

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
CURSO DE DIREITO**

JULIANA SILVEIRA SARMENTO

**INADEQUAÇÃO DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR NAS AÇÕES ENVOLVENDO RELAÇÃO
MÉDICO X PACIENTE**

**SÃO PAULO
2022
JULIANA SILVEIRA SARMENTO**

**INADEQUAÇÃO DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR NAS AÇÕES ENVOLVENDO RELAÇÃO
MÉDICO X PACIENTE**

Monografia apresentada ao curso de
Direito, da Pontifícia Universidade Católica
- PUC, como requisito parcial para a
obtenção do título de bacharel em Direito

Orientador: Prof. Carlos Gonçalves Junior

**São Paulo
2022**

JULIANA SILVEIRA SARMENTO

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos os meus colegas médicos que buscam exercer sua arte com profissionalismo e excelência.

RESUMO

Sarmiento, Juliana Silveira.

A relação médico -paciente é personalíssima e como tal apresenta muitas questões que interessam ao Direito, fato que pode ser observado ao se verificar o aumento crescente das demandas judiciais que envolvem questões relacionadas a todo tipo de conduta e tratamento médico, fenômeno denominado como: “judicialização da medicina”. Neste sentido, ao se compreender peculiaridades da atividade médica, observa -se que, sob muitos aspectos, ela não pode ser adequadamente alcançada pelo Código de Defesa do Consumidor, mas sim pelo Código Civil, pelos princípios Constitucionais e também pelo Código de ética Médica. Frente a este fato, a presente monografia tem o objetivo de apresentar elementos que corroboram a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) nas ações que envolvam a relação médico/paciente. Com isso, procurou abordar o instituto da responsabilidade civil do médico e verificar a não adequação do CDC nas relações médico/paciente. A metodologia utilizada no trabalho teve sua base na pesquisa bibliográfica, cujas fontes foram consultadas em livros jurídicos, artigos eletrônicos, a legislação, a jurisprudência pátria, periódicos, revistas jurídicas, entre outros que também forneceram informações e reflexões a respeito do assunto. Com o resultado da pesquisa foi possível concluir que a relação médico-paciente evidencia um vínculo de natureza civilista e não consumerista.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor; Código Civil, medicina relação médico -paciente.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA.....	3
RESUMO.....	4
INTRODUÇÃO.....	7
1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	8
1.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	8
1.1.1 DA APLICABILIDADE	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
1.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ÂMBITO DO CDC.....	15
1.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	17
2 DIREITO DO PACIENTE X DIREITO DO CONSUMIDOR	19
2.1 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	19
2.2 O DIREITO À SAÚDE E A INEFICÁCIA DA PRESTAÇÃO ESTATAL.....	21
2.3 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA.....	22
2.4 O CONCEITO DE CONSUMIDOR QUE DIVERGE DO CONCEITO DE PACIENTE	24
2.5 DIFERENÇA ENTRE CLIENTE E PACIENTE	26
EXISTEM VÁRIAS DIFERENÇAS ENTRE UM PACIENTE E UM CLIENTE. PORÉM, SERÃO COMENTADAS APENAS ALGUMAS DELAS.....	26
3 A NÃO ADEQUAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE	28
3.1 A NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	28
3.2 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NÃO SE CARACTERIZA EM RELAÇÃO DE CONSUMO", DIZ PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ.....	31
3.2.1 QUANTO À RESPONSABILIDADE DA JUSTIÇA.....	31
CONCLUSÃO.....	33
REFERÊNCIAS	35

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho foi a pesquisa teve por intuito analisar a possibilidade da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC na relação médico/paciente, considerando-se que essa espécie de relação envolve não só confiança, mas também responsabilidade.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações médico/paciente apresenta-se como tema que consiste em objeto de debates tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pelo fato de o médico ser tratado como profissional liberal, que, de modo geral, não é alcançado pelo CDC. A natureza jurídica de tais relações é objeto de análise da doutrina majoritária que tratam do instituto jurídico da responsabilidade civil e, principalmente, no que se refere à responsabilidade médica.

Conforme artigo 3º da Lei nº 8.078/90, que trata da definição do fornecedor e prestador de serviços, temos:

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

Neste mesmo diploma legal, define -se como serviço:

“ § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

A própria caracterização de “Fornecedor” já implica na dificuldade em atribuir tal característica ao atendimento prestado pelo médico, visto que em uma consulta médica não se realiza: montagem, criação, transformação, importação, exportação, distribuição de produto ou serviço”, porém, há quem defenda que o atendimento médico caracteriza – se pela prestação de serviço, portanto, tal divergência justifica a discussão trazida por esta Monografia: a relação médico x paciente deve ser tratada sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor ou do

Código Civil já que o fato é que a atividade médica, além de possuir regulação própria, não é uma atividade econômica em sentido estrito e sim uma atividade voltada para o cuidado com a saúde e qualidade de vida das pessoas.

Apesar de a doutrina e a jurisprudência majoritárias entenderem pela aplicação da legislação consumerista na relação médico/paciente e do escasso material existente para defender posição contrária, o que se propõe é o não cabimento do CDC na relação médico/paciente.

O objetivo geral foi apresentar os motivos pelos quais a atividade médica deve ser tratada pelo Código Civil e não pelo CDC. Os objetivos específicos consistiram em: abordar o instituto da responsabilidade civil, analisar o direito do paciente em contra posição ao direito do consumidor e demonstrar que a relação estabelecida pelo médico e seu paciente guarda pode ser melhor compreendida pelo código civil ao CDC.

A metodologia utilizada no trabalho teve sua base na pesquisa bibliográfica, cujas fontes foram consultadas com a finalidade de estudar e investigar os elementos que envolvem o tema escolhido. Para tanto, foram consultados: livros jurídicos, artigos eletrônicos, a legislação e a jurisprudência pátria, periódicos, revistas jurídicas, entre outros que também forneceram informações e reflexões a respeito do assunto.

1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com Sergio Cavalieri Filho, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a responsabilidade civil foi conceitualmente modificando ao longo do século XX: desde a responsabilidade com culpa comprovada (Código Civil de 1916) que adotava entendimento subjetivista da culpa até a responsabilidade objetiva que foi melhor compreendida, principalmente com a Constituição de 1988, que adotou entendimento da responsabilidade objetiva dos agentes públicos também, já que o Estado responde objetivamente desde a Constituição de 1946

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Neste sentido, com a promulgação do Código do Consumidor, ocorreu a ampliação deste entendimento para todos os fornecedores de produtos e serviços, praticamente tornando insignificante o artigo 159 do Código Civil então vigente. Para este jurista, o novo Código Civil não foi inovador, já que tanto a CF de 1988 quanto o CDC mudaram profundamente o entendimento da responsabilidade civil.

O Novo Código Civil (2002), em concordância com entendimentos mais modernos que trata a responsabilidade civil em essência objetiva, mas ainda sem abandonar totalmente o subjetivismo, e com a Constituição, abordou a responsabilidade Civil de forma particular:

“ TÍTULO IX
DA RESPONSABILIDADE CIVIL ”

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

Observe que o Artigo 927 é uma norma “incompleta” já que remete a outros artigos o entendimento do que seria o ato ilícito:

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

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

O artigo 186 traz o conceito subjetivo da Responsabilidade Civil; já o 187 inicialmente pode ser adotado entendimento objetivo como subjetivo. O entendimento subjetivo do abuso de poder foi reinterpretado com a onda objetivista da responsabilidade civil, ou seja: se entendido abuso de poder, independente de dolo ou culpa, haveria ato ilícito e portanto, configurada a responsabilidade civil: o 187, inclusive, não menciona no texto intencionalidade, o que vale dizer que o entendimento é objetivista.

Ainda do entendimento da responsabilidade civil, cabe o destaque do paragrafo único do artigo 927:

“Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Da leitura objetiva do texto, não há a menor dúvida da responsabilidade objetiva, no entanto, cabe a discussão do que seria a atividade que envolve o risco. Se adotarmos o entendimento do Código do Consumidor, atividade seria qualquer serviço

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

O próprio Código Civil, em outro momento, ao tratar das empesas, também usa o termo “atividade” como exercício profissional. Neste entendimento, algumas

atividades profissionais são intrinsecamente arriscadas, ou seja, não se realiza sem risco envolvido como, por exemplo, instrutor de atividade física ou o médico: não há conduta médica que não implique risco; o próprio Código do Consumidor traz ponto específico ao profissional liberal:

“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.

E ainda no Código Civil:

“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.”

Ou seja, nos dois diplomas legais, a responsabilidade civil do médico é de caráter subjetivo, ou seja, depende de constatação de dolo ou culpa. Neste sentido, cabível o entendimento que será abordado mais adiante que a atividade médica deve ser entendida sob o entendimento do Código Civil e Constituição, que não abandonou totalmente a visão subjetivista diferente do Código do Consumidor que é essencialmente objetivista e faz a ressalva do profissional liberal.

Sergio Cavalieri Filho, por sua vez, explica que no conceito de Responsabilidade Civil é necessário fazer a distinção entre obrigação e responsabilidade, destacando o autor que na primeira trata-se de um dever jurídico originário e na segunda de um dever jurídico sucessivo. Então, o autor conceitua responsabilidade como sendo “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 24).

A responsabilidade civil se configura quando ocorre violação de um dever jurídico e o responsável é aquele que deve indenizar o prejuízo causado por essa violação, ou seja, a responsabilidade é a consequência do descumprimento de uma obrigação.

De acordo com Maria Helena Diniz:

O médico responderá extra contratualmente quando fornecer atestado falso; consentir, em caso que pode impedir, que a pessoa não habilitada exerça a profissão médica; permitir a circulação de obra escrita por ele onde ontem erros de dosagens de medicamentos e que bem ocasionar acidentes ou morte; deixar de ordenar a remoção do ferido ao hospital mesmo sabendo que as condições de melhora são inexistentes devido ao tratamento que está recebendo; efetuar intercessões cirúrgicas sem estar habilitado; utilizar tratamento não aprovado cientificamente que cause deformações no paciente (DINIZ, 2012, p. 313).

Carlos Roberto Gonçalves compartilha do entendimento de que: “a palavra responsabilidade origina-se do latim *respondere*, que encerra a idéia de segurança ou garantia de restituição ou composição do bem sacrificado. Teria, assim, o significa de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir” (GONÇALVES, 2010, p. 18).

Vale observar que o exercício da medicina é livre, sendo assim, o médico pode se negar a atender ao chamado de um doente, sem necessidade de justificar sua recusa, salvo exceções já que não há médico não pode se recusar a atender um chamado de seu paciente ou do representante legal quando não existir outro médico ou serviço médico disponível no local nas situações de urgência ou emergência.

De acordo com o Código de Ética Médica que em seu Capítulo I - Princípios fundamentais, VII:

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de

sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

Então, o médico pode exercer sua profissão com total autonomia, não tendo obrigatoriedade de prestar serviços que venham contrariar sua consciência ou mesmo a quem não deseje, desde que não resulte em danos à saúde do paciente.

Desta forma, não existe obrigatoriedade para que “o vínculo profissional entre médico e paciente seja mantido nos casos em que o médico não deseja, ou vice-versa, ou em situações em que uma das partes não mais se sente confortável com a relação profissional médico-paciente” (SOUZA, 2021).

Vale dizer que existe uma forte tendência em se confundir culpa com responsabilidade quando da conceituação de ambas, auferindo a uma pessoa a culpa por ter praticado um ato danoso e considerando-a responsável por tal ato. Contudo, existe distinção entre ambas, uma vez que nem sempre aquele que é considerado responsável tem culpa no evento danoso.

A aplicabilidade ou função da responsabilidade civil consiste em impor ao responsável pelo dano causado a obrigação de indenizar a vítima, já que tal obrigação advém do mais primário entendimento de justiça, uma vez que o dano advindo de um ato irregular compromete o equilíbrio jurídico-econômico existente entre o causador do dano e a vítima. Sendo assim, é preciso que se traga de volta o equilíbrio anterior, ou seja, busca-se colocar aquele que sofreu lesão em seu estado anterior. -no *status quo ante* (condição anterior). De acordo com o entendimento de Nelson Rosenvald:

“A obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma série de deveres de prestação, direitos formativos e outras situações jurídicas. A obrigação é tida como um processo – uma série de atos relacionados entre si -, que desde o início se encaminha a uma finalidade: a satisfação do interesse na prestação. (...) O bem comum na relação obrigacional traduz a solidariedade mediante a

cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade do credor e devedor (ROSENVALD, 2005, p. 204).

O dano é o elemento essencial para a obrigação de indenizar, já que não existindo prejuízo ou conduta ilícita, não há, em princípio, necessidade de avaliação ou interesse jurídico. De acordo com as explicações de Noronha, a responsabilidade subjetiva é aquela configurada por atos ilícitos, também denominada aquiliana, “é a obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões intencionais (ou seja, dolosas), imperitas, negligentes ou imprudentes (isto é, culposas), que violem direitos alheios” (NORONHA, 2007, p. 484).

Aqueles que defendem a culpa como elemento primordial da responsabilidade civil, afirmam que a culpa possui um cunho moral, por isso não se poder conceber a responsabilidade senão fundada nela. Desta forma, com intuito de abranger todas as situações de dano e atender ao princípio social da reparação, nas hipóteses em que o dano possa vir a se caracterizar é que se fundamenta a teoria objetiva.

Entretanto, ao se falar em responsabilidade civil é sempre importante mencionar a opinião de Maria Helena Diniz, pois afirma a autora que:

“Poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva) (DINIZ, 2009, p. 34).”

Na responsabilidade objetiva não se procura verificar a culpa, e sim apenas a identificação da autoria do ato, ou seja, da existência do dano, bem como do nexo de causalidade. Já que a mesma advém de um resultado, onde “obriga-se o devedor a realizar um fato determinado, adstringe-se a alcançar certo objetivo” (MONTEIRO, 2003, p. 56).

1.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ÂMBITO DO CDC

O Código de Defesa do Consumidor, com fundamento no artigo 5º, XXXII da Constituição Federal, o qual determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” inseriu a responsabilidade civil em seus dispositivos fazendo despertar um ramo à parte nessa disciplina, ou seja, a responsabilidade civil nas relações de consumo. Essa evolução do direito do consumidor refletiu na maioria das relações do cotidiano, cujo objetivo é a tutela do mais vulnerável e atenção aos princípios do Estado Democrático de Direito nas relações de consumo.

Segundo as explicações de Sérgio Cavalieri Filho, devido às inúmeras relações de consumo que existem atualmente, não foi surpresa que o CDC tenha trazido um novo tipo de responsabilidade civil, “o das relações de consumo, que são inúmeras, não existindo nenhuma discrepância se ficasse dividida a responsabilidade em tradicional e nas relações de consumo” (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 89).

Com fundamentação na teoria do risco do empreendimento, o fornecedor se torna o responsável por produtos e serviços que são colocados à disposição dos consumidores, e, ocorrendo dano, responderá o fornecedor na forma objetiva. O CDC em seu artigo primeiro afirma serem suas normas de ordem pública e de interesse social.

Sergio Cavalieri Filho ainda ressalta que, com o intuito de cumprir a determinação constitucional a mencionada lei criou uma estrutura jurídica multidisciplinar voltada às relações de consumo, não importando se no âmbito do Direito público ou do Direito Privado, no contratual ou no extracontratual, no material ou no processual. O importante é que seja inserida uma disciplina jurídica única e uniformizada com o objetivo de proteger e tutelar os direitos materiais ou morais dos consumidores (CAVALIERI FILHO, 2012).

Vale observar que antes mesmo da edição do Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor - CDC já tinha adotado como regra nas relações consumeristas a responsabilidade civil objetiva, minimizando a concepção de culpa como pressuposto para que a mesma se configurasse, feita a ressalva do artigo 14, conforme supracitado.

Sendo assim, no direito do consumidor o que vigora é a teoria do risco, com base na máxima de que o dever de indenização surge de uma lesão sofrida pelo consumidor, não dependente de culpa do fornecedor.

A responsabilidade nasce exclusivamente do nexo de causalidade que existe entre o consumidor, o produto e/ou serviço e o dano, salvo as hipóteses de exclusão da responsabilidade que se encontram previstas na própria legislação especial.

A aplicação da teoria objetiva no Direito do Consumidor se encontra vinculada à ideia de vulnerabilidade do consumidor e, por consequência, ao desequilíbrio na relação processual.

Outro motivo para a adoção da responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor está na teoria do risco do empreendimento.

Sendo assim, os elementos necessários para que seja caracterizada a responsabilidade objetiva nas relações de consumo são: “defeito ou vício do produto ou serviço; dano ou prejuízo causado ao consumidor e o nexo de causalidade entre o defeito/vício e o dano/prejuízo” (CALLEGARO, 2016).

De acordo com tal teoria, o fornecedor está obrigado a reparar eventuais danos provocados por bens e serviços defeituosos ou viciados, já que sua atividade está sujeita à criação de riscos. Então, é dever do fornecedor oferecer produtos e serviços de qualidade, com o intuito de garantir a saúde físico e psíquica do consumidor, bem como a sua segurança patrimonial.

Necessário trazer a letra fria da lei:

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.

Ou seja, o próprio CDC que possui caráter mais objetivo, traz o subjetivismo relacionados à necessidade de caracterizar a culpa nos profissionais liberais, ou seja, a essência desta monografia é justamente verificar que o CDC não é o mais adequado

para tratar das relações médico paciente, inclusive, porque o próprio CDC aponta este fato: há necessidade de verificar a culpa para caracterizar o dano.

1.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Maria Helena Diniz afirma que a Responsabilidade dos Médicos consiste em uma responsabilidade contratual, que tem por finalidade compensar as lesões provocadas em seus clientes, no momento do cumprimento dessa que é uma obrigação de meio (DINIZ, 2014).

Percebe-se que a obrigação de responder pelas próprias ações advém de um dever de prestação de serviços, o qual se configura entre o profissional de medicina e o seu paciente, assim como entre este e a clínica, a qual foi consignada para o procedimento. Desta forma, deve-se destacar que tanto o médico quanto a clínica ou serviço hospitalar possuem obrigação idêntica, em relação a assumir todos os danos que venham causar danos aos seus contratantes, que é o paciente (BERALDO; PEREIRA In: In: TEPEDINO; FACHIN, 2012).

Conforme explica Rogério Romano, a responsabilidade civil do médico foi objeto de polêmicas em relação à cirurgia plástica, cujas bases foram as proposições e suposições subjetivas, a partir da culpa e da teoria objetiva definida no risco, sendo a mesma avaliada como a obrigação de melhorar o prejuízo proveniente de uma ação ou omissão da cirurgia.

A jurisprudência assim se manifesta:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. **FALHA NO ATENDIMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO DISTRITO FEDERAL. ART. 37, § 6º, DA CF/88.** PRELIMINAR DE DENUNCIÇÃO À LIDE ALEGADA EM AGRAVO RETIDO. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO EM LUCROS CESSANTES. IMPOSSIBILIDADE. DANO E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. **DANO MORAL CONFIGURADO.** MINORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. POSSIBILIDADE. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRELIMINAR AFASTADA. RECURSOS CONHECIDOS. PARCIALMENTE PROVIDO DO DISTRITO FEDERAL E DESPROVIDO O AGRAVO RETIDO E O APELO DA AUTORA. (...) 4. Houve lesão grave a bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos de personalidade da autora, dando ensejo à indenização por dano moral, uma vez que se rompeu a fronteira do tolerável para alcançar a dignidade da autora, conforme estabelece o art. 1º da Constituição Federal.(...) 5. O arbitramento de indenização por danos morais no valor de R\$

40.000,00 (quarenta mil reais), está em desacordo com as peculiaridades do caso, principalmente em razão dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Por essa razão, reduzo o valor anteriormente arbitrado para o montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), uma vez que a perda da visão foi parcial e de somente um olho. (...) 6. Preliminar de denúncia à lide afastada. Recursos Conhecidos. Parcialmente provido do Distrito Federal e desprovido o agravo retido e o apelo da parte autora. (20150110160298APC - (0003463-02.2015.8.07.0018 - Res. 65 CNJ) - Registro do Acórdão Número: 1158408 - Data de Julgamento: 13/03/2019 - Órgão Julgador: 5ª TURMA CÍVEL - Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO - Data da Intimação ou da Publicação: Publicado no DJE: 22/03/2019. Pág.: 343/345). (Grifei).

De acordo com Chaves citado por Mariella Borges e Priscila Branquinho os deveres da conduta médica são muito importantes na composição das virtudes referentes à qualidade da atuação médica. A representação dos deveres, vem apresentando resultados que têm por finalidade amenizar ou reduzir a probabilidade de erro médico. No entanto, também existe outro ponto de grande relevância que diz respeito ao erro por diagnóstico ou erro de conduta (CHAVES apud BORGES; BRANQUINHO, 2020).

Na visão de Sena para que haja responsabilização do médico pela lesão causada ao cliente, é preciso que ocorra um procedimento imprudente, negligente ou imperito, prejudicando o paciente. “Poderá ocorrer também à responsabilização do médico nos fatos em que se configure um comprometimento de resultado e o mesmo não seja alcançado” (SENA [et al], 2017).

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, o profissional da medicina deve atuar sempre cuidadosamente, habilidade e capacidade para exercer sua profissão, respeitando sempre as regras de comportamento inerentes ao dever de informação e comunicação.

Sendo assim, quando existe o erro devidamente confirmado pelo paciente, o médico pode ser forçado a pagar indenização, podendo ser a título de dano moral havendo morte, dano extrapatrimonial por afronta à integridade física ou psíquica do paciente. E uma vez que haja lesões que atinjam a honra do paciente, a ele é assegurado o dever de sigilo da sua imagem (GONÇALVES, 2015).

Desta forma, pode-se afirmar que no âmbito da responsabilidade civil do médico, vale destacar, independentemente das modalidades de responsabilidade, há obrigação de reparar o dano causado.

Necessário trazer à discussão a letra fria da lei ao tratar da Responsabilidade Civil (Código Civil):

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

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ou seja, há que se comprovar o ato ilícito na modalidade culpa – imperícia , imprudência e negligencia – para constar a responsabilidade civil.

2 DIREITO DO PACIENTE X DIREITO DO CONSUMIDOR

2.1 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à saúde encontra-se disposto na Constituição Federal de 1988 no Capítulo “Dos Direitos Sociais”, cuja finalidade é o bem-estar e a justiça social. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º determina: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

Mais adiante, o texto constitucional, em seu artigo 196 afirma que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal (...)”.

De acordo com as explicações de Kildare Gonçalves Carvalho:

A Constituição prevê um regime de cooperação entre a União, os Estados e os Municípios, que devem concorrer para incrementar o atendimento à saúde da população. Cada uma dessas esferas de

governo, que deve agir em concurso e de forma solidária, uma suplementando a outra, tem sua competência administrativa estabelecida na Lei 8.080/90. (CARVALHO, 2012, p. 817).

Conforme as observações de Rodrigo Zouain da Silva, o direito à saúde encontra-se tutelado na Constituição Federal de 1988, “nos artigos 6º e 196 deve ser efetivado por meio da integralidade de assistência: diretriz prevista no artigo 198, inciso II, da Constituição Federal e o princípio expresso no artigo 7º, inciso II, da Lei 8.080 de 1990” (SILVA, 2011).

Com a elevação da saúde à condição de direito social fundamental passou-se a exigir do Estado prestações positivas, bem como, a elaboração de políticas públicas sociais e econômicas (MARTINS, 2010).

No Brasil, a proteção constitucional à saúde seguiu os parâmetros da Organização Mundial de Saúde – OMS, pois obriga o Estado a conceder à população o acesso a tratamento que venha trazer a cura da doença, ou, no mínimo, uma qualidade de vida melhor.

A Constituição Federal de 1988, nos seus artigos de 198 a 200, determinou que ao Sistema Único de Saúde cabe coordenar e executar políticas para promover a saúde no Brasil. Como bem observa Nadia Rejane Chagas Marques:

O direito à saúde, além de qualificar-se como condição fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional no plano da organização da federação, não pode ficar indiferente às necessidades atinentes à saúde da população, sob pena de grave comportamento inconstitucional (MARQUES, 2012, p. 44).

Contudo, o texto constitucional não ficou restrito à previsão da criação de uma estrutura organizacional para assegurar o direito à saúde, pois ainda definiu a forma de atuação do órgão administrativo e os objetivos a serem alcançados, deixando delineado o Sistema Único de Saúde.

Nesse seguimento foi criada a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que trata das “condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde(...)”, assim como a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, “Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (...)”. Então, compõem o denominado direito sanitário não só os comandos da Constituição Federal de 1988,

mas inclusive das leis específicas que dispõem sobre a saúde; as portarias e protocolos dos SUS.

O fato é que a saúde continua sendo um bem prioritário para o indivíduo, além de condição *sine qua non* de cidadania, pois é através dela que se adquire uma forma de vida digna com segurança e produtividade.

2.2 O DIREITO À SAÚDE E A INEFICÁCIA DA PRESTAÇÃO ESTATAL

Em tempos passados os cidadãos supriam suas necessidades sem qualquer participação do Estado, ou seja, não existia responsabilidade com o indivíduo, ou seja, com o bem estar da população. Com a evolução social a competência do Estado foi incluída a garantia a saúde no próprio texto da Constituição Federal de 1988.

Conforme explica Gilmar Ferreira Mendes, a saúde consiste em um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, sendo esta “a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental de proteção à saúde como um direito social de todos os cidadãos (Artigo 6º) e um dever do Estado (Artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros)” (MENDES, 2011, p. 685).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assim se posiciona:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. TUTELA PROVISÓRIA DEFERIDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. 1. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a meios e medicamentos para tratamento de saúde. 2. A decisão agravada que determinou, alternativamente, que a União, o Estado do Rio Grande do Norte e o Município de Natal realizem o depósito da quantia necessária para a aquisição do medicamento pleiteado pela demandante, merece subsistir à luz do mencionado entendimento desta Corte. 3. Agravo interno a que se nega provimento (STJ - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL AgInt no REsp 1654716 RN 2017/0034214-3 (STJ) Jurisprudência • Data de publicação: 03/09/2018).

Portanto, a posição dos Tribunais brasileiros é no sentido de que o direito fundamental à saúde não pode consistir apenas em uma promessa expressada no texto constitucional.

Mauro Luís Silva de Souza citado por Aline Machado Weber observa que: “É na perspectiva do direito fundamental do cidadão de exigir prestações públicas, com base no princípio da solidariedade social, que se insere o direito à saúde no âmbito dos direitos sociais e econômicos” (SOUZA apud WEBER, 2013).

Entretanto, a realidade evidencia que a saúde ainda é um direito que se encontra muito longe de superar a mera consagração do texto constitucional, uma vez que, na verdade, o indivíduo vem buscando o Poder Judiciário para a efetivação de tal direito. Porém, o Poder Público se opõe com relação a ser o destinatário principal do direito à saúde, além de afirmar que tal direito se encontra positivado na condição de norma de eficácia limitada.

O fato é que com essas divergências, a saúde passou a ser objeto de controvérsia, porém, não há dúvidas de que o direito à saúde, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana devem prevalecer sempre.

2.3 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

A responsabilidade médica consiste na “obrigação, de ordem civil, penal ou administrativa, a que estão sujeitos os médicos, no exercício profissional, quando de um resultado lesivo ao paciente, por imprudência, imperícia ou negligência” (FRANÇA, 2010).

Os deveres do médico se encontram descritos no Código de Ética Médica. Enfim, pode-se afirmar que o profissional deve dispor de todos seus esforços, se valendo dos meios que possui para a obtenção da cura do paciente, sempre com prudência e dedicação. É necessário assegurar o devido acompanhamento de sua enfermidade de forma a restabelecer seu perfeito estado clínico, manutenção de sua saúde e, se houve fatalidade, de uma morte digna.

Também vale dizer que o médico possui o dever de não abandonar o paciente que se encontra sob seus cuidados, exceto quando houver renúncia ao atendimento com motivos fundamentados, desde que a continuidade do tratamento seja garantida.

Benigno Núñez Novo explica que:

A responsabilidade civil vem definida por Savatier como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam" (Silvio Rodrigues); II) a responsabilidade administrativa, no caso de envolver um agente público (sendo este um médico do município, por exemplo) que infringe normas administrativas, que em sua origem não deixa de ser civil; III) a responsabilidade penal, quando os atos do agente repercutem na seara penal, enquadrando-se como crime ou contravenção. Nesta, diferente da civil, o interesse protegido é público (violação direta da ordem social) e a consequência do dano é a pena. Assim, o foco desta é a pessoa; daquela, o dano; e na responsabilidade administrativa, haverá punições de teor funcional (perda do cargo público) e ressarcitória (NOVO, 2018).

A responsabilidade civil do médico é subjetiva. Isso significa que, havendo algum tipo de dano causado ao paciente, a culpa ou não-culpa irá depender de uma apuração aprofundada, incluindo a investigação da conduta do profissional com a verificação se foram observados os deveres de cuidado. Caso haja, ainda é necessário analisar se foi isso que produziu de fato do dano em questão.

Via de regra, a responsabilidade civil do médico é de ordem contratual. Contudo, a doutrina é cautelosa com relação à explicação de que não se pode presumir a culpa do médico quando o doente não é curado ou não são satisfatórios os recursos aplicados no tratamento. A jurisprudência tem amenizado essa responsabilidade, que se firma a partir de uma profissão que visa, em regra, o meio e não o resultado. O médico, igualmente ao advogado, exerce um trabalho de meio e não de resultados. "Exceção: É doutrina e jurisprudência dominantes a tese de que no caso de cirurgia plástica busca-se o resultado. A priori, os pacientes não estão doentes, mas buscam corrigir apenas um problema estético" (NOVO, 2018).

O novo Código de Ética Médica (CEM), que passou a vigorar em maio de 2019, depois de quase três anos de discussões e análises, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou o relatório sobre o tema que atualizou a versão anterior que estava em vigor desde 2009. Segundo Benigno Núñez Novo:

(...) incorporando artigos que tratam de assuntos relacionados às inovações tecnológicas, em comunicação e nas relações em sociedade, mas mantendo os princípios deontológicos da profissão.

Dentre eles, estão: o absoluto respeito ao ser humano e a atuação em prol da saúde do ser humano e da coletividade, sem discriminações. Acesse, aqui, o novo Código de Ética Médica (NOVO, 2018).

Ao definir deveres e normas para a conduta do médico, o Código de Ética Médica consiste em uma garantia para a sociedade que implica em segurança, qualidade e respeito no trabalho desenvolvido por médicos no país, seja da rede pública ou privada.

O Código de Ética Médica tem papel importante não apenas para os médicos, mas também no âmbito da política, uma vez que sua atuação é em defesa da saúde da população. Desta forma, precisa se manter sempre atualizado em relação às mudanças da sociedade e da evolução científica.

2.4 O CONCEITO DE CONSUMIDOR QUE DIVERGE DO CONCEITO DE PACIENTE

A relação de consumo envolve duas partes, de um lado, aquele que adquire um produto ou serviço, o chamado consumidor, do outro, o denominado fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço, os quais podem ser produtor ou fornecedor. Tal relação tem por finalidade alcançar a satisfação de uma necessidade do consumidor, e este, por outro lado, não dispõe do controle da produção de bens de consumo ou dos serviços prestados que lhe são fornecidos, aceitando as condições dos produtores desses bens e serviços. Percebe-se então a vulnerabilidade do consumidor. O próprio CDC conceituou o consumidor em seu artigo 2º, ainda que não seja comum uma norma definir conceito:

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

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

Assim, de acordo com o dispositivo acima citado, é o texto legal que impõe a definição de consumidor, pois o legislador definiu logo no artigo 2º do CDC, o consumidor como sendo sujeito protegido pela lei e no parágrafo único desse mesmo artigo determina que: "equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo".

Vale transcrever a definição de José Geraldo Brito Filomeno:

Pode-se destarte inferir que toda relação de consumo: a) envolve basicamente duas partes bem definidas, de um lado, o adquirente de um produto ou serviço (“consumidor”, e de outro, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço (“produtor/fornecedor”); b) tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; c) o consumidor, não dispendo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços (FILOMENO, 2004, p. 26).

Na relação de consumo, o consumidor não tem controle quanto à produção de bens de consumo e à prestação de serviços a ele ofertados, e assim, está submetido ao poder dos produtores dos bens e serviços. Motivo pelo qual o consumidor é tido como a parte vulnerável.

Fábio Comparato citado por José Filomeno ressalta que por consumidor entende-se: “qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço” (COMPARATO apud FILOMENO, 2004, p. 31).

Cláudia Marques, por sua vez, conceitua consumidor de acordo com a corrente da teoria finalista, onde explica que, para os finalistas, que são os pioneiros do consumerismo, “a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I” (MARQUES, 2016, p. 141).

Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes entende ser preferível falar em “direito das relações de consumo” e não “direito do consumidor” (FERNANDES In: MARQUES, 2016, p. 153).

Valendo mencionar o conceito de consumidor trazido por Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes:

Há de se mencionar ainda que, levando em consideração a capacidade das ações coletivas de tutelarem os direitos difusos, existe doutrina no sentido da necessidade de ampliação do conceito de consumidor contido no CDC, para que haja a

passagem de um “paradigma antropocêntrico” para o “paradigma biocêntrico” (FERNANDES In: MARQUES, 2016, p. 137-138).

Na verdade, o objeto da Lei é a tutela do consumidor final, que é quem arca com todos os efeitos sociais e econômicos da relação de consumo. Considerando-se que consumidor não consiste apenas naquele que compra o produto ou serviço, mas também, naquele que usufrui destes em qualquer situação.

2.5 DIFERENÇA ENTRE CLIENTE E PACIENTE

Existem várias diferenças entre um paciente e um cliente. Porém, serão comentadas apenas algumas delas.

De acordo com um relatório divulgado na SCiELO (Scientific Electronic Library Online), a respeito de qual o termo é o mais utilizado por estudantes de enfermagem, pode-se observar algumas das principais diferenças entre paciente e cliente.

- **Paciente:** a origem do termo paciente vem da palavra *sofredor*, derivada do *latim patiens*, de *patior*, que significa sofrer. A palavra paciente também carrega o significado de “paciente é aquele que espera”, **uma pessoa que precisa de cuidados médicos**. É também a denominação mais comum e antiga entre o meio médico.
- **Cliente:** o termo cliente é uma denominação mais atual, uma forma moderna de chamar **a pessoa que utiliza o serviço de saúde**, sendo ele público ou particular, porque, de alguma forma, sempre pagamos pelo atendimento médico, seja através de convênio ou impostos. (MAYUMI, 2019). (Grifos no original).

O termo “paciente” em geral é mais utilizado pelos profissionais de saúde, especialmente pelo fato de a palavra passar uma imagem de relação mais humanizada e íntima do que o termo cliente.

No entanto, também existem determinadas controvérsias em relação a esse termo. Uma delas está no estigma de que a palavra “paciente” passa a ideia de uma

pessoa passiva, que somente espera o profissional de saúde, ou seja, alguém dependente.

Por outro lado, o termo “cliente” traz mais autonomia para quem usa o serviço de saúde. Uma vez que, na condição de clientes, têm direito de exigir um atendimento de excelência, tornando-se agentes do seu próprio cuidado com a saúde.

Não se pode ignorar o fato de que os médicos têm receio na utilização da palavra cliente, especialmente por esta possuir um vínculo com o comércio, e assim, transformar seu atendimento num ato comercial. (MAYUMI, 2019).

Ambos os termos “paciente” e “cliente” ajudam a diferenciar em qual momento da jornada do consultório ela está. Quando o paciente marca uma consulta e entra no consultório, pode-se dizer que, aí sim ele passa a ser “paciente”, pois até então o contato era com os colaboradores como recepcionistas, telefonistas, etc. Agora, aquela pessoa será o paciente, excetuando os momentos como pagamento na recepção, ou o agendamento para retorno, onde o cliente normalmente lida com profissionais auxiliares.

3 A NÃO ADEQUAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE

3.1 A NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Luiz Antonio Rizzatto Nunes explica que há uma relação de consumo quando "se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e/ou serviços" (NUNES, 2017, p. 151)

Vale observar que o artigo 3º do CDC traz como requisito para ser enquadrado na condição de fornecedor a prática de "atividade comercial", a qual recebe da doutrina de Tarcísio Teixeira a seguinte classificação: "qualquer atividade que tenha por finalidade o lucro" (TEIXEIRA, 2016, p. 54).

Daí surge o questionamento sobre a relação jurídica médico/ paciente caracterizar uma relação de consumo.

O fato é que a doutrina e jurisprudência atuais entendem que o serviço prestado pelo médico é uma relação de consumo, através de uma leitura literal do CDC, Pelo fato de o paciente poder discutir um vício em até cinco anos após ser atendido pelo médico passando o prazo a ser contado a partir de quando o defeito ficar evidenciado, conforme o § 3º do artigo 26 c/c artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. Assim como, pode ingressar com uma ação na justiça em seu próprio domicílio ainda que o atendimento tenha ocorrido em local diverso, nos termos do artigo 101, I do CDC.

“ Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

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

Nery Júnior explica que o legislador, com a edição do CDC buscou o equilíbrio com a igualdade material. No entanto, o CDC de acordo com seu artigo 3º acima

citado está voltado para atividades negociais que buscam o lucro, que diverge da medicina.

Na Lei 12.842/13, que trata do exercício da medicina disciplina a atividade médica pode-se constatar que o objeto da atuação do médico não é uma atividade negocial, e sim, conforme o seu artigo 2º: " O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas (...)" .

Na Resolução nº 2.217/2018, do Conselho Federal de Medicina a qual regula o Código de Ética Médica da categoria traz como princípios fundamentais especialmente os itens IX, X e XX:

IX - A medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, **ser exercida como comércio**.

X - O trabalho do médico **não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro**, finalidade política ou religiosa.

XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico **não caracteriza relação de consumo**.(Grifei).

Portanto, percebe-se que há uma proibição de atividade comercial e, por consequência, de consumo, por parte do médico.

Vale ressaltar que o artigo 14, § 4º do CDC que trata do fornecimento de serviço e da responsabilidade não pode ser invocado para que o médico responda, uma vez que sua atividade autônoma e liberal consiste em um serviço sui generis. Inclusive, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiram sobre a não incidência do CDC, ou seja, não é aplicável nas categorias que são regidas por Código próprio (STJ; AgInt no REsp 1.446.090 - SC).

Conforme as explicações de Getúlio Costa Melo:

Banalizar a atividade da medicina, no sentido de reconhecer como um serviço comum e típico de relação de consumo, é algo extremamente preocupante, ferindo toda classe médica e, principalmente, a dignidade da pessoa humana do paciente, que tem reconhecido pela doutrina e jurisprudência brasileira o seu direito à saúde como um produto qualquer de uma relação de consumo. Nesse sentido, defende-se a tese de que o médico liberal e seu paciente possuem um vínculo contratual de

natureza civilista e não de relação de consumo, pois, como já é pacificado no STJ (REsp 50226 BA), a interpretação meramente literal de uma norma (neste caso o CDC) deve ceder passo quando colide com outros métodos exegéticos de maior robustez e cientificidade, como é o caso do exercício da medicina no Brasil (MELO, 2020).

Neste sentido, fica evidente que a relação médico-paciente implica num vínculo de natureza civil e não de consumo, considerando-se que a interpretação literal ou gramatical de uma norma precisa ceder quando se encontrar em colisão com “outros métodos exegéticos de maior robustez e cientificidade, conforme já decidiu o STJ no RESP 9934/SP” (ARARIPE, 2020).

De acordo com Marcelo Novelino a principal crítica ao método de interpretação gramatical está no fato de que os elementos clássicos, “embora importantes para a interpretação constitucional, são insuficientes para a resolução dos casos de maior complexidade, não podendo ser olvidado que as reflexões feitas por Savigny tiveram por base institutos jurídicos próprios do direito privado” (NOVELINO, 2019).

Leonardo Emílio da Silva e Antônio Couto observam que:

É de suma importância esclarecer que a defesa de que o ato médico e em especial a relação médico-paciente não podem ser regidos pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, não se dá por preciosismo ou corporativismo. Ao contrário, assim como a relação advogado-cliente não está submetida a essa legislação especial, entendemos que o caráter sui generis da relação entre o médico e seu paciente precisa estar à margem da Lei Consumerista (SILVA; COUTO, 2020).

Então, pelo exposto é possível entender que em uma interpretação sistemática entre o Código de Ética, Código Civil e a Lei nº 12.842/13 pode-se entender que o médico não tem o compromisso de curar o paciente, mas de prestar os cuidados necessários, permitindo que o mesmo tenha uma boa recuperação.

Por outro lado, a hotelaria hospitalar particular que pode implicar no mau funcionamento de equipamentos, segurança do paciente, entre outros, configuram relação típica de consumo e devem, portanto, serem enquadradas no CDC. Já que o hospital desenvolve uma atividade comercial com o intuito de lucro.

3.2 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NÃO SE CARACTERIZA EM RELAÇÃO DE CONSUMO", DIZ PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

Para o então presidente (2011) do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), Miguel Kfourri, o que é aplicável “**ao profissional da Medicina é o disposto no Código Civil e não do Código de Direito do Consumidor (CDC)**” (KFOURI apud CRM-PR, 2011). (Grifei).

Pelo fato de possuir responsabilidade subjetiva, a relação médico-paciente não configura uma relação de consumo. Sendo assim, deve ser aplicado ao profissional da Medicina o que se encontra disposto no Código Civil e não o que consta do Código de Direito do Consumidor (CDC), explicou o presidente Miguel Kfourri, ao participar do II Congresso Brasileiro de Direito Médico, em Salvador (CRM-PR, 2011).

Kfourri explicou que a relação médico-paciente não possui característica de uma relação de consumo, até mesmo pelo fato de que o médico não pode se vincular a um resultado positivo. Para Miguel Kfourri, a responsabilidade advém da culpa médica: imperícia, imprudência e a negligência. (CRM-PR, 2011).

No mesmo sentido, a então diretora do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon), Amanda de Oliveira, explicou que as pessoas se valem do Código de Defesa do Consumidor para qualquer tipo de situação, fragilizando assim a própria norma. Para Amanda, as pessoas entendem que o Estado precisa garantir a saúde a qualquer custo.

3.2.1 Quanto à Responsabilidade da Justiça

O papel da Justiça em relação à saúde também fez parte das discussões realizadas no encontro acima citado. De acordo com o desembargador do Tribunal de Justiça do Pará, Milton Augusto de Brito Nobre, a justiça é a única guardiã que o cidadão pode recorrer.

Em seu pronunciamento, o citado desembargador se referia às demandas judiciais que tratam sobre o direito de acesso a medicamentos e procedimentos no Sistema Único de Saúde (SUS) e na rede privada. Afirmando que: “quando um indivíduo precisa de um medicamento ou prótese, o juiz tem que mandar fornecer” (NOBRE apud CRM-PR, 2011).

Milton Augusto de Brito Nobre afirmou que a judicialização é um fenômeno mundial. Afirmando que estamos vivendo cada vez mais uma judicialização tanto das redes sociais quanto da vida política. No entanto, na opinião de Nobre, o Brasil não passa por uma epidemia de ações judiciais referentes à saúde (CRM-PR, 2011).

CONCLUSÃO

O objetivo do texto foi demonstrar tanto por análises dos diplomas legais como doutrinários e jurisprudenciais que a relação médico paciente é melhor avaliada, quando há interesse jurídico, pela Constituição Federal e Código Civil, já que até o próprio Código do Consumidor que apresenta essencialmente caráter objetivista, entende que a atividade médica tem caráter subjetivo, ou seja, depende de comprovação de culpa e dolo para caracterizar o dano. Ainda, destaca -se que o médico lida com saúde e vida, bens tutelados pelo Direito e protegidos pela Constituição Federal.

A relação do médico com o paciente sofreu alterações com o passar do tempo. Apesar de ser uma relação construída de forma espontânea, sua qualidade depende de esforços e habilidade do médico em se adequar às características personalíssima de cada paciente. Atualmente, a medicina vive realidade bastante conflituosa constatada pelo número cada vez maior das demandas judiciais, de forma que a relação médico-paciente com pouca ou ineficaz comunicação pode implicar em danos físicos e morais irreparáveis ao paciente e, por consequência, além de punições severas aos médicos advindas de processos judiciais.

O fato é que o paciente atualmente não assume uma postura passiva, buscando seus direitos junto ao judiciário, o que implica em inúmeras acusações processuais contra médicos.

O fato é que a relação médico-paciente é complexa e de difícil construção. Essa espécie de relação tão delicada que envolve a saúde e a doença, a vida e a morte e que, acima de tudo, também deve ser uma relação de amor, pode sofrer grandes prejuízos, quando eventuais desavenças forem tratadas à luz das normas defensoras do consumidor, intimidando o profissional de boa-fé. Se assim for, a medicina vai se aproximar das atividades comuns, afastando-se da arte de preservar e salvar vidas. E a relação médico-paciente pode perder sua essência uma vez que já se encontra desgastada pela exacerbada tecnologia.

As conclusões convidam outras áreas para esclarecimento do assunto. O que reforça necessidade da interdisciplinaridade. O intuito é buscar novas alternativas jurídicas que possibilitem a adequação do médico à nova realidade, numa tentativa de

resgatar a leveza dessa arte milenar e a confiança mútua entre o médico e o paciente. Não mais tratando a medicina como um mero comércio.

Por outro lado, os danos provocados por atos extramédicos, os quais se encontram vinculados à hotelaria hospitalar particular, tais como o funcionamento inadequado de equipamentos, a segurança do paciente, entre outros... aí sim, irão caracterizar uma relação tipicamente de consumo e devem ser inseridas nos comandos do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, o hospital desenvolve atividade comercial com finalidade de lucro. Portanto, o hospital/empresa deve responder de forma objetiva, ou seja, independentemente de culpa, nos termos dos artigos 3º e 14 do CDC. Da mesma forma devem ser tratados os atos de origem paramédica, normalmente praticados pela enfermagem e outros profissionais auxiliares da saúde.

Sendo assim, o que se buscou demonstrar foi a tese de que a relação médico-paciente evidencia um vínculo de natureza civilista e não consumerista.

REFERÊNCIAS

ARARIPE, Lucas Andrade. *A relação médico-paciente caracteriza relação de consumo?* (2020). Disponível em <<https://lucasandradeararipe.jusbrasil.com.br/artigos/935762335/a-relacao-medico-paciente-caracteriza-relacao-de-consumo>>. Acesso em 09 set 2022.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 7. vol. São Paulo: Saraiva, 2012

BORGES, Mariella A. R. G. de Queiroz; BRANQUINHO, Priscila Rodrigues. *A Responsabilidade Civil do Médico em Caso de Erro Estético*. (2020). Disponível em <<https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Mariella%20Adriella%20Ribeiro%20Gusm%C3%A3o%20de%20Queiroz%20Borges.pdf>>. Acesso em 22 ago 2022.

BRASIL. *Legislação*. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 ago 2022.

CALLEGARO, William Gabriel. *A Responsabilidade Civil da Indústria de Alimentos nas Relações de Consumo Sob o Enfoque da Rotulagem como Meio de Acesso à Informação*. (2016). Disponível em <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/156750/001017270.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 2 ago 2022.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 18. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005

CRM-PR (Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná). "Relação médico-paciente não se caracteriza em relação de consumo", diz presidente do TJPR. (2011). Disponível em <<https://www.crmpr.org.br/Relacao-medicipaciente-nao-se-caracteriza-em-relacao-de-consumo-diz-presidente-do-TJPR-11-5254.shtml>>. Acesso em 12 set 2022.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 7. vol. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

_____. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

MARQUES, Cláudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *25 anos do código de defesa do consumidor: trajetória e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

MARQUES, Nadia Rejane Chagas. *O direito a saúde no Brasil: entre a norma e o fato*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

MAYUMI, Yasmim. Paciente ou cliente: entenda a jornada do consultório. (2019). Disponível em <<https://blog.iclinic.com.br/paciente-ou-cliente/>>. Acesso em 12 set 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações – 2ª parte*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019

NOVO, Benigno Núñez. *Responsabilidade Médica*. (2018). Disponível em <<https://meuartigo.brasescola.uol.com.br/direito/responsabilidade-medica.htm>>. Acesso em 09 set 2022.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

ROMANO, Rogério T. *Responsabilidade Civil do Médico*. (2019). Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/72507/responsabilidade-civil-do-medico>>. Acesso em 22 ago 2022.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-Fé*. São Paulo: Saraiva, 2005

SENA, Mochel Canuto de. [et al]. *Responsabilidade Civil por Erro Médico Civil*. Multitemas. Campo Grande, MS, v. 22, n. 52, p. 35-52, jul./dez. 2017

SILVA, Leonardo Emílio da; COUTO, Antônio. *O Ato Médico, o Código de Defesa do Consumidor e o fim da relação MédicoPaciente. O que podemos (devemos) fazer?* (2020). Disponível em <<https://cbc.org.br/wp-content/uploads/2020/03/Boletim-CBC-184-artigo-sobre-o-Ato-M%C3%A9dico.pdf>>. Acesso em 12 set 2022.

SILVA, Rodrigo Zouain da. O direito constitucional à saúde pública e a integralidade de assistência: colisão-ponderação entre o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da reserva do possível. (2011). Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-constitucional-a-saude-publica-e-a-integralidade-de-assistencia-colisao-ponderacao-entre-o-principio-da-proibicao-do-retrocesso-social-e-o-principio-da-reserva-do-possivel/>>. Acesso em 22 ago 2022.

SOUZA, Sérgio Carlos de. *Recusa do Médico em Atender um Paciente*. (2021). Disponível em <<https://www.folhavoria.com.br/geral/blogs/direito-ao-direito/2021/09/16/recusa-do-medico-em-atender-um-paciente/>>. Acesso em 9 set 2022.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito Empresarial Sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012

WEBER, Aline Machado. A licença compulsória das patentes como instrumento efetivador do acesso a medicamentos. *Jus Navigandi*. (2013). Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/24102>>. Acesso em 12 set 2022.

CAVALIERI FILHO, S. (2003). Responsabilidade civil no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor* gf