FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO NEGÓCIO E SAÚDE DE SERGIPE - FANESE

CURSO DE DIREITO

JOSÉ GABRIEL BARBOSA NASCIMENTO

A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO MÉDICO

ARACAJU
2024

.

N244a NASCIMENTO, José Gabriel Barbosa

A aplicação do código de proteção e defesa do consumidor na responsabilidade civil por ato médico / José Gabriel Barbosa Nascimento. - Aracaju, 2024.
21 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a): Profa. Dra. Marluany Sales Guimarães Poderoso

1. Direito 2. Ato médico 3.Erro médico
4. Código de defesa do consumidor (CDC) I. Título

CDU 34 (045)

Elaborada pela Bibliotecária Edla de Fatima S. Evangelista CRB-5/1029

FANESE

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

JOSÉ GABRIEL BARBOSA NASCIMENTO

A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO MÉDICO.

Artigo Científico apresentado à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE, como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau bacharel em Direito no período de 2024.2.

Aprovado (a) com média: 10,0

Profª. Me. Marluany Sales Guimarães Poderoso
1ª Examinadora (Orientadora)

Thiago de Menezes Ramos

Prof. Me. Thiago de Menezes Ramos
2° Examinador

Prof. Me. Carlos Victor Paixão
3° Examinador

Aracaju (SE), 06 de dezembro de 2024

Digitalizado com CamScanner

A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR(CDC) NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO MÉDICO

José Gabriel Barbosa Nascimento[1]

RESUMO

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) determina que o prestador de serviços é responsável por danos ocasionados a terceiros, independentemente da existência de culpa, caracterizando assim a responsabilidade objetiva. A relação entre médico e paciente está sujeita às normas do CDC. Esse código se aplica a todas as relações de consumo, abrangendo também os serviços prestados por médicos, que são profissionais remunerados. O CDC contempla a possibilidade de inversão do ônus da prova, que pode ser utilizada em disputas relacionadas ao vínculo entre médicos e pacientes. Essa medida pode ser acionada caso as afirmações se provem corretas ou se o paciente se encontrar em condição de vulnerabilidade. A implementação do CDC na interação entre médico e paciente pode oferecer vantagens ao paciente, assegurando que o profissional de saúde deve esclarecer os riscos e implicações do tratamento. Em contrapartida, o médico possui o direito de se proteger de possíveis ações legais, desde que repasse todas as informações pertinentes ao paciente. Nesse trabalho de conclusão de curso será abordado esses direitos e deveres, responsabilidade civil, interações e informações que abrangem a Proteção e Defesa entre Consumidor e Profissional da saúde, no que diz respeito a médicos.

Palavras-chaves: Código de Defesa do Consumidor (CDC); Ato médico; Erro Médico; Profissional Liberal; Responsabilidade civil.

1. INTRODUÇÃO

Ao falar de Código de Defesa do Consumidor (CDC) na medicina pode parecer fora de contexto, porém onde há um prestador de serviço e um consumidor, haverá direito. Todavia dar-se-á entender que há boas relações médico-paciente, mas judicialmente essa relação traz outra realidade.

Em relação ao código de defesa consumidor à medicina e para entender é necessário saber dois conceitos: consumidor (art. 2°, CDC) e fornecedor (art. 3°, CDC). Na relação de consumo há responsabilidade civil entre o fornecedor e o

[1] Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração, Negócios e Saúde de Sergipe, em dezembro de 2024, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientadora: Profa. Ma. Marluany Sales Guimarães Poderoso.

consumidor diante do produto ou serviço prestado, nesse contexto, existe uma obrigação de arcar com possíveis e eventuais prejuízos causados ao consumidor.

A relação entre direito e saúde é um assunto complexo e importante. O direito à saúde é um direito fundamental à cidadania e à igualdade e deve ser concedido pelo Estado. Saúde é um efeito de um bem-estar físico, mental e social, não se limitando ao acesso ao sistema de saúde, mas sim à garantia da vida e deve ser concretizado através de políticas sociais e económicas.

O poder judiciário desempenha um papel importante junto ao público, na medida em que as decisões judiciais analisam o respeito ao direito à saúde de acordo com o previsto em lei. Contudo, o aumento do número de solicitações legais no setor saúde, conhecidas como judicialização da saúde, pode prejudicar o sistema de saúde e a execução de políticas públicas.

Nesse contexto, O CDC e o código que estabelece os princípios e normas da atividade médica, o Código de Ética Médica (CEM) possuem um pequeno conflito normativo. Isso pelo motivo de que o item XX do capítulo I deste dispositivo estabelecer expressamente que a atividade regulada pelo código não caracteriza relação de consumo, o que implica na criação de uma névoa entre a aplicação ou não da norma dentro da responsabilidade civil, já que no código de defesa do consumidor, em seu artigo 14, é apresentado em regra que a responsabilidade civil do fornecedor é objetiva. Ou seja, basta que sejam comprovados o ato-ilícito, o nexo causal e o dano para que seja devida a reparação.

Tendo em vista esse ponto, urge a necessidade de nos debruçarmos cada vez mais no assunto, para entender os meandros e minúcias da atividade médica e como os dispositivos existentes podem contribuir positivamente para que seja construída uma ordem jurídica mais justa, no que tange ao direito à saúde.

Este artigo possui como objeto central, através do estudo doutrinário, normativo e jurisprudencial, buscar o entendimento da aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor nas atividades médicas que ensejam em Responsabilidade Civil. Como objetivos específicos, para que o objeto fosse alcançado, temos: estudar o conceito, elementos e tipos de responsabilidade civil; entender as peculiaridades da atividade médica e os erros passíveis de responsabilização.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa descritiva e bibliográfica, utilizando uma abordagem qualitativa. O artigo, portanto, encontra-se dividido em três seções, sendo que na primeira será tratado sobre o conceito de Responsabilidade Civil, seus elementos e a responsabilidade contratual *versus* extracontratual, por conseguinte abordaremos as peculiaridades da atividade médica e os atos médicos relacionados à responsabilidade civil, para que finalmente, na terceira seção, possa se chegar na conexão da atividade médica com o CDC e o conflito com o que dispõe o CEM.

2.PANORAMA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

De início, para que possamos chegar no estudo do objeto deste artigo, é de extrema importância conceituarmos a Responsabilidade Civil, bem como caracterizar seus elementos e diferenciar a responsabilidade contratual da extracontratual.

2.1.CONCEITO E ELEMENTOS

É de amplo conhecimento que o Direito surge na sociedade com o papel de dirimir conflitos e, com a sua evolução, o Estado passou a deter o poder de "dizer o Direito" a quem o pedir. Nos primórdios, por exemplo, temos o período histórico de Talião, no qual um castigo seria aplicado a um agente como punição por uma lesão causada a um segundo, registrado sob o conhecido ditado “olho por olho, dente por dente”. (Tartuce, 2023)

Nesse sentido, é possível afirmar que a Responsabilidade Civil é e foi uma das matérias mais discutidas nesse ato de requisitar o Direito, posto que se trata de reparar ou indenizar um dano eventualmente ocorrido. Sendo assim, Aguiar Dias (1994) faz a observação de que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”.

Do ponto de vista do Direito das Obrigações, enxerga-se que Responsabilidade Civil é uma obrigação jurídica secundária, ou derivada, a qual surge a partir da violação de um Direito primário (Stolze, 2023). Esse dever jurídico, para Sérgio Cavalieri (2023, p. 11), é “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”. Ou seja, sempre que um sujeito pratica uma conduta, um ato-ilícito, e essa vier a causar dano a outrem, estaremos diante de uma situação na qual existirá, pelo menos, uma discussão no âmbito da responsabilidade.

Da definição podemos extrair os elementos que compõem e constituem a matéria, os quais são muito importantes para definir se irá existir ou não a obrigação de reparar, são eles, para Carlos Roberto Gonçalves: Conduta; Relação de Causalidade; Dano; Culpa - Sentido Amplo. Porém, alguns autores, como Pablo Stolze, Sérgio Cavalieri e Maria Helena Diniz, preferem apontar a existência somente dos três primeiros elementos. No caso de Stolze, a culpa é considerada como elemento genérico e incidental.

Passando para o estudo específico sobre os elementos, temos primeiro a conduta humana, que pode ser positiva ou negativa e deve ser empregada de forma voluntária, o que enseja em caracterizar e concretizar a potencial consciência da ilicitude desse ato. Assim, por óbvio, precisa-se que a ação ou omissão seja imbuída de determinada ilicitude, para efeitos de Responsabilização (Stolze, 2023). Nas palavras de Sérgio Cavalieri (2023, p. 36), a conduta é “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”.

O Nexo de Causalidade é o que liga a Conduta ao elemento Dano. É a relação de causa entre eles, ou seja, determinada conduta só pode ser atrelada a um dano se possuir nexo de causalidade entre elas, tendo o dever ainda de determinar os limites do dever de reparar (Cavalieri, 2023). O nosso Código Civil de 2002 adota a teoria da causalidade direta ou imediata, através dela será responsável pela reparação do dano aquele que diretamente e necessariamente o deu causa. (Stolze, 2023)

Segundo Pablo Stolze (2023, p. 31) "o dano é requisito indispensável para a sua configuração, qual seja, sua pedra de toque”, quando se fala no estudo da matéria debatida neste tópico. Este elemento é a própria lesão ao bem jurídico tutelado, ora, se falamos que a responsabilidade surge com a violação de um direito primário, então o dano a lesão a este direito, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, sendo necessário que em qualquer situação seja possível medir a extensão desse dano. (Stolze, 2023)

Passamos então a falar do elemento que, possivelmente, é o mais importante para o estudo do objeto deste artigo, que é a culpa.

Sendo assim, Savatier apud Aguiar Dias (1994, p. 110), define-a da seguinte forma:

> A culpa (faute) é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase delito

A culpa, como visto, é falada em sentido amplo, subdividindo-se em dolo ou a culpa em sentido estrito. Sabemos que o dolo é a intenção consciente de realizar determinada conduta, o agente tem o propósito de causar o dano (Stoco, 2001). A culpa em sentido estrito advém de uma conduta negligente ou imprudente ou imperita, o que está sempre relacionado aos meios empregados para realização dessa conduta, um dever de conduta (Stolze, 2023). A negligência está relacionada à ausência do dever de cuidar, geralmente atrelada a uma omissão, a imprudência, por sua vez, é ligada a uma atitude precipitada, sem a observância das regras de cautela e, por último, a imperícia é a falta de aptidão e/ou conhecimento técnico para a realização de determinado ato. (Cavalieri, 2023)

Assim, a Responsabilidade Civil é classificada pela culpa, subdividindo-se em Subjetiva e Objetiva. A Subjetiva, pela interpretação do artigo 186 do Código Civil, é a regra e nela há de se verificar e analisar o elemento subjetivo, que é a culpa do agente. Ocorre que em algumas situações, como no caso do Código de Defesa e Proteção do Consumidor (1990), que inverte a regra para a relação de consumo, estabelecendo que a responsabilidade do fornecedor será averiguada independentemente da existência de culpa, conforme se extrai do seu artigo 12, colacionado a seguir:

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Como consideração final deste subtópico, é relevante a observação de Tartuce (2023), com relação a uma parcela minoritária da Doutrina argumentar que a regra é a Objetiva, isso pelo fato de que, para eles, o elemento subjetivo não passa de um elemento acidental e não de um elemento incidental, como o já aqui citado Pablo Stolze.

2.2. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL *VERSUS* EXTRACONTRATUAL

Apresentado no subtópico anterior, a responsabilidade civil pode ser definida como a obrigação de reparar o dano causado a outra pessoa em decorrência da violação de um dever jurídico (Stolze, 2023). A responsabilidade civil, também, é descrita como o dever jurídico de reparar um dano causado a outrem, reforçando a ideia de que o ofensor tem a obrigação patrimonial de reparar o dano material ou compensar o dano moral sofrido pelo ofendido causado pela transgressão de um dever legal ou contratual. (Tartuce, 2023)

A violação da responsabilidade civil pode resultar de um ato ilícito ou do descumprimento de obrigações anteriormente assumidas em um contrato (Stolze, 2023). A violação da responsabilidade civil é caracterizada pela obrigação de indenizar, seja o dano patrimonial (material) ou seja extrapatrimonial (moral), que foi infligido ao ofendido. (Tartuce, 2023)

Podemos subdividir a responsabilidade em duas categorias: a responsabilidade civil contratual e a extracontratual/aquiliana. Ambas possuem distinções específicas no Código Civil, sendo que a grande diferença entre elas reside na origem das obrigações violadas, no ônus da prova e na necessidade de preexistência de um vínculo jurídico entre as partes.

Para que haja a configuração da responsabilidade civil extracontratual, é necessário que estejam presentes os seguintes elementos: Conduta (ação ou omissão), Nexo de causalidade, Dano ou prejuízo a outrem, Culpa lato sensu (genérica). A responsabilidade civil extracontratual pode ser excluída em três situações: Culpa exclusiva da vítima, Fato de terceiro, Caso fortuito ou força maior (Stolze, 2023).

A responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana) ocorre fora do contexto contratual. Ela decorre da prática de um ato ilícito ou do abuso de direito, onde há a violação de um dever legal geral imposto a todos os indivíduos de não causar dano a terceiros. Essa responsabilidade exige que o ofensor repare o prejuízo causado, independentemente de uma relação contratual pré-existente com a vítima. (Tartuce, 2023)

A responsabilidade civil contratual decorre do inadimplemento de um contrato, ou seja, quando uma das partes envolvidas não cumpre com as obrigações anteriormente assumidas. Logo, quando se trata de responsabilidade civil contratual, a culpa é presumida, o que significa que a parte prejudicada precisa apenas provar o descumprimento das obrigações, cabe ao devedor demonstrar a ausência de culpa ou a existência de uma causa excludente de responsabilidade. Já a responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana) ocorre quando o dano é causado pela violação de um dever jurídico geral, imposto pela lei, sem que haja qualquer relação contratual entre as partes (Stolze, 2023).

A responsabilidade civil contratual é aquela que surge a partir do descumprimento de uma obrigação estabelecida em um contrato entre as partes. Quando uma das partes deixa de cumprir o acordado, a responsabilidade é ativada para reparar o prejuízo. Aqui, o enfoque está na violação de um dever assumido voluntariamente em um contrato. (Tartuce, 2023)

A culpa na responsabilidade contratual também é considerada, mas de forma diferente, porque segue uma certa escala, dependendo dos diferentes casos em que se encontra configurado, então isso em responsabilidade criminal, ainda mais até à menor falta. Acrescentamos, por parte, que esta distinção aproxima a responsabilidade contratual da responsabilidade objetiva, quando a vítima é libertada do ônus de provar a sua culpa. (Gonçalves, 2021). A culpa na responsabilidade civil é configurada quando uma das partes descumpre as obrigações previstas em um contrato, demonstrando a negligência, imprudência e imperícia ao não agir conforme pactuado. Essa culpa contratual é baseada no inadimplemento, que gera o dever de reparar o dano (Stolze, 2023).

A culpa deve ser comprovada pela vítima, o que significa que é necessário que a parte prejudicada demonstra que o causador do dano agiu de forma negligente, imprudente ou imperita passando pelo conceito de responsabilidade civil à luz do direito das obrigações, bem como a responsabilidade contratual e a aquiliana, precisamos nos aprofundar nesta teoria aplicada à atividade médica e as peculiaridades dessa profissão (Stolze, 2023).

A culpa na responsabilidade contratual é verificada pelo descumprimento de um dever específico assumido no contrato e exige que o devedor haja com o cuidado

e a diligência esperados segundo o tipo de obrigação. O padrão de culpa na responsabilidade contratual normalmente é presumido, o que significa que a culpa do devedor se supõe quando ocorre o inadimplemento. Assim, o devedor, para eximir-se, deve provar que o inadimplemento foi decorrente de caso fortuito ou força maior, ou seja, de circunstâncias imprevisíveis e inevitáveis que o impediram de cumprir a obrigação (Gonçalves, 2021).

O Código Civil (2002) estabelece cláusula de responsabilidade objetiva no art. 927, parágrafo único, para atividades de risco. É o risco criado ou o risco do benefício, segundo a doutrina, mas este não é o risco comum que ocorre naturalmente em qualquer atividade.

O Código Civil nesta fase não levou em consideração, menos expressamente, a natureza da relação entre as partes para definir a aplicação da responsabilidade objetiva, nos casos em que haja assimetria neste relacionamento. Isto não significa que esta consideração não deva ser levada em consideração no caso particular de responsabilidade.

3.A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ATO MÉDICO

Com o conteúdo exposto no tópico de número **2**, avançamos para falar especificamente da atividade médica e das condutas praticadas pelos seus profissionais, as quais são passíveis de desaguar em uma situação na qual exista um dever de reparar. Urge esclarecer que aqui serão tratados apenas questões relacionadas à vida e saúde, não estética.

3.1.CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A ATIVIDADE PROFISSIONAL MÉDICA

Precisamos entender que a atividade médica é de extrema complexidade, quando comparada a qualquer labor distinto. O Médico diariamente lida com a vida e saúde de diversos indivíduos, os quais, por vezes, sequer viu mais de uma vez em sua vida. Portanto, "é necessário distinguir o erro médico do acidente imprevisível e do resultado incontrolável" (França, 2021, p. 294).

O erro médico propriamente dito surge, quase sempre, de uma conduta culposa em sentido estrito, a qual, como vimos no subtópico **2.1**, emerge de atos negligentes, imprudentes ou imperitos que, junto ao dano que o paciente possa vir a ter, seja ele patrimonial, moral ou estético, enseja em Responsabilidade Civil e o seu

consequente dever de reparar e indenizar. Portanto, o que se entende por Erro Médico é vedado pelo CEM (2019), vejamos o seu artigo 1º do Capítulo III:

> É vedado ao médico:
>
> Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Diferentemente, no acidente imprevisível e no resultado incontrolável, apesar de existir a ocorrência de um dano concreto, este não guarda relação de causa com a conduta em si do Médico envolvido. Isso quer dizer que existe uma situação imprevisível e/ou inevitável. No caso do acidente imprevisível o dano será oriundo do caso fortuito ou força maior e nenhum Médico investido num suposto caso concreto que tivesse a incidência de acidente imprevisível seria capaz de prever e evitar esse dano. (França, 2021)

Já o resultado incontrolável decorre de uma situação drástica e implacável, na qual o dano sofrido não está apto a ser evitado pela ciência em seu estado atual, muito menos pela capacidade do profissional envolvido. Aqui é onde surge a discussão sobre o tipo de responsabilidade dos profissionais da saúde. (França, 2021)

É bem lógico que, via de regra, o Médico não possui o dever e compromisso com o desfecho do caso clínico, se não fosse assim, estaríamos afirmando que eles controlam a vida e a morte, o que é uma afirmação um tanto quanto sobrenatural e, portanto, inalcançável (Dias apud Khün, 2002). Assim sendo, extrai-se que o Médico possui sim compromisso, inclusive ético, mas com o emprego dos meios mais adequados, a diligência e de buscar um desfecho favorável, não garanti-lo, como bem regem os itens II e IV do Capítulo I do CEM (2019), vejamos:

> II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.
>
> IV - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão.

Assim sendo, Savatier apud Khün (2002, p. 63) define que:

> a responsabilidade do médico é contratual, não somente em relação ao contrato médico ordinário, remunerado por honorários, mas nos contratos resultantes de relações de caridade ou de cortesia, onde os cuidados são gratuitos. A responsabilidade contratual pode assim ser invocada pelo paciente em caso de cuidados dados em conseqüência de uma estipulação feita por outros, como um membro da família ou o empregador

Nesse sentido, estabelece-se que a responsabilidade contratual não obriga o Médico a alcançar a cura do seu paciente, surgindo o que chamamos de Obrigação de Meios (Savatier apud Khün, 2002), o que traduz os itens II e IV do capítulo 1 do CEM, citado acima.

Dentro desse tipo de obrigação, então, ele terá de observar alguns deveres éticos peculiares à sua profissão, principalmente: dever de informação; de atualização; de vigilância e cuidados; de abstenção de abuso (França, 2021). O descumprimento desses e de outros de seus deveres podem acarretar em dano indesejado.

Há também, por parte do CEM (2019) e pela doutrina, a exemplo de Genival Veloso de França (2021), um esforço gigantesco para separar erros médicos de ordem pessoal e de ordem estrutural. Isso pelo fato de que o erro pode ocorrer por conta de falhas estruturais, em locais que os meios e condições não são propícios e adequados para o desempenho satisfatório da atividade Médica. Sendo assim o referido código e a Doutrina buscam sempre afastar a responsabilização do médico quando em decorrência de falha estrutural.

3.2. A CULPABILIDADE NO ERRO MÉDICO: NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA

Como já mencionado no subtópico anterior, pode-se dizer que ocorre erro médico quando a conduta do profissional penal está imbuída em culpa no sentido estrito, ou seja, quando o agente deu causa ao resultado por negligência, imprudência ou imperícia (França, 2021). A culpabilidade no erro médico é avaliada com base em critérios específicos de negligência, imprudência e imperícia, diferenciando as responsabilidades contratuais e extracontratuais no exercício profissional da medicina (Diniz, 2024).

A negligência médica ocorre quando o médico deixa de agir com o cuidado necessário em uma situação onde o zelo era exigido, o qual representa uma omissão de precaução ou desatenção (Carvalho *et al*, 2006). Da leitura atenta do artigo 2º e 7º do Capítulo III do CEM (2019), extrai-se ainda que as condutas vedadas por esses dois artigos são formas graves de negligência, quais sejam o abandono de paciente e a omissão de tratamento (Carvalho *et al*, 2006).

A impudência é uma ação precipitada ou impensada e que o médico toma uma atitude sem as devidas cautelas e pode estar presente em decisões precipitadas durante cirurgias ou em tratamentos invasivos sem a necessidade devida. Conforme Carvalho *et al* (2006, p. 544):

> para que se caracterize a imprudência são necessárias a realização de ato médico e a prova de que para tanto não foram tomadas as devidas precauções, implicando a transposição dos limites da previsibilidade e imputando risco profissional aumentado ao procedimento ou tratamento aplicado

A imperícia é compreendida como a falta de habilidade técnica ou desconhecimento de práticas essenciais à atividade médica (França, 2020). Ela está relacionada à falta de habilidade técnica ou conhecimento necessário para o exercício da prática médica. Esse tipo de culpa ocorre quando o profissional não possui capacidade técnica para realizar o procedimento (Filho, 2023).

O erro em contexto médico refere-se à falha em condutas ou decisões tomadas por um profissional de saúde. A prova de culpa em casos de erro médico é complexa e rigorosamente avaliada pelos tribunais, que excluem evidências de erro grosseiro em diagnósticos, tratamentos, ou omissões importantes nos cuidados essenciais ao paciente (Filho, 2023).

Agora precisamos caracterizar os principais atos médicos passíveis de erro. O primeiro deles é o erro de diagnóstico, o qual consiste numa má detecção, ou a ausência desta, acerca do problema ou da doença que acomete o seu paciente. Esse é um erro de difícil percepção e bastante delicado, pois dele podem nascer os outros dois erros. Quando não se sabe ao certo com o que está lidando, é praticamente impossível estabelecer o procedimento ou tratamento adequado.

Em seguida temos o erro de procedimento que, ao contrário do erro de diagnóstico, é mais fácil de ser percebido, justamente pela gravidade dos danos e sequelas surgidos a partir dele. Esse ato-ilícito quando, por culpa em sentido estrito, o médico falha no procedimento cirúrgico, como, por exemplo, o fechamento de um corte abdominal sem a devida técnica, o que nos leva a crer que o profissional foi imperito quando da realização deste processo.

Uma observação importante a ser feita é que esse erro não se confunde com o erro de Diagnóstico, posto que, em uma situação na qual o problema foi detectado erroneamente e o médico responsável realiza o procedimento, pertinente ao resultado

que lhe foi passado, o qual será incorreto, mas nesse caso o profissional não agiu com culpa com relação ao procedimento e qualquer outro agiria da mesma maneira.

Por conseguinte, o erro de tratamento é configurado quando o Médico utiliza dos meios incorretos e inadequados para combater a enfermidade previamente detectada, o que impossibilita alcançar o resultado pretendido. A mesma observação do parágrafo anterior servirá para esse tipo de erro, posto que, caso o diagnóstico possua algum vício, a probabilidade de ministrar o tratamento incorreto é grande.

Entendendo as peculiaridades da atividade médica e os principais atos derivados dela que podem ensejar em uma situação de Responsabilidade Civil, surge então uma pergunta fundamental para o ordenamento jurídico brasileiro, com relação a esse tipo de prática: quais regras provenientes do código de proteção e defesa do consumidor são aplicáveis no relacionamento entre o médico e seu paciente?

O assunto torna-se confuso a partir desta pergunta, que será o objeto de estudo do próximo tópico, para que se possa esclarecer a aplicação desse dispositivo de fundamental importância para o nosso ordenamento.

4. CONEXÃO COM O CDC: UNIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO

Entendido os conceitos que rondam a responsabilidade civil, bem como as peculiaridades da atividade médica e a culpabilidade que caracterizam o erro médico, passamos, então, ao entendimento do conflito entre o Código de Ética Médica e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e, após, a real aplicação deste último código na atividade médica.

4.1. O CONFLITO ENTRE O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

É de grande impacto, à primeira vista, ler o item XX do capítulo I do CEM (2019, p. 17) o qual determina que “A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”, isso pelo motivo de que, por outro lado, pelo CDC (1990), o qual define nos artigos 2º e 3º quem são consumidores e fornecedores, respectivamente, e, somado ao seu artigo 14, que estabelece a teoria do risco e enseja em responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, seria lógico concluir que este código aplicar-se-á à atividade médica.

Pode-se dizer, então, que essa discussão gira em torno de um único ponto, que é a natureza contratual da responsabilidade civil do médico, posto que, para alguns essa natureza é de um contrato de prestação de serviços, já para outros, seria de natureza *sui generis* (Cavalieri, 2023).

Assim sendo, é necessário invocar a constituição federal, eis que, nas palavras de Carlos Victor Silva Paixão (2017, p. 19):

> nos art. 5º, XXXII e 170, V e 48, ADCT, ciente da disparidade fática, técnica e jurídica existente entre as partes, comandou a criação e inserção no ordenamento jurídico brasileiro do microssistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Nesse sentido, conclui Genival Veloso de França (2021, p. 113):

> Dizer que este Código do Consumidor é uma intervenção indevida do poder público nas relações de consumo, notadamente no que se refere às ações de saúde, é um equívoco, porque o dever do Estado na garantia dos direitos sociais implica necessariamente a ruptura com a política social restritiva, em busca da universalização da cidadania. Se o Estado fica apenas exercendo a simples função bancária de compra de serviços, dificilmente teremos o controle da estrutura de proteção dos bens públicos. O entendimento atual é que a saúde é uma função pública, de caráter social, que se exerce para garantir o direito universal e equitativo de acesso aos serviços em seus diversos níveis.

Ao contrário, justamente por acreditar na relação contratual *sui generis*, luta-se pela inaplicabilidade do código, afirmando que ele estaria, assim, desvirtuando e reduzindo a relação médico-paciente a uma relação comercial e consumerista (Vieira, 2017).

Ocorre que, desse gigante conflito, certo é que, apesar da impactante regra do item XX do Capítulo I do CEM, existem várias semelhanças entre os códigos, no que se refere aos deveres mencionados e descritos no subtópico 3.1 deste estudo, o que vamos entender a seguir.

4.2. OS REAIS EFEITOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA PRÁTICA MÉDICA

Se no subtópico anterior falamos de conflito acerca da aplicação ou não do CDC na atividade médica, aqui então iremos falar sobre as semelhanças entre os códigos e os reais efeitos do CDC na prática médica.

Da leitura atenta do CEM, principalmente dos princípios fundamentais, extraímos, como já mencionado no subtópico 3.1, os principais deveres do médico,

quais sejam: dever de informação; de atualização; de vigilância e cuidados; de abstenção de abuso (França, 2021). Esses deveres impõem, portanto, todo o cuidado do médico com relação à tratativa com o seu paciente.

Já pelo CDC, extraímos do seu artigo 6º os direitos básicos do consumidor, como: a proteção da vida, saúde e segurança e o direito à informação adequada e clara.

O CDC, em particular, guarda estrita relação com a terceira geração de direitos, no contexto das relações de consumo. Ao estabelecer normas que visam proteger os consumidores contra práticas abusivas e garantir a qualidade dos produtos e serviços, o CDC contribui para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa. A defesa dos direitos do consumidor, nesse sentido, não se limita à esfera individual, mas se estende a toda a coletividade, promovendo a harmonia nas relações sociais, o que guarda relação direta com o princípio da fraternidade. (Tartuce e Neves, 2024)

O CDC, em particular, surge como um instrumento jurídico fundamental para a concretização do princípio da fraternidade no contexto das relações de consumo. Ao estabelecer normas que visam proteger os consumidores contra práticas abusivas e garantir a qualidade dos produtos e serviços, o CDC contribui para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa. A defesa dos direitos do consumidor, nesse sentido, não se limita à esfera individual, mas se estende a toda a coletividade, promovendo a harmonia nas relações sociais.

Conclui-se então que, apesar do rompimento criado pelo item XX, capítulo I do CEM, ambos os códigos caminham de mãos dadas no que diz respeito à construção de uma relação saudável e justa da relação médico-paciente. A título de exemplo, podemos perceber que um dos deveres do médico é o de informação e, ora, é o que fala também o inciso III do artigo 6º do CDC, quando estabelece que é um direito básico do consumidor possuir a informação clara e adequada sobre o serviço.

Noutro ponto, quando se fala no artigo 14 do CDC, o qual impõe a responsabilidade objetiva para prestação de serviços, nele mesmo, no seu parágrafo 4º, é previsto a exceção para profissionais liberais, com relação ao elemento subjetivo, da seguinte forma:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos
>
> § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Sendo assim, não é imperativo pelo CDC que o Médico, notadamente um profissional liberal, responda e seja penalizado sem que se leve em consideração o elemento culpa. Muito pelo contrário, a culpa em sentido estrito no emprego da conduta deverá sim ser apurada, mas nesse caso, quando da aplicação do artigo 6º, inciso VIII, também do CDC, haverá a inversão do ônus probatório em favor do paciente (Consumidor), também por conta dos deveres que o próprio médico possui. Note-se que a inversão do ônus probatório, neste caso, não advém de uma mudança na obrigação do médico, mas sim do imperativo legislativo advindo do CDC (Diniz, 2024).

Vejamos também o referido artigo do CDC (1990) e seu inciso:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Entende-se então que o artigo 6º, inciso VIII do CDC, é um incidente que chega não para desvirtuar e desconfigurar a peculiaridade da atividade médica, mas como auxílio processual ao paciente, consumidor (França, 2021).

Portanto, é justo concluir que a aplicação, no que cabe, do CDC na relação médico-paciente, não possui o intuito de minar a relação personalíssima entre médicos e os seus pacientes, o que ocorre é apenas um incidente processual decorrente do imperativo legislativo, o que não altera a obrigação de meio estabelecida para a atividade médica e todos os seus atos, na forma do CEM.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim sendo, entende-se que a aplicação da legislação de defesa do consumidor nessa relação acarreta consequências no âmbito processual, como a alteração do ônus da prova, um prazo prescricional mais extenso e a proibição de denunciação da lide. É louvável a proteção da vulnerabilidade do consumidor,

especialmente em contratos de adesão, como os planos de saúde, onde o lucro é um fator crucial.

Nesse contexto, o consumidor se encontra em uma posição de desvantagem e para que seus direitos sejam respeitados, ele precisa de ferramentas processuais que garantam essa proteção, através de mecanismos de direitos básicos que garantam não só a defesa do consumidor, mas também a sua proteção.

A responsabilidade civil do médico está vinculada à responsabilidade civil do profissional, ou seja, se sua conduta foi negligente, imprudente ou imperita, e se essa conduta causou dano ao paciente. Tal responsabilidade é compensatória, ou seja, o profissional é obrigado a reparar o dano causado ao paciente. A responsabilidade civil do médico também é subjetiva, ou seja, a culpa deve ser demonstrada para que ele seja responsabilizado, podendo ser configurada da seguinte forma: Negligência, Imprudência, Improbidade profissional, Omissão.

O médico também é responsável pelos danos causados por equipamentos, substâncias, materiais, dispositivos e instrumentos que utilize no seu exercício profissional, possuindo o dever informar o paciente sobre suas prescrições, possíveis riscos, cuidados com o tratamento, orientar o paciente e sua família sobre os cuidados.

Destaca-se então que ao valorizar o direito de receber informações e decisões relativas à sua saúde demonstra respeito pelas informações do médico , não permitindo uma presunção automática de vulnerabilidade do paciente.

Dado que pacientes informados/esclarecidos com acesso a cuidados médicos não são uma parte vulnerável, é necessária uma análise cuidadosa sobre o impacto das regras consumeristas, devido às especificidades que as rodeiam.

No entanto, conforme discutido ao longo deste artigo, não podemos considerar a relação entre médico e paciente como desigual. O paciente, que anteriormente via a relação entre comportamentos inadequados, de acordo com a moral, e a enfermidade como uma forma de punição, passou a perceber a dessacralização da prática médica.

Por fim, é essencial um maior debate, uma mudança posto que a relação médico-paciente não deve ser mercantilizada é uma questão de intimidade, de dignidade, em que as partes têm por apenas objetivo, a recuperação do paciente.

6. REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de; **Da Responsabilidade Civil**, 9ª edição., Rio de Janeiro: Forense, 1994, v.1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2024.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2024.

CARVALHO, Bruna R. *et al*; **Erro Médico: Implicações Éticas, Jurídicas e Perante o Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Ciências Médicas, Campinas, 15(6): 539-546, novembro/dezembro, 2006.

BUCCI, Maria P. D., SEIXAS, Duarte C.; **Judicialização da saúde** - DIG . Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2017.

Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica: Resolução CFM n. 2.217/2018**. Brasília: CFM. 2019.

DIAS, João Á.; **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**. Coimbra: Coimbra, ed., 1996.

DINIZ, Maria Helena; **Curso de Direito Civil Brasileiro : Responsabilidade Civil – Volume 7** – 38. ed. – São Paulo : Saraiva Jur, 2024.

FILHO, Sergio C.; **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2023.

FRANÇA, Genival V. de; **Direito Médico** – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo; **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** v.3. 21ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023**.**

GONÇALVES, Carlos R.; **Responsabilidade Civil**. (20ª edição). Editora Saraiva, 2021.

KÜHN, Maria Leonor de S.; **Responsabilidade civil: a natureza jurídica da relação médico-paciente** . Barueri: Manole, 2002.

PAIXÃO, Carlos V. S.; **Limites Legais Para a Marcação de Consultas por Profissionais de Saúde**. Anuário Jurídico ANADEM, Brasília/DF, 2017.

STOCO, Rui; **Tratado de Responsabilidade Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARTUCE, Flávio; **Responsabilidade Civil**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel A.A.; **Manual de direito do consumidor: direito material e processual, volume único**.13. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Método, 2024.

VIEIRA, Ivo A.; **Inaplicabilidade do CDC no Suposto "Erro Médico"**. Anuário Jurídico ANADEM, Brasília/DF, 2017.