

MANUAL DIREITO DO CONSUMIDOR PARA PROFISSIONAIS DA ÁREA MÉDICA



MANUAL

DIREITO DO CONSUMIDOR PARA PROFISSIONAIS DA ÁREA MÉDICA



Autor

Dr. Hugo Rios Bretas

Coordenação

José Antonio Ramalho

Editor e Jornalista Responsável

Andrew Simek (DRT 10484/DF)

Revisão de Textos

Andrew Simek (DRT 10484/DF)

Isabella Queiroz

Enzo Blum (DRT 13356/DF)

Camila Gonzalez

Projeto Gráfico

Thallys Guilande

Diagramação

Thallys Guilande

SOBRE O AUTOR



Dr. Hugo Rios Bretas

Advogado. Graduado em Direito e pós-graduado em Direito Civil pela PUC Minas. Pós-doutorando, doutor e mestre em Direito Privado. Professor da UCA; das pós-graduações do Senac, da Unipac e da Milton Campos; e professor titular da graduação e da pós-graduação da Unifuncesi. Coordenador do grupo de pesquisas Gepam; das pós-graduações em Direito Público, Direito de Família e das Sucessões; e da pós-graduação em Direito Público, Constitucional e Ambiental. Conselheiro representante das Ciências Jurídicas no Consepe. Membro da OAB/MG. Responsável pelo setor de TCC da UCA.

PALAVRA DO PRESIDENTE.....	11
1 INTRODUÇÃO.....	13
1.1 Visão inicial: constitucional e principiologia.....	15
1.1.1 Princípio da vulnerabilidade.....	16
1.1.2 Princípio da boa-fé.....	18
1.1.3 Consentimento livre e esclarecido.....	20
1.1.4 Ética médica e responsabilidade.....	21
2 DIREITO SOCIETÁRIO, O POSICIONAMENTO TÍPICO DAS SOCIEDADES MÉDICAS..	22
3 CONCEITO DE CONSUMIDOR E PONTOS CENTRAIS.....	22
4 PRÁTICAS ABUSIVAS.....	27
5 RESPONSABILIDADE CIVIL E QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES.....	28
6 ESPECIFICIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL E DO MÉDICO..	31
7 ACIDENTE VERSUS INCIDENTE, CONFORME A TEORIA DA QUALIDADE.....	34
7.1 Os vícios e a responsabilidade.....	35
8 CONCLUSÃO.....	36
REFERÊNCIAS.....	37

PALAVRA DO PRESIDENTE

Fatores tecnológicos, sociais, econômicos, políticos, entre tantos outros, têm causado mudanças importantes na relação médico-paciente ao longo dos anos, principalmente no aspecto jurídico. Quando falamos em consumo, o paciente é considerado o mais vulnerável nesse vínculo, além de ser o destinatário final fático e econômico e hipervulnerável. Cabe ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) a função de equilibrar a relação entre os sujeitos contratuais.

Nesse sentido, o Dr. Hugo Rios Bretas apresenta, neste Manual, uma rigorosa análise dessa complexa relação composta de inúmeros direitos e deveres, e a faz sem ideologias, nem abordagens tendenciosas.

Este documento trata a autonomia privada como sendo o movimento jurídico vigente, além disso, aponta que esse discurso se dá com aparente desorganização e desequilíbrio social, no que se refere às relações e aos contratos de consumo. Portanto, entender esse contexto é fundamental para a compreensão do Direito do Consumidor na área médica.

Não há dúvidas da importância deste tema para profissionais e instituições de saúde, assim como para a área do Direito Médico e outros ramos da sociedade, ainda mais em um país que ocupa o segundo lugar no ranking mundial de realização de cirurgias estéticas e que tem tido, cada vez mais, crescimento da judicialização da saúde.

Diante desse cenário, o Dr. Hugo, e, aqui, me junto a ele, aponta a necessidade de evitarmos a banalização do CDC ou da “indústria” dos danos morais praticada por qualquer sujeito envolvido na relação de consumo. Nas próximas páginas, você terá acesso a todo esse conteúdo analítico, escrito de forma clara e imparcial.

Boa leitura!



Dr. Raul Canal
Presidente da Anadem



1 INTRODUÇÃO

A relação entre médico e paciente tem experimentado impactantes mudanças que se alastram por conta de incontáveis variáveis, como a tecnologia, a dinamicidade social e a econômica, além de fatores políticos. O fato é que essas mudanças, tão caras ao Direito Médico, devem sempre se inclinar ao humanismo.

A epistemologia do Direito Médico sempre gravita em torno da tensão principiológica entre a responsabilidade do médico *versus* a autonomia do paciente. Por isso, a árdua tarefa, tendo em vista a correlatividade e a limitação dos direitos fundamentais, consiste em harmonizar os referidos princípios centrais.

Acredita-se que o movimento jurídico vigente é de majoração da autonomia privada, bem como a valoração de discursos que favorecem a releitura da separação dos poderes, a (in)coerência do ativismo judicial e a inserção de um discurso de (i)legitimidade de um juiz criador normativo, além da mutação constitucional.



Foto: Reprodução | Freepik

Nesse breve tom crítico e introdutório, tem-se que o incremento do discurso da autonomia privada se dá com aparente desorganização e desequilíbrio social, muito convulsionado pela esterecedora covid-19, que atingiu o Direito Médico, na medida em que discursos como: a) o testamento vital já tem previsão no Enunciado 528 do Conselho de Justiça Federal (CJF), ao ponto de valorar a legitimidade de declarações formais que disponham sobre os cuidados existenciais, diante da eventualidade de determinadas máculas; b) a ortotanásia, que valora a autonomia privada do paciente,

também impulsionada pelo CJF, por meio do Enunciado 532; c) a autonomia progressiva do menor maduro, valorando-se a participação do menor em decisões, a depender da subjetiva verificação do grau de maturidade, conforme o Enunciado 138 do CJF, o que deve ser pensado com muito zelo e proteção ao menor, tendo em vista a sua vulnerabilidade; e d) não obstante a inviolabilidade do direito à vida, a eutanásia tem se tornado um discurso cada vez mais próximo dos Tribunais brasileiros. Aliás, até geograficamente essa discussão está cada vez mais iminente, a julgar pela legitimação dessa prática recentemente na Colômbia; por óbvio, não se pretende aqui exaurir o contexto dinâmico e de revisitações de institutos basilares do Direito Médico.

Ora, independentemente do cenário, o Direito deve ser altruísta, pois o seu destinatário é o homem, dotado de complexidades, traumas, inconsistências, finitude, angústias, além de um inelutável e irrefreável processo de envelhecimento. Por isso, as limitações biológicas exigem sempre reações jurídicas e médicas prestigiadoras, criativas e reinventadas, de modo a proteger racionalmente o ser humano, em seus bens jurídicos justificáveis; essa é a razão que convida os atores do Direito a encontrarem, em todas as discussões, a adequada filtragem e seleção hermenêutica. Nesse tom, faz sentido exaltar a interpretação que mais prestigie os direitos fundamentais.

Esse discurso inicial é decisivo para a compreensão mínima do contexto atual, e, a partir disso, é possível entender a influência desse movimento no Direito do Consumidor Médico. Isto é, uma das formas de se proteger os direitos fundamentais consiste na proteção ao consumidor, que é o paciente no contexto deste Manual.

Como ponto de partida para a compreensão do conteúdo proposto, configura-se relação de consumo o vínculo jurídico obrigacional firmado entre médico e paciente, tendo em vista o fato de que o paciente é presumivelmente vulnerável fisicamente, tecnicamente e economicamente. Além disso, o paciente é o destinatário final fático e econômico, pois contrai os serviços para si, sem almejar quaisquer vantagens econômicas a partir da relação.

Outro pressuposto importante se baseia no fato de que o paciente é hipervulnerável, pela razão de que tecnicamente desconhece as especificidades da ciência da medicina, além disso, tem a saúde como bem jurídico, existencialmente fundamental, envolvido diretamente na relação obrigacional. Por isso, o paciente é merecedor de tratamento diferenciado e protetor, a partir das regras de coercitividade estatal, bem como por meio da preventiva atuação regulamentadora e fiscalizadora, compreendendo-se que na atmosfera consumerista podem surgir outros personagens, como: a) a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon), na defesa não judicante do consumidor; b) as agências reguladoras, como a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que é a autarquia federal responsável pela fiscalização e pelo equilíbrio do mercado da saúde; e c) o Conselho Federal de Medicina (CFM), responsável pela fiscalização, inclusive legitimado a instaurar processos administrativos, os quais poderão implicar sanções deontológicas em face dos médicos autores de infrações éticas, como a advertência, a suspensão e a exclusão.

O tema é muito convidativo, inclusive para a discussão de erros médicos, a julgar pelo fato de que o brasileiro se destaca pela realização de cirurgias estéticas e pela cultura de saturar o Poder Judiciário. Nesse universo, repudiamos a banalização do Código de Defesa do Consumidor (CDC) ou a “indústria” dos danos morais.

Acredita-se que este material é contributivo para diversos profissionais da área da saúde ou não, incluindo hospitais, médicos, enfermeiros, pacientes e demais atores do Direito Médico e da sociedade, os quais devem ser sensíveis aos reclamos existenciais do paciente.

A produção deste Manual não significa uma saga ideológica de proteção ao médico ou ao paciente. Ao revés, trata-se de uma análise racional, proporcional, eclética e madura, no sentido de analisar a complexidade da relação, naturalmente bilateral, composta por direitos e obrigações.

1.1 Visão inicial: constitucional e principiologia

O Direito do Consumidor, a partir das lições de Rizzatto Nunes (2021), tem como principal objetivo a proteção ao consumidor, o que tem consonância com o discurso constitucional da ordem econômica, a qual se baseia na função social da propriedade, na defesa do consumidor, no meio ambiente, na livre concorrência, etc. Em outros termos, a visão constitucional não se constrói apenas a partir de um caráter econômico, amparado na livre iniciativa e na propriedade privada. Em linha complementar, a ordem econômica também se sustenta a partir de contornos solidaristas, insculpidos na justiça social, na função social e na defesa do consumidor, bem como no apoio às microempresas e empresas de pequeno porte. De modo que, a defesa do consumidor e a compreensão de sua vulnerabilidade é o ponto de início para a discussão do tema central. Trata-se da sensibilidade necessária para a compreensão do espírito do texto constitucional.

A defesa do consumidor tem status de princípio constitucional, com conotação material, isto é, trata-se de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, parágrafo quarto, da vigente Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Em termos teóricos, os princípios do Direito do Consumidor se desdobram em algumas esferas, como:

- princípios complementares ou constitucionais, que estão preceituados na vigente CF/88, tais como dignidade da pessoa humana, liberdade de locomoção, entre outros;
- princípios gerais, preceituados no artigo 4º do CDC, tratando-se da Política Nacional de Proteção ao Consumidor; estão, sobretudo, relacionados à defesa da saúde, à segurança, à vida e à transparência;

- princípios básicos, que estão preceituados no artigo 6º da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, entre os quais estão o estímulo à criação de associações protetivas, a boa-fé, a lealdade, a transparência, a proteção, a vulnerabilidade, por exemplo. Referente ao princípio da proteção, é importante destacar a revisão contratual, as perdas e os danos em favor do consumidor e até mesmo a inversão do ônus da prova, que pode se dar de ofício; e
- além disso, têm importância os princípios específicos, além dos princípios do Direito Médico, como a responsabilidade, a autonomia do paciente e o consentimento livre e esclarecido.

1.1.1 Princípio da vulnerabilidade

O princípio da vulnerabilidade é a interpretação fundada na sensibilidade, na solidariedade e na alteridade, capaz de compreender, tendo em vista a equidade e a isonomia, as fragilidades em determinadas hipóteses e situações, que exigem o olhar mais benevolente, diferenciado e protetivo, de modo a minimizar as injustiças, em busca do equilíbrio das relações humanas, a partir da proporcionalidade e atenuação dos abismos.

O ponto nevrálgico da vulnerabilidade é a verificação de que, a partir de uma análise social, econômica¹, física, emocional, processual e jurídica, determinadas pessoas são merecedoras de tutelas, cuidados e zelos específicos. Esse é o olhar sobre o qual o intérprete deve repousar as suas atenções, por isso, o idoso, tendo em vista as suas especificidades orgânicas e biológicas, marcadas pelo envelhecimento tendencialmente mais perceptível, tem o Estatuto do Idoso como ordenamento singular de amparo, a Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003. No mesmo horizonte, as crianças e os adolescentes, a julgar pelas imaturidades psíquica, física e emocional, têm o tratamento diferenciado. De modo que, seus atos jurídicos negociais em geral, se não houver a devida assistência ou representação, são nulos ou anuláveis.

E, por fim, cabe aqui sinalizar os consumidores, que, se pessoas físicas, serão presumivelmente vulneráveis, pois, quando comparados com os fornecedores, não têm acentuadamente as mesmas condições econômicas, técnicas, jurídicas ou processuais. Por esses fatores, por exemplo, o paciente idoso ou criança, amoldam-se à condição de consumidores hipervulneráveis.

Nesse horizonte acolhedor, o paciente é aquele que deposita no médico a confiança de sua saúde, isto é, deposita no detentor do conhecimento técnico as esperanças de melhoria ou de manutenção dos bens jurídicos vida, saúde, integridade física e emocional. Trata-se de uma relação

¹ Duas questões merecem atenção. A primeira delas diz respeito aos critérios para o reconhecimento da vulnerabilidade, além daqueles tradicionalmente identificados pela doutrina. Em especial, para efeito da interpretação do artigo 29 do CDC, a dependência econômica como critério para reconhecimento da vulnerabilidade. Afirma a jurisprudência que “em uma relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei 8.078/1990, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora”. (Miragem, 2021, p. 243).

verdadeiramente sensível, sobre a qual não há equilíbrio, por isso, o sacerdócio do profissional da medicina exige tanto zelo e proteção. Em outros termos, é uma relação que se baseia na necessidade de destacáveis cuidados, cuja confiança não deve ser abalada. Portanto, conforme o ordenamento pátrio, o paciente é vulnerável e o médico é hiperssuficiente, portanto, fornecedor. A título de complementariedade, segundo Filomeno (2018), o consumidor, perpassando pelas fases pré, contratual e pós-contratual, é considerado vulnerável, a partir da seguinte lente:

Por vulnerabilidade, há de se entender a fragilidade dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao aspecto econômico e de poder aquisitivo, quer no que diz respeito às chamadas informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor ou ainda técnica. Ora, referidas informações, que podem ser, por exemplo, verdadeiras ou falsas, ou então desatenderem às expectativas dos consumidores, mediante oferta, publicidade ou apresentação (embalagens, bulas de remédios, manuais de uso, cartazes e outros meios visuais), apresentando-se, por conseguinte, na fase chamada pré-contratual. Essa vulnerabilidade ainda está presente na fase de contratação na aquisição de um produto ou da prestação de um serviço. Sabendo-se que hoje em dia, dada a massificação da produção e, conseqüentemente, do crédito e das vendas, a grande maioria dos contratos é de adesão, ou seja, contrato em que as condições gerais e cláusulas são unilaterais e previamente ditadas por apenas uma das partes, cabendo à outra tão-somente aceitá-las ou não, é grande o risco de prejuízo ao consumidor, parte mais fraca. E por último essa vulnerabilidade se manifesta na fase pós-contratual, em que podem surgir vícios ou defeitos, tornando os produtos adquiridos ou serviços contratados inadequados aos fins aos quais se destinam, ou então nocivos ou perigosos à incolumidade física ou saúde dos consumidores que, além disso, poderão experimentar prejuízos em decorrência desses mesmos vícios ou defeitos. (Filomeno, 2018, p. 14).



Foto: Reprodução | Freepik

Segundo Cláudia Lima Marques, ao analisar a formação dos contratos no âmbito consumerista, “a ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre o consumidor e o fornecedor”. (Marques, 2002, p. 594).

Sobre a vulnerabilidade, em casos concretos de erro médico, por exemplo, o paciente nas fundamentações de sua peça processual, por prática, invoca a vulnerabilidade processual e o CDC. Assim, o paciente costuma requerer ao Poder Judiciário a inversão do ônus da prova, de modo que o médico precisará demonstrar que a falha não aconteceu. Portanto, deixa-se o fardo probatório para o profissional médico, carecendo de juntar todo o seu repertório probatório e demonstrar que, em verdade, não foi negligente, imprudente ou imperito, ou demonstrar a ausência denexo causal, ou mesmo de dano.

Então, a vulnerabilidade se desdobra em diversas espécies, sendo certo que todas elas podem ser contributivas para a configuração de uma relação de consumo. Entre as vulnerabilidades, relevantes para a compreensão de consumidor, são estudadas a econômica, técnica, informacional, processual e jurídica.

1.1.2 Princípio da boa-fé

Segundo Bretas (2022), se a boa-fé não instruir os comportamentos humanos, fadada estará a sociedade à crise. Afinal, esse princípio é o orientador, em termos de eticidade, do legislador brasileiro na construção dos textos constitucionais e infraconstitucionais.

A boa-fé objetiva integrativa exige que os comportamentos respeitem os deveres de lealdade, cooperação e transparência. No mesmo sentido, quando o Direito Civil Contratual transmite a ideia de equilíbrio, tanto originário quanto derivado, tal princípio é respeitado. Por isso, ao se celebrar qualquer contrato de prestação de serviços, no âmbito da relação consumerista médica, não pode haver cláusulas nocivas ao médico e ao paciente. Por exemplo, não faz sentido algum que o médico exija do paciente um período de internação maior do que o necessário.

Desde a formação, por meio das negociações preliminares, bem como na fase de proposta e de celebração do contrato, o equilíbrio entre os sujeitos contratuais deverá estar presente. Por esse motivo, a relação médico-paciente deve ser marcada pelo equilíbrio, tendo em vista as especificidades de cada um dos personagens. Não se pode admitir, por exemplo, que o contrato de prestação de serviços médicos afaste os cuidados pós-cirúrgicos do paciente ou que, durante o parto, a paciente obrigue o médico a admitir todos os familiares para presenciarem a atuação médica. De modo que a relação é bilateral, firmada em parâmetros de razoabilidade, lealdade, transparência e equilíbrio.

A boa-fé objetiva ainda pode ter um aspecto limitativo, que demonstra que ações e omissões não podem se dar de modo desenfreado e sem critérios, sob pena de desequilíbrios. A boa-fé subjetiva, por outro lado, transmite a complexa ideia de pensar na intenção da mente humana, consistindo em compreender as particularidades dos sujeitos contratuais. Nessa discussão, em caráter complementar:

[...] uma determinada relação jurídica (e em especial por um contrato) que lhe imponha especiais deveres de conduta, ela infringirá a boa-fé sempre que não proceder em conformidade com tais deveres, qualquer que seja o motivo da desconformidade: pode ser uma atitude dolosa, uma situação meramente culposa, ou até um estado de ignorância não culposa, nas hipóteses-limite em que seja cogitável uma situação dessa natureza, ainda associada a uma obrigação de agir segundo padrões determinados. (Noronha, 1994, p. 139).

Nesse mesmo sentido, trata-se de uma cláusula geral, que se concatena ao discurso da ordem pública, nos termos do artigo 2.035 do vigente Código Civil – CC – (Brasil, 2002), e aos princípios gerais do Direito, a partir da tese de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

Conforme trabalhado no Manual de Publicidade Médica, publicado pela Anadem, em 2020, o médico não pode vincular o seu nome a qualquer tipo de propaganda enganosa. Além disso, foi analisado que a enganiosidade está ligada à incompatibilidade entre a realidade e as informações transmitidas no anúncio. (Bretas, 2020).

Com esse mesmo raciocínio, não pode haver propaganda de método, procedimento, substância, técnicas sem comprovação ou inadmitidas pela comunidade científica. Em semelhante sentido, não pode o médico vincular o seu nome a quaisquer matérias, artigos ou temáticas vazias de lastro ou rigor científico. Esses impedimentos são vitais para evitar o desequilíbrio fraudulento do mercado. Em termos breves, segundo o artigo 37 do CDC, a publicidade enganosa não se confunde com a abusiva, na medida em que aquela se dá na indução ao erro, a partir de informações viciadas, isto é, trata-se de fraude da verdade. Por outro lado, a publicidade² abusiva, também marcada pela vicissitude e pela deslealdade, carregada de maior gravosidade, na medida em que suas informações tocam em ambientes mais sensíveis, como a saúde, ou quando os destinatários da informação são vulneráveis, como é o caso das crianças. Por isso, aqui sugerimos o máximo de zelo publicitário aos profissionais da área médica, atentos aos comandos deontológicos e do CFM, na medida em que a falha publicitária no âmbito médico, implicará, tendencialmente, a publicidade abusiva³.

Sobre a abusividade nas relações de consumo, inclusive médicas, é firmado o entendimento de que o Juiz deverá anular de ofício⁴, isto é, sem mesmo ser provocado pelas partes, quando se deparar com cláusula marcada pela nulidade.

2 Nos termos do artigo 1º da Resolução n.º 1.701, de 2003, do CFM: “é a comunicação ao público por qualquer meio de divulgação, de atividade profissional de iniciativa, participação e anuência do médico”. (Conselho Federal de Medicina, 2003). Em idêntico sentido está o artigo 1º da Resolução n.º 1.974, de 2011. (Conselho Federal de Medicina, 2011).

3 É abusiva, dentre a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

4 Segundo Madureira: “assim, o reconhecimento junto ao Poder Judiciário de abusividade de cláusulas contratuais deve e pode ser analisado pelo Julgador, e, de acordo com o caso concreto, o magistrado deverá se manifestar sobre convenção contrária a preceitos de ordem pública (artigo 1º, artigo 39 e artigo 51, inciso IV do CDC, entre outros), que, por exemplo, traz vantagem excessiva ao fornecedor. Dessa forma, é certo que a decisão que pronuncia, de ofício, a abusividade/ilegalidade das cláusulas constantes nos contratos de consumo não ofende a princípio do tantum devolutum quantum appellatum, vez que, nos recursos, quando há matéria de ordem pública, além da incidência do efeito devolutivo, pode ocorrer o efeito translativo”. (Madureira, 2017, p. 1).

Conforme Bretas (2020), na publicidade médica, sob pena de infração, o anúncio precisa conter uma série de informações peculiares aos profissionais da área da saúde, bem como de todos aqueles direta ou indiretamente envolvidos na publicidade, de forma a salvaguardar a transparência, a boa-fé, a lisura e a responsabilidade. As informações são as seguintes: 1. Nome do profissional; 2. Especialidade e/ou área de atuação, quando registrada no Conselho Regional de Medicina (CRM); 3. Número da inscrição no CRM; e 4. Número de Registro de Qualificação de Especialista (RQE), se o for.

Nas sociedades que ofereçam serviços médicos particulares deve haver as seguintes informações:

- nome completo do médico no cargo de diretor técnico médico; registro do profissional junto ao CRM; nome do cargo para o qual o médico está oficialmente investido; e número de RQE, se for o caso.

Por outro lado, nos serviços médicos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), na publicidade deverá constar as seguintes informações:

- nome completo do médico no cargo de diretor técnico médico da unidade mencionada; registro do médico junto ao CRM, contemplando a numeração e o estado relativo; nome do cargo para o qual o médico está oficialmente investido; e número de RQE, se for o caso.

1.1.3 Consentimento livre e esclarecido

Em quaisquer debates biojurídicos é necessária não só a análise sobre a responsabilidade médica, como também a autonomia do paciente. Desse modo, conforme o CC de 2002, em especial nos termos dos artigos 11 e 13, não poderá haver intervenções em face do paciente, na contramão de sua vontade.

O consentimento livre e esclarecido está ligado aos direitos fundamentais de primeira geração, isto é, trata-se do direito individual fundamental à liberdade. Dessa forma, as interferências médicas deverão ocorrer a partir de leais e transparentes informações, cientificando o paciente ou interlocutor acerca dos riscos e dos procedimentos que serão adotados. Em decorrência dessa transparência, o paciente poderá exercer a melhor decisão possível.

Sobre o consentimento livre e esclarecido, entende-se que as informações médicas devem ser robustas o suficiente para abastecer o paciente de compreensão. Desse modo, munido de todas as inteligíveis e acessíveis informações transmitidas pelo profissional, será viabilizado o exercício da autonomia decisória do paciente. Nesse sentido, um interessante caso foi julgado pelo STJ, em processo de origem do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN), que não se

baseou estritamente no erro médico, ao revés, firmou o entendimento na imprecisão informacional do médico. Trata-se de um caso envolvendo a morte de um paciente após a aplicação de anestesia na preparação de cirurgia. Complemente-se que o Tribunal atenuou a condenação do profissional médico, partindo-se da premissa de que o fato aconteceu em 2002, época segundo a qual a compreensão do relacionamento entre médico e paciente é diferente dos dias atuais:

Com base no reconhecimento de falha no dever de informação, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reformou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) e condenou um cirurgião e um anestesista ao pagamento de danos morais à família de paciente que morreu após a aplicação de anestesia na preparação de cirurgia para correção de ronco. Apesar de verificar a responsabilidade dos profissionais, o colegiado limitou os danos morais a R\$ 10 mil para cada um dos dois autores da ação, por considerar, entre outros fatores, que o fato ocorreu em março de 2002, quando não eram habituais a prestação de informação clara e precisa ao paciente nem a participação deste na tomada de decisões médicas [...]. Em relação ao valor dos danos morais, contudo, o ministro comentou que, ao longo dos últimos 30 anos, a medicina vem passando por uma significativa evolução, deixando para trás um modelo “sacerdotal” – em que o doente não participava da discussão sobre o tratamento – e adotando o modelo de “participação mútua” – no qual o paciente atua na tomada de decisão sobre o procedimento sugerido. Hoje em dia, afirmou o relator, é comum se obter o consentimento livre e informado do paciente, inclusive por escrito e mediante informações detalhadas, especialmente no caso de cirurgias. No entanto, destacou, não há como ignorar que o fato em discussão no processo aconteceu há mais de 20 anos, “época em que não havia, ainda, a prática usual em relação à prestação de informação clara e precisa ao paciente”. (Superior Tribunal de Justiça, 2022).

1.1.4 Ética médica e responsabilidade

Os profissionais da medicina devem seguir, na administração de sites e no exercício da profissão, as normas éticas da profissão, sob pena de responsabilidade civil, caso as ações ou omissões, as informações e os produtos comercializados gerem danos em face de quaisquer pessoas. Outro ambiente da ética médica está associado à necessidade de que todas as informações veiculadas sobre o profissional sejam verdadeiras. De maneira que, é vedado, por óbvio, que o profissional da área médica divulgue, em quaisquer sites, congressos ou meios, especialidade que efetivamente não tenha concluído, assim como é vedado anunciar qualquer formação acadêmica que de fato não possua ou ainda especialidade não reconhecida pelo Conselho competente.

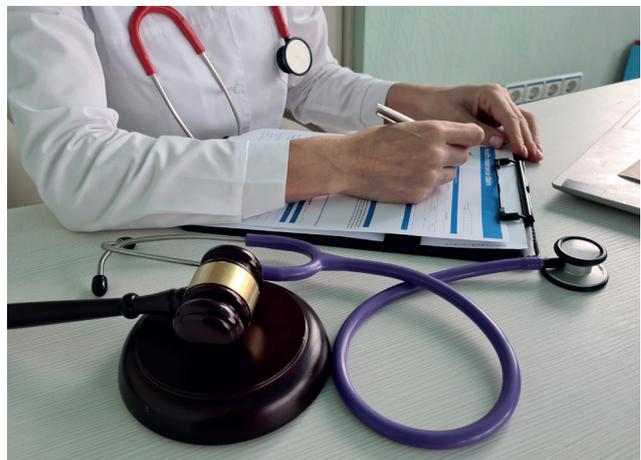


Foto: Reprodução | Freepik

No âmbito consumerista, reitera-se que a responsabilidade do médico é subjetiva, isto é, carece de comprovação da culpa, que é composta por negligência, imperícia ou imprudência, a qual não se considera quando ficar evidente que o profissional empregou todos os conhecimentos

científicos disponíveis⁵ à época dos fatos; a título de exemplo o STJ condenou⁶ um médico a pagar indenização no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) por conta de uma perfuração acidental no intestino do paciente.

2 DIREITO SOCIETÁRIO, O POSICIONAMENTO TÍPICO DAS SOCIEDADES MÉDICAS

No Direito Societário, tipicamente as sociedades médicas, compostas por profissionais intelectuais, conforme o artigo 966, parágrafo único, do CC de 2002, formarão sociedades civis ou simples. Nesse sentido, comumente os profissionais intelectuais, notadamente os médicos, têm verdadeiros códigos específicos éticos, cujo propósito não é outro senão tratar a publicidade de modo diferente das sociedades empresárias típicas, na qual a agressividade publicitária é maior.

3 CONCEITO DE CONSUMIDOR E PONTOS CENTRAIS

Conforme o CDC, a Lei n.º 8.078/1990, em seu artigo 2º, consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. (Brasil, 1990).

Nesse dispositivo, a expressão “destinatário final” é subjetiva e dá margem a diversas interpretações, motivo pelo qual insurgem três teorias básicas. Antes de trazer as três teorias e verificar a dominante, é interessante pensar sobre o significado ou a morfologia dessa expressão. A ideia de destinatário transmite a noção de que o serviço é prestado ou o produto é criado justamente para atingir alguém, isto é, ao prestar o serviço penso em alguém que deseja consumir o produto. Por óbvio, a perspectiva de ser destinatário final exige sensibilidade, no sentido de compreender os reclamos ou as necessidades do público para o qual estou direcionando o serviço ou o produto, além de exigir verdadeira interação mercadológica.

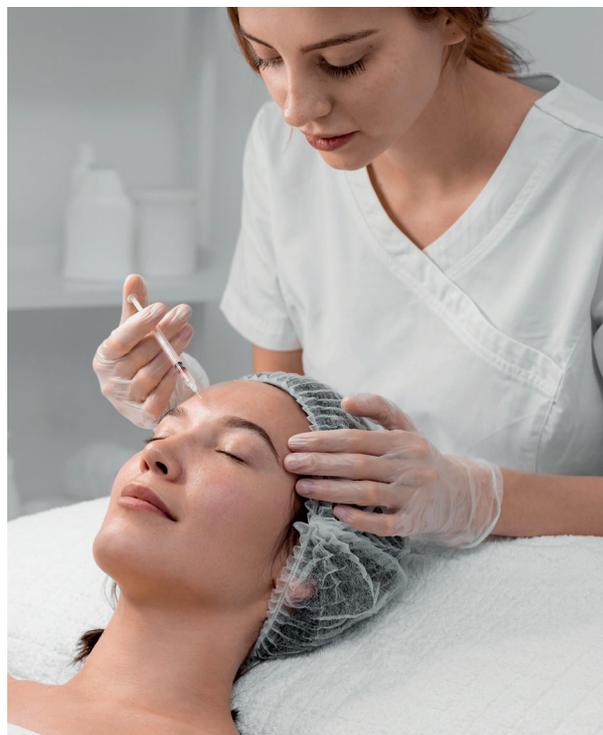


Foto: Reprodução | Freepik

⁵ Há erro escusável, e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e as regras da sua ciência, chega a uma conclusão falsa, possa, embora, advir daí um resultado de dano ou de perigo. (Aguar Júnior, 2000, p. 14).

⁶ Por considerar que o montante fixado a título de compensação por danos morais era irrisório, e que os juros de mora devem incidir na data em que é configurado o erro médico causador do dano, o STJ deu provimento ao recurso especial interposto por familiares de uma mulher que morreu após perfuração acidental no intestino. (Saliba, 2021).

Os prestadores de serviços estéticos aumentam pelo fato de que a sociedade valoriza a estética, ainda que artificialmente concebida. Afinal, as relações intersubjetivas humanas profissionais, econômicas, afetivas e sociais valorizam a estética. Em outros termos, a estética produz resultados. Por isso, não haveria o destinatário final, com públicos de elevadas proporções, se o mercado não aspirasse por esse serviço. Ora, o paciente que se submete a uma cirurgia de preenchimento facial é destinatário final, pois a cadeia de fornecimento se encerra nele. Nesse viés, determinados produtos concebidos nas fábricas tentam alcançar as clínicas médicas, e, por conseguinte, as referidas clínicas, por meio dos profissionais, buscam utilizar esses produtos na realização da cirurgia. Ou seja, existe uma série de etapas: desde a fabricação do produto, passando pelas clínicas, até o produto ser utilizado pelo paciente. Em outros termos, a cadeia de fornecimento e o ciclo de consumo têm seus pontos de partida e de chegada.

A condição de destinatário final econômico exige a não percepção da finalidade lucrativa ou econômica; por exemplo, existe finalidade econômica, quando uma paciente realiza procedimentos estéticos para obter sucesso em concursos de beleza. Entretanto, para fins legais, apesar dessa finalidade, não deve haver o afastamento da condição de consumidora, pois ela continua sendo a responsável pela interrupção da cadeia de fornecimento, portanto destinatária final fática e vulnerável.

A primeira teoria é a maximalista, segundo a qual consumidor é o destinatário final fático: aquele que adquire o produto ou serviço para uso próprio. Essa teoria tem o propósito de acolher o maior número possível de relações jurídicas como de consumo.

Nem todas as situações fáticas merecem ser tratadas como relações de consumo, sob pena de banalizar e subestimar o conceito de consumidor, de vulnerabilidade e equidade; por exemplo, um determinado médico, diretor de um hospital, adquiriu algodão para utilização em seus pacientes durante as consultas. Em primeiro lugar, quem fará a utilização final do produto, isto é, interromperá a cadeia de fornecimento e de consumo, será o paciente. Além disso, o médico adquiriu o algodão com a finalidade estritamente econômica, ou seja, o algodão foi adquirido para fins lucrativos. Nessa hipótese, não devemos considerar o médico destinatário final fático, pois ele não utilizará algodão para consumo próprio; a propósito, também não será destinatário final econômico, tendo em vista a intenção lucrativa. Por outro lado, é latente que esse médico deve ser considerado vulnerável, por exemplo, quando adquire o algodão de uma rede de drogarias.

Imaginemos um médico que adquira armários planejados para o seu consultório. Nessa hipótese, o médico é destinatário final fático, na medida em que o referido produto será por ele utilizado, assim como, não se projeta na atividade-fim, a prestação de serviços médicos, a obtenção de vantagens econômicas diretas por conta da aquisição dos armários. Assim, estamos diante de um médico que se amolda também à condição de destinatário final econômico; além disso, ele é vulnerável tecnicamente, pois não é dotado de competência técnica em design de interiores. Por isso, há um abismo de conhecimentos técnicos entre a empresa que planejou os armários, posicionada como fornecedora, *versus* o médico.

Ainda sobre o universo da compra e venda celebrado por médicos, o STJ, no informativo 556⁷, considera não haver contrato de consumo entre o fornecedor de equipamento médico-hospitalar e o médico que o adquiriu, por meio de contrato de compra e venda. Sobre esse julgado, tratava-se da aquisição de aparelhos de ultrassom, indexando-se a compra ao dólar. Nesse julgado, o Tribunal entendeu que o médico adquirente do aparelho não deve ser posicionado como destinatário final. De modo específico, considero que o médico não é destinatário final econômico, ante o propósito lucrativo existente em relação ao aparelho. Além disso, o aparelho não será usado pelo profissional da medicina. Por isso, o médico é posicionado como intermediário.

A segunda teoria é a finalista, minimalista ou subjetivista, conforme a qual, consumidor é o destinatário final fático e econômico.

Afinal é a teoria finalista mitigada ou aprofundada que é a dominante e a adotada pelo STJ, a qual sustenta que consumidor é o destinatário final fático, econômico e vulnerável, além de trabalhar as hipóteses de consumidor por equiparação. Em convergência a essa visão e ainda acrescentando a não profissionalidade:

O conceito jurídico de consumidor (padrão ou standard), recordamos as suas características marcantes, a saber: a) posição de destinatário fático e econômico quando da aquisição de um produto ou da contratação de um serviço. O destinatário fático, ainda que possa receber a tutela legal em virtude de outras situações, não estará incluído no conceito de consumidor padrão; b) aquisição de um produto ou a utilização de um serviço para suprimento de suas próprias necessidades, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, e não para desenvolvimento de outra atividade negocial, significa dizer, ausência de intermediação, de reaproveitamento ou de revenda; c) não profissionalidade, como regra geral, assim entendida a aquisição ou a utilização de produtos ou serviços sem querer prolongar o ciclo econômico desses bens ou serviços no âmbito de um comércio ou de uma profissão. Excepcionalmente, de se conferir ao destinatário fático, profissional, a qualidade de consumidor quando preencher, cumulativamente, duas condições, não presumíveis e, portanto, que devem ser cabalmente comprovadas pelo mesmo: (1) aquisição de um produto ou contratação de um serviço fora de seu campo de especialidade profissional ou comercial; e (2) pequena dimensão da empresa ou do profissional, de tal sorte que se evidencie a sua vulnerabilidade; d) vulnerabilidade em sentido amplo (técnica, jurídica ou científica, fática ou socioeconômica e psíquica), isto é, o consumidor é reconhecido como a parte mais fraca da relação de consumo, afetado em sua liberdade pela ignorância, pela dispersão, pela desvantagem técnica ou econômica, pela pressão das necessidades, ou pela influência da propaganda. (Cavaliere Filho, 2022, p. 105).

A referida teoria dominante atenuou a condição de destinatário final econômico, pois apesar de determinada pessoa ter algum interesse econômico, na aquisição do produto ou do serviço, se for constatada a vulnerabilidade, possível será o acolhimento do CDC em favor do vulnerável. Senão vejamos:

⁷ Não há relação de consumo entre o fornecedor de equipamento médico-hospitalar e o médico que firma contrato de compra e venda de equipamento de ultrassom com cláusula de reserva de domínio e de indexação ao dólar americano, na hipótese em que o profissional de saúde tenha adquirido o objeto do contrato para o desempenho de sua atividade econômica [...]. Por isso, fala-se em destinatário final econômico (e não apenas fático) do bem ou serviço, haja vista que não basta ao consumidor ser adquirente ou usuário, mas deve haver o rompimento da cadeia econômica com o uso pessoal a impedir, portanto, a reutilização dele no processo produtivo, seja na revenda, no uso profissional, na transformação por meio de beneficiamento ou montagem ou em outra forma indireta. Desse modo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário). Na hipótese em foco, não se pode entender que a aquisição do equipamento de ultrassom, utilizado na atividade profissional do médico, tenha ocorrido sob o amparo do CDC. REsp 1.321.614-SP, Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 16/12/2014, DJe 3/3/2015. (Superior Tribunal de Justiça, 2015).

A relatora do recurso especial, ministra Nancy Andrighi, afirmou que o reconhecimento da condição de consumidor, com base na definição da teoria finalista, exige a utilização do produto ou do serviço como destinatário final. O STJ, no entanto, adota a teoria finalista mitigada, segundo a qual o sistema protetivo do CDC pode ser aplicado no caso de quem, mesmo adquirindo produtos ou serviços para o desenvolvimento de sua atividade empresarial, ostenta vulnerabilidade técnica ou fática diante do fornecedor. (Superior Tribunal de Justiça, 2023).

A partir da teoria dominante, conforme o artigo 4º do Código de Proteção ao Consumidor, a pessoa física é presumivelmente vulnerável⁸; contudo, a pessoa jurídica também pode ser consumidora, desde que prove a sua vulnerabilidade. Trata-se de raciocínio que foi uma vez mais acentuado pela jurisprudência do STJ⁹.

O paciente se encaixa no conceito de consumidor propriamente dito, em atenção ao disposto no artigo 2º do atual Código de Proteção ao Consumidor, em seu *caput*. Por outro lado, também esse diploma abarca os consumidores por equiparação¹⁰, situação conhecida como *bystander*, que são aqueles que, apesar de não terem celebrado direta e imediatamente a relação de consumo, sofrem prejuízos reflexos por conta da relação consumerista originária, que foi marcada por um acidente. Por exemplo, quando estivermos diante de um familiar¹¹ do paciente, que demonstra que sofreu prejuízos.

O fato é que a incidência do CDC¹² nas hipóteses de erro médico, tendo em vista o discurso defensivo, ante o reconhecimento da vulnerabilidade do paciente, deve ser pensada com alto grau de razoabilidade, sob pena de uma atmosfera jurisdicional incontrolável. A título de exemplo, no contexto dos planos de saúde, vejamos o cenário judicial:

O atual cenário da judicialização da saúde no Brasil é desanimador, há um aumento expressivo no volume das demandas judiciais. Segundo o Grupo de Estudos sobre Planos de Saúde – GEPS, da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, que acompanha os dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo há alguns anos, ao divulgar análise em fevereiro de 2020, demonstra que este tribunal julgou, em 2019, 135 ações por dia contra planos de saúde, no total de 34.613, sendo 20.990

8 O TJDF acolheu o entendimento de que a pessoa física é vulnerável por presunção absoluta, isto é, independentemente da produção de prova em contrário. Por outro lado, a pessoa jurídica pode ser acolhida pelo ordenamento consumerista na condição de vulnerável, desde que produza provas suficientes para atestar a sua fragilidade no caso concreto. Senão vejamos: “a vulnerabilidade é o conceito que fundamenta todo o sistema consumerista, o qual busca proteger a parte mais frágil da relação de consumo, a fim de promover o equilíbrio contratual. A vulnerabilidade da pessoa física consumidora é presumida (absoluta), mas a da pessoa jurídica deve ser aferida no caso concreto”. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2021).

9 A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por unanimidade, decidiu que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não pode ser aplicado à relação jurídica firmada entre uma empresa vendedora de ingressos eletrônicos para eventos e uma sociedade especializada em serviços de intermediação de pagamentos on-line, pois não houve demonstração de vulnerabilidade de uma parte frente à outra. (Superior Tribunal de Justiça, 2023).

10 “[...] o conceito é ampliado pelo parágrafo único do próprio art. 2º e cresce pela disposição do art. 29. Complementa-se pelo art. 17, na inclusão das vítimas de acidente de consumo”. (Nunes, 2021, p. 79).

11 Importante levantar aqui outra questão de alto relevo envolvendo dois tipos de terceiros: a) os familiares do consumidor diretamente atingido e que por conta do acidente de consumo tenha falecido; b) os familiares do terceiro — consumidor equiparado — envolvido no acidente de consumo e que por causa do evento danoso tenha falecido. Em ambos os casos, os familiares dos consumidores vítimas do acidente — quer sejam consumidores diretos, quer sejam equiparados — têm direito a indenização de natureza material e moral. Isso porque a amplitude da lei consumerista no que respeita à indenização devida ao consumidor, garantindo de um lado sua esfera patrimonial, alcança seus sucessores e pessoas com interesse jurídico na questão, e, assegurando de outro a recomposição dos danos de natureza moral, no caso de falecimento, abrange aqueles que estão a padecer a dor da perda. (Nunes, 2021, p. 79).

12 Após essa caminhada, devemos cravar que o peculiar Código de Defesa do Consumidor, ante a sua dimensão temática e singularidades é um microsistema. Assim, segundo Filomeno: E é disso que se cuida, quando se fala no Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, um verdadeiro microsistema jurídico, por conter: (a) princípios que lhe são peculiares (isto é, a vulnerabilidade do consumidor, de um lado, e a destinação final de produtos e serviços, de outro); (b) por ser interdisciplinar (isto é, por relacionar-se com inúmeros ramos de direito, como constitucional, civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo etc.); (c) por ser também multidisciplinar (isto é, por conter em seu bojo normas de caráter também variado, de cunho civil, processual civil, processual penal, administrativo etc.). (Filomeno, 2021, p. 12).

sentenças de primeira instância e 13.623 de segunda instância. Sendo que em 2011, o número de ações atingiu a casa dos 7 mil, ou seja, houve um crescimento de 387% em oito anos. A cidade de São Paulo é a que concentra mais da metade dos processos no Estado, das mais de 13 mil decisões do Tribunal, 53,8% são da capital. Nas decisões analisadas em 2018, 92,4% são favoráveis ao paciente, sendo 88% acolhido integralmente o pedido e 4,4 acolhido em parte. O motivo das decisões judiciais é quase sempre relacionado à exclusão de cobertura ou negativas de atendimento, com 51,7% dos processos, seguido de reajuste de mensalidade, com 28,2%. Ainda segundo o levantamento, o número de decisões judiciais cresce em ritmo mais acelerado do que a evolução da população que tem planos de saúde, o que pode ser preocupante para as operadoras. Recomenda-se, especialmente, que haja adequação das normas protetivas e de defesa do consumidor na regulação dos planos de saúde. (Gregori, 2021, p. 316).

Por outro lado, em caráter complementar e estritamente relacional ao conceito de consumidor, nos termos do artigo 3º do CDC, fornecedor é:

Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (Brasil, 1990).

Ao destrinchar esse conceito, para ser fornecedor¹³ é necessário que haja, como regra geral:

1. Habitualidade, isto é, não ser eventual, episódico, raro; com a devida ponderação, em termos inclusive deontológicos, se o médico estiver inscrito perante o Conselho Médico competente, isso o permite atuar e exercer com alta ou baixa frequência. Entretanto, ainda que o profissional exerça raramente a medicina, não há em termos normativos a previsão de afastamento da incidência do CDC.
2. Remuneração direta ou indireta, caracterizada por meio de condutas que visem a atrair o consumidor para a aquisição de produto ou de serviço. Nesse tom reflexivo:

Por isso é que se pode e se deve classificar remuneração como repasse de custos direta ou indiretamente cobrados. No que respeita à cobrança indireta, inclusive, destaque-se que ela pode nem estar ligada ao consumidor beneficiário da suposta “gratuidade”. No caso do cafezinho grátis, pode-se entender que seu custo está embutido na refeição haurida pelo próprio consumidor que dele se beneficiou. No do estacionamento grátis no shopping, o beneficiário pode não adquirir qualquer produto e ainda assim tem-se de falar em custo. Nesse caso é outro consumidor que paga, ou melhor, são todos os outros consumidores que pagam. (Nunes, 2021, p. 53).

3. Profissionalismo, que é marcada pelo domínio de técnicas e habilitações específicas, diferenciadoras de conhecimentos diversos do público em geral.

¹³ Os fornecedores, de modo geral, desdobram-se em:

1. Reais;
2. Presumido (Importador); e
3. Aparente (comerciante). Nessa dimensão, os médicos e hospitais melhor se encaixariam na modalidade de fornecedores reais.

Apesar desses pressupostos aparentes, é possível pensar, por força normativa e pela eloquência da vulnerabilidade, que pode haver a configuração da relação de consumo, apesar da gratuidade e da ausência de habitualidade do fornecedor, na medida em que o médico, por mais que exerça de modo episódico ou gratuito o seu *munus*, terá sobre si toda a carga normativa de responsabilidade.

Na relação médico-paciente, este é sempre pessoa natural, jamais jurídica, por óbvio. Isto é, o paciente tem existência biológica e é dotado das integridades psíquica e corpórea, envolto de sua personalidade e dignidade, portanto. Por outro lado, o fornecedor é figura ocupada pelo médico ou hospital, por exemplo:

Permeiam o conceito de fornecedor, como se vê, as ideias de atividades profissionais, habituais, com finalidades econômicas – o que nos leva a crer que o legislador quis se referir às atividades negociais, dentro de um perfil organizado e unificado, com vistas à satisfação de um fim econômico unitário e permanente. (Cavaliere Filho, 2022, p. 111).

4 PRÁTICAS ABUSIVAS

A abusividade, tendo em vista a dicção do artigo 187 do CC de 2002, significa a prática de condutas que revelem o excesso aos limites previstos pelo ordenamento pátrio. A partir desse dispositivo, a abusividade atrai a responsabilidade objetiva, isto é, dispensa-se a discussão sobre a culpa, bastando o nexo de causalidade e o dano.

As práticas abusivas estão previstas em Lei, especificamente no artigo 39 do CDC, e são constantemente interpretadas e revidas pelos Tribunais; no contexto do Direito Médico, fala-se comumente da abusividade¹⁴ dos planos de saúde, a partir de um olhar sensível também da ANS, autarquia federal fiscalizadora. Dentre as abusividades nesse universo, conforme Maier (2023), destaque-se a abusividade na cobrança por atendimentos médicos que pratiquem valores dissonantes e superiores aos limites previstos para consultas e procedimentos médicos, na contramão das diretrizes da Agência.

Além disso, outras práticas abusivas podem ser pensadas, como o condicionamento quantitativo, vulgarmente conhecido como “venda casada”, nos termos do artigo 39, inciso I, do CDC, por exemplo: uma determinada clínica de saúde estabelece que o paciente deverá, caso precise de atendimentos psiquiátricos, ginecológicos e nutricionais, contratar os profissionais necessariamente vinculados ao núcleo, sob pena de não atendimento; o TJDF julga que a cobrança de consulta médica de retorno¹⁵ configura prática abusiva. Essa interpretação é coesa, pois coloca de fato uma

14 Elton Fernandes elenca as práticas abusivas espantosamente praticadas pelos planos de saúde: 1. Cobertura para quimioterapia negada; 2. Dificuldade na liberação de home care pelo plano de saúde; 3. Negativa de cobertura para cirurgias plásticas como redução de mama ou retirada de excesso de peles; 4. Limitação do número de consultas, exames e terapias; 5. Negativa de cobertura para medicamentos de alto custo; 6. Aplicação de reajustes abusivos nas mensalidades dos planos; e 7. Negativa de liberação para exames e medicamentos fora do rol da ANS.

15 A 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do DF manteve a sentença que condenou o Hospital das Clínicas e Pronto-Socorro de Fraturas de Ceilândia a indenizar paciente pela cobrança de consulta médica de retorno. O Colegiado classificou a cobrança como abusiva [...]. A cobrança por uma nova consulta mesmo dentro do prazo de quinze dias da primeira consulta se mostra abusiva, haja vista

condição excessivamente onerosa em face do paciente, com fundamento no artigo 39, inciso V, do Código de Proteção ao Consumidor.

Em discussão similar, também deve ser considerada abusiva a exigência¹⁶ de cheque caução, como pressuposto de internação hospitalar, o que implicaria a consumação de danos morais e flerta com os vícios do consentimento coação¹⁷ e estado de perigo¹⁸, o que, por si só, são causas que invalidam o contrato.

Outra abusividade decidida pelo TJSP disse respeito ao fato de a instituição médica se negar¹⁹ a firmar atestado de óbito de parente. Por conta desse imbróglio, o referido Tribunal condenou a cooperativa médica ao pagamento de indenização de R\$ 33,9 mil, a título de danos morais.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL E QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES

A responsabilidade²⁰ dos fornecedores, como regra, é objetiva, a qual só depende de dano, seja físico ou intelectual, além do nexo de causalidade²¹, que consiste na observância da ligação entre o fato e o dano, além de solidária; porém, em relação ao profissional liberal²², como é o caso dos médicos, em virtude de seus serviços intelectuais diferenciados, será subjetiva. Por isso, de antemão saibamos que caso os profissionais da área médica ou o hospital queiram excluir a sua responsabilidade civil, será necessário apresentar alguma excludente, como a culpa exclusiva de

que foi necessária para que o paciente fizesse a retirada do gesso a que estava acometido. Está comprovada, pois, a falha na prestação do serviço médico, assim como a ofensa direcionada ao consumidor diante de terceiros. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2021).

16 Cuida-se de demanda de indenização por dano moral decorrente da exigência de pagamento antecipado e cheque caução para internação de menor com trauma craniano em UTI. O réu se insurgiu contra a sentença que o condenou ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00, sob alegação de que não houve comprovação de condicionamento da internação da paciente ao oferecimento de caução, ausência de comprovação de dano aos autores e que a situação experimentada se tratou de mero dissabor [...] Constata-se, assim, que no contexto fático em que se deram os acontecimentos narrados pelos autores, no qual, condicionou-se a internação da filha com trauma craniano à emissão de dois cheques no valor de R\$ 50.000,00 cada, extrapola o mero aborrecimento experimentado nas relações contratuais cotidianas, configurando assim violação no direito da personalidade. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2020).

17 Conforme o Código Civil de 2002 vigente, em seu artigo 151: A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens. Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação. (Brasil, 2002).

18 Conforme o artigo 156 do Código Civil atual: "Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa". (Brasil, 2002).

19 A 4ª Câmara Civil do TJ condenou uma cooperativa médica ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em R\$ 33,9 mil, em benefício de família que teve negado o atestado de óbito de seu patriarca. A cooperativa alegou que não havia médico disponível na ocasião em sua unidade hospitalar e que o profissional apontado pela família estava impedido de assinar o documento por não ter acompanhado o paciente em seu tratamento. Sem tal atestado, os familiares não conseguiam proceder à cremação do corpo do pai e marido, providência só concluída após a contratação de um médico particular. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2017).

20 A responsabilidade civil tem duas marcas típicas: 1) objetiva: A ação ou a conduta; 2) subjetiva: o dolo ou culpa, sendo certo que o primeiro decorre da intenção ou do fato de o agente assumir o risco ou a culpa, dependente da demonstração da imprudência, imperícia ou negligência.

21 O nexo de causalidade, a grosso modo, consiste na ligação entre o agente e o dano. Por certo, o nexo de causalidade já apresentou uma série de relativismos, entre os quais, o caso nexo fortuito, força maior, culpa exclusiva de terceiros e culpa exclusiva da vítima pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz." Além disso, o nexo causal se relaciona às teorias da causalidade, como a teoria da equivalência dos antecedentes causais, isto é, *conditio sine qua non*. A presente teoria se preocupa em valorar causas concorrentes, como as preexistentes, concomitantes e supervenientes, por absoluta ou relativa independência. Nessa investigação, existem situações de culpa concorrente, a qual não excluirá a responsabilidade civil. Porém, pode reduzir equitativamente o quantum.

22 O profissional liberal é aquele que, segundo prossegue ensinando, com maestria, Sanseverino, reúne as seguintes características: (A) prestação de serviços técnicos ou científicos especializados; (B) formação técnica especializada, normalmente em nível universitário; (C) vínculo de confiança com o cliente (*intuitu personae*); (D) ausência de vínculo de subordinação com o cliente ou com terceiro; e (E) exercício permanente da profissão. (Castro, 2015, p. 289).

terceiros²³, da vítima ou romper onexo causal, dano ou culpa. Então, a grossíssimo modo, o médico pode se defender demonstrando que o dano foi praticado por outro médico ou que o próprio paciente foi negligente ou que houve um outro episódio posterior à intervenção médica responsável por causar o dano ao paciente; a título de exemplo, quando o paciente abandona o tratamento, será excluída a responsabilidade médica. Isto é, o paciente, ao caminhar por suas próprias convicções, na contramão da cautela médica, traz para si todo o ônus quanto aos resultados danosos.

Além disso, cumpre esclarecer que a culpa concorrente²⁴ insurge como modalidade de flexibilização da responsabilidade civil médica, apresentando o efeito imediato, em nome da proporcionalidade, de diminuir equitativamente o valor indenizatório a ser pago pelo profissional médico, em conformidade com o artigo 945 do CC de 2002. Isto é, se o paciente inobservou algum dever de cuidado, por exemplo, foi negligente em sua recuperação, além disso houve erro médico, caracteriza-se a autêntica torpeza bilateral. Em outros termos, o médico e o paciente concorreram para o resultado prejudicial. Nesse sentido, destaca-se o artigo 14 do CDC:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (Brasil, 1990).

No mesmo sentido, conforme o informativo 472²⁵ do STJ, a responsabilidade subjetiva se restringe aos profissionais médicos, não se estendendo ao hospital ou a qualquer outro personagem.

A responsabilidade se desdobra basicamente em patrimonial, tendo em vista os prejuízos econômicos e os danos existenciais ou extrapatrimoniais, decorrentes da violação à personalidade. Aliás, ambas podem acontecer na esfera médica, embora mais comumente vejamos a responsabilidade civil contratual, ou seja, quando o paciente ingressa na esfera do hospital, habitualmente existe algum termo de compromisso a ser celebrado, em nome da contratualidade.

23 Não foi considerada culpa exclusiva de terceiros a situação envolvendo um paciente que sofreu um golpe dentro do próprio hospital, isto é, não foi considerada a suposta negligência do paciente, como forma de afastar a responsabilidade do hospital. Por isso, o hospital precisou indenizar o paciente: A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba manteve sentença oriunda do Juízo da 1ª Vara Cível de Campina Grande, que condenou a Unimed João Pessoa Cooperativa de Trabalho Médico a pagar R\$ 2,6 mil de indenização por danos materiais e R\$ 3 mil por danos morais a uma paciente que foi vítima de golpe aplicado dentro do Hospital Alberto Urquiza Wanderley. A relatoria do processo nº 0809281-23.2018.8.15.0001 foi do desembargador Saulo Benevides. Narra a parte autora que, no dia 16/03/2018, enquanto estava internada, recebeu uma ligação, no telefone fixo do quarto, de um suposto médico do hospital, informando que foi identificada uma bactéria no exame de sangue, fazendo-se necessário um exame complementar. Como o plano de saúde estaria no período de carência, o médico a aconselhou a fazer o exame particular, com o fim de evitar complicações. Ainda informou que o laboratório faria o exame no leito, evitando o deslocamento, mas seria necessário o pagamento de R\$ 2.600,00. Assim, diante da urgência exposta pelo médico, realizou a transferência do valor solicitado. Ao tentar receber o exame, no posto de enfermagem, tomou conhecimento de que se tratava de um golpe. (Tribunal de Justiça da Paraíba, 2020).

24 Portanto, em caso de culpa concorrente tal será considerado no valor da indenização. Contudo, é importância posicionar-se no sentido de que a questão deve ser analisada com cautela, sem descuidar da apuração da violação dos deveres impostos tanto ao médico quanto ao paciente. Há que se sopesar a questão, a fim de que a pretexto de se garantir um pretense direito, não se macule ou viole outro. (De Castro, 2015, p. 299).

25 A Turma deu provimento ao recurso por entender que a regra geral do CDC para a responsabilidade pelo fato do serviço, traçada pelo caput do seu artigo 14, é que se trata de responsabilidade objetiva, ou seja, independente de culpa do fornecedor, como consignado no próprio enunciado normativo. Observou-se que a incidência da regra de exceção do § 4º do artigo 14 do CDC restringe-se à responsabilidade civil dos profissionais liberais, não se estendendo aos demais fornecedores, inclusive aos hospitais e clínicas médicas, a quem se aplica a regra geral da responsabilidade objetiva, dispensando a comprovação de culpa.

A responsabilidade civil extracontratual se baseia em dois dispositivos centrais: o artigo 186 do CC atual se refere à responsabilidade civil aquiliana, extracontratual ou ato ilícito. Trata-se da valoração da responsabilidade civil subjetiva, que está sedimentada na culpa, detectada a partir da inobservância de um dever objetivo de cuidado: negligência (marcada pela omissão), imprudência (marcada pela ação), imperícia (marcada pelo desconhecimento ou ausência de conhecimento, especialmente técnico); o artigo 927 do CC em vigor se dá por conta do dever de indenizar em virtude do dano. Além desses dispositivos relevantes, na medida em que o Código Civil se aplica complementarmente e suplementarmente ao Código de Defesa do Consumidor, também será importante a atenção ao artigo 2º do referido Código, como forma de guiar as relações médico-paciente.



Foto: Reprodução | Freepik

Um fornecedor poderá ajuizar ação de regresso em face de outro fornecedor; porém, está vedada a denúncia da lide e o chamamento ao processo. Por exemplo, imaginemos que um médico, vinculado a determinado hospital, tenha negligentemente sido responsável, após intervenção cirúrgica, pela paralisia facial do paciente. Nessa hipótese, o paciente, ao ingressar em juízo, sustentando o erro médico, arrolará como réus, o médico e o hospital, caracterizando-se o litisconsórcio passivo; em sede defensiva, o hospital deverá indenizar o paciente, sem poder denunciar o médico, de modo a afastar o seu dever de indenizar. Entretanto, depois da indenização, poderá o hospital instaurar nova ação, considerada de regresso, e cobrar o valor indenizatório do médico. De todo modo, apesar da referida previsão, o STJ, em 2021, flexibilizou esse entendimento, em caráter excepcional, legitimando-se a denúncia da lide do hospital em face do médico, a partir da seguinte argumentação da ministra Nancy Andrighi:

Em circunstâncias específicas como a destes autos, na qual se imputa ao hospital a responsabilidade objetiva por suposto ato culposo dos médicos a ele vinculados, deve ser admitida, excepcionalmente, a denúncia da lide, sobretudo com o intuito de assegurar o resultado prático da demanda, a partir do debate acerca da culpa daqueles profissionais, cuja comprovação é exigida para a satisfação da pretensão deduzida pelo consumidor, concluiu a ministra. (Superior Tribunal de Justiça, 2021).

De antemão, a observância da responsabilidade civil médica exige prudência e razoabilidade, na medida em que a norma privatista preceitua a presunção relativa da boa-fé, isto é, as condutas médicas presumivelmente são marcadas pela lealdade. Por isso, qualquer tentativa de instigação à “indústria dos danos morais” deve ser repelida.

É importante observar a adoção da teoria equitativa na relação de consumo médico-paciente, que valora o princípio da proporcionalidade, nos termos do artigo 944 do Código Civil em vigor, a partir do qual o valor indenizatório é medido conforme a extensão do dano. Essa teoria rechaça quaisquer pretensões acerca da teoria da tarifação, a qual prevê a possibilidade de “tabelas indenizatórias” no âmbito dos tribunais, em sede de danos existenciais. Ademais, se houver desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz poderá reduzir equitativamente o importe indenizatório. Ora, é necessária a individualização do caso concreto, de modo a precisar a exata medida do dano e se de fato ele foi causado pelo médico ou se o dano aconteceu, por exemplo, graças a uma reação orgânica do paciente, ou se o paciente inobservou os cuidados indicados no processo de recuperação. Por conta disso, cabe ao Poder Judiciário individualizar o caso concreto, para mensurar, a partir do repertório probatório apresentado, o singular valor do dano. Por sinal, saber o adequado valor do dano é a maior dificuldade dos Tribunais:

Essa resistência histórica e a pouca idade do apagamento das dúvidas a respeito do cabimento do dever de indenizar os danos morais talvez sejam os fatores que ainda levem o Poder Judiciário a fixar em montantes muito tímidos as indenizações capazes de reparar o dano moral. Aliás, esta é a grande dificuldade enfrentada pelos magistrados: a fixação do valor devido a título de indenização por danos morais. Como já dito, o dano moral é caracterizado pela dor, pelo sofrimento de alguém, em decorrência de um ato danoso; e justamente por ser um sentimento de foro íntimo, pessoal, tal dor é impossível de ser mensurada e, conseqüentemente, traduzida em cifras. (Nunes, 2021, p. 129).

Segundo Barros Júnior (2019), a sanção imposta deve ser proporcional ao dano causado, o que tem sentido à luz do artigo 5º da CF/1988 e acompanha o sentido da dosimetria da pena, segundo a qual é sempre necessário analisar as circunstâncias dos desvios normativos.

6 ESPECIFICIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL E DO MÉDICO

A responsabilidade civil do médico é subjetiva e a do hospital²⁶ é objetiva, conforme a incidência da teoria do risco da atividade²⁷, prevista no artigo 927 do CC de 2002. Além disso, a res-

26 A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atuação profissional dos médicos que nele atuam ou a ele estejam conveniados, nas hipóteses em que os prepostos do estabelecimento agem com culpa, pois, nesses casos, todos integram a cadeia de consumo, razão pela qual respondem solidariamente por eventuais prejuízos causados ao consumidor. (Superior Tribunal de Justiça, 2011).

Trecho de acórdão

“[...] 6. A responsabilidade do hospital é, em tese, objetiva, lastreada no risco da atividade, amparada no artigo 14 do CDC, porquanto se encaixa no conceito de fornecedor, bastando a demonstração da falha na prestação de serviços e a conexão com a lesão sofrida para ensejar a indenização. 7. Além de toda a documentação acostada possuir o timbre do hospital apelante, sem menção à clínica particular dos médicos envolvidos, verifica-se que o primeiro atendimento da autora, em 09/03/2013, foi realizado nas dependências do hospital, e não em clínica particular, havendo, inclusive, prescrição de exames laboratoriais. Aos olhos do consumidor, não há distinção entre o Hospital e os médicos que lhe atenderam, também porque a autora foi admitida, no dia 15/03/2013, oriunda do SOS/Emergência do nosocômio.” Acórdão 1165059, 00073536320168070001, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 10/4/2019, publicado no DJE: 13/5/2019. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2020).

27 De modo mais singular, a teoria do risco da atividade relaciona-se ao artigo 927, parágrafo único, do Código Civil atual. Em outras palavras, existem determinadas atividades dentro da sociedade que normalmente ocasionam maior potencial de dano que outras, motivo pelo qual, é necessário agravar a responsabilidade civil, aplicando-se a responsabilidade civil objetiva. Em tom complementar, a teoria do risco proveito diz respeito ao fato de que a exploração das atividades empresariais, calcadas na busca do lucro, também implicam a responsabilidade civil objetiva, promovendo-se um encontro entre o artigo 931 do Código Civil de 2002 e o Código de Proteção ao Consumidor.

responsabilidade entre hospital e médico é solidária²⁸, o que é traduzido como o fato de que ambos respondem pelo dano em sua totalidade. Isto é, o paciente pode cobrar a totalidade do dano de qualquer um dos dois, sendo certo que se o hospital indenizar a totalidade, poderá regressar²⁹ contra o médico causador do dano.

De qualquer modo, é tormentosa por demais a função da responsabilidade civil, afinal, a indenização é a consequência típica do erro médico na esfera consumerista. Por isso, sem pretender aprofundar ou fugir do tema central, a indenização paga pelo profissional médico, em razão dos danos morais, tipicamente não é suficiente para reparar os prejuízos psíquicos. Por isso, comumente a indenização é a consequência patrimonial responsável por apenas suavizar os danos existenciais.



Foto: Reprodução | Freepik

A responsabilidade médica tipicamente se dá na modalidade contratual, na medida em que a origem da relação médico-paciente acontece a partir da celebração de um negócio jurídico, comumente reduzido a contrato escrito. Por outro lado, não negamos a possibilidade da responsabilidade civil médica extracontratual, que decorre do dano, independentemente de contrato previamente celebrado.

A violação à autonomia do paciente pode implicar a responsabilidade civil do médico, que é subjetiva. Isto é, a responsabilidade civil do médico é uma exceção no âmbito consumerista, na medida em que a regra geral revela que a responsabilidade civil dos fornecedores é objetiva.

Os médicos têm a típica obrigação de meio, salvo se estivermos diante de uma cirurgia estética, a qual implicará a obrigação de resultado, como numa típica cirurgia de mamoplastia³⁰. Por outro lado, a responsabilidade do hospital é objetiva, com amparo no artigo 14 do CDC, sendo certo também que, em conformidade ao artigo 932 do CC em vigor, o hospital responderá objetivamente pelos atos praticados pelos seus empregados.

É possível falar também na responsabilidade objetiva de empresas fabricantes de produtos médicos, conforme a previsão do artigo 12 do CDC; por exemplo, há responsabilidade objetiva da fabricante³¹ de silicone, na hipótese de rompimento de próteses de silicone.

28 Conforme o Código Civil vigente: “Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”. (Brasil, 2002).

29 Conforme o atual Código Civil: “Art. 271. Convertendo-se a prestação em perdas e danos, subsiste, para todos os efeitos, a solidariedade”. (Brasil, 2002).

30 A autora relatou que se submeteu a cirurgia plástica em setembro de 2012, no Hospital Juscelino Kubitschek, para melhoria estética dos seios. Após o procedimento, foi acometida de seroma nas duas mamas, tendo que fazer inúmeras punções, sem êxito em relação à mama direita. Depois disso, teve que se submeter a mais dois procedimentos realizados na Clínica Magna Especialidades Cirúrgicas Ltda. As intervenções cirúrgicas, segundo ela, resultaram em deformidades e assimetrias nos seios. Além de apontar vários problemas estéticos nas mamas, a paciente alegou descaso e falta de informação por parte do médico sobre os riscos de insucesso que corria. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2018).

31 A 5ª Turma Cível do TJDF manteve, em grau de recurso, condenação de duas empresas, a importadora e a fabricante do produto, a

A partir das perspectivas das novas tecnologias, muito distante de pacificação, insurgem discussões sobre a responsabilidade no âmbito das cirurgias robóticas, que carecem de uma profícua e sofisticada análise probatória, muito convidativa à prova pericial, caso haja erro médico; nessa complexidade, é necessário singularizar o caso e minuciosamente analisar o nexos causal e quem de fato contribuiu para a produção do resultado danoso contra o paciente, sendo certo que alguns personagens³² podem estar envolvidos, entre os quais o fabricante do robô, e que, mesmo que tenha havido toda a prudência e todo o zelo do médico, o dano aconteceu. Além disso, o próprio médico, que não soube manusear com perícia o robô, ou até mesmo o hospital, que não observou os cuidados devidos ao robô; o certo é que, em conformidade com os comandos do CDC, o fabricante do produto médico e o hospital, seja privado ou público³³, têm a responsabilidade objetiva e o médico a subjetiva.

Na dimensão de danos que podem acontecer na relação médico paciente, é importante pensar no artigo 402 do Código Civil atual, que preceitua a dimensão das perdas e dos danos, desdobradas em danos morais, materiais, lucros cessantes, além dos jurisprudenciais danos estéticos. Aliás, todos eles são passíveis de cumulação em determinada ação de erro médico, conforme as súmulas 37 e 387 do STJ; por exemplo, numa cirurgia estética de mamoplastia, o TJDFT³⁴ condenou o médico a indenizar na modalidade de danos morais e estéticos; outro caso intrigante foi a condenação de um médico por danos morais, em razão da perda de tempo³⁵ produtivo que ele provocou contra o paciente, pelo excesso de idas ao consultório. Além disso, discute-se a teoria da perda de uma chance no âmbito do erro médico, na hipótese de perdas concretas ao paciente, conforme o informativo 513 do STJ:

A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de

indenizarem uma cliente que teve rompimento das próteses mamárias. A sentença condenatória prevê pagamento de R\$ 30 mil a título de danos morais, além de ressarcimento de todas as despesas com a cirurgia reparadora e com a aquisição de novas próteses.

Na ação, a autora relatou que fez os implantes no ano de 2006, utilizando próteses importadas. Em 2009, após exames de rotina, foi constatado o rompimento de ambas as próteses com vazamento de silicone bilateral. Por causa disso, teve que se submeter à cirurgia reparadora, com duração além do normal, em vista da necessidade de extração do produto vazado e de enxerto de pele para recomposição estética, o que lhe causou a perda da amamentação. Pediu na Justiça a condenação das empresas ao pagamento de danos morais, bem como restituição dos prejuízos materiais, arcados por sua mãe. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2017).

32 Thomas R. Mc Lean delinea o perfil geral destas demandas indenizatórias em contexto norte-americano, as quais, geralmente, envolvem discussões em três frentes: 1ª) responsabilidade do médico: por culpa médica, especialmente imperícia decorrente do treinamento insuficiente, ou violação do dever de informação do paciente (consentimento livre e esclarecido); 2ª) responsabilidade do hospital: por má conservação do robô ou incorreta esterilização dos instrumentos robóticos pelos seus prepostos, desrespeitando orientações do fabricante. Ainda, há demandas que alegam falha do hospital em manter uma adequada política de treinamento dos seus médicos em cirurgia robótica; 3ª) responsabilidade do fabricante: por defeito do produto ou falta de informações sobre sua utilização ou riscos associados. (Nagaroli, 2021, p.1).

33 Leon Frejda Szklarowsky, subprocurador-geral da Fazenda Nacional, aposentado, em interessante artigo intitulado “O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os Contratos Administrativos”, publicado no Boletim de Licitações e Contratos, agosto de 1999, p. 377-380, pondera o seguinte:

“Sem dúvida, aplica-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ainda que se trate de contrato administrativo, quando a contratante é a Administração, no sentido que lhe dá a Lei nº 8.666/93, sendo ela consumidora ou usuária porque adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatária final. (Filomeno, 2018, p. 19).

34 A 2ª Turma Cível do TJDFT reformou sentença de 1ª Instância e condenou um médico a pagar R\$ 150 mil de danos morais e estéticos por mamoplastia malsucedida, além de danos materiais. De acordo com o colegiado, “A responsabilidade civil do médico em cirurgia plástica é de resultado. Nessa linha, cabe ao profissional responsável pelo procedimento, quando não alcançado o resultado pretendido, a prova acerca da existência de ausência de responsabilidade pelo evento danoso”. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2018).

35 Diante de significativo desgaste experimentado por uma paciente em razão de um erro médico, o ministro Luiz Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, confirmou a condenação do médico responsável ao pagamento de R\$ 50 mil de indenização por danos morais [...]. Ao analisar o recurso especial do médico quanto à condenação em danos morais, o relator do caso no STJ, ministro Luiz Felipe Salomão, afirmou que a pretensão de reparação extrapatrimonial se mostra legítima em decorrência do desgaste e significativo tempo despendidos pela autora nas várias idas e vindas de consultórios e emergências na tentativa de apurar a causa de seus sintomas. (Saliba, 2022).

cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. (Superior Tribunal de Justiça, 2013).

7 ACIDENTE VERSUS INCIDENTE, CONFORME A TEORIA DA QUALIDADE

O acidente é mais gravoso, quando comparado ao incidente. Aquele se dá na violação a bens jurídicos tipicamente³⁶ extrapatrimoniais, tais como a saúde, segurança, vida, personalidade, integridade psíquica ou física do consumidor, o que está diretamente relacionado ao Direito Médico. Em tom adicional, a hipótese de acidente é o fato do produto ou serviço, também conhecido como defeito ou vício por insegurança:

O fornecimento de produtos ou serviços nocivos à saúde ou comprometedores da segurança do consumidor é responsável pela grande maioria dos acidentes de consumo. Ora é um defeito de fabricação ou montagem em uma máquina de lavar, numa televisão, ou em qualquer outro aparelho eletrodoméstico, que provoca incêndio e destrói a casa; ora uma deficiência no sistema de freio do veículo que causa acidente com graves consequências; ora, ainda, é um erro na formulação de medicamento ou substância alimentícia que causa dano à saúde do consumidor, como câncer, aborto, esterilidade etc. (Cavaliere Filho, 2021, p. 352).

Dessa maneira, diante de um erro médico, a responsabilidade do profissional é subjetiva e produtora de danos existenciais, implicando a incidência do prazo prescricional de cinco anos, que é o prazo a ser observado pelo paciente, para fins de responsabilização civil médica, que começa a contar a partir do momento do conhecimento da autoria e do dano, conforme o artigo 27 do CDC: “Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.” (Brasil, 1990).

A título de exemplo, uma paciente pode não descobrir os prejuízos ao seu corpo imediatamente, ao contrário, pode ser percebido anos depois, como numa hipótese de problemas no silicone, como aconteceu num caso exposto pelo TJES³⁷. Por isso, não faz sentido contar os cinco anos da data da cirurgia, por exemplo.

Por outro lado, o incidente é menos gravoso e se dá em hipóteses tipicamente diversas ao erro médico. De maneira específica, o incidente acontece nas hipóteses de violação a bens jurídicos patrimoniais.

36 É possível falar de acidente de consumo no contexto dos danos materiais: Depreende-se desse dispositivo que fato do produto é um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, e causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um defeito do produto. Seu fato gerador será sempre um defeito do produto; daí termos enfatizado que a palavra-chave é defeito. O legislador, insista-se, estabeleceu o defeito como critério único para caracterizar e delimitar o alcance da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, sem o qual (defeito) essa responsabilidade teria por fundamento o risco integral e faria do fornecedor um segurador universal do consumidor. (Cavaliere Filho, 2021, p. 352).

37 Uma paciente deve ser indenizada em razão de problemas ocorridos com sua prótese de silicone. Conforme o processo, a autora realizou o implante da prótese, entretanto, no ano seguinte, precisou realizar a cirurgia novamente, pois a prótese havia sido rompida, trocando por outra da mesma marca.

Anos depois da última operação, a requerente descobriu, por meio de uma matéria, que a prótese mamária da marca utilizada era composta de uma mistura de produtos que geravam graves problemas à saúde, informando que aqueles que possuíam tal prótese deveriam, imediatamente, retirá-la. Assim, no ano seguinte, fez a retirada e colocou uma nova, de outra fabricante. (Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, 2021).

7.1 Os vícios e a responsabilidade

Como já exposto, a responsabilidade, como regra geral, do fornecedor é solidária e objetiva. Nessa questão, as excludentes básicas são: a) culpa exclusiva da vítima ou de terceiros; b) não houve produção de dano; e c) o fornecedor não inseriu o produto ou o serviço no mercado.

Os vícios se desdobram, sobretudo, em ocultos³⁸, aparentes ou de qualidade. Nesse contexto, todas essas modalidades podem ser contextualizadas na esfera médica. Em se tratando do vício de qualidade, com conotação genérica³⁹, temos:

1. Fato do produto ou do serviço, também conhecido como defeito ou como vício por insegurança ou acidente. Tal hipótese se dá em razão da violação de bens jurídicos extrapatrimoniais, como a saúde, dignidade da pessoa humana, vida, liberdade, etc. Aliás, existem algumas correntes⁴⁰, umas mais restritivas, que atrelam o fato do produto aos bens jurídicos extrapatrimoniais, e outras mais ampliativas, que englobam o fato do produto aos prejuízos patrimoniais também; essa modalidade de vício é convidativa ao contexto da relação médico-paciente.
2. Vício por inadequação, a partir do qual o produto ou o serviço não consolida as razões para as quais foi constituído, isto é, não cumpre as suas finalidades. Trata-se de um descompasso entre o que razoavelmente se espera *versus* o resultado fático apresentado. Nesse caso, a responsabilidade é solidária entre os fornecedores e o consumidor terá as seguintes opções: a. Abatimento; b. Substituição do produto; e c. Devolução do dinheiro.

Acrescente-se que no vício do serviço, conforme o CDC, uma das opções será a reexecução do serviço, o que pode se tornar complexo no contexto médico, pois imagine uma cirurgia de insucesso, marcada pela violação à integridade física e emocional do paciente, que perdeu determinados movimentos de seu corpo, por conta do erro médico. Ora, a relação já está prejudicada, tornando possivelmente ainda mais tormentosa a reexecução do serviço pelo mesmo profissional.

3. Vício de quantidade, que não é tão perceptível no contexto da relação médico-paciente: o produto apresenta a vicissitude na metragem, medida, pesagem ou unidades. Nesse vício,

38 Em consonância com a dicção do artigo 444 do Código Civil em vigor, os ocultos não são perceptíveis ao tempo da tradição, perceptíveis ao longo do tempo. Em sentido oposto, há os vícios aparentes.

39 A primeira é o vício de qualidade por inadequação – quando o produto ou serviço não corresponde a legítima expectativa do consumidor, não funciona como deveria funcionar. Por exemplo, compro uma bicicleta e antes do primeiro passeio noto que ela tem uma falha do aro que pode causar-me acidente. Aqui, a responsabilidade, em regra, é solidária; é tanto do comerciante quanto do fabricante.

A segunda é o vício de qualidade por insegurança – quando o produto ou serviço não corresponde a legítima expectativa do consumidor e causa dano. Compro uma bicicleta, saio para um passeio e o problema no aro provoca um grave acidente. Aqui, em regra, a responsabilidade é de quem colocou o produto do mercado (no caso, o fabricante). (Rocha, 2010, p. 1).

40 Tal controvérsia decorre do embate entre duas correntes interpretativas dos comandos insertos na Seção II do Capítulo IV do CDC, nominada “Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço”, sendo uma delas de feição restritiva, pois vincula a caracterização do fato do produto ou do serviço obrigatoriamente à presença de um vício de segurança do produto ou do serviço, que assim expõe a risco a segurança pessoal e a incolumidade físico-psíquica do consumidor, a qual se contrapõe à outra veia interpretativa de feição liberal, assim rotulada porque admite a caracterização do fato do produto ou do serviço sempre que o consumidor sofrer qualquer prejuízo em razão de um vício qualquer do produto ou do serviço – e não necessariamente um vício de segurança causador de risco ou perigo à sua incolumidade ou segurança –, que extrapole o valor do próprio produto ou serviço viciado. (Castaldello, 2013, p. 219).

são opções do consumidor: abatimento; substituição; devolução do dinheiro; e complementação da metragem faltante.

São produtos impróprios para consumo, o que tem relevância para o Direito Médico, na medida em que os materiais utilizados em qualquer intervenção médica devem estar adequados para os fins a que se prestam. Por isso, é inadmissível que o médico se valha de: a) produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; b) produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; e c) produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

8 CONCLUSÃO

As relações jurídicas entre médicos-pacientes, constantemente revisitadas a partir das novas tecnologias, são protetivas ao paciente, considerado vulnerável. Nesse sentido, o CDC, de 1990, tem o escopo de equilibrar a relação entre os sujeitos contratuais.

Para orientar a relação médico e paciente, é necessário ter o cuidado de observar os princípios nucleares, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a boa-fé, a obrigatoriedade, a transparência, a autonomia do paciente e a responsabilidade médica.

O médico é vigiado no atual panorama social, tendo em vista o fato de que lida diretamente com bens jurídicos extrapatrimoniais, encabeçados, em termos humanistas, pelo direito à vida. Nesse mesmo discurso de vigilância, o médico também é ostensivamente fiscalizado, em termos deontológicos pelo CFM e, em termos consumeristas mais tradicionais, pelo Procon.

Os hospitais devem ser responsabilizados quando de fato houver a configuração dos pressupostos da responsabilidade civil objetiva. Em sentido diverso, os médicos, quando houver a materialização dos requisitos da responsabilidade civil subjetiva. Portanto, repudia-se todo tipo de “indústria” dos danos morais atreladas ao erro médico ou qualquer outro abuso do direito, praticado pelos hospitais, médicos, pacientes ou qualquer outro sujeito envolvido na relação consumerista.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, R. R. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, S. F. (Org.). **Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 133-180.
- BARROS JÚNIOR, E. A. **Código de ética médica: comentado e interpretado - Resolução CFM 2217/2018**. 1a. ed. Timburi/SP: Cia do Ebook, 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidente da República, [1988]. Disponível em: <https://bit.ly/3vw7ymE>. Acesso em: 19 jul. 2023.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://bit.ly/41WnVVQ>. Acesso em: 19 jul. 2023.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, n. 135, p. 13563, 16 jul. 1990. Disponível em: <https://bit.ly/47KpRSF>. Acesso em: 19 jul. 2023.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, p. 1, 12 set. 1990. Disponível em: <https://bit.ly/48snchu>. Acesso em: 19 jul. 2023.
- BRETAS, H. R. **A releitura do discurso de tutela da propriedade privada no âmbito da política urbana a partir da função social da propriedade**. 2022. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, 2022.
- BRETAS, H. R. **Manual de Publicidade Médica**. Brasília: Anadem, 2020.
- BRETAS, H. R. **Manual de Direito Societário para Profissionais da Área Médica**. Brasília: Anadem, 2022.
- CASTALDELLO, F. O conceito de fato do produto ou do serviço e sua (necessária?) vinculação à ocorrência de um perigo à segurança do consumidor. In: GUERRA, A. D. M.; Malfatti, A. D. (Coords.). **Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.
- CASTRO, D. F. A não incidência da responsabilidade civil do médico e o CDC. In: GUERRA, A. D. M.; Malfatti, A. D. (Coords.). **Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.
- CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Direito do Consumidor**. 6. ed. Barueri: Atlas, 2022.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 138**. A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto. Disponível em: <https://bit.ly/3Hbnuxl>. Acesso em: 22 jul. 2023.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 528**. É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado «testamento vital», em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade. Disponível em: <https://bit.ly/3SbCGR4>. Acesso em: 22 jul. 2023.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 532**. É permitida a disposição gratuita do próprio corpo com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos arts. 11 e 13 do Código Civil. Disponível em: <https://bit.ly/48sLiZl>. Acesso em: 22 jul. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.974, de 19 de agosto de 2011. Estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, n. 160, p. 241-244, 19 ago. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/48snchu>. Acesso em: 2 jul. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Manual de Publicidade Médica**: Resolução CFM nº 1.974, de 2011. Brasília: CFM, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3RVPP9v>. Acesso em: 2 jul. 2023.

FERNANDES, E. Você sabia que a ação judicial para rever uma prática abusiva do plano de saúde pode ser rápida? **Elton Fernandes**. Disponível em: <https://bit.ly/48xcbLN>. Acesso em: 22 jul. 2023.

FILOMENO, J. G. B. **Direitos do Consumidor**. 15. ed. ver. atual. e ref. São Paulo: Atlas, 2018.

GREGORI, M. S. Os desafios da regulação da saúde suplementar no Brasil. In: MIRAGEM, B.; MARQUES, C. L.; MAGALHÃES, L. L. A. (Orgs.). **Direito do Consumidor: 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense – GEN, 2020, p. 299-314.

MADUREIRA, M. M. Da possibilidade de pronunciamento de ofício de cláusulas abusivas pelo julgador. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/4aNUWYd>. Acesso em: 30 jul. 2023.

MAIER, D. A abusividade na cobrança de serviços médicos por planos de saúde: uma violação ao direito fundamental à saúde. **JusBrasil**, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/48udOtA>. Acesso em: 31 jul. 2023.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRAGEM, B. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, B.; MARQUES, C. L.; MAGALHÃES, L. L. A. (Orgs.). **Direito do Consumidor: 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense – GEN, 2020, p. 243-271.

NAGAROLI, R. Responsabilidade civil nas cirurgias robóticas: breve estudo de Direito Comparado. **Migalhas**, 2 fev. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/4aTz7q4>. Acesso em: 20 jul. 2023.

NORONHA, F. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, R. **Curso de Direito do Consumidor**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ROCHA, A. Teoria da Qualidade. **TJCE**, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/48MvVe3>. Acesso em: 30 jul. 2023.

SALIBA, A. L. STJ mantém dano de R\$ 50 mil por desvio produtivo decorrente de erro médico. Disponível em: <https://bit.ly/48nbvsi>. Acesso em: 30 jul. 2023.

SALIBA, A. L. STJ restabelece condenação de R\$ 300 mil por danos morais por causa de erro médico. **Conjur**, 24 fev. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3HfkeAO>. Acesso em: 30 jul. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma admite denúncia da lide em ação de consumidor contra hospital por suposto erro médico. **STJ**, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3tQlztJ>. Acesso em: 23 jul. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Falta de prova de vulnerabilidade impede aplicação do CDC em contrato de gestão de pagamentos on-line. **STJ**, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3RR1HzF>. Acesso em: 31 jul. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo nº 472**. Disponível em: <https://bit.ly/3SebkKq>. Acesso em: 14 jul. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo nº 513**. Disponível em: <https://bit.ly/3SebkKq>. Acesso em: 14 jul. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo nº 556**. Disponível em: <https://bit.ly/41QN8AG>. Acesso em: 15 jul. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Para Terceira Turma, indenização por falha de informação ao paciente não pode ignorar realidade da época dos fatos. **STJ**, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3tFvpjk>. Acesso em: 14 jul. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. Hospital deve pagar indenização por golpe aplicado em paciente. **TJPB**, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3vvd0EM>. Acesso em: 15 jul. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Responsabilidade do hospital quanto à atuação técnico-profissional do médico. **TJDFT**, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3RVZUcG>. Acesso em: 20 jul. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Defeito em cirurgia de mamoplastia gera danos morais. **TJDFT**, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3NWzVR7>. Acesso em: 21 jul. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Empresas são condenadas a indenizar cliente por rompimento de próteses de silicone. **TJDFT**, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3RVqi6q>. Acesso em: 22 jul. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Cobrança de consulta médica de retorno constitui prática abusiva. **TJDFT**, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/41Ur0pb>. Acesso em: 23 jul. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. **TJDFT**, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3tO9Nkl>. Acesso em: 31 jul. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Exigência de cheque caução para internação em hospital. **TJDFT**, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3tOODTv>. Acesso em: 1 ago. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Paciente que teve problemas com prótese deve ser indenizada por empresa de importação. **TJES**, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3SaeuyG>. Acesso em: 31 jul. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Família será indenizada por recusa de hospital em firmar atestado de óbito de parente. **TJSC**, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3S9JVJk>. Acesso em: 31 jul. 2023.



DIRETORIA EXECUTIVA



Raul Canal

Presidente



Rodrigo Canal

Vice-Presidente



Luis Flavio Carvalhais

Vice-Presidente de
Segurança do Paciente
e Riscos Assistenciais



Ione Medeiros

Diretora Financeira



Alexandre Lemos

Diretor Comercial



Paloma Furtado

Diretora
Administrativa



José Ramalho

Diretor de Gestão e
Planejamento Estratégico



José Lira

Diretor de Compliance
e Presidente do
Conselho Fiscal



Andrew Simek

Diretor de
Comunicação



José Mauro

Diretor de
Projetos Especiais



Luis Vargas

Diretor Comercial
do Cirurgia Segura



Daniela Franco Bueno

Diretora de Estudos
e Pesquisas da Universidade
Corporativa Anadem - UCA



Central de Atendimento 24 horas: 0800-61-3333

SHS Quadra 02 - Bloco J - Sala 103 - CEP 70322-901 - Mezanino - Brasília (DF)

www.anadem.org.br

 @anademoficial

 /anademoficial



Impresso em março de 2024