

## A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO PACIENTE - MÉDICO E INADEQUAÇÕES DO ENQUADRAMENTO CONSUMERISTA

Simone de Cássia Melo<sup>1</sup>

### Resumo

e

**Palavras-chave:** Relação paciente-médico; Código de Defesa do Consumidor.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Contexto Histórico da Atividade Médica no Brasil; 2.1 Elemento Essencial da Atividade Médica; 3 O Código de Defesa do Consumidor; 3.1 Elemento Essencial da Atividade Consumerista; 4 Especificidades da Vulnerabilidade do Paciente; 5 A Saúde no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 5.1 A Primazia da Autonomia do Paciente; 6 O Atual Enquadramento Consumerista da Relação Paciente-Médico; 6.1 A Natureza Jurídica da relação Paciente-Médico e as Inadequações do Enquadramento Consumerista; 6.2 O Correto Enquadramento da Relação Paciente-Médico no Atual Ordenamento Jurídico Brasileiro; 7 Conclusão; 8 Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

O ser humano está sujeito a enfermidades e à dor, o que o faz recorrer ao médico para preservar sua saúde e evitar doenças, mantendo-se mental e fisicamente salutar. Pode-se considerar a saúde como o direito mais importante de todos, pois, sem ele, a fruição de qualquer outro direito, como a igualdade, a liberdade, a educação, dentre outros, ficaria prejudicada. Daí a sua necessária prioridade.

O presente artigo analisa o enquadramento da atividade médica e da relação paciente-médico, como uma relação de natureza jurídica típica de consumo, no entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência; por meio de uma necessária reflexão sobre os elementos essenciais dessas atividades, os papéis dos sujeitos atuantes nessa relação ao longo da história e sua respectiva identidade protetiva.

Por muito tempo, a atividade médica foi vista como uma prática quase mágica, em que o resultado adverso para a saúde do paciente, dificilmente, poderia ser imputado ao profissional médico. Entre avanços, retrocessos e com a intervenção da bioética, aos poucos a autonomia

---

<sup>1</sup> Formanda do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Artigo orientado pela Profa. Dra. Keila Pacheco, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. E-mail do autor: [simone.cassia@gmail.com](mailto:simone.cassia@gmail.com)

do paciente frente ao aparato médico foi se sedimentando e a sua emancipação continua acontecendo, diuturnamente nos tempos atuais, com passos importantes ainda a serem dados.

Tão necessário também se fez o estudo sobre a finalidade da edição do Código de Defesa do Consumidor. Para verificar qual é o interesse maior que o legislador procurou defender e onde identificar a vulnerabilidade dos sujeitos, com vista a uma maior aclaração da incongruência das normas do Código de Defesa do Consumidor, quando estas incidem sobre a atividade médica.

## **2 CONTEXTO HISTÓRICO DA ATIVIDADE MÉDICA NO BRASIL**

A “medicina brasileira” não podia ser considerada ciência no Brasil até a vinda da Corte Portuguesa, em 1808. Essa fase pré-científica, em que diversos campos do saber se misturavam no exercício de curar, foi fundamental para o ganho de conhecimento necessário para se alcançar a fase de transição e, depois, a fase positiva, que determinou o momento em que se constitui a medicina brasileira, com bases científicas e forte influência do positivismo, que dominava o cenário mundial (SANTOS FILHO, 1991, p. 12).

Essa fase positiva da medicina brasileira oficializou o saber médico. Somente poderia exercer a atividade hipocrática aquele com diploma em medicina, não sendo permitidas práticas alternativas, nomeadas curandeirismo.

Na concepção positivista, no entanto, o paciente era um ser objetificado e não contava com autonomia ou interação com a prática médica, detentora do verdadeiro conhecimento. Estar enfermo impunha um isolamento e estigma social, no qual o paciente assume o contorno específico da sua doença, deixando de ser “normal” e passando a seguir com total obediência às recomendações médicas então inquestionáveis e às formas de tratamentos impostas, mesmo que desconhecidas ou desagradáveis.

Até a década de 1980, que marcou o período da constitucionalização, havia a figura do “médico da família”, que era aquele que cuidava do pai e seguia cuidando dos filhos e netos, já que ele mesmo era filho do médico que cuidou das gerações anteriores daquela família. Sua conduta era indubitável e a relação paciente-médico era permeada por admiração ao saber médico e amizade recíproca. Não havia especialização profissional e o médico cuidava desde os pequenos ferimentos até tratamentos mais complexos.

O nascimento da bioética, a “ética da vida”, abriu espaço para um novo olhar para o campo da medicina e para a relação paciente-médico/pesquisador, com o intuito de questionar

a própria ciência e até onde os caminhos científicos, de pesquisa e conduta do homem, seriam éticos e estariam autorizados a avançar.

Na contramão do avanço da ciência, permaneciam os atores dessa relação em total assimetria. O médico ocupando o topo dessa pirâmide e o paciente reificado, na base, e, ao invés de ser tratado como um todo, é visto como “parte” a ser tratada, deixando de ser um “ser”, para ser doença.

Com a promulgação da Constituição Cidadã em 1988, que alçou o princípio da dignidade da pessoa humana à condição de princípio reitor do nosso ordenamento, o médico finalmente assume a posição de interlocutor, dialogando com o enfermo, o que refletiu em todo o ordenamento pátrio, incluindo a normatividade ética médica. Depois desse momento, começou a surgir legislação ordinária com o intuito de disciplinar a relação paciente-médico, posicionando o paciente a um novo *status*, o de sujeito de direitos (NILO TIMBÓ, 2020, p. 33).

Referida mudança do perfil relacional, que vai do historicamente lógico e autoritário para o coloquial e consensual, busca a simetria entre os sujeitos. A partir de um diálogo comunicacional, com respeito à sua autonomia, dignidade e consentimento, o paciente sai de um estado de ignorância para um estado de saber, a partir do cumprimento do dever informacional; por meio de um discurso atécnico, de fácil assimilação e linguagem adequada, tornando-se o protagonista de uma relação mais equânime e duplamente benéfica.

## **2.1 Elemento essencial da atividade médica**

O Código de Ética Médica, em seu capítulo primeiro, elucida que a medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza. Para preservar sua saúde e evitar doenças, os homens recorrem ao médico, que deve enxergar a saúde não somente como a ausência de enfermidades, mas sim como um estado de completo bem-estar físico e psíquico do indivíduo.

Para Nilo (2020), o médico, não conseguirá promover a saúde do paciente, por uma questão lógica e deontológica, tendo como objeto central o dinheiro que receberá do seu paciente. Nem o paciente pode conceber que sua própria saúde seja mero objeto de troca comercial numa relação de consumo usual.

Em razão desse elemento essencial - vida e saúde do paciente em sua integralidade - que o atuar médico deve, respeitando a autonomia do paciente, evitar a sobreposição de qualquer outro interesse que esteja acima deste.

Kfoury Neto (2021) reforça que, no exercício da medicina, uma falha pode ter consequências irremediáveis, porque a vida que se perde é irrecuperável. Por respeito à dignidade do ser humano, a relação contratual que se estabelece entre o médico e o paciente deverá estar sempre impregnada de humana consideração pelo semelhante e pelos valores espirituais que ele representa. Assim, a função médica encerra, muito mais que um ato de justiça social, um dever imposto pela fraternidade social, tornando mais suportável a dor e a morte.

### 3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em um cenário inflacionário e elevado custo de vida, a necessária defesa e a proteção do consumidor são expressamente consagradas:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e à propriedade nos termos seguintes [...];

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170. A Ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...];

V - Defesa do consumidor.

Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078/90, foi elaborado a partir de um projeto de lei do então deputado federal Geraldo Alckmin, com o objetivo de proteger as relações de consumo. Em julho de 1990, o projeto foi aprovado pelo Congresso Nacional e encaminhado para a sanção presidencial, que ocorreu em setembro do mesmo ano pelo então Presidente da República Fernando Collor de Melo. No formato de um microsistema jurídico protetivo, de modelo intervencionista estatal, tem o interesse de reequilibrar a relação de consumo, ratificando a posição do consumidor (parte mais vulnerável), trazendo limitações e proibições a certas práticas de mercado (GRINOVER *et al.*, 2001, p. 7-8).

Tal necessidade de tutela ao consumidor teve um delineamento acentuado com o forte crescimento do comércio e da sociedade de consumo, advindos da Revolução Industrial, marcando o nascimento e o desenvolvimento do Direito do Consumidor como disciplina jurídica autônoma.

A sociedade de consumo não trouxe apenas benefícios aos seus atores. Em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, ficou desfavorecida, pois, se antes fornecedor

e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha, agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo, ditando as regras. E o Direito não fica alheio, a tal fenômeno (GRINOVER *et al.*, 2001, p. 06).

### **3.1 Elemento essencial da atividade consumerista**

O parágrafo 2 do artigo 3 do Código de Defesa do Consumidor diz expressamente que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitárias, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”, tornado inegável que a relação que se estabelece entre consumidor e fornecedor tem natureza mercantilista e tem o lucro o elemento essencial dessa atividade.

O fornecedor oferta seu produto ou serviço, com respectiva responsabilidade, baseado nesse elemento, e o consumidor adquire o produto ou serviço exigindo qualidade, quantidade e segurança nos termos do preço que pagou por sua aquisição.

O sistema de responsabilidades adotado pelo Código de Defesa do Consumidor é o de responsabilidade objetiva como regra, pautada nas teorias de risco-criado e risco-proveito; exceto apenas quanto ao profissional liberal.

A teoria do risco proveito impõe, à pessoa que tem lucro a partir de certa atividade, a responsabilização pelos riscos que ela traz. O risco proveito está fundado no princípio *ubi emolumentum ibi onus*, que se traduz na responsabilidade daquele que tira proveito ou vantagem do fato causador do dano, sendo obrigado a repará-lo. Se a atividade econômica desenvolvida gera riqueza ao seu empreendedor/fornecedor e risco potencial de dano a quem executa o serviço, nada mais justo que, no caso de dano, ainda que ausente a culpa ou dolo, deve haver responsabilidade pelos danos ocasionados pela exploração desta atividade.

A teoria do risco-criado é mais abrangente do que a teoria do risco-proveito, pois eleva os encargos do causador do dano (daquele que exerce uma atividade perigosa), que deve assumir os riscos e reparar os danos dela decorrentes e é mais justa à vítima, que não necessita provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo agente danoso.

## **4 ESPECIFICIDADES DA VULNERABILIDADE**

Os seres humanos são naturalmente, vulneráveis. Uma leitura ampliada do conceito de vulnerabilidade a decompõe em vulnerabilidade substantiva, inerente a todo ser vivo, e em uma vulnerabilidade adjetiva, que, complementar à primeira, seria característica daqueles que se encontram em uma clara situação de desvantagem relacional (NEVES, 2006, p. 168).

Para os socialmente vulneráveis, como idosos, crianças e pessoas com deficiências, a própria lei age no sentido de diminuir a sua vulnerabilidade e facilitar o acesso aos seus direitos. Porém, pessoas, ainda que completamente autônomas, podem, a partir de situações específicas e do meio social, apresentar maior ou menor grau de vulnerabilidade.

Nesse sentido, é necessário distinguir a vulnerabilidade que assola os pacientes, daquela que atinge os consumidores.

Souza (2015, p. 76-77) aponta essa distinção: de fato, se a tutela privilegiada de determinado indivíduo deve ser proporcional ao seu grau de vulnerabilidade no contexto de uma relação jurídica, caberia indagar se o paciente pode ser considerado vulnerável em relação ao médico na mesma medida e pelas mesmas razões que o consumidor em face do fornecedor. E o próprio afastamento pelo código de defesa do consumidor, da atividade dos profissionais liberais do regime de responsabilidade objetiva por ele previsto, com remissão da responsabilidade com culpa do Código Civil, já sinaliza a resposta negativa.

A vulnerabilidade do paciente é adjetiva, já que a sua patologia o torna mais fragilizado, além de previamente faltar conhecimento dos riscos terapêuticos, diagnósticos e prognósticos, que poderiam legitimar seu consentimento ou recusa de uma terapêutica proposta.

A proteção do paciente e a redução das suas vulnerabilidades são alcançadas pelo cumprimento do dever informacional determinado pela Constituição Federal, em seu Art. 5, XIV, que assegura a todos o acesso à informação; no Código Civil, artigo 422, que assenta o princípio da boa-fé objetiva, do qual derivam os deveres de colaboração, informação e cooperação, todos incidentes sobre a relação paciente-médico e, no Código de Ética Médica, que regula o exercício da profissão. É um cenário de proteção ao que é essencial na relação paciente-médico: a saúde.

Na seara consumerista, a vulnerabilidade, eleita como princípio do Código de Defesa do Consumidor, assume a forma técnica, que diz respeito à ausência de conhecimento técnico, ou seja, o consumidor não dispõe de condições técnicas para identificar informações importantes de um produto ou serviço; a forma jurídica que tem relação com a ausência de conhecimento que o consumidor tem em determinada área específica e, por fim, a forma fática, que demonstra que o consumidor é o elo mais frágil da relação de consumo, considerando as condições econômicas do fornecedor.

Os contratos regidos pelo CDC e para os quais provém proteção à vulnerabilidade do consumidor são contratos com um elemento essencial: o lucro; que será um parâmetro de decisão pelo fornecedor, que pode rescindir o contrato em caso de inadimplemento, por exemplo; o que difere do médico, que tem como elemento essencial a saúde, e não o lucro.

A despeito de todas as ferramentas processuais mencionadas, oferecidas pelo CDC, em favor da parte vulnerável da relação, o que demonstra a louvável “boa intenção” da doutrina/jurisprudência em proteger o paciente quando a relação paciente-médico degenera em um conflito judicial, tentando oferecer uma paridade de armas, não há um dispositivo sequer em todo o diploma consumerista que verse efetivamente, de forma clara, específica e adequada, sobre os direitos e deveres das partes no contrato de tratamento.

Por um simples motivo, o CDC não foi feito para disciplinar a relação paciente-médico, mas sim para regular as atividades de um fornecedor-vendedor mercantil e comercial em face de um consumidor final de um produto ou serviço, dentro da lógica de mercado, sujeita a Teoria do Risco. No entanto, como visto, a saúde não pode ser reduzida a uma simples mercadoria. Pensar assim é retroceder em toda a evolução bioética conquistada a duras penas, no que tange a dignidade da pessoa humana e a difícil e prolongada retirada do paciente da mera condição de objeto da medicina.

Repita-se, o propósito de proteger o paciente em sua vulnerabilidade é muito digno, mas a vulnerabilidade deste não tem qualquer relação com a vulnerabilidade de um consumidor e os fins não justificam os meios, sendo que a medida adotada subverter a própria intenção de qualquer operador do direito que tenha o ideal de justiça em seus planos, pois tenta transformar injustamente a saúde do paciente em uma simples mercadoria (NILO, 2020, p. 93).

Vale destacar que, mesmo o Código de Defesa do Consumidor considerar a natureza da relação paciente-médico como contratual, a doutrinadora Márcia Maria Pazinato (2019) elucida que é preciso cautela ao julgar essa relação a partir da perspectiva consumerista, tendo em vista a necessidade de considerar as particularidades e as vulnerabilidades dos sujeitos, pois a bioética de intervenção recomenda que casos concretos sejam avaliados também de acordo com os princípios estabelecidos pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, considerando as vulnerabilidades de cada sujeito e do país em que está sendo aplicada a medicina. Assim, no Brasil, onde há profunda desigualdade social, é importante considerar a vulnerabilidade material, social e intelectual dos sujeitos, objetivando transpor a barreira do desconhecimento e estimular a comunicação efetiva e eficaz entre o paciente e o médico.

## **5 A SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Tanto para o Direito Médico em sentido restrito, que disciplina a relação paciente-médico, quanto para o Direito Médico em sentido mais amplo, que seria o “Direito da Saúde”, o bem jurídico específico é a saúde do paciente. Em uma perspectiva prática e lógica, pode-se

considerar a saúde como o direito mais importante de todos, dentre os direitos fundamentais, relacionado diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana - fundamento da República Federativa do Brasil.

Com a ampliação do conceito de saúde, abraçando aspectos sociais e psicológicos do paciente, reforçou-se que a sua autonomia pode prevalecer sobre o altruísmo médico, mesmo que, no caso concreto, isso implique um agravo à sua própria saúde biológica, mas uma exaltação à sua dimensão biopsicossocial.

O movimento de conquista de direitos do paciente, que se assentou princípio da autonomia e do consentimento livre e esclarecido, não se originou historicamente de uma luta social pela dignidade, mas pelos direitos do consumidor, que paga pelo serviço e tem o direito de recebê-lo com qualidade.

Contudo, esses limites se ampliaram e a autonomia e informação, no que diz respeito à saúde e à vida, não estão mais condicionadas ao montante pago pela prestação do serviço, mas sim ao fato de que o paciente, sujeito de direitos, tem direito à sua vida e ao seu próprio corpo, independente da pecúnia oferecida ao médico, direta ou indiretamente.

A importância da saúde se reflete no ordenamento jurídico brasileiro, para além de um direito social (art. 6, *caput*, da CF/1988), avançando também para um direito fundamental; na medida em que, ter direito à saúde, é ter direito à própria vida (art. 5, *caput*, CF/1988). Quando se trata de direito à saúde, está-se diante da tutela de um bem jurídico completamente singularizado, *sui generis*.

A Lei nº 12.842/2013 (Lei do Ato Médico), em seu artigo segundo, assim dispõe:

Art. 2. O objeto de atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.

O Princípio 2, do Código de Ética Médica, reforça que “o alvo de toda a atenção do médico é o paciente, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

A Organização Mundial Saúde (OMS), em 1946, definiu o conceito de saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental, social e não apenas ausência de doença; em total conformidade com os preceitos bioéticos para redução da vulnerabilidade e promoção da autonomia do paciente.

A palavra saúde aparece no texto do diploma consumerista em onze oportunidades. Contudo, em momento algum, a palavra aparece referindo-se à saúde do paciente dentro de um

contrato de tratamento com um profissional médico. Todas as vezes em que o termo aparece, é empregado no contexto de que um fornecedor não pode colocar em risco, ou lesionar, a saúde do consumidor e, caso o faça, será responsabilizado de forma objetiva por isso.

Assim sendo, esses dispositivos são para os riscos adicionais gerados pelo fornecedor, sujeito à teoria do risco ao empreender no mercado. No contrato de tratamento, o risco de agravo à saúde é inerente à condição do próprio paciente, pois o dano é um dos elementos da responsabilização civil e tem características particulares, completamente *sui generis*.

### **5.1 A primazia da autonomia do paciente**

A autonomia privada constitui-se da interação da autonomia crítica com a autonomia de ação. A autonomia crítica é o poder do homem de se compreender e compreender o mundo à sua volta, ou seja, é o poder de avaliar a si e o mundo, estabelecendo relações a partir de seus pré-conceitos. A autonomia da ação é o poder de estabelecer dado comportamento, portanto, ela é determinada pela compreensão do mundo, isto é, pela autonomia crítica (FREIRE DE SÁ; NAVES, 2018, p. 109).

Para que seja respeitada a autonomia do paciente, o médico precisa adequar seu discurso de forma a ser compreendido. É uma evolução quando o modelo autoritário do saber médico sobre o não saber do paciente se transforma em um modelo dialogal, em que, a partir da compreensão do paciente, este deixa de ser um excluído decisional, passando a agir e decidir de forma livre e crítica.

Segundo Brunello Stancioli (2020), a solução ética para o problema do desequilíbrio na relação entre o paciente e o médico é o aumento da autonomia do paciente.

Dessa forma, quando se coloca o paciente em um primeiro plano na nomenclatura da relação (paciente-médico e não mais a conceituada nomenclatura relação médico-paciente), ainda se aponta para outro aspecto bastante importante, cujo diagnóstico deve sair da ideia de um agente autônomo o qual se pauta somente em uma racionalidade científica, para centrar-se no diagnóstico de um ato com justificações transdisciplinares, típicas de uma concepção bioética.

## **6 O ATUAL ENQUADRAMENTO CONSUMERISTA DA RELAÇÃO PACIENTE-MÉDICO**

Segundo Nilo (2020), atualmente prevalece o entendimento jurisprudencial e doutrinário, quase uníssono, de que a relação estabelecida entre o paciente e o profissional médico tem natureza jurídica típica de uma relação de consumo, desenvolvendo-se por intermédio de um contrato de prestação de serviço como outro qualquer e subsumível ao parágrafo 4 do artigo 14 do Código de Direito do Consumidor.

Nesse sentido, os julgadores majoritariamente interpretam que, na relação entre o paciente e o médico, incide o Código de Defesa do Consumidor, utilizando o conceito de fornecedor ao médico e de consumidor ao paciente. Oferece, assim, todas as benesses trazidas por esse instrumento normativo, inclusive a inversão do ônus da prova em favor do paciente (KFOURI NETO, 2021).

Maria Helena Diniz, 2021, reforça esses conceitos quando em sua obra diz que, “convém não olvidar que: a responsabilidade subjetiva do profissional da área da saúde, nos termos do artigo 951 do Código Civil e do artigo 14, parágrafo 4, do Código de Defesa do Consumidor, não afasta a sua responsabilidade objetiva pelo fato da coisa a qual tem a guarda, em caso de uso de aparelhos ou instrumentos, que, por eventual disfunção, venham a causar danos a pacientes, sem prejuízo do direito regressivo do profissional em relação ao fornecedor do aparelho e sem prejuízo da ação direta do paciente, na condição de consumidor, contra tal fornecedor”.

Sérgio Cavalieri Filho, (2019), defende essa corrente majoritária, afirmando que “o médico é um prestador de serviços, pelo que, não obstante, subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito a disciplina do Código de Defesa do Consumidor”.

Miguel Kfourri Neto (2021) continua dizendo, que, aqui no Brasil, a despeito da ausência de consenso quanto a esse ponto, é reconhecida grande semelhança entre o contrato de locação de serviços e o contrato de serviços médicos e, em função dessa semelhança, prefere repelir a tese de que seria um contrato inominado (*sui generis*), pois a atividade do profissional liberal, não submetida à legislação trabalhista, consiste em prestar ao seu contratante serviço certo, mediante pagamento determinado (KFOURI NETO, 2021).

Contrariamente, Aguiar Dias (2011) acredita que a elevação da natureza dos serviços médicos, acima da simples locação de serviços, é ainda a que domina entre os que consideram atentamente a feição especial da assistência médica; logo o enquadramento da atividade como um contrato *sui generis* é a ideia mais acertada.

## **6.1 A natureza jurídica da relação paciente-médico e inadequações do enquadramento consumerista**

A atividade médica não se confunde com a atividade mercantil, comum e massificada, pois recai sobre a vida e a saúde do ser humano, sendo bem mais complexa e sujeita a áleas, vicissitudes e fatalidades.

Segundo Kfoury Neto (2019, p. 52-53), mesmo em tratamento mais simples, a álea está presente, ainda que em proporções menores, mas não deixa de existir. O avanço da medicina não elimina a incerteza médica, sendo que, para alguns, justamente o progresso da medicina tornaria ainda mais aleatórios o diagnóstico e a terapia. O médico sempre atua sobre um contexto biológico frágil e instável, buscando, na maior parte dos casos, amenizar a situação preexistente e desfavorável.

Necessário reforçar que o ser humano há de ter sempre dignidade e não preço. Corroborando essa visão, a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, em decisão liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF no 532, na qual foi relator o Ministro Celso de Mello, acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico – DJE de 31/08/2019, escreveu, notoriamente, que “saúde não é mercadoria. Vida não é negócio. Dignidade não é lucro.” Em vista disso, o entendimento da corrente minoritária quanto ao enquadramento jurídico do contrato de tratamento no Código de Defesa do Consumidor, trata-se de um erro que põe em risco todo o sistema de prestação de serviços médicos, o qual pode prejudicar a relação paciente-médico e principalmente o paciente (NILO, 2019).

Quanto às normas que recaem sobre a responsabilidade médica no nosso ordenamento jurídico, tem-se a primeira, amplamente majoritária, que entende pela incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação paciente-médico, a partir de dois argumentos. O primeiro seria a subsunção dos conceitos de paciente e médico aos de consumidor e fornecedor, expressos pelo artigo 3 do diploma consumerista. O segundo seria relativo à vulnerabilidade do paciente, já que estaríamos diante de um diploma protetivo, em razão do Princípio da Vulnerabilidade, expresso pelo artigo 4, inciso I, do CDC. Neste momento, é possível refletir sobre a inadequação da relação paciente-médico à legislação consumerista, inicialmente, pela diversidade de hierarquia entre os bens protegidos (de um lado o interesse lucrativo, do outro a saúde biopsíquica do paciente) e também por não bastar a subsunção dos conceitos de paciente ao consumidor e do médico ao de fornecedor pela mera adequação literal. Tal critério interpretativo é insuficiente no período pós-positivismo jurídico, já que o Direito não é mais exclusivamente norma, mas fato, valor e norma.

A segunda corrente, defendida por doutrinadores como Alessandro Timbó Nilo, sob argumentos amplamente defensáveis, entende pela incompatibilidade na incidência das regras do CDC à relação paciente-médico.

Pelas peculiaridades apresentadas na relação entre paciente e médico, entendem, alguns doutrinadores, que essa relação não deve ser restringida a uma mera relação de consumo, mesmo que ela possibilite identificar uma situação análoga à consumerista. Aplicar o Código de Defesa do Consumidor à relação entre paciente e médico é questionável, uma vez que a transfiguração desse vínculo em uma relação de consumo poderia ser deturpada. Isso porque, quando se interpreta a favor da definição da relação entre paciente e médico como relação de consumo, tem-se a perspectiva do médico como fornecedor de um serviço prestado, conforme disposto no artigo 3º e parágrafo 2º. Da mesma maneira, o paciente fica subordinado ao conceito de consumidor, nos termos do artigo 2º, ambos do Código de Defesa do Consumidor (OLIVEIRA, 2013).

O legislador, ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor, teve primeiramente o interesse comercial, em que o lucro é a mola propulsora e elemento essencial do negócio. Em momento algum, esse diploma se refere à atividade médica especificamente (que visa essencialmente à proteção de direitos existenciais, estando o lucro em segundo plano), ou às partes que perfazem os contratos de prestação de serviços médicos, diferentemente do Código Civil, que disciplina em algumas normas, de forma bastante específica, a responsabilidade desse profissional.

Para Nilo (2020), o CDC, diploma fundamental para uma sociedade capitalista e de consumo, deve continuar sendo utilizado na apreciação de boa parte dos contratos de serviços de saúde em sentido amplo; porém especificamente na relação contratual que o paciente estabelece diretamente com o médico, a subsunção consumerista não deve prevalecer. A relação paciente-médico encontra seu adequado enquadramento jurídico no Código Civil Brasileiro, na Lei do Ato Médico (Lei nº 12.842/2013 - que dispõe sobre o exercício da medicina e estabelece seu objeto) e na Deontologia Médica (como repositório normativo subsidiário, integrando o direito a partir do princípio geral da dignidade do paciente) - a qual tem conteúdo material diametralmente oposto ao enquadramento sugerido pelo sistema consumerista.

A teoria do risco, que o Código de Defesa do Consumidor adota para a responsabilidade consumerista, não é razoável com a natureza jurídica da relação paciente-médico, pois pela teoria do risco-criado, a doença, alterações da saúde e a morte, em princípio, não advêm da atividade médica, mas sim um risco que o paciente traz consigo, e o médico atua para redução deste agravo que já o acomete. Do mesmo modo, pode-se falar da teoria do risco-proveito, já

que o médico não cria risco em função da remuneração que possa advir da execução de um tratamento, a qual não é o objetivo principal e sua atividade.

O Conselho Federal de Medicina, que regulamenta o exercício da classe médica, acaba por contribuir para o não enquadramento da atividade médica em uma relação de consumo, uma vez que a publicidade médica é limitada, ao estabelecimento é vedado o vínculo com empresas farmacêuticas e de forma expressa proíbe o exercício mercantilista da medicina.

Em virtude dessas antinomias, não se pode falar na regência da responsabilidade médica por esse microsistema jurídico que é o CDC, pois desvirtua a própria boa-fé objetiva que deve permear as relações bilateralmente e, ainda, a natureza subjetiva da responsabilidade médica.

## **6.2 O correto enquadramento da relação paciente-médico no atual ordenamento jurídico brasileiro**

A atividade médica é tipicamente obrigação de meio, pois o médico se propõe a cuidar do doente, mas sem estar vinculado à sua cura. O médico deve empregar toda a sua diligência e conduzir-se com prudência, com o intuito de atender a meta desejada, sem estar vinculado ao êxito. Se ocorrido o dano, e verificada a inexecução da sua prestação obrigacional, será necessário analisar sua conduta e, se o médico agiu com culpa, cabe ao paciente demonstrar que a meta não foi atingida, porque ele, médico, não fez uso da devida prudência, habilidade e diligência impostas.

Como explica Alessandro Timbó Nilo (2019), ao afastar a relação paciente-médico da esfera cível e deontológica, inserindo-a no regime jurídico consumerista, como vem ocorrendo no Brasil, é possível transferir aos médicos à prática de uma medicina defensiva, isto é, aquela na qual o médico percebe o paciente como um potencial adversário judicial, que pode processá-lo a qualquer momento.

Nilo (2021) afirma que o artigo 951, do Diploma Civil, é a exata e perfeita definição legal do regime de responsabilização do profissional da saúde, construído sobre a teoria da culpa, como deve ser, estabelecendo que a responsabilização decorre de uma das modalidades de culpa, em sentido estrito: imperícia, imprudência negligência, em plena consonância com o entendimento mundial. Há uma perfeita harmonia com o artigo 1, *caput* do Código de Ética Médica, em que é vedado ao médico, causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Os artigos 944 e 945 do Código Civil introduzem a análise de gradação da culpa médica e do próprio comportamento da vítima, para se fixar a extensão da reparação do dano.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

O juiz, mediante aferição do grau de culpa, poderá proporcionalizar a indenização, já que a medicina não é uma ciência exata, além da possibilidade de haver eventual concorrência de culpa da vítima.

## 7 CONCLUSÃO

A relação paciente-médico, no ordenamento jurídico brasileiro, sofre uma insuficiência normativa, que não chega a ser uma lacuna, mas se mostra incompleta e inadequada. Os valores e princípios bioéticos, cada dia mais sedimentados no Brasil, exigem o preenchimento normativo adequado para a relação paciente-médico e, enquanto isso não ocorre, doutrina e Judiciário contentam-se com ferramentas processuais, para que o paciente, já em litígio judicial, em tese, tenha melhores condições de ser reparado e protegido em eventuais adversidades.

A consumerização jurídica da relação paciente-médico, realizada pelo Judiciário brasileiro, em nada contribui para a prevenção de litígios, nem apresenta e garante de forma adequada os direitos e deveres das partes no contrato de tratamento.

A evolução da relação paciente-médico não permite considerá-lo automaticamente desigual e vulnerável, pois se era decorrente do estado de “não saber” do paciente, agora isso pode mudar com o cumprimento de dever informacional pelo médico, aliado ao alto poder informativo do próprio paciente na sociedade atual.

É imprescindível ao médico a obtenção do termo de consentimento prévio e expresso do paciente, bem como sua aquiescência livre e clara, competindo ao médico o dever de informar todos os possíveis riscos e eventuais consequências relacionados à determinada doença ou tratamento. Se acaso o paciente esteja em iminente perigo de vida, deverá o médico obter o consentimento dos parentes mais próximos, visto que se arrisca se tornar sem efeito a alegação de falta de advertência do médico ao paciente sobre a possibilidade de ocorrência de resultado insatisfatório e/ou aquém das expectativas do paciente.

Vários argumentos conduzem à incongruência do sistema consumerista à relação paciente-médico. O profissional médico tem deveres de conduta, impostos por seu órgão de

classe, e a essência da sua atividade é incompatível com as regras consumeristas. A responsabilidade civil do médico é aferida mediante prova de culpa, incompatível com a responsabilidade objetiva delineada no Código de Defesa do Consumidor. A relação paciente-médico é pautada na fideducía e pessoalidade, tendo como elemento essencial a saúde do paciente e não o lucro. A vulnerabilidade do paciente não é reconhecidamente automática como a do consumidor, mas depende de uma análise casuística.

Diante de uma relação com tantas especificidades e clara incompatibilidade com as regras de consumo, deve a atividade médica ser regida pelo Código Civil Brasileiro, pelo Código de Ética Médica e pela Lei do Ato Médico.

As demandas, envolvendo o direito médico em sentido amplo, que apresentam de um lado o paciente e, do outro, hospital, clínica, operadoras de saúde, indústria de medicamentos e todos os demais prestadores de serviço com natureza tipicamente empresarial, devem continuar submetidas ao regime consumerista de proteção do consumidor, pois nesses casos a finalidade e natureza da atividade não seguem a especificidade dos contratos de tratamento, apesar de serem influenciadas por eles.

## 8 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em : [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm).

BRASIL. **Código Civil**. Lei no 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm).

BRASIL. **Lei no 12.842,10 de julho de 2013**. Dispõe sobre o exercício da medicina. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112842.htm).

CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**.13 ed. São Paulo, 2019.

DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro.: Lumens Juris, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 35ed. São Paulo. Saraiva Jur, 2021.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fatima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição e princípio. *In: IV ENCONTRO LUSO-BRASILEIRO DE BIOÉTICA*, 2006. São Paulo. **Revista Brasileira de Bioética**, v. 2, n. 2, p. 157-172, 2006.

NILO, Alessandro Timbó. **A relação paciente-médico para além da perspectiva consumerista**: uma proposta para o contrato de tratamento. Dissertação para obtenção do título de Mestre em Direito: Salvador, 2019.

NILO, Alessandro Timbó. **Direito Médico: O Contrato de Tratamento no Direito Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2020.

OLIVEIRA, Mariana Silva. **A judicialização da relação entre médico e paciente**: uma breve reflexão em bioética e ética. Monografia. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

PAZINATTO, Márcia Maria. A relação médico-paciente na perspectiva da Recomendação CFM1/2016 [online]. **Atualização Rev. Bioét.** 27 (2) Apr-Jun 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/KCpDXHw6LJNf4CgtBKLsBYJ/>  
<https://doi.org/10.1590/1983-80422019272305>.

SANTOS FILHO, Lycurgo. **História Geral da Medicina Brasileira**. São Paulo: HUCITEC, 1991.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do Erro à Culpa na Responsabilidade Civil do Médico**. Rio de Janeiro. Renovar, 2015.

STANCIOLI, Brunello. **Relação Jurídico Médico-Paciente**. Prefácio de Ronaldo Behrens. 2ª Edição. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2020. 140 p. E-book: ePub.