



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ISADORA DE SENA NOGUEIRA DOS SANTOS

**“A (IN)APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE”**

Salvador
2020

ISADORA DE SENA NOGUEIRA DOS SANTOS

**“A (IN)APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE”**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Leonardo Vieira Santos

Salvador
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

ISADORA DE SENA NOGUEIRA DOS SANTOS

“A (IN)APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE”

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2020.

A
Minha mãe, Maria Alice, que me inspira
sempre a buscar o melhor de mim.

AGRADECIMENTOS

Realizar um trabalho de conclusão de curso em meio a uma pandemia não é tarefa fácil. As circunstâncias mudam, assim como as dificuldades, tornando esse processo ainda mais árduo, contudo, mais especial. Sendo assim, não poderia deixar de agradecer aqueles que contribuíram para sua construção, assim como me apoiaram durante todo meu trajeto durante a graduação.

Primeiramente, agradeço à minha mãe, por sempre abraçar meus sonhos e lutar muito para que eu possa conquista-los, sendo fonte diária de inspiração, não somente por ser uma excelente profissional, a qual desejo poder ser um dia, mas principalmente por ser uma incrível mulher, me ensinando que nada no mundo é capaz de nos impedir de ser aquilo que sonhamos.

Não poderia deixar de agradecer ao meu professor orientador, Leonardo Vieira Santos, o qual tive o enorme prazer de ser aluna num curso que, digo com toda certeza, moldou o destino da minha profissão! Ao senhor serei eternamente grata por ter sido sempre tão atencioso e sincero.

Agradeço a Liga Baiana de Direito Público da Faculdade Baiana de Direito, por ter permitido que eu contribuísse um pouco em sua história, aprendi muito e por isso, sou grata.

Aos professores Maurício Requião, Daniela Portugal, Priscila de Jesus e Lara Soares, a quem detenho profunda admiração e, sem sombra de dúvidas, são umas das minhas maiores inspirações dentro da instituição.

Agradeço a toda minha família, em especial minha irmã, Catarina, meu pai, Aurélio e minha tia Ana Alice, por serem alicerces em minha formação como pessoa.

A todos aqueles que chamo de amigos, por sempre estarem presentes, nos momentos bons e ruins, em especial, Joyce, Marianna, Victoria, Caetano, Lucas, Silvio e Jorge. Sem eles, nada disso seria possível.

Por fim, mas não menos importante, agradeço aos amigos que a dança me deu, pois foram e sempre serão os responsáveis pela minha sanidade. Vocês são meu combustível.

“Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana seja apenas outra alma humana”.

Carl G. Jung

RESUMO

Este trabalho pretende analisar se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação médico-paciente é adequada. Para isso, será feita uma análise da evolução da Medicina e do Direito, até seu momento de interseção. Será demonstrado como tem sido feito o enquadramento da relação médico-paciente na relação de consumo através da vulnerabilidade do paciente em relação ao conhecimento técnico do profissional médico. Além disso, através de uma minuciosa pesquisa no que tange ao impacto da aplicação deste dispositivo, verifica-se a distinção na regulamentação de alguns institutos jurídicos importantes para tal relação, a exemplo do que se refere a responsabilidade civil do médico, assim como em circunstâncias práticas, tais como a definição da competência processual, a extinção da pretensão, a inversão do ônus da prova e a desconsideração da personalidade jurídica, através de uma análise comparativa com o Código Civil e o Código de Processo Civil, a fim de examinar qual diploma legal é mais completo no que tange a proteção de ambas as partes da relação médico-paciente. Analisa-se, também, qual a natureza jurídica da relação, através do exame das especificidades do CDC incompatíveis com a atividade médica, em conjunto com os demais dispositivos legais brasileiros e a deontologia médica, além de uma comparação ao regime jurídico dos advogados, na tentativa de identificar o que os difere. Pretende-se, portanto, verificar a natureza jurídica da relação, analisando qual seria o dispositivo jurídico mais adequado e se este já existe no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo alternativas estrangeiras à aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Relação médico-paciente; Responsabilidade Civil; CDC; Comparativo; Natureza jurídica; Contrato de tratamento.

ABSTRACT

This work aims to analyze if the application of the Consumer Protection Code in the doctor-patient relationship is appropriate. For this, an analysis of the evolution of Medicine and Law will be made, up to its moment of intersection. It will be demonstrated how the relative-patient physician has been framed in the consumption relationship through the patient's vulnerability in relation to the knowledge of the medical professional. Moreover, through a thorough research on the impact of the application of this device, there is a distinction in the regulation of some legal institutes important for such a relationship, the example of civil liability of the doctor, as well as in practical circumstances, such as the definition of procedural jurisdiction, the termination of the claim, the aversion of the burden of proof and the disregard of legal personality, through a comparative analysis with the Civil Code and the Code of Civil Procedure, in order to examine which legal diploma is more complete with regard to the protection of both parts of the doctor-patient relationship. It also analyzes the legal nature of the relationship, through the examination of the specificities of the CDC incompatible with medical activity, together with the other Brazilian legal provisions and medical deontology, in addition to a comparison to the lawyers' regime, in an attempt to identify what differentiates them. It is intended, therefore, to verify the legal nature of the relationship, analyzing what would be the most appropriate legal device and whether it already exists in the Brazilian legal system, bringing foreign alternatives to the application of the Consumer Protection Code.

Keywords: Doctor-patient relationship; Civil Liability; CDC; Comparative; Legal nature; Treatment contract.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgInt	Agravo Interno
APL	Apelação
art.	artigo
BEM	Medicina Baseada em Evidências
BGB	Código Civil Alemão
CC	Código Civil
CEM	Código de Ética Médica
CF/88	Constituição Federal da República
CFM	Conselho Federal de Medicina
COVID-19	Corona Virus Disease
CPC	Código de Processo Civil
Min.	Ministro(a)
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OMS	Organização Mundial de Saúde
PB	Paraíba
PJ	Pessoa Jurídica
Resp.	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ	Tribunal de Justiça

LISTA DE FIGURAS, GRÁFICOS E TABELAS

Tabela 01	Normas da deontologia médica incompatíveis com o regime consumerista	59
Tabela 02	Dispositivos consumeristas incompatíveis com a atividade médica e com o próprio ordenamento jurídico (Código Penal)	60

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A MEDICINA E O DIREITO: NORMAS APLICÁVEIS	16
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	23
3.1 CONDUTA	24
3.2 DANO	25
3.3 NEXO CAUSAL	27
3.4 CULPA	30
3.4.1 Dever de informar	32
3.4.2 Dever de assistência e perícia	34
3.4.3 Dever de prudência	34
3.5 OBRIGAÇÃO DE MEIO X DE RESULTADO	35
4 O ADVENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	41
4.1 IMPORTÂNCIA SOCIAL DA PROTEÇÃO AO VULNERÁVEL	41
4.2 RELAÇÃO DE CONSUMO	42
4.2.1 Consumidor	43
4.2.2 Fornecedor	45
4.2.3 Prestação de serviço	45
5 COMPARATIVO CDC X CC/CPC	47
5.1 COMPETÊNCIA PROCESSUAL	47
5.2 INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO	49
5.3 EXTINÇÃO DA PRETENSÃO	53
5.4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	55
6 (IN)APLICABILIDADE DO CDC NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	59
6.1 ESPECIFICIDADES DO CDC INCOMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO DA MEDICINA	59
6.2 ATO MÉDICO: ANALOGIA COM O REGIME JURÍDICO DOS ADVOGADOS	63
6.3 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: O CONTRATO DE TRATAMENTO	67
7 CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

A Medicina é a ciência que acompanha o ser humano durante toda a vida. É uma ciência que o transforma, à medida em que proporciona soluções para o bem estar, físico e mental, e que é transformada com o tempo. Com o passar dos séculos, foi deixando de ser intimista e quase religiosa para se incorporar aos avanços tecnológicos.

Por ser uma ciência tão mutável, a Medicina enfrenta diversos paradigmas, entre o descobrimento da cura para doenças e novos procedimentos que tornam os antigos obsoletos e já não tão adequados.

Toda essa dinâmica transformadora acaba por gerar certos atritos no mundo material, transformando a atividade médica numa atividade de “risco” (entretanto, há controvérsias. Diverge a doutrina ao diferenciar “risco” de “perigo”, explicando que o risco é criado a partir de alguma conduta, enquanto o perigo é inerente à profissão). A atividade médica não representa risco a terceiros, o “risco” integra a natureza da própria Medicina. Portanto, utiliza-se aqui o termo “risco” no sentido leigo da palavra, representando o potencial transformador da Medicina e como uma mudança de procedimento pode trazer grandes repercussões.

No Brasil de hoje, entende-se, majoritariamente, que a atividade médica e sua relação com o paciente são de origem consumerista, cabendo adequar o paciente na posição de mais vulnerável da relação, já que não possui o mesmo espectro de conhecimento técnico que o médico.

Todavia, existem doutrinadores que não concordam com tal classificação. Para estes, a Medicina não pode ser vista como objeto de lucro ou consumo em primeiro lugar, mas sim como prioritariamente a busca do bem-estar daqueles que a necessitam.

Muitos são os elementos que precisam ser verificados ao se fazer uma classificação como esta. A relação médico-paciente possui inúmeros elementos materiais e processuais que importam à sua classificação.

A responsabilidade civil do médico é um grande exemplo do quanto esta relação é complexa e profunda. É necessário compreender os deveres e direitos de ambas as partes e entender que cada ação ou omissão tem sua consequência e, no caso da Medicina, esta pode ser fatal.

Por isso faz-se importante saber classificar corretamente a relação médico-paciente a fim de estabelecer o meio mais adequado e justo de proporcionar a melhor dinâmica entre as partes.

Classificar a relação médico-paciente como consumerista engloba não só entender que o paciente é o elo mais sensível da relação, mas que o médico será o detentor de maior responsabilidade desta, já que é o possuidor do conhecimento técnico e, geralmente, o autor do dano.

Para aqueles que acreditam na inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, a relação médico-paciente necessita de um olhar global, enquadrando a deontologia médica e as particularidades da relação em seu regramento jurídico, coisa que não acontece quando se trata do CDC.

Quem acredita que a relação médico-paciente é de caráter consumerista compreende ser nítida a disparidade entre as figuras desta e, assim, não haveria dúvida de sua aplicação.

Muito se defende entre aqueles que não aceitam a aplicação do CDC de que outros dispositivos normativos trazem normas mais adequadas para a relação médico-paciente, sendo mais correta a aplicação das normas previstas no Código Civil e na deontologia médica, proporcionando um regramento mais específico.

Outra especificidade necessária a ser feita é a distinção de “superioridade” entre o profissional liberal médico, objeto de pesquisa deste trabalho, e as entidades personalizadas, como hospitais e clínicas.

Este trabalho tem o objetivo de compreender as nuances materiais e processuais da relação médico-paciente a fim de diagnosticar se o Código de Defesa do Consumidor é o dispositivo mais adequado para regulamentar esta relação ou se o ordenamento jurídico brasileiro ainda precisa de avanços nesse sentido.

A (in)aplicabilidade do CDC na relação médico paciente trata-se de uma problemática extremamente importante, vez que impacta de maneira significativa a comunidade médica, assim como aqueles que por estes profissionais são atendidos.

A escolha do tema deu-se de maneira que, durante um debate num curso de extensão acerca do mesmo, ficou-se o questionamento de se seria realmente possível tratar da relação médico-paciente diante da ótica consumerista, já que, na prática, existem inúmeras limitações que nos fazem questionar se o CDC seria o dispositivo legal mais adequado para regulamentar esta relação.

O tema é importante ao ponto de justificar uma pesquisa pois, a aplicação ou não do CDC na relação médico-paciente traz consequências diferentes num processo que demande uma responsabilização civil, por exemplo, já que o referido código trabalha, em regra, com a responsabilidade objetiva, enquanto o Código Civil trabalha com a subjetiva; dentre outras repercussões, tais como o período prescricional, o foro para ajuizamento de ação, dentre outros aspectos.

Será feita uma análise da responsabilidade médica a fim de compreender as especificidades de seus elementos e a importância da culpa na análise do ato médico, além de seus deveres como a figura detentora do conhecimento técnico.

Necessário se faz, também, compreender como se dá a classificação da relação de consumo dentro da dinâmica da saúde, para que melhor se entenda, principalmente, a respeito da vulnerabilidade inconteste do paciente e a necessidade de proteção deste.

Desta forma, parte-se para uma análise prática da distinção entre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e o regramento civilista, analisando elementos materiais e processuais cotidianos da relação.

Para compreender estes aspectos, será feita uma análise comparativa entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil e de Processo Civil para compreender como estes dispositivos tratam de questões essenciais para a relação médico-paciente, tais quais a competência processual, o ônus da prova, a extinção da pretensão e a desconsideração da personalidade jurídica.

A competência processual precisa ser analisada nos diversos dispositivos, já que o Código de Defesa do Consumidor possui uma variada opção de facilidades processuais para os consumidores/pacientes, em específico, enquanto o Código de Processo Civil oferece outros tipos de facilitação processual para as partes.

O ônus da prova é um elemento de extrema importância na análise da relação médico-paciente, já que representa um mecanismo que busca igualdade processual.

A extinção da pretensão também é de importante análise, já que os dispositivos aqui mencionados não possuem prazos idênticos, o que sugere diferentes interpretações de como cada dispositivo pode influenciar na relação médico-paciente.

A desconsideração da personalidade jurídica é necessária na análise das consequências práticas da relação médico-paciente pois o fenômeno da “pejotização” é muito comum entre médicos e, portanto, deve ser mencionada nesta pesquisa.

Por fim, cabe analisar se a atual aplicação do CDC tem sido a mais adequada, numa pesquisa a respeito da compatibilidade dos dispositivos consumeristas e a atividade médica.

Avalia-se, aqui, as semelhanças da relação médico-paciente e advogado-cliente, numa tentativa de demonstrar se há controvérsias entre estas e como o ordenamento jurídico tem regulado ambas.

Por fim, serão apresentadas possíveis alternativas à aplicação do Código de Defesa do Consumidor e se estas seriam suficientes para substituí-lo.

Do ponto de vista técnico, este trabalho será preponderantemente feito através de pesquisa bibliográfica, na busca por doutrinadores que tratem da (in)aplicabilidade do CDC na relação médico-paciente, tendo auxílio da pesquisa documental, tendo em vista que será buscado embasamento técnico através de documentos legais. Do ponto de vista da abordagem do problema, esta será uma pesquisa qualitativa, na busca por interpretação/compreensão e avaliação do objeto de pesquisa, qual seja a adequação (ou não) da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nesta relação. Já o método científico será o hipotético-dedutivo, já que irá se trabalhar com premissas, através de um processo de falseamento, que serão ou não confirmadas a respeito do tema.

2 A MEDICINA E O DIREITO

Josenir Teixeira (2011, p. 55) entende que a Medicina acompanha o ser humano do nascimento até à morte, se fazendo inelutável a assistência dos médicos para garantir uma vida de qualidade, dentro do possível.

Para Genival Veloso de França, a Medicina é “[...] em suma, uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade, sem discriminação de qualquer natureza” (FRANÇA, 2013, p. 9).

Segundo o autor, a Medicina era entendida como algo vindo dos deuses, “pois eram a saúde e a doença simples desígnios da divindade” (FRANÇA, 2013, p. 9), logo, não havia à época a noção de interseção da Medicina com outros campos da vida e da ciência como o Direito, até porque a sua construção demandou mais tempo da sociedade. Porém, nos dias de hoje, “ao penetrar no período científico ou moderno, apresenta-se ela como instituição da maior necessidade e de transcendente significação” (FRANÇA, 2013, p. 9).

Alessandro Timbó (2019, p. 20) entende que, ao longo da história, uma série de julgamentos e normas vêm sedimentando não só a autonomia do paciente, como promovendo a evolução do Direito Médico moderno e contemporâneo. Ele enfatiza que estas transformações não acontecem da noite para o dia, mas sim através de uma série de manifestações e eventos que vão caminhando neste sentido.

José Geraldo de Freitas Drumond (2002, p. 30), ao citar a descrição de Noberto Bobbio sobre “A era dos direitos”, afirma que o cidadão conquistou sua autonomia de modo definitivo, principalmente no que tange a seu estado de saúde.

Já em relação ao Direito, esclarece Genival Veloso de França (2013, p. 9) que a sua efetivação passou por diversos processos até chegar no que hoje pode ser visto. Primeiro, o homem passa por um processo de triagem, no qual irá perceber que algumas condutas repetitivas eram pertinentes para a manutenção da ordem na sociedade, constituindo-se, como intitula o autor, uma “modalidade de decisão”, gerando, assim, a ideia de costume.

Vão surgindo diversos dilemas à medida que a sociedade se desenvolve e, com isso, o direito vai se consolidando. A noção de “[...] Estado como uma necessidade de harmonizar, em uma linha mestra, as atividades de relação das comunidades[...]” (FRANÇA, 2013, p. 9) nos leva a entender que o direito é anterior à lei.

À medida que a sociedade evolui, suas ciências também irão seguir este caminho, e é a partir daí que se começa a visualizar a interseção do Direito e da Medicina, havendo a necessidade de se criar uma nova ciência, surgindo, assim, a Medicina Legal, como ilustra

Genival Veloso de França (2013, p. 9). Trata-se de uma ciência que busca salientar a necessidade de unir tais segmentos no intuito de demonstrar o impacto que uma decisão no ramo da medicina pode ter na área jurídica, como mostra o autor ao relatar que o médico, “[...] ao concluir suas decisões deve, por antecipação, prever a grande e notável contribuição que seu parecer poderá representar na interpretação e na decisão dos aplicadores da lei” (FRANÇA, 2013, p. 9).

Como bem construído por Genival Veloso de França (2013, p. 10), as atividades médicas ao redor do mundo são regulamentadas por lei (tanto as relações jurídicas de direito privado, quanto as de direito público), e não é muito incomum que sejam solicitadas em tribunais para devidos esclarecimentos, o que somente ratifica a zona de interseção que o Direito e a Medicina possuem.

José Geraldo de Freitas Drumond (2002, p. 29) entende que o avanço da democracia provocou uma modificação na relação entre médico e paciente. Ele argumenta que a relação que antes era impositiva (ou seja, vertical), passa a se dar de forma horizontal, estabelecendo uma relação mais igualitária, que propicia ao paciente uma maior parcela de participação.

Segundo José Canotilho e Vital Moreira (2014, p. 342), o direito à saúde comporta dois aspectos, um de natureza negativa, na medida em que abarca o direito de exigir do Estado e de terceiros que se abstenham da prática de qualquer ato que prejudique a saúde; outro, de natureza positiva, consistente no direito às medidas e prestações estatais para prevenção de doenças e seu tratamento.

Alessandro Timbó (2019, p. 20) faz uma análise histórica do que vem se apresentando nos tribunais pelo mundo, a fim de demonstrar a evolução das discussões e o grau de autonomia que os pacientes vêm conquistando.

Segundo ele (2019, p. 20), a primeira manifestação neste sentido em sede jurisprudencial surge ainda no século XVIII, com a ideia da necessidade do devido consentimento do paciente através do dever de informação do médico a respeito de seu tratamento.

Mas, segundo José Geraldo de Freitas Drumond (2002, p. 32), “[...] foi na França do século XIX que a doutrina da responsabilidade médica se assentou, definitivamente, através do procurador-geral Dupin, deixando um grande legado ao Direito contemporâneo”.

Já no século XX mostra-se um avanço nesse sentido, no qual um tribunal nos Estados Unidos entendeu que este consentimento presumido deve se limitar às situações de

emergência, tendo em vista a necessidade imediata de tratamento, não sendo razoável a espera por um consentimento.

Cumprе salientar também, que a evolução desta nova ciência traz consigo novos problemas, entre os quais cabe citar a questão do aumento do grau de responsabilidade que os médicos passam a ter, já que esta “[...] vai se construindo num sistema que, de fato e de direito, é cada vez mais rigoroso” (FRANÇA, 2013, p. 10).

Esta realidade interdisciplinar é tão presente que a própria relação entre o paciente e o médico tem se modificado, à medida em que “[...] o doente é conhecedor dos seus direitos diante da Medicina” e o médico passa a ver em cada paciente, um demandante em potencial, como afirma França (2013, p. 12-13).

Alessandro Timbó salienta que apenas em 1936, na França, com um julgamento paradigmático, que surge o primeiro passo para o Direito Médico moderno, ao ser declarado que “as partes, paciente e médico, são portadores de autonomia e devem estar em posição de paridade, pois o tratamento constitui-se em (i) uma relação contratual com (ii) uma obrigação de meio” (TIMBÓ, 2019, p. 20), mostrando um grande avanço no que tange à classificação dessa relação, quando não muito tempo antes era vista como algo quase romântico, na medida que a aproximação do médico e seu paciente era bem íntima.

Por muito tempo a Medicina foi vista sob a ótica da religião e da tradição, o que transforma a figura do médico na de um bom sujeito, como explica Genival Veloso de França (2013, p. 23).

Mas, com o passar do tempo, “[...] a medicina vem enfrentando situações novas que as fórmulas tradicionais nem sempre lhe proporcionam a segurança de uma tomada de decisão consentânea” (FRANÇA, 2013, p. 23), pois os dilemas entre o profissional médico e seu paciente estão em constante mudança, não podendo se engessar numa lógica unicamente tradicionalista.

Alessandro Timbó (2019, p. 20-21) leciona ainda que foi apenas após a 2ª Guerra Mundial, com o Código de Nuremberg, que surgiu o primeiro texto normativo a tratar dos direitos do paciente. Mesmo sendo um diploma ainda direcionado para a experimentação clínica, já é possível visualizar o paciente como um sujeito de direito, detentor de sua própria determinação.

Ele diz também (2019, p. 21) que, a partir da criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), trazendo o conceito de saúde como o “estado de completo bem-estar físico, mental e social”, retirando a noção de ausência de doença é que se percebe a necessidade de

ampliação da saúde para além de questões meramente biológicas, focando na relação entre saúde e autonomia.

José Geraldo de Freitas Drumond (2002, p. 30) sustenta que o princípio norteador da medicina é a beneficência, ou seja, que seu prisma maior é a busca pelo bem estar do paciente através da aplicação do conhecimento técnico do médico. Ele segue explicando a importância não só deste princípio, mas da maximização de benefícios em detrimento dos eventuais prejuízos que um tratamento possa vir a causar. Veja-se:

Para Pellegrino a medicina como atividade humana é, por necessidade, uma forma de beneficência. Beneficência que deve significar a promoção da saúde e a prevenção da doença, sopesando bens e males, mas buscando sempre a predominância dos primeiros. A beneficência não deve causar danos- daí se inferindo um segundo princípio básico de Beauchamp e Childress, que é o da não-maleficência – mas maximizar benefícios e minimizar prejuízos, como foi descrito no Relatório Belmont”. (DRUMOND, 2002, P. 30).

Nas palavras de Genival Veloso de França, “A ética médica [...], vem assumindo dimensões políticas, sociais e econômicas bem distintas das de antigamente” (FRANÇA, 2013, p. 23), o que leva a pensar que o surgimento das discussões filosóficas trazidas pela bioética tem impactado na noção de conduta ética do exercício da Medicina.

A bioética em si, segundo Alessandro Timbó (2019, p. 21), tem seu marco mundial no ano de 1971, na medida em que esse neologismo é marcado como a busca de transformação do conhecimento para o bem social, através da interdisciplinaridade, que é quando entra o Direito.

Timbó (2019, p. 22) também conclui que, apesar de todas estas manifestações, é apenas em 1995, na Holanda, que surge uma “moldura normativa específica” tratando, dentro do Código Civil do país, a dialética entre os direitos e deveres de pacientes e médicos, através do “contrato de serviços médicos”.

Ele segue dizendo que (2019, p. 23), no mesmo sentido, a Alemanha, em 2013, insere em seu Código Civil a figura do “contrato de tratamento”, tendo sido aprovado como a “Lei para melhoria dos direitos do paciente” (tradução do autor).

Ou seja, no exemplo destes dois países, foi criado um microsistema jurídico específico, no intuito não só de regular esta atividade milenar, como trata Alessandro Timbó (2019, p. 23), mas também de esmiuçar as nuances contratuais desta relação, que tem expressivamente uma parte portadora de vulnerabilidade especial.

Toda essa transformação histórica envolvendo a bioética, a Medicina e o Direito são essenciais para a evolução do tratamento desta especial relação entre o médico e o paciente, tendo a obrigação de se manter evoluindo.

José Geraldo de Freitas Drumond (2002, p. 32) traz que, desde os primórdios da civilização punia-se o médico que não fosse capaz de promover a cura ou que causasse alguma lesão a seu paciente, especialmente quando se tratava de dano e homicídio culposo, além de que, “[...] considerando-se a extrema relevância da atividade médica, estabeleceu-se toda uma legislação específica para o comportamento profissional do médico” (DRUMOND, 2002, p. 32).

Ele também expõe que há três milênios surgia o Código de Hamurabi, que “[...] punia severamente o médico que errasse no tratamento de seu paciente” (DRUMOND, 2002, p. 32). Ele conclui apresentando que, no século V, a Lei Aquilia fixava, no Direito Romano, a responsabilização geral do profissional de Medicina.

Tendo em vista a interdisciplinaridade do tema e o passeio histórico feito pelas diferentes abordagens da Medicina, é cabível, portanto, contextualizar o direito à saúde, e nada mais justo do que começar pela análise da Carta Magna, que eleva este direito a uma garantia fundamental.

O artigo 6º da Constituição Federal (CF) prevê expressamente o direito à saúde como um direito fundamental social, como se pode ver: “são direitos sociais a educação, a *saúde*, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (grifou-se) Alessandro Timbó (2019, p. 53) diz que esta classificação garante um direito à vida, sendo o direito mais básico a se relacionar com o princípio da dignidade humana.

Além desta, a Constituição também garante o direito à saúde como um “direito de todos e dever do Estado, sendo de relevância pública suas ações e serviços”.

Mariza Aparecida Rezende Martins (2010, p. 20) diz ser evidente que o direito à saúde dos cidadãos é um direito subjetivo, gerando ao Estado a obrigação de prestá-lo de forma imediata, não devendo postergá-lo ou condicioná-lo à futura implementação de programas sociais e econômicos, uma vez que o direito à saúde possui eficácia plena.

Segundo Roberto Augusto de Carvalho e Andréia Cristina Scapin (2013, p. 4), “O direito à vida é tutelado por normas jurídicas de diversos ramos do Direito, [...] considerado o valor maior da ordem social”.

Eles continuam ao dizer que (2013, p. 4) “a fim de garantir uma vida digna, estabeleceu-se como um dever do Estado a efetivação da proteção da saúde”. Esta efetivação encontra-se no artigo 196 da CF/88, dispondo que “o direito à saúde é um direito de todos, constituindo um dever do Estado sua efetivação”.

Concluem os autores que (2013, p. 6) “A partir da importância da preservação da vida em condições dignas e do dever do Estado de garantir a saúde de todos, pode-se concluir que a medicina é uma ciência de interesse coletivo”.

Para Marta Rodrigues Maffei Moreira (2015, p. 3-4), o direito à saúde, também previsto na Constituição no título VIII, referente à ordem social, assim como no capítulo II da seguridade social, trata-se de um direito social fundamental, vinculado à seguridade social que, nos dizeres do artigo 194, “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativas dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Segundo Marta Moreira (2015, p. 4), por fazer parte de um dever do Estado, a saúde deve ser fornecida por meio de serviço público, e para tanto, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS).

De acordo com o artigo 198 da Constituição, o SUS deve ser gerido por uma rede regionalizada e hierarquizada, organizando-se de acordo com três diretrizes: 1) *descentralização*, com direção única em cada esfera de governo; 2) *atendimento integral*, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e 3) *participação da comunidade*.

Gilmar Mendes (2015, p. 661) sustenta que o art. 196 da CF pode levar ao entendimento de que se tratam todas as ações que têm por objetivo a redução do risco de doença e outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O art. 197 ainda ressalta que essas ações são de “relevância pública”.

Além do Sistema Único de Saúde, a Constituição (arts. 197 e 199) também permite que a iniciativa privada forneça este serviço, desde que complemente o que já é fornecido pelo SUS.

Gilmar Mendes (2015, p. 666) entende que a iniciativa privada acaba por trabalhar em conjunto com o SUS, formando uma espécie de “rede regional, para melhor adequação às particularidades locais”, que acaba por concretizar certas disposições da Organização Mundial de Saúde (OMS), assim como os princípios reguladores trazidos pela Constituinte.

Desta forma, o Direito e a Medicina são pilares conjuntos da garantia da dignidade humana.

Tendo entendido como tais ciências interligam-se, cabe entender de maneira pormenorizada suas demais implicações jurídicas, cabendo a este trabalho dissecar as diretrizes fundamentais no que concerne à relação médico-paciente.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Talvez o aspecto mais relevante trazido por esta discussão seja a questão da responsabilidade civil. “[...] Na análise da responsabilidade civil do médico haverá a acomodação entre a liberdade de iniciativa profissional e a tutela da pessoa humana” (BENACCHIO, 2009, p. 322). Assevera-se doutrinariamente, ainda:

A responsabilidade civil do médico é um instituto jurídico cuja existência está vinculada ao princípio basilar do direito, que obriga qualquer profissional a responder por prejuízos causados a outrem, cometidos no exercício de uma profissão, consequentes à negligência, imperícia ou imprudência (DRUMOND, 2002, p. 34)

Os códigos aqui trabalhados disciplinam este assunto de forma completamente diversa. Enquanto o Código Civil demanda, por regra geral, que a responsabilidade seja analisada de forma subjetiva, ou seja, através da análise da culpa, o Código de Defesa do Consumidor dispõe de forma contrária, aplicando como regra geral a responsabilidade objetiva. Todavia, é unânime o entendimento de que a responsabilidade do médico, profissional liberal, é subjetiva. Já diz Aguiar Jr. (1995, p. 38) que “A Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no seu art. 14, §4º, manteve a regra de que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”.

Para Francisco Amaral (2018, p. 663) a responsabilidade civil constitui o “[...] específico dever de indenizar nascido de fato lesivo imputável a determinada pessoa”, ou seja, trata-se da obrigação que um sujeito adquire a partir do momento que causa uma lesão a outrem.

Ele segue dizendo que o “[...] conflito de interesses entre o autor do dano e a vítima, que exige a composição do dano injusto, é o problema fundamental da responsabilidade civil” (AMARAL, 2018, p. 664). Francisco Amaral (2018, p. 667) ainda leciona que, com o advento da análise econômica do direito, a responsabilidade civil também servirá para minimizar os custos com acidentes culposos, ou seja, terá inserido a análise da negligência, imprudência e imperícia dos danos cíveis.

De uma maneira geral, Anderson Schreiber (2013, p. 11) entende a análise da culpa dentro da responsabilidade civil como um filtro da reparação, tendo em vista que ela funcionaria como um óbice, capaz de “promover a seleção das demandas de ressarcimento que deveriam merecer acolhida jurisdicional” (SCHREIBER, 2013, p. 11).

Tendo tratado de maneira geral das discussões acerca da responsabilidade civil, cumpre fazer destaque à análise dos seus pressupostos, pois são eles que influenciarão numa aplicação pertinente, tanto do CDC quanto do CPC.

Nas palavras de Aguiar júnior (1995, p. 34):

A responsabilidade civil que decorre da ação humana tem como pressupostos a existência de uma *conduta voluntária*, o *dano injusto* sofrido pela vítima, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; a relação de *causalidade* entre o dano e a ação do agente; o fator de *atribuição* da responsabilidade pelo dano ao agente, de natureza subjetiva (culpa ou dolo), ou objetiva (risco, equidade, etc.).

Portanto, será feita uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil sob a ótica da atividade médica, com o fim de compreender a dinâmica da relação médico-paciente e suas implicações jurídicas.

3.1 CONDUTA

O primeiro pressuposto da responsabilidade, então, é o da conduta do agente. Na concepção de Leonardo Vieira (2008, p. 21), a conduta “[...] abrange a ação ou omissão de determinada pessoa que venha a acarretar dano”, devendo esta ser voluntária, ou seja, a conduta deve ser resultado de uma escolha do agente, podendo este ter agido de modo diverso para evitar o dano.

Maria Helena Diniz (2011, p. 56) entende como “[...] uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se”.

Para Cavalieri Filho (2014, p. 38) esta ação seria “a forma mais comum de exteriorização da conduta”, tendo em vista que fora da esfera contratual, as pessoas se obrigam a não cometer atos que possam lesar terceiros.

Por outro lado, Cavalieri Filho (2014, p. 38) entende a relevância da omissão quando este sujeito possuía o dever de agir, de praticar um ato a fim de evitar um dano mas não o faz, ele inclusive traz o exemplo do médico que, na posição de garantidor, deixa de prestar atendimento a um paciente quando contratado por este.

Além disso, a responsabilidade subjetiva não imputa responsabilidade pela conduta em si, é necessário que esta seja culposa, ou seja, “passível de um juízo de censura” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 39), logo, o agente só será responsabilizado caso reste comprovado que devia e podia ter agido de modo diverso.

3.2 DANO

O dano injusto trazido pelo conceito de Aguiar Junior (1995, p. 34) trata-se de pressuposto essencial para que haja a responsabilização civil, tendo em vista que sem o dano, não há que se falar em reparação, no máximo uma tentativa de responsabilização na esfera penal, caso o dano configure algum tipo de ato ilícito ou típico.

Inclusive, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 227) afirmam que há possibilidade de reparação do dano sem a constatação de um ilícito ou ato culposo, até mesmo diante da ausência de comprovação do nexu causal, entretanto, o dano se configura como um elemento que “dispara o mecanismo ressarcitório”.

Confirmam ainda os autores o fato do dano ser um fato jurídico *strictu sensu*, sendo ele um “evento da natureza, mesmo quando provocado por ato humano” (FARIAS; NETO; ROSENVALD, 2015, p. 230).

No entendimento de Anderson Schreiber:

[...] Tal área de atuação não pode ser delimitada em abstrato, mas exige sua concreta definição frente à conduta lesiva. Quando a conduta lesiva mostra-se, de pronto, antijurídica, a área de atuação do interesse lesado corresponde à sua área integral, cumprindo à vítima apenas demonstrar a efetiva afetação do interesse de que é titular, para que reste configurado o dano ressarcível. Quando a conduta lesiva não é, a princípio, antijurídica, mas autorizada pelo ordenamento em questão, cumpre ao magistrado estabelecer a relação de prevalência entre os dois interesses em conflito, definindo, à luz do dano normativo, as fronteiras entre a atuação legítima de cada qual nas circunstâncias do caso concreto (SCHREIBER, 2013, p. 189).

Maria Helena Diniz (2011, p. 77) afirma que “não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão”. Ela complementa enfatizando que a indenização devida baseia-se, não na “índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica”.

Veja-se que é feita uma ligação entre a conduta antijurídica e o dano, entretanto, na visão de Schreiber, esta é uma associação, embora tradicional, que “corresponde a uma artificial e histórica entre o direito do lesado e o dever do agente lesivo (sic)” (SCHREIBER, 2013, p. 189-190).

Schreiber (2013, p. 190) também reflete que a partir do momento em que se passa a priorizar a reparação dos danos causados em sociedade em virtude de reprimir o comportamento indesejado, o dano passa a se figurar independentemente da conduta do

ofensor, pois o “protagonismo” tem sido sob o enfoque reparador, quando deveria ser sobre políticas de prevenção do dano, que priorizam o ofendido.

O referido autor encontra resistência no que diz respeito à relação do dano com a responsabilidade objetiva, já que a simples associação do dano com a mera análise do nexo causal é desastrosa, em sua concepção. Ele complementa que o dano se apresenta como um “elemento de aceitação quase automática” (SCHREIBER, 2013, p. 192). Ou seja, o dano na responsabilidade objetiva acaba por não sofrer nenhuma análise prática na circunstância concreta, praticamente concluindo-se de forma automática a responsabilidade do réu nestes casos.

Para melhor entendimento, Schreiber (2013, p. 192) faz uma análise comparativa com a responsabilidade subjetiva, na qual cabe ao juiz realizar o juízo de ilicitude da conduta lesiva, ou seja, da sua antijuridicidade, o que permite afastar a reparação quando se conclui que o dano causado foi justo ou legítimo (que acontece nas hipóteses de exercício regular de um direito), por exemplo, se diferindo da esfera objetiva, onde a análise se restringe à demonstração do nexo causal.

José de Aguiar Jr. (1995, p. 49) explica que o dano pelo qual o médico responde decorre diretamente de sua ação, agravando-se por conta das condições pessoais do paciente. Veja-se:

“Na verificação da existência do dano, atende-se ao estado anterior do paciente, quando já apresentar deficiências, às quais se acrescenta o fato da intervenção médica, de tal modo que o dano agora produzido seja especialmente mais grave em razão da deficiência anterior, como ocorre para quem já não tinha o par do órgão duplo, e perde o segundo, ou portava uma deficiência cardíaca, aumentada com o fato superveniente. [...] pois este resultado mais grave estava na linha da causalidade posta pela ação do médico” (AGUIAR JR., 1995, p. 49).

Por fim, conclui Schreiber (2013, p. 193) que o dano não consiste na lesão a um interesse tutelado em abstrato, mas sim quando em comparação ao interesse lesivo, que ocorre quando este se assemelha a um interesse merecedor de tutela.

Também entende o supracitado autor (2013, p. 195) que, para a aplicação no ordenamento brasileiro, é necessário observar a presença de quatro recursos aptos à pronta aplicação, quais sejam: (i) a reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais; (ii) a exigência de efetiva demonstração do dano; (iii) a repressão à litigância de má-fé; e (iv) a rejeição do caráter punitivo da reparação.

Branco (1996, p. 59) afirma que a prova do dano passa pela análise da conduta do médico, verificando se houve prudência e diligência, naturalmente exigíveis para a situação.

3.3 NEXO CAUSAL

O terceiro pressuposto da responsabilidade civil é o da causalidade, e aqui cabe dizer que “na ausência deste elo entre a conduta humana e o dano não se pode falar em responsabilidade civil” (VIEIRA, 2008, p. 46), como também compreende Maria Helena Diniz (2011, p. 127).

Maria Helena Diniz faz questão de enfatizar a diferença entre imputabilidade e nexo de causalidade, tendo em vista que a primeira diz respeito à uma análise subjetiva dos elementos, enquanto que a causalidade dá-se através de elementos objetivos, “consistentes na ação ou omissão do sujeito, atentatória do direito alheio, produzindo dano material ou moral” (DINIZ, 2011, p. 129).

O problema da análise do nexo de causalidade é saber identificar qual o ponto de partida que deve ser considerado para estabelecer o nexo, e para isso existem algumas correntes doutrinárias.

São três as principais teorias acerca da discussão em torno do nexo de causalidade, sendo elas: a teoria da equivalência de condições, mais conhecida como a teoria da *conditio sine qua non*, a teoria da causalidade direta e imediata e a teoria da causalidade adequada.

No que diz respeito à teoria da equivalência de condições ou da *conditio sine qua non*, como é mais conhecida, cabe dizer que aqui se analisa quais foram os comportamentos necessários para dar causa a determinado dano. Ou seja, Cavalieri Filho explica que “essa teoria não faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à sua existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos)” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 64).

Trata-se, portanto, de uma teoria que vê nas condições, antecedentes necessários para que o resultado ocorra, abrangendo uma série de condutas que aparentemente não teriam relação direta com o fato danoso.

Cavalieri Filho critica esta teoria pois entende que ela conduz a uma exasperação da causalidade e uma regressão infinita do nexo causal. Ele exemplifica desta forma, “[...] por ela, teria que indenizar a vítima de atropelamento não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem forneceu a matéria prima etc.” (CAVALIERI, 2014, p. 64).

A teoria da causalidade direta e imediata, prevista no art. 403 do CC, foi criada por Agostinho Alvim e determina que causa é apenas o fato antecedente no qual, “de todas as condições presentes, só será considerada causa eficiente para o dano aquela que com ele tiver um liame direto e imediato”, como lecionam os autores Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Braga Netto (2015, p. 467), é necessária, portanto, uma relação direta e imediata entre o comportamento e o resultado.

Essa teoria, segundo os autores, busca uma solução objetiva, sem recorrer à conceitos jurídicos indeterminados como “probabilidade”.

Por outro lado, tem-se a teoria da causalidade adequada, na qual, através das explicações de Cavalieri Filho (2014, p. 65), causa é o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado. Esta teoria filtra de forma mais objetiva quais serão as causas mais determinantes para a ocorrência do fato.

Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Braga Netto compreendem como uma teoria baseada na probabilidade do evento danoso, explicando que “a condição se converte em causa somente quando [...] percebe o magistrado que aquele resultado lesivo corresponde ao curso normal das coisas, [...] seguindo a estatística” (FARIAS; NETO; ROSENVALD, 2015, p. 465).

Cavalieri Filho ainda pontua que, apesar desta teoria ser mais restritiva que a anteriormente explanada, ainda existe um problema no que tange a definição de qual conduta seria a mais adequada. Ele pondera que “a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, com bom-senso e ponderação” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 65).

Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Braga Netto (2015, p. 467) também compreendem que o fato de que uma probabilidade da normalidade de um comportamento e não a sua certeza pode vir a ser o causador da responsabilização civil de um agente, representa uma fragilidade da teoria. Essa fragilidade se configura por conta da utilização de conceitos jurídicos indeterminados (como a utilização do termo “probabilidade”), que dificultam a segurança e o entendimento da incidência de uma causa na responsabilidade civil.

Por fim, cabe dizer que para esta teoria, causa adequada será aquela na qual o ato praticado pelo agente seja o real provocador do dano sofrido pela vítima.

A teoria atualmente aplicada pela doutrina e jurisprudência é a da causalidade adequada, tendo em vista que, segundo Leonardo Vieira (2008, p. 50), “não basta a aplicação do método de Thyén, sendo imprescindível ter em vista se o antecedente, abstratamente

considerado, dentro do natural desenrolar das circunstâncias era adequado à produção do evento danoso”.

Ou seja, a teoria da causalidade adequada analisa de uma forma menos abrangente que a teoria da *conditio sine qua non* e da causalidade direta os atos que foram imprescindíveis para a ocorrência do fato danoso, trazendo para si somente as causas mais prováveis e compatíveis que contribuíram para tal resultado.

Além destas duas teorias, cabe trazer também uma importante teoria objetivista, que é a perda de uma chance, de origem francesa. Essa teoria trabalha com a hipótese de um fato ilícito e culposos podendo contribuir para que alguém perca a chance de conseguir lucro ou de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

José Carlos Maldonado de Carvalho (2007, p. 160) exemplifica a teoria de maneira que se possa entender seu impacto no ambiente médico, mostrando que aquele profissional que não realizar certos procedimentos médicos no qual podia ou devia realizar e que acaba privando o paciente da possibilidade de conseguir uma cura, ou apenas uma terapêutica adequada, está passível de uma responsabilização civil.

Desta forma, a perda de uma chance consolida-se a partir da conduta culposa do médico que acaba por agravar a condição de saúde do seu paciente, ou seja, “sem a culpa do médico o dano não teria ocorrido” (CARVALHO, 2007, p. 160).

Nas palavras de José Carlos Maldonado, “a culpa decorre, precisamente, de não terem sido dadas todas as oportunidades ao paciente. Presume-se, desta forma, a culpa pela perda de uma chance de resultado favorável ao tratamento” (CARVALHO, 2007, p. 160).

Para Leonardo Vieira (2008, p. 181), a teoria da perda de uma chance funciona como mitigadora do nexo de causalidade, tendo em vista ser uma teoria inovadora, já que atinge um dos pressupostos da responsabilidade civil, entendido como inquestionável, assim como pelo fato de que a ideia principal é a de “punir uma conduta culposa independentemente de se conseguir provar o efetivo liame etiológico entre esta conduta e o dano experimentado” (VIEIRA, 2008, p. 182).

Leonardo Vieira enfatiza a necessidade de atenção ao se pensar na aplicação desta teoria no Brasil, sustentando que deve ser recebida com cautela, não sendo possível condenações de maneira indiscriminada, independentemente da presença de prova cabal a respeito da relação de causa e efeito entre a conduta e o dano experimentado pela vítima. Ressalta ainda que “a teoria da perda de uma chance deve ser usada com parcimônia, apenas nos casos em que haja grau elevado de culpa na conduta do agente, a ponto de autorizar a

flexibilização do nível de exigência do magistrado no momento de apreciar o liame etiológico” (VIEIRA, 2008, p. 183).

Por fim, não haverá nexos quando o evento ocorrer: (i) por culpa exclusiva da vítima; (ii) por culpa concorrente: da vítima e do agente; (iii) por culpa comum, caso de compensação da reparação; (iv) por culpa de terceiro e (v) por força maior ou caso fortuito (DINIZ, 2011, p. 129-133), isentando, assim, a responsabilidade do profissional médico.

3.4 CULPA

O “fator de atribuição de da responsabilidade”, trazido por Aguiar Dias como um quarto pressuposto da responsabilidade civil é o fator que devemos debruçar maior atenção, pois se trata da análise subjetiva da conduta do agente trazida anteriormente.

De acordo com Leonardo Vieira (2008, p. 42), “tal pressuposto, visto assim, engloba a noção de culpa ou de risco, a depender de como venha a ser a subsunção do caso concreto à cláusula geral do art. 927 do CC/02”.

Anderson Schreiber (2013, p. 12-14) diz que “a culpa é, inegavelmente, a categoria nuclear da responsabilidade civil concebida pelos juristas da modernidade”. Diz ainda que, “com a posterior difusão da ideologia cristã, ganhou fortes contornos éticos e morais, ligados à ideia de livre arbítrio e de sua má utilização pelos fiéis”.

Para Schreiber (2013, p. 15), a negligência, imprudência e imperícia configuram o caráter moral e psicológico que se costuma revestir no conceito de culpa.

Maria Helena Diniz (2011, p. 58-59) conceitua a imperícia como “falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato”, a negligência como “inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento” e a imprudência como “precipitação ou o ato de proceder sem cautela”.

Antonio Chaves (1993, p. 18-19) elenca algumas situações médicas que esclarecem a tríade da culpa. Ele dirá que entre os casos de negligência, os mais comuns envolvem erros de diagnóstico, esquecimento de compressas em operações cirúrgicas, dentre outros. Já a imprudência mostra-se com o descuido, “sem as necessárias precauções, resultante de imprevisão do agente em relação a ato que podia e devia pressupor”. Já a imperícia na área médica, “[..] mais do que em qualquer outra profissão, assume particular relevância, por jogar com a saúde e com a própria vida do paciente, obrigando o facultativo a zelar pela atualização de seus conhecimentos, acompanhando os progressos da arte de curar”.

Alessandro Timbó (2019, p. 95-96) chama a atenção para a necessária distinção entre culpa e mau resultado, vez que o segundo não necessariamente irá resultar de uma conduta culposa. Ele traz o exemplo do médico que, podendo optar por dois tratamentos, ambos aprovados pela MBE (Medicina Baseada em Evidências), escolhe um deles e, mesmo assim, o paciente vem a falecer. Numa hipótese como essa, não há que se falar em culpa, vez que o médico utilizou de práticas atuais da medicina, assim como não há como afirmar que, caso optasse pelo outro tratamento, iria obter êxito. Ou seja, ele entende que é necessário que se distinga culpa de “mau resultado” pois, caso contrário, se estaria caminhando a uma responsabilização objetiva.

Da mesma forma pensa Cavalieri Filho (2014, p. 433) ao afirmar que culpa e erro profissional são coisas distintas. Ele entende que o erro decorre de uma falha do homem normal, sendo escusável quando invencível diante da perspectiva do homem médio. Diferente do erro, a culpa decorre de uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional (trabalhando novamente sob a ótica do homem médio).

Aguiar Jr. (1995, p. 38) lembra que é preciso levar em consideração no momento de determinação da culpa, circunstâncias especiais, tais como o grau de especialização do profissional médico que certamente definirá o nível de comprometimento que este deve ter ao agir. Ele traz o exemplo do anestesista, de quem se espera uma vigilância absoluta, não só durante o decurso da cirurgia, mas também até a retomada da consciência do paciente e assim por diante.

A culpa, para o Código Civil, configura, em regra, elemento essencial para aferição da responsabilidade, enquanto o CDC entende que, para uma maior proteção do consumidor, basta que ocorra a conduta e a efetivação do dano (com a devida análise da causalidade) para que haja a obrigação de reparação por parte do fornecedor.

Nas palavras de Leonardo Vieira (2008, p. 178), a teoria da *res ipsa loquitur* foi desenvolvida no sistema de *common law* e tem sido “mencionada na fundamentação de algumas decisões sobre responsabilidade médica no Brasil” (VIEIRA, 2008, p. 178), tendo uma forte relação com a culpa, principalmente no que tange ao dever de indenizar.

Esta teoria, portanto, diz respeito a presunção de culpa do profissional em certos casos concretos. Cabe aqui, para maiores esclarecimentos, trazer a explanação de Miguel Kfoury Neto a respeito do tema.

Os elementos da *res ipsa loquitur* são os seguintes: a) (o dano) deve ter resultado de um fato que não corre ordinariamente se não houver negligência (ou outra forma de culpa); b) deverá ter sido causado diretamente pelo médico ou por alguém atuando sob sua direção e controle; c) deverá ter

ocorrido em circunstâncias que indiquem que o paciente não o produziu voluntariamente ou por negligência de sua parte (KFOURI NETO, 2003, P. 68).

Um exemplo trazido por Leonardo Vieira de “fato que fala por si mesmo” (tradução livre para o nome da referida teoria) seria o de “objetos esquecidos no corpo do paciente após cirurgias eletivas ou levadas a cabo em condições de normalidade” (VIEIRA, 2008, p. 179), já que este dano não poderia ter ocorrido ordinariamente, como bem assevera Kfouri Neto.

Esta teoria enquadra-se na presunção *juris tantum*, que trabalha com a inversão do *ônus probandi* (já prevista no artigo 6º, inciso VIII do CDC, vide art. 373, §1º do CPC/15), ou seja, trata-se de uma presunção relativa, admitindo-se prova em contrário. “Trata-se de uma presunção que somente prevalecerá se o réu não conseguir convencer o júri do contrário” (VIEIRA, 2008, p. 180).

Para finalizar a análise desta teoria, cabe dizer que muito se aproxima da ideia que se tem de verossimilhança exigida pelo CDC para inversão do ônus da prova, não representando grandes novidades para o ordenamento jurídico brasileiro, como bem trata Leonardo Vieira (2008, p. 180).

Aguiar Jr. (1995, p. 38) pontua as dificuldades de produção da prova da culpa, vez que a maior parte dos fatos costumam ocorrer em ambientes reservados, nos quais o paciente regularmente não teria fácil acesso. Destaca, também, a questão da vulnerabilidade física, própria da debilidade em que o paciente se encontra, mas não somente esta, traz a vulnerabilidade técnica deste, impedindo-o de avaliar causa e efeito. Outro impacto negativo para a produção da prova da culpa trazido pelo autor é o fato de que, mesmo imprescindível, a perícia, na maioria das vezes, é efetuada por colegas de trabalho do médico, o que dificulta a isenção e imparcialidade destas. Tendo todas estas questões em mente, ele assim conclui:

O juiz deve se socorrer de todos os meios válidos de prova: testemunhas, registros sobre o paciente existentes no consultório ou no hospital, laudos fornecidos, e, principalmente, perícias. Uma das formas de fazer a prova dos fatos é a exibição do prontuário, que todo o médico deve elaborar (art. 69 do Código de Ética), a cujo acesso o paciente tem direito (art. 70). Em juízo, cabe o pedido de exibição, cuja recusa permitirá ao juiz admitir como verdadeiros os fatos que se pretendia provar, se não houver a exibição ou se a recusa for considerada ilegítima (art. 344 e 359 do CPC) (AGUIAR JR., 1995, p. 38).

3.4.1 Dever de informar

Gerson Luiz Carlos Branco (1996, p. 60) desenvolveu relevante análise a respeito do dever de informar dos médicos. O autor explica que o dever de informação pode ser bipartido em dever geral e específico, sendo este o dever de aconselhamento.

Gerson Branco segue analisando que este dever relaciona-se à necessidade do médico de estabelecer condições contratuais para a realização de seu serviço, criando uma relação com o paciente na qual este possa compreender o que se passa com sua saúde, lembrando sempre que o vocabulário técnico não é o mais adequado para este momento.

O dever específico de informação, na visão de Gerson Branco, diz respeito ao aconselhamento, no qual se transmite ao paciente as informações acerca de seu tratamento e estado de saúde, dando-lhe condições para decidir sobre, inclusive sopesando os riscos a que irá se submeter. Ele também acredita que o médico tem o dever de recomendar qual a melhor opção de tratamento para o paciente, sempre apresentando os prós e contras de tal decisão.

O referido autor não deixa de tratar dos casos em que transmitir tais informações acerca do quadro clínico diretamente ao paciente pode não ser a melhor opção, nesta hipótese, sugere ele que, numa abordagem prudente, o médico informe aos familiares que tenham ascendência sobre o doente.

A grande manifestação do dever de informação extrai-se da obrigação do médico em conseguir do paciente um consentimento esclarecido/informado, que, nas palavras de André Gonçalo Dias Pereira (2004, p. 45), consiste em “incrementar o respeito dos aspectos individuais e volitivos do paciente”.

O autor afirma que o consentimento informado consiste em dar ao paciente informações que lhe permita consentir de maneira informada e consciente com seu tratamento, a fim de transformar o paciente em “senhor do seu próprio corpo”, responsabilizando-se pela intervenção que sofrerá.

É importante que o médico colha o consentimento do paciente antes de qualquer intervenção, salvo em casos de urgência, pois o ordenamento jurídico brasileiro não permite que atos sejam praticados em outrem sem o seu consentimento.

André Pereira (2004, p. 48) enfatiza a importância de compreender que o consentimento do paciente não consiste em uma “carta branca” ao médico, assim o diz, “ao médico deve-se impedir não apenas realizar intervenções sem consentimento, mas também o pôr-em-perigo arbitrário os bens jurídicos pessoais”.

Outra observação importante feita pelo autor é de que o médico não deve minimizar os riscos conhecidos ao tratamento, a fim de obter o consentimento do paciente, é preciso agir com transparência.

Cabe diferenciar consentimento esclarecido de esclarecimento terapêutico, este, na lição de André Pereira (2004, p. 55), consiste em “prestar todas as informações necessárias para que o paciente cumpra devidamente uma prescrição”, ou seja, trata-se de uma espécie de aconselhamento, seja em relação a medidas que deve tomar ou até acerca de um diagnóstico, quando intenta o médico em alertar o paciente para que evite possíveis infecções, por exemplo.

O privilégio terapêutico, por sua vez, consiste em situações em que o médico, a fim de preservar a saúde física e mental do paciente ou quando está em causa a vida do paciente, decide por não informá-lo da integralidade de seu quadro clínico, cabendo, nestes casos, informar ao parente em linha próxima, seja o descendente direto, o cônjuge ou quem quer que seja para este paciente, não constituindo uma arbitrariedade do médico.

3.4.2 Dever de assistência e perícia

Nas palavras de Gerson Branco (1996, p. 61) “o dever de assistência imposto ao médico não decorre somente da relação contratual estabelecida, mas se constitui num imperativo ético imposto a todos os profissionais da área”. Trata-se do dever de prestar o serviço médico da forma mais diligente possível, mantendo-se sempre informado das reais condições de seu paciente.

O autor inclui como dever de assistência, o dever de vigilância sobre aqueles que possam causar danos a si ou a outrem.

“O abandono do paciente em hospital enseja responsabilização tanto do médico, como do hospital, que são solidários em prestar atendimento constante” (BRANCO, 1996, p. 74).

3.4.3 Dever de prudência

“Consiste na ação do médico de acordo com a pauta da boa-fé. [...] Não pode o profissional abusar de sua situação de superioridade técnica para decidir sobre a condução da vida dos seus clientes” (BRANCO, 1996, p. 61). Reconhece-se a superioridade técnica do médico na relação, mas também o fato de que este vê-se subordinado à vontade do paciente, tendo em vista que ele é o titular da decisão sobre o tratamento a se seguir, baseando-se em toda a informação fornecida pelo médico, lembrando que existem exceções, quais sejam as

situações emergenciais em que o paciente não se encontra em condição de consentir no momento.

Desde que presentes o consentimento do paciente e a necessidade do tratamento, “o médico não pode ser responsabilizado pelos riscos naturais a determinada intervenção cirúrgica”. Todavia, deverá assumir os riscos se atuar de forma arbitrária, expondo o paciente a riscos injustificados (BRANCO, 1996, p. 61-62).

3.5 OBRIGAÇÃO DE MEIO X DE RESULTADO

A responsabilidade do médico é muito discutida, principalmente sob a ótica da obrigação de meio versus de resultado. Para tratar desta problemática, muito se utiliza do exemplo das cirurgias plásticas, por ser de fácil visualização.

Para melhor entender as nuances das obrigações de meio e de resultado faz-se necessário diferenciar a cirurgia plástica reparadora da meramente estética que, nas palavras de Camila de Jesus Mello Gonçalves (2014, p. 4-6) diferenciam-se pela finalidade terapêutica que se faz presente na primeira e pelo objetivo puramente embelezador, típico da segunda.

Regina Beatriz Tavares da Silva (2009, p. 37) traz um posicionamento intermediário, propondo que a obrigação do médico cirurgião seria de meio, mas com a incidência de culpa grave do profissional na hipótese de piora do quadro do paciente.

Na definição de Fabrício Zamprogna Matielo (2001, p. 66) a cirurgia reparadora é aquela que se “destina a corrigir falha orgânica ou funcional provocada por fatores exógenos, ainda que com origem endógena”, havendo indicação clínica para intervenção cirúrgica.

A obrigação dos médicos cirurgiões é, em regra, de meio, sem que lhe seja imputada qualquer obrigação pelo resultado, e a cirurgia reparadora está incluída nisto (AGUIAR DIAS, 2006, p. 381).

Já no que diz respeito à cirurgia meramente estética, surge a discussão a respeito da natureza desta obrigação, tendo em vista que autores como Aguiar Dias (2006, p. 381) e Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 445) admitem a vinculação do médico à obrigação de entregar aquilo que prometeu.

Dimas Borelli Thomaz Júnior corrobora com esse entendimento ao dizer que na cirurgia plástica meramente estética, “o paciente é pessoa sadia que almeja remediar uma situação desagradável, mas não doentia” (THOMAZ JÚNIOR, 1997, p. 92), tendo o médico, portanto, a obrigação de não trazer um resultado pior do que aquele em que o paciente se encontrava antes do procedimento.

Por outro lado, existe a discussão a respeito da indeterminação dos resultados, não havendo como prever a reação do organismo humano. Ruy Rosado Aguiar Junior (1995, p. 39-40) é o principal nome a defender esta tese, mas se trata de posição minoritária.

Dimas Borelli Thomaz Júnior afirma que “o médico não se obriga a dar, conseguir ou obter o resultado querido tanto por ele quanto pelo paciente”, afirmando que a obrigação deste profissional diz respeito à diligência que depositará em seu trabalho para conquistar a “recuperação e restabelecimento da saúde de quem o procurou”. O autor segue afirmando que, sendo a obrigação de resultado, o paciente poderia exigir do médico que se conseguisse o previamente ajustado, sob pena de impor ao profissional uma indenização ou reparação (THOMAZ JÚNIOR, 1997, p. 91-92).

De maneira intermediária, tem-se o posicionamento de Marcelo Benacchio (2009, p. 331), que entende pela possibilidade da cirurgia estética vir a ser de meio ou de resultado, a depender do grau de informação fornecida pelo médico ao paciente a respeito dos riscos envolvidos, assim como da forma a qual foi dada sua promessa de resultado.

Antônio Chaves (1993, p. 17) enfatiza que a relação que se estabelece entre o médico e o paciente é *sui generis*, de meio e ligada aos altos interesses da prevenção e preservação da saúde, podendo, inclusive, ocorrer de maneira tácita, frequente nas emergências (ou seja, nos tratamentos espontâneos).

Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 89) também explica as relações da obrigação de meio e resultado no ambiente médico através do contrato de tratamento. Ele explica que, no que tange a obrigação de resultado, é preciso que se analise (i) a vontade das partes e (ii) a álea da atividade, constituindo-se como elementos principais para se afastar ou não um determinado resultado. Ou seja, a vontade das partes no contrato de tratamento relaciona-se com o consentimento informado do paciente, enquanto a álea da atividade diz respeito às incertezas da medicina, que devem ser esclarecidas ao paciente.

O autor segue no tema (2019, p. 89) dizendo que tipicamente, o contrato de tratamento é de uma obrigação de meio, havendo dois deveres básicos por parte do médico, quais sejam: (i) o dever de cuidado e (ii) o dever de informação, explicando ainda que a obrigação de resultado só pode incidir sobre o dever de informação, podendo ter o encargo de provar que obteve o consentimento do paciente. Explica ele que:

O único resultado ao qual o médico pode/deve ficar obrigado a demonstrar, é que os principais riscos e benefícios do procedimento a ser adotado foram apresentados ao paciente, constava previamente no consentimento colhido, e o paciente concordou com a realização do ato médico em questão (TIMBÓ, 2019, p. 89).

Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 90) enfatiza que, apesar de tratar-se, em suma, de uma obrigação de resultado, não se deve entender que se trata de uma responsabilidade objetiva, pois a conduta do médico, mesmo em relação ao consentimento, deve ser analisada. Ele diz que, neste caso, configura uma hipótese de culpa presumida, que ensejaria na inversão do ônus probatório.

Já a respeito do dever de cuidado, Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 90) diz que a álea médica impede que este se configure como uma obrigação de resultado, cabendo aos médicos empregar todos os meios possíveis de tratamento para o êxito do paciente, cabendo responsabilização quando este agir com negligência, imprudência ou imperícia.

De logo, cumpre dizer que, a partir desta análise, é possível concluir que as obrigações de meio implicam na obrigação do médico de aplicar todos os meios possíveis para obtenção de um resultado satisfatório, mas que o sucesso nesta empreitada não é o objeto de análise, implicando, portanto, numa responsabilização subjetiva num eventual caso danoso, para se averiguar se foram utilizados todos os meios possíveis de tratamento, evitando uma conduta culposa *latu senso*.

Cavaliere Filho bem trata do tema ao dizer:

[...] essa divergência acerca da natureza jurídica do contrato em nada altera a responsabilidade do médico, posto que, tratando-se de responsabilidade contratual, o que importa saber é se a obrigação gerada pela avença é de resultado ou de meio. E assim é porque, [...] Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. [...] A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 431).

Ele acrescenta que se o tratamento realizado não produz o resultado esperado, não há que se falar, estritamente por esta razão, em inadimplemento contratual, devendo considerar, portanto, ser uma obrigação de meio, concluindo que “a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 432).

Já no que diz respeito às obrigações de resultado, a lógica se inverte. É papel do profissional garantir um determinado resultado, cumprindo sempre com a boa fé no que tange ao dever de informação para com o paciente, assim como em realizar promessas razoáveis.

Vale dizer que a obrigação de resultado não implicará, necessariamente, em responsabilidade objetiva, vez que cabe a análise da culpa e nexos de causalidade para responsabilizar o profissional médico.

Marcelo Benacchio (2009, p. 329) entende que a obrigação do médico será de resultado quando se tratar de realização de atos específicos, como a realização de um exame médico, uma visita, vacinação, dentre outros.

O Código de Defesa do Consumidor atribui aos fornecedores alguns deveres que devem ser observados, sob pena de responsabilização, como o de informar a respeito da nocividade ou periculosidade de produtos e serviços, conforme revela seu artigo 6º, inciso II.

Diante disto, Fazzio Junior argumenta que “[...] a inserção do dever de informação e do dever de cuidado acentua a função preventiva da reparação do dano, ao lado da tradicional função de ressarcimento”. Ele ainda acrescenta que “o CDC não acolhe a bipartição da responsabilidade civil em contratual e extracontratual [...] porque de difícil caracterização, depois porque fundada na aferição de culpa” (FAZZIO JUNIOR, 2009, p. 557).

Para maiores esclarecimentos, a responsabilidade civil contratual, no entendimento de Leonardo Vieira, consiste que, “em virtude do descumprimento de uma obrigação decorrente de um contrato, surge o dever de indenizar” (VIEIRA, 2008, p. 92), além do fato de que o credor, aqui entendido como o paciente, está obrigado a demonstrar que a obrigação pactuada não foi cumprida, como afirma o autor Reynaldo Andrade da Silveira (1991, p. 59). Por outro lado, em sua visão, a responsabilidade civil extracontratual diz respeito à situação na qual um sujeito, agindo em desconformidade com a lei, acaba por gerar danos a outrem.

Reynaldo Andrade da Silveira determina a responsabilidade extracontratual como decorrente de uma relação na qual “não há um vínculo jurídico preexistente, além da própria lei, entre o ofensor e ofendido, quando aquele pratica o ato ilícito” (SILVEIRA, 1991, p. 59).

Ruy Rosado de Aguiar Jr. explica que a relação “será extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência” (AGUIAR JR., 1995, p. 35).

Ou seja, o que difere a responsabilidade contratual da modalidade extracontratual é a natureza do descumprimento. Se o dano é proveniente de um descumprimento legal, estamos diante de uma hipótese extracontratual, caso contrário, tratar-se-á de responsabilidade civil contratual.

Outra diferenciação corresponde à “carga da prova atribuída às partes”, como cita Aguiar Jr. (1995, p. 35) ao dizer que na responsabilidade contratual basta ao autor da ação (paciente) comprovar a existência do contrato e seu devido descumprimento, incumbido ao

médico a prova de que “o dano decorreu de uma causa estranha a ele”; enquanto que na responsabilidade extracontratual, cabe ao paciente provar a culpa do profissional.

Neste diapasão, cumpre destacar que nem sempre a responsabilidade civil contratual será com culpa presumida, vez que esta entende pela implicação de risco e perigo na atividade, entretanto, a atividade médica não constitui risco a terceiros, existe sim um risco inerente à atividade, vez que o paciente chega para o médico com alguma enfermidade, cabendo a este promover a melhora do quadro clínico (ao menos desempenhar os melhores métodos para tentar alcançá-la), mas que não constitui a presunção de culpa do profissional.

Como diz Fazzio Junior (2009, p. 557), “excepcionalmente, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais autônomos será apurada mediante a verificação de culpa, ou seja, permanece subjetiva”.

Para os que defendem a inaplicabilidade do CDC na relação médico-paciente, como Alessandro Timbó (2019, p. 70-73) e Leonardo Vieira (2008, p. 122) , essa exceção trazida acima só corrobora com este pensamento, já que o próprio microsistema de consumo entende que a posição do profissional liberal autônomo não é a mesma posição de superioridade costumeira dos fornecedores em geral.

Marcelo Benacchio (2009, p. 323) conclui que “se acaso criássemos um sistema tão rígido de responsabilidade civil haveria um enorme prejuízo social em razão da inibição da atividade médica ou, no mínimo, teria ela um custo excessivamente elevado para suportar esses danos”, o que causaria a redução do exercício da livre iniciativa, criando, assim, um sistema de medicina defensiva, que encarece esse campo de inegável importância para o ser humano.

Ele segue com o raciocínio de que “[...] a responsabilidade civil, como uma externalidade, afetaria os custos dos serviços médicos de forma a torná-los inacessíveis à maior parte da população e, mesmo, não haver profissionais interessados para especialidades com elevada possibilidade da ocorrência de danos”, que é o que conhecemos por medicina defensiva, já que a rigidez na responsabilização civil causa essa prevenção dos profissionais de saúde (BENACCHIO, 2009, p. 345).

Todavia, não se deve defender uma aplicação restrita das normas de responsabilidade, pois tal atitude também importaria prejuízos à sociedade, vez que os médicos teriam plena liberdade de atuação, sem o devido respeito à autonomia dos pacientes ou aos princípios éticos e morais da profissão.

Portanto, sugere Marcelo Benacchio que se busque “uma forma ampla de proteção do paciente, [...] com o temperamento para evitar situações excessivas que acabem por inibir a própria atividade do médico” (BENACHIO, 2009, p. 323).

4 O ADVENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição da República do Brasil mantém o compromisso de proteger o consumidor, presente no inc. XXXII do art. 5º.

O Código de Defesa do Consumidor tem como preceito a manutenção da igualdade e retributividade social, buscando concretizar materialmente uma igualdade jurídica através de instrumentos hábeis trazidos pelo Estado (ANDRADE, 2003, p.467).

4.1 IMPORTÂNCIA HISTÓRICA DA PROTEÇÃO AO VULNERÁVEL

Com essa estrutura, resulta evidente a intenção do Código de Defesa do Consumidor em preservar a segurança e justiça sociais, devendo o operador do direito sempre se manter atento à preservação do direito do consumidor. Andrade revela que “o princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e a diretriz impondo atuação governamental no sentido de ampará-lo efetivamente “[...], ressaltam o caráter protecionista, exatamente para tornar substancial a igualdade entre desiguais” (ANDRADE, 2003, p. 467).

O autor segue explicando que o Código possui todo um aparato protetivo, presente no art. 6º, objetivando uma tutela integral de proteção. Os enunciados presentes no referente artigo detalham várias hipóteses nas quais o consumidor possui amparo legal, quais sejam:

quanto à qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos, compreendendo as responsabilidades pelo fato e pelo vício do produto e do serviço (arts. 8/25). Também vêm elencadas a publicidade enganosa e as práticas abusivas, vedadas ao fornecedor (arts. 35/42) e, por fim, a proteção contratual ao consumidor (arts. 46/53), na qual realçado, de modo obrigatório, que tenha oportunidade de tomar conhecimento prévio da avença e que os respectivos instrumentos sejam redigidos de modo a permitir, nesses contratos, em geral de adesão (art. 54), a imediata e fácil compreensão (ANDRADE, 2003, p. 468).

Araújo Filho (2009, p. 3-4) afirma que o Código de Defesa do Consumidor surge para não somente atestar a posição de fragilidade do consumidor, mas para garantir a isonomia substancial deste em relação ao fornecedor de bens e serviços, através do “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (art. 4º, I).

Cambi e Lima (2015, p. 181) ainda acrescentam que esta fragilidade não diz respeito única e exclusivamente ao caráter econômico do consumidor, vez que, “em razão de não dispor de controle sobre os bens de produção, o consumidor encontra-se em uma posição

de vulnerabilidade que não depende necessariamente de sua condição econômica”, pois ambos serão vistos como vulneráveis no mercado de consumo, considerando sua falta de conhecimento técnico, acima da ausência de capacidade econômica. Ou seja, é indiscutível na relação de consumo que o consumidor encontra-se num patamar “inferior” se comparado aos fornecedores, pois estes não possuem o domínio dos meios de produção, o que não se iguala à condição de hipossuficiência.

“Diferente é a situação da proteção aos hipossuficientes que é dada pelo Código de Defesa do Consumidor por meio do mecanismo processual da inversão do ônus da prova” (CAMBI, LIMA, 2015, p. 181), que ainda será abordado com maior ênfase ao longo deste trabalho. Os autores explicam que a hipossuficiência não se confunde com a vulnerabilidade. Como dito acima, a vulnerabilidade é unânime entre os consumidores, dizendo respeito à sua falta de domínio técnico no mercado de consumo. Por outro lado, a hipossuficiência trata da incapacidade do consumidor para a produção de provas, “sendo apenas um critério de avaliação do juiz para a possibilidade ou não de concessão da inversão do ônus da prova, a ser identificável diante do caso concreto, posto que, apesar de vulneráveis diante do mercado, nem todos os consumidores são hipossuficientes” (CAMBI, LIMA, 2015, p. 181).

Cláudia Lima Marques (2011, p. 304) afirma esta condição ao dizer que a vulnerabilidade do agente é o que “justifica a existência de um direito protetivo” a este, sendo reconhecida pelo Código e constituindo, portanto, uma presunção absoluta.

A autora Cláudia Lima Marques (2011, p. 321) leciona que “a vulnerabilidade é a pedra de toque ou o elemento e princípio fundamental do direito do consumidor (art. 4º, I) e que deve influenciar a exegese do art. 2º. “[...] Uma das partes é vulnerável [...] pois não pode discutir o conteúdo do contrato”. Ela afirma que este desequilíbrio é o que proporciona a justificativa de um tratamento desigual entre os contratantes, estabelecendo, assim, um patamar de igualdade entre eles.

4.2 RELAÇÃO DE CONSUMO

Considerando que a maioria da doutrina e jurisprudência compreendem a relação médico-paciente como consumerista, necessário faz-se destrinchar a relação de consumo, a fim de estabelecer a classificação das partes nesta relação.

Marcelo Benacchio concorda com o enquadramento consumerista da relação médico-paciente, excetuando o atendimento médico de urgência (de caráter extracontratual), veja-se:

As relações médico-paciente, fora o atendimento médico de urgência realizado em decorrência do dever do médico em atuar na hipótese, são relações jurídicas inseridas no microsistema das relações de consumo, pois haverá relação de consumo entre o paciente, destinatário final dos serviços prestados nos termos do art. 2º, caput, do CDC, e o médico, fornecedor na forma do art. 3º, caput, do mesmo diploma legal (BENACCHIO, 2009, p. 338).

4.2.1 Consumidor

De acordo com o pensamento de Bruno Miragem (2018, P. 166), o conceito de consumidor surge “[...] para permitir a aplicação da tutela protetiva do CDC em favor da coletividade, [...] exposto ao poder e à atuação abusiva do parceiro negocial mais forte”, ou seja, a figura do consumidor é entendida como aquela que configura o polo mais “fraco” da relação jurídica consumerista, sendo presumida a sua vulnerabilidade.

Cláudia Lima Marques (2011, p. 302) define consumidor como “o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade “de consumo” ou de massa.

Cláudia Marques (2011, p. 304-305) ainda afirma que, “na definição legal, a única característica restritiva seria a aquisição ou utilização do bem como destinatário final. Certamente, ser destinatário final é retirar o bem de mercado”. O que ela tenta dizer é que com o conceito de consumidor dado pela redação legal, nada se abstrai a respeito da destinação do bem retirado do mercado, dando margem à diferentes interpretações.

“Tirar o bem do mercado” não é um comando legal bem definido, já que um bem retirado do mercado pode possuir inúmeros objetivos, o que explica as diversas finalidades dadas pelos intérpretes da lei para esta redação.

Ela explica (2011, p. 305) que para os finalistas, não basta a retirada do bem do mercado, é preciso que sua destinação não seja para revenda, caso contrário, este não estaria efetivamente deixando de ser um instrumento de produção. Os defensores desta linha de pensamento consideram como consumidor, apenas aqueles que retiram o bem para consumo pessoal, aquele que é destinatário final econômico do bem.

Todavia, Cláudia Lima Marques (2011, p. 305) faz a observação de que essa interpretação “restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família”, sendo apenas aquele não profissional, já que “o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável”. Ou seja, se não houvesse essa interpretação restritiva, o propósito protecionista do Código se perderia.

Já para os maximalistas, “O CDC seria um Código geral sobre o consumo [...], que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores”. Desta forma, entendem que “a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço”. (MARQUES, 2011, p. 306).

A jurisprudência absorveu as duas correntes, nominando a corrente finalista de subjetiva e a segunda corrente (maximalista) de objetiva, pois se concentra no ato do consumo (MARQUES, 2011, p. 307).

A partir de 2003, com a entrada em vigor do Código Civil, parece estar aparecendo uma terceira teoria na jurisprudência, em especial do STJ, subdivisão da primeira, denominada por Cláudia Lima Marques (2011, p. 307) de finalismo aprofundado.

Trata-se, segundo a autora, de uma aplicação mista, na qual ao mesmo tempo em que predomina a aplicação finalista, admite-se a razoabilidade na interpretação do termo “destinatário final”, como se observa na Resp. 661.145 e Resp 476.428, onde nota-se um abrandamento da teoria finalista, ou seja, o abrandamento do rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, admitindo, de forma excepcional, a classificação de um profissional como consumidor, sempre que demonstrado, em concreto, vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

O CDC utiliza-se de uma técnica multiplicadora do seu campo de aplicação, qual seja a de dividir os indivíduos entre *consumidores* (art. 2º, *caput*) e pessoas *equiparadas a consumidor* (parágrafo único do art. 2º). No campo extracontratual, o CDC considera suas normas aplicáveis a “todas as vítimas do evento” danoso causado por um produto ou serviço, segundo dispõe o seu art. 17. As vítimas não são, ou não necessitam ser, consumidores *strictu sensu*, mas a elas é aplicada a tutela especial do CDC por determinação legal do art. 17, que as equipara aos consumidores (MARQUES, 2011, p. 320).

Entendendo isso, a doutrina e jurisprudência enquadram os pacientes médicos na figura de consumidores, argumentando que estes, perante a figura do médico, estão numa posição de vulnerabilidade, sujeitos às determinações de seus médicos.

Para Eduardo de Souza (2013, p. 15), “sem dúvidas, é possível afirmar que o paciente tende a revelar-se processualmente hipossuficiente [...], na medida em que não dispõe de conhecimentos técnicos para a identificação da conduta médica culposa”.

4.2.2 Fornecedor

Segundo o disposto por Cláudia Lima Marques (2017, p. 133), a definição de fornecedor seria “[...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de [...] prestação de serviços”. Observe então, que pelo disposto no Código de Defesa do Consumidor, tanto o médico que integra quadro de sócios ou associados de pessoa jurídica, quanto aquele que atua como pessoa física poderia se enquadrar na definição de fornecedor.

Flávio Tartuce (2014, p. 69-70) explica que para ser fornecedor, pouco importa se este é pessoa física ou jurídica, sendo apenas um requisito objetivo, o que deve se observar é a existência de remuneração e habitualidade na prestação do serviço, o que convence a maioria doutrinária e jurisprudencial de que os médicos se enquadram perfeitamente nessa posição.

A doutrina enquadra os médicos nesta espécie pois entende que estes estariam numa posição de superioridade se comparada à posição do paciente. O médico é quem determina quais condutas devem ser tomadas durante o tratamento, é ele que, eventualmente, será o responsável por um dano que seu paciente venha a sofrer, e é baseado nisso que os doutrinadores entendem por justo qualificá-los desta maneira.

4.2.3 Prestação de serviços

Já a prestação de serviços seria o viés mais simples de se entender. De acordo com o artigo 3º, §2º do CDC, serviço seria “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”.

Como bem salienta Bruno Miragem (2018, p. 199), a atividade prestada no mercado de consumo deve ser aquela pela qual esteja sendo oferecida no mercado, em decorrência da atividade econômica do fornecedor, assim como podemos dizer, a título de exemplo, a atividade médica que é oferecida através de clínicas e hospitais.

A prestação de serviços deve ser onerosa e habitual, além de disponível no mercado de consumo, configurando, assim, a atividade econômica do sujeito, agora, fornecedor.

Justamente por conta desta última afirmação é que existe uma das polêmicas acerca da natureza jurídica da relação médico-paciente, pois, ao ler o dispositivo do Código que conceitua a prestação de serviços, dá-se a entender de que este apenas enquadraria a figura dos hospitais e clínicas, tendo em vista que estes visam pôr a atividade médica disponível no mercado de consumo com o fim de obtenção de lucro, enquanto que a atividade fim da Medicina não é exatamente este. Esta, entretanto, é uma problemática a ser tratada mais à frente, à medida que as discussões vão avançando.

Resta entender que o posicionamento da doutrina acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor diz muito respeito ao consenso de que o paciente não se encontraria num mesmo patamar que o médico, entendendo que este possui uma superioridade no que se refere àquele.

Todavia, também cumpre ressaltar que a relação do médico e do seu paciente não se delinea de maneira uniforme. Assim como o médico, o paciente possui autonomia na tomada de decisões a respeito de seu tratamento, cabendo a ele a decisão final. Logo, não basta verificar a incontroversa fragilidade técnica dos pacientes como delimitadora de uma relação de consumo, é preciso verificar todos os ditames prático jurídicos que envolvem tal relação.

Seguindo a linha da inaplicabilidade do CDC, autores como Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira de Souza (1999, p. 40 e ss) entendem que a prestação do serviço de saúde constitui atividade *sui generis*, argumentando que vida e saúde não são bens de consumo, sendo assim uma abordagem mais filosófica acerca da problemática.

O autor Marcos Almeida de Magalhães Andrade Junior (2000, p. 25) concorda que o profissional médico não se porta como um mercador, entendendo que a Medicina não se trata de atividade mercantil, mas sim de atividade que tem como objetivo a satisfação (também afetiva- no sentido de estabelecer uma relação genuína e cuidadosa com o paciente, sem esquecer do caráter humanitário imerso na profissão-) do bem estar do paciente.

5 COMPARATIVO CDC/CPC

Para discutir a (in)aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na relação médico-paciente, é preciso entender quais são as implicações práticas de tal aplicação. Para tanto, será feita uma análise minuciosa dos principais elementos processuais e extrajudiciais inerentes à natureza jurídica aqui estudada.

5.1 COMPETÊNCIA PROCESSUAL

Flávio Tartuce (2014, p. 473) diz que todo o sistema do Código de Defesa do Consumidor foi criado no objetivo de estabelecer um equilíbrio entre o consumidor e o fornecedor, tanto na seara material quanto processual.

Ele segue explicando que: “O tratamento diferenciado destinado no plano do direito material ao consumidor é ainda mais justificável no plano do direito processual em razão da tradicional diferença entre as espécies de litigantes formadas por consumidores e fornecedores” (TARTUCE, 2014, p. 474).

A evidente postura dominadora dos fornecedores é facilmente percebida quando se analisa a questão processual que envolve estes e os consumidores, tendo em vista que os primeiros possuem toda uma rede de suporte no que tange à análise dos riscos que sua atividade pode proporcionar, estando preparados para eventuais litígios, como bem evidencia, ainda, Tartuce (2014, p. 474):

A existência de um litigante habitual (fornecedores) contra um litigante eventual (consumidores) já causa um desequilíbrio entre as partes, considerando-se que, no primeiro caso, existe uma organização montada para atuação nos litígios judiciais, além de serem acostumados aos seus meandros e à frequente demora para a concessão de uma tutela jurisdicional definitiva.

Cabe enfatizar, também, o fato de o Código de Defesa do Consumidor debruçar-se com maior ênfase no caráter coletivo do processo consumerista (o que se nota a partir da análise dos arts. 81 a 99 do CDC que examinam a tutela coletiva), o que mostra não somente a falta de cuidado com as tutelas individuais mas também evidencia que a tutela da relação médico-paciente, geralmente individual, não contém nenhum laço estreito com o CDC no que tange ao caráter processual, já que os atos processuais necessários à tutela da relação médico-paciente encontram-se previstos originalmente no CPC, a exemplo da inversão do ônus probatório.

Flávio Tartuce também concorda com a ênfase dada pelo Código à tutela coletiva, “Tamanha a relevância do Código de Defesa do Consumidor para a tutela coletiva que o diploma legal faz parte do núcleo duro do microsistema coletivo, sendo, inclusive, aplicável a direitos coletivos lato sensu de outras naturezas que não a consumerista” (TARTUCE, 2014, p. 475).

Flávio Tartuce (2014, p. 475) mostra que não somente há uma predominância da tutela coletiva como não existe uma ação específica para o consumidor que entrar com uma tutela individual, havendo apenas algumas regras que tratam diferenciadamente o consumidor em sua atuação processual.

A Lei 8.078/90 não traz nenhuma novidade neste sentido, apenas permite ao consumidor utilizar-se de todas as ferramentas possíveis para proteção de seus direitos. “Ou seja, o consumidor pode se valer de todas as ações, procedimentos e espécies de tutela jurisdicional presentes no sistema processual, não existindo especificamente na Lei 8.078/90 qualquer criação nesse sentido” (TARTUCE, 2014, p. 476).

Diante da ausência de ações e procedimentos que tragam especificações a respeito da tutela individual dos direitos do consumidor, Flávio Tartuce (2014, p. 476) sabiamente induz que haverá uma “constante aplicação das regras procedimentais do Código de Processo Civil”, o que corrobora a ideia de que não há nenhuma implicação que vincule a relação médico-paciente ao Código de Defesa do Consumidor.

Nota-se que o Código de Processo Civil é suficiente para o tratamento da relação médico-paciente, vez que o CDC não traz inovações ao que já dispõe o Código de Processo, sendo constantemente aplicado para suprir as lacunas do Código Consumerista.

O Código de Defesa do Consumidor muito preocupa-se com a sistematização de uma tutela coletiva protetiva e acaba por não trazer muitas novidades no que tange à proteção da tutela individual, justificando, assim, a predominância do CPC.

Elizangela da Silva (2007, p. 42) afirma que, no que tange à tutela individual, “[...] as condições da ação na relação de consumo são as idênticas as das ações civilista (sic)”, portanto, utiliza-se o regramento presente no Código de Processo Civil a respeito da legitimação para agir, possibilidade jurídica e interesse processual.

O que o Código traz, em verdade, é uma variedade de formas disponíveis ao consumidor no que tange à solução de conflitos, para a facilitação de sua defesa, abrangendo a jurisdição, a autotutela, a autocomposição e a arbitragem.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2014, p. 516-517) mostra que as únicas regras processuais de competência previstas no CDC estão presentes nos artigos 93 e 101, inciso I do referido dispositivo, tratando da tutela coletiva e individual, respectivamente, abordando a competência de foro territorial, portanto, relativa.

Ou seja, Daniel Amorim (2014, p. 517) conclui que “[...] não existe qualquer norma legal que preveja a competência de justiça e tampouco de juízo, sendo por essa razão necessária a busca, em outros diplomas legais, de regras que sejam capazes de regular essas espécies de competência nas relações consumeristas”.

O autor (2014, p. 520-521) segue explicando que o foro comum previsto pelo ordenamento é o do domicílio do réu (segundo art. 94 do CPC), entretanto, como o CDC surge de forma a proteger e beneficiar (de forma justa) o consumidor, estabelece-se o foro como sendo o do domicílio do autor, estabelecendo como justificativa para tanto, a hipossuficiência deste diante do réu.

5.2 INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

De imediato, cumpre esclarecer que para a inversão do ônus probatório, aplica-se a regra do art. 373 do Código de Processo Civil, restando evidente, em sua redação, que cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, como ilustra Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (2009, p. 5-6).

Todavia, Daniel Amorim (2014, p. 559-560) afirma que “[...] parcela da doutrina defende a não aplicação do art. 333 do CPC (*correspondente ao atual art. 373 do CPC/15*), preferindo a aplicação do entendimento de que a regra de distribuição do ônus da prova entre as partes não deve ser fixada a priori, dependendo do caso concreto”.

No que tange à concessão da inversão do ônus probatório, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (2009, p. 6) afirma que esta só é concedida ao consumidor, não sendo cabível inversão do ônus em favor dos fornecedores.

O inciso VIII do art. 6º do CDC disciplina a inversão do ônus da prova, devendo esta ocorrer sempre que se identifique a verossimilhança da alegação ou quando o consumidor for considerado hipossuficiente.

Luiz Paulo da Silva (2009, p. 8) afirma que a verossimilhança da alegação deve se dar por configurada sempre através de uma interpretação ampla, bastando considerar que a alegação feita parece ser verdadeira, “[...] de não repugnar à verdade, segundo as regras ordinárias de experiência, o fato alegado, de ser plausível o caso narrado pelo consumidor, sem todavia ser necessário que o fato descrito se mostre provável, que tenha efetiva probabilidade de ser verdadeiro”.

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (2009, p. 8) faz questão de enfatizar que a interpretação dada por este dispositivo não é e não deve ser a mesma da que consiste no art. 273 do antigo CPC. Este traz a expressão “desde que, existindo prova inequívoca”, o que seria uma interpretação contraditória em relação à verossimilhança, vez que a primeira exige prova de que a alegação é verdadeira (ou seja, diante de uma prova inequívoca, há certeza), enquanto a segunda apenas trata da probabilidade de ser verdadeira a alegação. por outro lado, o CPC/15 regula a matéria no art. 300, não mais fazendo menção a tal expressão.

O autor segue, então, concluindo que não há tal expressão no dispositivo consumerista, significando que o juiz se incumbe do “[...] sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o consumidor” (ARAÚJO FILHO, 2009, p. 8).

Daniel Amorim (2014, p. 566) acrescenta que os requisitos trazidos pelo inciso VIII do art. 6º são alternativos, não sendo necessária a cumulação da verossimilhança e hipossuficiência.

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (2009, p. 7) explica que, estando presente um dos requisitos do referido dispositivo, independe de requerimento da parte para que a inversão do ônus seja concedida, ela deve ser aplicada *ex officio* pelo juiz.

Daniel Amorim (2014, p. 565) acrescenta, “Trata-se, portanto, de inversão *ope judicis* e não *ope legis*. É evidente que não basta, nesse caso, a relação consumerista, cabendo ao juiz analisar no caso concreto o preenchimento dos requisitos exigidos por lei. [...] entendimento consolidado de não ser automática a inversão nesse caso”.

Daniel Amorim (2014, p. 557-558) afirma que a doutrina costuma entender o ônus da prova sob duas perspectivas: a subjetiva, que analisa o comportamento das partes, estabelecendo quem é o responsável pela produção de determinada prova e a objetiva, que entende o ônus da prova como uma regra de julgamento, servindo de base para o juiz diante da (falta de) prova no momento de chegar a uma decisão.

Daniel Amorim (2014, p. 558) explica que, sendo o ônus da prova uma regra de julgamento, ele se aplica no momento da sentença, auxiliando o juiz diante de fatos não devidamente comprovados durante a instrução probatória, quando ainda há fatos controvertidos.

Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 6) explica que a função do ônus da prova não é de determinar a conduta das partes, mas sim auxiliar o juiz em seu julgamento, ou seja, se durante a busca de provas para chegar a uma decisão o magistrado não se sentir seguro em relação aos fatos, deve ele aplicar a regra geral da distribuição do ônus, incumbindo à parte autora a prova de fato constitutivo do direito e à parte ré, a prova de fato impeditivo, extintivo ou modificativo.

Em relação ao CPC/15, é preciso levar em conta o que dispõe o §1º do art. 373.

Veja-se:

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.

Ocorre que, antes do advento do CPC/15, aplicava-se ao processo a Teoria Estática do ônus da prova, a qual determinava que, ao autor cabia a produção da prova do fato constitutivo, enquanto ao réu cabia a prova de fato modificativo ou extintivo, de modo que não havia a preocupação, a princípio, de adequação da produção destas provas. Com o CPC/15, esta dinâmica não se extinguiu, porém, cabe ao juiz, na análise do caso concreto, verificar se esta disposição é a mais adequada para às partes.

Sérgio Arenhart (2003, p. 13-14) segue afirmando que, no que tange à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, o que ocorre, em verdade, é uma distribuição diferenciada do ônus da prova objetivando facilitar a defesa do consumidor, atribuindo ao fornecedor o dever de produzir prova sobre fatos que normalmente não produziria, não uma “inversão” no que tange ao dever de fazer prova de fato constitutivo, modificativo ou extintivo.

Importante frisar que a prova, uma vez produzida, não diz respeito às partes, mas sim ao processo.

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho lembra que a valoração da prova não deve se confundir com a inversão do ônus, explica:

[...] a adoção de critérios menos rígidos na atividade de valorização da prova (em sentido amplo), ao nosso ver, convive com a inversão do ônus da prova, mas não se confunde com ela. Havendo provas razoáveis, mesmo que indiciárias, em benefício do consumidor, deve o juiz, em regra, julgar a seu favor; não havendo provas, ou sendo precárias as provas produzidas, mas parecendo verossímil o fato alegado, deve o juiz inverter o ônus da prova (ARAÚJO FILHO, 2009, p. 12-13).

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (2009, p. 13), citando Luiz Antonio Rizzato Nunes (2000, p. 123-124), afirma que: “O significado de hipossuficiência do texto do preceito normativo do CDC não é econômico. É técnico”.

Trata-se de dois institutos distintos. Quando a produção da prova é complexa para o consumidor, diante da sua situação de vulnerabilidade no mercado de consumo ou seu desconhecimento técnico, deve-se inverter o ônus da prova, como manda o inciso VIII do art. 6º. Todavia, se o consumidor não possui recursos financeiros suficientes para custear a prova sem prejudicar seu sustento ou de sua família, neste caso, cabe tão somente conceder-lhe assistência judiciária gratuita.

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (2009, p. 14) sentencia que, apesar de se tratar de um dispositivo protecionista, este não deve ser utilizado para “assegurar um privilégio ao consumidor”, desconsiderando as garantias processuais dadas ao fornecedor.

Leidimar Pereira Murr (2010, p. 11) afirma que, em matéria de responsabilidade civil, a inversão do ônus da prova se baseia no Código de Defesa do Consumidor, embasada no reconhecimento da vulnerabilidade do paciente e na sua hipossuficiência técnica. Ela afirma que esse reconhecimento gerou a necessidade de aliviar ao paciente o ônus probatório.

A autora (2010, p. 11) explica que a inversão do ônus probatório implica em retirar a obrigação do paciente em comprovar o dano/erro médico e transferi-lo ao médico, que deve provar que agiu conforme a *lex artis* ou que não há nexo de causalidade entre o dano alegado e sua conduta.

Leidimar Murr (2010, p. 9) bem segmenta o tema:

Como mencionado, a relação de desigualdade entre médico e paciente tem na linguagem jurídica a denominação de hipossuficiência. Representa no paciente a debilidade causada pela enfermidade e no médico, o domínio do conhecimento. A inversão do ônus da prova significa, assim, simples dispositivo normativo de exceção perante o qual o réu é o autor, justificado pela hipossuficiência atribuída ao paciente (MURR, 2010, p. 9).

Leidimar Murr (2010, p. 11-15) conclui que a proteção do paciente contra o erro médico não deve se centrar na preservação da relação deste com o profissional, como a

sociedade parece interpretar ao aplicar o Código de Defesa do Consumidor. Ela critica a falta de divulgação e impacto que as decisões finais dos juízes têm, acabando por permanecer o prejuízo, não só para a imagem do médico, mas também para seu papel social.

5.3 EXTINÇÃO DA PRETENSÃO

Regina Vera Villas Boas e Wilson José Vinci Júnior (2015, p. 4) explicam a distinta noção de inércia para a prescrição e decadência. No que tange à prescrição, eles ensinam que a inércia “[...] diz respeito ao exercício da pretensão à propositura da ação”, enquanto na decadência a inércia diz respeito ao exercício do direito.

Fernanda Nunes Barbosa (2018, p. 6) leciona que o CDC contempla os prazos processuais decadencial e prescricional. O prazo decadencial (previsto no art. 26 em conjunto com o art. 24), é aquele prazo que cuida da garantia em relação ao aparecimento de vícios, dividindo-se entre o prazo que o consumidor tem para reclamar do vício propriamente dito e o prazo para que este efetivamente se manifeste.

Regina Vera Villas Boas e Wilson José Vinci Júnior (2015, p. 7) afirmam que “[...] os prazos referidos no art. 26 são considerados pela doutrina majoritária como de natureza decadencial”, conhecidos como garantia legal (que é somada à garantia contratual).

Fernanda Nunes Barbosa (2018, p. 7) segue explicando que o CDC delimitou os prazos em 30 e 90 dias, respectivamente, para produtos não duráveis e duráveis, enquanto o art. 445 do Código Civil separa o prazo decadencial entre 30 dias para reclamar sobre bens móveis e um ano para bens imóveis.

Carlos Eduardo D’elia Salvatori (2013, p. 24) assevera que “[...] os prazos para exercício do direito de reclamar acerca do vício dos bens imóveis (1 ano) e na obra de empreitada (180 dias) constantes no CC/02 supera, em muito, o prazo estipulado para reclamação de vícios sobre os bens duráveis (90 dias) no CDC”.

Nota-se, portanto, que os prazos tratados acima são aparentemente mais favoráveis se comparáveis aos prazos constantes no CDC.

Fernanda Nunes Barbosa (2018, p. 8) explica que “[...] o prazo da pretensão reparatória em decorrência do inadimplemento contratual pelo aparecimento de vício em produto ou serviço não se qualifica como decadencial, e sim prescricional”.

Regina Vera Villas Boas e Wilson José Vinci Júnior (2015, p. 13-14) explicam que independentemente da denominação, o prazo extintivo do CDC é de 5 anos, contado do conhecimento do dano e de sua autoria. Já o Código Civil prevê um prazo de 3 anos para reparação, o que pode gerar um conflito com o prazo do CDC no que tange ao *vício* no produto ou serviço, tendo em vista que o dispositivo consumerista dispõe apenas a respeito do *fato* do produto ou serviço.

Para fins de diferenciação, Fernanda Nunes Barbosa (2018, p. 9) explica que, quando se tratar de ações constitutivas, fala-se de prazo decadencial, enquanto quando se tratar de ações condenatórias, refere-se ao prazo prescricional.

Fernanda Nunes Barbosa (2018, p. 18) explica que, no que tange ao inadimplemento contratual, “[...] não encontrará o CDC normativa própria para solucionar a patologia”, sendo este caso resolvido através do art. 206, §3º, V ou 205 do CC. Para corroborar com este fato, a autora apresenta um precedente do STJ, a REsp. 1.281. 594/SP, julgado pela 3º turma, pelo ministro Marco Aurélio Bellizze, alterando “[...] os rumos do entendimento da Corte Superior acerca da prescrição na responsabilidade contratual para fixar não ser mais este decenal e sim trienal, nos termos do art. 206, §3º, V do Código Civil”.

Neste sentido, há julgamento do STJ em sentido contrário, firmando prazo prescricional na responsabilidade contratual em 10 anos, afastando a prescrição trienal devido a inúmeros julgados do STJ desde 2008 no sentido de ser decenal o prazo prescricional em reparação civil oriunda de responsabilidade contratual, até que sobreveio o REsp 1.281.594-SP, entendendo que a expressão “pretensão de responsabilidade civil” abrangia, indistintamente, a responsabilidade civil advinda de responsabilidade contratual e extracontratual.

Todavia, o antigo entendimento do STJ, tratando distintamente os prazos prescricionais para responsabilidade civil oriundo de relação contratual (10 anos) e extracontratual (3 anos) foi retomado em recente julgamento de Embargos de Divergência, no Resp 12.808 25/RJ. Nestes embargos, a Corte voltou à antiga tese (prescrição decenal em responsabilidade civil oriunda de relação contratual). Ou seja, a responsabilidade civil do art. 206, §3º, V do CC refere-se à responsabilidade civil aquiliana.

Foi possível, assim, clarear esta divergência, notando-se que a expressão “reparação civil” diz respeito à responsabilidade civil extracontratual, já que só é reproduzida novamente no título 9 do livro 1º, segundo voto divergente que foi acolhido. Ou seja, o prazo para responsabilidade civil contratual é o prazo geral do Código, de 10 anos, não podendo

aplicar o que leciona o art. 206, §3º, V, pois o prazo previsto neste artigo diz respeito exclusivamente à responsabilidade civil extracontratual.

Nota-se, portanto, que o Código Civil possui maior prazo quando se tratar de hipóteses legais de reparação quando em comparação ao que dispõe o Código de Defesa do Consumidor.

A autora também questiona o fato de o Código de Defesa do Consumidor não possuir um prazo geral para a prescrição, diferente do Código Civil, que aponta um prazo de 10 anos, independente de se tratar de ação real ou pessoal, quando não houver especificação a respeito.

Devido a esta falta de previsão, muitos casos consumeristas acabam por aplicar o que dispõe o CC, todavia, o que tem ocorrido, segundo Fernanda Nunes Barbosa (2018, p. 20) é a supressão, também, do prazo específico previsto no Código Civil, a fim de beneficiar o consumidor com o prazo maior de 10 anos da regra geral.

No que tange às causas que interrompem, suspendem ou impedem a prescrição, não há nenhuma menção expressa no CDC a respeito, o que pode gerar a dúvida acerca da possibilidade de aplicação destas na relação de consumo, todavia, o autor Carlos Eduardo D'elia Salvatori (2013, p. 18) entende que o art. 7º do CDC permeia a possibilidade de aplicação subsidiária do Código Civil. Ele assim entende, pois a aplicação destas causas só traz benefício ao consumidor.

5.4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Guilherme Vieira Geri (2017, p. 25) afirma que os hospitais têm contratado apenas médicos ligados a outras pessoas jurídicas justificando que, dessa forma, eles se beneficiam pagando menores alíquotas tributárias. Por trás disso, está a intenção de suprimir o vínculo empregatício com os médicos, diminuindo suas despesas trabalhistas.

Este fenômeno ficou conhecido como “pejotização”, e Guilherme Geri (2017, p. 25) explica que as instituições hospitalares têm argumentado que não possuem vínculo empregatício com estes profissionais, mas que apenas providenciam o devido espaço e instrumentos para que estes possam exercer sua profissão.

Miguel Kfoury Neto, Fioravante Bizigato Junior e Tiago Rafael de Souza ensinam que o termo pejotização é oriundo da abreviação de PJ (pessoa jurídica). Segundo eles, “[...] o

termo vem sendo utilizado pela doutrina e pelos tribunais para denominar a fraude ao contrato de emprego” (KFOURI NETO, BIZIGATO JUNIOR, SOUZA, 2019, p. 9).

Miguel Kfouri Neto, Fioravante Bizigato Junior e Tiago Rafael de Souza (2019, p. 10) entendem que a pejetização constitui uma espécie de fraude às normas impostas pelo ordenamento, quando comprovada a presença dos requisitos da relação de emprego e a utilização da pessoa jurídica para mascarar esta relação.

Miguel Kfouri Neto, Fioravante Bizigato Junior e Tiago Rafael de Souza (2019, p. 4) trazem um importante ponto na problemática da pejetização, afirmando que, apesar de os hospitais negarem a existência da relação de emprego entre os médicos, devido à ausência de personalidade já que estes atuam como pessoa jurídica, estes são contratados como pessoa jurídica, mas lhes é exigida a personalidade no desenvolvimento de suas tarefas, não podendo se fazer substituir.

Outro aspecto impeditivo trazido pelos autores mencionados acima (2019, p. 8-9) da pejetização entre médicos como forma de terceirização do trabalho é o fato de que esta só se dá numa relação tríplice, envolvendo o tomador do serviço, o prestador e o obreiro, enquanto na pejetização tem-se uma relação bilateral entre obreiro e prestador.

[...] a pessoa jurídica é capaz de direito e deveres na ordem civil, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não têm vínculo. Tal realidade pode ser retirada do art. 45 do Código Civil de 2002, ao dispor que começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. Fala-se em autonomia da pessoa jurídica quanto aos seus membros, o que constava expressamente no art. 20 do Código Civil de 1916 (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 461).

Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves (2014, p. 461) explicam que a pessoa jurídica, por ser uma “entidade” separada da pessoa física, possui autonomia financeira, não devendo o patrimônio pessoal do profissional médico ser atingido em hipóteses de responsabilização antes do esgotamento do patrimônio da PJ, afirmando que a responsabilização nestes casos é sempre subsidiária.

Baseados nisso, os autores (2014, p. 462) explicam que muitas vezes ocorre o desvio dos princípios e fins da PJ, havendo pessoas que se escondem por trás da personalidade jurídica para cometer fraudes e lesar terceiros, o que provoca reações na doutrina e jurisprudência. Eles explicam que, “[...] visando a coibir tais abusos, surgiu no Direito Comparado a figura da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou teoria da penetração. Com isso, alcançam-se pessoas e bens que se escondem dentro de uma pessoa jurídica para fins ilícitos ou abuso, além dos limites do capital social”.

Elizangela da Silva (2007, p. 58) explica que no Brasil existem duas grandes teorias acerca da desconsideração da personalidade jurídica, sendo elas a Teoria Maior e a Teoria Menor.

A autora explica que a Teoria Maior, também denominada de subjetiva, “condiciona-se à ocorrência de fraude ou abuso de direito” (SILVA, 2007, p. 58).

A Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrichi (2004), explica que a teoria subjetiva diz respeito ao desvio de finalidade no uso da pessoa jurídica, implicando a isto “[...] ato intencional (fraude) voltado à produção de dano a terceiros ou violação à lei”.

Outra diferenciação destacada por Elizangela da Silva (2007, p. 59) diz respeito ao fato de que por ser uma teoria baseada na subjetividade, existe uma certa liberdade do juiz ao aplicá-la, o que a diferencia da teoria Menor, onde praticamente não se discute subjetividade.

Na contramão, a Ministra (2004) explica que a Teoria Menor (ou teoria objetiva) trata da aplicação da desconsideração somente quando comprovada a confusão patrimonial, não sendo necessária a comprovação da intenção fraudulenta.

Elizangela da Silva explica que a Teoria Menor é comumente utilizada no direito do consumidor, incidindo com “[...] a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial” (SILVA, 2007, p. 60).

Elizangela (2007, p. 64) segue explicando que é faculdade do juiz desconsiderar a personalidade jurídica, todavia, restando comprovada o prejuízo do consumidor, esta faculdade torna-se dever, observando-se o que dispõe o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, já que este enumera as hipóteses de desconsideração.

Dispõe o §5º do art. 28 que se desconsidera a personalidade jurídica sempre que esta se tornar obstáculo ao ressarcimento do prejuízo causado aos consumidores.

Flávio Tartuce (2014, p. 465) argumenta a importância de saber distinguir a desconsideração (art. 51, CC) com a despersonalização da pessoa jurídica, enquanto no primeiro instituto a desconsideração limita-se à “[...] regra pela qual a pessoa jurídica tem a existência distinta de seus membros”, na despersonalização o caráter é definitivo, dissolvendo ou extinguindo a pessoa jurídica.

Em 2019 foi promulgada a Lei 13.874, com o intuito de facilitar a abertura de novas empresas diante da constatação do aumento da taxa de desemprego e de como as diretrizes brasileiras são burocráticas. o dispositivo jurídico mais afetado com esta promulgação foi o Código Civil, tendo a criação do artigo 49-A, que agora adota a Teoria Maior para a desconsideração da personalidade jurídica, reforçando a ideia de que “[...] o patrimônio das pessoas jurídicas não se confunde com o de seus sócios” (EFING, 2020, p. 9-10). Outra modificação diz respeito ao art. 50 do referido diploma legal, ao detalhar o que é desvio de finalidade e confusão patrimonial.

Antônio Carlos Efig (2020, p. 20) critica a mudança trazida pela Lei 13.874/19, entendendo que a partir do momento em que se exige não só a comprovação da lesão, mas também o requerimento da parte, está se dificultando a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Todavia, esta mudança ocorreu no Código Civil (gerando mais segurança ao empreendedor em relação ao risco de seu negócio), não alterando o que dispõe o artigo 28 do CDC.

6 A INAPLICABILIDADE DO CDC NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Apesar da doutrina e jurisprudência terem se contentado com a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para a relação médico-paciente, é preciso compreender a necessidade de um sistema organizado e específico que trate das especificidades desta relação, a fim de conquistar uma maior segurança jurídica, não só para os médicos, mas para os pacientes, que conquistariam maior amparo para contestar seus direitos quando violados.

Portanto, é necessário compreender quais as incompatibilidades inseridas no CDC com a atividade médica, para então analisar qual o dispositivo mais pertinente para regular a relação médico-paciente.

6.1 PECULIARIDADES DO CDC INCOMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO DA MEDICINA

Em que pese muitos autores concordem com a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor perante a atividade médica, este instrumento normativo detém inúmeras normas incompatíveis com o exercício da profissão.

O Código de Defesa do Consumidor consegue cumprir seu papel de protetor do elo mais vulnerável dentro da relação consumerista, e quando esta efetivamente existe, não há dúvidas de que este instrumento legal é mais que suficiente para suprir quaisquer demandas. Entretanto, quando a relação jurídica em destaque não coaduna com tal relação, este Código acaba por tornar-se insuficiente, vez que prega algumas práticas incompatíveis com a hipótese tratada.

No que tange à relação médico-paciente, relação esta que engloba não só possíveis demandas contenciosas, mas diversas situações cotidianas inerentes à profissão, tais como as discutidas no âmbito da bioética, o Código de Defesa do Consumidor possui inúmeros dispositivos que vão de encontro com o regulado pelos ditames ético-profissionais dos médicos.

Alessandro Timbó Nilo (2109, p. 167-168), grande defensor da inaplicabilidade do CDC, brilhantemente segmenta vários pontos do Código de Defesa do Consumidor que não coadunam com o exercício da medicina, comparando-os com legislações específicas, demonstrando a inviabilidade da aplicação do dispositivo consumerista.

Utiliza-se aqui, então, como referência, os pontos questionados na tabela criada pelo autor para demonstrar estas incongruências.

Normas da deontologia médica incompatíveis com o regime consumerista

A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.	Princípio fundamental nº XX do Código de Ética Médica (CEM- Resolução 2.217/2018)
É vedado ao médico o exercício mercantilista da medicina.	Art. 58 do CEM
É vedado ao médico fazer publicidade de sua atividade, como qualquer outro comerciante.	Art. 111; 112; e 116 do CEM
É vedado ao médico, utilizando qualquer meio de divulgação leiga, prestar informações, dar entrevistas e publicar artigos versando sobre assuntos médicos de fins estritamente educativos.	Art. 8º da Resolução CFM nº 1.974/2011
É vedado ao médico a autopromoção, entendida como a utilização de entrevistas, informações ao público e publicações de artigos com forma ou intenção de auferir lucros de qualquer espécie.	Art. 9º, §1º, “d”, da Resolução CFM nº 1.974/2011
É vedado ao médico estabelecer vínculo de qualquer natureza com empresas que anunciam ou comercializam planos de financiamento, cartões de desconto ¹ ou consórcios para procedimentos médicos.	Art. 72 do CEM
É vedado ao médico a utilização das fotografias do “antes e depois”.	Art. 13, §3º c/c do art. 3º, g, ambos da Resolução CFM nº 1.974/2011

¹ Importante ressaltar que, quanto aos “cartões de desconto”, atualmente estes não são mais vedados na prática médica, vez que o CEM foi alterado após o autor elaborar tais quadros.

Até mesmo a publicação nas redes sociais dos pacientes ou de terceiros, de modo reiterado e/ou sistemático, de imagens mostrando o “antes e depois” ou de elogios a técnicas e resultados de procedimentos nas mídias sociais deve ser investigada pelos Conselhos Regionais de Medicina.	Art. 13, §4º da Resolução CFM nº 1.974/2011
É vedado ao médico anunciar especialidades médicas ainda não reconhecidas pelo CFM.	Art. 9º, “b”, da Resolução CFM nº 1.974/2011 e art. 113 da Resolução nº 2.217/2018
Vedação ao anúncio de especialidades que não tenham o devido reconhecimento científico.	Resolução CFM nº 2.149/2016
O médico deve trabalhar até de graça, em determinados casos, mesmo de forma contrária à sua própria vontade, por imposição do ofício – o que não encontra paralelo em qualquer fornecedor mercantil-.	Art. 33 do CEM

Dispositivos consumeristas incompatíveis com a atividade médica e com o próprio ordenamento jurídico (Código Penal)

O CDC considera prática abusiva executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor (art. 39, VI, do CDC).	Incompatível com a atividade médica em uma série de situações, podendo, inclusive, ser enquadrado como crime pelo Código Penal (art. 135-A). destaque-se que no contrato de tratamento há a figura do privilégio terapêutico.
O CDC considera prática abusiva do fornecedor deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério (art. 39, XII).	Da mesma forma que o dispositivo anterior, é incompatível com a atividade médica em uma série de situações em função do privilégio terapêutico.

<p>O CDC considera ilegal permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo (art. 39, XIV).</p>	<p>Incompatível com a realidade material das emergências dos hospitais públicos (e até mesmo privados) no Brasil.</p>
<p>O CDC considera completa nulas cláusulas contratuais que excluam ou mesmo atenuem o dever de indenizar em caso de dano (art. 51, I).</p>	<p>Incompatível com a medicina que é necessariamente iatrogênica e que, ontologicamente, já trabalha com um dano instalado no paciente.</p>
<p>O CDC é um diploma lastreado na teoria do risco, que visa a responsabilização objetiva dos fornecedores, não sendo adequado para a apreciação de atividades eminentemente sujeitas à teoria da culpa, nas quais a conduta do demandado deve ser necessariamente analisada.</p>	<p>A atividade médica é incompatível tanto com o risco criado (natureza da própria medicina), quanto com o risco proveito (pela hierarquia dos objetos).</p>

Por questões de logística, não será feita a análise individual de cada item mencionado acima, levando-se a cabo uma análise dos dispositivos entendidos como mais relevantes para o trabalho em questão.

Observa-se que no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, o constituinte preocupou-se em elencar inúmeras práticas consideradas abusivas por parte dos fornecedores, todavia, quando aplicadas ao ambiente médico, nota-se que estas são incompatíveis com a realidade material da profissão.

Três incisos em especial merecem maior destaque. O primeiro deles é o inciso VI, no qual se considera abusiva a execução de serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor. É sabido, todavia, que num ambiente de emergência, por exemplo, torna-se muito difícil manter esta premissa.

Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 168) inclusive atesta que, um médico que prioriza a sua atenção num dispositivo como este ao invés de prestar assistência a seu paciente, corre o risco de praticar crime previsto no art. 135-A do Código Penal, destacando que em figuras como o Contrato de Tratamento (que será devidamente abordado mais à frente) teriam proteção diante do chamado *privilégio terapêutico*.

Outra prática abusiva que merece ser destacada é a prevista no inciso XII, que trata da ausência de estipulação de um prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério. Esta é uma problemática que muito envolve o fato de o médico ser o detentor do conhecimento técnico da relação, vez que ele é a parte qualificada para determinar não somente quais as possibilidades de tratamento, mas também o momento correto de aplicá-las.

Outra situação elencada neste inciso diz respeito à não estipulação de prazo para o cumprimento da obrigação, mas é sabido que a Medicina, apesar de se tratar de uma ciência, ainda é muito inexata, não havendo um padrão para o tempo de “cura”, logo, torna-se inviável o respeito de uma cláusula como esta. Novamente, Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 168) explica que a figura do privilégio terapêutico abarcaria esta hipótese.

Por fim, cabe tratar o disposto pelo inciso XIV, no qual seria ilegal permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo. Este inciso mostra-se claramente impraticável dentro da Medicina vista hoje em dia no Brasil, onde os leitos de hospitais encontram-se lotados. Mais relevante que isso, entretanto, é dizer que este é um problema administrativo dos hospitais, não em específico dos médicos profissionais liberais (foco desta pesquisa).

O autor Gustavo Montibeller (2005, p. 44) critica a atual situação do sistema de saúde, afirmando que este não mais consegue atender à demanda que recebe, admitindo a importância das empresas privadas na saúde suplementar. Tome-se, a título de exemplo, a situação dos leitos de hospitais com o cenário do novo COVID-19 e a importância de um sistema privado de saúde suplementar funcionando como suporte, aliado ao fato de que os médicos atuantes não devem ser responsabilizados pelo grande percentual de óbitos ocorridos, visto que estão atuando dentro dos limites da atual medicina, excetuando-se, por óbvio, os casos de comprovada negligência, imperícia ou imprudência na prática médica.

6.2 ATO MÉDICO: ANALOGIA COM O REGIME DOS ADVOGADOS

A relação médico-paciente muito se assemelha à relação do advogado e seu cliente, considerando que, numa análise objetiva, também seria possível visualizar o cliente na posição de consumidor e o advogado como um fornecedor de serviço intelectual, como

lecionam Elaine Cristina Saraiva e Wallison dos Santos Oliveira (2010, p. 15). É possível notar, contudo, que seus tratamentos jurídicos não são tão similares assim.

Enquanto a relação médico-paciente é vista como consumerista, a relação do advogado e seu cliente já deu passos largos no caminho da emancipação, tendo sua relação reconhecida como contratual. Isto se dá pelo fato dos advogados possuírem legislação específica (Lei 8.906/94) com *status* semelhante ao do Código de Defesa do Consumidor, prevalecendo por conta do princípio da especialidade, o que ainda não ocorre com os médicos. A Lei Federal 8.906/94 dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), além do Código de Ética e Disciplina da OAB.

Numa análise comparativa dos regimentos jurídicos do médico e do advogado, os autores Pedro Henrique Marangoni, Rafael Guimarães Ribeiro e Luiz Roberto Prandi (2020, p. 4) atestam que o médico possui uma supremacia no âmbito da saúde, condicionando-se apenas à vontade do paciente, que lhes impede de atuar discricionariamente, concluindo que a vontade do paciente prevalece sobre a vontade do médico.

Os autores Pedro Henrique Marangoni, Rafael Guimarães Ribeiro e Luiz Roberto Prandi (2020, p. 7) entendem que o fim principal do advogado não pode ser o bem estar de seu cliente, tendo em vista que a vitória de um implica na obrigação de outro, ou seja, sua atuação interfere na vida de terceiros, diferente da relação do médico e seu paciente, que implica em consequências apenas entre si.

A relação do advogado e seu cliente consubstancia uma relação que, necessariamente, implicará em consequências para terceiros, devendo ter como objeto principal, a prestação de um serviço baseado na satisfação do cliente, mas sempre com intuito maior de serviço público (no sentido de obediência à hierarquia dos institutos). Já no que tange à relação médico-paciente, esta é mais “íntima”, vinculada quase que integralmente ao que deseja o paciente, preservando sua autonomia.

Apesar das diferenças, ambas as relações devem lealdade à prática lícita da atividade, não devendo a vontade do cliente ou paciente subverter a ordem legal.

Na análise do Código de Ética Médica (2018), os autores Pedro Henrique Marangoni, Rafael Guimarães Ribeiro e Luiz Roberto Prandi (2020, p. 4) observam o rigoroso posicionamento do legislador no que tange a demonstrar o receio de que a Medicina seja desvalorizada ou desprestigiada, não se reconhecendo esta como uma relação de consumo, sendo assim veementemente repreendido nos dispositivos IX, X e XX do Capítulo I do referido Código, apesar de reconhecerem que se trata apenas de princípios, não podendo

sobrepôr o que têm entendido a doutrina e jurisprudência majoritária a respeito do aspecto consumerista da relação.

Diferente do Código de Ética Médica, a Lei 9.806/94 que regula o regime jurídico dos advogados, deve ser respeitada juridicamente, já que possui caráter federal, não servindo apenas como uma forma de conselho, como entendem Pedro Henrique Marangoni, Rafael Guimarães Ribeiro e Luiz Roberto Prandi (2020, p. 7). Eles ainda enfatizam que a referida lei passou por todos os ditames processuais necessários para sua aprovação, diferente do Código de Ética Médica, que foi feito exclusivamente pelo Conselho Federal de Medicina. A Lei do Ato Médico, apesar de ser uma lei formalmente “correta”, não foi capaz de tratar da relação médico-paciente da forma necessária (como será trabalhado mais adiante) e, portanto, não supre a necessidade de uma legislação específica.

Importa aqui tratar da importância da existência de uma lei federal específica tratando da relação médica. Veja-se que, no exercício da advocacia, afasta-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, não somente pelo fato de sua profissão ser de cunho público e não mercantil, mas pelo fato de haver a Lei 8.906/94, lei federal e específica que, como tratado anteriormente, deve ser priorizada.

Autores como Kelly Cristina Salgarelli (2019, p.1), citada pelos autores Pedro Henrique Marangoni, Rafael Guimarães Ribeiro e Luiz Roberto Prandi (2020, p. 9) tratam do tema de forma bem clara:

[...] o mercantilismo é ausente nas atividades profissionais do advogado. Ademais, esta constitui um *múmus público* regulado por lei especial. [...] o exercício da advocacia é claramente regulado pela lei 8.906/94, que disciplina todo e qualquer procedimento, postura ético-profissional, assim como sanções ao inadequado exercício da profissão.

Os autores Pedro Henrique Marangoni, Rafael Guimarães Ribeiro e Luiz Roberto Prandi (2020, p. 10) ainda apresentam diversas práticas médicas que coadunam com práticas do advogado, restando claras suas semelhanças, mesmo que estas não sejam as mesmas no âmbito jurídico. Uma grande similitude entre as duas profissões se encontra na publicidade, os autores mostram que ambos devem prezar por sua imagem, sendo vedada sua aparição na mídia com outro intuito que não seja exclusivamente de esclarecimento, educação ou instrução da sociedade, devendo evitar a autopromoção quando destas aparições, sendo ambas práticas opostas a de um fornecedor de serviços.

Eles (2020, p. 11) também trazem que é vedado, tanto ao médico quanto ao advogado, o exercício mercantilista da carreira, ou seja, a atuação meramente preocupada com o enriquecimento, não priorizando o objetivo principal da profissão.

Outra prática vedada aos médicos é o oferecimento de seus serviços como prêmio, a exemplo da venda de rifas ou sorteio de algum tipo de procedimento.

Aplica-se, também, como explicam os autores Pedro Henrique Marangoni, Rafael Guimarães Ribeiro e Luiz Roberto Prandi (2020, p. 12) aos advogados, a obrigação de meio, não sendo eles, em regra, responsáveis pelo sucesso da causa, mas sim pelo emprego de esforço e conhecimento jurídico necessários para atingir o resultado desejado.

O autor Caio Nunes de Lira Braga (2016, p. 20) explica que a obrigação do advogado é de meio, assim como a dos médicos, pois este precisa agir com diligência, perícia, prudência e presteza, devendo estar sempre atento aos prazos e recursos processuais, considerando toda matéria pertinente à pretensão daquele que contrata seus serviços.

Em 2013 promulgou-se a Lei do ato médico (Lei nº 12.842/13), com o fim de conceituar qual seria o espectro de atuação do profissional médico, no entanto, ela não foi muito bem recebida na comunidade médica por diversas razões que serão analisadas a seguir, além do fato de que não serve para suprir a falta de legislação específica que tem sido tratada neste capítulo.

O autor Marcelo M. Nicaretta (2010, p. 3) explica que o projeto original, submetido ao senado no ano de 2002 visava apenas “[...] diferenciar campos de trabalho e estabelecer diretrizes gerais para a medicina”, no entanto, passou por mudanças tais que acabou por se tornar uma lista de procedimentos privativos dos médicos que tem sido altamente criticada, pois muitos dos procedimentos elencados não são da competência técnico-científica destes.

Mayco Moraes Nunes (2017, p. 81) afirma que, com o decorrer das discussões, a abrangência da lei foi estendida, passando da definição do ato médico para a regulamentação da medicina, sendo fortemente criticada pelo seu aspecto invasivo a outras corporações profissionais.

O autor português João Carlos Gralheiro conceitua ato médico como “[...] atividade médica de diagnóstico, prognóstico e prescrição, e execução de medidas terapêuticas, relativa à saúde das pessoas, grupos ou comunidades, em conformidade com a ética e a Deontologia médicas” (GRALHEIRO, 2014/2015, p. 47).

A partir de 2003 inúmeros foram os julgados do STJ no sentido de afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor, em especial, cabe citar o Recurso Especial nº 532.377/RJ de 2003, afirmando que o §2º do art. 3º do CDC não se aplica aos advogados, pois “não há relação de consumo nos serviços prestados por advogados, **seja por incidência de norma específica, no caso da Lei nº 8.906/94**, seja por não ser atividade fornecida no mercado de consumo”.

Nota-se, portanto, que ainda que o exercício da profissão do advogado se enquadre como prestação de serviço, este não será regulamentado pelo CDC tendo em vista a incidência de norma específica.

Percebe-se, também, a afirmação de que a prestação de serviços advocatícios não é fornecida no mercado de consumo, e isto deve-se ao fato de que as prerrogativas da função, tais como proibição de publicidade, são de natureza incompatível com a atividade de consumo.

Diferente do regime dos advogados, muitos são os julgados que reconhecem a atividade médica como de consumo, apesar das semelhanças com a atividade do advogado, e isto relaciona-se ao fato da inexistência de norma específica, considerando que as prerrogativas da função também são incompatíveis com o regime consumerista.

Neste sentido, tem-se os Resp's nº 986.648/PR e 605.435/RJ reconhecendo a responsabilidade subjetiva do médico profissional liberal, porém sem afastar a incidência do CDC, reconhecendo-os como fornecedores de serviço.

Portanto, apesar de bastante semelhante à relação do advogado e seu cliente, a relação médico-paciente ainda tem muito que conquistar. Sem uma lei federal específica que trate do tema de forma completa, abraçando sua interdisciplinaridade, não será possível descartar o inadequado uso do Código de Defesa do Consumidor pela doutrina e jurisprudência majoritárias, pois os dispositivos esparsos encontrados na deontologia médica e no Código Civil não têm sido reconhecidos como adequados para solução de litígios processuais desta seara.

6.3 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE

Os autores Roberto Augusto de Carvalho Campos e Andréia Cristina Scapin concordam que, embora a doutrina majoritária entenda pela relação de consumo, a atividade

médica não pode ser entendida simplesmente como uma prestação de serviços como outra qualquer, considerando que o dever do médico “[...] vai muito além da obrigação de atender o paciente em contrapartida do recebimento dos honorários profissionais” (CAMPOS; SCAPIN, 2013, p. 9).

Desta forma, eles (2013, p. 9) reconhecem a importância de classificar corretamente a natureza jurídica desta relação, vez que é o que definirá se aplica-se ou não o Código de Defesa do Consumidor, sendo ele um código extremamente protecionista ao consumidor e que, portanto, implicaria numa maior dificuldade para a classe médica.

Alessandro Timbó Nilo e Mônica Neves Aguiar da Silva (2019, p. 18) esclarecem a necessidade de um sistema jurídico que trate do “Direito Médico” de forma não só a tratar dos problemas contenciosos, mas também numa perspectiva preventiva, através de “[...] ferramentas e parâmetros adequados para que as partes desenvolvam sua relação da maneira mais harmoniosa possível, estabelecendo direitos e deveres de forma clara”. Afirmam eles que hoje em dia os tribunais têm preenchido a lacuna normativa enquadrando inadequadamente a relação do médico e paciente no diploma consumerista.

Os autores (2019, p. 19) acreditam que a intenção de enquadrar a relação médico-paciente como consumerista é correta (proteger o paciente de sua vulnerabilidade), no entanto, inadequada, vez que reduz “[...] a saúde do paciente a uma simples mercadoria”. Ressaltam a necessidade de construção de uma nova Teoria Geral feita sob medida, levando em consideração as especificidades da relação, buscando uma unidade temática.

Reconhecer a vulnerabilidade do paciente diante do médico é louvável, entretanto, aplicar um instituto jurídico que preza esta proteção sem cuidar das especificidades da relação médico-paciente não parece acertado. Faz-se, assim, necessária a criação de um sistema jurídico único e específico que trate da interdisciplinaridade exigida na relação.

Os autores Roberto Augusto de Carvalho Campos e Andréia Cristina Scapin (2013, p. 10) também admitem que não há controvérsias a respeito da aplicabilidade do CDC no que se trata das sociedades empresárias, tais como hospitais, clínicas, laboratórios, dentre outros, já que nestes casos resta evidente o intuito lucrativo das instituições, assim como o domínio dos fatores de produção e técnica, além da condição de fragilidade do consumidor.

Lembram os autores (2013, p. 10) que, nesta hipótese, aplica-se a responsabilidade objetiva, prevista no art. 14 do CDC. Isto no que tange ao dever de hospedagem, pois no que diz respeito ao dever de assistência médica *strictu sensu*, existe muita controvérsia, inclusive no STJ.

Essa discussão dá-se pelo fato de que o dever de hospedagem é inerente ao hospital, não possuindo relação com os serviços médicos prestados, enquanto o dever de assistência desenvolve-se a partir da atividade médica, devendo ser analisada a partir da culpa (ou não) do profissional médico.

Muitos julgados, a exemplo do AgInt no AResp nº 883891/PB argumentam que, tendo falha na prestação do serviços médico-hospitalares dentro das dependências do hospital, configura-se responsabilidade objetiva. Por outro lado, julgados como o Recurso de Apelação nº 0078519-02.2006.8.11.0000. Veja-se:

RECURSO DE APELAÇÃO- AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS- ERRO MÉDICO- PERDA PARCIAL DE MOVIMENTO DO BRAÇO- RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO HOSPITAL E DO MÉDICO- NÃO- DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE-- APELO IMPROVIDO. A responsabilidade do estabelecimento hospitalar será objetiva, nos termos do art. 14 do CDC, somente quando relacionada com a prestação dos serviços de sua atividade empresarial típica, verbi gratia, instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem e exames). Já quando concernente aos serviços técnico-profissionais do médico contratado ou convencionado, sua responsabilidade será subjetiva, fazendo-se imprescindível a demonstração da conduta culposa. Precedentes do STJ. Descurando-se o Recorrente de apontar no que consistia, com exatidão, a conduta culposa dos Recorridos, bem como não havendo de sua pretensão indenizatória.

(TJ-MT-APL: 00785190220068110000 MT, Relator: MÁRCIO VIDAL, Data de Julgamento: 29/01/2007, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Data de Publicação: 07/02/2007)

Os autores Roberto Augusto de Carvalho Campos e Andréia Cristina Scapin atentam ao fato de que o profissional médico que atua por sua própria conta, apesar de possuir o domínio técnico, não é economicamente superior ao consumidor, acreditando que “[...] a concessão de prerrogativas em seu desfavor irá proporcionar o desequilíbrio na relação jurídica e não equilibrá-la, contrariando o princípio da igualdade” (CAMPOS; SCAPIN, 2013, p. 19).

Importante analisar se a natureza jurídica da relação médico paciente é contratual ou extracontratual. O autor Márcio Roberto Harger (p. 3-8) faz um apanhado doutrinário a fim de entender qual seria esta.

Entende-se que, de forma natural, a relação médico-paciente é contratual, já que compõe todos os elementos exigidos pelo art. 82 do Código Civil, quais sejam: capacidade, licitude e manifestação de vontade. Todavia, alguns autores como Maria Helena Diniz (1993, p. 457) e Miguel Kfoury Neto (1998, p. 58) compreendem que, em alguns casos, ocorrerá uma

relação extracontratual, como nas emergências, quando o médico precisa tratar do paciente que se encontra desacordado.

É importante saber classificar qual a natureza jurídica da relação médico-paciente pois isto implica em aplicação de diferentes diplomas legais. A maioria da doutrina entende que se deve aplicar o Código de Defesa do Consumidor quando a relação é contratual, pois o médico estaria prestando um serviço ao paciente, que se configura como consumidor. Já no que tange a relações como as recorrentes em emergências hospitalares, a relação seria extracontratual e se aplicaria o Código Civil.

O autor Márcio Roberto Harger (p. 11) explica que quando identificada a relação contratual entre médico e paciente, esta deve ser regida através da Lei 8.078/90 (CDC), vez que trata dos serviços de forma contratual. Por outra via, se inexistir qualquer requisito do artigo 82 do Código Civil, esta será uma relação extracontratual, não sendo, assim, possível aplicar o CDC.

O autor (p. 12) explica que a vítima de erro médico numa relação extracontratual não ficará sem amparo legal, vez que sempre estará a seu dispor o artigo 951 do Código Civil, todavia, o magistrado poderá se utilizar dos benefícios oferecidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Márcio Harger (p. 12) faz menção às diferentes situações na qual médico e paciente podem se situar, na qual o paciente procura o estabelecimento no qual o médico oferece seus serviços. Ele explica que na hipótese de o paciente ter procurado o estabelecimento em si, estabelece-se uma relação contratual deste com a pessoa jurídica, e não com o profissional de saúde. Nesta hipótese, Harger explica que se o médico incorrer em erro, tratar-se-á de relação extracontratual, portanto, regida pelo Código Civil, enquanto a instituição (pessoa jurídica) responderá através dos ditames consumeristas.

Diversamente ocorreria se o médico utiliza-se do hospital apenas para desempenhar sua função, quando o paciente se dirige ao local à sua procura. Neste caso, Márcio Harger (p. 12) explica que haverá um vínculo direto entre o médico e paciente, gerando uma relação contratual e, portanto, consumerista.

A aplicação do CDC parece equivocada. Existem alguns contratos pelo mundo que cuidam de regular a relação médico-paciente de forma mais adequada.

O autor português Paulo Jorge Ferreira Rosa (2013, p. 10) apresenta a figura do contrato de prestação de serviços médicos, incluso na categoria de contratos de prestação de serviços.

O autor explica que o contrato de prestação de serviços abarca três espécies, quais sejam: o depósito, a empreitada e o mandato. Excluindo, naturalmente, o contrato de depósito, Paulo Rosa explica que o contrato de serviços médicos não poderia se enquadrar como mandato pois este tipo de contrato caracteriza-se por constituir uma obrigação de realizar atos jurídicos, enquanto a atividade médica se trata de atividade intelectual, “[...] independentemente dos actos jurídicos que possam ser praticados na execução do acto médico” (ROSA, 2013, p. 10).

O autor (2013, p. 10) compreende ser incompatível classificar o contrato de serviços médicos como de empreitada, já que este consiste na transformação e/ou produção de uma *coisa*, enquanto o serviço médico consiste na transformação no corpo humano.

João Carlos Gralheiro (2014/2015, p. 27) entende que, na medida em que houver suficiência analógica, pode-se recorrer às normas dos contratos de empreitada e mandato.

O autor português João Carlos Gralheiro (2014/2015, p. 27) explica que, sendo contratual a fonte da relação jurídica do médico e seu paciente, é necessário se atentar para a presença dos elementos básicos de validade, quais sejam: *capacidade das partes, declaração de vontade e objeto físico e legalmente possível*.

Tendo excluído os três tipos contratuais típicos desta modalidade, o autor Paulo Rosa entende se tratar de um contrato autônomo de prestação de serviços médicos de natureza *sui generis*. Ele complementa ao dizer que, apesar deste tipo contratual não estar previsto no ordenamento jurídico Português, não deixa de ser um contrato típico, “[...] na justa medida em que a sua tipicidade resulta não da lei, mas do simples facto da sua existência na sociedade enquanto categoria jurídica autónoma (sic)” (ROSA, 2013, p. 11).

João Carlos Gralheiro (2014/2105, p. 40) concorda com esta visão, afirmando que o contrato celebrado entre médico e paciente precisará se submeter às regras genéricas do contrato de prestação de serviços, mas que consiste numa subespécie que, apesar de não receber tratamento legal específico, consiste num tipo social nominado.

Importa destacar que o referido contrato, além de nominado e típico, é, também, de natureza consensual/não formal, considerando que a maioria das ações entre médico e paciente ocorrem de forma oral (ROSA, 2013, p. 11).

No que tange à onerosidade do contrato, Paulo Rosa (2013, p. 12) afirma que se aplicará supletivamente as regras do contrato de mandato, no qual se presume a onerosidade do serviço. Todavia, destaca-se a possibilidade do serviço ser gratuito, reforçando que este não será necessariamente oneroso.

Trata-se de contrato bilateral, vez que impõe obrigações a ambas as figuras negociais. Do lado médico, tem-se, necessariamente, o dever de tratamento (que caracteriza o contrato), e do lado do paciente, tem-se não somente a obrigação de pagar pelo serviço requerido (como já foi abordado na onerosidade), mas também a necessidade de cooperação durante o tratamento.

Outra característica fundamental deste contrato é sua natureza *intuitu personae*, que, na visão de Paulo Rosa (2013, p. 12), caracteriza-se pelo caráter personalíssimo da prestação do serviço médico, baseado na relação de confiança entre médico e paciente.

João Carlos Gralheiro enfatiza a necessidade do médico se atentar para o dever de atender o paciente, prestando-lhe os melhores cuidados a seu alcance, “[...] agindo com correção e delicadeza no cumprimento da *legis artis* e no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida no pleno respeito pela dignidade do Ser humano” (GRALHEIRO, 2014/2015, p. 45).

A autora Helga Fabíola Vagueiro da Fonseca Farela (2015, p. 28) apresenta a figura do contrato de tratamento, oriundo do Código Alemão, uma espécie contratual que dispõe acerca do tratamento médico, mas não apenas dele, e sim todo contrato que altere ou afete a condição física e mental de outrem.

Mônica Neves Aguiar da Silva e Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 19) concordam que “[...] Codificar o contrato de tratamento, dentro do Código Civil, fortaleceria a informação para o paciente”, embasando-se na responsabilidade civil do médico e promovendo uma cultura de prevenção de erros e buscando um envolvimento do paciente.

Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 122) lembra que o contrato de tratamento surgiu na Alemanha na tentativa de unificar as normas a respeito do tema, já que antes estas eram esparsas, buscou-se, também, ser um instrumento de referência no que tange à especificidade, já que a ausência de trato específico configurava uma dificuldade, sobretudo ao paciente, no conhecimento de seus direitos e deveres, para que assim, eles possam reivindicar seus direitos quando violados. Além disso, o contrato de tratamento alemão representou um avanço para transparência e segurança jurídica, já que antes havia uma lacuna.

Desta forma, Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 122-123) compreende que, ao estabelecer regras específicas, há um benefício para ambas as partes, paciente e médico, prevenindo futuros litígios e contribuindo para uma melhor relação, além de oferecer parâmetros adequados de solução de futuras demandas.

O contrato de tratamento é importante pois cuidou de estabelecer parâmetros decisivos para uma relação segura e mais transparente, sendo um instrumento bastante inteirado nas diretrizes bioéticas.

Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 123) explica que o contrato formalizou estas premissas em suma, definindo informações básicas a serem fornecidas aos pacientes, estabelecendo a obrigação do médico de documentar devidamente o tratamento, no direito do paciente de acesso a seus registros médicos e a inversão do ônus da prova.

Note-se que o contrato de tratamento cuida de incluir diretrizes que determinam uma relação mais segura e transparente, além de admitir que o paciente é figura vulnerável nessa relação, não esquecendo de incluir mecanismos facilitadores de sua defesa, assim como o CDC faz com os consumidores.

O autor Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 123) disserta que, apesar da necessidade de sistematização e de estabelecimento de um regime jurídico mais aprofundado acerca do contrato de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro, já existem dispositivos correspondentes presentes no Código Civil e na deontologia médica, mas não no CDC.

O primeiro dispositivo do código de tratamento cuida de diferenciá-lo dos contratos de prestação de serviço em geral, obedecendo restrições distintas e específicas. Neste sentido, Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 123) demonstra que, de forma semelhante, os artigos 15 e 951 do Código Civil brasileiro dispõem das características básicas do contrato de tratamento, diferenciando-o dos demais.

Helga Farela (2015, p. 28-34) destrincha os elementos do contrato de tratamento, mostrando que há uma preocupação com a transparência ao paciente no que tange às possibilidades de tratamento (as inovadoras e as clássicas), assim como há uma grande preocupação no que se refere à garantia do consentimento esclarecido deste, a fim de assegurar ao paciente sua autonomia.

Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 124) complementa afirmando que cabe ao médico oferecer o tratamento acordado com o paciente, destacando a importância do consentimento livre e esclarecido.

A autora (2015, p. 33-35) explica que o consentimento é requisito necessário na relação médico paciente, mas que o contrato de tratamento reconhece que existirão algumas exceções, tais quais a situação na qual o paciente é incapaz de consentir, seja por motivos de inconsciência ou por situações de emergência, onde o médico deverá observar se trata-se de uma hipótese de consentimento presumido, assim como há a possibilidade do paciente exigir não saber de seu tratamento.

Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 126) ressalta que o importante consentimento esclarecido não se encontra previsto no CDC, todavia, o CC (art. 15) e a deontologia médica (arts. 13, 22, 24, 31 e 34 do CEM, além da Recomendação CFM 01 de 2016) tratam de discipliná-lo.

Outro ponto interessante é o parâmetro de “médico médio” estabelecido pelo contrato de tratamento, devendo o médico se basear na decisão que qualquer especialista médio tomaria. Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 124) demonstra que, no Código Civil, o correspondente à essa disposição encontra-se não só nos já mencionados artigos 15 e 951 do CC, mas também no art 2º da Lei 12.842/12 (Lei do ato médico, tratada anteriormente), além do princípio fundamental XX, arts. 1º, 58, 59, 68, 69 e 72, todos da Resolução do CEM 2.217/18 (Código de Ética Médica).

Importante destacar que o dever de informação não é unicamente do médico, pois cabe ao paciente colaborar com o tratamento sendo transparente a respeito de seu histórico, mostrando-se verdadeiro, preciso e tempestivo, a fim de auxiliar o médico “[...] no esforço diagnóstico e na conduta terapêutica” (NILO, 2019, p. 125).

O contrato de tratamento alemão, em seu artigo 630f, esclarecido por Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 128), não deixou de disciplinar a importância da documentação contemporânea do prontuário médico, estabelecendo que correções ou alterações só serão admitidas caso se identifique a superveniência do fato ocorrido. O autor segue explicando que as prescrições médicas devem constar nos registros do paciente, e esses registros devem ser guardados por um período de 10 anos após a conclusão do tratamento.

No Brasil, a Resolução 1.181/07, art. 8º do CFM estabelece um período de 20 anos de guarda das informações registradas dos pacientes (prontuários) quando estiverem em papel.

O contrato de tratamento alemão muito respeita a autonomia do paciente. Em seu artigo 630g, permite que o paciente tenha acesso a seus registros médicos a qualquer momento, dando, inclusive, direito aos herdeiros deste de acessarem os registros no caso de

falecimento. Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 129) explica que este direito só não se transmitirá aos herdeiros caso o paciente tenha declarado sua vontade explícita ou presumida de não permitir o acesso, respeitando a autonomia da vontade do paciente sobre seus dados pessoais.

Cumprindo a praxe de demonstrar disposição semelhante no ordenamento jurídico brasileiro, Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 129) demonstra que o art. 422 do Código Civil disciplina, no que tange aos deveres de informação, o princípio da boa-fé contratual. Apresenta, também, o que dispõe o art. 88 do CEM, que esclarece ser vedado ao médico negar ao paciente, acesso ao prontuário, deixar de fornecer cópia quando solicitada ou deixar de fornecer informações, a não ser que esta possa vir a causar uma piora no quadro clínico do paciente ou de terceiros.

Como já tratado anteriormente, o ônus da prova é um grande fator no momento das discussões em juízo no que tange à relação médico-paciente e, como era de se esperar, o contrato de tratamento alemão não deixou de disciplinar a questão. O artigo 630h cuidou de tratar das situações processuais, entendendo que nem sempre as demandas preventivas serão suficientes. Para isso, estabelece um rol que, na visão de Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 130), é meramente exemplificativo, descrevendo algumas hipóteses na qual o ônus da prova deverá ser invertido.

Percebe-se, assim, que a maioria dos casos elencados serão de responsabilidade do médico, tendo em vista que a produção da prova para ao paciente, regra geral, é diabólica.

A prova diabólica, na lição de Alexandra Lopes de Araújo e Diogo Severino Ramos da Silva (2019, p. 10) se configura quando o ônus de produção de determinada prova implica numa situação na qual torne impossível ou excessivamente oneroso à parte produzi-la.

Abre-se a possibilidade de inversão do ônus, também, quando verificada a verossimilhança da alegação do erro, se assemelhando ao que dispõe o CDC.

Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 132) afirma que no ordenamento jurídico brasileiro não há um dispositivo com “[...] tamanho acerto e apreço específico à relação paciente-médico”, existindo, assim, o que prevê o art. 373, §1º do CPC com a distribuição dinâmica do ônus da prova, na qual o juiz observará as circunstâncias concretas para distribuir o ônus, devendo fazê-lo sempre de forma fundamentada.

Apesar do contrato de tratamento alemão adotar a verossimilhança como requisito para inversão do ônus, Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 133) expõe que esta não se baseia na

hipossuficiência técnica do paciente, pois se assim fosse, a Medicina traduzir-se-ia como uma obrigação de resultado, fato que já foi devidamente contestado, atendendo ao que dispõe o art. 6º, inciso VIII do CDC.

Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 133) esclarece que o desconhecimento técnico do paciente perante o médico (quase) sempre irá existir, como entende o artigo 630, a, 2 (BGB), que confere ao médico a condução técnica do tratamento. Todavia, esse descompasso técnico não tem o condão de desvirtuar a natureza de meio da obrigação médica.

Neste caso, “[...] a verossimilhança deve ser analisada em função da violação de procedimentos ou de condutas médicas normalmente esperadas” (NILO, 2019, p. 133), analisando se o procedimento que normalmente ocorreria sem problemas ocorreu da forma que devia, como entende o BGB.

Analisando o contrato de tratamento germânico, percebe-se a importância do diálogo entre médico e paciente, atribuindo a ambos, deveres e direitos (tendo o médico uma carga maior de responsabilidade). Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 133) acredita que o que separa o contrato de tratamento dos demais contratos de prestação de serviço de massa ou de consumo, é a especialidade da comunicação, que reside num consentimento informado livre e esclarecido.

Ressalta-se a importância da necessária criação no Brasil de um sistema semelhante ao existente na Alemanha para que se assegure uma relação mais transparente e segura juridicamente. Mas, enquanto não existir tal lei específica a respeito da relação médico-paciente, o Código Civil e a deontologia médica (Resoluções do CFM) dispõem de dispositivos correspondentes, sobretudo o Código de Ética Médica.

Fato é que o Código de Defesa do Consumidor não possui uma sistemática adequada para tratar de uma relação tão complexa, cabendo ao legislativo criar um sistema unificado de normas específicas que possam tratar da relação médico-paciente num viés mais preventivo, preocupado com a autonomia do paciente e com a transparência da relação, sem ignorar a necessidade de tratamento processual à questão, como o que foi visto em relação à inversão do ônus da prova.

7 CONCLUSÃO

A relação médico-paciente, diferente da grande maioria, necessita de um cuidado maior no que tange ao acesso à informação. O paciente, como detentor de autonomia, precisa de uma relação transparente para que possa tomar sua decisão.

Diante disso, cumpre afirmar que o Código de Defesa do Consumidor, apesar de sua grande preocupação com a vulnerabilidade do consumidor/paciente, não possui dispositivos que possam tratar de tamanha especificidade, não somente no que tange à tutela individual do vulnerável, que já pôde ser visto como tratada através do Código Civil, mas pelo fato de não ter o espectro específico necessário para englobar todas as peculiaridades da relação.

Foi possível observar neste trabalho a quantidade significativa de normas abusivas descritas no CDC que são incompatíveis com a atividade médica, sendo apenas um dos fatores inibidores da aplicação deste diploma legal.

Muitas foram as tentativas de criação de regramentos jurídicos que pudessem cuidar do tema, entretanto, estas falharam, seja por desvio de sua finalidade maior, como o que ocorreu com a Lei do Ato Médico ou pelo fato de não possuírem *status* legislativo suficiente para suprimir o que regula a Lei 8.078/90.

A relação advogado-cliente, por exemplo, é muito semelhante à do médico-paciente, todavia, esta não é considerada consumerista e foi possível notar que isto se dá pela já consolidação do regime jurídico destes no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta lógica, surgem alternativas, como o Contrato de Prestação de Serviços Médicos Portugêses e o Contrato de Tratamento Alemão.

Estes dispositivos não só admitem a contratualidade da relação, como trazem normas específicas, sendo adequados e transparentes no que tange à necessidade de comunicação que a relação médico-paciente tanto exige.

É necessário compreender que a vulnerabilidade do paciente é um grande fator que deve se observar, mas não o único. A relação envolve práticas preventivas, que proporcionam o bem-estar do paciente e evitam futuros litígios. Entretanto, sabe-se que estes não se extinguiram e, pensando nisso, ambos os contratos também regulam as facilidades processuais necessárias que o paciente deve ter no processo para fins de igualdade.

Portanto, a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor não implica na dificuldade de defesa por parte do paciente, mas sim no reconhecimento de que o médico profissional liberal não possui a mesma superioridade, principalmente processual, em relação a hospitais e clínicas. Não é a toa que o ordenamento jurídico brasileiro como um todo entende pela responsabilidade civil subjetiva destes profissionais.

Apesar de o Código de Defesa do Consumidor muitas vezes apresentar-se como a melhor alternativa numa análise comparada, os contratos aqui apresentados, em específico o de tratamento, são consistentes no que tange à proteção da vulnerabilidade do paciente.

O contrato de tratamento se apresenta como a alternativa mais adequada à relação médico-paciente, pois sua preocupação com o consentimento livre informado e a transparência da relação garantem uma equidade entre as partes que nenhum outro regramento jurídico brasileiro conseguiu alcançar.

Limitar-se a uma análise objetiva da relação de consumo para enquadrar a relação médico-paciente parece irresponsável diante da necessidade de mecanismos que efetivamente comprovem a legítima autonomia do paciente, lhe fornecendo meios alternativos de exercê-la, dando-lhe livre acesso ao prontuário ou lhe transmitindo o poder de decisão no tratamento. Nada disso seria possível baseando-se apenas em normas gerais aplicáveis a qualquer contrato de prestação de serviços. A atividade médica é complexa e necessita de um sistema que a acompanhe.

Neste diapasão, necessário faz-se criar um regulamento jurídico que reconheça as limitações de ambas as partes e traga um sistema que proporcione igualdade processual e segurança jurídica.

O Direito Médico tem crescido no país e a necessidade de criação de um sistema jurídico próprio é mais que iminente.

O ordenamento jurídico brasileiro já possui alguns dispositivos que caminham nesse sentido, entretanto, necessário se faz que se crie uma lei federal sistematizando estas ordens e trazendo uma relação mais segmentada.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José. 11 ed. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 84, v. 178, ago. 1995, p. 33-53.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 10º ed. rev. e mod. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.
- ANDRADE JUNIOR, Marcos Almeida de Magalhães. **Direito e Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Sálvio de Figueiredo Teixeira, coordenador. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.
- ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. A responsabilidade Civil do Médico—O médico perante o Código de Defesa do Consumidor. **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil**- Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. Coord. Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César, Roberto Rosas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil**. *Palestra proferida da primeira semana do consumidor*- Faculdade de Direito do UniCeub. Brasília. 2004.
- ARAÚJO, Alexandra Lopes de; SILVA, Diogo Severino Ramos da. **Relativização do Ônus da Prova Conforme o Código de Processo Civil 2015**. *Derecho y Cambio Social*. 2019. Disponível em: file:///C:/Users/isa%20santos/OneDrive/Documentos/9º%20semestre/MONOGRAFIA%2020.1/Derecho-y-Cambio_n.55.27.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: saraiva, 2009.
- ARENHART, Sergio Cruz. **Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro**. Academia Brasileiro de Direito Processual Civil.
- BARBOSA, Fernanda Nunes. A Prescrição nas Relações de Consumo: Interfaces entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v. 15, jan./mar. 2018, p. 97-116.
- BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 320-349.
- BIZIGATO JUNIOR, Fioravante; KFOURI NETO, Miguel; SOUZA, Tiago Rafael de. A Natureza Jurídica da Relação entre Médicos e Hospitais: Uma análise da pejetização. **Revista Relações Internacionais do Mundo Atual**, v. 2, n. 23. Curitiba/PR. 2019.

BOAS, Regina Vera Villas; VINCI JÚNIOR, Wilson José. **Prescrição e Decadência no Cenário do Direito do Consumidor: Relação Entre o Direito e o Tempo na Contemporaneidade**. 2015.

BRAGA, Caio Nunes de Lira. **Responsabilidade Civil do Advogado Profissional Liberal**. 2016. *Trabalho de conclusão de curso*. Universidade Federal da Paraíba. Campina Grande. Orientador: XXXXXX. Disponível em: Acesso em:

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. **Revista dos Tribunais**, v. 733, ano 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília: Senado federal. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Senado federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. **Lei 8.906, de 4 de junho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília: Senado Federal, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília; Senado Federal, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. **Lei 12.842, de 10 de julho de 2013**. Dispõe sobre o exercício da medicina. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Dispõe sobre o Processo Civil Brasileiro. Brasília: Senado federal, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 661145- Proc. 0066220-7. Recorrente: Espírito Santo Centrais Elétricas S/A- Ecelsa. Recorrido: Glamour Indústria e Comércio de Confecções LTDA- Microempresa. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Brasília- DJ 28 março. 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7231636/recurso-especial-resp-661145-es-2004-0066220-7/inteiro-teor-12980185>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 476.428- Proc. 0145624-5. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília- DJ 09 maio. 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/103241/recurso-especial-resp-476428-sc-2002-0145624-5?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1281594- Proc. 0211890-7. Recorrente: Buchala Veículos LTDS. Recorrido: Ford Motor Company Brasil LTDA. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília- DJ 23 maio. 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/466494974/recurso-especial-resp-1281594-sp-2011-0211890-7>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 532.377- Proc. 0083527-1. Recorrente: Célia Maria Peixoto de Araújo. Recorrido: Gilberto Campos Tirado. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília- DJ 13 outubro. 2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7414466/recurso-especial-resp-532377-rj-2003-0083527-1/inteiro-teor-13067834>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 986.648- Proc. 0215972-5. Recorrente: Marcos Rogério Chaerki. Recorrido: Organização Médica Clinihauer LTDA. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília- DJ 02 março. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21269888/recurso-especial-resp-986648-pr-2007-0215972-5-stj/inteiro-teor-21269889>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 605.435- Proc. 0041422-0. Recorrente: Roberto Debs Bicudo e Clínica Cirúrgica Debs LTDA. Recorrido: Celso do Nascimento e cônjuge. Relator: Min. Nancy Andrighi e Raul Araújo. Brasília- DJ 28 novembro. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22905278/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-605435-rj-2011-0041422-0-stj/inteiro-teor-22905279>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 883.891- Proc. 0067736-7. Recorrente: Unimed João Pessoa Cooperativa de Trabalho Médico. Recorrido: Marília de Melo Ramos. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília- DJ 04 abril. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860098009/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-883891-pb-2016-0067736-7/inteiro-teor-860098019?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 jul. 2020.

CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho; SCAPIN, Andréia Cristina. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às ações judiciais por alegado erro médico. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 108, 2013, p. 245-268.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1, p. 342.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e Erro médico: sob o enfoque da Responsabilidade Civil**. 2 ed. rev. aumentada e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas S.A. 2014.

CHAVES, Antônio. Responsabilidade Civil do Ato Médico. **Revista Forense**, ano 89, v. 324. Rio de Janeiro: Forense. 1993.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira de. **A Improcedência no suposto erro médico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil, 7. Responsabilidade Civil**. 25° ed. 2° tiragem. São Paulo: Saraiva. 2011.

_____. **Tratado teórico e Prático dos Contratos**. 2° ed., v. 2. São Paulo: Saraiva. 1993.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. Bioética e Biodireito, O princípio da beneficência na responsabilidade civil do médico. **Revista Cidadania e Justiça, fundamentos da ética e respeito ao outro**. Rio de Janeiro. Editora: Associação dos magistrados brasileiros. 2002.

EFING, Antônio Carlos. A Inexistência de Reflexos Diretos da Lei da Liberdade Econômica no Direito do Consumidor. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. ano 5, n. 1, abr. 2020.

FARELA, Helga Fabíola Vagueiro da Fonseca. **O contrato de prestação de serviços médicos à luz do direito da União Europeia**. 2015. Dissertação. (Mestrado em Direito da União Europeia) - Universidade do Minho, escola de Direito. Orientador: Professor Doutor Nuno Manuel Pinto de Oliveira.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas. 2015.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. 10 ed. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Atlas. 2009.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 11 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

GERI, Guilherme Vieira. **Pejotização na Área Médica**. Universidade do Extremo Sul Catarinense- UNESC. Criciúma, 2017.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves Notas Sobre a Responsabilidade Civil nas Cirurgias Plásticas Reparadora, Estética e de Transgenitalização e nos Tratamentos Dermatológicos. Análise da Jurisprudência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 109, jan./dez. 2014, p. 187-213.

GRALHEIRO, João Carlos. **O ato médico é uma empreitada?** Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Centro de Direito Biomédico. Coimbra, 2014/2015.

HARGER, Márcio Roberto. A Natureza Jurídica da Relação Médico-Paciente. **Revista Jurídica São José**. UNIVALI.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

MARANGONI, Pedro Henrique; PRANDI, Luiz Roberto; RIBEIRO, Rafael Guimarães. Ética do advogado ao médico: pontos convergentes e divergentes de ambos os códigos. **Brazilian Journal Development**. Curitiba, v. 6, n. 2, feb. 2020, p. 6339-6352.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MARTINS, Mariza Aparecida Rezende. **As Incompatibilidades dos Dispositivos da Lei Nº9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) Frente Às Disposições do Código de Defesa do Consumidor**. Centro Universitário de Brasília Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Brasília. 2010.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade civil do médico**. 2 ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato. 2001.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Apelação Cível nº 0078519-2.2006.8.11.0000, Quinta Câmara Cível. Relator: Dr. Sebastião de Arruda Almeida. Julgado em 12 abril. 2006. Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322394170/apelacao-apl-152750220068110000-15275-2006>. Acesso em: 18 jul. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

MONTIBELLER, Gustavo. **Os contratos cativos de prestação de serviços médico-hospitalares: Entre o direito à saúde e o lucro**. 2005. Monografia - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Paraná, Orientador: Prof. José Antonio Perez Gediell.

MOREIRA, Marta Rodrigues Mafféis. O contrato de plano de saúde e sua função social. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 110, jan./dez. 2015. P. 251-276.

MURR, Leidimar Pereira. A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela legislação brasileira. **Revista Bioética**. Brasília. v. 18, n. 1, 2010, p. 31-47.

NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 320-349.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Consumidor** direito material e processual. São Paulo: Método. 3 ed. rev., atual. e amp. 2014.

NICARETTA, Marcelo M. O Projeto de Lei do “ato médico” e a perspectiva dos psicólogos e de outros profissionais no campo da saúde. **Boletim Academia Paulista de Psicologia**. v. 78, n. 1. São Paulo. jan./jun. 2010.

NILO, Alessandro Timbó. **A relação paciente-médico para além da perspectiva consumerista**: Uma proposta para o contrato de tratamento. 2019. Dissertação. (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia- UFBA, Salvador. Orientador: Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva.

_____. SILVA, Mônica Neves Aguiar da. A Relação Paciente-Médico: Por Uma Nomeclatura Bioética. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**. Santo Ângelo, v. 19, n. 35, set./dez. 2019, p. 79-107.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito material (arts. 1º ao 54). São Paulo: Saraiva. 2000.

NUNES, Mayco Moraes. **A Lei do Ato Médico Diante Das Profissões da Saúde**: Uma abordagem interdisciplinar. Universidade federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas. Florianópolis- SC. 2017.

OLIVEIRA, Wallison dos Santos; SARAIVA, Elaine Cristina. Advogado X Cliente: Relação de Trabalho ou Relação de Consumo? **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. v. 7, n. 7. 2010.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Coimbra- UC- Coimbra. Orientador: Prof. Dr. Jorge Sinde Monteiro. 2004. Disponível em: <https://eg.uc.pt/handle/10316/89350>. Acesso em: 19 jul. 2020.

RESOLUÇÃO 2.183, de 21 de setembro de 2018. Dispõe sobre o Código de Ética Médica.

ROSA, Paulo Jorge Ferreira. **A Natureza Jurídica da Relação Médico-Paciente**: O Contrato de Prestação de Serviços Médicos. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra. Orientador:.

SALGARELLI, Kelly Cristina. **Não se aplica o CDC na relação entre cliente e advogado**. Disponível em: encurtador.com.br/bdgmA.

SALVATORI, Carlos Eduardo D'elia. Algumas Linhas sobre Prescrição e Decadência no Âmbito Consumerista. **Revista IBD**, ano 2, n. 3, 2013.

SANTO, Daniela Nery do Espírito. O direito de troca de produtos no Brasil: o problema da efetividade das normas consumeristas vigentes. *In*: SILVA, Joseane Suzart Lopes da; CERQUEIRA, Alane Silva de. **Proteção do consumidor diante dos problemas dos produtos e serviços: o que fazer quando quebram ou deixam de funcionar?** Salvador: Editora Paginae, 2014, p. 81-141.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 5 ed. São Paulo: Atlas. 2013.

SILVA, Elizangela. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica o Código de Defesa do Consumidor.** 2007. Monografia - Universidade Federal de Rondônia- UNIR, Departamento do Curso de Direito, Rondônia.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde: ação, dano e nexos causal. Fundamentos da responsabilidade civil a área da saúde: culpa ou risco. A prova. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Responsabilidade civil na área da saúde.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21-48.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, 1991.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. **Civilista.com.** Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilista.com/do-erro-a-culpa-na-responsabilidade-civil-do-medico/>>. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

TEIXEIRA, Josenir. A responsabilidade civil dos hospitais pelo “erro” do médico na visão do Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Direito da Saúde.** Brasília, v. 1, jul/dez 2011, p. 52-87

THOMAZ JÚNIOR, Dimas Borelli. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, ano 86, v. 741, jul/1997.

VIEIRA, Leonardo. **Responsabilidade civil e médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro.** Salvador: Juspodvim. 2008.