 212, 219-220.

¹²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. (Edição Kindle) 6. ed São Paulo: Saraiva, 2018 (Locais do Kindle 889-893).

¹²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.12.

Nessa linha, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk aduz: “Se a responsabilidade civil clássica tem sua ênfase na noção de ato ilícito imantada do elemento subjetivo (notadamente, a culpa), o denominado “direito de danos” vincula suas preocupações mais à vítima do dano do que, propriamente, a um juízo de reprovabilidade da conduta do seu causador”.¹²⁷

A *máxima reparação do dano* nasce da expansão da reparação dos danos materiais e extramateriais decorrentes da objetivação (ex.: CC, art. 187 e 927, parágrafo único; CDC, arts. 12 e 14) e da transubjetivação (ex.: CC, arts. 932 e 933) da responsabilidade por danos, a tornar integral a reparação devida ao lesado, afastando a não reparação que existia no passado. Esses dois primeiros princípios são irradiações do princípio da solidariedade social, não confundida com a solidariedade na reparação, tendo em vista que esta adveio a objetivação e a transubjetivação da responsabilidade, com o fito de reparar os danos dantes não reparados. Ela se ampara legalmente nos arts. 5º, V e X, da CR/88, no art. 944, *caput*, do CC e no art. 6º, VI, do CDC.

A *solidariedade social* se expressa na ideia de justiça social, CR/88, art. 3º, I, e 170, *caput*, e tem por sentido a transcensão concreta do individual e do coletivo em cada caso, sem que haja aprioristicamente a prevalência de um sobre o outro. Esse sentido de justiça social mantém os direitos e os deveres que estão afirmados no ordenamento jurídico, inclui e reconhece aqueles direitos e deveres que, indevidamente, estão excluídos, desde estejam de acordo com os mandamentos constitucionais em cada caso concreto.¹²⁸

Por tudo isso afirma o saudoso e brilhante jurista Ricardo Aronne¹²⁹ que é correta a valoração do dano como elemento principal do dever reparatório e não do ato danoso praticado pelo lesante, como fazem as correntes tradicionais do direito privado brasileiro, pois, caso contrário, não haverá reparação, já que a culpa e o nexos causal são obstáculos à reparação, a ensejar a ideia de causação jurídica levada a cabo pela responsabilidade por danos.

¹²⁷ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. O caso das 'pílulas de farinha' como exemplo da construção jurisprudencial de um 'direito de danos' e da violação da liberdade positiva como 'dano 'a pessoa'. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana. (Orgs.). *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2011, p. 273-302, p. 292.

¹²⁸ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Processo eleitoral e políticas públicas: influências recíprocas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 273-301, 2015.

¹²⁹ ARONNE, Ricardo. Ontologia e simulacro na pós-modernidade de Janus: alteridade e impossibilidade face à síndrome de Perseu. *Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 76-93, p. 79.

Esses horizontes permitem responsabilizar o lesante ou o responsável a partir da comprovação dúctil do liame com o dano e com a vítima, ou com o evento danoso e com o ofensor, a privilegiar, material e processualmente, a precaução (dano potencial) e a prevenção (dano iminente), e a qualificar a reparação. Priorizam-se aqui a necessária evitabilidade, o controle, a legitimação e a distribuição dos fatores abstratos ou concretos criados por atividades, no mínimo, potencialmente causadoras de danos (ex.: atividade notarial, fabricação de medicamentos, etc.), não podendo as vítimas, em regra, ficarem indenidas.¹³⁰

A culpa morreu na responsabilidade por danos de tipologia contratual? Essa indagação pode ser respondida de *lege ferenda*, tendo por base os pressupostos da responsabilidade por danos, bem como os seguintes fundamentos:

(i) No Brasil, aos menos com a Constituição Federal de 1988, art. 37, § 6º, com o Código de Defesa do Consumidor, arts. 12 e 14, a Lei 8.935/1994, art. 22, com o Código Civil, arts. 187, 927, parágrafo único, 932 e 933, a Lei 13.185/2015 (responsabilização pelo *bulling*), entre outros, se verificou a expansão do critério objetivo de valoração da responsabilidade, no qual não se analisa a culpa ou o dolo do lesante, cujos critérios de aferição são o risco, a equidade, a garantia ou o contato.¹³¹

Parte da literatura jurídica referenda tal postura legislativa, condizente com a mudança jurídico-social operada na responsabilidade civil, hoje responsabilidade por danos:

A culpa, que marcou a natureza da responsabilidade civil tradicional, apenas é referida pela Constituição de modo indireto, para definir a responsabilidade subsidiária do agente cuja ação ou omissão deu causa à imputação objetiva da responsabilidade do Estado ou da empresa concessionária de serviços públicos (cf. art. 37, 6º). Nessa direção, encontra-se o art. 931 do Código Civil, que imputa responsabilidade totalmente objetiva à empresa, em virtude de dano causado por produto que lançar em circulação, independentemente de culpa. No passado, ao contrário, entendia-se que eventuais danos pelo uso ou aquisição de produtos fabricados pela indústria deviam ser assumidos inteiramente pela vítima, pois seria o preço a pagar pelo progresso e desenvolvimento industrial. A imputabilidade descolou-se da culpa, do nexos causal subjetivo, para a imputação da responsabilidade, que nem sempre recai sobre o efetivo causador do dano.¹³²

¹³⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos. *Tese de Doutorado* defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 212.

¹³¹ TUSA, Gabriele. A responsabilidade de contato e os crimes cometidos por meio da internet. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (Coords.) *Novo Código Civil: Questões Controvertidas—(Responsabilidade civil)*. São Paulo: Método, 2006, v. 5, p. 167-195.

¹³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. (Edição Kindle) 6.ed São Paulo: Saraiva, 2018 (Locais do Kindle 893-899).

(...) em face de problemas como a massificação urbana, o desenvolvimento da informática, da indústria, da energia, dos meios de transporte e das biotecnologias, dentre outros, na passagem do individualismo liberal para o solidarismo.¹³³

Mais do que evitar que as vítimas fiquem irressarcidas, (...) dirige-se a necessidade de ser garantido o direito de alguém não mais ser vítima de danos.¹³⁴

Não obstante isso, o critério subjetivo de valoração da responsabilidade, no qual se analisa a culpa ou o dolo do lesante se mantém ativo na legislação brasileira, como se infere dos arts. 186, 944, parágrafo único, do Código Civil, 14, § 4º, do CDC, art. 19 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), art. 22 da Lei 8.935/1994, com a mudança de texto realizada pela Lei 13.286/2016, entre outros, tendo por fundamento implícito manter o *status quo* e privilegiar o lesante.¹³⁵

Dessa maneira, Marcos Catalan em sua obra já referenciada traz fundamentos para o afastamento da culpa no Direito contemporâneo:

(i) historicamente, se diverge sobre a importância da análise da culpa no direito romano até o período clássico, na *Lex Aquilia de Damno*, pois a responsabilidade do lesante tinha por pressupostos “a existência de uma relação de causalidade entre a conduta e a lesão dela decorrente”, ou seja, na *Lex Aquilla de Damno*, a *iniuria* (antijuricidade hoje) tinha “a reparação dos danos causados a outrem era imputada àquele que os causasse a partir de fator de atribuição a ser aferido em perspectiva de ordem objetiva”;¹³⁶

(ii) a culpa se apresenta no período do direito bizantino, expandindo-se na Baixa Idade Media, com a responsabilidade civil vinculando-se eticamente com os fundamentos do direito canônico. Nessa senda, é possível entender por que o dever de reparar foi sistematizado como uma exceção indesejada – *uma vez que era equiparado ao pecado* – sendo assim pensado, ao menos, nesse recorte biográfico da humanidade”;¹³⁷

¹³³ MARTINS, Guilherme Magalhães. <http://www.conjur.com.br/2015-nov-18/guilherme-martins-responsabilidade-objetiva-provedor-internet> Acesso em 19.07.2018.

¹³⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor Internet pelos danos à pessoa humana nos sites de redes sociais. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2.ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2018, p. 337-364, p. 351.

¹³⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade por danos e a superação da ideia da responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2.ed. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 211-227, p. 214-217.

¹³⁶ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 171-172.

¹³⁷ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 173-176.

(iii) esse contexto autorizou que o sentido de culpa fundamentasse “o do castigo infligido ao responsável pelos danos causados a outrem e, não, como deveria ocorrer, enquanto critério capaz de distribuir justiça em cada situação concretamente estabelecida”. Isso gerou a tripartição da culpa em grave, leve e levíssima, preocupando-se com o lesante e não com a vítima,¹³⁸ como, atualmente, se verifica com o parágrafo único do art. 944 do CC;

(iv) com o fim da Idade Média em 1.453, o período moderno, de divergente apreensão do seu período temporal, colocou a culpa como pilar do dever de reparar, ainda estruturado com a ideologia moral cristã e permanece sendo pensada como a “reprovação ética do comportamento do causador do dano”, presente nas codificações pós Revolução Francesa;¹³⁹

(v) no início do século XIX, a culpa era compreendida em perspectiva manifestamente subjetivista. Era um elemento de natureza “pessoal e psíquica, como aliás, deve ser compreendida mesmo na contemporaneidade”, mantendo-se “vinculada, por razões históricas, à concepção de pecado – noção da qual não conseguiu separar-se até hoje –, atada a uma falta moral associada a impulsos anímicos – ligados à alma, portanto, do agente”;¹⁴⁰

(vi) a culpa, portanto, é entendida como uma falha da psíquica no agir do lesante, cuja ação foi imprudente, negligente ou imperita, de acordo com o comportamento esperado do lesante em cada caso concreto;¹⁴¹

(vii) a violação ao princípio da primazia da vítima, se perfaz pelo fato de se aferir solidamente o comportamento culposos do lesante, a partir das suas habilidades em cada caso concreto, pois também é difícil precisar as balizas para tal medição. Além disso, quem determinará tais balizas? Isso se intensifica em uma sociedade hipertecnológica como a nossa. A culpa não serve aos problemas de nossa sociedade atual, salvo se for para continuar a privilegiar o lesante ao invés da vítima;¹⁴²

¹³⁸ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 177-178.

¹³⁹ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 179-180.

¹⁴⁰ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 180-181.

¹⁴¹ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 182-183.

¹⁴² CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 184-185.

(vii) cria-se, então, a ideia de culpa objetiva, que visa a se afastar dos aspectos subjetivos retrocitados. Nela se prioriza um modelo abstrato de comportamento – *standard* padrão – ignorando aspectos subjetivos que cercam o instituto. A verificação da culpa objetiva se perfaz pela comparação do modelo abstrato de comportamento e o comportamento concreto do lesante e, se o comportamento concreto destoar do comportamento abstrato, a culpa objetiva estará concretizada. Noutros termos: “A culpa passou a ser compreendida como um critério psiconormativo-social desprovido de qualquer influência moral ou religiosa”. Revigora-se a fase do “homem médio”, do bom pai de família, etc.;¹⁴³

(viii) Esse modelo de culpa objetiva ou normativa permite o afastamento da intersubjetividade que é condição de possibilidade para a aferição dos direitos e dos deveres de cada parte no âmbito processual e extraprocessual, com o afastamento das diferentes realidades que permeiam cada caso concreto;¹⁴⁴

(ix) na tentativa de salvar a culpa, construções foram feitas para atribuir o sentido ao instituto de *violação de um dever preexistente*, o que confunde a culpa com a própria ideia de responsabilidade civil – dever sucessivo de reparação de danos pela violação de um dever jurídico anterior negocial ou extranegocial – assim como porque “carregam o problema de impor o dever de reparar apenas quando se estiver diante de expressa e prévia previsão legal – ou contratual –, o que seria absolutamente insustentável, quer parecer, na realidade contemporânea”;¹⁴⁵

(x) Catalan, na melhor obra do Direito brasileiro sobre o tema, apõe:

Não se percebe que a culpa foi transformada em uma arma retórica, um adorno sem qualquer utilidade; embora, ignorando essa constatação – talvez em razão do apego à tradição e/ou da comodidade provocada por esse comportamento –, normativistas continuem a aprovar e/ou reprovar condutas a partir de parâmetros abstratamente concebidos. (...)

Surgem outras percepções. É oportuno destacar que se alude, ainda, à culpa social – “há culpa quando o autor do dano se desvia de uma norma de conduta social” –, e que a culpa pode, nessa esteira, ser objetiva, portanto, despida de culpabilidade. Apesar de não ser pacífica a recepção dessa corrente teórica, saliente-se que tal construção deve ser rechaçada, pois, consoante denuncia Alvin Lima, aceitar a existência da culpa despida de culpabilidade não passa de mero disfarce a acobertar sua derrocada, crítica que certamente é apta a demolir as compreensões normativistas do fenômeno sob análise. (...)

¹⁴³ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 186-187.

¹⁴⁴ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 188.

¹⁴⁵ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 190.

Afirmar culpado quem não cumpre um dever previamente assumido é o mesmo que dizer que outra foi a causa que desencadeou o evento lesivo. Por isso, reafirme-se, que, ao se visualizar a culpa como “violação da lei”, se promove exatamente o que seus cultores não desejam: a objetivação do dever de reparar. (...)

A objetivação do dever de reparar está ligada ao processo de transformação da sociedade – e das angústias por ele provocadas – iniciado no século XVIII. Dentre outros motivos outrora delineados, foi disparada (a) pelo reconhecimento das necessidades contemporâneas e (b) pela primazia do ressarcimento sobre a análise de aspectos subjetivos na conduta do causador do dano.¹⁴⁶

O nexo de imputação da responsabilidade por danos valorado pelo critério objetivo não impede o desenvolvimento social, econômico, ambiental, como se vê, por exemplo, nas relações de consumo, e tutela mais adequadamente o modo pelo qual se imputa a responsabilidade a alguém.

No caso do presente artigo em foco, os fornecedores da prestação de serviço médico-hospitalar participam solidariamente da formação da *circunstância danosa*¹⁴⁷ da qual o paciente (consumidor) é vítima. Isso porque, conforme já exposto, ambos compõem a *cadeia de fornecimento do serviço*, que é instrumentalizada por uma *rede contratual* que se forma em torno de operação econômica supracontratual que visa à prestação do serviço, a ensejar a responsabilização solidária de todos os integrantes de tal *rede contratual*, nos termos do art. 7º, parágrafo único, do CDC.

Diante disso, conclui-se que: (i) a instituição hospitalar é responsável solidária pelos danos advindos da atividade médica autônoma desenvolvida em suas dependências, por ser integrante da *cadeia de fornecimento do serviço, por meio de formação de rede contratual*, participando, dessa maneira, da *formação da circunstância danosa*, elemento que estabelece o nexo de causalidade entre o dano causado pelo médico autônomo ao consumidor e a atividade do hospital, que cede suas instalações mediante remuneração; (ii) a responsabilização da instituição hospitalar pela atividade médica autônoma é medida adequada que fortalece a primazia da vítima, tutelando-a em sua concretude, evitando, por conseguinte, que o risco da atividade seja transferido à vítima; (iii) o atual sistema de responsabilização civil, que ainda prioriza a análise do comportamento do lesante em detrimento da condição de vulnerabilidade da vítima, não é capaz de efetivar a fundamental necessidade de proteção do consumidor

¹⁴⁶ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 193-194 e 229.

¹⁴⁷ Entende-se por *formação da circunstância danosa*: “[...] a imputação de responsabilidade civil ou consumerista a alguém pela coligação e/ou a correlação entre fatores naturais e/ou condutas omissas e comissivas de sujeitos de direito que contribuíram para a ocorrência do dano. Tal coligação ou correlação de eventos danosos pode se dar em relação ao responsável pela atividade, à atividade, à vítima ou ao dano.” FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 263.

vulnerável, nos termos do art. 5º, XXXII, da CF/88, o que evidencia a necessidade de se ter um novo olhar sobre o sistema de responsabilização civil, estabelecendo a vítima como foco (e não o comportamento do lesante).

Referências

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Responsabilidade civil do médico. *Revista Jurídica*, Síntese, ano XLV, nº 231.

ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os contratos civis de prestação de serviço médico*. Direito da saúde e bioética. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1996.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARONNE, Ricardo. Ontologia e simulacro na pós-modernidade de Janus: alteridade e impossibilidade face à síndrome de Perseu. *Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 76-93.

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

BITTAR, C. A. *Danos morais: o que são e como se relacionam com os procedimentos médicos, médica defensiva: problema ou solução*. Safe: Porto Alegre, 1996.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARPENA, Heloísa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 19, p. 29-48, jul./set. 2004.

CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018.

CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011.

CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A pessoa jurídica consumidora duas décadas depois do advento do código de defesa do consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*, v. 1, p. 145-180, 2009.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica*. Teoria da eleição procedimental. Iatrogenia. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Direito médico*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2008.

DENARI, Zelmo. *Código brasileiro defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 9. ed. Salvador: JusPodvim, 2014, v.2.

ESTATUTO DA CNPL. Disponível em <http://www.cnpl.org.br/new/images/arquivospdf/estatuto.pdf> Acesso em 15 de agosto de 2018.

FACHIN, Luiz Édson. Da felicidade paradoxal à sociedade de riscos: reflexões sobre risco e hiperconsumo. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 380-393.

FILOMENO, José Geraldo. *Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FRANÇA, Pedro Arruda. *Contrato atípicos – legislação, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. Responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e prontos-socorros. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.) *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FROTA, Pablo Malheiros. Responsabilidade por danos e a superação da ideia de responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2018.

_____. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008.

_____. Processo eleitoral e políticas públicas: influências recíprocas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 273-301.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Terceirização nos serviços prestados na área da saúde. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GÓMEZ, Amelia Sánchez. *Contrato de Servicios médicos y contrato de servicios hospitalários*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 21.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *La vigencia del distingo entre obligaciones de médio y de resultado em los servicios, desde la perspectiva del consumidor*. Porto Alegre: Ajuris, 1998.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (edição eletrônica).

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. Das obrigações solidárias: um perfil histórico-dogmático. *Dissertação* [Mestrado], São Paulo: USP, 2002.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil 1 - Parte Geral* (Edição do Kindle). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Direito civil: obrigações*. (Edição Kindle). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor Internet pelos danos à pessoa humana nos sites de redes sociais. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2018.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-18/guilherme-martins-responsabilidade-objetiva-provedor-internet>> Acesso em 19.07.2018.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *La vigencia del distingo entre obligaciones de médio y de resultado em los servicios, desde la perspectiva del consumidor*. Porto Alegre: Ajuris, 1998.
MARQUES, Claudia Lima. *Contrato no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno 3. ed. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEVES, José Roberto de Castro. O direito do consumidor – de onde viemos e para onde vamos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 193–212, abr./jun. 2006.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

_____. O caso das 'pílulas de farinha' como exemplo da construção jurisprudencial de um 'direito de danos' e da violação da liberdade positiva como 'dano 'a pessoa''. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana. (Orgs.). *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2011, p. 273-302.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975.

PREVOT, Juan Manuel. *Responsabilidad de los médicos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

RÊGO, Wérson. *O código de proteção e defesa do consumidor: a nova concepção contratual e os negócios jurídicos imobiliários*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROCHA, Cleonice Rodrigues Cesarin da. A natureza jurídica do contrato médico. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004.

SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e profissionais da saúde. In: BODIN DE MORAES Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. (Org.). *Responsabilidade civil de profissionais liberais*. São Paulo: Atlas, 2016.

RENTERIA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*. Análise crítica. São Paulo: GEN/Método, 2011.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Um direito sem faticidade: Uma (des)leitura da teoria do fato jurídico. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, p. 177-202, 2018.

_____. *Parecer*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-politica-juizes-nao-punida.pdf> Acesso em 02.07.2018.

_____. Hermenêutica jurídica. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017 (Locais do Kindle 1301-1443). Edição Kindle.

_____. *Verdade e Consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE Flávio; NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II. p. 83-122.

THOMAZ JÚNIOR, Dimas Borelli. *Responsabilidade civil do médico*. Revista dos Tribunais, 741-93.

TRINDADE, A. K.; OLIVEIRA, R. T. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. *RECHTD*, v. 9, a. 3, p. 311-326, setembro-dezembro 2017.

TUSA, Gabriele. A responsabilidade de contato e os crimes cometidos por meio da internet. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (Coords.) *Novo Código Civil: Questões Controvertidas– (Responsabilidade civil)*. São Paulo: Método, 2006, v. 5, p. 167-195.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. Mistanásia: um novo instituto para um problema milenar. *Revista Magistrado*, Brasília, v. IV, n. XXXI, 2004.

Como citar: FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; COSTA, José Pedro Brito da. Responsabilidade hospitalar pela atividade médica autônoma: uma questão de coligação contratual. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 47, nov.-fev./2019.