



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALESSANDRO TIMBÓ NILO

**A RELAÇÃO PACIENTE-MÉDICO PARA ALÉM DA PERSPECTIVA
CONSUMERISTA: UMA PROPOSTA PARA O CONTRATO DE TRATAMENTO**

Salvador
2019

ALESSANDRO TIMBÓ NILO

**A RELAÇÃO PACIENTE-MÉDICO PARA ALÉM DA PERSPECTIVA
CONSUMERISTA: UMA PROPOSTA PARA O CONTRATO DE TRATAMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração em Direitos Pós-Modernos: Bioética, Cibernética, Ecologia e Direito Animal.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Mônica Neves Aguiar da Silva.

Salvador
2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N695	<p data-bbox="537 951 1274 1056">Nilo, Alessandro Timbó A relação paciente-médico para além da perspectiva consumerista: uma proposta para o contrato de tratamento / por Alessandro Timbó Nilo. – 2019. 167 f.</p> <p data-bbox="537 1115 1274 1199">Orientador: Prof.^a Dr.^a Mônica Neves Aguiar da Silva. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2019.</p> <p data-bbox="537 1255 1274 1339">1. Médico e paciente. 2. Bioética. 3. Contratos - Tratamento - Cuidados médicos. I. Silva, Mônica Neves Aguiar da. II. Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. III. Título.</p> <p data-bbox="1105 1419 1274 1444">CDD – 344.0411</p>
------	---

Biblioteca Teixeira de Freitas, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia

ALESSANDRO TIMBÓ NILO

**A RELAÇÃO PACIENTE-MÉDICO PARA ALÉM DA PERSPECTIVA
CONSUMERISTA: UMA PROPOSTA PARA O CONTRATO DE TRATAMENTO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, área de concentração Direitos Pós-Modernos: Bioética, Cibernética, Ecologia e Direito Animal.

Aprovada em ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Profª. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva – Orientadora
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Maurício Requião de Santana
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Profª. Dra. Jessica Hind Ribeiro Costa
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Católica do Salvador

AGRADECIMENTOS

Toda lembrança é parcial e injusta com a verdade, mas a falibilidade da lembrança não diminui sua importância, pois a única coisa garantida deste trabalho é o crédito às pessoas que possibilitaram com que ele ficasse pronto.

Neste especial, importante e intenso momento de escrita de uma dissertação, a qual gostaria que fosse apenas o ponto de partida de uma discussão jurídica mais profunda sobre a relação paciente-médico, inúmeras pessoas, até mesmo sem saber, ajudaram-me enormemente na composição deste texto final (que de final mesmo tem muito pouco).

Devo começar pelos Colegas, médicos e advogados, da Pós-graduação em Direito Médico da Universidade Católica do Salvador, e pelos Colegas e Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, que contribuíram bastante para meus escritos sobre este tema, central no entendimento de uma Teoria Geral do Direito Médico que busca, sobretudo, a promoção dos pacientes e dessa relação jurídica que é uma das mais belas relações que existe.

Gostaria de agradecer especificamente a todos os Professores que me incentivaram a percorrer este difícil caminho, contra majoritário, que demanda muito esforço e dedicação. Nadar contra a correnteza não é fácil, de maneira que sem os incentivos certos nada disso seria possível.

Preciso lembrar dos Autores que me serviram de inspiração, tanto os que escrevem, com muita propriedade, de forma contrária ao que penso, quanto os que concordam, de alguma maneira, com a tese central aqui desenvolvida. Para estes últimos, mesmo sem conhecê-los, meus sinceros agradecimentos por me fazerem companhia e terem iluminado meus escritos.

Gostaria de agradecer aos meus alunos dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em que leciono. Com certeza sou eu quem mais aprende, com suas dúvidas inteligentes sobre Teoria do Direito, Responsabilidade Civil e Direito Médico.

Preciso agradecer também ao meu grupo de pesquisa em Bioética (VIDA), que ao longo destes anos vem me oferecendo importantes conceitos, bibliografia, questionamentos e incentivos.

Devo agradecer especialmente à Profa. Dra. Jéssica Hind, que vem lendo estes escritos desde o início de sua composição, e que fez importantes críticas para o resultado final (preliminar, na verdade, pois nunca acaba) desta dissertação. Gostaria de agradecer também ao Prof. Dr. Maurício Requião, a quem devo o olhar atento e crítico sobre a versão preliminar deste texto, contribuindo bastante para a reformulação e adaptação de inúmeros pontos importantes.

Mas eu preciso agradecer, de forma especial, à minha orientadora, Profa. Dra. Mônica Aguiar, a quem devo uma deferência especial, por sua história de vida multidisciplinar e de sucesso em todas as áreas do conhecimento, por suas sugestões, inteligência, generosidade, e, sobretudo, por seu sincero e atento interesse, desde sempre, em meus argumentos subversivos.

Mas uma dissertação não se faz apenas com a racionalidade científica. A Bioética nos ensina, com muita propriedade, que somos seres transdisciplinares, alimentados por inúmeras grandezas que vão muito além da mera razão indolente. De maneira que é preciso também agradecer aos meus amigos e colegas de trabalho pela paciência, espiritualidade, energia e compreensão que me ofereceram neste período de alguma indisponibilidade presencial.

Por fim, agradeço a Deus, na certeza de que, se Ele existe, a vida e a família devem ser creditadas à sua obra. Afinal, não teríamos vida se não fossem nossos pais (família primeira), a quem aqui penho minha existência e formação, Lúcia e José, com suas ações e exemplos. Agradeço também ao meu irmão Marcelo, por ser a referência pessoal e jurídica em minha vida.

Mas nesta jornada, sobretudo, devo agradecer a minha esposa Lais e aos meus filhos Vitor e Luisa. A estes, mais perto de mim, devo minha dívida eterna por serem minha fonte de inspiração, compreensão e amor.

Amo vocês!

A ciência é conhecimento, mas não é sabedoria.
Sabedoria é o conhecimento de como usar o conhecimento para o bem social.¹ Sabedoria é a compreensão em sua plenitude, quando reintegra no todo a parte analisada e passa a conhecê-la em função desse todo.² A profissão médica está em grande necessidade de um novo conjunto de princípios para a partilha de decisões complexas com seus pacientes e com a sociedade.³

^{1 e 3} **Van Rensselaer Potter**

² **J. J. Calmon de Passos**

RESUMO

A presente dissertação busca contribuir para a emancipação dos pacientes, enquanto sujeitos de direito portadores de dignidade humana, bem como para a formação do Direito Médico como um ramo jurídico autônomo no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da identificação da natureza jurídica da relação estabelecida entre paciente e médico quando em um ato terapêutico ou diagnóstico. Para tal, com base numa fundamentação bioética e na teoria do agir comunicativo, sugere-se a positivação de uma nova figura contratual - o contrato de tratamento, resultado da evolução da autonomia do paciente no correr da história, que, à semelhança do que já vem ocorrendo em outros países, favorecerá o entendimento e o exercício dos direitos e deveres das partes envolvidas na avença em questão. Sobretudo, favorecendo o paciente no exercício do direito sobre seu bem-estar biopsicossocial e contribuindo para uma apreciação mais justa e adequada da responsabilidade civil médica.

Palavras-Chave: Direito Médico. Bioética. Relação médico-paciente. Contratos de Tratamento.

ABSTRACT

The following theses aims to reflect upon the emancipation of patients, as subjects of law bearing human dignity, as well as for the formation of Medical Law as an autonomous legal branch in the Brazilian legal system, from the identification of the legal nature of the relationship established between patient and physician when in a therapeutic or diagnosis act. To do this, based on a bioethical foundation and on the theory of communicative action, the suggestion is made that a new contractual figure - the treatment contract, as a result of the evolution of patient autonomy in the course of history, that has already occurred in other countries, will favor the understanding and exercise of the rights and duties of the parties involved in this contract. Above all, favoring the patient in the exercise of the right to their biopsychosocial well-being and contributing to a more fair and adequate appreciation of medical civil liability.

Keywords: Medical Right. Bioethics. Physician-patient relationship. Treatment Contracts.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	Representação da hierarquia dos objetos no contrato de tratamento	83
Figura 2	Representação gráfica do conceito normativo de culpa na responsabilização civil médica	99

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil Alemão)
CC	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEM	Código de Ética Médica
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CODECON	Código de Defesa do Consumidor
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CRM	Conselho Regional de Medicina
EUA	Estados Unidos da América
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MBE	Medicina Baseada em Evidências
MI	Mandado de Injunção
NAT-JUS	Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	A RELAÇÃO PACIENTE-MÉDICO E A PRIMAZIA DA AUTONOMIA DO PACIENTE	18
2.1	BREVE HISTÓRICO DA EMANCIPAÇÃO DO PACIENTE EM FACE DO MÉDICO	18
2.1.1	Breve contexto histórico do Direito Médico e da Bioética	19
2.1.2	Breve remonte histórico da atividade médica no Brasil	22
2.2	A IMPORTÂNCIA DA LINGUAGEM PARA A (RE)COMPREENSÃO DA RELAÇÃO PACIENTE-MÉDICO	24
2.2.1	Wittgenstein e a virada linguística	24
2.2.2	A estrutura, o Signo e o Jogo no Discurso das Ciências Humanas em Derrida	25
2.3	DE UMA RELAÇÃO “MÉDICO-PACIENTE” PARA UMA RELAÇÃO “PACIENTE-MÉDICO”: UMA NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO SEMIÓTICA	27
2.4	A BIOÉTICA COMO FUNDAMENTAÇÃO PARA A SUGERIDA MODIFICAÇÃO DA NOMENCLATURA	29
2.4.1	Bioética: o “conhecimento de como usar o conhecimento”	30
2.4.2	A corrente principialista e a prevalência do princípio da autonomia	32
2.4.3	A Bioética latino-americana em favor da “relação paciente-médico”	37
2.4.4	Especificidades da vulnerabilidade do paciente	39
2.4.4.1	<i>Vulnerabilidade enquanto princípio</i>	40
2.4.4.2	<i>A dignidade da pessoa humana no contexto da relação paciente-médico</i>	42
3	A ESPECIFICIDADE DA SAÚDE E A NECESSÁRIA AMPLIAÇÃO DA COGNIÇÃO EM SUA APRECIÇÃO	45
3.1	A SAÚDE NÃO É UMA MERCADORIA	46
3.2	O VALOR JUSFUNDAMENTAL DA SAÚDE (<i>MINIMUM MINIMORUM</i> EXISTENCIAL) NA DOCTRINA JURÍDICA NACIONAL	51
3.2.1	A saúde no ordenamento jurídico brasileiro	52
3.2.2	A reserva do possível em face do <i>minimum minimorum</i> existencial	53
3.3	O CONHECIMENTO MÉDICO BASEADO EM EVIDÊNCIAS E A NORMATIVIDADE ÉTICA MÉDICA: GRANDEZAS NEGLIGENCIADAS NA FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES RACIONAIS	59
3.3.1	O modelo hermenêutico: suporte teórico adequado para o Direito Médico	59
3.3.2	A deontologia médica e o contrato de tratamento no Direito Médico	61
3.3.3	A importância da Medicina baseada em evidências para o Direito Médico	65
4	RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E O CONTRATO DE TRATAMENTO	68
4.1	O ATUAL ENQUADRAMENTO CONSUMERISTA	68
4.2	A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO PACIENTE-MÉDICO E INADEQUAÇÕES DO ENQUADRAMENTO CONSUMERISTA	72

4.2.1	Análise hermenêutica e a inadequação consumerista pela hierarquia dos objetos na relação paciente-médico	75
4.2.2	A inaplicabilidade da Teoria do Risco na relação paciente-médico	84
4.2.3	Obrigações de meio e de resultado na atividade médica	87
4.2.4	O conceito normativo de culpa na atividade médica	94
4.2.5	A inversão do ônus da prova oferecida pelo CDC: uma degeneração atualmente desnecessária	100
4.2.6	Uma análise adicional da Deontologia Médica em sua incompatibilidade com o CDC: a antinomia literal e sistêmica que inviabiliza o diálogo das fontes	103
4.2.7	O correto enquadramento da relação paciente-médico no atual ordenamento jurídico brasileiro	115
4.3	CONTRATO DE TRATAMENTO NO BGB E SUA CORRESPONDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	120
4.3.1	Estrutura básica e topografia dos contratos de tratamento no BGB	122
4.3.2	Deveres contratuais típicos no contrato de tratamento	122
4.3.3	A cooperação entre as partes e o consentimento no contrato de tratamento	123
4.3.4	Deveres de esclarecimento, documentação e prontuário médicos	126
4.3.5	A inversão do ônus da prova no contrato de tratamento	129
4.3.6	O foco deve ser na melhoria da relação comunicacional	132
5	UM PROJETO DE LEI PARA O CONTRATO DE TRATAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	134
5.1	A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO COMO MARCO TEÓRICO PARA OS CONTRATOS DE TRATAMENTO	134
5.1.1	A importância da transdisciplinariedade na execução do contrato de tratamento	136
5.1.2	O conhecimento racional relacional surge do diálogo, na intersubjetividade do entendimento	137
5.2	JUSTIFICATIVAS PARA A POSITIVAÇÃO DO CONTRATO DE TRATAMENTO	142
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	148
	REFERÊNCIAS	150
	APÊNDICE A - Projeto de Lei para Melhoria dos Direitos dos Pacientes no Contrato de Tratamento	160
	APÊNDICE B - Tabela Comparativa entre os Dispositivos do Contrato de Tratamento no BGB e os Dispositivos do Contrato de Tratamento no Atual Ordenamento Jurídico Brasileiro	164
	APÊNDICE C - Tabela com as Normas da Deontologia Médica Incompatíveis com o Regime Consumerista e com os Dispositivos do CDC Incompatíveis com a Atividade Médica (ou com o Próprio Ordenamento Jurídico)	166

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação terá como objeto a relação jurídica estabelecida entre o paciente e o médico, na busca por uma Teoria Geral do Direito Médico que atualize conceitos existentes sobre este ramo jurídico em surgimento. Para tal, o trabalho tentará demonstrar a necessidade da criação de um microssistema jurídico específico (normas específicas), com bases bioéticas, que regulamente de forma mais adequada a avença estabelecida entre as partes.

A nomenclatura “Direito Médico” surgiu, no Brasil, no ano de 1975, quando da publicação da primeira edição de obra homônima, de autoria de Genival Veloso de França, na tentativa de investigar os mais diversos aspectos que regulam a profissão médica. Uma obra que, segundo o autor, investigava “a responsabilidade do Médico para com a coletividade” (1975, p. IX)¹.

Àquela altura, França já intuía que havia a necessidade de se criar novos dispositivos para se trazer o que está solto para um só corpo de leis e que seria muito importante a criação de um Direito Médico autônomo² e independente, como disciplina própria, a qual deveria passar a ser ensinada tanto nas faculdades de Direito quanto nas faculdades de Medicina.

Sua intuição sobre a necessidade de se melhorar e unificar o arcabouço normativo que envolve a relação paciente-médico permanece muito pertinente, pois, a referida relação, até hoje, 44 anos depois, efetivamente ainda não goza da necessária maturidade legislativa no ordenamento jurídico nacional. E esta lacuna legislativa dificulta com que este ramo do direito se desenvolva adequada e plenamente, o que pode prejudicar o exercício dos direitos e deveres de ambas as partes envolvidas, sobretudo, do paciente – a parte mais vulnerável na relação.

¹ Este sentido no qual a nomenclatura “Direito Médico” guarda certa equivalência com a “responsabilização do profissional médico” ainda é muito comum atualmente, a exemplo da obra de Eduardo Dantas, que, a despeito de ser batizada de “Direito Médico”, escreve basicamente sobre responsabilização médica (DANTAS, 2014).

² A noção de autonomia de um ramo jurídico deve ser sempre vista como uma autonomia relativa, pois um ramo jurídico não se constitui em algo desgarrado do resto do ordenamento. “Não pode existir regra jurídica independente da totalidade do sistema jurídico, a autonomia (no sentido de independência relativa) de qualquer ramo do Direito Positivo é sempre e unicamente didática para, investigando-se os efeitos jurídicos resultantes da incidência de determinado número de regras jurídicas, descobrir a concatenação lógica que as reúne num grupo orgânico e que une este grupo à totalidade do sistema jurídico” (BECKER, 2010, p. 34). Para que um ramo do direito seja considerado autônomo, é preciso que exista, em seu interior, (i) um campo vasto e específico; (ii) que sejam elaboradas teorias próprias; e (iii) que observe a uma metodologia própria, empregando processos específicos. (ROCCO, 1921, p. 76). No entanto, aqui entende-se que não existe um método próprio para cada ramo do direito, que é o mesmo de qualquer ramo. Existe, isso sim, uma relação jurídica particular que tem características específicas a depender do ramo jurídico. E nestes escritos algumas teorias próprias ao Direito Médico serão sugeridas.

Tentar melhorar o conjunto normativo-positivo que envolve a relação paciente-médico é um dos objetivos desta dissertação.

Ainda nos seus escritos seminiais, no entanto, França defendia que o Direito Médico “teria como finalidade a interpretação dos estatutos, doutrinas e jurisprudências, e seus ajustamentos ao exercício profissional médico” (1975, p. IX-X). Ou seja, para o autor, o Direito Médico seria o ramo jurídico que deveria estudar “todas as normas jurídico-positivas atinentes à profissão médica, ou com as quais o médico está intimamente relacionado, em virtude da própria natureza de suas atividades”. Em suma, este ramo jurídico resumir-se-ia no estudo da “legislação médica” (1975, p. XIV)³.

Esta perspectiva jurídico-positivista que se reflete sobre todo o processo de produção, compreensão e aplicação do direito, a qual define a norma como sendo o objeto central da experiência jurídica, ainda é prevalecente em parte da doutrina nacional. Tome-se como exemplo a obra de Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas, que, neste mesmo sentido, afirma ser o objeto do Direito Médico, basicamente, “o conjunto de normas jurídicas que regulam as relações entre médicos e pacientes, planos de saúde, clínicas, hospitais, laboratórios, e políticas públicas de saúde” (2014, p. XXI).

No entanto, no pós-positivismo jurídico em que se encontra atualmente a experiência jurídica, o objeto central do direito deixou de ser apenas a norma jurídica posta (positiva), como Hans Kelsen desejava (2013)⁴, para constituir-se na conduta humana em interferência intersubjetiva (objeto material ou suporte) analisada pela ideia de justiça (objeto formal ou significação)^{5 e 6}.

³ Esta perspectiva normativista, do Direito Médico ter como objeto de estudo a legislação médica, foi mantida em todas as edições seguintes da obra do referido autor, incluindo a mais recente edição, a 13ª (FRANÇA, 2016, p. X).

⁴ Em artigo publicado na *Harvard Law Review*, em novembro de 1941, o próprio Kelsen, acerca da sua “Teoria Pura do Direito”, esclarece que “é chamada ‘pura’ porque procura excluir da cognição do Direito positivo todos os elementos estranhos a este (...) a Teoria Pura do Direito simplesmente declara-se incompetente para responder tanto à questão de ser dado Direito justo ou não como à questão mais fundamental do que constitui a justiça. A Teoria Pura do Direito – uma ciência – não pode responder a essas questões porque elas absolutamente não podem ser respondidas cientificamente” (KELSEN, 2001, p. 261-262).

⁵ Em sua Teoria Ecológica do Direito, Carlos Cósio refere que os objetos culturais, dentre estes o Direito, possuem dois elementos, um suporte ou substrato e um sentido ou significado, pois sendo cultural, está sempre ligado a um valor, porque o homem sempre age em função de valores. A conduta humana, por sua vez, é um objeto “ecológico” (de “ego”) ou subjetivo, de maneira que o objeto (substrato) da ciência do direito não é a “norma” objetiva, mas a busca da justiça na “conduta em interferência intersubjetiva” (grifou-se) (MONTORO, 2016, p. 118-119).

⁶ No mesmo sentido, Paulo Nader esclarece que “o objeto do direito se coloca em função da convivência humana: visa a favorecer a dinâmica das *relações sociais* [objeto material]; é um caminho, não o único, para se chegar a uma sociedade justa. (...) A causa motivadora do Direito é a *satisfação das necessidades de justiça* [objeto formal]” (grifou-se) (NADER, 2017, p. 62).

Na superação da histórica disputa entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, bem como das metateorias isolacionistas, o direito passou a ser entendido como um fenômeno cultural⁷, que estuda a norma, mas que também investiga o fato social e os valores^{8 e 9} determinados pelas circunstâncias histórico-culturais¹⁰.

Nesta atual perspectiva culturalista, os ramos jurídicos passaram a ter como objeto central as *relações jurídicas*¹¹, e não mais as normas jurídicas que disciplinam o comportamento de um determinado sujeito. No caso do Direito Médico, sustenta-se aqui que, nessa perspectiva, este ramo jurídico deve passar a ter como objeto a relação paciente-médico (objeto do “Direito Médico em sentido estrito”) ou todas as demais relações jurídicas que gravitam esta relação nuclear, incluindo esta (objetos do “Direito Médico em sentido amplo”, também denominado “Direito da Saúde”).

É fundamental logo destacar que todas as relações jurídicas que compõem o “Direito Médico em sentido amplo”, ou “Direito da Saúde” como alguns preferem, decorrem necessariamente da existência da relação jurídica estabelecida entre o paciente e o médico. Esta relação-básica é, portanto, pressuposto ontológico de todas as outras relações jurídicas que sempre

⁷ “As mais recentes conquistas no campo da epistemologia jurídica situam-se no *culturalismo jurídico*, que concebe o direito como um objeto criado pelo homem, dotado de sentido e conteúdo valorativo, sendo, portanto, pertencente ao campo da cultura” (grifou-se) (DINIZ, 2017, p. 147).

⁸ “Um dos momentos da experiência axiológica, constituiu-se, nestes últimos anos, a Jurisprudência dos valores, com a qual se correlaciona a concepção tridimensional do Direito, segundo a qual *fatos e valores se integram dialeticamente em um processo normativo*. Na realidade, o tridimensionalismo constitui uma tentativa de superação das concepções jurídicas abstratamente fundadas apenas no fato, na norma ou no valor” (grifou-se) (REALE, 1999, p. 195).

⁹ No mesmo sentido do tridimensionalismo, Paulo Nader leciona que o direito engloba três elementos: a) relações sociais (fato); b) justiça: causa final (valor); c) regras impostas pelo Estado (norma) (NADER, 2017, p. 62). Ou ainda Maria Helena Diniz, “assim sendo, o jusfilósofo, o sociólogo e o jurista devem estudar o direito na totalidade de seus elementos constitutivos, visto ser logicamente inadmissível qualquer pesquisa sobre o direito, que não implique a consideração concomitante desses três fatores” (DINIZ, 2017, p. 157).

¹⁰ A concepção do direito como experiência histórico-cultural abre perspectivas renovadoras para a Ciência Jurídica, inclusive porque nos dá consciência de que o direito não é um presente, uma dádiva, algo de gracioso que o homem tenha recebido em determinado momento da História, mas, ao contrário, o fruto maduro de sua experiência multimilenar. É como experiência histórica que se explica e se modela a experiência jurídica (REALE, 1999, p. 220).

¹¹ Tratando sobre o conceito da relação jurídica, Orlando Gomes esclarece que se trata de um conceito nuclear da Teoria Geral do Direito Civil, de maneira que “o Direito deixou de ser tratado em função do sujeito, como era nos Códigos Latinos, para *girar em torno do conceito de relação jurídica*, e de suas vicissitudes (...)” (grifou-se) (GOMES, 2010, p. 73). Neste mesmo entendimento, Hugo de Brito Machado, acerca do direito tributário, esclarece que “é possível conceituar o direito tributário como *o ramo do Direito que se ocupa das relações* entre o Fisco e as pessoas sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos de poder” (grifou-se) (MACHADO, 2017, p. 51). Da mesma forma, Sacha Calmon ensina que o objeto do direito tributário “*é a relação jurídica* entre o Estado e o contribuinte” (grifou-se) (COELHO, 2015, p. 30).

decorrem da inicial necessidade do paciente em contratar um serviço médico, seja por uma enfermidade instalada ou pela necessidade de se prevenir com que ela ocorra¹².

Assim, as relações jurídicas estabelecidas entre o paciente e o sistema público de saúde; entre o paciente e hospitais ou clínicas particulares; entre o paciente e operadoras da saúde; entre o paciente e laboratórios; entre as operadoras de saúde e os médicos; entre os médicos e os hospitais; etc., só existem na medida em que, em um dado momento no mundo dos fatos, ocorrerá um “contrato de tratamento” (*Behandlungsvertrag*)¹³ entre um paciente e um médico – relação jurídica, portanto, inicial e central em todo o “Direito da Saúde”, do que decorre a sua importância.

Em vista disso, a orientação teórica normativista sobre a natureza do direito, que restringe a experiência jurídica apenas à norma posta especificamente pelo parlamento, precisa ser revista também no Direito Médico. De maneira que um estudo sobre a natureza jurídica e as particularidades da relação paciente-médico será outro objeto central do texto que segue.

Por último, nesta introdução, é preciso destacar que, nas últimas décadas, o paciente teve seu *status* jurídico completamente modificado na sua relação com um médico em um contrato de tratamento, deixando de ser um mero objeto da atividade médica e passando a ter voz ativa na relação, uma vez que deve haver uma “igualdade ideativa entre ambos” (STANCIOLI, 2004, p. 26)¹⁴. Esta modificação intersubjetiva precisa ser compreendida, absorvida e implementada.

A tradição hipocrática, que priorizava o (suposto) bem-estar do paciente de maneira exógena à crítica e vontade deste, encontrou o seu crepúsculo (STANCIOLI, 2004, p. 109). O antigo *ethos* médico, de origem imemorial, que preconizava a sua competência para, a partir apenas do seu próprio ponto de vista, estabelecer regras comportamentais para o enfermo, tornou-se hoje residual.

O paciente passou a ter o poder de escolher, dentre aquelas alternativas oferecidas pela medicina vigente, a forma de terapia que lhe é mais adequada a partir da sua própria consciência, ou até mesmo não escolher qualquer tratamento.

¹² O conceito de saúde como sendo a ausência de uma doença biológica ou saúde em sentido estrito, encontra-se superado em face do conceito de saúde em sentido amplo proposto por George Libman Engel (1977), como sendo o bem-estar biopsicossocial, que será melhor trabalho em sessão específica deste trabalho.

¹³ Este é o termo utilizado na Alemanha para se denominar a avença estabelecida entre o paciente e seu médico, introduzido pela *Lei para a melhoria dos direitos dos pacientes (Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten)*, que entrou em vigor em fevereiro de 2013, modificando o Código Civil Alemão (BGB) ao tipificar os contratos de tratamento como única espécie diferenciada dentro dos contratos de prestação de serviços. (Disponível em: http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Patientenrechtgesetz_BGBI.pdf. Acesso em: 24 mar. 2018).

¹⁴ Acerca deste conceito de igualdade ideativa, vide seção 2.4.4.2 *infra*.

Hodiernamente, se há um protagonismo relacional, este deve ser atribuído ao paciente e não mais ao médico, em função dos movimentos de emancipação do paciente enquanto sujeito de direitos e em decorrência lógica de sua dignidade enquanto pessoa humana, a qual deve ser respeitada, sobretudo por sua condição ínsita de “vulnerabilidade adjetiva” (NEVES, 2006, p. 163)¹⁵.

Assim, também precisa ser revista a perspectiva que valoriza a preponderância da figura do médico como referência subjetiva central na relação-objeto do Direito Médico, este é o terceiro objetivo desta dissertação.

O protagonismo do paciente, no entanto, não deve ser confundido com uma superioridade hierárquica relacional em face do médico, isto deve ficar claro logo nesta introdução. Não deve haver uma assimetria entre sujeitos. Deve haver apenas uma assimetria entre direitos e deveres, tendo o paciente mais direitos em face do médico e este, mais deveres em face daquele¹⁶.

A fundamentação e propostas a serem trazidas neste texto, sobre a modificação no paradigma da relação paciente-médico, aponta para uma igualdade cooperativa-comunicacional na relação, igualdade esta que deve ser o produto final e atual desta relação extremamente antiga, e que aqui encontrará seu marco teórico no agir comunicativo habermasiano.

Assim, pelo método de abordagem histórico-evolutiva e por uma técnica de pesquisa pautada em análise bibliográfica, esta dissertação (i) abordará a modificação intersubjetiva ocorrida no contrato de tratamento; (ii) demonstrará que a cognição, em Direito Médico, em função do bem jurídico envolvido, deve superar e ampliar a orientação teórica positivista e reducionista ainda prevalecente e (iii) proporá a criação de um microsistema jurídico específico para a relação paciente-médico, que se encontra incompreendida, disciplinada por dispositivos insuficientes e assistemáticos, o que tem levado ao equivocado enquadramento da avença como sendo uma relação de consumo.

¹⁵ Vide explicação mais detalhada sobre a vulnerabilidade adjetiva na seção 2.4.4.1 *infra*.

¹⁶ Esta é uma questão de *reciprocidade desequilibrada*, que não serve para colocar em vantagem um determinado sujeito, mas para corrigir uma desvantagem prévia e contingente de uma relação (ou de um contrato). Esta assimetria é uma correção racional para a promoção de acordos justos em situações nas quais o poder de barganha é dispar entre as partes. Dialoga com a reciprocidade assimétrica dos acordos (justiça como equidade), contida em *Uma Teoria da Justiça* (Jonh Rawls), bem como o conceito de *Alteridade* apresentado por Maria de Céu Patrão Neves, a partir da obra de Emmanuel Levinas (*O Humanismo do outro homem*). Este conceito será mais aprofundado na seção 2.4.4.1 *infra*.

2 A RELAÇÃO PACIENTE-MÉDICO E A PRIMAZIA DA AUTONOMIA DO PACIENTE

Esta dissertação deve ser iniciada com o atual entendimento dos papéis dos sujeitos envolvidos na relação paciente-médico, por vezes ainda não compreendidos, modificados em função da prevalência da autonomia do paciente em face da beneficência médica, que vem sedimentando-se no contexto mundial e brasileiro.

2.1 BREVE HISTÓRICO DA EMANCIPAÇÃO DO PACIENTE EM FACE DO MÉDICO

O exercício de pensar o precedente e a precedência intersubjetiva dos agentes atuantes na relação jurídica paciente-médico coloca o desafio de compreender como ocorreu a modificação da relação ao longo da história, partindo de um anterior perfil lógico-autoritário para se alcançar o atual perfil dialógico-consensual do vínculo.

No cenário atual, pode parecer que a relação paciente-médico vem se degenerando ao longo do tempo, no entanto, a avença era apenas aparentemente “saudável”, pois uma das partes mandava e a outra seguia as ordens. Não havia conflito aparente, sendo este apenas oculto. No momento em que o paciente efetivamente passou a exercer sua autonomia, dispondo sobre o próprio corpo – o que aconteceu apenas recentemente no correr da história –, um conflito oculto emergiu, o que não quer dizer que anteriormente a relação não fosse conflituosa e, sobretudo, injusta.

Os pacientes deixaram de ser excluídos decisoriais aos quais não se questionava a vontade e ignorava-se os seus sentimentos. E este movimento também significou para o médico uma libertação, na medida em que não se pode exigir mais dele a personificação de uma espécie de “guerreiro de São Jorge” solitário no combate ao dragão da doença e da morte. É atentar contra a sua intrínseca humanidade e falibilidade pretender vê-lo como um semideus, um ser infalível que tudo sabe, tudo pode, tudo provê e tudo decide (STANCIOLI, 2004, p. VIII).

Assim, este breve remonte histórico busca apresentar o duplo aspecto desejável ocorrido na relação paciente-médico: o paciente deixou de ter o *status* de mero objeto da medicina, quando não era observada a sua vontade em um tratamento ou em uma pesquisa médica, passando a ser portador de dignidade e de uma efetiva autonomia; e do médico, por sua vez, retirou-se o peso de se constituir em uma quase-divindade, infalível em sua atividade e responsável por todas as decisões

e consequências dos eventos na saúde do paciente. Consolidar este novo equilíbrio e igualdade das partes é, então, algo duplamente benéfico e desejável.

2.1.1 Breve contexto histórico do Direito Médico e da Bioética

Em âmbito mundial, uma série de julgamentos e normas foi sedimentando, aos poucos, a autonomia do paciente em face do aparato médico, bem como os conceitos e entendimento do Direito Médico moderno e contemporâneo. Como tudo na história, não foi apenas um único evento que determinou a emancipação do paciente. Entre avanços e retrocessos, esta movimentação continua acontecendo diuturnamente nos tempos atuais, com passos importantes ainda por serem dados.

Em sede jurisprudencial, primeiramente, surgiu ainda no Século XVIII, a noção do direito de informação para o paciente, bem como a necessidade de se colher o seu consentimento para um procedimento médico¹⁷. Já no início do Século XX, nos EUA, foi exarado o entendimento de que o consentimento presumido deve ficar limitado aos casos de urgência por risco de vida¹⁸, o que hoje entende-se por “privilégio terapêutico”¹⁹.

Mas foi apenas em 1936, na França, que se plantou a semente do Direito Médico moderno, na medida em que ficou estabelecido, em um julgamento paradigmático, que as partes, paciente e médico, são portadores de autonomia e devem estar em posição de paridade, pois o tratamento constitui-se em (i) uma relação contratual com (ii) uma obrigação de meio²⁰.

Do ponto de vista normativo, foi apenas após a 2ª Grande Guerra, com o Código de Nuremberg, que surgiu o “primeiro texto de proclamação dos direitos dos pacientes” (PEREIRA,

¹⁷ Em 1767 na Inglaterra, no caso *Slater x Baker*, gerou-se a 1ª sentença que se tem notícia sobre estes institutos. “O tribunal responsabilizou dois médicos por estes, sem terem pedido previamente o consentimento do doente, lhe terem quebrado o osso vista a tratar uma fractura mal consolidada, colocando um aparelho ortopédico na perna do paciente” (PEREIRA, 2004, p. 57).

¹⁸ No julgamento *Pratt x Davis* ocorrido em 1906, no estado de Illinois, nos USA (PEREIRA, 2004, p. 57).

¹⁹ O “privilégio terapêutico” existente na interação paciente-médico é concebido como sendo uma característica relacional básica, que aliás distingue o contrato médico de outras relações contratuais, e que permite, em algumas circunstâncias, que sejam tomadas determinadas decisões, ou ocultadas informações que possam provocar danos psicológicos ao paciente, sendo mandatário a comunicação ao responsável legal (MUÑOZ; FORTES, 1998, p. 61).

²⁰ Foi nessa época que “a *Cour de Cassation* abriu as portas para o direito médico moderno, que se baseia na ideia de contrato e na ideia de obrigações de meios (*arrêt Mercier*, de 20 de Maio de 1936)”. No entanto, uma decisão do Tribunal Federal Suíço, de 10 de junho de 1892, já reconhecia a existência de uma relação contratual entre o paciente e o médico (*louage de services*). Ambos excertos conforme Pereira (2004, p. 28).

2004, p. 59)²¹. Embora direcionado para a experimentação clínica, constituiu-se num diploma para que o paciente assumisse a condição de sujeito de direitos, não sendo mais apenas objeto da medicina. Este marco, por sua vez, pode ser considerado como o início do Direito Médico contemporâneo, caracterizado pelo direito do paciente à autodeterminação.

Não por acaso, neste momento e a partir da criação da OMS, o conceito de saúde foi modificado para o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças. Percebeu-se, então, a necessidade do equilíbrio interno e do homem com o meio ambiente, recuperando os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels (GOUVÊA, 2015, p. 77). É com este novo conceito que surge a relação entre saúde e a autonomia, bem como a ampliação da saúde para além de questões meramente biológicas.

Aproximadamente dez anos depois, em 1957, em sede jurisprudencial, a expressão “consentimento informado” (*informed consent*) foi introduzida nos EUA (PEREIRA, 2004, p. 62), de maneira que as decisões americanas, doravante, passaram a explicitar progressivamente o dever de informação do médico para com o paciente. Este instituto se tornaria, duas décadas depois, o núcleo material do princípio da autonomia na obra “Princípios de ética biomédica” (1977), de Beauchamp e Childress, um texto seminal e fundamental para a compreensão da ética médica na relação paciente-médico²².

O ano de 1971 é um marco para a Bioética mundial, na medida em que neste ano foi lançada a obra que difundiu o neologismo “bioética”, bem como estabeleceu as bases iniciais deste novo campo do conhecimento, marcado pela interdisciplinaridade e pela tarefa de buscar “o conhecimento de como usar o conhecimento para o bem social” (LOPES, 2014, p. 272). A Bioética, nessa perspectiva potteriana, nasceu para ser “a ciência da sobrevivência” (POTTER, 2016, p. 27)²³.

²¹ O Código, derivado do Tribunal de Nuremberg (1945-1946), passou a disciplinar questões ligadas a quaisquer procedimentos, experimentos e pesquisas em seres humanos, sendo revisto pela OMS, dando origem à declaração de Helsinque, que, por sua vez, sofreu várias revisões em 1975, 1983 e 1989 (COUTO FILHO; SOUZA, 2008, p. 27).

²² Sobre este texto, em sua 2ª edição de 1979, José Agostinho Lopes esclarece que, nele, “o princípio de respeito pelas pessoas foi substituído pelo da autonomia e o da beneficência foi desdobrado em beneficência e não maleficência. Desse modo, consagraram-se os seguintes princípios: a) o da autonomia, privilegiando a decisão do paciente; b) os de beneficência e não maleficência, imputados aos profissionais de saúde; c) e o de justiça, especificamente distributiva, voltado especialmente para as instituições de saúde e a sociedade no tratamento das questões relativas à vida e saúde dos seres humanos” (LOPES, 2014, p. 272).

²³ A palavra *bioethics* foi um neologismo utilizado primeiramente no ano anterior, em 1970, pelo bioquímico e pesquisador oncológico, Van Rensselaer Potter, na Universidade de Wiscosin, para o que ele tinha previsto como uma nova disciplina que poderia integrar os conhecimentos da biologia e os sistemas de valores humanos, para “ajudar a humanidade em busca de uma racional, porém cautelosa, participação no processos da evolução biológica e cultural”

Mas foi apenas em 1995, na Holanda, que uma moldura normativa específica, disciplinando direitos e deveres de pacientes e médicos, foi positivada no Código Civil daquele país, na figura do “contrato de serviços médicos”²⁴. A ideia do legislador holandês foi simplificar a apreciação jurídica da relação paciente-médico em suas especificidades, positivando, dentre outras coisas, o instituto norte americano do consentimento informado²⁵.

Assim, como refere Ewoud Hondius e Annet Van Hooff²⁶, enquanto no direito holandês uma lei específica passou a ser usada, no Reino Unido [e nos demais países do ocidente] os tribunais ainda têm de encontrar uma solução para qualquer caso específico. Isso muitas vezes demanda um raciocínio muito elaborado, no qual todos os argumentos relevantes são extensivamente tratados. Nos Países Baixos, a aplicação de uma regra única e específica reduziu a necessidade de um raciocínio tão elaborado.

(FOX, 2008, p. 27). No entanto, vale destacar que, segundo Leo Pessini, em 1997, o professor Rolf Lothar, da Universidade Humboldt de Berlim, em conferência em Tübingen, revelou que, na verdade, Fritz Jahr foi o primeiro a publicar a palavra *Bio-Ethik*, em um artigo intitulado “Bioética: uma revisão do relacionamento ético dos humanos em relação aos animais e plantas”, numa edição de 1927 do periódico Kosmos (PESSINI, 2013, p. 13-14).

²⁴ A Lei Holandesa Sobre Serviços Médicos foi a incorporação de um projeto de lei sobre os direitos dos pacientes no Código Civil holandês, que foi modificado em 1º de abril de 1995 (HONDIUS, 1996, p. 1-17).

²⁵ Vale destacar ainda, que o consentimento do paciente foi positivado na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005), que em seu artigo 6º, traz de forma expressa importantes considerações sobre o instituto: a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito. b) A pesquisa científica só deve ser realizada com o prévio, livre, expresso e esclarecido consentimento do indivíduo envolvido. A informação deve ser adequada, fornecida de uma forma compreensível e incluir os procedimentos para a retirada do consentimento. O consentimento pode ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer hora e por qualquer razão, sem acarretar qualquer desvantagem ou preconceito. Exceções a este princípio somente devem ocorrer quando em conformidade com os padrões éticos e legais adotados pelos Estados, consistentes com as provisões da presente Declaração, particularmente com o Artigo 27 e com os direitos humanos. c) Em casos específicos de pesquisas desenvolvidas em um grupo de indivíduos ou comunidade, um consentimento adicional dos representantes legais do grupo ou comunidade envolvida pode ser buscado. Em nenhum caso, o consentimento coletivo da comunidade ou o consentimento de um líder da comunidade ou outra autoridade deve substituir o consentimento informado individual. (Disponível em: http://bvsm.sau.de.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 18 jun. 2019).

²⁶ Tradução livre de “*Whereas in the Netherlands statute law (law that departs from a general rule) is used, in the United Kingdom it is still left to the courts to find a solution for any specific case. This often leads to very elaborate reasoning, in which all relevant arguments are extensively treated. In the Netherlands, the application of a single rule does not require so elaborate reasoning*”. (HONDIUS, Ewoud; HOOFT, Annet Van. The new dutch law on medical services. **Netherlands International Law Review**, XLIII, p. 8, 1996. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiBoMfOlbnhAhWELLkGHV7jBtEQFjAAegQIARAC&ul=https%3A%2F%2Fspace.library.uu.nl%2Fbitstream%2Fhandle%2F1874%2F22928%2Fhondius_96_thenewdutchlawnmedicalservices.pdf%3Fsequence%3D1&usg=AOvVaw3fubimGKvTTQrN0g3oaDod. Acesso em: 05 abr. 2019).

No mesmo sentido do ocorrido na Holanda, depois de um longo período de tramitação, na Alemanha, em 2013, foi aprovado o projeto da “Lei para melhoria dos direitos dos pacientes”²⁷, que inseriu no Código Civil germânico uma figura contratual típica semelhante, só que batizado de “contrato de tratamento”.

Nestes dois exemplos, foi criado um microsistema jurídico específico que tenta abarcar toda a evolução histórica da relação, expondo de forma clara e sistemática as obrigações envolvidas e as filigranas contratuais particulares desta avença milenar, que tem marcadamente uma parte portadora de uma vulnerabilidade especial, *sui generis*.

A sedimentação desta maturidade normativa percorreu muitos anos, passando pelo florescimento da Bioética e por toda fundamentação que este novo campo do conhecimento oferece à regulamentação da relação paciente-médico, contribuindo para a lenta adaptação cultural e normativa que vem ocorrendo em todo o ocidente neste sentido.

Sobre a fundamental contribuição da Bioética para a avença-objeto deste estudo, tratar-se-á de forma específica mais à frente.

2.1.2 Breve remonte histórico da atividade médica no Brasil

Até a vinda da Corte Portuguesa para o Brasil, em 1808, a “medicina brasileira” não podia ser considerada como “ciência”. Diversos campos do saber interpenetravam-se no exercício da arte curativa. Mas esta fase pré-científica foi fundamental para fornecer o conhecimento necessário para se alcançar a fase de transição, e depois a fase positiva, que representa o momento da constituição da medicina brasileira em bases científicas sob forte influência do positivismo que dominava o cenário mundial (SANTOS FILHO, 1991, p. 12).

Esta fase positiva da medicina brasileira produziu, no Brasil, a “oficialização” do saber médico. Ou seja, a partir deste momento, somente podiam exercer a medicina aqueles que tinham o aval oficial do diploma em Medicina, não sendo mais permitidas práticas médicas alternativas, tachadas de curandeirismo (STANCIOLI, 2004, p. 15).

²⁷ Tradução livre de *Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten*, que entrou em vigor em fevereiro de 2013, modificando o Código Civil Alemão ao tipificar os contratos de tratamento. (Disponível em: http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Patientenrechtgesetz_BGBI.pdf. Acesso em: 03 mar. 2019).

Na concepção cognitivo-científica positivista, no entanto, o paciente passou a ser tomado como um objeto que deveria ser moldado em bases definidas pela “nova ordem” médica, posta a serviço do Estado, com controle total sobre o indivíduo. “Esse paciente não era sujeito de seu próprio tratamento, não possuía autonomia ou interação com a prática médica, detentora do verdadeiro saber conformativo do corpo e da moral” (STANCIOLI, 2004, p. 16).

Em resumo, Brunello Stancioli apresenta pelo menos quatro formas de objetificação (reificação²⁸) do paciente, ocorridas a partir do período positivista: (i) estar enfermo impunha um isolamento e conseqüente segregação do enfermo, na qual sua autonomia fica dilapidada pela própria escassez de contato com o mundo exterior ao nosocômio²⁹; (ii) a classificação científica, ou “patologização”, através do discurso médico, impõe um estigma no qual o indivíduo passa a assumir o contorno específico da sua doença, deixando de ser “normal”, para ser “tuberculoso, leproso, aidético”, etc³⁰; (iii) o temor das conseqüências de uma desobediência em face das recomendações médicas ganha um contorno maior pela própria vulnerabilidade do paciente, levando este a suportar, assim, passivamente, várias formas de tratamento, mesmo que lhe sejam desconhecidas ou desagradáveis; e (iv) a *persona* do paciente é reduzida a uma doença, a um número de prontuário ou a uma lesão orgânica, afastando-o de seus aspectos sociais e psicológicos (2004, p. 25-26).

No Brasil, a transformação na qual o médico finalmente assume a função de interlocutor, dialogando com o enfermo, vem ocorrendo apenas desde 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã que alçou o princípio da dignidade da pessoa humana a condição de princípio reitor do nosso ordenamento. Apenas depois deste momento, com a Constituição refletindo-se em todo ordenamento pátrio (incluindo a normatividade ética médica), começou a surgir legislação ordinária no intuito de disciplinar e relação paciente-médico, reposicionando o paciente em seu novo *status* de sujeito de direito.

²⁸ *Verdinglichung* é o termo alemão que guarda em sua tradução o sentido latino de *res* (coisa), que poderia ser tomado como “coisificação”. “O que é específico deste processo é o predomínio da coisa, do objeto sobre o sujeito, o homem; é a inversão entre a verdade do processo pelo que ele aparenta ser em sua forma imediata” (GROCCO, 2009, p. 50).

²⁹ Sobre esta forma específica de objetivação, que transcende até mesmo a época do império do positivismo, um estudo profundo é realizado em FOUCAULT, Michel. **A história da loucura**. São Paulo: Perspectiva, 2017. Não há a apresentação deste conceito em um capítulo específico da obra, pois a própria escrita do autor distribui a narrativa em seu particular ritmo não-linear.

³⁰ Sobre este segundo aspecto, cabe uma ressalva, na medida em que apesar de ser a medicina quem estabelece o diagnóstico, o preconceito e a exclusão social decorre da própria sociedade em sua ignorância e não do sujeito médico em si. Se a patologização disparasse uma conduta negativa por parte do próprio profissional da saúde, nenhum tratamento em doença infectocontagiosa seria levado a cabo.

Ocorre que a legislação pátria sobre o tema ainda é insuficiente, e a partir de um equívoco da maioria da doutrina e jurisprudência nacionais, a relação jurídica paciente-médico vem sendo disciplinada pelo sistema consumerista, não correspondendo à evolução bioética alcançada neste tema. O paciente e a sua saúde deixaram de ser objeto da Medicina, mas no Brasil, passaram a ser um objeto do Mercado – homologado pelos Tribunais.

2.2 A IMPORTÂNCIA DA LINGUAGEM PARA A (RE)COMPREENSÃO DA RELAÇÃO PACIENTE-MÉDICO

2.2.1 Wittgenstein e a virada linguística

A linguagem, ao lado da morte, é universal. E a compreensão da importância da linguagem no processo de conhecimento sofreu um grande impacto com o pensamento de Ludwig Wittgenstein, um dos filósofos mais importantes do século XX, senão o mais. Além de ser uma figura central no movimento que ficou conhecido como “a virada linguística” (RORTY, 1991, p. 50), Wittgenstein é conhecido por ter sido vários, pelo menos dois, em um só, na medida em que modificou radicalmente o seu próprio pensamento acerca da linguagem ao longo de sua vida³¹.

Em sua fase madura, que foi publicada apenas postumamente (1953), há um processo de abstração da linguagem, que rompe com uma concepção da linguagem que estava anteriormente difundida no pensamento ocidental, desde Sócrates, cominando à concepção metafísica tradicional da filosofia, que impregnava boa parte das questões filosóficas, um desuso quase total (MARCANTONIO, 2019, p. 114).

Anteriormente à “virada”, as perguntas eram feitas da seguinte forma: “o que é determinada coisa?”. De maneira que a intenção era descobrir qual o significado que a “coisa” tinha, que seria dado por ela, pela descoberta da sua essência, pela descrição e designação exata daquilo que se quer conhecer. Neste entendimento da compreensão, as palavras projetariam uma figura determinada, sendo que o sentido sairia “de mim”, enquanto “eu” observasse a figura projetada pela coisa, no império do silêncio.

³¹ Para este entendimento, vide a obra WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**: investigações filosóficas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2015. Ou de forma resumida em CUTER, João Virgílio G. **Você entendeu este texto?** In: FIGUEIREDO, Vinicius de. **Filósofos na sala de aula**. São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2008, v. 3, p. 158-201.

Ocorre que Wittgenstein, com o amadurecer do seu pensamento, percebeu que o significado das coisas não está essencialmente nas coisas, “do outro lado da palavra”, na substância que se quer entender. Para o austríaco naturalizado britânico, o significado não é dado pelo objeto, não está ligado à coisa em si (ontologicamente) (CUTER, 2008, p. 158 e ss.).

O significado surge a partir das regras que as pessoas em comunidade utilizam para inserir uma determinada palavra em suas vidas, o que possibilita com que relacionem-se eventualmente com determinados objetos (mesa, casa, sol)³², nos sentidos que os sujeitos estabelecem entre si, através de regras que utilizam em seu cotidiano, dos jogos de linguagem. Pois, os sentidos e a compreensão derivam dos acordos que as pessoas fizeram, lá atrás, para o uso dos sons. Uma criança aprende, ainda quando pequena, os acordos que a sua sociedade fez para que ela use determinados sons, em determinada forma.

Compreendendo a linguagem neste “novo” processo, o sentido das coisas sai “de nós”, no império do diálogo, da intersubjetividade, num processo de convencimento. Assim, o que as pessoas aprendem, na verdade, não são as coisas, mas os acordos básicos para se expressarem (os jogos de linguagem), as regras do jogo, que fazem a significação e a ressignificação das coisas.

Este entendimento, além de servir de base para a teoria do agir comunicativo habermasiana e sua relação com os contratos de tratamento – que será objeto de discussão no último capítulo, ratifica a necessidade de se avaliar a carga valorativa intrínseca à própria nomenclatura consagrada para a relação que aqui se estuda.

2.2.2 A estrutura, o Signo e o Jogo no Discurso das Ciências Humanas em Derrida

O significado das coisas não é apenas convencionado entre as pessoas, como visto na seção anterior, mas também carrega um valor intrínseco e oculto em sua composição. E no mesmo sentido de Wittgenstein, de forma complementar, caminha o entendimento de Jacques Derrida, para quem a estrutura das coisas não é determinada por seus significados transcendentais, mas pelo campo e pelo jogo da significação estabelecidos pela linguagem, que invadiu o campo problemático universal, transformando tudo em discurso (2014, p. 409-410).

³² Mas uma mesa, uma casa, não cumprem uma necessária função semântica, eles não são a necessária correspondência semântica da palavra. Nada é nome de nada por sua própria natureza, sendo algo sempre inscrito na subjetividade humana, esta entendida em sentido amplo, não apenas na subjetividade empírica (dos sentidos), mas na sua subjetividade transcendental.

Sobre este movimento de modificação de como apreende-se o significado das coisas, Derrida esclarece não ser possível atribuí-lo a um único pensador, mas “à totalidade de uma época, que é a nossa”. E se, contudo, quisesse-se evocar os autores dos discursos nos quais esta movimentação ocorreu, seria necessário citar

a crítica nietzschiana da metafísica, dos conceitos de ser e de verdade, substituídos pelos conceitos de jogo, de interpretação e de signo (signo sem verdade presente); a crítica freudiana da presença a si, isto é, da consciência, do sujeito, da identidade a si, da proximidade ou da propriedade a si; e, mais radicalmente, a destruição heideggeriana da metafísica, da onto-teologia, da determinação do ser como presença (DERRIDA, 2014, p. 410).

É preciso destacar que a metafísica tradicional não pode, em função “da virada”, ser jogada fora, pois foi com os conceitos herdados da metafísica que, por exemplo, Nietzsche, Freud e Heidegger operam as funções para a própria virada. No entanto, a linguagem precisa ter sua centralidade reconhecida na compreensão das coisas, sobretudo naquilo que se denomina de “ciências humanas” – como no Direito, no caso deste texto, no Direito Médico, pois toda ciência surge no elemento do discurso.

Assim, é preciso entender que tudo começa pela linguagem, e a própria linguagem carrega em si a necessidade de sua própria crítica (DERRIDA, 2014, p. 414). Por isso, partir-se-á para uma crítica seminal da nomenclatura “relação *médico-paciente*” que traz consigo explícita e implicitamente uma superioridade e anterioridade da beneficência médica em face da autonomia do paciente, que, como brevemente analisadas, perderam muito espaço. O poder do médico no desfecho das ações dentro da relação com o paciente deixou de ser prevacente.

Entendendo-se a importância da linguagem, a seguir, será proposta uma pequena, mas profundamente significativa, modificação no próprio termo-base que denomina a relação jurídica objeto do Direito Médico, a “relação *paciente-médico*”, que assim deverá ser chamada doravante (como vem sendo escrita ao longo deste texto), para que se traduza com muito mais fidelidade o atual momento da relação e contribua-se para a promoção da *adaptação cultural*³³ aqui desejada.

³³ Este conceito de adaptação cultural, em seu texto seminal para a Bioética (POTTER, 2016), Potter faz a importante distinção entre as adaptações fisiológica, evolutiva e cultural, sendo que esta, em suas próprias palavras, “ocorre tanto com os indivíduos quanto com as populações, envolve *mudanças psicológicas e comportamentais* - é a contrapartida psicológica da adaptação” (grifou-se) (2016, p. 49). Uma adaptação cultural desejável, portanto, seria a aceitação e utilização desta nova nomenclatura, aqui sugerida, da relação contratual estabelecida entre o paciente e seu médico. Pois, ainda com o autor, “há um processo de seleção natural das ideias na evolução cultural, assim como há uma seleção natural nas moléculas de DNA na evolução biológica” (2016, p. 127).

2.3 DE UMA RELAÇÃO “MÉDICO-PACIENTE” PARA UMA RELAÇÃO “PACIENTE-MÉDICO”: UMA NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO SEMIÓTICA

A espécie humana é apenas mais uma dentre as milhares de espécies de seres vivos que povoam este planeta, e a fundamental característica que diferencia a humanidade dos demais seres vivos é a complexa capacidade de articulação da linguagem dos *homo sapiens*³⁴ e ³⁵. Os limites da nossa linguagem, portanto, significam os limites do nosso mundo³⁶, ou como refere o poeta, “minha pátria é minha língua”³⁷.

De maneira que, sendo a linguagem esse método especial, inicial e diferenciado do nosso contato com qualquer conhecimento, como visto acima, uma apreciação cuidadosa da natureza jurídica da relação estabelecida entre o paciente e o seu médico deve começar, necessariamente, pela apreciação crítica da nomenclatura comumente utilizada para a referida avença e suas implicações aparentes e ocultas.

Por muito tempo, a Medicina foi vista como uma prática quase mágica, na qual um desfecho adverso para a saúde do paciente dificilmente poderia ser imputado ao profissional médico. Apesar da gradativa modificação ocorrida neste cenário, trazendo o médico para “o mundo dos mortais” e sedimentando a natureza contratual da avença³⁸, esta relação que se estabelece entre o paciente e o profissional da saúde continua a carregar uma nomenclatura que não traduz corretamente seu atual

³⁴ Os *homo sapiens* começaram a dominar o planeta há aproximadamente 70 mil anos, na chamada “revolução cognitiva”, justamente por sua capacidade de, através da linguagem (ficcional), inventar os mitos, sendo que “[...] a característica verdadeiramente única de nossa linguagem [...] é a capacidade de transmitir informações sobre coisas que não existem” (lendas, mitos, deuses, religiões) (HARARI, 2019, p. 32). “Tais mitos dão aos sapiens a capacidade sem precedentes de cooperar de modo versátil em grande número [...] Os sapiens podem cooperar de maneiras extremamente flexíveis com um número incontável de estranhos. É por isso que os sapiens governam o mundo [...]” (HARARI, 2019, p. 33).

³⁵ Sobre as diferenças dos seres humanos para os demais seres vivos, vale destacar que Potter ainda aponta outra importante diferença entre os seres humanos e as demais espécies, na medida em que “o ser humano é o único produto da evolução que sabe que evoluiu e que é capaz de tomar medidas que possam ajudar a garantir a sua sobrevivência, o que é o primeiro requisito para o progresso”, um progresso em seu conceito “científico-filosófico”, nas palavras do autor (POTTER, 2016, p. 69-70).

³⁶ “*Os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo*” (grifo do autor) (WITTGENSTEIN, 2015, p. 114). Assim, Wittgenstein esclarece que tudo que nós pensamos como “realidade” é, na verdade, uma convenção de nomes e características, uma convenção que ela mesma é chamada de linguagem.

³⁷ O cantor e compositor brasileiro Caetano Veloso, provavelmente deslumbrado pela leitura de Wittgenstein, escreveu que a “minha pátria é minha língua” e que “a língua é minha pátria” na letra música *Língua*, última faixa do disco *Velô* – seu o décimo sexto álbum de estúdio, lançado em 1984.

³⁸ Teresa Ancona Lopez esclarece que “a discussão a respeito do enquadramento de tal responsabilidade dentro da culpa contratual ou extracontratual está hoje superada. A doutrina e a jurisprudência são francamente pela responsabilidade *ex contractu* do médico” (LOPEZ, 2004, p.109).

entendimento, e que nem mesmo coaduna com a tarefa original da própria medicina, desde os seus primórdios: colocar a saúde do paciente em um primeiro plano³⁹.

Ao utilizar-se da consagrada expressão “relação médico-paciente”, reforça-se uma condição hierárquica e de anterioridade do médico que nunca correspondeu ao verdadeiro objeto da medicina e que não corresponde, atualmente, ao *status* jurídico alcançado pelo paciente no reconhecimento progressivo de sua autonomia, decorrente de sua dignidade como sujeito de direitos, não mais como um mero objeto da atividade do médico.

Mais do que apenas um tropo linguístico de ajuda argumentativa (GARRAFA, 1999, p. 36), a inversão da ordem dos sujeitos na nomenclatura para “relação paciente-médico”, denota ainda a adequada correspondência ao mencionado objeto da medicina (a saúde do ser humano), que também já se encontra formalmente reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro. Desde 2013, o *caput* do art. 2º da Lei nº 12.842 (“Lei do Ato Médico”), diploma que dispõe sobre o exercício da Medicina, já esclarece que “o objeto da 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” (grifou-se).

Na verdade, este dispositivo da legislação ordinária nada mais é do que uma reprodução do que a deontologia médica já prescrevia, desde 1988, como objeto básico da atividade médica. Em seu Princípio Fundamental nº II, o atual Código de Ética Médica assevera que “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional” (CEM, Resolução CFM 2.217/18, p. 33)⁴⁰.

Nos dias atuais, de um deslumbramento com as possibilidades científicas, a sensibilidade cultural e psicológica vacila entre o poder técnico-científico e o poder, que periga escapar, de controlar o próprio poder (BELLINO, 1993, p. 68). Este controle do próprio poder, na avença aqui discutida, começa pela linguagem e pelo signo que atribuímos implicitamente à distribuição da “capacidade de influência”⁴¹ no desfecho das ações dentro da relação paciente-médico.

³⁹ “A Saúde do meu Doente será a minha primeira preocupação” – trecho do juramento de Hipócrates, adotado pela Associação Médica Mundial, em 1983. World Medical Association, Declaration of Geneva [Physician's Oath], reprinted in Encyclopedia of Bioethics 2646 (Warren Thomas Reich *et al.* eds., rev. ed. 1995).

⁴⁰ Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2019. O mesmo texto já constava no anterior CEM (Resolução CFM 1.931/09), bem como no art. 2º da Resolução CFM nº 1.246/88 – Código de Ética Médica de 1988.

⁴¹ Poder é a capacidade de influenciar o comportamento de outra pessoa, sendo que desta “capacidade” decorrem dois aspectos principais: um *interesse* e uma *decisão* (RIBEIRO, 2010, p. 14-15).

A depender do tipo de “evolução” que se deseje em um determinado instituto ou conceito, sobretudo quando trata de uma modificação paradigmática (como a que se defende aqui nesta dissertação), uma das principais medidas a ser adotada é a modificação da nomenclatura do instituto para que a carga valorativo-simbólica do nome anterior não seja trazida para o novo instituto neste processo evolutivo. Ao longo da marcha histórica, os institutos jurídicos estão em “constante processo de definição e redefinição científica, social, antropológica, cultural e jurídica” (SÁ, 2011, p. 74).

Portanto, do ponto de vista lexical, pode-se garantir que o Direito é projeto de um fluxo comunicativo em que conceitos jurídicos não se tratam de realidades consolidadas, imutáveis e indiscutíveis, mas são modificáveis através de uma prática argumentativa em constante processo de construção (SÁ, 2011, p. 74). Assim, que a nomenclatura “relação *médico-paciente*” (verticalizada) seja abandonada e que se utilize “relação *paciente-médico*” (horizontalizada) – mais adequada.

2.4 A BIOÉTICA COMO FUNDAMENTAÇÃO PARA A SUGERIDA MODIFICAÇÃO DA NOMENCLATURA

Com apoio nas palavras de Potter, o que se busca fundamentar com a simples proposta de nomenclatura aqui sugerida é uma adaptação cultural⁴². Ou seja, uma mudança psicológica e comportamental desejável na sociedade que, dentro do escopo deste trabalho, constitui-se em pilar fundamental no entendimento e na consciência dos próprios sujeitos envolvidos nessa relação especial (paciente e médico), acerca dos seus respectivos papéis, no sentido de evidenciar o alcance dos direitos que o paciente conquistou nos últimos tempos.

A “Bioética”, neologismo disseminado no mundo a partir da obra potteriana, constitui-se em um recente campo do conhecimento⁴³ em franco desenvolvimento e voltado para ações

⁴² Vide nota de rodapé 32, sobre a “adaptação cultural” em Potter.

⁴³ “A ciência da sobrevivência deve ser *mais que ciência apenas*; portanto, sugiro o termo *bioética* para enfatizar os dois ingredientes mais importantes na obtenção da *nova sabedoria* que é tão desesperadamente necessária: *conhecimento biológico e valores humanos*” (grifou-se) (POTTER, 2016, p. 27).

práticas⁴⁴, realizando-se basicamente em três níveis: (i) o da experimentação humana, o (ii) das políticas de saúde e de investigação biomédica e (iii) o da prática clínica (NEVES, 2006, p. 169)⁴⁵.

De modo que é especificamente neste terceiro nível, da prática clínica, que este trabalho se debruça, e, levando-se em conta que o campo analítico preferencial da bioética se relaciona, desde muito cedo, com questões que abordam o limite da vida⁴⁶, a relação entre o paciente e o médico é o verdadeiro “ponto de fuga”⁴⁷ das discussões na chamada microbioética⁴⁸.

2.4.1 Bioética: o “conhecimento de como usar o conhecimento”

A “ética da vida” nasceu para fundamentar a proteção dos fracos diante do poder do aparato médico e científico (FERRER; ÁLVAREZ, 2005, p. 289), fazendo parte de sua missão central inicial, para que não perca sua alma, servir aos interesses dos menos favorecidos em uma determinada relação, sobretudo, quando está em jogo a relação entre o paciente e o seu médico (ou entre paciente e pesquisador).

A bioética constitui de fato uma nova abordagem relativa à decisão e à ação, ao invés de uma nova disciplina, sendo uma “ciência da decisão” baseada no diálogo entre as disciplinas (BYK,

⁴⁴ Dentre outras características, a Bioética se configura em um *conhecimento voltado para a ação*, ou uma “ética aplicada”. Francesco Bellino esclarece que, ampliando o objeto da bioética para além da relação paciente-médico, “o âmbito problemático da bioética não envolve só a responsabilidade dos médicos, dos cientistas, dos biotécnicos, mas também as decisões e o destino de cada homem, as responsabilidades políticas e culturais da coletividade e por isso vai além do âmbito da deontologia pura profissional e da ética médica” (1993, p. 48).

⁴⁵ A autora lusitana refere-se aqui apenas às chamadas microbioética e mesobioética, não constando nessa classificação as questões da macrobioética (ética global).

⁴⁶ Ou seja, neste universo estão presentes, dentre outros, a relação médico-paciente, o consentimento livre e esclarecido, o paternalismo, a eutanásia, o suicídio assistido, o aborto, além de questões relacionadas à justiça social (DINIZ; GUILHEM, 2002, p. 37).

⁴⁷ A utilização desta expressão “ponto de fuga” de forma original como metáfora artística, por Luiza Matte, denota a dignidade da pessoa humana sua centralidade fundamental para com o Direito e para com a Bioética. Aqui, usa-se no sentido de que a relação paciente-médico é central no “Direito Médico” e na Microbioética, além de nos remeter à ideia de *arte* que a Medicina carrega. O chamado “ponto de fuga”, nos desenhos em perspectiva, é o ponto central que determina de onde sairão todos os demais traços do artista para que a sensação de profundidade seja alcançada em um desenho de apenas duas dimensões: “Se nos for permitida uma ‘metáfora artística’, a dignidade da pessoa humana é o ponto de fuga a partir do qual se traçam os horizontes do Direito e da Bioética” (MATTE, 2005, p. 195).

⁴⁸ “Ao sistematizar historicamente a consolidação da bioética, Gracia (2002) propôs a seguinte divisão temporal da disciplina: (a) a primeira, na década de 1970, denominada ‘microbioética’, é caracterizada pela ação pessoal na autogestão do corpo, sobretudo pela reivindicação dos direitos civis e dos pacientes; (b) a segunda, na década de 1980, denominada ‘mesobioética’, caracteriza-se pela ampliação das reivindicações sociais que levou à reflexão sobre a economia, distribuição de recursos, justiça sanitária, influenciando principalmente decisões institucionais; (c) e a terceira década, de 1990, denominada ‘macrobioética’ ou ‘ética global’, cujos aspectos como a globalização, proteção do meio ambiente e direito das futuras gerações ampliaram para sua gestão o horizonte dos direitos à vida, os quais já não são individuais nem sociais, porém globais e atemporais” (FISCHER, 2017, p. 402).

2015, p. 133). A bioética relaciona-se com o conceito de progresso científico-filosófico (ponto de vista de longo alcance) em que a sabedoria é definida como o conhecimento de como usar o conhecimento para o bem social (POTTER, 2016, p. 63).

No que tange à prática médica, a bioética ainda se caracteriza pela ruptura entre a anterior tradição da ética médica e um novo processo de decisão que passa a ser de domínio público. Sendo que o episódio que caracteriza esta ruptura, apontado por Albert Jonsen, foi a criação do comitê de ética hospitalar em Washington (Comitê de Admissão e Políticas do Centro Renal de Seattle), em 1962:

O Comitê de Seattle, como ficou conhecido, tinha o objetivo de definir prioridades para a alocação de recursos em saúde. Uma de suas primeiras medidas foi a seleção, dentre os pacientes renais crônicos, daqueles que poderiam fazer parte do programa de hemodiálise recém-inaugurado na cidade. Como havia um número de pacientes superior à disponibilidade de máquinas, os médicos optaram por delegar os critérios de seleção de atendimento para um pequeno grupo de pessoas, basicamente todos leigos na medicina. Cabia a esse grupo eleger critérios não-médicos de seleção para o tratamento. De uma forma inusitada, então, *o processo de decisão médica passou para o domínio público*. Para Josen, esse, mais que qualquer outro evento, assinalou a ruptura entre a bioética e a tradicional ética médica, supostamente um conhecimento de domínio exclusivo do profissional de saúde e, mais especificamente, do médico (grifou-se) (DINIZ; GUILHEM, 2002, p. 19).

É verdade que a atenção dos bioeticistas inicialmente centrou-se, em geral, a partir da perspectiva dos médicos. Isso é compreensível até certo ponto, porque os médicos são os principais responsáveis pela atividade clínica, os que detêm a autoridade científica (FERRER; ÁLVAREZ, 2005, p. 286). Reconhecer esta escolha epistemológica em sua perspectiva histórica é muito importante, pois é o marco que permite a tentativa de modificação paradigmática, pela linguagem, aqui proposta.

No entanto, é sobre o corpo do paciente, e não do médico, que se darão as tentativas diagnósticas e terapêuticas. Destarte, sugere-se que doravante a análise deva partir da perspectiva dos pacientes, num exercício de alteridade levinasiana⁴⁹ para com estes que efetivamente foram,

⁴⁹ Alteridade aqui compreendida a partir da obra levinasiana, na última etapa do desenvolvimento do pensamento de Emmanuel Lévinas, onde encontra-se com grande ênfase a “ética como filosofia primeira”, na qual o autor chega ao conceito de *Alteridade*, na contemporaneidade, entendida como um fator contribuinte para a busca de uma forma mais humana de se viver em sociedade, onde cada um deve ter responsabilidade pelo próximo (LÉVINAS, 2009).

são e serão os principais beneficiários do resultado da atividade médica, pois o estar enfermo lhes pertence e alcançar a cura lhes favorecerá de forma imediata (ao médico apenas de forma mediata).

A partir do desenvolvimento da bioética, o paciente passou a ser um fim em si mesmo e a sua relação com o médico/pesquisador sofreu sua maior modificação, pois essa nova disciplina criou uma ponte entre as ciências biológicas e a ética (POTTER, 2016, p. 13), abrindo espaço para que “uma mudança de atitude surgisse nos campos da medicina, da relação entre médicos e pacientes e nas instituições de saúde” (DINIZ; GUILHEM, 2002, p. 29).

2.4.2 A corrente principialista e a prevalência do princípio da autonomia

A perspectiva do principialismo bioético norte-americano, corrente da ética biomédica surgida na década de 1970, reflete a permanência do protagonismo do profissional da saúde na relação, mesmo em face do grande desenvolvimento do princípio do respeito à autonomia. Apesar deste centralismo ainda na figura do médico, o produto final da doutrina principialista, inegavelmente, coloca o princípio do respeito à autonomia do paciente em uma situação de protagonismo em face dos demais princípios⁵⁰.

Os autores da bioética principialista estadunidense, Beauchamp e Childress (2013), esclarecem que, em tese, os quatro princípios da ética biomédica não são absolutos, podendo ser sopesados e afastados no caso concreto⁵¹. No entanto, a própria obra seminal e que até hoje melhor versa sobre o principialismo, não traz um exemplo sequer no qual a autonomia efetivamente deva ceder em face da beneficência médica.

⁵⁰ Talvez não por uma mera coincidência, o princípio do respeito à autonomia é o primeiro dos quatro princípios abordados na obra de Tom L. Beauchamp e James F. Childress (2013, p. 137-207). Apesar dos autores asseverarem que não existe a prevalência absoluta de um princípio sobre os demais, a localização topográfica do respeito à autonomia, bem como o próprio conteúdo da obra, que será melhor analisado nas linhas seguintes, deixam clara a prevalência relativa, *prima facie*, deste princípio em face dos demais.

⁵¹ Apesar de que Beauchamp e Childress não admitem formalmente que existe uma ordem lexicográfica entre os princípios: todos eles seriam do mesmo nível *prima facie*, acreditamos que há uma aparente preferência entre os princípios, sugerida pela própria a ordem na qual aparecem na obra *Princípios de ética biomédica* (respeito à autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça) denotando uma *hierarquia intrínseca não absoluta*, colocando o princípio do respeito à autonomia em um primeiro plano. No entanto, esta percepção do escalonamento entre os princípios varia de acordo com o intérprete, Ferrer e Álvarez, por exemplo, apoiados na doutrina de Diego Gracia que faz uma distinção entre os princípios de ordem pública (não-maleficência e justiça) e os princípios de ordem privada (autonomia e beneficência), propõem uma prevalência dos primeiros na seguinte ordem lexicográfica: não-maleficência, justiça, respeito à autonomia e beneficência (FERRER; ÁLVAREZ, 2005, p. 155).

Em todos os exemplos nos quais a beneficência aparentemente prevalece sobre o respeito à autonomia, em um “paternalismo justificado forte” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 302-309), ou (i) a razão do paciente não está preservada ou (ii) outra autonomia contralateral está ameaçada.

Em suma, os autores, a despeito de toda a bagagem casuística exposta na obra, efetivamente não trazem um caso prático no qual haja uma prevalência da beneficência sobre a autonomia de um sujeito livre e esclarecido (com a capacidade cognitiva preservada). Ou seja, a justiça a ser realizada no caso concreto prestigia, *prima facie*, a autonomia do paciente, ganhando este princípio um *status* diferenciado.

As situações ao longo da obra são sempre no sentido de afastar a beneficência em face do respeito à autonomia, seja pela observância da autonomia do próprio paciente em estado de consciência preservada ou através de um modelo de decisão substituta⁵² quando já inconsciente.

Quando a beneficência, em um paternalismo forte, aparentemente prevalece sobre o respeito à autonomia, ou se trata (i) de algum diagnóstico ainda preliminar (no qual o informe ao paciente do diagnóstico, ainda prematuro e inconclusivo, pode lesionar mais do que ajudar ao paciente) (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 307); ou (ii) de uma imaturidade cognitiva (na qual deve-se agir de acordo com o modelo dos melhores interesses (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 204 a 207), em ações paternas e maternas que vão de encontro às preferências dos filhos) (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 306); ou (iii) da presença de alguma doença mental (no qual, em certos casos, efetivamente esteja comprometido o esclarecimento mínimo que a autonomia exige) (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 305); ou ainda (iv) de uma escolha do paciente que vai de encontro a um protocolo médico (no qual não se mostra razoável conceber que a autonomia do paciente obrigue o médico a fazer algo tecnicamente inadequado, contra a sua moral, contra a ética médica ou ainda ilegal, impondo assim uma restrição na autonomia da outra parte. Neste caso, não deve haver qualquer ação. Assim como não deve haver ação se o paciente recusa conscientemente todas as alternativas disponibilizadas pelo conhecimento médico) (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 308). Perceba-se: a autonomia está sempre preservada.

Todas estas são situações nas quais o princípio da autonomia não é moralmente ameaçado, seja porque a autonomia do paciente não está efetivamente presente, seja porque o que o paciente

⁵² Neste caso, da falta da capacidade, de preferência o modelo de “decisão substituta” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 199-204).

deseja não é razoável, no caso concreto, justamente por afetar uma outra autonomia contralateral (autonomia de um terceiro)⁵³.

Vale ainda destacar, com apoio no modelo de Faden e Beauchamp, que é necessário que sejam distinguidas a pessoa autônoma do ato autônomo, de maneira que mesmo uma pessoa autônoma, em dada circunstância, pode não tomar um ato autônomo. “A pessoa autônoma pode falhar em agir autonomamente em uma situação específica se estiver doente em um hospital, sobrecarregada por novas informações, ignorante, manipulada por uma inteligente apresentação de dados, e assim por diante” (FADEN; BEAUCHAMP, 1986, p. 237)⁵⁴. Nada obstante, a condição de pessoa autônoma permanece preservada.

Ademais, se o marco que autoriza a prevalência de um paternalismo sobre a autonomia é o bem-estar da pessoa afetada, na verdade, não se está a avaliar a autonomia de forma pura. A autonomia, na prática, deixa de ser considerada, ou como os próprios autores asseveram, “o melhor é não introduzir as justificações baseadas na autonomia na fundamentação do paternalismo” (FADEN; BEAUCHAMP, 1986, p. 306).

Ressalte-se que a autonomia tem ainda outros limites, não se podendo esquecer que o respeito à autonomia do paciente pode ser reduzido nas hipóteses de “privilégio terapêutico”, nas quais não se mostra razoável condicionar a ação médica ao consentimento prévio do paciente, sob risco de prejuízo grave ao próprio paciente.

Sobre o privilégio terapêutico, existente na interação paciente-médico, registre-se que este constitui-se numa característica relacional básica que, por si só, distingue o contrato de tratamento de todas as outras relações contratuais, o qual permite que, em algumas circunstâncias, (i) sejam ocultadas informações que possam provocar danos psicológicos ao paciente (MUÑOZ; FORTES, 1998, p. 61)⁵⁵, ou (ii) sejam tomadas determinadas decisões (urgência e emergência), sem a anuência do paciente, apenas por um consentimento presumido.

⁵³ Esta última aparente exceção ao princípio da autonomia do paciente é particularmente interessante, pois ela representa um compromisso necessário de proteção à autonomia dos outros, não infringindo, em si mesma, o valor independente da autonomia.

⁵⁴ Tradução livre de “*The autonomous person may fail to act autonomously in a specific situation if ill in a hospital, overwhelmed by new information, ignorant, manipulated by a clever presentation of data, and so on*”.

⁵⁵ Neste mesmo sentido está o art. 34 do CEM, ao esclarecer que é vedado ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal” (grifou-se).

Sob pena de incorrer em falta ético-profissional⁵⁶ e em ilícito penal⁵⁷, o médico não pode, em determinadas situações, ficar condicionado ao aperfeiçoamento de um acordo para estabelecer o termo inicial de tratamentos de urgência, emergência ou em algumas situações não eletivas associadas ao iminente perigo de vida⁵⁸. Excetuadas estas hipóteses, deve prevalecer a autonomia do paciente no movimento de simetria relacional.

Pode-se entender assim que o respeito à autonomia do paciente, mesmo na principiologia norte-americana, é algo de extrema importância quando comparado a qualquer outro princípio da referida corrente bioética.

De maneira que para que um outro princípio “prevaleça” em face da autonomia, deve haver um mecanismo que a comprometa racionalmente em sua essência, retirando-a do cenário de avaliação por um sopesamento que envolva outros princípios. Caso contrário, não será razoável que a autonomia de uma pessoa livre e esclarecida, em nosso atual sistema de privilégio da dignidade da pessoa humana, seja desconsiderada ou preterida.

É exatamente este raciocínio que não torna razoável, do ponto de vista filosófico-moral, atualmente, a criminalização do aborto ou mesmo da eutanásia⁵⁹. Estes temas deveriam ser relidos a partir da nova nomenclatura aqui proposta (relação paciente-médico) a qual traz consigo toda uma evolução doutrinária que busca privilegiar a dignidade da pessoa humana e a sua capacidade de dispor sobre o seu próprio corpo (princípio do respeito à autonomia).

Para Ronald Dworkin, tratando especificamente sobre a questão do aborto, advogar contra o aborto só é moralmente razoável quando se opta pelo argumento da “sacralidade da vida”⁶⁰.

⁵⁶ Art. 22 do Código de Ética Médica (Resolução CFM 2.217/18) esclarece que é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, *salvo em caso de risco iminente de morte*” (grifou-se). Bem como, é vedado ao médico “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, *salvo em caso de iminente risco de morte*” (art. 31) (grifou-se). (Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019).

⁵⁷ Art. 135-A do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940), incluído pela Lei nº 12.653/2012.

⁵⁸ Esta é uma característica que, inclusive, condena a subsunção da relação paciente-médico no Código de Defesa do Consumidor arts. 39, VI e XII, como será visto em detalhes *infra* na seção 4.2.6.

⁵⁹ É preciso destacar que estes temas, complexos e polêmicos da “opção pela morte”, não cabem nas pretensões desta breve dissertação, mas que subsistem sob o argumento dogmático da “sacralidade da vida”. Para um melhor estudo sobre o tema, aconselha-se a leitura da obra de Dworkin (2009).

⁶⁰ O outro argumento utilizado pelas pessoas contrárias ao aborto se baseia na ideia de preservação dos *interesses do feto*. No entanto, Dworkin esclarece que “é muito difícil conferir qualquer sentido à ideia de que um feto tem interesses próprios, sobretudo um interesse de não ser destruído, já a partir do momento de sua concepção” (2009, p. 19). “Não tem sentido imaginar que alguma coisa tenha interesses próprios – não obstante ser importante o que lhe aconteça -, a menos que tenha, ou tenha tido, alguma forma de consciência: algum tipo de vida mental e de vida física” (2009, p. 21). “Para quase todos – liberais e conservadores, grupos e indivíduos, católicos e feministas – a discussão sobre o aborto tem mais a ver com o segundo tipo [sacralidade da vida]. Trata-se de uma discussão sobre como e por que a

No entanto, na realidade brasileira, esta não foi a opção do ordenamento jurídico nacional. Na medida em que o ordenamento brasileiro permite exceções para a realização do “aborto necessário” (art. 128 do Código Penal, na sua forma de (i) aborto terapêutico ou (ii) decorrente de estupro)⁶¹, logo, não se tem como viável a fundamentação pautada na sacralidade da vida, pois se assim o fosse, estas excludentes não seriam permitidas.

Ademais, a própria possibilidade da pena de morte existe no ordenamento jurídico brasileiro, no caso de guerra declarada em face de uma agressão estrangeira, desde que autorizada pelo Congresso Nacional ou referendado por ele⁶², com regramento no Código Penal Militar entre os arts. 55 a 57, o qual permite pena de execução imediata em zona de operação de guerra⁶³.

Já para os embates envolvendo a eutanásia⁶⁴, caso o valor da vida seja realmente considerado como relativizável a depender das circunstâncias, a autonomia do paciente caminha no sentido de ser priorizada, mesmo quando seja para por termo à própria vida, pois

(...) se uma pessoa deseja mais a morte do que os benefícios e os projetos comuns da vida, então causar sua morte, em face de seu pedido autônomo, não a prejudica nem lesa (embora possa ainda prejudicar a outros, ou à sociedade, contrariando seus interesses, o que pode ser uma razão contra a *prática*). Ao contrário, não ajudar as pessoas a morrer irá frustrar seus planos e causar-lhes uma perda, prejudicando-as portanto. Pode trazer-lhes ainda indignidade e desespero. Além disso, se o ato *passivo* de deixar morrer não prejudica nem lesa um paciente por não violar seus direitos, então o suicídio assistido e a eutanásia voluntária, analogamente, não prejudicam nem lesam a pessoa que morre (grifos dos autores) (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 263).

Por tudo até aqui exposto, é preciso reconhecer que se está diante de uma nova tentativa de compreensão da sociedade, com respaldo em outras bases filosóficas, científicas, e, sobretudo,

vida humana tem valor intrínseco, e que implicações tem isso para as decisões pessoais e políticas sobre o aborto” (2009, p. 33).

⁶¹ Destaque-se que este rol com estas duas previsões legais ainda foi ampliado, via entendimento do STF, em 2012, para os casos de anencefalia até a 12ª semana de gestação, na ADPF 54, de Relatoria do Min. Marco Aurélio, j. 12 de abril de 2012.

⁶² Art. 5º, XLVII, combinado com do art. 84, XIX, ambos da Constituição Federal de 1988.

⁶³ A pena de morte, prevista no art. 55 do CPM, deve ser executada por fuzilamento (art. 56 do CPM), quando a sentença definitiva de condenação à morte é comunicada, logo que passe em julgado, ao Presidente da República, e não pode ser executada senão depois de sete dias após a comunicação (art. 57, caput do CPM). No entanto, *se a pena é imposta em zona de operações de guerra, pode ser imediatamente executada*, quando o exigir o interesse da ordem e da disciplina militares (grifou-se) (art. 57, parágrafo único, do CPM).

⁶⁴ Especificamente sobre o direito de morrer, Hans Jonas defende que “há que se conceder ao paciente perante o prolongamento de uma situação desesperadora por causa do emprego excessivo da arte médica. (...) o papel do médico pode transformar-se desde aquele de manter a vida ao de *ajudante humano da morte*” (grifou-se) (JONAS, 2013, p. 167).

bioéticas. E na busca de uma necessária simetria relacional, o médico, que representa normalmente a racionalidade objetiva, deve ceder parte do seu protagonismo ao paciente, que representa a razão subjetiva, transdisciplinar⁶⁵.

A bioética, neste cenário, apresenta-se como “uma forma de transcender o campo das ciências, encorajando-as a se comunicarem e se reconciliarem não apenas com as ciências humanas e sociais, mas também com outras formas de conhecimento. Essa é uma atitude transdisciplinar que busca integração e complementação” (GUTIÉRREZ-PRIETO, 2008, p. 293)⁶⁶.

A ética da vida, destarte, representa a “tentativa de formulação de um paradigma emergente fundado não apenas na instrumentalidade técnica, na racionalidade científica, mas calcada na concretização da vida humana” (FALEIROS JÚNIOR; BORGES, 2012, p. 16). E um novo paradigma sugere (exige) uma nova nomenclatura.

2.4.3 A Bioética latino-americana em favor da “relação paciente-médico”

Apesar de toda evolução que a autonomia do paciente logrou com a doutrina principialista da bioética norte-americana, a perspectiva adotada ainda era a partir da visão do médico, do cientista, como mencionado. Uma doutrina bioética adicional foi necessária para compreender a autonomia do paciente a partir de suas próprias especificidades latino-americanas, considerando aspectos sociais e ampliando a cognição.

Na especificidade epistemológica da Bioética latino-americana, em geral, os doutrinadores abaixo da linha do equador defendem que a Bioética norte-americana, eminentemente principialista, em seu formalismo idealista de ascendência kantiana que intenta estabelecer padrões universalmente válidos de julgamento moral, negligenciou a interdependência sóciomoral dos

⁶⁵ “Nossa visão de mundo é um resultado não apenas de nosso conhecimento científico, mas também da consequência de outras formas de conhecimento. Religião, arte, mitos, literatura, poesia e outras experiências espirituais significam a existência de outros níveis de realidade, outras lógicas e narrativas além do escopo da consideração científica (...) transdisciplinaridade é multirreferencial e multidimensional” (grifou-se). Tradução livre de *Our world vision is a result not only of our scientific knowledge but also the consequence of other forms of knowledge. Religion, art, myths, literature, poetry and other spiritual experiences signify the existence of other levels of reality, other logics and narratives beyond the scope of scientific consideration (...) transdisciplinarity is multireferential and multidimensional* (GUTIÉRREZ-PRIETO, 2008, p. 292).

⁶⁶ Tradução livre de *A transdisciplinary approach is a way to transcend the field of sciences by encouraging them to communicate and be reconciled with not only the humanities and the social sciences but also with other forms of knowledge. This is a transdisciplinary attitude that looks for integration and complementation.*

indivíduos, suas atitudes solidárias e seus contextos socioculturais (FALEIROS JÚNIOR; BORGES, 2012, p. 62).

A bioética latino-americana, além de valorizar “nossas” especificidades sociais e o coletivo para além do individualismo norte americano, caminha no sentido de valorização das necessidades específicas do paciente em sua vulnerabilidade particular (adjetiva), o que exige a colocação do paciente em um primeiro plano.

A vulnerabilidade do paciente, nessa perspectiva, é aquela decorrente do estado de doença, acrescida por circunstâncias de natureza econômica e/ou social (SILVA, 2016, p. 70). Assim, ao adotar-se a nomenclatura “relação *paciente*-médico”, também se sugere que as condições socioculturais subjacentes específicas do paciente sejam, antes de tudo, levadas em consideração quando da análise relacional e na tomada de decisão médica⁶⁷.

A inversão da nomenclatura, portanto, revela ainda esta alternância da atitude epistemológica. Assim, o solavanco relativista que leva em conta as contingências sociais e culturais também é agraciado quando se coloca o paciente “antes” do médico.

Como refere Ronald Dworkin⁶⁸, a teoria pode ligar-se à prática de duas maneiras ou direções diferentes: pode (i) ligar-se “de fora para dentro”, construindo-se teorias gerais da justiça, de ética pessoal ou da interpretação constitucional a partir de pressupostos gerais sobre a natureza humana, a estrutura da linguagem ou do pensamento, ou a partir dos primeiros princípios de outra natureza qualquer, e em seguida tentar aplicar essas teorias gerais a problemas concretos; ou (ii) pode-se tomar a direção contrária, “de dentro para fora”, começando por problemas práticos e em seguida perguntando-se que questões filosóficas ou teóricas gerais terão de ser defrontadas para resolver esses problemas materiais.

No caso concreto, um “contrato de tratamento” (*Behandlungsvertrag*) quando em face de um dilema da ética biomédica, provavelmente será resolvido pelo mecanismo principialista norte-

⁶⁷ Henderson Fürst de Oliveira explica que aqui na América Latina dois modelos tiveram mais visibilidade: o primeiro deles é o da “Bioética Complexa”, formulada pelo professor José Roberto Goldim, “que é uma abordagem abrangente na resolução de problemas que envolvem a vida e o viver. Esse modelo explicativo amplia o leque de recursos hermenêuticos utilizando diferentes referenciais teóricos, princípios, direitos, virtudes e alteridade, de forma integradora, [sendo] uma proposta de abordagem em que a ética se insere na realidade, e não apenas a ela se aplica”. (OLIVEIRA, 2018, p. 111-112). E o outro modelo brasileiro formulado nesse contexto “é o da Bioética da Intervenção, desenvolvida inicialmente pelo professor Volnei Garrafa. (...) [com] a maximização da autonomia em relação aos demais princípios *prima facie*. Ao formular a Bioética da Intervenção, Garrafa ocupa-se em preencher a lacuna do Principialismo e relacionar o discurso Bioético a questões sociais, econômicas, culturais e de saúde pública” (OLIVEIRA, 2018, p. 113)

⁶⁸ É exatamente sobre esta inversão epistemológica que Ronald Dworkin constrói os argumentos centrais de uma de suas obras (DWORKIN, 2009, p. 38-39).

americano. No entanto, esta ampliação prévia da cognição sugerida pela corrente da bioética latino-americana, que reforça a importância da origem sociocultural do paciente, deve nortear o início da abordagem e a tomada do consentimento livre e esclarecido, pois as condições materiais específicas da maioria dos pacientes brasileiros, usuários do SUS⁶⁹, devem ser levadas em consideração e guiar a prática médica.

2.4.4 Especificidades da vulnerabilidade do paciente

A vulnerabilidade é entendida, por alguns, como sendo algo inversamente proporcional à capacidade de escolha autônoma por parte do paciente, e a própria linguagem nos aponta para a fonte deste (des)entendimento. A palavra “enfermo”, provém do termo latim *infirmus*, que significa o “débil, sem firmeza, física e moral”, de onde resulta que historicamente não fizesse sentido solicitar a opinião ou o consentimento de um doente para com o procedimento a ser realizado em seu próprio corpo (PEREIRA, 2004, p. 29).

Ao utilizar-se a consagrada nomenclatura relação *médico-paciente*, aqui condenada, reforça-se a implícita, equivocada e ultrapassada noção de que ao médico caberia a responsabilidade e a possibilidade de escolha sobre tudo aquilo que deve ser feito com a saúde e o corpo do paciente, independentemente da anuência deste.

É justamente num acertado entendimento, contrário à esta ultrapassada perspectiva, que Mônica Neves Aguiar da Silva explica que quanto mais grave for a vulnerabilidade, “maior o dever do médico/pesquisador em preservar a autonomia do paciente/participante, garantia esta que deve se realizar de modo a alcançar o outro em uma vivência de alteridade de forma a que seu consentimento/autorização se dê o mais autonomamente possível” (2016, p. 83).

No errôneo entendimento de que a presença da vulnerabilidade subtrai de forma proporcional a autonomia do paciente, paradoxalmente, utiliza-se o conceito de autonomia para proteger o privilégio do poderoso na relação, não para conferir poder (*empowerment*) ao oprimido.

Ocorre que, como explicado de forma breve acima, a relação entre o paciente e seu médico vem sofrendo uma transformação copernicana, partindo de um esquema autoritário e vertical, surge

⁶⁹ Aproximadamente 78% da população brasileira utiliza apenas os serviços do Sistema Único de Saúde, e este número vem crescendo em face da crise econômica que aplacou o país nos últimos quatro anos. Em 2015 eram 71%, de acordo com os dados do Ministério da Saúde em parceria com o IBGE. (Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2015/06/71-dos-brasileiros-tem-os-servicos-publicos-de-saude-como-referencia>. Acesso em: 08 fev. 2018).

hoje como democrática e horizontal; de um código moral único passou a um modelo pluralista de sociedade, que respeita os diferentes códigos morais (PEREIRA, 2004, p. 29).

Assim, na medida em que se atualiza a nomenclatura para relação paciente-médico, assume-se simultaneamente que o paciente, em regra geral, será vulnerável, no entanto, que isto não pode ser um marco, *prima facie*, para retirada da sua capacidade decisional, muito pelo contrário, pois a saúde e as consequências das decisões a serem tomadas lhes pertence.

2.4.4.1 Vulnerabilidade enquanto princípio

Especificamente acerca dos sentidos da vulnerabilidade, Maria do Céu Patrão Neves apresenta uma leitura ampliada do conceito de vulnerabilidade, decompondo-a em uma vulnerabilidade substantiva, que seria inerente a todo ser vivo, e numa vulnerabilidade adjetiva, que complementar à primeira seria específica daqueles que se encontram em uma clara situação de desvantagem relacional⁷⁰, a exemplo dos pacientes.

Assim, na medida em que a vulnerabilidade em sua dimensão substantiva pertence a todos os seres vivos, é infundada a sua atribuição de forma exclusiva ao paciente, muito menos como sendo um marco para objetificá-lo em algo menor.

Ao longo do texto, a autora propõe que a vulnerabilidade deve ser entendida como um princípio, reunindo tanto sua característica substantiva (condição humana na sua universalidade), quanto sua característica adjetiva (referindo-se à caracterização particular de algumas pessoas, como podem ser os pacientes em sua enfermidade, temor da morte e desconhecimento técnico). De maneira que, concordando-se com a autora, a assunção da vulnerabilidade como princípio carrega de forma harmoniosa os dois sentidos da noção de vulnerabilidade (NEVES, 2006, p. 168).

E Patrão Neves segue esclarecendo que um princípio obriga, pois, todo princípio exprime uma obrigação que, como tal, “se impõe à consciência moral sob a expressão de um dever, de um dever a ser cumprido. Assim sendo, o aspecto fundamental da afirmação da vulnerabilidade como

⁷⁰ A autora nos endereça a Hans Jonas, em *Das Prinzip Verantwortung* (O Princípio Responsabilidade) de 1979, que “[...] chama também a atenção para a relevância da significação filosófica da vulnerabilidade que entende como caráter precível de todo o existente: sendo o existente, todo o ser vivo precível, isto é, finito, mortal, apresenta-se também como originário e irredutivelmente, vulnerável. [...] sendo a vulnerabilidade a condição universal do existente, a ação ética não incide apenas sobre o homem, não se restringe às relações interpessoais, mas estende-se a todos os viventes e seus *habitats*, num irrecusável alargamento da reflexão ética ao plano animal, vegetal e ambiental” (NEVES, 2006, p. 164).

princípio ético é o de formular uma obrigação da ação moral” (2006, p. 169).

No que tange os princípios, em seara jurídica, Robert Alexy destaca que estas espécies normativas são mandamentos de otimização (2014, p. 575)⁷¹ que permitem a conexão do direito com a moral quando de sua pretensão de correção⁷², refletindo-se em verdadeiros repositórios valorativos de um dado ordenamento jurídico.

Esta obrigação da ação moral, a qual pode ser apreendida por todos, incluídos os sujeitos envolvidos na relação paciente-médico, reforça-se quando a própria nomenclatura lembra, a todo momento, que apesar de serem ambos substantivamente vulneráveis (e os médicos também possuem suas vulnerabilidades adjetivas), são os pacientes que, por possuírem uma vulnerabilidade adjetiva específica decorrente da própria enfermidade, devem ter prioridade no contexto e na execução deste contrato especial de prestação de serviços.

Assim, no plano da assistência médica, pode-se acrescentar que, em termos gerais, o princípio da vulnerabilidade interpela diretamente o profissional de saúde na sua responsabilidade de estabelecer relações simétricas com a pessoa doente e obriga as instituições a proteger, a zelar por todos os cidadãos igualmente, mesmo quando estes não têm poder de reivindicação (NEVES, 2006, p. 170). É justamente na tentativa de se aprimorar a relação que surge a necessidade de utilização da nomenclatura aqui proposta, bem como a positivação dos contratos de tratamento⁷³.

Ressalte-se que não se defende aqui um absolutismo inverso, no qual o paciente tenha sempre a palavra final sobre o desfecho possível a ser adotado no contrato de tratamento, pois, ao se buscar uma simetria relacional, seria injusto retirar o paciente de sua posição adversa e, simultaneamente, colocar o profissional de saúde na qualidade de oprimido.

Destarte, por exemplo e como já mencionado, não é razoável que seja exigido do médico, por parte do paciente, um comportamento alheio à ética médica, ou que obrigue o profissional da saúde a agir de forma contrária às suas crenças pessoais, em claro desrespeito à sua autonomia. Da

⁷¹ Neste mesmo sentido, pode-se afirmar que o conteúdo axiológico (valores) dos princípios é mais identificável que os das regras, sendo que os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico. (...) “a violação de um princípio jurídico é algo mais grave do que a transgressão de uma regra jurídica. A desatenção a um princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório específico, mas a todo um plexo de comandos normativos” (SOARES, 2017, p. 46).

⁷² “No âmbito de abertura do direito, tudo aquilo em que se apoia e/ou deve apoiar-se quem aplica o direito para satisfazer a pretensão à correção integra o direito. Assim, os princípios – ainda que não possam ser identificados como princípios jurídicos em virtude dos critérios de validade da constituição – e os outros argumentos normativos que fundamentam a decisão tornam-se componente do direito” (ALEXY, 2009, p. 154-155).

⁷³ A necessidade de positivação dos contratos de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro, com a criação/implementação de um microsistema jurídico específico e organizado para disciplinar a relação paciente-médico, será abordado de forma mais detalhada à frente, nas seções 4 e 5.

mesma forma, não é razoável que, do ponto de vista processual, o médico, em face de um desfecho negativo do contrato de tratamento, sempre seja considerado culpado até que ele prove o contrário – este é um ponto central nestes escritos, que será melhor discutido na seção 4.

Portanto, não se busca uma valorização do sujeito paciente em função do detrimento do sujeito médico, mas de uma coadjuvância dos direitos deste, conscientemente necessária, a partir do protagonismo dos seus deveres em relação ao direito do paciente de escolher seu próprio destino.

Como refere Patrão Neves acerca da alteridade, não se trata de uma assimetria relacional entre os sujeitos, trata-se apenas de uma assimetria entre direitos e deveres⁷⁴, que, no contrato de tratamento, atribui ao médico o encargo de colocar os seus deveres para com o outro em um primeiro plano, para que se efetive a necessária simetria relacional com o paciente.

Há uma assimetria nas responsabilidades em favor do paciente. A responsabilidade do médico para com o paciente é maior pelo princípio da vulnerabilidade (adjetiva) atribuído a este sujeito na relação. Para o médico, primeiro os deveres, depois os direitos, isso é simetria no sentido da alteridade ética, tema central da filosofia levinasiana, na medida em que o *Outro*⁷⁵ é o verdadeiro protagonista em seu discurso filosófico (CAMILLO, 2016, p. 65).

Na ideia de alteridade assenta-se a teoria do culturalismo jurídico personalista, que foge tanto do individualismo, que faz abstração de indeclináveis valores sociais, como do transpersonalismo, que acaba por sacrificar o indivíduo aos valores absorventes de uma classe, da sociedade ou do Estado (REALE, 1999, p. 278).

2.4.4.2 A dignidade da pessoa humana no contexto da relação paciente-médico

A dignidade da pessoa humana, numa acepção rigorosamente moral e jurídica, também se encontra vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que sua intangibilidade resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito (SARLET, 2008, p. 25).

⁷⁴ Esta noção de assimetria entre direitos e deveres foi proposta por Maria do Céu Patrão Neves, em conferência intitulada “Alteridade e Direitos Fundamentais: uma abordagem ética”, na Universidade Católica do Salvador, Salvador, Bahia, em 25 de maio de 2017.

⁷⁵ Na obra *O Seminário II*, Jacques Lacan introduz a distinção entre dois “outros”: um *Outro* com “o” maiúsculo que se alcança na função da fala, diferente daquilo que é próximo; e um outro com “o” minúsculo que reflete a imagem do próprio eu, do sujeito que se pode entender como semelhante ou próximo (este é imaginário, que se constitui a partir do espelho – metaforicamente falando). Apresenta assim o *Outro* (*l’Autre* ou A) como alteridade radical, ou seja, distinto do outro (*autre*) similar (BRAUER, 1994, p. 309-333).

Quando se refere à dignidade do paciente, o que se busca é uma simetria relacional pautada na construção dialógica da autonomia, sendo a autonomia do paciente (e do médico) um resultado do contínuo erigir de uma consciência crítica dialógica (STANCIOLI, 2004, p. XII).

A ideia central é sepultar a vetusta redução do paciente ao *status* de objeto do conhecimento da atividade médica, não permitindo que a prática médica viole a individualidade do paciente (nem permitir que a sua saúde se constitua em objeto de consumo, reificado na mercantilização jurídica da relação paciente-médico).

Nesta perspectiva, concorda-se com Stancioli, no sentido de que a solução ética para o problema do desequilíbrio relacional entre paciente e médico é o incremento da autonomia do paciente. Desta forma, “corpo clínico e enfermo assumem posições, no seu relacionamento, que *tendem* a ser ética e juridicamente equânimes, uma vez que há igualdade ideativa entre ambos” (grifou-se) (2004, p. 26).

Quando se coloca o paciente em um primeiro plano na nomenclatura, ainda se aponta para um outro aspecto muito importante: nem sempre as escolhas do paciente serão necessariamente segundo um *standard* racional. “As críticas à ideia de um indivíduo racional, feitas por inúmeros filósofos (como Nietzsche, Heidegger e Foucault), são duras e procedentes” (STANCIOLI, 2004, p. 33).

A análise deve sair da ideia de um agente autônomo que se pauta apenas em uma racionalidade científica (epistemológica), para centrar-se na análise de um ato com justificações transdisciplinares, típicas de uma perspectiva bioética (gnosiológica).

Vale enfatizar que, no entendimento do poroso conceito de dignidade da pessoa humana, o próprio Ronald Dworkin, ao tratar do seu conteúdo, acaba reportando-se direta e expressamente à doutrina kantiana, ao lembrar que o ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, isto é, como mero instrumento para realização de fins alheios (SARLET, 2008, p. 36-37).

É neste sentido que, ao colocar-se o paciente em primeiro plano, os interesses de terceiros (sejam eles os médicos, as operadoras de saúde, o poder público ou o mercado), caso não sejam coincidentes com os efetivos interesses dos pacientes, devem ser rebaixados, em tese, a um segundo plano. O homem constitui um fim em si mesmo e não pode servir simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade (KANT, 1980, p. 134-135).

Decisões utilitaristas⁷⁶ ficam com um campo muito restrito em face da dignidade humana, na medida em que um governo que professa reconhecimento aos direitos individuais “não deve definir os direitos dos cidadãos de modo que possam ser anulados por supostas razões de bem-estar geral” (DWORKIN, 2014, p. 313). “Se outros nos impõem sua concepção particular do bem, negam-nos o respeito que nos é devido” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013. p. 303).

⁷⁶ Entendidas aqui como aquelas que impõem a suposta felicidade da maioria (bem-estar) sobre uma minoria, mesmo que ferindo direitos e garantias individuais, sob o argumento da utilidade pública, do interesse público, como ocorre nas decisões judiciais que privilegiam a reserva do possível em face do mínimo existencial, ou ainda na utilização de vulneráveis em pesquisas científicas em prol do “bem geral”. Como refere Dworkin, “os argumentos de política utilitarista argumentam que a comunidade como um todo estará em melhor situação porque – apresentando a ideia de maneira tosca – um maior número de seus cidadãos terá, em geral, mais aquilo que deseja, ainda que alguns deles venham a ter menos” (DWORKIN, 2014, p. 422). A improcedência das decisões utilitaristas (consequencialista) nas questões envolvendo o direito à saúde será melhor abordada na seção 3.2.3 *infra*.

3 A ESPECIFICIDADE DA SAÚDE E A NECESSÁRIA AMPLIAÇÃO DA COGNIÇÃO EM SUA APRECIÇÃO

Tanto no Direito Médico em sentido amplo (“Direito da Saúde”), quanto no Direito Médico em sentido estrito (que disciplina a relação jurídica paciente-médico), um bem jurídico muito específico e particular está no centro das atenções: a saúde do paciente.

Para evidenciar a importância e as especificidades que envolvem a análise deste bem jurídico tão especial, neste capítulo, buscar-se-á defender que, para uma efetiva prestação jurisdicional sobre o direito à saúde, a compreensão do intérprete e aplicador do direito deve necessariamente ser ampliada, em um modelo hermenêutico que tome como base a função avaliativa em seu caminho decisório (NILO; AGUIAR, 2019).

Na medida em que o conceito de saúde ampliou-se para abraçar aspectos sociais e psicológicos do paciente, reforçou-se que a sua autonomia, que representa outros interesses para além das questões biológicas, pode prevalecer sobre a beneficência médica mesmo que uma escolha, em um caso concreto, represente um agravo à sua própria saúde biológica, mas uma exaltação à sua dimensão psicológica ou social.

O cuidado no paradigma resultante da reforma sanitária brasileira, denominado paradigma da produção social de saúde ou paradigma biopsicossocial, busca superar o paradigma curativista ou biomédico, se refletindo em transformações no conceito de saúde, na compreensão sobre o processo saúde-doença, na organização do sistema brasileiro de saúde pública e nas práticas profissionais em saúde (PEREIRA; BARROS; AUGUSTO, 2011, p. 523).

Este modelo de saúde (biopsicossocial), elaborado originalmente em 1977, pelo médico psiquiatra George Libman Engel⁷⁷, amplia o foco para todos os aspectos que estariam diretamente relacionados ao fenômeno do adoecer, sejam eles fisiológicos, psicológicos, sociais, ambientais (dentre outros), os quais também devem ser considerados para que o tratamento seja eficaz.

⁷⁷ Nas próprias palavras de George Engel, “O modelo dominante da doença hoje é biomédico e não deixa espaço dentro de sua estrutura para as dimensões social, psicológica e comportamental da doença. Propõe-se um modelo biopsicossocial que fornece um modelo para a pesquisa, uma estrutura para o ensino e um projeto de ação no mundo real da assistência à saúde”. Tradução livre de “*The dominant model of disease today is biomedical, and it leaves no room within its framework for the social, psychological, and behavioral dimensions of illness. A biopsychosocial model is proposed that provides a blueprint for research, a framework for teaching, and a design for action in the real world of health care*” (1977, p. 135).

Pode-se asseverar que a saúde, de um conceito estrito, evoluiu para um conceito amplo, não podendo mais ser considerada meramente de índole biomédica. Quando se estuda e delibera-se sobre questões envolvendo a saúde das pessoas, deve haver, portanto, uma ampliação da compreensão e dos parâmetros analisados. A ampliação da cognição, portanto, deriva em certa medida da própria ampliação ocorrida no conceito de saúde.

A relevância do “bem-estar biopsicossocial” dos pacientes, o objeto mediato⁷⁸ dos contratos de tratamento, tem relação direta com a evolução da autonomia do paciente (exposta no capítulo anterior), bem como a necessidade de confecção do microsistema jurídico específico para a avença (tarefa do próximo capítulo).

Nesta parte intermediária do texto, portanto, em função das características particulares do bem jurídico em questão, será analisado (i) o valor da saúde perante o conhecimento vulgar e sua imoral consumerização; (ii) o valor do direito fundamental à saúde por parte da doutrina jurídica nacional; bem como a (ii) indispensabilidade do conhecimento da Medicina Baseada em Evidências (MBE) e da deontologia médica para a proteção dos direitos do paciente.

Para tanto, a análise do bem jurídico em questão transcorrerá de forma pragmática, buscando favorecer decisões em casos concretos, tanto em ações que tenham por objeto a responsabilização do profissional médico, quanto noutras lides que versem sobre a concessão do direito à saúde como prestação devida por um terceiro obrigado ou devida pelo Estado – no embate entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

3.1 A SAÚDE NÃO É UMA MERCADORIA

A reaproximação entre ciência e senso comum é pressuposto para o estabelecimento de uma definitiva conexão entre ciência e sociedade. No entendimento geral da população, sendo muito difícil negar isso, a vida não tem preço. Por óbvio, pode-se adotar um parâmetro matemático-econômico qualquer e se chegar ao valor estimado de uma vida individual em um dado espaço-

⁷⁸ Na relação jurídica, o poder do sujeito ativo recai sobre um *objeto imediato*, que é a *prestação* devida pelo sujeito passivo consistente num ato ou abstenção, abrangendo, portanto, um dever positivo (dar ou fazer) ou negativo (não fazer). Já os objetos *mediatos* da relação jurídica, referem-se aos *bens jurídicos, materiais ou imateriais* que têm valor econômico ou que podem servir de objeto a uma relação jurídica (DINIZ, 2017, p. 553-555). No caso em tela, o bem jurídico sobre o qual o contrato de tratamento se debruça é a saúde do paciente, em última análise, sobre a própria vida do paciente e seu bem-estar biopsicossocial.

tempo, isso é facilmente possível. No entanto, não se está falando da possibilidade da realização de tal cálculo, mas da viabilidade moral de se sustentar tal análise como parâmetro decisional.

A crítica ao utilitarismo (aritmética da moral) esclarece que “atribuir um valor monetário à vida humana é moralmente errôneo, não sendo possível mensurar e comparar todos os valores e bens em uma única escala de medidas” (SANDEL, 2014, p. 59-61). E foi justamente um matemático que diagnosticou racionalmente que o ser humano deve ser compreendido como este fim em si mesmo⁷⁹, fazendo-se exceção em relação a todos os demais seres do mundo⁸⁰.

A Bioética reconhece, através dos seus maiores representantes, como Engelhardt, Beauchamp, Gracia, Abel, Cuyás, entre outros muitos, a validade da tese kantiana ao afirmar que “as coisas têm preço, enquanto que a pessoa está acima de todo e qualquer preço, pois só ela tem dignidade para não ser usada apenas como meio” (CLOTET, 2003, p. 199).

A humanidade não consegue, e parece que nunca vai conseguir, atribuir um preço à vida humana sem que isso agrida frontalmente essa compreensão moral do valor intrínseco das vidas das pessoas. O exemplo da “estratégia” utilizada pela Ford na década de 1970, para com o seu Ford Pinto, ajuda a ilustrar bem esta inadequação moral de precificação de vidas humanas.

O Ford Pinto foi um grande sucesso de vendas da empresa norte americana, um carro pequeno, barato⁸¹, eficiente, de baixo consumo, que atendia muito bem aos anseios do mercado consumidor em face da crise de combustível que afetou os Estados Unidos na década de 1970.

No entanto, já no final de seu processo de fabricação, percebeu-se que o pequeno bólido tinha um grave problema ao ter seu tanque de gasolina posicionado abaixo do porta-malas traseiro do veículo, de maneira que em caso de colisões traseiras em velocidade acima de 20 milhas/hora (32,18 km/h), o veículo corria sério risco de pegar fogo e explodir⁸².

Ao descobrir este trágico defeito congênito, a Ford, adotando como parâmetro decisional uma perspectiva utilitarista de análise preponderantemente econômica, entendeu que não seria

⁷⁹ “O princípio supremo da doutrina da virtude é: aja segundo a máxima de *fins* tal que tê-los possa ser uma lei universal para todos. Segundo esse princípio, o ser humano é um fim tanto para si mesmo como para os outros, e não é suficiente que ele não seja autorizado a utilizar como simples meio nem a si mesmo nem aos outros (pois, com isso, ele pode ser também indiferente para com os eles), mas antes propor como fim o ser humano em geral é em si mesmo o dever do ser humano” (grifo do autor) (KANT, 2013, p. 207).

⁸⁰ Em relação aos demais seres do mundo, cabe aqui uma ressalva, pois o conceito kantiano deve ser revisto e ampliado, considerando-se os atuais empenhos doutrinários na defesa do Direito Animal, mas que por uma questão de objetividade não cabe aqui nestes breves escritos.

⁸¹ Apenas US\$2mil (dois mil dólares), o equivalente a US\$12mil (doze mil dólares) atualmente.

⁸² É possível ver como isso ocorria, num *crash test* filmado e disponível na rede mundial de computadores. (Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PAI5T8UecEY>. Acesso em: 05 mar. 2019).

vantajoso corrigir o projeto para os 12.5 milhões de carros que ao todo esperava-se vender, a um custo de U\$11,00 (onze dólares) por veículo.

Este procedimento custaria um total de U\$137 milhões, custo este que (segundo a empresa em declaração superveniente) seria “repassado” para o bolso dos consumidores⁸³ e retiraria o veículo do *target* inicial de sua precificação naqueles tempos de crise. Este foi considerado, pela empresa, um sofrimento pequeno, no entanto, para um número muito grande de consumidores.

Por outro lado, a Ford estimou que seriam gastos U\$49,5 milhões com indenizações para as mortes e as lesões corporais com os eventuais prejudicados em explosões do Pinto, e optou, assim, por manter a produção mesmo com este erro de projeto que sabidamente tiraria a vida de inúmeras pessoas. Nesta opção, no entendimento da empresa, seria imposto um grave sofrimento, mas “apenas” para um número relativamente “pequeno” de pessoas.

Em adição, a empresa considerou que a soma em dinheiro a ser paga pelas indenizações seria muito menor do que o valor a ser investido na prevenção do problema. Este foi o principal motivo de sua escolha. O custo de consertar o tanque não compensaria o benefício de um carro mais seguro e a Ford optou pelo pagamento das eventuais indenizações.

O problema foi que mais de quinhentas pessoas morreram e, quando um dos familiares destas vítimas processou a Ford Motor Company, veio a público todo o cálculo prévio realizado pelos executivos da montadora, bem como o fato de que os gestores sabiam, com antecedência, que vidas seriam perdidas a partir de sua escolha utilitarista, financeiramente “racional”, mas moralmente inaceitável.

O júri do caso ficou revoltado quando tomou conhecimento do estudo e determinou que fosse paga ao autor de uma única ação uma indenização de 2,5 milhões de dólares pelos prejuízos materiais e 125 milhões de dólares por danos morais (SANDEL, 2014, p. 58).

Esta monetarização das escolhas, apesar de ser um excelente parâmetro *prima facie* para tomada de decisão em inúmeros casos, não se adequa à precificação de uma série de outras decisões, dentre estas, quando se decide sobre saúde e vidas humanas, em perigo concreto. É exatamente neste mesmo erro moral de raciocínio, com a tarifação sobre o valor da vida humana, “aparentemente lógico”, que incorre, por exemplo, Cento Veljanovski, ao declarar que

⁸³ Repita-se, *apenas* U\$11 dólares por veículo à época, o que representaria atualizados U\$70 dólares aproximadamente.

(...) muito da legislação sobre segurança industrial dá ênfase à segurança, mas não aos acidentes. Os empregadores são obrigados a dotar de grades protetoras as máquinas ou, então, a submeter-se a certos procedimentos de segurança, sob ameaça de processo criminal. Tais medidas controlam mais os ingredientes da segurança do que penalizam os acidentes (VELJANOVSKI, 1994, p. 105).

O raciocínio exposto pelo autor, apesar de ser matematicamente coerente, analisa o problema a partir da perspectiva dos interesses financeiros do empregador, e não da perspectiva moral da perda (evitável) da vida humana dos empregados.

A perspectiva econômica deve sempre ser levada em consideração no conjunto avaliativo, mas não pode ser colocada hierarquicamente em primeiro plano em todas as situações, como, em regra, quando colide com a perspectiva do outro (alteridade) que vai perder a saúde ou a vida.

O movimento pelos direitos do paciente, que se consolidou no princípio da autonomia e no consentimento livre esclarecido, realmente não se originou historicamente de uma luta social pela dignidade, mas pelos direitos do consumidor, isto é, quem paga pelo serviço passou a ter direito sobre a qualidade do atendimento⁸⁴.

Entretanto, à medida que essa ideia se divulgou, o seu caráter sofreu alterações e os seus limites se ampliaram. A autonomia e a informação, no que diz respeito à vida e à saúde, não estão mais condicionadas à pecúnia paga pela “prestação do serviço”. Passou a decorrer do fato de que o paciente, sujeito de direitos, tem direito à sua própria vida e ao seu próprio corpo, independentemente do pagamento oferecido direta ou indiretamente ao médico. É, portanto, um equívoco confundir consumo com cidadania⁸⁵.

Para ilustrar com mais clareza esta mencionada e comum confusão entre consumidor e cidadão, pode-se recorrer à “parábola do shopping center”, que ajuda a esclarecer a diferença muito simples entre estes dois conceitos, mas que muitas vezes fica homiziada da superfície em uma sociedade de mercado.

O ambiente do shopping é apenas um recorte da sociedade, um ambiente seguro, confortável, repleto de pessoas bem vestidas e que vão comprar ou trabalhar. Um local controlado onde a catarse da compra deixa todos felizes e incluídos.

⁸⁴ Em 1969, nos Estados Unidos, por um acordo entre um grupo de associações de consumidores e usuários e a Comissão Americana de Credenciamento de Hospitais (JCAH), surgiu um documento que, da perspectiva do usuário de hospitais, é considerado a primeira carta de Direitos do Paciente (MUÑOZ; FORTES, 1998, p. 56).

⁸⁵ Cidadania compreendida no conceito do direito a ter direitos. “O conceito de cidadania, enquanto direito a ter direitos, tem se prestado a diversas interpretações” (VIEIRA, 1997, p. 26).

Mas a vida não se restringe às paredes do shopping. Existem muitas pessoas (a maioria aqui no Brasil se considerarmos o “shopping da saúde”⁸⁶) que não passam pela porta dos centros comerciais, no entanto, continuam portadoras da sua dignidade, que lhes é um valor intrínseco. E, na medida em que possuem dignidade, mesmo que não consigam se inserir no mercado de consumo ou de trabalho, também continuam com o direito de que seu direito fundamental à saúde⁸⁷ seja protegido da melhor forma possível.

A partir dessa distorcida concepção não-ontológica-consumerista da dignidade humana, que repercute na eleição de prioridades, o entendimento de dignidade “da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculado ao que o indivíduo tem ou faz do que à simples circunstância de se tratar de um ser humano” (SARMENTO, 2016, p. 66-67).

O próprio Superior Tribunal de Justiça entende, por exemplo, ser perfeitamente justo o estabelecimento do valor de R\$8mil a título de indenização por um dano moral decorrente do cancelamento de um voo comercial⁸⁸, ou de R\$10mil para uma inscrição indevida em cadastro de inadimplentes⁸⁹, no entanto, entende por indevido um valor de R\$2mil fixado para um preso que tem a sua dignidade diariamente ultrajada⁹⁰.

No entanto, como esclarece Daniel Sarmento, o sistema normativo brasileiro parece apontar claramente em um outro sentido, na medida em que

[...] o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro se lastreia em uma premissa

⁸⁶ Como destacado na nota de rodapé 69, aproximadamente 78% da população brasileira utiliza apenas os serviços do Sistema Único de Saúde, ou seja, não tem condições de pagar por um atendimento particular ou por um plano de saúde. (Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2015/06/71-dos-brasileiros-tem-os-servicos-publicos-de-saude-como-referencia>. Acesso em: 08 fev. 2018).

⁸⁷ Lembre-se ainda do programático teor do art. 196 da CF/88, o qual, na prática, está longe de ser alcançado ou mesmo nunca o seja, mas que é cristalino no texto da Carta Magna: “A saúde é *direito de todos e dever do Estado*, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao *acesso universal e igualitário* às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifou-se).

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processual Penal. REsp 740968 RS 2005/0058525-2. Órgão Julgador: Quarta Turma. Ministro Relator: Aldir Passarinho Júnior. Data de Julgamento: 11/09/2007. Data de Publicação: DJ 12/11/2007. p. 221. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19191719/recurso-especial-resp-740968-rs-2005-0058525-2/inteiro-teor-19191721?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 jul. 2019.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processual Penal. REsp 1105974 BA 2008/0260489-7. Órgão Julgador: Terceira Turma. Ministro Relator: Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 23/04/2009. Data de Publicação: DJe 13/05/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4141916/recurso-especial-resp-1105974-ba-2008-0260489-7?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 jul. 2019.

⁹⁰ Valor fixado pelo TJMS, mas revisto pelo STJ. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processual Penal. REsp n. 962.934. Órgão Julgador: Segunda Turma. Ministro Relator: Herman Benjamim. Data de Julgamento: 13/04/2010. Data de Publicação: DJe 04/05/2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099786/recurso-especial-resp-962934-ms-2007-0145328-6/inteiro-teor-19099787?ref=juris-tabs>. Acesso em: Acesso em: 01 jul. 2019.

antropológica, que se deixa entrever em diversas passagens da Constituição, e que é vital para a definição dos contornos do princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se da ideia de pessoa concreta, que é racional, mas também sentimental e corporal; que é um fim em si mesmo, mas não uma ‘ilha’ separada da sociedade; que deve ter a sua autonomia respeitada, mas também precisa da garantia [do atendimento] das suas necessidades materiais básicas e do reconhecimento e respeito de sua identidade (SARMENTO, 2016, p. 70).

Neste passo e em face de tudo exposto inicialmente, pode-se perceber que o direito à saúde, por se relacionar estreitamente com o direito à vida, faz parte do que se pode denominar de um “*minimum minimorum* existencial”, ou seja, um núcleo jusfundamental que, por ter características materiais especiais, deve ser preservado para que a fruição dos demais direitos seja possível⁹¹.

3.2 O VALOR JUSFUNDAMENTAL DA SAÚDE (*MINIMUM MINIMORUM* EXISTENCIAL) NA DOUTRINA JURÍDICA NACIONAL

Na medida em que o postulado racional da dignidade da pessoa humana é um, senão o principal, marco jusfundamental no atual neoconstitucionalismo brasileiro, analisar o direito fundamental à saúde sempre é uma tarefa importante. E quando se trata de direito à saúde, está-se diante da tutela de um bem jurídico completamente diferenciado, *sui generis*.

Este “*minimum minimorum* existencial”, como perspectiva moral de valor intrínseco da vida, carrega uma prejudicialidade lógica (no sentido processual) da saúde para com todos os demais direitos fundamentais. O próprio termo “saúde” deriva da expressão latina “*salus.utis*”, que significa “salvação, conservação (da vida)”⁹².

A saúde, por ter relação direta com a viabilidade da existência da própria pessoa, afastando ou adiando a inexorável morte, nos direciona a um patamar anterior e superior ao próprio conceito de dignidade da pessoa humana. Pois, por uma questão lógica de prejudicialidade, não há o menor

⁹¹ Nas palavras de Robert Alexy, o mínimo existencial seria “um patamar mínimo de assistência médica” (2014, p. 512). Nesse mesmo sentido, SARMENTO, 2016, pp. 193-194 e 215-216.

⁹² Saúde, em português, deriva de *salude*, vocábulo do século XIII (1204), em espanhol *salud* (século XI), em italiano *salute*, e vem do latim *salus* (*salutis*), com o significado de salvação, conservação da vida, cura, bem-estar. (...) Em seu plural de origem idiomática, o termo ‘saúde’ designa, portanto, uma afirmação positiva da vida e um modo de existir harmônico, não incluindo em seu horizonte o universo da doença. Pode-se dizer, deste ponto de vista, que ‘saúde’ é, em sua origem etimológica, um ‘estado positivo do viver’, aplicável a todos os seres vivos e com mais especificidade à espécie humana. (Fundação Oswaldo Cruz. **Dicionário da Educação Profissional em Saúde**. Disponível em: <http://www.sites.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/sau.html>. Acesso em: 23 mai. 2019.).

sentido em se procurar defender uma dignidade se não houver previamente, ao menos, uma pessoa humana para a qual se possa perseguir a qualidade de digna⁹³.

Não há decisão judicial, lei ou recursos financeiros que consigam restituir à liberdade fática, para fruição dos seus demais direitos fundamentais, um enfermo preso à uma moléstia fatal. Decerto, um indivíduo imerso em suas riquezas sorveria todo o seu patrimônio apenas para que lhe fosse dada a chance de salvar a sua própria vida ou a vida de seu filho querido.

3.2.1 A saúde no ordenamento jurídico brasileiro

A importância da saúde se reflete no arcabouço normativo brasileiro, pois, além de ser um direito social (art. 6º, caput, da CF/88), é também considerada como um direito fundamental na medida em que ter direito à saúde, como referido, em última análise, é ter direito à própria vida (art. 5º, caput, CF/88).

Este é o entendimento de Dirley da Cunha Júnior, ao asseverar que a Constituição de 1988 avançou muito em relação aos direitos sociais, ao por um fim a uma discussão doutrinária estéril, inserindo os direitos sociais no título II que trata dos direitos fundamentais, “não deixando mais qualquer dúvida quanto à natureza destes direitos: os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais” (2012, p. 762).

A saúde é, portanto, o conceito mais básico a ser relacionado diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento da República. E mais, por ser jusfundamental, o direito à saúde ainda ostenta a qualidade de cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF), “o que ocorreu pela primeira vez na história de nosso constitucionalismo” (SARMENTO, 2016, p. 72).

Nessa perspectiva, de cunho eminentemente prático e lógico, pode-se considerar a saúde como o direito mais importante de todos, dentre os direitos fundamentais, afinal, sem saúde (sem vida, em última análise) não se pode exercer qualquer outro direito fundamental básico.

Poder-se-ia chamar este mandamento de otimização⁹⁴ de “princípio da saúde” (o respeito ao *minimum minimorum* existencial), o qual esclareceria que, dentre outras coisas, a fruição de

⁹³ Aqui não se olvida que o *morto* também deve ter sua dignidade preservada (art. 12, parágrafo único do Código Civil). Nem que em uma dada situação concreta, a dignidade signifique o direito à morte. No entanto, busca-se apenas evidenciar o fato de que sem saúde nem mesmo pode existir uma vida humana que esteja apta para gozo dos demais direitos fundamentais.

⁹⁴ Para utilizar-se a nomenclatura alexyana empregada na definição dos princípios jurídicos (ALEXY, 2014, p. 90).

qualquer outro direito fundamental, como a liberdade, a igualdade, a educação, a moradia, etc, restará prejudicada sem a saúde, daí sua prioridade. É assim que ocorre no mundo dos fatos.

Não se está referindo que os demais direitos fundamentais não sejam importantes, nem que o direito à saúde não possa ceder em face de outro direito fundamental, dependendo do caso concreto. O que se afirma é que, em regra e nessa perspectiva de prejudicialidade, a saúde é ontologicamente o direito mais fundamental de todos, para todo e qualquer cidadão, por estar relacionado diretamente com a viabilidade e a possibilidade da própria vida.

Esta prejudicialidade da saúde, processualmente falando, como condição anterior para que na prática se viva uma vida, coloca o direito à saúde em um patamar tão jusfundamental que nem mesmo precisaria estar positivado em um dado ordenamento jurídico para que fosse garantido, constituindo exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor da vida humana a partir do reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 767-768).

3.2.2 A reserva do possível em face do *minimum minimorum* existencial

Ao se falar em prestação jurisdicional do direito à saúde, um debate doutrinário e jurisprudencial muito significativo, que divide opiniões, surge no que tange à eventual prevalência da reserva do possível em face do mínimo existencial. Alguns autores, inclusive, questionam até mesmo se existe um “mínimo existencial”, ou ainda se a internalização deste conceito, oriundo da doutrina alemã, foi corretamente realizada no Brasil.

O raciocínio econômico, pautado na escassez, traz a compreensão de que para se obter algo, em regra, é necessário abrir mão de outra coisa (*trade off*), numa análise consequencialista. Esta é a função heurística apoiada no modelo empírico, que busca otimizar o controle do comportamento e a previsão na hierarquia das funções (FERRAZ JÚNIOR, 2014, p. 134).

Para este modelo decisional, antes de qualquer coisa, é fundamental que sejam avaliados os resultados e as consequências das decisões, tanto na microjustiça do caso concreto, quanto na macrojustiça da totalidade do sistema legal.

Esta perspectiva, até meados do século passado negligenciada pelo Direito, atualmente tem grande importância para uma análise a médio e longo prazo do efeito real que as decisões judiciais podem ter quando analisadas em uma ideia de macrojustiça.

No entanto, a análise da efetividade de uma decisão no sentido de estímulos e desestímulos supervenientes, apesar de ter que ser sempre considerada, não pode ser tomada como objeto central, hierarquicamente superior, em uma decisão quando envolve determinados bens jurídicos.

A concessão do direito à saúde dentro daquilo que aqui foi chamado de *minimum minimorum* existencial, no atual ambiente constitucional brasileiro, é muito difícil de ser negada se o caso concreto estiver apoiado em evidências médicas científicas de reais chances de cura do paciente, por mais que um tratamento seja oneroso para o Estado.

Regra geral, nesta análise da disputa (e da escolha) entre a reserva do possível e o mínimo existencial, entra em cena a questão da escassez de recursos, de maneira que “levar os direitos a sério significa também levar a escassez à sério” (AMARAL, 2010, p. 42). Isso é verdade.

Entretanto, a questão da escassez precisa ser muito bem entendida, para que não seja absorvida de forma falaciosa, sem uma análise crítica mais atenta. A classificação dos tipos de escassez proposta por Elster (1992, p. 21-22 *apud* AMARAL, 2010, p. 73), no que tange o direito à saúde, carece de utilidade prática, quando, em verdade, a única diferenciação que realmente importa no contexto do direito à saúde é a distinção entre escassez artificial e natural.

A escassez artificial se caracteriza pelas hipóteses nas quais o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível para todos, a ponto da satisfação das necessidades da população, constituindo-se como algo remediável por uma política pública adequada (como poderia ocorrer com o aumento do número de leitos em UTIs; realização de concurso público para aumentar as equipes médicas em área remotas; aumento nos recursos destinados ao saneamento básico; distribuição descentralizada dos hospitais universitários, em regiões estratégicas, não apenas nos grandes centros, etc.).

Já a escassez natural, ao contrário, caracteriza-se pelas situações nas quais não há o que efetivamente possa ser feito para que a oferta de determinado bem seja incrementada (como no caso de número limitado de órgãos para os pacientes em filas de transplante).

A compreensão da distinção entre estes dois tipos de escassez não pode passar despercebida quando se está diante da análise de um caso envolvendo o direito à saúde.

Gustavo Amaral, procurador do Estado do Rio de Janeiro, analisando a questão da escassez no direito e nas escolhas, refere que “a escassez é limite ao conteúdo das pretensões positivas” (2010, p. 182). No entanto, nos casos de saúde, assiste razão ao autor apenas em parte, quando se referir a uma escassez natural, e nunca quando a mesma se referir a uma escassez artificial, que

decorre de uma mera alocação prévia mal efetivada dos recursos orçamentários.

O *minimum minimorum* existencial não pode ficar à espera de uma correção futura do orçamento (*periculum in mora*) para que se atenda o mandamento constitucional, quando o caso concreto estiver em face de um reserva do possível (escassez) artificial.

Segundo Amaral, em matéria veiculada pelo jornal Valor Econômico, 50% de todo o orçamento destinado à saúde no Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2007, foi comprometida com a compra de medicamentos por ordem judicial (2010, p. 150). Ocorre que em momento algum o autor se questiona se este aumento dos gastos com medicação não vinha sendo progressivo ao longo dos anos, e se o legislador, desatento à necessidade crescente de compra de medicamentos, não veio sendo progressivamente negligente até que se chegasse neste cenário indesejável.

O grande problema da gestão pública na alocação de recursos é a falta de planejamento (MARTINS; WACLAWOVSKY, 2015, p. 105). Em uma empresa qualquer, deve ser separado um montante de recursos para eventos extraordinários não previstos, e o planejamento financeiro do ano subsequente deve sempre levar em conta a soma gasta com tais eventos extraordinários no orçamento no ano anterior. Assim também deve se comportar aquele que compõe o orçamento público, olhando sempre pelo retrovisor para regular os seus faróis.

Os gastos com decisões judiciais que concedam o direito ao *minimum minimorum* existencial, fundamentados em uma medicina baseada em evidência e com real possibilidade de cura ao paciente, devem ser levados em consideração pelo legislador para que o orçamento subsequente seja adaptado e para que as políticas públicas de saúde preventiva possam, onde for possível, reduzir os gastos com a saúde individual e coletiva dos cidadãos.

Amaral afirma que os tribunais, por diversas razões, não podem eficazmente manejar recursos escassos, pois os mesmos estariam mal aparelhados para tomar decisões racionais sobre como as agências executivas devem alocar seus recursos e seu tempo (2010, p. 41). Esta perspectiva coaduna com a lógica da sociedade de consumo, na qual “até o pensamento torna-se mero ato de prever consequências e só nessa medida é valorizado” (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 6).

De fato, o ambiente sumariamente cognitivo dos tribunais não é o melhor dos mundos para se tomar decisões alocativas de grandes proporções. No entanto, os custos decorrentes de demandas judiciais envolvendo o direito à saúde podem servir como um grande marcador para que as autoridades orçamentárias façam seus planejamentos.

Ademais, a própria Constituição, se lida de forma lógico-sistemática, ao instituir a ação direta de inconstitucionalidade por omissão bem como o mandado de injunção, revela, claramente, que ao judiciário é dado o poder de interferir no orçamento se as políticas públicas planejadas previamente não foram adequadas ou se uma determinada lei, dentre estas as leis orçamentárias, foi mal projetada e não conseguiu atingir a sua finalidade material constitucional básica.

A finalidade do constituinte é clara: ao judiciário cabe avaliar e corrigir a omissão ou inabilidade do legislativo quando um direito fundamental estiver em jogo, em casos de grave injustiça, para que a emancipação das pessoas se realize.

Assim decidiu o STF recentemente⁹⁵, no sentido de ser lícito ao judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana. Ora, sendo este o entendimento, não há de haver óbice ao Judiciário para que este obrigue a Administração, por exemplo, a construir leitos de UTI para atendimento da população em geral que corre risco de vida e precisa de tratamento intensivo. E enquanto tais leitos não forem construídos, que os custos sejam arcados pelos entes federados, responsáveis solidários pelo bem jurídico em questão.

Não é verdadeiramente razoável, apesar de aparentemente o ser de forma superficial, o argumento de que caso sejam gastos muitos recursos com a saúde, outros direitos sociais não seriam garantidos. Concorde-se com Sarmiento que, indo de encontro a este entendimento, apresenta três argumentos favoráveis à concessão do mínimo existencial (SARMENTO, 2016, p. 230 e ss.).

O primeiro é um argumento jurídico, pois a garantia do mínimo existencial, que é pressuposto da democracia, não pode ficar à mercê das decisões do legislador infraconstitucional.

Em segundo lugar, já no campo da proporcionalidade, não se pode negar a razoabilidade da pretensão de uma pessoa em ter acesso às condições materiais básicas para uma vida digna (aí contido o *minimum minimorum* existencial). Se a pretensão não for razoável, é simplesmente porque ela não está inserida no mínimo existencial.

Por fim, tratando da questão fática, ainda que não se reconheça a absoluta inoponibilidade do mínimo existencial à reserva do possível fática (escassez artificial), pode-se afirmar pelo menos a forte prioridade das prestações concernentes ao mínimo existencial em relação a todas as demais

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Civil. RE 592.581. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 13.08.2015. Data de Publicação: DJe 01/02/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019.

despesas estatais, suscetível inclusive de controle judicial.

Neste passo, irretocável é a afirmativa de que “o Estado, nessa perspectiva, não poderá denegar prestações voltadas ao atendimento de necessidades básicas das pessoas, sob a invocação de ausência de recursos, se estiver realizando despesas supérfluas – *obras de embelezamento, publicidade, promoção de festas e eventos, etc.*” (grifou-se) (SARMENTO, 2016, p. 232).

No caso da saúde, como demonstrado acima e por representar o *minimum minimorum* existencial, todo o resto é supérfluo. Assim, “pelo menos em países não miseráveis, como o Brasil, o mínimo existencial deve ser quase sempre assegurado em sede judicial, quando não o seja na esfera política majoritária” (SARMENTO, 2016, p. 232).

É importante destacar que a visão de que a efetivação do “direito depende apenas do legislador”, seja ele numa peça orçamentária ou no acesso à uma prestação estatal, é típica do ultrapassado Estado Liberal. No entanto, no Estado Moderno Social das sociedades de massas, o Direito “não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 208).

No mesmo sentido, Tercio Sampaio Ferraz Júnior, em lições introdutórias ao estudo do direito, esclarece que “aquela responsabilidade que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente aos Poderes Legislativo e Executivo, passa a ser imputada também ao Judiciário. O que faz das atividades jurídicas (advogar, denunciar [...], sentenciar) [...] muito mais próxima[s] dos desígnios políticos” (2018, p. 9).

O velho dogma da separação dos poderes perdeu o seu lugar de destaque na teoria constitucional, de tal modo que no constitucionalismo contemporâneo, não se fala mais em “separação”, mas sim em “equilíbrio” entre os poderes (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 211).

Podem ser elencados inúmeros argumentos contrários à sacralização do princípio formal da separação dos poderes, e de que o orçamento seja competência apenas do legislativo, sobretudo quando há um ambiente claro de omissões prestacionais do poder público.

Na esteira da doutrina de Cunha Júnior (2012, p. 210 e ss.), pode-se, sucintamente, alegar que (i) o crescimento da atuação do poder judiciário se deve, proporcionalmente, ao crescimento dos outros Poderes quando da conformação do Estado Social. O gigantismo do Legislativo e do Executivo, chamados sempre para intervirem em áreas cada vez maiores, levou à necessidade do surgimento de um terceiro gigante - o Judiciário.

Em adição, (ii) o processo legislativo tornou-se particularmente pesado e lento, forçando, em consequência, o aumento do grau de criatividade da função jurisdicional, na necessidade de fornecer soluções mais rápidas do que as providências adotadas pelo legislador.

Na prática, (iii) longe de efetivamente representar a sociedade e a “vontade geral” do povo, o Legislativo e o Executivo, apesar de serem compostos pelo voto popular, vêm sendo fiéis a interesses de organizações que contribuíram para os “caixas de campanha”, sendo manifestamente ingênua a crença que ainda persiste um caráter eminentemente representativo nestes poderes. A lei promulgada e executada há muito não representa o povo, ao revés, muitas vezes contraria sua vontade (crise de representação).

Vale destacar que (iv) a legitimidade democrática da criação judicial do direito reside na consistência das decisões, que devem ser fundamentadas e tornadas públicas, para que possam ser controladas e avaliadas se atingem, nos casos concretos, os ideais de justiça e equidade que a sociedade deseja.

E mais ainda, (v) o processo judicial de criação do direito é o que mais garante a participação do cidadão, talvez sendo efetivamente o mais democrático de todos, na medida em que se desenvolve em direta conexão com as partes interessadas, às quais têm prerrogativa de provocar o seu início e determinar o seu conteúdo, apoiadas sempre na segurança do contraditório e na publicidade das decisões.

Assim, pode-se defender que a intervenção do judiciário no orçamento ou na concessão de direitos, sobretudo em um ambiente de (grave) omissão do poder público, é uma consequência natural do estado constitucional de direito.

O aumento das demandas judiciais e o êxito em obter prestações específicas do poder público referentes ao direito à saúde não pode ser colocado em confronto com os potenciais interesses de todos os demais cidadãos que não obtiveram êxito, ou que não tiveram a oportunidade (ou a necessidade) de ter acesso ao Judiciário. Pelo simples fato de que as demandas materiais em saúde são necessariamente idiossincráticas e as pessoas necessitarão de diferentes recursos da medicina para que tentem retornar ao seu estado de saúde ideal.

Algumas pessoas, dotadas de boa saúde, pouco utilizarão dos recursos públicos. Outras, com nem tanta sorte, sofrerão de enfermidades graves desde o primeiro dia de suas vidas. Assim,

por uma questão de equidade, o poder público deve “dar a cada um o que é seu”⁹⁶ numa proporcionalidade desequilibrada.

A concepção de justiça como equidade é o fundamento básico e revolucionário da justiça distributiva proposta por John Rawls, no sentido de que as desigualdades sociais e econômicas devem se estabelecer para o maior benefício possível dos membros menos privilegiados da sociedade. Este é o fundamento central do seu “princípio da diferença” (2001, p. 6).

E no próprio atendimento à saúde, a ideia de que aqueles que precisam mais devem ter maior atenção e receber as maiores prestações, apresenta-se diuturnamente, por exemplo, nos atendimentos de urgência e emergência, na medida em que tais serviços adotam o Protocolo de Manchester (SILVA, 2014, p. 219), uma classificação internacional que prioriza atendimentos médicos não pela ordem de chegada, mas sim pela gravidade do caso e agravo à saúde do paciente.

No quesito da saúde, portanto, a igualdade a ser oferecida é material (equidade), caso a caso e para cada um de forma específica, não se referindo a uma igualdade formal isonômica de mesma distribuição de tratamentos, remédios e recursos.

As pessoas, por condições das mais variadas (idade, gênero, ascendência genômica, meio ambiente, contingências, etc.), têm diferentes demandas em saúde. Assim, devem receber mais recursos aqueles que precisarem de mais, e as necessidades, em saúde, sempre foram, são e serão distintas, particulares para cada indivíduo e extremamente variáveis entre os cidadãos.

3.3 O CONHECIMENTO MÉDICO BASEADO EM EVIDÊNCIAS E A NORMATIVIDADE ÉTICA MÉDICA: GRANDEZAS NEGLIGENCIADAS NA FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES RACIONAIS

3.3.1 O modelo hermenêutico: suporte teórico adequado para o Direito Médico

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2014, p. 133), todos os “modelos-teóricos” da Ciência Jurídica, dado o caráter tecnológico do seu saber, acentuam a função (i) heurística, ou seja, busca-se criar condições mínimas para orientar as expectativas do que poderá ou deverá ser

⁹⁶ Este é um dos três princípios romanos (*suum cuique tribuere*) que “nos remete ao pensamento mais profundo de estabelecer um equilíbrio entre os interesses em conflito” (MONTORO, 2016, p. 218).

relevante, possibilitando com que certos conflitos sejam decididos com o mínimo de perturbação social.

As demais funções dos modelos teóricos, segundo o autor, são (ii) de previsão, (iii) avaliativa e (iv) organizatória, as quais se alternam em importância logo após a função heurística (abaixo da heurística numa hierarquia de funções), modificando-se em suas posições de acordo com o modelo adotado por aquele que interpreta e aplica o direito. As dimensões não se excluem, todas estão sempre presentes no processo decisional, mas as suas calibrações se apresentam de forma distinta a partir da função heurística (função principal) (FERRAZ JÚNIOR, 2014, p. 59-124).

O modelo empírico, entendido aqui como investigação dos instrumentos jurídicos de e para o controle do comportamento (FERRAZ JÚNIOR, 2014, p. 110), privilegia a “previsão” na hierarquia das funções. Ou seja, logo abaixo da relevância primordial da função heurística, no sentido da possibilidade de controle do fenômeno da decisão, devem ter prioridade as consequências futuras que da decisão possam advir.

É a partir desta perspectiva que o “homem econômico”⁹⁷ tende a tomar suas decisões. Este é o modelo, por exemplo, adotado pela (ultrapassada) Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2013).

Já o modelo hermenêutico, por sua vez, toma como base a função “avaliativa” em seu caminho decisional, valorizando a possibilidade de “compreensão global”, total ou parcial, dos fenômenos, buscando “o sentido” como centro da decidibilidade de conflitos. Daí segue a importância do valor na atividade heurística (julgar consiste numa valoração).

A hermenêutica atual inclina-se para este modelo, no sentido de realçar o papel do intérprete na exteriorização dos significados da ordem jurídica. Nesta atitude, que aqui se defende, a compreensão do todo, das partes envolvidas e de suas motivações, tem um papel central. Este é um padrão hermenêutico pós-positivista, no qual entra em cena a importância da alteridade jurídica no processo decisional de direito à saúde.

⁹⁷ Este “homem econômico” é apresentado de forma caricata por Kenneth Boulding: “Ninguém em juízo perfeito aceitaria a ideia de sua filha casar-se com um homem econômico, alguém que contasse todos os custos e esperasse receber todas as recompensas, que jamais sofresse de uma louca generosidade ou um amor não-interesseiro” (BOULDING, 1968, p. 10 *apud* VELJANOVSKI, 1994, p. 46).

3.3.2 A deontologia médica e o contrato de tratamento no Direito Médico

Um modelo que tenha como fundamento somente normas jurídicas, conduziria a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática, que dificilmente se adequaria à realidade e aos valores sociais cambiantes.

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo (2016, p. 61, 65 e ss.), também defendendo a abertura do sistema jurídico como ponto de partida, conclama a alteridade como critério hermenêutico da ciência jurídica do séc. XXI. A abertura não pode ser ilimitada, claro, sob pena de se comprometer a estrutura do próprio sistema. No entanto, apesar do sistema jurídico encerrar uma noção de totalidade, isto não significa que deve ser um sistema fechado.

O referido autor traz o exemplo da utilização da Resolução CFM nº 1.955/2010 em uma questão envolvendo identidade de gênero (transexual), que, por tratar-se de matéria atinente ao estado da pessoa, seria em tese competência privativa da União Federal legislar em um sistema positivista fechado (CAMILLO, 2016, p. 92-93).

No entanto, pela dignidade da pessoa humana, um dos maiores e mais importantes (senão o mais) fundamentos do sistema jurídico brasileiro, a legitimidade e aplicação da referida resolução, na falta de legislação ordinária que pudesse regulamentar a situação de maneira satisfatória, é necessária e até mesmo imperativa.

Este modelo, que amplia os horizontes, melhor dialoga com o atual neoconstitucionalismo brasileiro, na medida em que presencia-se um novo pensamento constitucional voltado a “reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 38-39).

Nessa tentativa de compreensão global do direito à saúde em busca de seu sentido (modelo hermenêutico), no Brasil, há um grande problema para o intérprete e aplicador do direito jusfundamental em questão: a insuficiência legislativa na regulamentação da relação estabelecida entre paciente e seu médico.

Neste cenário, a apreciação e aplicação da normatividade ética médica (deontologia médica), sobretudo para a proteção dos interesses dos pacientes, como demonstrou Carlos Eduardo Camillo, torna-se extremamente necessária.

Como já referido acima, e será visto em mais profundidade no próximo capítulo, os alemães, que muito inspiram doutrina e jurisprudência brasileira tanto na análise constitucional dos direitos fundamentais quanto nos institutos cíveis, já criaram um microssistema jurídico específico para a regulamentação da avença entre o paciente e o médico.

No entanto, no Brasil, a despeito da existência da Lei do Ato Médico (Lei nº 12.842 de 10 de julho de 2013) no ordenamento brasileiro, que dispõe sobre o exercício da Medicina, este diploma não permite uma interpretação adequada da especificidade da relação estabelecida entre paciente e médico (do contrato de tratamento e da responsabilização pelo seu inadimplemento).

Sem oferecer, portanto, o ferramental jurídico que possa servir de apoio em um processo decisional de tutela jurisdicional do direito à saúde e à preservação deste direito, o paciente fica desamparado⁹⁸. Pior ainda, sem um ambiente normativo adequado, a função preventiva dos conflitos, ao estabelecer com antecedência “as regras do jogo”, torna-se impossível.

Assim, na medida em que se pretende enxergar a relação paciente-médico a partir de sua essência, não se pode olvidar das regras ético-profissionais impostas aos médicos. “No seu dia-a-dia, muitos profissionais, incluídos os do cuidado à saúde, pautam o seu agir profissional por normas ou regras provenientes dos chamados códigos deontológicos de uma determinada profissão, os códigos de ética ou códigos de ética profissional” (KIPPER; CLOTET, 1998, p. 40).

O mais alto nível de ética é exigido de pessoas que trabalham com vulneráveis. E não existe vulnerabilidade maior do que aquela oferecida pelo aceno da morte no horizonte. Assim, não por acaso, o arcabouço normativo ético médico é tão complexo e importante, impondo inúmeras restrições no comportamento do profissional médico - ao contrário do que os pouco íntimos com tais normas podem pensar.

Para se ter uma ideia, na parte dispositiva do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018), dos 127 artigos, apenas 10 (dez) são normas diceológicas (apresentando os *direitos* dos médicos), enquanto 117 (cento e dezessete) são normas deontológicas (impondo os *deveres* dos galenos). Essa normatividade, geralmente negligenciada, é uma grande ferramenta para o jurista preparado que busca uma tomada de decisão racional e fundamentada em um contrato de tratamento.

⁹⁸ Ao contrário do que ocorre aqui no Brasil, como mencionado acima, no ordenamento jurídico alemão foram ineridos 08 (oito) artigos no Código Civil Alemão (BGB), como uma espécie diferenciada dos contratos de prestação de serviço, pautados em parâmetros bioéticos, disciplinando especificamente o “contrato de tratamento” em um microssistema próprio. Este tema será abordado em detalhe na seção 4.3 *infra*.

O aplicador do direito que adota o modelo hermenêutico na busca das condições ideais para o atingimento de uma perspectiva integrativa (integração do Direito)⁹⁹, deve direcionar seu foco decisional (heurístico) no sentido da utilização de uma fundamentação que beba na normatividade proporcionada pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Afinal, na falta de legislação ordinária que regule uma situação de direito à saúde de maneira satisfatória, a integração em uma perspectiva que interprete as relações do sujeito paciente pela alteridade (que dá sentido à dignidade da pessoa), pugna pela legitimidade e aplicabilidade das Resoluções do CFM (CAMILLO, 2016, p. 92-93)¹⁰⁰.

A presença da alteridade só é possível em um sistema aberto que está para além-do-próprio sistema (diferente do sistema fechado kelseniano), apoiado nos postulados de justiça em valores supremos, colaborando para uma construção, sempre axiológica, do sistema jurídico.

Esta postura propicia com que as decisões e interpretações tanto do juiz, quanto do legislador, sejam consentâneas com os valores contemporâneos, não obsoletas e inadequadas (CAMILLO, 2016, p. 65). É a alteridade que, em verdade, dá integral e satisfatório sentido para a dignidade da pessoa humana – o mais importante fundamento do sistema jurídico brasileiro.

A partir da perspectiva das Resoluções normativas da comunidade médica, por exemplo, pode-se facilmente fundamentar a reversão de decisões judiciais favoráveis a pacientes, concedidas em sede liminar, para custear tratamentos experimentais com a utilização de dinheiro público.

A própria interpretação do Princípio Fundamental XVI¹⁰¹, arts. 20¹⁰² e 32¹⁰³, todos do Código de Ética Médica, leva à conclusão de que a autonomia do médico em oferecer ao paciente

⁹⁹ A integração da norma jurídica é um processo de preenchimento dos vazios do sistema jurídico. Os métodos clássicos de integração do direito, para o preenchimento de lacunas no problema da completude, para quando a lei for omissa ou lacunosa, são a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º da Lei nº 12.376/2010). Estas fontes normativas não podem deixar de ser consideradas, pois constituem-se nas chamadas fontes acessórias (supletivas, subsidiárias ou sectárias) do Direito. Para análise deste tema, vide SOARES, 2017, Capítulo VI.

¹⁰⁰ Neste texto, o autor trata especificamente de um caso concreto envolvendo a utilização da Resolução CFM nº 1.955/2010, que normatiza o procedimento para a cirurgia de transgenitalização. Na ausência de Lei ordinária que trate do tema, o autor defende, de forma correta em nosso sentir, que o diploma normativo mais adequado para a solução do conflito judicial instalado é a referida Resolução do CFM.

¹⁰¹ XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

¹⁰² [É vedado ao médico] Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

¹⁰³ [É vedado ao médico] Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

as possibilidades terapêuticas possíveis é quase absoluta, mas que deve observar como limite o reconhecimento científico da viabilidade do tratamento. E, claro, a própria vontade do paciente no exercício da sua autonomia¹⁰⁴.

Ou seja, se um dado tratamento ainda não for reconhecido pela comunidade médica, este não deve ser oferecido ao paciente, sobretudo com dinheiro público.

No entanto, imersos na perspectiva positivista que desconsidera as regras médicas de conduta (sem atentar para as resoluções do CFM), alguns autores, de forma equivocada, condenam essas decisões (que concedem o direito à saúde) como se as mesmas aparentemente tivessem o respaldo da comunidade médica¹⁰⁵. Não têm. Pelo contrário. E é exatamente a ausência de respaldo na normatividade ética médica que deveria ser utilizada como fundamento racional para a negativa do direito a um tratamento experimental pleiteado judicialmente.

Estas decisões se encontram equivocadas não por violar a reserva do possível ou por conceder um tratamento de alto custo a um paciente. Mas sim, sobretudo, pelo fato de que foi concedido um tratamento que ainda não é reconhecido pela comunidade médica. Assim, não se torna justa a concessão de um tratamento, às custas do dinheiro público, que ainda não possui comprovação científica de sua eficácia. Esta é uma justificativa racional moralmente adequada.

Neste caso, se a família do paciente desejar, na tentativa mais do que compreensível, salvar a vida do enfermo, deve encontrar uma forma alternativa de financiar a sua aventura terapêutica à revelia da ética médica.

Os operadores do direito, quando tratarem de questões envolvendo o direito à saúde, não podem negligenciar a análise da específica normatividade médica, que se encontra em melhores condições, muitas vezes, para nortear a resolução racional e eficaz dos conflitos judiciais envolvendo a concessão do *minimum minimorum* existencial (uma questão de Direito Médico em

¹⁰⁴ Neste sentido, da preservação da autonomia do paciente, podem ser elencados o Princípio Fundamental XXI e os arts. 24 e 31, todos do CEM: XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas; [é vedado ao médico] Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo; [é vedado ao médico] Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

¹⁰⁵ Gustavo Amaral, por exemplo, escreveu que “o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Rel. Des. Sérgio Paladino entendeu que o direito à saúde, garantido na Constituição, seria suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente sem oitiva, o custeio de *tratamento experimental*, nos Estados Unidos, de menor vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne (...)” (grifou-se) (2010, p. 11).

sentido amplo) ou ainda dirimir as questões do contrato de tratamento e a responsabilização do profissional médico (uma questão de Direito Médico em sentido estrito).

3.3.3 A importância da Medicina baseada em evidências para o Direito Médico

A análise econômica dos custos de um tratamento tem sua importância. No entanto, como já mencionado acima, moralmente deve permanecer abaixo dos interesses mais básicos do paciente em relação à preservação da sua vida.

Ocorre que em dadas circunstâncias, infelizmente, o tratamento disponível mais adequado para um caso concreto é aquele que vai depender de um maior recurso financeiro para sua implementação. E, neste caso, o médico não pode deixar com que a análise econômica (ou outros aspectos externos) seja prevalecente sobre sua conduta, pois a lógica médica, moral e eticamente determinada, estabelece de forma clara a hierarquia dos objetos nos contratos de tratamento.

Neste cenário, deve entrar também em cena a importância de uma medicina baseada em evidências (MBE), a qual deve ser considerada pelo judiciário nas questões envolvendo o contrato de tratamento e, sobretudo, concessão de prestação em favor do *minimum minimorum* existencial. A “MBE se traduz pela prática da medicina em um contexto em que a experiência clínica é integrada com a capacidade de analisar criticamente e aplicar de forma racional a informação científica de forma a melhorar a qualidade da assistência médica” (LOPES, 2000, p. 285)¹⁰⁶.

Neste sentido, de colocar a MBE a serviço do julgador, a Resolução CNJ 238 de 06/09/2016, em seu art. 1º, §1º, já refere o comando de que “o Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências (...)”¹⁰⁷.

A título de exemplo, suponha-se que um dado paciente, de 50 anos, diabético, tabagista, com sobrepeso, procure uma emergência referindo dor no peito e falta de ar. Este paciente terá grandes chances de possuir uma doença coronariana a qual poderá ser tratada, dependendo de sua

¹⁰⁶ Sobre este tema, destaque-se que a chamada medicina baseada em evidências não defende uma uniformidade de pensamento e prática. Defende uma base de reflexão comum “para que as práticas admitam uma divergência, mas não tão escandalosa” (LEITE, 2002, p. 90).

¹⁰⁷ Esta Resolução dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. (Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>. Acesso em: 29 mar. 2019).

gravidade, (i) apenas por terapia medicamentosa; (ii) por abordagem percutânea (angioplastia); (iii) ou ainda por ato cirúrgico de revascularização a céu aberto (cirurgia com ponte vascular).

Após a compensação e estabilização do quadro clínico de urgência referido, através de um cateterismo (angiografia coronariana), restou diagnosticado que as três principais artérias coronárias do paciente em questão estão comprometidas¹⁰⁸, e que existe uma importante lesão proximal na artéria Descendente Anterior (DA)¹⁰⁹ - a principal artéria do coração.

Neste caso hipotético, apoiada no conhecimento médico de uma medicina baseada em evidências, a adoção da terceira possibilidade apresentada será imperiosa - a realização da cirurgia de revascularização do miocárdio com a colocação de pontes de safena ou de mamária (*coronary artery bypass grafting*)¹¹⁰, caso não haja uma contraindicação expressa ao ato cirúrgico por outros motivos¹¹¹.

Este será o melhor tratamento para a sobrevivência do paciente de acordo com o conhecimento atual da MBE. Não sendo adequadas, neste caso, a utilização da angioplastia com ou sem *stents*¹¹², muito menos a terapia meramente medicamentosa. Independentemente do custo, a conduta médica deve ser sempre no sentido daquilo que for mais adequado ao caso concreto, desde que, repita-se, seja cientificamente efetivo e viável e que conte ainda com o consentimento informado livre e esclarecido do paciente.

Assim, a concessão judicial do direito, ou não, à intervenção cirúrgica, encontrará sua fundamentação racional e moralmente adequada no conhecimento médico, portanto, que escapa à esfera meramente normativa. Apoiado na evidência técnica na viabilidade e eficiência de um dado tratamento, o juízo pode fundamentar racionalmente a concessão da tutela de um direito à saúde pleiteado, ou então deliberar sobre a ocorrência de um eventual erro médico.

O exemplo apresentado ainda traz outra questão importante, pois, o tratamento de eleição, apoiado na orientação atual da medicina, é o mais caro de todos. E, por isso mesmo, seria a última

¹⁰⁸ Este é o chamado paciente “tri-arterial”, em regra, com grave comprometimento cardiovascular coronariano, e grande chance de ter um infarto agudo do miocárdio fulminante.

¹⁰⁹ Suponha-se que se trate de uma obstrução de 95% da luz vascular, quase obstrução total, por uma placa de atheroma.

¹¹⁰ De acordo com as diretrizes de revascularização coronária, obtidas no *guideline* da Sociedade Europeia de Cardiologia, amplamente seguido pela cardiologia cirúrgica brasileira (*ESC/EACTS Guidelines on Myocardial Revascularization*). Disponível em: <https://www.escardio.org/Guidelines/Clinical-Practice-Guidelines/ESC-EACTS-Guidelines-in-Myocardial-Revascularisation-Guidelines-for>. Ver em “*full text*”. Acesso em: 17 fev. 2018).

¹¹¹ O paciente pode apresentar, por exemplo, uma *fração de ejeção* (capacidade de bombeamento sanguíneo do coração, pelo ventrículo esquerdo) muito baixa, o que reduziria em muito as suas chances de sobrevivência após um ato cirúrgico ou em uma intervenção percutânea (angioplastia).

¹¹² *Stent* é uma prótese tubular minúscula, expansível e em forma de malha, feito de metal como aço inoxidável ou uma liga de cobalto. Os *stents* são utilizados para restabelecer o fluxo sanguíneo da artéria coronariana.

opção adotada pela operadora de saúde¹¹³, ou pelo gestor público, caso a perspectiva destes se pautasse primordialmente a partir de uma *análise econômica* do direito à saúde – o que ocorre na prática cotidiana, apesar de ser um comportamento velado, pois moralmente equivocado.

O operador do plano de saúde quer, acima de tudo, otimizar a lucratividade da empresa para os acionistas, para que seja viabilizado seu negócio (atividade empresarial). Bem como o gestor público quer otimizar a distribuição de recursos para atender o maior número possível de pacientes, de políticas públicas, e todo procedimento de alto custo prejudica sua perspectiva utilitarista de oferecer “felicidade” para um maior número de cidadãos.

As diferenças de perspectivas quanto às suas respectivas finalidades, entre a relação paciente-operadora de saúde (paciente-nosocômio, paciente-Estado) e a relação paciente-médico, que determinam uma distinção quanto ao regime jurídico, torna-se assim um ponto crucial na análise aqui proposta. A natureza jurídica específica da relação paciente-médico e o conseqüente formato de responsabilização cível dos profissionais médicos é o tema do capítulo que segue.

¹¹³ Neste sentido, aponta Gustavo Amaral, quando reproduz texto norte americano que esclarece que os interesses de paciente e segurador são independentes e nem sempre alinhados, pois, este, quem “efetivamente paga pelo tratamento médico”, tem que “organizar seus recursos cuidadosamente para assegurar que (...) seus administradores e acionistas sejam adequadamente compensados” (AMARAL, 2010, p. 148-149).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E O CONTRATO DE TRATAMENTO

Este quarto capítulo desemboca em aspectos práticos do entendimento acerca da (i) natureza jurídica da relação paciente-médico e (ii) da aplicabilidade, ou não, da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor (CDC) na resolução das demandas judiciais decorrentes de responsabilização civil pessoal do médico.

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 através de um contrato de prestação de serviço como outro qualquer.

Destarte, através de estudo bibliográfico doutrinário, de uma avaliação da legislação ordinária brasileira, de uma análise comparativa entre o CDC e o Código de Ética Médica (CEM, Resolução CFM nº 2.217/2018), e de uma breve incursão na solução legislativa recém-implementada no Direito Civil Alemão através da promulgação da “Lei para melhoria dos direitos dos pacientes”, busca-se questionar qual seria o melhor regime jurídico para disciplinar a relação estabelecida entre o paciente e o médico, e para a eventual responsabilização civil deste em face de erro médico.

4.1 O ATUAL ENQUADRAMENTO CONSUMERISTA

Acerca da natureza da avença estabelecida entre paciente e médico, Miguel Kfoury Neto refere que aqui no Brasil, a despeito da ausência de consenso quanto a este ponto, é reconhecida grande semelhança entre o contrato de locação de serviços e o “contrato de serviços médicos” (2018, p. 94) – que aqui nestes escritos vem sendo denominado de “contrato de tratamento” (NILO; AGUIAR, 2018, p. 106).

Em função desta semelhança, Kfoury Neto parece repelir à 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 um serviço certo, mediante pagamento determinado” (KFOURY NETO, 2018, p. 95).

Em outro sentido, José de Aguiar Dias acredita que o enquadramento do contrato de tratamento (expressão que aqui utiliza-se, mas que também não foi utilizada por este outro autor)

como um contrato *sui generis* é a ideia mais acertada, “pois a ideia da 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” (grifou-se) (2011, p. 279).

E complementa, este autor, que se trata de um “contrato [que] exige do médico uma consciência profissional, para cuja observação não basta a simples correção do locador de serviços” (DIAS, 2011, p. 280). A este posicionamento, filia-se este trabalho, o qual buscará demonstrar (*infra*) as especificidades do contrato de tratamento, um contrato de prestação de serviço *sui generis* deveras distante de um contrato comum de locação de serviços.

Já Sérgio Cavalieri Filho, por sua vez, ao analisar a questão da responsabilidade pessoal do médico, menospreza tal distinção alegando que “essa divergência acerca da natureza jurídica do contrato em nada altera a responsabilidade do médico” (2014, p. 431), pois esta questão perdeu relevância depois do Código de Defesa do Consumidor.

O mencionado autor, quando assume tal entendimento, refere-se ao fato de que a natureza jurídica relacional “não vai importar para a necessidade de aferição do elemento culpa” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 431)¹¹⁴. Na sua perspectiva, o que importa nessa responsabilização subjetiva (que analisa a culpa) é apenas saber se a obrigação gerada pela avença é de meio ou de resultado, reduzindo assim as consequências de uma investigação mais profunda da natureza jurídica desta relação *sui generis*.

Por sua vez, Eduardo Dantas, divergindo do pensamento central aqui exposto, vale-se da ampla¹¹⁵ definição legal oferecida pelo diploma consumerista (assim como outros autores), a partir dos conceitos de consumidor, fornecedor e serviço (arts. 2º e 3º do CDC), chegando à conclusão de que “há uma intrínseca relação de consumo na prestação de serviços médicos” (2014, p. 30).

Mas este enquadramento da relação paciente-médico no regime consumerista, destaque-se, apoia-se apenas (i) numa pretensa interpretação gramatical (bastante questionável, pois efetivamente os termos “paciente”, “médico” ou nada que remeta minimamente ao contrato de tratamento ocorrem uma vez sequer em todo o texto do CDC), bem como numa (ii) tentativa de favorecer o paciente com uma paridade de armas para quando do litígio judicial já instalado (ideia

¹¹⁴ Ambas obrigações perpassam pela análise da culpa (responsabilidade subjetiva), a diferença é que na obrigação de resultado o ônus de provar que não agiu com culpa, em face de eventual erro médico, fica a cargo do médico.

¹¹⁵ “Como é notório, a Lei 8.078/1990 adotou um sistema aberto de proteção, baseado em *conceitos legais indeterminados e construções vagas*, que possibilitam uma melhor adequação dos preceitos às circunstâncias do caso concreto” (grifou-se) (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 38).

até louvável, mas que constitui-se num paralogismo¹¹⁶ que mais prejudica do que favorece o próprio paciente – o que será demonstrado abaixo).

A partir desta ampla definição legal oferecida pelo CDC, utilizada como principal parâmetro jurídico para o enquadramento da relação paciente-médico no regramento consumerista, poder-se-ia entender também, por exemplo, que um trabalhador é um mero locador de seus serviços perante o seu empregador. Afinal, a abstrata definição de “fornecedor” expressa no art. 3º do CDC aparentemente poderia ser aplicada à figura do empregado¹¹⁷, que fornece seus serviços ao patrão.

Destaque-se que fez toda diferença uma observação acurada da real natureza jurídica da relação trabalhista entendida como *processo*, de maneira que o contrato empregatício passou a ser regulado por um então novo ramo do direito, o Direito do Trabalho. “O contrato de trabalho desligou-se da locação de serviços, distinguindo-se pelo vínculo de subordinação ou dependência pessoal em que se mantém, na vigência da relação, a parte que presta serviços” (GOMES, 2010, p. 19).

E não por acaso, para evitar possíveis equívocos interpretativos, o próprio legislador de 1990 fez questão de ratificar que o empregado não é um mero fornecedor de serviços¹¹⁸, evidenciando que a ampla definição legal proposta no CDC pode induzir a erro, abraçando erroneamente relações jurídicas além do desejado.

O Direito do Trabalho e o Direito Médico, destaque-se, têm muito em comum, na medida em que nestes ramos jurídicos o bem jurídico mediato é indissociável do próprio ser humano. No Direito do Trabalho o objeto mediato é a energia laboral do homem, algo que não lhe pode ser destacado do seu próprio corpo. Já no Direito Médico, a saúde do paciente (objeto) também lhe pertence de uma forma inseparável.

¹¹⁶ Aqui utiliza-se a expressão “paralogismo” em seu conceito que se opõe à noção de “sofisma”. Em ambas as palavras há um desencontro com a verdade, no entanto, na primeira há um engano involuntário por parte do orador, um falso raciocínio, que se encontra imerso em uma boa-fé, embora possa ter a forma de um silogismo e a aparência de verdade. Já na segunda expressão (sofisma), o falante utiliza-se de um artifício de oratória apoiado numa má-fé, o qual deliberadamente quer levar seu antagonista a um engano proposital. É um raciocínio falacioso que que simula estar de acordo com as regras da lógica, com a finalidade de produzir a ilusão da verdade.

¹¹⁷ A própria história remonta que numa superada perspectiva a relação de trabalho já foi considerada como mera locação de serviços: “Seu objeto é uma prestação de fazer (do mesmo modo que o objeto do contrato empregatício), porém encarada tal prestação como resultado e não como processo (ao passo que o contrato de emprego, em geral, vislumbra a prestação de fazer como um processo, um vir-a-ser constante e relativamente indeterminado). Não se pactua, na prestação de serviços, uma obra, materialmente, porém trabalho” (DELGADO, 2008, p. 336).

¹¹⁸ Art. 3º, §2º do CDC: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (grifou-se).

E mais ainda, ambos os ramos jurídicos possuem um sujeito com uma vulnerabilidade muito especial e característica na relação: o empregado subjugando-se ao empregador premido pela sua necessidade de garantir sua subsistência material, e o paciente sujeitando-se ao comando do médico impelido da necessidade de garantir a sua saúde, sua vida, sua existência material.

Todavia, e por ainda inexistir uma doutrina mais madura acerca da natureza jurídica da relação-objeto deste embrionário ramo do direito, chamado de Direito Médico, uma ressalva legislativa equivalente ainda não foi dispensada aos contratos de tratamento¹¹⁹, o que impediria a subsunção da figura do paciente a do consumidor, bem como da figura do fornecedor ao médico em ato pessoal terapêutico ou diagnóstico.

A despeito da discordância que aqui será expressada, parte majoritária da doutrina (e quase a totalidade da jurisprudência¹²⁰), portanto, entende que a relação estabelecida entre o paciente e seu médico é de consumo, no entanto, subsumível ao §4º do art. 14 do CDC – uma das duas únicas exceções de subjetivação da responsabilização presentes em todo o CODECON¹²¹.

Na prática forense, dentre outras coisas, este enquadramento legal acarreta algumas implicações processuais cíveis (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 754 e ss): (i) a escolha do foro de eleição pelo “consumidor” (paciente), autor da ação, ocorre independentemente de onde tenha acontecido o atendimento ou tratamento¹²²; (ii) o prazo prescricional para proposição de uma ação de responsabilização cível é elevado para cinco anos¹²³, enquanto no Código Civil é de três anos¹²⁴; (iii) dá-se a completa invalidade de cláusulas

¹¹⁹ Esta nomenclatura aqui utilizada, introduzida por Nilo e Aguiar (2018) na doutrina brasileira, surgiu no Direito Civil alemão para se denominar a avença estabelecida entre o paciente e seu médico quando de um ato diagnóstico ou terapêutico por parte deste. Este termo e os dispositivos que compõem o contrato de tratamento, foram introduzidos no ordenamento germânico pela já mencionada “Lei para melhoria dos direitos dos pacientes”, substituindo a expressão até então utilizada de “contratos médicos”.

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 626816/SP. 2014/0303446-5 de 10/06/2016; AgRg no AREsp 844197/SP. 2016/0012068-8 de 13/06/2016; AgRg no AREsp 499193/RS. 2014/0079489-6 de 10/02/2015, todos disponíveis em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 mar. 2019.

¹²¹ O CDC é um diploma de responsabilização objetiva, ou seja, no qual não se analisa a culpa do sujeito acusado de ter causado o dano. Todo o seu sistema normativo material e processual é voltado para atender este perfil, pautado na teoria do risco. As únicas duas “válvulas” de subjetivação encontram-se no §4º do art. 14 e no §4º do art. 28. Neste último, a outra exceção de subjetivação, o legislador consumerista estabeleceu que as sociedades coligadas só responderão mediante a apreciação da culpa.

¹²² Art. 100, I do CDC.

¹²³ Art. 27 do CDC.

¹²⁴ Art. 206, §3º, V do CDC.

contratuais que excluam ou mesmo atenuem o dever de indenizar, em caso de dano¹²⁵; e (iv) a inversão do ônus da prova em favor do paciente¹²⁶.

Mas é preciso investigar, de forma mais detalhada, se este enquadramento consumerista, a despeito de aparentemente “proteger” o paciente, favorecendo-o com algumas vantagens processuais, deve mesmo prevalecer. É oportuno perquirir em que medida (e se) estava correto Miguel Kfoury Neto quando escreveu que “*de lege data*, por conseguinte, os médicos, enquanto profissionais liberais, não se sujeitam às normas do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos atos terapêuticos” (2013, p. 236).

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

Afastar a relação paciente-médico da esfera cível e deontológica, inserindo-a no regime jurídico consumerista, como vem ocorrendo no Brasil¹²⁷, pode levar os médicos à prática da “medicina defensiva”¹²⁸, aquela na qual o médico percebe o paciente como um potencial adversário judicial, que pode processá-lo a qualquer momento.

Nos Estados Unidos, por exemplo, onde há a completa consumerização da relação paciente-médico, na defesa contra as demandas judiciais, “verifica-se que os médicos têm ‘hiper-informado’ os pacientes ‘*just to be safe*’” (PEREIRA, 2004, p. 77), desvirtuando a função do consentimento informado e afastando-se dos pacientes.

¹²⁵ Art. 51, I do CDC.

¹²⁶ Art. 6º, VIII do CDC.

¹²⁷ A relação paciente-médico, no ordenamento jurídico brasileiro, vive “no limbo” proporcionado por uma insuficiência normativa, que não chega a ser uma lacuna propriamente dita, mas mostra-se extremamente incompleta e inadequada. Os valores e princípios bioéticos, que vêm se sedimentando, no Brasil, desde a década de 1990, exigem há muito um preenchimento normativo adequado para a relação paciente-médico. Enquanto tal preenchimento normativo não ocorre, doutrina e judiciário, em claro paralogismo, contentam-se apenas com o aparente fornecimento de ferramentas processuais para que o paciente, já quando em litígio judicial, em tese, tenha melhores condições de ter reparado eventual erro médico. Mas a consumerização jurídica da relação, realizada pelo próprio judiciário (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 626816/SP. 2014/0303446-5 de 10/06/2016; AgRg no AREsp 844197/SP. 2016/0012068-8 de 13/06/2016; AgRg no AREsp 499193/RS. 2014/0079489-6 de 10/02/2015, todos disponíveis em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 mar. 2019.), em nada contribui para a efetiva prevenção de litígios, nem apresenta de forma minimamente adequada os direitos e deveres das partes no contrato de tratamento.

¹²⁸ Como refere o Projeto de Lei que tipificou os contratos de tratamento no Código Civil Alemão, que será discutido no ponto abaixo, “uma lei de responsabilidade equilibrada também neutraliza o perigo da medicina defensiva” (Ein ausgewogenes Haftungsrecht wirkt zudem der Gefahr einer Defensivmedizin entgegen). Projeto de Lei “Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten”. (Disponível em: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/104/1710488.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2019).

Já em outros países, como na Nova Zelândia, com os seguros obrigatórios de responsabilidade civil para médicos, que buscam uma socialização do dano através de uma objetivação da responsabilidade, “observa-se evidente evasão de profissionais dessas áreas, diante dos valores – via de regra, muito elevados, dos prêmios” (SOUZA, 2015, p. 127-128). Simplesmente a conta não fecha para os profissionais, e para os pacientes, por consequência, também não é interessante em decorrência da escassez destes médicos. Este cenário só interessa às seguradoras privadas que vendem suas apólices.

O Código de Defesa do Consumidor é um diploma fundamental para uma sociedade capitalista e de consumo, e deve continuar sendo utilizado na apreciação de boa parte dos contratos que envolvam os serviços de saúde¹²⁹. Entretanto, especificamente na relação contratual que o paciente estabelece diretamente com o médico, os dispositivos do Código Civil combinados com as normas deontológicas (deveres dos médicos) médicas são muito mais congruentes com a natureza da relação, mais profícuos para uma adequada proteção do paciente e mais adequados para a resolução de litígios quando surge eventual má prática médica terapêutica ou diagnóstica.

A subsunção consumerista não deve prevalecer, pois a relação paciente-médico encontra seu adequado enquadramento jurídico (i) no Código Civil Brasileiro; (ii) na Lei do Ato Médico (Lei nº 12.842/2013 – que dispõe sobre o exercício da medicina e estabelece seu objeto); e (iii) na Deontologia Médica (como repositório normativo subsidiário, integrando o direito a partir do princípio geral da dignidade do paciente) – a qual possui conteúdo material diametralmente oposto ao enquadramento sugerido pelo sistema consumerista.

O ambiente consumerista, apesar de oferecer algumas regras processuais (normas de exercício jurisdicional) favoráveis ao paciente, no intuito de “proteger” os direitos do paciente para quando do litígio já está instalado entre as partes, com o advento do Novo Código de Processo Civil, tornou-se desnecessário, pois, a principal “arma” processual (inversão do ônus da prova), tornou-se perfeitamente obtível fora do regime consumerista¹³⁰.

¹²⁹ As demandas envolvendo o Direito Médico em sentido amplo, que apresentam de um lado o paciente e do outro hospital, clínica, operadora de saúde, indústria fornecedora, de medicamentos, e todos os demais prestadores de serviço com natureza tipicamente empresarial, devem continuar sendo submetidos ao regime consumerista de proteção do consumidor, pois nestes casos a natureza/finalidade da atividade não segue a especificidade dos contratos de tratamento, apesar de serem influenciadas por este. Por exemplo, quando for demandando um hospital por reparação de eventual dano causado por erro de um médico que é vinculado ao hospital, ou a um plano de saúde. E como mencionado, é justamente para estes casos que serve a válvula de subjetivação do §4º, do art. 14, do CDC.

¹³⁰ Na verdade, o novo regime processual civil da Lei 13.105 de 16 de março de 2015 tem a grande vantagem de apresentar um procedimento dinâmico muito mais razoável e racional. Ver-se-á em detalhe este ponto mais adiante.

Ademais, no que tange às fundamentais normas materiais, que regulamentam direitos e deveres no transcorrer de toda a relação contratual paciente-médico, estabelecendo as normas específicas da convivência social referentes ao bem da vida em questão (a saúde do paciente), que podem assim *promover* os direitos do paciente, o CDC é completamente silente.

A palavra “saúde” até ocorre no texto do diploma consumerista em 13 (treze) oportunidades. No entanto, em momento algum a palavra aparece referindo-se à saúde do paciente envolvendo um contrato de tratamento com um profissional médico. Todas as vezes que o termo aparece é empregado no contexto de que um fornecedor não pode colocar em risco, ou lesionar, a saúde do consumidor, e se o fizer, obviamente, será responsabilizado de forma objetiva por isso. Mas isto não se refere ao contrato de tratamento. Estes dispositivos são para os riscos adicionais gerados pelo fornecedor, sujeito à teoria do risco ao empreender no mercado.

No entanto, no contrato de tratamento, o risco de agravo à saúde é inerente à situação do próprio paciente (vide ponto 4.2.2 *infra*), onde o dano (um dos elementos da responsabilização civil) tem características particulares, completamente *sui generis*. A atividade médica, na busca pelo restabelecimento dos pacientes, é danosa por sua própria natureza. Isso será abordado em profundidade mais à frente (vide ponto 4.2.6 *infra*).

Ademais, apesar da aparente proteção processual conferida ao paciente pelo Código de Defesa do Consumidor, sobretudo pela inversão em bloco do ônus da prova¹³¹, como mencionado, este enquadramento se mostra insuficiente para regulamentar a relação por não contribuir, minimamente, com (i) a necessária comunicação específica entre as partes, pilar estruturante e característico desta relação contratual; muito menos para com (ii) a fundamental prevenção de litígios através da explicitação prévia dos direitos e deveres específicos das partes envolvidas.

Pior ainda, o paciente (e sua saúde) percorreu um longo caminho até deixar de ser objeto da Medicina e por uma falta de atenção com a apreciação aprofundada da relação jurídica entre paciente e médico, esta subsunção empurra a saúde do paciente de volta à condição de mero objeto, só que agora do Mercado (reificação).

O próprio paciente, nessa consumerização da relação, é o grande prejudicado. Regressá-lo à condição de objeto, chancelando que a sua saúde é uma mercadoria, não faz sentido algum. É um retrocesso homologado pelo próprio judiciário que abre caminho para uma série de agressões à saúde do paciente na medida em que o médico é declarado como um “mercador da saúde”.

¹³¹ Possível em seara consumerista pela utilização ao art. 6º, VIII do CDC.

Consumerizar juridicamente a relação paciente-médico não é apenas “tapar o sol com a peneira”, aplicando o CDC na medida em que “parece não existir” no cenário local uma lei específica que regule de forma mais adequada a avença. Na verdade, consumerizar a relação paciente-médico é colocar uma lupa entre o sol e a relação, queimando-a de vez.

O ser humano há de ter sempre dignidade e não preço, como já mencionado. A própria Presidente do STF, em decisão liminar na ADPF 532, escreveu claramente que “a saúde não é mercadoria. Vida não é negócio. Dignidade não é lucro”¹³². O enquadramento jurídico do contrato de tratamento (esta avença nuclear em toda a cadeia do direito à saúde) no CDC é um erro que põe em risco todo o sistema de prestação de serviços médicos, e que, por prejudicar a relação paciente-médico e principalmente o paciente, deve ser imediatamente corrigido.

4.2.1 Análise hermenêutica e a inadequação consumerista pela hierarquia dos objetos na relação paciente-médico

A incompatibilidade da atividade médica, em um contrato de tratamento, com a escala mercantil é determinada, primeiramente, pelo próprio objeto central de atividade. Escapar a tal análise preliminar é um erro que vem sendo cometido.

A saúde do ser humano não é uma mercadoria (vide ponto 3.1 *supra*), não podendo ser enquadrada como objeto de consumo e, por via oblíqua, os próprios profissionais que não têm o lucro como seu objeto principal – mola propulsora de qualquer atividade empresarial¹³³, não deveriam ser alocados na categoria de “fornecedores” ou “prestadores de serviço” comuns.

A especificidade da avença estabelecida entre o paciente e seu médico é tão acentuada que do ponto de vista emocional pode ocorrer um fenômeno intitulado de relação transferencial¹³⁴, um

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. ADPF 532 Decisão Liminar.. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 13.08.2015. Data de Publicação: DJe 01/02/2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF532_liminar.pdf. Acesso em: 17 jul. 2018.

¹³³ O empresarialista Fábio Ulhoa Coelho esclarece que “de fato, se não vislumbrar atraente perspectiva de *lucros* na exploração de uma empresa, o empreendedor privado dará às suas energias e aos seus recursos outra destinação” (grifou-se) (2015, p. 54).

¹³⁴ FREUD, Sigmund. **A dinâmica da transferência**. Rio de Janeiro: Imago, 1996, v. 12, p. 107-119. Sobre este mesmo conceito, “o sentimento transferencial encontra-se pronto, por antecipação, só aguardando a oportunidade de dirigir-se à figura do médico, a qual, por sua vez, ocupa na transferência o lugar de algum personagem importante na história do paciente. Segundo Freud, em *A dinâmica da transferência* (1912/1980), a junção da disposição inata com os acidentes da história individual faz com que o sujeito adquira uma forma específica de conduzir-se na vida erótica. Ele adquire aquilo que o autor denomina clichê estereotípico, o qual é constantemente repetido no decorrer de sua vida,

instituto que evidencia o grau de cumplicidade e projeção a que pode chegar a referida relação. E mais, essa relação especial com um profissional médico no objetivo de preservar ou recuperar a saúde é uma “prestação de serviços” que quase todos os seres humanos estabelecem, mais cedo ou mais tarde.

Via de regra, esta é uma relação pautada na confiança¹³⁵ depositada bilateralmente, que tende a se renovar entre as partes, e que têm a marca distintiva de ambas estarem envolvidas na persecução de um objetivo principal em comum: o restabelecimento da saúde do paciente.

Nessa perspectiva, na relação paciente-médico, se fosse possível lhe atribuir um elemento volitivo contratual essencial que lhe dá sentido, o vínculo de reciprocidade que une as obrigações (sinalagma) estaria muito mais próximo do *affectio societatis* encontrado nos contratos sociais, do que do elemento comutativo (“toma lá, dá cá”) de um contrato de locação de serviços (negócio parciário)¹³⁶.

Nesse *affectio societatis* especial¹³⁷ constituído por paciente e médico, as partes estariam envolvidas conjuntamente na persecução em comum de um mesmo objetivo: a prevenção ou restabelecimento da saúde - que, em regra, só pode ser atingido se ambas as partes contribuírem efetivamente com as suas prestações.

sem que exista consciência dessa reedição de padrões de relacionamento. Na neurose, há uma fixação ainda maior nesses protótipos afetivos. E é dessa forma que o indivíduo dirige-se ao médico” (LOURENÇO, 2005, p. 143-144).

¹³⁵ Esta confiança vem sendo colocada em xeque, como já reconhecia a própria Resolução 1.931 de 2009 do CFM (Código de Ética Médica anterior), quando asseverava em suas considerações finais que “atualmente, restrições excessivas são impostas aos médicos, colocando em perigo a *confiança essencial na relação médico-paciente*. As políticas públicas são deficientes, as práticas privadas são excludentes, os recursos disponíveis são escassos e a saúde tem sido diminuída à condição de mercadoria, com desenfreada incorporação de novas tecnologias. Algumas mudanças no Código levam em conta essa realidade, considerando ainda as mudanças da sociedade na qual a medicina é praticada, e a vontade coletiva da população, a quem os médicos devem servir” (grifou-se). (Disponível em: http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf. Acesso em: 14 jul. 2018).

¹³⁶ Em verdade, os contratos de tratamentos estão mais próximos dos contratos aleatórios do que dos comutativos – geralmente típicos de consumo. Acrescidos da especificidade, que ratifica sua característica *sui generis*, de que neste pacto aleatório especial, o risco (álea) se reverterá igualmente para ambas as partes. Se o paciente enfermo se cura, todos ganham. Caso um tratamento não tenha êxito, ambas as partes saem derrotadas da relação contratual.

¹³⁷ Aqui denomina-se “especial”, pois, por óbvio, a *affectio societatis* dos contratos de tratamento não deve ser identificada plenamente com o mesmo elemento volitivo/psicológico encontrado nos contratos de sociedade. Estes têm finalidade substancialmente *econômica*, no contrato de tratamento o caráter econômico deve ser necessariamente *acessório*, como se demonstrará abaixo nesta mesma seção. Assim, a “sociedade especial” aqui proposta, neste aspecto patrimonial, se aproximaria mais de uma *associação* – sem fins lucrativos. Entretanto, deve-se manter o objeto mais próximo das sociedades, pois, nas associações não se estabelecem direitos e obrigações recíprocos, o que nos contratos de tratamento é fundamental. O *affectio societatis* especial se refere ao *aspecto psicológico*, “considerado decisivo para a caracterização do contrato, elemento que possibilita distingui-lo de figuras afins, como a parceria, certos contratos de trabalho e, de modo geral, os negócios parciários (...)” (GOMES, 2008, p. 482). Não é fácil fixar em fórmula precisa e clara o elemento subjetivo do contrato de sociedade, que não basta defini-lo como propósito de cooperar. É mais alguma coisa, e Orlando Gomes complementa, “o sentimento de que o trabalho de um, dentro da sociedade, reverterá em proveito de todos”. (BEVILÁQUA, 1939, tomo 2, v. 5, p. 114 *apud* GOMES, 2008, p. 482).

Orlando Gomes ensina que a característica mais incisiva do *contrato*, na acepção clássica da palavra cristalizada na tradição romana, “reside na circunstância de ser um meio para a composição de *interesses contrapostos, interesses em conflito, pretensões em luta*” (grifou-se) (GOMES, 2008, p. 478). Na sua formação, portanto, as partes visam interesse diverso de cada qual, que lhe estruturam a vontade. Já na sociedade, pautada pelo *affectio societatis*, os interesses dos que a constituem convergem para fim comum, não lhe sendo retirada a natureza de contrato.

Este ponto é fundamental. O que move as partes, tanto o paciente quanto o médico em um contrato de tratamento, é um mesmo objetivo que só pode ser alcançado se ambos estiverem de mãos dadas, em plena harmonia, dialogando continuamente para que consigam atingir o mesmo propósito: prevenir ou curar uma doença (dano) do paciente.

O ponto de partida do direito médico é justamente este envolvimento entre as partes na busca de uma finalidade comum. Inclusive, o consentimento prévio livre e esclarecido, que é apontado pela bioética como a pedra angular na prevenção dos conflitos que podem advir de uma relação paciente-médico mal concebida, constitui-se no complemento necessário desse *affectio societatis* especial.

Apesar de que o alcance de uma simetria cognitiva entre paciente e médico é uma missão teoricamente impossível, pois o desconhecimento do paciente e sua vulnerabilidade se renovam em cada novo evento de seu processo contínuo biológico e patológico, o consentimento informado do paciente deve ser gêmeo xifópago da finalidade em comum de ambos.

O enquadramento legal equivocado pode não levar à correspondência da realidade, e um erro formalista, sobretudo quando se trata de um direito fundamental, não é capaz de forjar a realidade material.

Neste sentido, Flávia Piovesan esclarece que “na hermenêutica emancipatória dos direitos *há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana*” (grifou-se) (2013, p. 134). E complementa que a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.

Da mesma forma já entendia Orlando Gomes, para quem “a ossatura da relação jurídica *não muda pelo fato de ser focalizada do ângulo normativista (...)* a relação é transposta do plano fático para o jurídico pela significação que o direito lhe incorpora” (2010, p. 77). No entanto, e

arremata o autor, tal significação não pode ser tomada como um de seus elementos, sob pena de se confundir a estrutura com a função (2010, p. 77).

Nesta mesma lógica, Eduardo Nunes de Souza esclarece que “muito embora o exercício das profissões liberais corresponda, em regra, *estruturalmente* à dicção do art. 3º do CDC em sua definição de fornecedor de serviços, do ponto de vista *funcional* tal exercício distancia-se do conceito legislado” (grifos do autor) (2015, p. 95). Assim, este enquadramento, prossegue o autor, “distancia-se da proposta civil-constitucional de interpretação e aplicação do direito, na medida em que se pauta por análise exclusivamente estrutural, *ignorando a orientação valorativa* que inspira o diploma” (grifou-se) (2015, p. 95).

O entendimento externado por estes três autores dialoga com a proposta de uma hermenêutica mais aprofundada, utilizando-se de técnicas de interpretação mais robustas (lógico-sistemática; histórica; sociológica; teleológica), para além de uma superficial (e pretensa¹³⁸) interpretação literal dos artigos 2º e 3º do CDC.

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 os 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, sujeito à Teoria do Risco¹³⁹.

¹³⁸ Adiciona-se a palavra “pretensa”, entre parênteses no corpo do texto, pois, com a devida vênua aos que pensam de forma contrária, nem mesmo a técnica de interpretação gramatical (literal ou filológica) é preenchida para uma subsunção de *paciente e médico* às figuras de *consumidor e fornecedor*. Ratifique-se, literalmente, estes sujeitos não são mencionados em momento algum de todo o diploma consumerista e nem ocorre qualquer elemento que possa se remeter, de forma específica, a qualquer elemento do contrato de tratamento.

¹³⁹ A objetivação do dever de reparar decorre de um *risco* assumido pelo fornecedor, risco este que toma o lugar da culpa na responsabilização. Este risco pode ser classificado como “risco-proveito” (aquele que retira um proveito ou vantagem do fato causador do dano) ou um “risco criado” (aquele adicionado ao mundo da vida pelo fornecedor, ao exercer sua atividade) (CATALAN, 2013, p. 229). Deve-se observar que, apesar do ambiente hospitalar ser iatrogênico, aumentando os riscos para o paciente de agravo à sua saúde, este risco é adicionado à vida do paciente em função da sua própria doença, não em função de uma atividade médica colocada à disposição no mercado para que as pessoas “consumam quando quiserem”. A demanda, em saúde, decorre de uma necessidade do paciente, não podendo ser criada

No entanto, e como visto, a saúde não pode ser reduzida a uma simples mercadoria. Pensar assim é retroceder em toda 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 subverte 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.

No que tange as técnicas de interpretação jurídica, Carlos Roberto Gonçalves, apoiado em decisões do STJ, leciona que “a interpretação das leis não deve ser formal”, assim como a “interpretação meramente literal deve ceder passo quando colide com outros métodos de maior robustez e cientificidade” (2015, p. 205). Ou seja, uma interpretação jurídica não pode permanecer apenas na superficialidade.

Tradicionalmente, a doutrina vem elencando as seguintes técnicas interpretativas: (i) a gramatical (literal ou filológica); (ii) a lógico-sistemática; (iii) a histórica; (iv) a sociológica; e (v) a teleológica (SOARES, 2017, p. 335). Uma boa interpretação deve passar necessariamente por todas estas técnicas, interpenetrando-se, de maneira que o melhor sentido e alcance possam ser extraídos do comando normativo.

Vale destacar que as duas primeiras técnicas (gramatical e lógico-sistemática) mantêm o jurista atido ao texto, em tese, “valorizando” o trabalho do legislador, restringindo o intérprete na busca do sentido¹⁴⁰. Estas são as técnicas mais importantes para o positivismo jurídico e, por isso mesmo, são consideradas como técnicas mais básicas e menos robustas (no atual pós-positivismo estas técnicas representam apenas o ponto de partida da jornada interpretativa). Neste contexto positivista, o atributo normativo da validade¹⁴¹ tem mais relevância.

e adicionada como um objeto de consumo, tanto que, aos médicos não é permitida qualquer publicidade médica com o intuito de angariar “clientes”. Este ponto será melhor discutido abaixo.

¹⁴⁰ Estas técnicas de interpretação decorrem do raciocínio oriundo da Escola de Exegese, que coloca em privilégio a atividade do legislador, e no século XIX, lançou a base do que se costuma denominar de Jurisprudência Conceitual, por dar mais atenção aos preceitos jurídicos, esculpido na lei, do que às estruturas sociais. Estes dois primeiros métodos restringem a tarefa do jurista ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese de “estabilidade do direito”, pautada no ultrapassado argumento da separação dos poderes (REALE, 2002, p. 278).

¹⁴¹ Correspondência vertical, na qual a norma inferior tem de respeitar o comando de uma norma superior hierarquicamente. Restringe-se ao respeito às formalidades que devem ser observadas na nomogênese, não se preocupando com a justiça do comando normativo (legitimidade).

Já as técnicas sociológica e teleológica desafiam o intérprete na busca de alcance e sentido para além do texto normativo, forçando-o a olhar para a sociedade e tentando alcançar o propósito da norma em um dado contexto histórico-social cambiante. Não se está dizendo que as técnicas gramatical e lógico-sistemática perderam sua utilidade, mas apenas que estas devem ser analisadas em conjunto com outras técnicas mais consistentes.

O processo sociológico de interpretação do direito tem por objetivo conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem, modulando o alcance do preceito normativo, a fim de fazê-lo espelhar as necessidades atuais da comunidade (SOARES, 2017, p. 336).

Já a técnica teleológica, umbilicalmente ligada à técnica sociológica, busca a finalidade do modelo normativo, cuja valoração dependerá do hermenauta, com base nas circunstâncias concretas de cada situação jurídica. Busca a *ratio essendi* do preceito normativo, captando-se os fins para os quais se elaborou a norma jurídica. Destaque-se que “a interpretação teleológica serve de norte para os demais processos hermenêuticos (...) [e] toda interpretação jurídica ostenta uma natureza teleológica, fundada na consciência axiológica do direito” (SOARES, 2017, p. 336).

Estas duas últimas técnicas são típicas do pós-positivismo, as quais ganharam muito relevo no atual cenário jurídico e que “valorizam” o trabalho do intérprete (judiciário), sempre com a ideia de justiça. Estas técnicas priorizam mais o atributo da legitimidade, vinculado à ideia do justo. Neste sentido, Freire Soares afirma que “o primeiro cuidado do hermenauta contemporâneo consiste em saber qual a *finalidade social* da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares” (grifou-se) (2017, p. 336).

Não existe um único método melhor do que outro. O ideal é que numa boa atitude hermenêutica todas as técnicas sejam utilizadas de forma harmônica. No entanto, desde o final da 2ª Guerra Mundial, quando a dignidade da pessoa humana alcançou os ordenamentos jurídicos, as técnicas mais restritas à literalidade do texto perderam importância, de maneira que as técnicas que valorizam o intérprete, nesta sociedade cambiante e plural, devem prevalecer sobre uma “aparente” literalidade do texto.

Tome-se como exemplo a mutação constitucional ocorrida no §3º, art. 226, da CF/88 (a despeito de críticas em contrário¹⁴²), que textualmente traz o binarismo básico heteronormativo

¹⁴² A exemplo da crítica de Lenio Streck, que defende que “quando a Constituição não diz o que [a] gente quer, não podemos ‘alterá-la’ ou ‘esticá-la’ a partir de princípios construídos *ad hoc*. Não se altera a Constituição por intermédio de ativismos judiciais. Quem sabe deixemos isso ao parlamento? Ou isso, ou entreguemos tudo às demandas judiciais!

homem/mulher, mas que foi ressignificado em seu sentido e alcance, para além da sua literalidade, sendo reconhecida como possível a união estável entre pessoas do mesmo sexo, na ADI 4.277/2011, de relatoria do Ministro Ayres Britto.

Ou ainda, em exemplo mais recente, a criminalização da homotransfobia pelo julgamento da ADO 26 (e MI 4.733), em 13 de junho deste ano (2019), no qual a Egrégia Corte materialmente criou um novo tipo penal, em decorrência da dignidade da pessoa humana e em face de uma “gritante ofensa a um sentido mínimo de justiça”¹⁴³ (injustiça extrema¹⁴⁴), cumulada com a mora legislativa. No atual pós-positivismo, portanto, a literalidade de uma lei existente (ou a ausência de uma, como neste caso), deve ceder em face de uma grave injustiça sobre um direito fundamental.

Partindo-se para técnicas mais robustas de interpretação, um ponto central no afastamento do CDC para a disciplina da relação paciente-médico surge a partir de uma interpretação teleológica do conceito de “serviço”, no universo consumerista, definido legalmente como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, *mediante remuneração*, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (grifou-se)¹⁴⁵.

Neste contexto, um serviço mercantil, necessariamente, enseja como ponto central a remuneração a ser recebida pelo fornecedor, em sua perspectiva de contraprestação. Este é o objeto central da sua atividade: a remuneração, a lucratividade. Ocorre que o médico, por uma questão lógica e deontológica, não conseguirá promover a saúde do paciente tendo como objeto central o dinheiro que receberá do seu paciente. Nem o paciente pode conceber que sua própria saúde seja

Mas, depois, não nos queixemos do ‘excesso de judicialização’ ou de ‘ativismos’ ...! Isso, às vezes, é ‘bom’; e, às vezes, é ‘ruim’ ...!’ (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 83).

¹⁴³ Palavras do Min. Luiz Edson Fachin, em voto prolatado no dia 21 de fev. de 2019, na relatoria do MI 4.733 (que foi julgado em conjunto, por conexão, com a ADO 26). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Constitucional. MI 4.733. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator: Luiz Edson Fachin. Data de Julgamento: 21/02/19. Data de Publicação: DJe 01/02/2016. p. 23. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

¹⁴⁴ O Tribunal Pleno determinou que a conduta de homotransfobia passasse a ser punida pela Lei de Racismo (Lei nº 7.716/1989), que já previa crimes de discriminação ou preconceito por “raça, cor, etnia, religião e procedência nacional”. A despeito de toda irrisignação de parte da doutrina jurídica positivista, a qual afirma que tal posicionamento do STF pode trazer “insegurança jurídica” e revela um inadequado “ativismo judicial”, tal opinião ignora que a marca que autoriza o judiciário a agir de tal forma, excepcionalmente, e que justamente por esta excepcionalidade não ameaça a estabilidade do sistema como um todo, é a ocorrência de uma *grave injustiça*. Entre a segurança jurídica e a segurança das pessoas, opte-se por esta. Neste sentido, Robert Alexy esclarece que “o conceito não positivista de direito só admite a supressão do caráter jurídico *em casos de injustiça extrema*” (grifou-se) (2009, p. 68), e complementa que “*somente em casos de extrema injustiça*, devido ao seu fácil reconhecimento, é que o argumento da segurança jurídica [pode] ser refreado” (grifou-se) (2009, p. 79).

¹⁴⁵ Nos termos da definição de “serviço” estabelecida pelo §2º do art. 3º do CDC.

mero objeto de troca comercial numa relação de consumo usual.

Aqueles que se debruçam sobre questões de responsabilidade civil médica não podem desconsiderar que o *caput* do art. 2º da Lei nº 12.842/2013 - diploma que dispõe especificamente sobre o exercício da Medicina, ou seja, muito mais específico que o CDC, esclarece que “*o objeto da 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 (...)*” (grifou-se).

Este texto legal, que copia o Princípio Fundamental II do atual Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018), já estava presente no Código anterior (Resolução CFM nº 1.931/2009), bem como no art. 2º do Código de Ética Médica de 1988 (Resolução CFM nº 1.246/1988). Ou seja, antes mesmo do atual regime constitucional existir, a deontologia médica já estabelecia o correto objeto do contrato de tratamento.

A constatação de que a deontologia médica, a despeito de não ser lei formal em sentido estrito, deve servir como parâmetro para a proteção jurídica dos pacientes, amplia a atitude hermenêutica do intérprete prudente, e, como será demonstrado abaixo a partir da análise comparativa daquilo que foi positivado no contrato de tratamento do direito civil alemão, já podem/devem servir de parâmetro normativo para a doutrina e jurisprudência brasileiras quando o tema for responsabilização civil dos profissionais médicos.

Ainda acerca de uma interpretação teleológica e do objeto da atividade médica, em uma cadeia produtiva outra qualquer, todos os insumos, inclusive a própria mão de obra humana, é vista como mais uma despesa pelo empresário. Os custos que impactam no lucro interferem diretamente na tomada de decisões. Mas na Medicina, entretanto, essa lógica deve ser afastada, pois ao médico é deontologicamente vedado permitir que interesses pecuniários (políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens), do seu empregador ou superior hierárquico, ou do financiador público ou privado da assistência à saúde, interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade¹⁴⁶.

Caso o mecanismo de decisão médica obedeça a outros interesses de forma prioritária, retirando *a saúde do paciente* do paciente do topo da pirâmide paramétrico-hierárquica, o contrato de tratamento não terá seu desfecho de forma adequada, desnaturando toda a essência da atividade

¹⁴⁶ Texto do Art. 20 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018).

médica, forjada desde Hipócrates¹⁴⁷.

O médico deve estar comprometido essencialmente, e desde sempre, com a saúde e a vida de seus assistidos. Estes são os objetos principais. Em suma, não se está referindo aqui que a atividade médica não deve ser remunerada, mas apenas que na hierarquia dos objetos da prática cotidiana da relação paciente-médico, no plano superior se encontra um bem jurídico especial - a saúde do paciente, e dessa particularidade decorre a especificidade do processo de decisão médica (*decision making*), bem como o diferenciado enquadramento jurídico da relação.

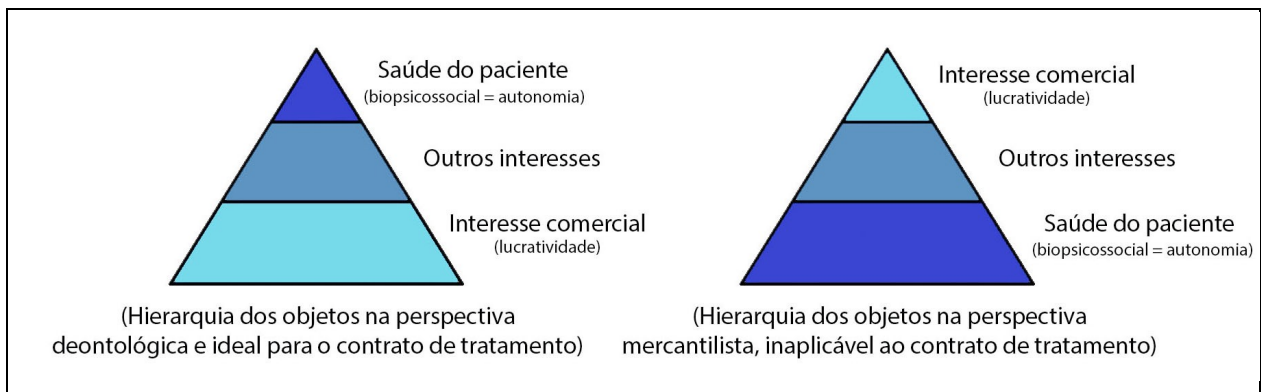


Figura 01 – Representação da hierarquia dos objetos nos contratos de tratamento

Jurisprudência e doutrina nacionais vêm equivocando-se, talvez pelo mero desconhecimento acerca da normatividade ética médica, ou confortados pela pseudoproteção que o CDC dá ao paciente quando do litígio já ajuizado. Mas essa “proteção” ao paciente constitui-se numa agressão à natureza da relação, na medida em que, na prática forense, invariavelmente inverte-se o ônus da prova em favor do paciente, traduzindo a medicina como se fosse sempre uma obrigação de resultado.

Um médico não pode exercer a promoção da saúde como uma mera prestação de serviço que vai ser trocada pelo dinheiro do seu paciente. O compromisso do médico ético não é (e nunca deve ser) substancialmente com o lucro que se pode obter ao final da prestação de seus serviços (de tratamento), lucro este que na perspectiva de um verdadeiro empresário dá o completo significado a todo esforço empreendido na empresa (atividade empresarial, sujeita à teoria do risco). A remuneração ao médico é, ou deveria ser, objeto secundário na prestação dos seus serviços

¹⁴⁷ Como mencionado *supra*, na nota de rodapé 39, Hipócrates já asseverava que “a Saúde do meu Doente será a minha primeira preocupação” (grifou-se).

profissionais, pois a finalidade primeira de sua atividade é outra, a promoção da saúde do paciente e da coletividade¹⁴⁸.

A saúde só vai continuar sendo garantida, da melhor forma na tomada de decisão, caso a relação jurídica central do Direito Médico (a relação paciente-médico) seja afastada de uma perspectiva mercantil, utilitarista ou consumerista. O direito não pode cometer o grave equívoco de entender esta como uma relação de consumo.

Tanto o médico ao prescrever, quanto o paciente ao aceitar o tratamento mais invasivo e eficaz, colocam o aspecto econômico-mercantil apenas em segundo ou terceiro plano. Na perspectiva destes dois atores, primordial será sempre a saúde do paciente.

A sedimentação e permanência desta hierarquia dos objetos, ocupando a saúde do paciente o topo da pirâmide, afasta os interesses de pacientes (e médicos) dos interesses das operadoras de saúde e do gestor público. Esta divergência ontológica de interesses contrapostos, portanto, revela que a relação paciente-médico não pode ser entendida como sendo de consumo, ao contrário da relação paciente-operadora, ou paciente-hospital, perfeitamente subsumível à lógica de um fornecedor¹⁴⁹, imerso na teoria do risco. Mas esta teoria não se aplica ao contrato de tratamento.

4.2.2 A inaplicabilidade da Teoria do Risco na relação paciente-médico

Apesar das opiniões em contrário¹⁵⁰, a aplicação da teoria do risco à atividade médica não se mostra plausível, pois, nem a modalidade do risco criado ou a modalidade do risco proveito se amoldam à atividade dos médicos.

¹⁴⁸ No segundo Princípio Fundamental positivado pelo Código de Ética Médica fica estabelecido que “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano (...)”. (Disponível em: http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf. Acesso em: 17 fev. 2018).

¹⁴⁹ Enquadrado no amplo conceito legal estabelecido no próprio CDC (Lei nº 8.078 de 1990). Em texto corrido: “Art. 3º: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

¹⁵⁰ “Para as hipóteses em que o médico se utilizar de mera técnica, como exames físicos, diagnósticos e procedimentos cirúrgicos básicos, temos que o sistema de responsabilidade aplicável é de responsabilidade subjetiva, fundado na culpa profissional do médico. De outra parte, nos casos em que houver a utilização de alta tecnologia, como exames complexos, utilização de tecnologia em desenvolvimento [destaque-se que este ponto, elencado pelo autor, é vedado pela deontologia médica], procedimentos e cirurgias que envolvam equipamentos de levada carga tecnológica, por presente o risco criado pela responsabilidade do médico, a responsabilidade será objetiva, fundada no risco” (BENACCHIO, 2009, p. 347).

Na primeira modalidade (risco criado), é preciso reconhecer que o risco não é criado pelo médico enquanto age, mas o é inerente ao próprio suporte fático, precisamente, à condição do próprio paciente em face da sua saúde (doença, disfunção, trauma). Nenhum procedimento médico, por mais arriscado que seja, pode ser indicado ao paciente se, na própria perspectiva deste, o risco de permanecer sem o tratamento/procedimento/exame for muito pior.

Para um prestador de serviços qualquer, contido no mercado de consumo, como um transportador, por exemplo, ao oferecer um serviço de transporte terrestre por ônibus (ou transporte aéreo por avião), inegavelmente, pela possibilidade de um acidente de trânsito (ou da queda do avião), este fornecedor é quem adiciona um risco ao consumidor no que tange *a saúde e a vida* deste (estes são os parâmetros a serem analisados). Neste caso, o fornecedor está sim aumentando um risco de agravo à saúde e à vida do paciente que não existiria se o serviço não fosse oferecido e prestado no mercado, configurando perfeitamente o risco criado.

É nesta perspectiva de mitigar o risco criado, inclusive, que o termo “saúde” aparece treze vezes¹⁵¹ no texto do Diploma Consumerista, sempre associado à necessidade de que seja oferecida segurança ao consumidor, sendo vedado ao fornecedor, quando da venda de um produto ou prestação de um serviço, causar um agravo à saúde do consumidor.

Ocorre que, em nenhuma destas treze ocorrências da palavra “saúde” no texto legal, o legislador consumerista tangenciou, minimamente, qualquer aspecto material ou formal do contrato de tratamento ou da relação paciente-médico. Até mesmo porque, na atividade médica, a lógica em relação ao risco em face da saúde do paciente é outra, completamente inversa.

Quando um paciente chega, por exemplo, com um quadro de abdome agudo¹⁵² em uma emergência, apesar do risco que envolve o provável procedimento médico cirúrgico a ser implementado, muito mais arriscado para *a saúde e segurança* do paciente é a não realização da intervenção médico-cirúrgica, o que aumentaria em muito as suas chances de morte precoce.

¹⁵¹ O termo aparece no art. 4º, *caput*; art. 6º, I; art. 8º, *caput*; art. 9º, *caput*; art. 10º, *caput* e §3º; art. 18, §6º, II; art. 31, *caput*; art. 37, §2º; art. 39, IV (o fornecedor não pode se valer da saúde do paciente para impingir-lhe produtos ou serviços); art. 55, §1º; art. 68, *caput* (tipificação penal); art. 102. Todos da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.

¹⁵² Este é um processo intra-abdominal causando dor severa e, frequentemente, requerendo intervenção cirúrgica de emergência. A principal característica do abdome agudo é a dor abdominal aguda, definida como dor severa ou progressiva iniciada de forma súbita, há menos de 7 dias (usualmente menos de 48 horas). Se persistir por 6 horas ou mais, a dor abdominal aguda é forte indicativa de patologia com significância cirúrgica. (Disponível em: http://www.saudedireta.com.br/docsupload/1343876060medlearn_diagnostico_abdome_agudo.pdf. Acesso em: 16 jun. 2019).

Perceba-se, na atividade médica, o risco à saúde do paciente já existe, é inerente ao enfermo e à sua condição prévia. Tanto que, o risco do procedimento a ser adotado, seja ele qual for, deve ser menor do que o risco que o paciente já apresenta consigo (na perspectiva de interesse do próprio paciente). Se não fosse assim, o procedimento adotado seria contraindicado pela própria ciência médica baseada em evidências. Mais arriscado para o paciente, em geral e no que tange o seu bem-estar biopsicossocial (conceito amplo e atual de saúde), será não se tratar.

Na segunda modalidade (risco proveito), o médico não cria um risco em função do eventual proveito lucrativo que sua empreitada lhe proporcionará. A sua atividade não é empresarial, eminentemente com fins lucrativos, como visto *supra* no ponto 4.2.1.

As vedações à mercantilização da medicina são muitas, pois, na hierarquia dos objetos, a remuneração que possa advir da execução de um tratamento não é o objeto principal da atividade, ainda que a atividade médica esteja inserida em uma sociedade de mercado. A preocupação central do médico, que determina o sentido das suas decisões, é com a saúde do paciente, e este proveito é destinado, sobretudo, ao próprio paciente na medida em que tem sua saúde preservada ou reestabelecida. A repetição deste conceito nunca será excedente.

Acerca da inviabilidade da atividade médica (ato médico) ser exercida primordialmente na perspectiva empresarial e lucrativa, tome-se como exemplo a vedação à autopromoção por parte do médico, entendida, pela deontologia médica, como a utilização de entrevistas, informações ao público e publicações de artigos com forma ou intenção de (i) angariar clientela ou (ii) auferir lucros de qualquer espécie, respectivamente, alíneas “a” e “d”, do §1º, do art. 9º da Resolução CFM 1.974/2011 – vedadas pela deontologia médica.

Perceba-se, um “Dr. Bumbum”¹⁵³ pode até exercer o ato médico em franca afronta ao que ordena a deontologia médica, certamente colocando o lucro de sua atividade acima da saúde de

¹⁵³ Este era o nome, auto atribuído, do médico Denis Cesar Barros Furtado. O “Dr. Bumbum” e a sua mãe, Maria de Fátima Barros (também médica, mas com registro já cassado ao tempo do fato), foram indiciados e denunciados pela morte da bancária Lilian Calixto, de 46 anos, que se submeteu a um procedimento estético em 14/07/2018, em uma cobertura na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro (RJ). A paciente teria pago R\$ 20 mil por uma intervenção estética com a injeção de PMMA (polimetilmetacrilato), ou “metacril”, procedimento completamente contraindicado pela medicina vigente. Esta é uma substância que deve ser administrada apenas em pequenas quantidades, de no máximo, 10 ml, para preenchimento labial, mas o acusado aplicou 300 ml da substância nas nádegas da paciente, uma região extremamente vascularizada, o que provavelmente levou a uma embolia pulmonar. A paciente teve complicações horas depois do procedimento, falecendo na madrugada do dia 15/07/2018 no Hospital Barra D’Or. O acusado foi preso na tarde do dia 19/07/2018, após tentativa de fuga, mas encontra-se respondendo ao processo em liberdade. Destaque-se que Denis não poderia exercer a medicina no Estado do Rio, pois só tinha registro ativo, ao tempo do fato, nos CRMs de GOIÁS e do DF (este foi cassado no dia 19/07/2018). Este “profissional” realizava (i) propaganda de forma ostensiva inadequada, com (ii) a utilização de imagem com o “antes e depois”, (iii) propaganda de método ou técnica que não

suas pacientes, mas esta conduta, completamente equivocada e alheia à dinâmica de uma medicina minimamente razoável do ponto de vista ético, não pode ser tomada como regra geral e sim como exceção que é, apesar de todo alcance midiático que casos como este ganham.

Em suma, “na medicina, a luta contra os riscos que pendem sobre o paciente corresponde ao próprio objeto central da profissão” (SOUZA, 2015, p. 252); dizendo de outra forma, “o grande risco é a própria doença, início e fonte de todos os demais riscos” (FREIRE, 2010, p. 119); ou ainda, “o risco existente nas relações médico-paciente é inerente e não o criado ou o adquirido” (COUTO FILHO; SOUZA, 2008, p. 56). Assim, o CDC, diploma lastreado na teoria do risco, não deve ser utilizado para a apreciação da relação paciente-médico.

4.2.3 Obrigações de meio e de resultado na atividade médica

Como apresentado no ponto anterior, a atividade médica, em face da possibilidade de responsabilização civil do profissional médico, pauta-se sempre na teoria da culpa. De maneira que uma análise específica e pormenorizada da culpa nesta responsabilização torna-se indispensável, a começar pela clássica divisão da responsabilidade subjetiva em duas modalidades de obrigações.

Foi René Demogue, a partir da já mencionada decisão da *Cour de Cassation* Francesa de 20 de maio de 1936, relativa à responsabilidade médica, quem disseminou e sedimentou o caráter contratual da responsabilidade civil e a distinção clássica entre obrigações de meio e de resultado (TUNC, 2000, p. 747), plantando a semente do Direito Médico moderno e ratificando um entendimento que a doutrina francesa já vinha revelando.

Esta classificação, diferencia, de um lado, as prestações dotadas de um elemento subjetivo (um dever de ação ou de abstenção) acompanhado de um elemento objetivo (a obtenção de um resultado), constituindo-se estas nas obrigações de resultado e, de outro lado, aquelas que apresentam apenas o elemento subjetivo, constituindo-se nas obrigações de meio (SOUZA, 2016, p. 33-34).

são aceitos pela comunidade científica e (iv) promessa de bons resultados a qualquer tipo de tratamento – todas condutas expressamente vedadas pela deontologia médica. Em suma, o “Dr. Bumbum” não considerou a saúde da paciente como objeto central da Medicina (ignorando o teor do art. 2º da Lei do Ato Médico), pois desenvolvia a atividade médica de forma claramente mercantil, colocando em primeiro plano o eventual resultado financeiro de sua atividade e expondo as suas pacientes ao risco de morte. Neste caso, restou configurada tanto o risco proveito quanto o risco criado, mas esta não é, em hipótese alguma, a prática médica padrão minimamente aceitável.

Apesar de não se confundirem (i) obrigação de meio e de resultado com a (ii) distribuição do ônus da prova, pois as primeiras referem-se a questões materiais e a segunda a uma questão processual do contrato, “a importância na determinação da natureza da responsabilidade sempre residiu, antes de tudo, na *regra segundo a qual se presume a culpa na responsabilidade contratual*, a inverter o ônus probatório em favor do lesado” (grifou-se) (SOUZA, 2016, p. 36). Ou seja, apesar de serem questões distintas (material e processual), em juízo, constituem-se necessariamente em causa e efeito.

É importante destacar que, especificamente na identificação da obrigação de resultado, é preciso que sejam analisadas (i) a vontade das partes e (ii) a álea da atividade, constituindo-se estes nos critérios mais importantes para que se afaste, ou não, um determinado resultado. E, no contrato de tratamento, a vontade das partes é um elemento variável e dependente do consentimento do paciente, ao passo que a álea envolvida na atividade é certa e alheia à vontade das partes, decorrente da inexatidão da medicina (e esta marca da contingência/aleatoriedade geralmente condiciona a vontade das partes, bem como afasta o contrato de tratamento de uma natureza comutativa inerente aos contratos comuns de prestação de serviço).

No contrato de tratamento, que traz uma típica obrigação de meio, de forma particular, há dois deveres básicos à cargo do médico (devedor): (i) o dever de cuidado e (ii) o dever de informação (estes serão abordados de forma específica no ponto 4.2.4 *infra*). E apenas sobre o dever de informação pode recair uma obrigação de resultado para o profissional, decorrendo daí sua presunção de culpabilidade, nos casos nos quais não haja tal consentimento.

No atual paradigma de preponderância da autonomia do paciente, ao médico, salvo nos já mencionados casos de privilégio terapêutico, sempre pode ser atribuído a este o encargo de provar que obteve o consentimento do paciente para a realização de um determinado procedimento/tratamento. Assim, o único resultado ao qual o médico pode/deve ficar obrigado a demonstrar, é que os principais riscos e benefícios do procedimento a ser adotado foram apresentados ao paciente, constava previamente no consentimento colhido, e o paciente concordou com a realização do ato médico em questão.

Provar que conscientizou o paciente dos riscos envolvidos inerentes ao próprio tratamento, e que deixou a escolha das opções possíveis a cargo do paciente no exercício de sua autonomia, pode ser um ônus processual atribuído ao médico em eventual apreciação da relação em juízo, sem que isso degenere a essência da relação. No atual paradigma da autonomia, o cumprimento desta

obrigação deve ser certo e invariável (repita-se, salvo nos já mencionados casos de privilégio terapêutico, casos em que o representante legal do paciente deve ser prontamente informado).

É importante deixar claro, no entanto, que esta obrigação de resultado especificamente em face do consentimento informado (dever de informação) atribuída ao médico não se traduz em responsabilidade objetiva, ao contrário do que pode parecer¹⁵⁴. Pois, a conduta do médico, mesmo em relação ao consentimento, sempre deverá ser analisada. Assim, há de se falar em uma responsabilidade subjetiva com culpa presumida, que ensejará processualmente na inversão do ônus da prova.

Já no que tange o dever de cuidado, regra geral, a mesma presunção de resultado não deve ser aplicada, pois nesta espécie a marca da álea da atividade médica (inexatidão da medicina) determina com que seja cobrado do médico apenas o elemento subjetivo do dever de ação ou abstenção diligente, constituindo-se essa obrigação de diligência na ausência de um comportamento negligente, imperito ou imprudente (conduta que não observa os mandamentos do conhecimento médico vigente, que não se amolda ao padrão da medicina ao tempo do fato, para casos semelhantes).

Assim, mesmo que as partes acordem um determinado resultado (parâmetro da vontade das partes), quando um médico, à revelia da deontologia médica, garante a obtenção de um resultado em um determinado procedimento (por exemplo, quando mostra fotos do “antes e depois” como forma de convencimento do paciente em um procedimento estético), a presunção de culpabilidade recai apenas sobre o dever de informação, cabendo ao médico fazer a prova de que obteve o consentimento de forma adequada e que tal resultado prometido não constava no consentimento.

Até mesmo nas cirurgias estéticas “meramente embelezadoras” (como chama a jurisprudência), não se pode atribuir, apenas por se constituírem em cirurgias desta natureza, uma obrigação de resultado, pois a atividade ontologicamente não se coaduna com um resultado específico e invariável. Neste ponto, concorda-se com ex-Ministro do STJ, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, quando o mesmo esclarece que “pode acontecer que algum cirurgião plástico ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação,

¹⁵⁴ Exemplo de aparente confusão neste sentido, salvo melhor interpretação do texto, encontra-se em Leonardo Vieira Santos, quando este autor refere que, “exceção a esta regra [da responsabilização subjetiva] decorre apenas do desrespeito ao direito do paciente ao consentimento informado, *que implicará na aplicação da teoria objetiva*, ou seja, no dever de médicos e hospitais de indenizar até mesmo os danos decorrentes da incerteza da ciência médica” (grifou-se) (2008, p. 236).

não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco” (2000, p. 150).

Ainda sobre este dever de cuidado (ou de segurança), que se constitui na tradicional atividade-fim da medicina, não se pode exigir do médico, antecipadamente e em todos os casos, uma obrigação de resultado (a cura do paciente), nem a sua consequência processual (presunção de culpabilidade com inversão do ônus da prova), dada (i) a já mencionada álea envolvida e (ii) as particularidades de cada paciente, em suma, as vicissitudes da própria atividade médica.

A presunção de culpabilidade (a consequência processual) sobre o dever de cuidado é até possível, mas deve decorrer (i) de dispositivos legais especificamente estabelecidos para o contrato de tratamento com esta finalidade (o que ainda não existe no ordenamento jurídico brasileiro) ou (ii) da análise crítica do julgador, em um dado caso concreto, com base na conduta do profissional e nos fatos apresentados pelas partes em juízo (caminho que aqui se defende).

Em conclusão, no que tange este dever de segurança, é preciso que, caso-a-caso, ocorra a análise da verossimilhança da ausência do cumprimento do elemento subjetivo, por parte do devedor, com base nos fatos trazidos à apreciação.

Uma coisa é o fato do descumprimento do dever de informação (do consentimento do paciente), outra é o fato do descumprimento do dever de cuidado (da cura do paciente ou de um resultado específico do tratamento). No primeiro pode-se presumir a culpa do médico antecipadamente, já no segundo, a presunção de culpabilidade deve decorrer das evidências encontradas na análise específica de cada caso concreto.

Ocorre que essa discussão que aqui se faz, pormenorizada, quanto ao regime de responsabilização e distribuição dinâmica do ônus da prova na relação paciente-médico, vem sendo obscurecida pela incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que, ao enquadrar-se a relação neste diploma e com base na perene hipossuficiência técnica do paciente, o médico sempre passa a ser considerado culpado (*ope legis*, pelo art. 6º, VIII), de todos os fatos que lhe são imputados, até que este prove o contrário, independentemente da análise do caso concreto.

Inobstante a própria lei consumerista preveja que, em tese, nem sempre o consumidor é hipossuficiente, de forma rotineira nas demandas judiciais, em função do paciente não deter os conhecimentos técnicos do médico, inverte-se sempre o ônus da prova em desfavor do médico

(COUTO FILHO; SOUZA, 2001, p. 60)¹⁵⁵, “sem maiores considerações quanto ao vínculo concretamente estabelecido entre as partes” (SOUZA, 2016, p. 42).

Acerca desta hipossuficiência técnica do consumidor, a doutrina consumerista explica que a sua falta de conhecimento não permite com que “o consumidor entenda o conteúdo das cláusulas contratuais” (NUNES, 2017, p. 686) ao contratar. Mas isto não faz sentido em face do instituto do consentimento informado constante na relação paciente-médico. Afinal, o paciente precisa, necessariamente, entender os exatos riscos e benefícios do tratamento que lhe é proposto, até mesmo para que possa consentir de forma livre esclarecida.

Em adição, a mesma doutrina associa a hipossuficiência técnica à figura dos “contratos típicos de adesão a cujas cláusulas são impostas unilateralmente pelo fornecedor” (NUNES, 2017, p. 686). Da mesma forma, este entendimento não pode ser aplicado à relação paciente-médico, pois as demandas dos pacientes são idiossincráticas, cada enfermo precisa de um tratamento específico, o que gera contratos com cláusulas distintas para cada paciente – não há “uma adesão em bloco”.

Pior ainda, numa confusão não tão incomum, na atual prática jurisprudencial brasileira, observa-se a tentativa de aplicação de verdadeira responsabilidade objetiva às hipóteses em que se considera que o médico tem obrigação de resultado (como no mencionado caso de cirurgias estéticas meramente embelezadoras) (NUNES, 2017, p. 42)¹⁵⁶, ou ainda nos procedimentos

¹⁵⁵ E também neste mesmo sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INVERSAO DO ÔNUS DA PROVA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 165 E 535 DO CPC. NAO OCORRÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NAO CARACTERIZADO. 1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação aos arts. 165 e 535 do Código de Processo Civil. 2. *A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, 4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis.* Precedentes deste Tribunal. 3. A verificação da presença dos requisitos estabelecidos art. 6º, VIII, do CDC (verossimilhança da alegação *ou hipossuficiência*), implica reexame de matéria de fato vedado pela Súmula 7. 4. À caracterização do dissídio jurisprudencial, nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, 1º e 2º, do RISTJ, é necessária a demonstração da similitude de panorama de fato e da divergência na interpretação do direito entre os acórdãos confrontados. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (grifou-se). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processual Penal. AgRg no Ag 969.015/SC. Órgão Julgador: Quarta Turma. Ministra Relatora: Maria Isabel Gallotti. Data de Julgamento: 07.04.2011. Data de Publicação: DJ 28.04.2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19107671/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-969015-sc-2007-0244421-0/inteiro-teor-19107672>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁵⁶ Neste mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSAO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, *CAPUT* E § 4º, DO CDC. 1. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em 14.09.2005. Dessa ação foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 25.06.2013. 2. Controvérsia acerca da responsabilidade do médico na cirurgia estética e da possibilidade de inversão do ônus da prova.

médicos realizados em clínicas e/ou hospitais públicos, os quais estariam sujeitos à teoria do risco administrativo, na qual não se analisa a culpa (mesmo que nestes casos a ação tenha claramente como objeto um contrato de tratamento).

Neste último caso, tome-se como ilustração a recente decisão do TJRJ¹⁵⁷, a qual reproduz o entendimento majoritário da jurisprudência de que uma conduta médica praticada em um hospital público deve ser analisada, quando em juízo, pela disciplina do art. 37, §6º da Constituição Federal, responsabilizando o ente público de forma objetiva, desde que tenha ocorrido um ato comissivo por parte do funcionário público (o médico).

Este formalismo equivocadamente não resiste a uma análise material do contrato de tratamento e não se sustenta em qualquer exemplo de uma ação que tenha como objeto um “erro médico” (conduta médica terapêutica ou diagnóstica). Uma ação desta natureza, tenha a assistência médica ocorrida em estabelecimento público ou privado, nunca poderá ser analisada sob o viés da responsabilização objetiva¹⁵⁸.

A título de exemplo, suponha-se que exista um paciente com uma doença cardíaca na qual a indicação cirúrgica para seu tratamento é clara e inequívoca. Caso o paciente não faça a cirurgia,

3. A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. 4. Nessas hipóteses, há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. *O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação*. 6. A jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do Replac 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. 7. Recurso especial conhecido e provido” (grifou-se). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil e Consumidor. REsp. 1.395.254 - SC. Órgão Julgador: Terceira Turma. Ministra Relatora: Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 15.10.2013. Data de Publicação: DJe 29/11/2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24712655/recurso-especial-resp-1395254-sc-2013-0132242-9-stj/inteiro-teor-24712656?ref=serp>. Acesso em: 11 jul. 2019).

¹⁵⁷ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. “HOSPITAL MUNICIPAL. NEGLIGÊNCIA MÉDICA. LESÃO FÍSICA. ATO COMISSIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. MAJORAÇÃO DO DANO MORAL. Direito Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. *Tratando-se de erro médico, ocorrido em hospital municipal, consistente em atendimento negligente, que resultou em perda parcial de dois dedos de uma das mãos do autor, a natureza da responsabilidade é objetiva (art. 37, § 6º, CF), e não subjetiva, pois não houve ato omissivo, e sim comissivo*. Prova pericial que, determinante para a apuração do ilícito, corrobora a falha no serviço prestado. Valor compensatório que merece majoração para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Recurso do autor parcialmente provido. Recurso do réu desprovido” (grifou-se). (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo Civil e Consumidor. Apelação 0322928-05.2016.8.19.0001. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Desembargador Relator: Alexandre Antônio Franco Freitas. Data de Julgamento: 04/07/2018. Data de Publicação: DJeRJ 19/12/2018. Jurisprudência Cível n. 33/2018. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18199/erro-medico.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019).

¹⁵⁸ Com apoio na doutrina de Stoco a Kfoury Neto, neste sentido, já alertava Leonardo Vieira Santos: “admitindo-se, apenas para argumentar, que prevalecesse a interpretação literal do multicitado caput do art. 14 do CDC, ainda assim não haveria como fugir da necessidade da análise da conduta do galeno à luz da *lex artis* para verificação da existência ou não do nexa causal. De fato, descortinou-se o elo existente entre o liame etiológico e a culpa, o qual evidencia, às escâncaras, a inocuidade do dispêndio de energia dos que advogam a total objetivação da responsabilidade civil dos hospitais” (SANTOS, 2008, p. 235).

suas chances de sobrevida no curto e médio prazo são muito pequenas. Suponha-se que neste caso o médico tenha informado o paciente de todos os riscos e benefícios envolvidos no ato cirúrgico e que tenha colhido o respectivo consentimento livre e esclarecido no sentido da realização da cirurgia, em perfeita concordância com a vontade do paciente.

O procedimento é realizado, exatamente dentro da técnica que a ciência médica dispõe atualmente, no entanto, o paciente vem a falecer, não conseguindo retornar da sala de cirurgia, vindo a óbito no próprio centro cirúrgico, o que pode ocorrer nestes casos mais graves e que justamente demandam intervenção cirúrgica.

Acolhendo a perspectiva formalista de atribuição do regime jurídico de responsabilização (supostamente) objetiva, na busca de uma eventual reparação cível por dano moral em face do hospital (seja um hospital privado, subsumível ao *caput* do art. 14 do CDC; seja um hospital público, subsumível ao regime jurídico administrativo do art. 37, §6º da CF – ambos regimes jurídicos em acordo com o entendimento jurisprudencial atual), o advogado da família do paciente alegaria que, por ser uma responsabilidade objetiva, não se deve analisar a culpa do agente (médico do hospital) envolvido diretamente no evento danoso (morte do paciente).

Para este regime de responsabilização objetiva, alegaria o causídico, deve ser analisado apenas se houve (i) uma conduta (ato cirúrgico); se ocorreu (ii) um dano (a morte do paciente), e se consta (iii) um nexo de causalidade entre o dano e a conduta. Nestes casos, o fornecedor só se isenta da responsabilização se comprovar que inexistiu defeito na prestação do serviço, ou que o desfecho indesejável decorreu de culpa de terceiro ou do próprio credor.

Ocorre que, quando da análise do nexo de causalidade entre a conduta e o dano, no caso concreto, qualquer advogado minimamente preparado vai demonstrar, na instrução, que inexistiu defeito na prestação do serviço (excludente da “responsabilização objetiva” prevista no §3º, I, do art. 14 do CDC), a despeito da morte do paciente.

O patrono do hospital vai demonstrar que todo o procedimento cirúrgico realizado pelo profissional médico ocorreu dentro da atual técnica médica, que todos os cuidados pré-operatórios foram tomados, que o consentimento foi colhido adequadamente, mas que o paciente infelizmente não resistiu ao ato cirúrgico, algo perfeitamente possível de acontecer no tipo de procedimento em questão.

Ora, apesar da jurisprudência asseverar que se trata de responsabilidade “objetiva”, quando se está analisando um caso concreto de um contrato de tratamento, como se vê no exemplo,

necessariamente a conduta do profissional médico (e sua culpa) deve ser observada, para que haja, ou não, a justa responsabilização de qualquer um dos devedores na cadeia solidária. Por conseguinte, quando da apreciação do nexo de causalidade, não adianta que se diga formalmente que a responsabilidade “é objetiva”, se na análise material da execução de qualquer ato médico sempre deverá ser observada a conduta (culposa) daquele que realizou a terapêutica ou o diagnóstico (eventuais objetos da ação).

É neste sentido, no que tange a inaplicabilidade da teoria do risco administrativo aos casos de ato médico em hospitais públicos, que Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma que é “melhor incluir tal hipótese no âmbito restrito da responsabilidade pela *culpa do serviço*, pois não parece razoável impor ao Estado o dever de indenizar dano produzido por preposto de serviço público cuja ação, sem nenhuma falha, tenha sido praticada para beneficiar diretamente o usuário” (grifo do autor) (2000, p. 161).

Assim, por mais que parte majoritária da doutrina e a jurisprudência digam o contrário, a responsabilização, portanto, quando tiver por objeto ato médico, será sempre subjetiva e nunca objetiva (enquadrável no *caput* do art. 14 do CDC ou no §6º do art. 37 da CF). Apenas poder-se-á presumir a culpa (obrigação de resultado) no que tange o dever de informação (regra geral) ou acerca do dever de cuidado (dependendo da análise do caso concreto), mas nunca a culpa deixará de ser analisada¹⁵⁹.

4.2.4 O conceito normativo de culpa na atividade médica

Prosseguindo na detida análise acerca da culpa na responsabilidade médica, de forma tradicional, pode-se dizer que a culpa corresponderia à justificativa ético-jurídica da atribuição de um dever de indenizar a um agente que tenha dado causa a determinado dano, caso esse agente tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia (SOUZA, 2016, p. 48-49). No entanto, é muito importante que a noção de culpa não seja tomada como sinônimo de “erro médico”, pois o médico pode ter “errado” em uma escolha e não ser culpado por um desfecho fatal.

Tome-se como exemplo, um médico absolutamente diligente, que, diante de dois tratamentos igualmente cabíveis para determinado quadro clínico (segundo o mais apurado

¹⁵⁹ Neste sentido, síntese irretocável encontra-se no texto de Leonardo Vieira Santos, que assevera que “não há como, efetivamente, afastar a análise da conduta do médico à luz da *lex artis* no momento de se definir se há ou não o dever de indenizar do profissional ou do estabelecimento hospitalar” (2008, p. 234).

conhecimento científico), prescreve um deles e não consegue curar o enfermo (SOUZA, 2016, p. 49).

Este profissional pode ter escolhido uma conduta que não funcionou no caso concreto, que potencialmente “errou” na escolha. Mas isso só se pode afirmar de forma hipotética em face do desfecho adverso, na medida em que havia uma outra possibilidade igualmente indicada ao caso concreto. No entanto, não se pode dizer que o profissional agiu de forma culposa, afinal, o tratamento empregado por ele era reconhecidamente indicado pela MBE e se ele tivesse optado pelo outro tratamento igualmente cabível ao caso concreto, também não se poderia afirmar que o desfecho seria favorável ao paciente.

E mais, este médico não pode ter sua conduta equiparada, no que tange a responsabilização, a um outro médico, que tenha agido de forma completamente inadequada, que não tenha optado por nenhum dos dois tratamentos indicados à luz da medicina vigente.

Assim, é preciso que se separe a “culpa” de um “mau resultado”. Pois, se assim não for, estar-se-ia caminhando no sentido da objetivação da responsabilidade médica. Nos dizeres de Eduardo Nunes de Souza, “equiparar o erro à culpa significa promover uma objetivação velada da responsabilidade do médico” (2016, p. 50).

Em outra obra, o mencionado autor alega que “o resgate da culpa como requisito de responsabilização do médico exigirá, de um lado, sua dissociação da simples ideia de erro, de outro lado, a análise dos inúmeros riscos relacionados à prática da medicina” (para que se afaste a lógica da responsabilidade objetiva), e complementa que devem ser estudados os “mecanismos pelos quais se pode tutelar o paciente, em sua vulnerabilidade específica, sem se imputar um ônus desarrazoado ao profissional” (SOUZA, 2015, p. 101).

No sentido de que o comportamento do profissional deve ser analisado, no caso concreto, e para que seja facilitado o acesso ao ressarcimento do paciente, sem que isso represente uma constante presunção de culpabilidade do médico (ou até mesmo uma tentativa de objetivação na responsabilização dos contratos de tratamento), o entendimento que aqui se defende caminha no sentido de uma *concepção normativa de culpa*, a qual observa os padrões (*standards*) de conduta.

Maria Celina Bodin de Moraes explica que esta concepção normativa se afasta da clássica concepção psicológica da culpa, pois nesta, para que haja sua configuração, seria preciso que houvesse “a violação da lei ou do contrato (isto é, do dever preexistente), o que nem sempre acontece” (2017, p. 211). A concepção normativa de culpa, por sua vez, baseia-se na ideia de desvio

de conduta (não de ato ilícito), compreendida na perspectiva de que “quando não há norma específica, legal ou contratual, há um dever jurídico genérico, proveniente do *neminem laedere*, denominado ‘dever geral de não lesar a ninguém’” (2017, p. 211).

Esta perspectiva se amolda ao conceito do princípio bioético da não-maleficência, presente na atividade médica desde Hipócrates¹⁶⁰, o qual pode ser definido como a imposição de que intencionalmente os médicos se abstenham de executar ações que causem danos aos pacientes (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 212).

Na instituição deste conceito normativo de culpa para a responsabilização cível de uma maneira geral, “a culpa seria um desvio do modelo de conduta representado pela *boa-fé e diligência média*, isto é, *ação ou omissão que não teria sido praticada por pessoa prudente, diligente e cuidadosa, em iguais circunstâncias*” (grifou-se) (MORAES, 2017, p. 211).

Esta concepção direciona o foco, necessariamente, ao caso concreto e a uma análise da conduta do ofensor, “dando ocasião, assim, à elaboração de um juízo de proporcionalidade entre a conduta e o dano e, portanto, à individualização da sanção” (MORAES, 2017, p. 211-212).

Desta forma, mesmo que não haja erro grosseiro do médico (diagnóstico, prognóstico ou terapêutico) o paciente pode ser credor de uma indenização se o grau de adequação à da conduta do médico não se amolda ao *standard* da medicina vigente para casos semelhantes.

Ainda acerca deste padrão normativo de culpa¹⁶¹, materializada na apreciação global dos elementos do caso concreto, que aqui se amplia e sistematiza especificamente para a relação paciente-médico, é preciso que três etapas sejam atravessadas quando da apreciação de um contrato de tratamento. Destaque-se, de forma preliminar, que estas etapas não são estanques nem isoladas.

Primeiramente, é preciso averiguar se (i) o dever de cuidado (de segurança) foi atendido por parte do médico. Para este primeiro ponto, torna-se necessário um diálogo com a comunidade médica, para saber (i.a) se a conduta se deu em observância à Medicina Baseada em Evidências (MBE), e se (ii.b) o comportamento do profissional preencheu os padrões deontológicos fundamentais para aquele caso concreto (ambos analisados na seção 3 *supra*). Em havendo a

¹⁶⁰ “Prescreverei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, *nunca para causar dano ou o mal a alguém*” (grifou-se) (ISMAEL, 2005, p. 47).

¹⁶¹ Conceito introduzido por Maria Celina Bodin de Moraes na mencionada obra, mas adaptado à relação paciente médico por Eduardo Nunes de Souza em *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. Aqui se amplia e sistematiza o conceito proposto originalmente por estes autores.

inobservância destes dois pontos, o dano experimentado pelo paciente pode ter decorrido de uma conduta culposa do médico.

Diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar este comportamento em abstrato, fixado para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico (AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 145). O dever de cuidado é a obrigação clássica atribuída à atividade médica.

Em seguida, o juiz deve investigar se houve o cumprimento do (ii) dever de informação, analisando o teor das informações trocadas entre paciente e médico, se houve (ii.a) um consentimento informado livre e esclarecido de forma adequada (que deve ser averiguado através da presença – e do conteúdo – de eventual termo de consentimento, das anotações em prontuário acerca das informações transmitidas ao paciente, e das informações trocadas oralmente ao longo do tratamento); e se averiguar (ii.b) a natureza da confiança despertada pelo médico no paciente, decorrente do teor das informações trocadas, ou se houve, por exemplo, um ruído na comunicação propiciado por um outro profissional da saúde (algo comum de acontecer).

Atualmente, é perfeitamente possível a indenização ao paciente por um dano moral decorrente “apenas” da quebra do dever de informação por parte do profissional médico, mesmo que o dever de cuidado (obrigação clássica da medicina) tenha sido completamente atendido¹⁶².

Neste sentido, Gilberto Bergstein, comentando o entendimento dos Tribunais e da Jurisprudência, afirma que estes “já reconhecem que a infração ao dever de informação constitui dano autônomo e indenizável. Entendem, porém, que também há necessidade de que ocorra simultaneamente a concretização de riscos não informados (...)” (2012, p. 254)¹⁶³.

¹⁶² “O dever de informação é consectário lógico da boa-fé objetiva, e seu descumprimento, por si só, configura negligência, apta a gerar a obrigação de indenizar do médico, com base no art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor. Uma vez comprovada a culpa do médico que faz parte do corpo clínico do hospital, este responde solidariamente ao profissional” (grifou-se) (...). (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Penal e Processual Penal. Ap. 70073113078. Órgão Julgador: Quarta Turma. Desembargador Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Data de Julgamento: 27.04.2017. Data de Publicação: DJ 12/11/2007). No mesmo sentido, “ao negligenciar seu dever de informação, o médico tolheu o direito de escolha de seu paciente, pois, se informado acerca dos riscos, teria a liberdade de se submeter, ou não (procurar outro médico, outro diagnóstico, outro centro médico, etc.), ao referido procedimento, o que certamente deve ser levado em conta para a mensuração do dano. Portanto, *embora a fratura sofrida pelo autor não tenha decorrido de ato culposo profissional, a ausência de informação acerca dos riscos da cirurgia causou ao requerente danos morais, que devem ser reparados*” (grifou-se) (...). (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Penal e Processual Penal. Ap. 1590316-1. Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Juiz Substituto em 2º Grau Carlos Henrique Licheski Klein. Data de Julgamento: 16.02.2017).

¹⁶³ Registre-se, porém, que o mencionado autor não concorda com a necessidade de haver um dano para que seja possível a responsabilização, entendimento o qual aqui filia-se, pois, no caso concreto, pode ser que haja o dever de

Da mesma forma, Miguel Kfoury Neto esclarece que

para que se caracterize a responsabilidade civil do médico, pela não obtenção do consentimento informado, deve-se estabelecer relação clara entre a falta de informação e o prejuízo final. Assim, o *dano* deve ser consequência da *informação falha ou inexistente*, esta se liga àquele por nexo de causalidade. Exemplifica-se com a cirurgia de hérnia inguinal. Presente o risco de necrose do testículo, o cirurgião não transmite tal informação ao paciente. Ocorre a cirurgia sem falha técnica – e a necrose se verifica. *Será imputável ao médico o dano moral, por não ter advertido o paciente quanto àquele risco, que acabou por se concretizar: mutilação foi o resultado da necrose (grifou-se)* (KFOURI NETO, 2018, p. 57-58).

O dever de informação é uma obrigação recentemente atribuída à atividade médica, mas que atualmente tem importância equiparada ao dever de cuidado, tendendo, até mesmo, a superar em importância o próprio dever clássico da medicina.

Em terceiro lugar, para que se complete a análise normativa da culpa, é preciso ainda que sejam analisadas (iii) as circunstâncias específicas, ou seja, outras causas inerentes ao contrato de tratamento que podem influenciar no desfecho da avença, às quais, no caso concreto, podem concorrer para um resultado indesejável, danoso para o paciente, mas que independem da própria conduta médica.

Estas variáveis compreendem, por exemplo, (iii.a) as condições de trabalho do profissional médico, às quais muitas vezes, na prática cotidiana, impedem com que o melhor tratamento seja oferecido ao paciente (falta de material para procedimentos básicos; falta de leito ou vaga; falta de exames complementares; falta de medicamentos); (iii.b) os aspectos inerentes à atividade médica (complicações no tratamento; efeitos adversos; intercorrências; inexatidão da medicina); ou ainda (iii.c) a conduta do próprio paciente ao longo do tratamento (se transmitiu informações adequadas ao médico; se seguiu corretamente as orientações; se compareceu às consultas de retorno; enfim, de uma maneira geral, se cumpriu os seus deveres no contrato de tratamento).

Estes últimos pontos específicos contribuem, na prática cotidiana, para que o resultado de um tratamento não seja adequado, no entanto, não preenchem o nexo de causalidade que possa se constituir em culpa atribuível ao médico.

indenizar mesmo que não exista um dano propriamente dito, como no exemplo de uma gravidez indesejada após uma cirurgia de laqueadura tubária na qual o médico não tenha informado à paciente da possibilidade de recanalização, e consequente gravidez, afinal, não existe método contraceptivo 100% eficaz. Neste caso, uma eventual concepção não pode ser considerada como um “dano efetivo” à paciente. No entanto, a responsabilização é perfeitamente possível.

Por fim, buscando o adequado equilíbrio processual, todos estes pontos (fatos) devem observar a distribuição dinâmica do ônus da prova, quando apreciados em juízo. De maneira que ao juiz caberá distribuir o ônus probatório, fato-por-fato, a quem estiver em melhores condições de fazê-lo, atendendo sempre à boa-fé e à solidariedade processual¹⁶⁴.

Como forma de resumo e sistematização do conceito normativo de culpa aplicável à responsabilização civil médica, veja-se a figura abaixo:

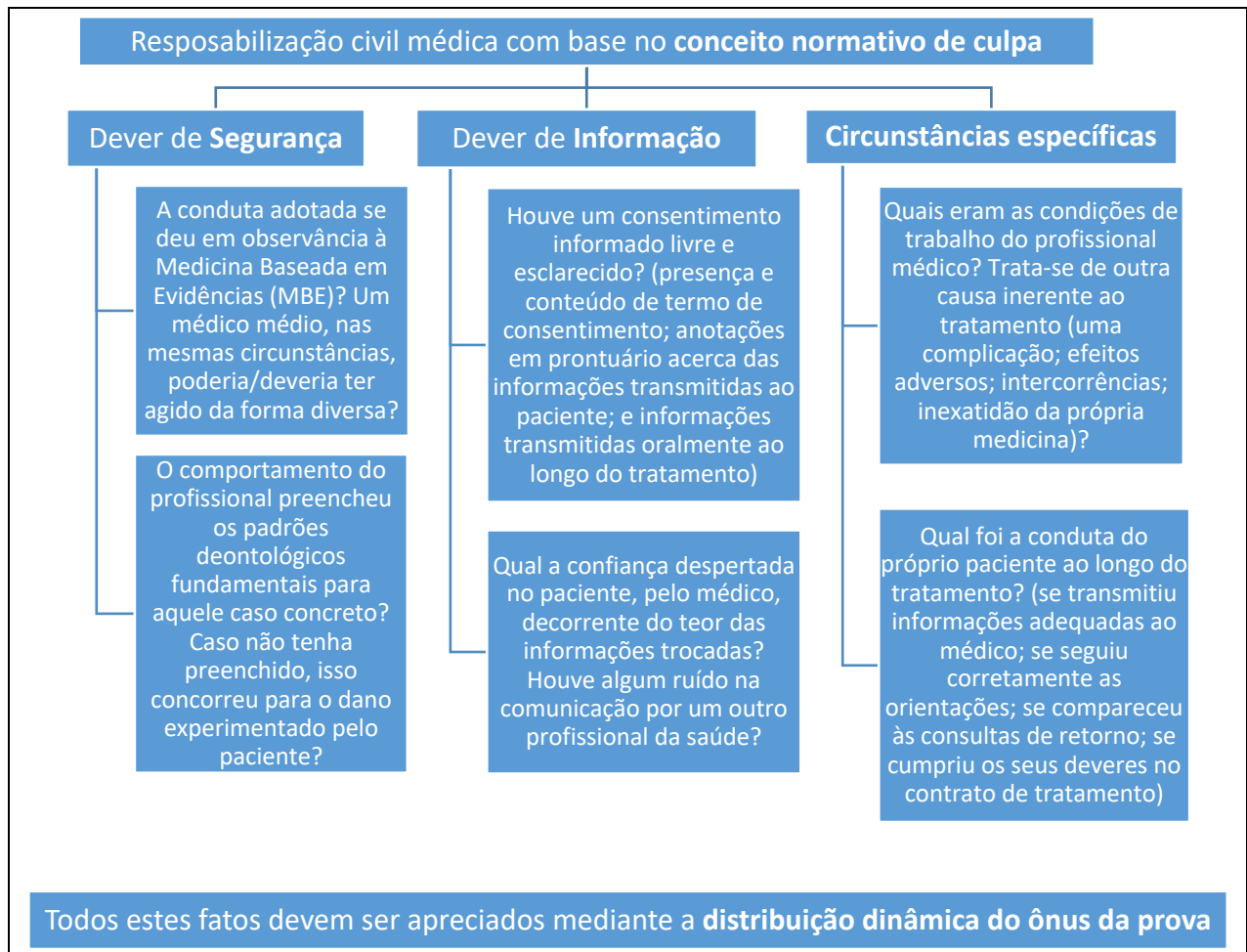


Figura 02 – Representação gráfica do conceito normativo de culpa na responsabilização civil médica

¹⁶⁴ Presentes, respectivamente, nos arts. 5º e 6º do CPC (Lei nº 13.105, de 16 de mar. de 2015): Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo *deve comportar-se de acordo com a boa-fé*. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem *cooperar entre si* para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. (grifou-se)

4.2.5 A inversão do ônus da prova oferecida pelo CDC: uma degeneração atualmente desnecessária

A atribuição ao médico do ônus de provar que adotou o procedimento profissional mais adequado não deveria decorrer, propriamente, da automática inversão do ônus da prova estabelecida em lei (*ope legis*) que vem ocorrendo em todos os casos (com fulcro no art. 6º, VIII do CDC). Deve decorrer da distribuição dinâmica do ônus probatório, por meio da qual, no caso concreto, conforme a evolução do processo, seria atribuído pelo juiz o encargo de prova à parte que estivesse em melhores condições (*ope judicis*).

Assim, ao contrário da legislação consumerista na qual positivou-se o permanente direito de se pedir antecipadamente a inversão do ônus (e como ainda não existe, no Brasil, hipóteses de presunção de culpabilidade para o contrato de tratamento estabelecidas em lei ordinária – o que já ocorre na Alemanha, como será apresentado *infra*), deveria caber ao magistrado, no caso da carga dinâmica, estabelecer quem está em melhores condições de produzir a prova sobre cada fato em específico.

Ressalte-se, de forma preliminar, que esta “vantagem” (processual apenas) oferecida aos pacientes pela consumerização jurídica da relação, realmente foi processualmente importante até o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), na busca de uma paridade de armas para se evitar, de forma muito pertinente, a chamada “prova diabólica”¹⁶⁵.

Esta ferramenta processual, reconheça-se, veio em muito boa hora a partir da década de 1990, para dar alguma vantagem ao paciente quando em uma ação de responsabilização cível do profissional médico. Ocorre que neste movimento pendular que o Direito realiza ao longo da história, até que se encontre uma posição ideal de equilíbrio relacional, entre favorecer uma parte e outra a partir de uma decisão política legislativa, um longo caminho é percorrido.

Aqui defende-se a adoção de uma ideia justa e ponderada, que observe a materialidade da relação paciente-médico, e que se situe “a meio caminho dos pólos ocupados pelos que, de um lado, anacronicamente pretendem a total impunidade diante dos erros médicos e pelos que, de outro, radicalizando as idéias sustentadas pela doutrina [...], almejam a extrema responsabilização

¹⁶⁵ O encargo de trazer a prova é, em regra, de quem alega o fato. Porém, nem sempre isso é viável, tornando excessivamente difícil, ou mesmo impossível, a sua demonstração. Sobretudo quando se trata de fato negativo - é a chamada prova diabólica - expressão com origem no direito canônico em que se afirma que só o diabo poderia produzir prova negativa (MARTINS, 2019, p. 03).

dos esculápios e nosocômios” (SANTOS, 2008, p. 237).

Assim, o “remédio amargo” (que consumeriza uma relação que não deve sujeitar-se à lógica mercantil) que até então era uma consequência aceitável em face da lacuna legislativa processual brasileira, perdeu sua importância prática, na medida em que, com a entrada em vigor do Novo Código de Rito Civil, desde de 2016, já se pode perfeitamente obter a necessária inversão no regime geral de responsabilização cível, de uma forma muito mais racional, justa e perfeitamente adequada à natureza jurídica da relação, sem que ela precise receber uma chancela (inapropriada) de consumo.

Mas para que haja uma redistribuição do ônus de provar a culpa, é necessário que os elementos já disponíveis no processo tornem verossímil a versão por um dos contendores e que o juiz, na fase de saneamento, ao determinar as provas necessárias (art. 357 do CPC/15)¹⁶⁶, defina também a nova responsabilidade pela respectiva produção probatória (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 462-463).

Este “novo passo”, já implementado no direito processual brasileiro mas ainda não incorporado à análise processual dos contratos de tratamento, como refere Humberto Theodoro Júnior, “inspira-se no ideal de um *processo justo*, comprometido sobretudo com a *verdade real* e com os *deveres de boa-fé e lealdade* que transformam os litigantes em *cooperadores do juiz* no aprimoramento da boa prestação jurisdicional” (grifou-se) (2013, p. 463).

Como argumenta Eduardo Nunes de Souza, a noção de carga dinâmica da prova explica com mais acerto e facilidade a atribuição do ônus da prova ao médico, não partindo de um juízo apriorístico que caracterize o paciente simplesmente como consumidor vulnerável, mas considerando, em vez disso, a facilidade de acesso à prova no caso concreto (2016, p. 46).

A discussão posta desta forma impede o desvirtuamento da relação em simples matéria processual, tornando possível retornar ao estudo do mecanismo próprio de verificação da conduta culposa do médico, “tomando-se por pressuposto que à prova da (in)ocorrência de erro médico acorrerão tanto o profissional quanto o paciente, de acordo com as circunstâncias do caso concreto” (SOUZA, 2016, p. 46).

¹⁶⁶ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I – resolver as questões processuais pendentes, se houver; II – *delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória*, especificando os meios de prova admitidos; III – *definir a distribuição do ônus da prova*, observado o art. 373; IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento (grifou-se).

Não se deve levar em conta, no caso da relação paciente-médico, a noção de hipossuficiência, afinal, em todos os casos (ou quase todos¹⁶⁷) o paciente será hipossuficiente técnico em face do médico. No entanto, isso não pode significar que, em caso de desfecho adverso, o médico seja sempre presumivelmente culpado em face de seu dever de cuidado, sobretudo, tendo em vista as particularidades inerentes ao próprio contrato de tratamento.

Pode ser, inclusive, que na maioria dos casos que cheguem ao juízo, o médico esteja efetivamente em melhores condições para comprovar uma série de fatos. No entanto, não é razoável que, realizando materialmente uma obrigação eminentemente de meio, o médico tenha de, quando em juízo, fazer prova contrária, em todos os casos, de todos os fatos alegados pelo paciente, como se sua obrigação fosse invariavelmente de resultado (sempre obter a cura ou salvar o paciente).

A distribuição dinâmica do ônus da prova¹⁶⁸, no Brasil, positivou-se no sentido de que (i) nos casos previstos em lei (que, como referido, para o contrato de tratamento ainda não existem no Brasil) (ii) ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos processuais estáticos¹⁶⁹ (ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário), poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, “*desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído*”¹⁷⁰ (grifou-se).

Ou seja, a depender da análise do caso concreto, sem que seja preciso lançar mão do regime consumerista, está perfeitamente garantida a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do paciente, cabendo ao magistrado, no caso da carga dinâmica, estabelecer quem está em melhores condições de produzir a prova (*ope judicis*), a partir do disposto no Art. 373, §1º do CPC/2015.

Este novo artigo do CPC possui a grande vantagem de possibilitar com que o juiz, em face de um caso concreto, estabeleça de forma específica e customizada quais fatos caberão à cada parte provar, distribuindo de forma dinâmica o *onus probandi* em atenção às circunstâncias que lhes são apresentadas, sem subverter formalmente a atividade médica, transformando-a erroneamente, do

¹⁶⁷ Pode ocorrer, esporadicamente, que o próprio paciente seja um médico de igual ou maior capacidade técnica do que o médico que irá tratá-lo.

¹⁶⁸ Sobre esta nova característica de nosso Processo Civil, vide a lição de Marcelo Fernandes Amorim Oliveira, segundo a qual “O ônus dinâmico da prova surge pela interpretação do julgador e de sua necessidade de flexibilizar a distribuição legal do ônus probatório, com base na perspectiva de direitos fundamentais, pois há de se afirmar que a forma rígida estabelecida no ordenamento processual civil (art. 333 do Código anterior de 1973), às vezes, traz injustiças ao caso concreto” (2014, p. 75).

¹⁶⁹ Presentes no caput do art. 373 do CPC: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

¹⁷⁰ Art. 373, §1º do CPC/2015 (Lei nº 13.105/2015).

ponto de vista processual, numa obrigação de resultado (como faz, por via oblíqua, o CDC ao inverter de forma indiscriminada o ônus da prova).

E mais justo ainda, em havendo a inversão do ônus da prova, à outra parte é dada a possibilidade de se manifestar acerca da inversão realizada na audiência de saneamento, o que (i) abre a possibilidade do contraditório, (ii) favorece o princípio da solidariedade processual e (iii) privilegia a ideia de justiça ao se afastar de um formalismo estático – que pode levar a injustiças.

Afastando-se a responsabilidade civil médica do regime consumerista, poder-se-ia pensar que o §4º, do art. 14, para a apreciação de condutas médicas, passaria a ser letra morta. No entanto, tal entendimento não procede. O referido dispositivo, na nova concepção que aqui se defende, deve ser aplicado para a responsabilização de hospitais, clínicas, operadoras de saúde ou outros empreendedores comerciais na saúde, que sejam acionados judicialmente na esfera cível, quando a ação tiver como objeto um “erro médico”.

Esta sim, defende-se, é a correta utilização do dispositivo normativo em questão, afinal, estes fornecedores, ao contrário do profissional médico enquanto realiza um ato terapêutico ou diagnóstico, estariam sim submetidos à teoria do risco (proveito) – que sustenta a atração de todo o regime consumerista, tendo estes sujeitos o ônus de comprovar que não houve culpa por parte do profissional que lhe tem algum vínculo, mesmo em face do dever de cuidado. E, como demonstrado acima, toda e qualquer ação que tenha por objeto um ato médico, necessariamente passará pela apreciação da culpa médica.

A inversão do ônus da prova, decorrente de uma obrigação de resultado, não pode ser uma regra geral para os profissionais médicos em um contrato de tratamento, mas apenas uma excepcionalidade, determinada de forma específica quando algum fato realmente aponte para a razoabilidade da inversão. Existem ocasiões específicas na relação paciente-médico nas quais é extremamente justo e razoável que se presuma a responsabilidade do médico, invertendo-se o *onus probandi*, como será visto *infra* nos exemplos dos contratos de tratamento positivados no regime jurídico cível alemão, mas estas ocorrências não são a regra geral na atividade médica.

4.2.6 Uma análise adicional da Deontologia Médica em sua incompatibilidade com o CDC: a antinomia literal e sistêmica que inviabiliza o diálogo das fontes

A tese que aqui se defende, além dos argumentos já expostos, pauta-se também numa detida

análise da própria deontologia médica e sua incompatibilidade com o regime consumerista (e vice-versa), seja a partir da literalidade dos textos normativos, seja com base em uma análise lógico-sistemática, ou ainda com fulcro numa interpretação social e teleológica. Afinal, em seu dia-a-dia, os médicos pautam o seu agir profissional por normas (regras e princípios) provenientes da deontologia médica¹⁷¹, e analisar estas normas em face do regime consumerista atribuível à prática médica é fundamental.

Por vezes, contesta-se a legalidade das Resoluções do CFM por serem “antidemocráticas”, na medida em que elas não são constituídas pelas instâncias eleitas para representar o corpo social, nomeadamente, o Parlamento. No entanto, concordando-se com Christian Byk, apesar desta crítica, “deve-se reconhecer que essas regulamentações expressam algumas vantagens – em particular, *sua flexibilidade*” (grifou-se) (2015, p. 138), tornando sua atualização mais ágil em face do avanço diuturno da medicina. Assim, em sendo para proteger o paciente, tais normas devem ser usadas.

Até mesmo depois de uma eventual e adequada positivação do contrato de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro (tese também defendida nestes escritos), a normatividade deontológica médica, por sua celeridade e flexibilidade, deverá continuar sendo utilizada de forma subsidiária, desde que seja, sobretudo, para proteger o bem-estar biopsicossocial do paciente com base no princípio da vulnerabilidade e fazer-se justiça nos casos concretos.

Não se pode esquecer ainda que dentro do próprio normativismo jurídico, em face de uma lacuna (ou insuficiência) normativa, o art. 4º da LINDB¹⁷² declara que se deve integrar o direito, seja pela analogia, costumes ou princípios gerais do direito. Assim, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto um microsistema jurídico mais adequado não é legislado, as Resoluções podem/devem ser perfeitamente utilizadas para proteger o paciente e a própria relação paciente-médico.

Acerca da possibilidade da aplicação conjunta das normas do CDC e da Deontologia Médica, alguns autores, a exemplo de Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas, defendem que “é inegável a *completa e perfeita aplicabilidade* do diploma consumerista à atividade médica, aperfeiçoando as regras já existentes, especialmente aquelas insertas no Código de Ética Médica

¹⁷¹ Vide a já mencionada frase “no seu dia-a-dia, muitos profissionais, incluídos os do cuidado à saúde, pautam o seu agir profissional por normas ou regras provenientes dos chamados códigos deontológicos de uma determinada profissão, os códigos de ética ou códigos de ética profissional” (KIPPER; CLOTET, 1998, p. 40).

¹⁷² Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, rebatizado como “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro” pela Lei nº 12.376, de 2010. Art. 4º: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*” (grifou-se).

[...]” (grifou-se) (2014, p. 68). Como será demonstrado abaixo, não assiste qualquer razão a esta linha de argumentação.

Já em sentido contrário, Eduardo Nunes de Souza esclarece que a aplicação de regras do CDC cumuladas com um regime de responsabilidade baseado na culpa (no diálogo das fontes) não faz qualquer sentido, pois no direito do consumidor não se questiona se a responsabilidade é contratual ou extracontratual, nem se a obrigação assumida é de meios ou de resultado, porque tais categorias se referem, prioritariamente, à demonstração processual da culpa, e o elemento culposo não apresenta qualquer relevância para a responsabilidade civil no CDC (2015, p. 93).

Aqui filia-se a este segundo entendimento. Não obstante, ressalve-se que, com o devido cuidado e como apresentado (na seção 4.2.5 *supra*), o elemento culposo em Direito Médico pode sim amoldar-se ao regime consumerista, deste que o §4º do art. 14 seja utilizado apenas para a responsabilização de hospitais, clínicas, operadoras de saúde, etc., quando o objeto da ação for um ato médico propriamente dito (não para a apreciação da responsabilidade dos próprios profissionais médicos em específico).

Primeiramente e de forma literal, o Princípio Fundamental nº XX do Código de Ética Médica é taxativo ao afirmar, que (i) “a natureza personalíssima da atuação profissional do médico *não caracteriza relação de consumo*” (grifou-se). Já o art. 58 do mesmo Diploma, reforçando o mencionado princípio em sua interpretação teleológica, assevera que (ii) é vedado ao médico “o exercício *mercantilista* da medicina” (grifou-se). A interpretação destes dispositivos é clara: não se deve subverter a hierarquia dos objetos, sob pena de se comprometer o processo de tomada de decisão e toda a finalidade (*telos*) da Medicina em sua tarefa de promoção da saúde do paciente.

Ainda sobre a não consumerização/mercantilização da atividade médica, a partir de uma interpretação sistêmica do CEM, pode-se perceber que é impossível para um médico fazer publicidade (que tem fim comercial) de sua atividade, como qualquer outro comerciante, no intuito de alavancar suas vendas.

Assim, ao médico é vedado (iii) permitir que sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer meio de comunicação de massa, *deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da sociedade* (art. 111); (iv) divulgar informação sobre assunto médico *de forma sensacionalista, promocional* (art. 112); ou (v) participar de anúncios de *empresas comerciais* qualquer que seja sua natureza, valendo-se de sua profissão (art. 116).

Perceba-se, o médico pode até fazer propaganda (sem fim comercial) da sua atividade, mas desde que tal informe tenha finalidade meramente educativa e esclarecedora para a população, sobre uma determinada doença ou sobre um tratamento específico. É isso que esclarece, em complemento, o art. 8º da Resolução CFM nº 1.974/2011, quando assevera que (vi) “o médico pode, utilizando qualquer meio de divulgação leiga, prestar informações, dar entrevistas e publicar artigos versando sobre assuntos médicos de *fins estritamente educativos*” (grifou-se).

Ao médico é vedada a autopromoção, como já mencionado *supra*, definida normativamente como (vii) a “utilização de entrevistas, informações ao público e publicações de artigos *com forma ou intenção de auferir lucros de qualquer espécie*” (grifou-se) (Art. 9º, §1º, “d”, da Res. CFM nº 1.974/2011). Essa acertada vedação imposta aos médicos vai de encontro a uma regra básica do marketing – a capacidade do comerciante poder divulgar seus serviços de forma ampla na tentativa de alcançar mais clientes, persuadindo-os e aumentando a viabilidade do seu empreendimento.

Para ter lucro é fundamental que um fornecedor promova sua empresa (atividade). Assim, Philip Kotler, economista estadunidense considerado o pai do marketing, esclarece que “o mix de marketing consiste em todas as ações da empresa com a intenção de *influenciar a demanda de seu produto* [ou serviço]. As várias possibilidades podem ser reunidas em quatro grupos de variáveis, conhecidos como os quatro Ps: produto, preço, praça e *promoção*” (grifou-se) (1999, p. 31).

Dentro do pilar promoção, o referido autor explica que se encontram a publicidade e a promoção de vendas, ferramentas que todo e qualquer comerciante se utiliza para viabilizar a sua empreitada empresarial em busca do lucro, no entanto, instrumentos de marketing de massa expressamente vedados pelo CEM (dispositivo já mencionado).

O Código de Ética Médica ainda (viii) veda ao médico estabelecer vínculo de qualquer natureza com empresas que anunciam ou comercializam planos de financiamento, cartões de descontos ou consórcios para procedimentos médicos (art. 72), no objetivo de impedir com que tal vínculo, seja ele qual for, interfira na sua atividade-fim. Na atividade médica, não se pode relacionar a conduta do profissional com qualquer forma de facilitação no pagamento - a remuneração é impositivamente acessória.

Com estas claras restrições mercantis impostas pelo CEM, não se pode conceber que um médico seja um prestador de serviços como outro qualquer, na medida em que não pode utilizar ferramentas básicas de marketing ou de facilitação de pagamento, o que reforça a peculiaridade de sua atividade (*sui generis*), afastada de uma atividade comerciante/mercantil ordinária.

Em função até mesmo destas vedações às ferramentas de captação de clientes, reforça-se a procedência da nova nomenclatura já sugerida, neste trabalho, para a relação “paciente-médico”, pois, na medida em que ao médico são vedadas as ferramentas de publicidade ou promoção de vendas de seus serviços, o contrato de tratamento só pode ser estabelecido por uma demanda ou iniciativa que deriva sempre do paciente.

A saúde (e a doença), centelha originária da relação, pertence ao paciente. Na medida em que ao médico não é permitida a promoção de seus serviços, este nunca poderá, através da publicidade, ser o catalisador inicial do contrato de tratamento.

A deontologia médica, ainda no sentido da não mercantilização, *verbi gratia*, (ix) veda expressamente que sejam utilizadas “fotografias do antes e depois” (art. 13, §3º c/c do art. 3º, “g”, ambos da Resolução CFM nº 1.974/2011), na medida em que a utilização de tal expediente pode levar o paciente, de forma enganosa, ao entendimento de que haverá um “resultado similar garantido” em sua cirurgia a ser realizada – o que não é possível.

Neste quesito, a deontologia médica é tão restritiva, que o §4º do art. 13 da referida Resolução (x) veda também essa publicação de imagens mostrando o “antes e depois” (ou de elogios a técnicas e resultados de procedimentos), até mesmo, *nas redes sociais dos próprios pacientes ou de terceiros*, e caso isso ocorra, os médicos devem ser investigados pelos seus respectivos CRMs. O médico deve, portanto, aconselhar o seu paciente que não faça publicidade de um determinado tratamento ou procedimento em suas próprias redes sociais (do paciente), pois, caso o faça, uma sindicância pode ser instaurada em face do profissional para que seja investigada que tipo de vantagem este está recebendo com tais publicações.

É ainda pela não-consumerização da medicina que um profissional (xi) não pode anunciar especialidades médicas até então não reconhecidas pelo CFM, sendo vedada a utilização da mídia, incluindo as redes sociais, para divulgação de meios ou métodos que ainda não tenham o devido reconhecimento científico (art. 9º, “b”, da Resolução CFM nº 1.974). Neste mesmo sentido, o próprio art. 113 do CEM, veda a divulgação em mídia aberta (fora do meio científico) de processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido por órgão competente.

É pela interpretação destes dispositivos que “especialidades” como “medicina ortomolecular” ou “medicina integrativa”, que ainda não possuem confirmação científica da eficácia de seus métodos (e provavelmente nunca venham a possuir), e que por consequência não

constam no rol das especialidades médicas da Resolução CFM nº 2.149/2016¹⁷³, não podem ser publicizadas – caracterizando claro desvirtuamento da atividade médica, numa mercantilização subversiva da medicina por parte dos médicos que anunciam tais especialidades.

Além de ser impedido de fazer promoção de seus serviços (publicidade; autopromoção; facilitação de pagamento; imagens do antes e depois; benefício com publicações em redes sociais dos pacientes ou de terceiros; anúncio de especialidades que não são reconhecidas) ainda existem outras obrigações de fazer e não fazer impostas ao médico, pela deontologia médica, que o afastam da figura de um fornecedor/mercador da saúde.

A título de exemplo, não se pode imaginar que um típico fornecedor qualquer, exercendo livremente a sua atividade mercantil, seja obrigado a trabalhar de forma gratuita, apenas por dever profissional, independentemente de contraprestação acordada, pois, “é vedado ao médico deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo” (art. 33 do CEM).

Em síntese, apesar de não serem normas que foram submetidas ao processo legislativo em sentido estrito, é possível perceber que há aspectos normativos cogentes na Deontologia Médica que impõem importantes obrigações de fazer (atendimento de urgência e emergência) e de não fazer (restrições comerciais e mercantis) sobre o comportamento dos profissionais médicos, em função do bem jurídico objeto de sua atividade (a saúde e vida dos pacientes), que impedem o enquadramento destes como “fornecedores” dentro da perspectiva consumerista.

Já fazendo um exercício contrário, partindo-se para uma análise das normas do Código de Defesa do Consumidor em face da deontologia e da materialidade da própria atividade médica, destaque-se, de forma preliminar, que o “diálogo das fontes”¹⁷⁴ indica a aplicação simultânea do CDC com mais de uma lei geral ou especial, desde que seja de forma ordenada e coerente com o valor constitucional de proteção do consumidor – a parte vulnerável (MARQUES, 2016b, p. 791).

¹⁷³ Esta Resolução, que é uma norma atualizada e substituída ao longo do tempo, estabelece atualmente a relação de especialidades e áreas de atuação médicas aprovadas pela Comissão Mista de Especialidades, que homologa a relação das atuais 54 especialidades e 57 áreas de atuação médicas reconhecidas pela comunidade científica brasileira. Destaque-se ainda, que a competência do Conselho Federal de Medicina (CFM) para estabelecer e normatizar tais especialidades decorre do comando da Lei Ordinária Federal nº 3.268 de 30 de setembro de 1957, que reuniu todos os Conselhos Regionais em uma única autarquia federal, apesar de manterem suas respectivas personalidades jurídicas de direito público, com autonomia administrativa e financeira. Esta lei é regulamentada ainda pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958.

¹⁷⁴ Expressão criada por Erik Jayme (MARQUES, 2016b, p. 756).

Perceba-se que, de acordo com Claudia Lima Marques, a base da aplicação do diálogo das fontes surge do valor constitucional de proteção da pessoa humana, a qual deve ser aplicável (i) em favor da parte vulnerável e (ii) de forma ordenada e coerente. Ora, considerar a saúde e a vida das pessoas como uma mercadoria não é favorável à pessoa humana em sua dignidade, nem há coerência na aplicação do CDC à materialidade da relação paciente-médico. Na atividade médica, o potencial ou já instalado agravo (dano) à saúde do paciente, que conclama o mencionado privilégio terapêutico como um instituto específico da atividade médica, por si só, já afastam completamente o contrato de tratamento do regime consumerista, como se vê adiante.

A partir de uma técnica de interpretação lógico-sistemática (sistêmica) do próprio CDC em face do contrato de tratamento, por exemplo, o art. 39, XII declara ser prática abusiva do fornecedor “deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério”.

Este dispositivo legal faz total sentido quando se está diante de um prestador de serviços que procede à manutenção do ar-condicionado na casa do consumidor, ou recebe o veículo do consumidor em uma concessionária para uma revisão. Nestes casos, realmente, seria injusto (e ilegal) iniciar os respectivos serviços sem o consentimento do consumidor ou sem estabelecer um prazo de conclusão para os serviços.

No entanto, sob pena até mesmo de incorrer em falta ético-profissional, e também por questões materiais ínsitas à prestação do seu serviço, o médico não pode garantir um termo final para um tratamento (apesar de poder estabelecer um prognóstico), assim como não pode, sob pena de cometer até mesmo um ilícito penal¹⁷⁵, ficar condicionado ao aperfeiçoamento de um acordo para estabelecer o termo inicial de tratamentos de urgência, emergência ou em algumas situações não eletivas associadas ao iminente perigo de vida (situações de privilégio terapêutico).

Já em seu art. 39, VI, do CDC, o legislador declara também ser considerada como prática abusiva, portanto um ato ilegal, “executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor”. Ocorre que, pelo fundamento já mencionado, incorrerá no mesmo ilícito administrativo (art. 22 do CEM)¹⁷⁶ e penal (do art. 135-A do CP) um médico que numa situação de urgência ou emergência não atenda o paciente sob a alegação de que precisa observar o mencionado comando normativo do CDC. A antinomia salta aos olhos.

¹⁷⁵ Art. 135-A do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940), incluído pela Lei nº 12.653/2012.

¹⁷⁶ Art. 22, do CEM: [É vedado ao médico] deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, *salvo em caso de risco iminente de morte* (grifou-se).

Em complemento, nestes casos de urgência e emergência, em que a ausência do atendimento possa trazer danos à saúde do paciente, o médico é obrigado a agir imediatamente, mesmo que não deseje ou que isso contrarie os ditames de sua própria consciência ou credos (Princípio Fundamental nº VII do CEM)¹⁷⁷.

Estes dispositivos são completamente incompatíveis com o comando consumerista acima exposto. E ratifica perfeitamente a hierarquia dos objetos aqui exposta (seção 4.2.1), a qual estabelece que nos contratos de tratamento “acima de tudo está a saúde do paciente”.

Reitere-se, a profissão médica, em função do bem jurídico mediato em questão (a saúde e vida do paciente), é exercida em um regime completamente *sui generis*, sendo vedado ao médico “deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria” (grifou-se) (art. 7º do CEM).

Ainda em seara de prática abusiva na perspectiva consumerista, é considerado ilegal “permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo” (art. 39, XIV, do CDC)¹⁷⁸. Ora, se esse comando fosse realmente seguido na atividade médica, milhares de pacientes deveriam ter seus atendimentos prontamente negados nos hospitais públicos (e privados) deste país, os quais, como cediço, atendem bem acima da sua capacidade efetiva.

Como se diz na prática médica, “a porta da emergência deve permanecer sempre aberta”.

Neste caso, se fosse aplicável à atividade médica, o CDC estaria favorecendo um instituto condenado pela bioética, conhecido como mistanásia (eutanásia social)¹⁷⁹, a qual constitui-se na “omissão, ou a falta de condições mínimas de saúde, [que] resulta[m] em afronta à dignidade da pessoa humana e demais direitos e garantias fundamentais” (CARVALHO; SALDANHA; MUNEKATA, 2016, p. 240).

¹⁷⁷. “O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, *excetuadas as situações* de ausência de outro médico, *em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente*” (grifou-se).

¹⁷⁸ Dispositivo incluído no CDC pela Lei nº 13.425/2017, que tem por objeto o justo motivo de estabelecer diretrizes gerais sobre medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público, mas que não faz o menor sentido numa aplicação ao contrato de tratamento na realidade brasileira.

¹⁷⁹ Considera-se que o termo mistanásia trata-se da eutanásia social, na medida em que “a mistanásia não condiciona sua caracterização à ação de abreviar [a vida] por desligamento de aparelhos, injeção letal ou coisa do tipo [...] pois a simples e grave ação do descaso, o aumento da angústia do paciente *por não ter acesso ou por ter sido deixado à própria sorte*, já podem ser causa de uma “morte infeliz” (grifou-se) (CARVALHO; SALDANHA; MUNEKATA, 2016, p. 233-234).

Perceba-se que o Diploma Consumerista foi feito para os comerciantes/fornecedores de serviço do mercado de consumo comum, que não tem qualquer relação com a prática médica cotidiana, e não podendo ser utilizado para se regulamentar a relação do paciente diretamente com um médico quando este executa ato terapêutico ou diagnóstico. Nenhum paciente busca no booking.com ou decolar.com¹⁸⁰ uma vaga numa emergência ou um leito numa UTI.

Prosseguindo com a análise da incompatibilidade lógico-sistemática, em seu art. 51, I, o CDC ainda declara a completa nulidade de cláusulas contratuais que excluam ou mesmo atenuem o dever de indenizar em caso de dano. Usando-se os mencionados exemplos do prestador de serviços em face da manutenção de um ar-condicionado, ou numa revisão automotiva, este dispositivo faz muito sentido. Entretanto, o dano, quando analisado na prática médica, deve ter suas particularidades muito bem observadas.

Para que haja a responsabilização civil na modalidade subjetiva, como já mencionado, quatro pressupostos devem estar presentes: a conduta (contrária ao direito ou fora do padrão esperado), o dano (que representa uma lesão ao patrimônio material, moral ou estético da vítima¹⁸¹), o nexo de causalidade (o liame entre a conduta e o dano), e a culpa (comportamento humano voluntário, por ação ou omissão, que produz consequências jurídicas).

Ocorre que um destes pressupostos, até agora não analisado de forma pormenorizada, pode ser reconhecido como algo ínsito à própria atividade médica, ou até mesmo como a própria razão desta existir, pois “a Medicina é tão antiga quanto a dor” (FRANÇA, 2016, p. 09).

Um contrato de tratamento, ao ser celebrado, provavelmente buscará corrigir um dano (doença, distúrbio, trauma) já instalado no paciente. E em adição, ao longo de um tratamento, para se salvar a vida do paciente, podem ocorrer uma série de outros agravos à saúde do paciente que não podem ser atribuídos a uma conduta médica inadequada.

Primeiramente, tomem-se como exemplo as *iatrogenias*¹⁸², lesões necessárias para que o próprio paciente tenha sua saúde reestabelecida. Um paciente, ao ingressar em uma unidade de urgência, inevitavelmente será furado por agulhas, poderá ter seu corpo sujeito a radiações em

¹⁸⁰ Sites na rede mundial de computadores que servem de buscador para passagens aéreas e hospedagem.

¹⁸¹ A possibilidade de cumulação destes três tipos de dano está sumulada pelo STJ (Súmula 387). No entanto, não se deve esquecer que o dano estético é apenas uma modalidade do dano moral.

¹⁸² Em síntese apertada, *iatrogenia* (*stricto sensu*) é um efeito adverso ou uma complicação possível de acontecer em decorrência do próprio tratamento médico, à qual, apesar de ser um agravo à saúde do paciente, não pode ser imputada ao médico. É decorrência da ponderação entre riscos e benefícios, via de regra, consentidos de forma esclarecida pelo paciente. Ex: amputação de perna em razão de diabetes (COUTO FILHO; SOUZA, 2008, p. 33).

exames complementares, ou estará sujeito a outras lesões necessárias ou inevitáveis para o seu tratamento. O dano faz parte, geralmente, do ato terapêutico ou diagnóstico inevitável para que um outro dano maior seja prevenido ou reparado.

Lembre-se do exemplo da amputação de um dos membros inferiores, abaixo do joelho, do jovem goleiro Jackson Follmann (com 24 anos à época), do time de futebol da Chapecoense, em 2016, quando da trágica queda do avião que transportava a equipe num voo da companhia aérea venezuelana LaMia. Tal amputação foi necessária para que a vida do imberbe jogador fosse salva, mesmo que isso tenha representado sua aposentadoria extremamente precoce.

Independentemente da clara responsabilidade da companhia em face da queda do avião (por sua responsabilidade objetiva pelo transporte aéreo), não seria minimamente razoável, em face do atendimento médico, que o consentimento informado obtido por parte da equipe médica, no que tange ao dano necessário para o êxito do tratamento (amputação da perna), fosse tido como uma cláusula nula, pois subsumível à referida regra consumerista (art. 51, I).

O aludido comando normativo ainda se torna inaplicável à prática médica na medida em que um dano ao paciente pode decorrer de *complicações* ocorridas durante a execução do contrato, como novas patologias que se desenvolvem ao longo do tratamento. Um paciente internado e entubado na UTI, por um tempo prolongado, pode fazer um quadro de infecção respiratória, e este novo dano aos pulmões do paciente não pode ser imputado à culpa médica (apenas e talvez ao nosocômio). Podem ainda ocorrer *efeitos adversos* em função de uma farmacocinética desconhecida, ou ainda um evento inesperado pela própria *inexatidão da ciência médica*.

Uma série de *intercorrências* podem ocorrer, até mesmo em um simples atendimento de urgência. Suponha-se que uma paciente chegue a um pronto atendimento queixando-se de dor abdominal e a mesma apresente uma alergia ao medicamento que lhe foi administrado, complicando com um edema de glote¹⁸³.

Neste caso, se quando da anamnese¹⁸⁴ tivesse sido perguntado à paciente se a mesma possuía alguma alergia geral ou específica, e ela tivesse negado, este potencial dano superveniente

¹⁸³ O edema de glote é o inchaço desta estrutura, que fica localizada na laringe, e permite a entrada de ar para os pulmões, secundária a uma reação alérgica. Sendo assim, o principal sintoma do edema de glote é a falta de ar, que pode estar associada a edema dos lábios e da face, placas vermelhas e pruriginosas pelo corpo e extremidades cianóticas (roxas).

¹⁸⁴ A anamnese, que significa trazer de volta a memória (*ana* = trazer de volta; recordar *mnese* = memória), é realizada através da técnica da entrevista, e define-se como “a primeira fase de um processo, na qual a coleta destes dados permite ao profissional de saúde identificar problemas, determinar diagnósticos, planejar e implementar a sua assistência” (SANTOS; VEIGA; ANDRADE, 2011, p. 356).

não pode ser atribuído à uma falha no atendimento, e o mesmo pode estar perfeitamente mencionado no prontuário, compondo um consentimento informado válido (não sendo nulo).

O prontuário, aliás, é o principal documento a ser utilizado em favor do paciente, mas as informações normativas sobre a sua importância no contrato de tratamento só encontram luz no Código de Ética Médica (arts. 85, 87, 88, 89 e 90) e nas Resoluções do CFM¹⁸⁵. Não no CDC.

Até mesmo por este motivo, pela importância do prontuário enquanto documento central na atividade médica, um projeto de lei ordinária que busque positivar os contratos de tratamento aqui no Brasil, de forma adequada, deve trazer regras claras sobre este documento¹⁸⁶.

Em resumo, tornar nula qualquer cláusula do contrato de tratamento que verse sobre um dano ínsito à atividade, contida no prontuário ou no termo de consentimento, não coaduna com a própria essência da atividade médica. Se fosse assim, a medicina seria inexecutável, pois todo profissional seria responsabilizado civilmente por simplesmente exercer a medicina.

A aplicação conjunta e coordenada das fontes busca afastar as lacunas, onde o direito pode ser complementado por outras leis e princípios, elevando a visão do intérprete para “o *telos* do conjunto sistemático de normas” (MARQUES, 2016b, p. 792). Ou seja, o diálogo das fontes deve ser usado a partir de uma interpretação teleológica (finalidade), que favoreça realmente, no final das contas, a parte vulnerável do contrato.

Em conclusão, ao se tentar realizar o “diálogo das fontes” acerca da relação paciente-médico na esfera cível, mantendo-se a coerência em face da literalidade expressa do CEM e das Resoluções do CFM, só tornam-se possíveis duas hipóteses: (i) ou adota-se o CDC para disciplinar a relação, não sendo possível a aplicação do CEM e das Resoluções do CFM, de modo subsidiário, em função das antinomias expressas apresentadas acima; (ii) ou aplica-se o Código Civil, a Lei do Ato Médico, o CEM e as Resoluções do CFM, de forma dialógica, coerente e coordenada, pois estas são normas completamente harmônicas e complementares entre si, atendendo efetivamente à finalidade de promoção dos direitos do paciente e contribuindo com a prevenção dos litígios entre paciente e médico (preservando a relação jurídica).

¹⁸⁵ A Resolução CFM nº 1.605/2000, a qual esclarece que o médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica a terceiros; a Resolução CFM nº 1.638/2002, que define em que se constitui um prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde; e a Resolução CFM nº 1.821/2007, que trata do prontuário eletrônico.

¹⁸⁶ Vide sugestão do art. 609-F constante no Apêndice A *infra*.

Esta segunda solução é a única viável. Salvo se todas as antinomias apresentadas forem ignoradas e/ou o desejo do aplicador do direito não seja efetivamente favorecer o paciente pela não mercantilização da relação paciente-médico, retrocedendo no tempo ao retornar o paciente e sua saúde à uma condição de mero objeto, agora não mais da Medicina, mas do Mercado.

Claudia Lima Marques, que acompanhou a confecção do CDC na condição de consultora jurídica, refere que a justiça contratual (*Vertragsgerechtigkeit*) “só será alcançada pelo aplicador da lei se bem escolher os Códigos e as normas que se aplicam, separadamente, conjuntamente ou subsidiariamente, àquela relação contratual em especial” (2016a, p. 60). O intérprete, portanto, deve ser capaz de identificar a função social do contrato que examina e no contexto em que examina (2016a, p. 59).

O CDC, em seu “aparente favorecimento” do paciente com as ferramentas processuais já apontadas, não estabelece regras materiais específicas e adequadas à relação ora em análise, não tutelando os direitos materiais do paciente previamente, pois, não se determina legalmente o que deve constar na avença (sem apresentar ao paciente quais são os seus direitos, nem ao médico quais são seus deveres), nem posteriormente à instalação do litígio, pois não há regras materiais que sirvam de parâmetro posterior, para análise da lide em juízo.

Esta ausência de regras materiais é degeneradora para a relação paciente-médico, pois ao não estabelecer previamente qualquer direito ou dever específico das partes, em um contrato de tratamento, o regime consumerista não favorece em absolutamente nada o consentimento informado livre e esclarecido¹⁸⁷, como visto, núcleo material do princípio bioético do respeito à autonomia, que representa uma conquista histórica dos pacientes em face do aparato médico.

Em suma, existem normas que compõem um microsistema jurídico adequado para a apreciação da relação paciente-médico no atual ordenamento brasileiro, mas que são incompatíveis com o regime consumerista. Estas normas estão distribuídas em outros diplomas, compondo, em conjunto, um parâmetro jurídico disciplinador da relação mais condizente com a dignidade do paciente e com a evolução da sua relação com o médico.

¹⁸⁷ Para um aprofundamento no estudo do princípio da autonomia e no instituto do consentimento informado, sugere-se, respectivamente, as obras BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013, e PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

4.2.7 O correto enquadramento da relação paciente-médico no atual ordenamento jurídico brasileiro

O Direito Médico, bem como a Bioética, tem como marca a interdisciplinaridade, pois a investigação da relação jurídica paciente-médico demanda, necessariamente, na teoria e nos casos concretos, tanto conhecimentos jurídicos quanto os conhecimentos oriundos da ciência médica e da normatividade ética médica, como visto acima e na seção 3.

Advogados e Médicos, aliás, na condição de profissionais liberais, têm muito em comum, na medida em que ambos (i) têm a fidedignidade como base da relação com o seu “cliente”; (ii) têm o acentuado dever do sigilo profissional; (iii) têm respectivos códigos deontológicos que proíbem a mercantilização de suas atividades (as restrições para os médicos são até maiores neste ponto); (iv) e cuidam das mazelas do ser humano: os médicos das doenças que se manifestam da pele para dentro e os advogados tentam resolver os conflitos que afligem o ser humano da pele para fora.

Ambas atividades são tipicamente obrigações de meio, pois, assim como os advogados não podem garantir o êxito em um processo judicial, os médicos também não podem garantir a cura de seus pacientes em face de uma enfermidade. Em nenhuma das duas atividades o resultado pode ser assegurado. No entanto, o resultado da apreciação jurídica destas duas nobres e similares atividades, no que tange a responsabilização cível, vem sendo completamente diferente.

No que se refere à responsabilização dos advogados, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento¹⁸⁸ de que para disciplinar as relações contratuais estabelecidas entre os patronos e seus clientes, deve ser afastado o CDC e aplicados o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.096/94) e o Código de Ética e Disciplina da OAB, em função do critério da especialidade, o qual determina que, em havendo uma antinomia normativa dentro de um mesmo ordenamento jurídico, o diploma mais específico deve afastar um outro mais geral (inespecífico).

A antinomia é, para o aplicador da lei, ao mesmo tempo um desafio e um momento de subjetividade criativa, pois ele deve recorrer não só à lógica, mas aos valores e finalidades do

¹⁸⁸ O STJ já pacificou o entendimento de que para disciplinar as relações contratuais estabelecidas entre o advogado e seu cliente deve ser aplicado o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.096/94) e o Código de Ética e Disciplina da OAB. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especiais: REsp 532377/RJ (2003/0083527-1); REsp 539077/MS (2003/0099158-3); REsp 757.867/RS (2005/0095883-2); REsp 914105/GO (2006/0276246-4); REsp 1134889/PE (2009/0067458-6).

próprio sistema e escolher a norma mais justa para o caso concreto (MARQUES, 2016b, p. 703). Assim, segundo o STJ, os advogados não estão sujeitos à disciplina consumerista, pois a Lei 8.906/94 (EAOAB) é mais específica, afastando a regra geral da Lei 8.078/90 (CDC).

Ora, assumindo-se o mesmo critério da especialidade¹⁸⁹, este não pode ser utilizado para que o CDC seja aplicável à relação paciente-médico, pois em todo o texto do CODECON não aparece, uma vez sequer, como já mencionado, qualquer das palavras “paciente” ou “médico”, ou nem algo que remeta o intérprete, minimamente, a um contrato de tratamento.

A relação entre dois civis sem fim econômico ou de lucro, é uma relação civil *stricto sensu* e deve ser regulada pelo Código Civil de 2002 (MARQUES, 2016a, p. 61), portanto, não subsumível ao CDC. Assim, o microsistema jurídico existente no ordenamento brasileiro, que disciplina o contrato de tratamento de forma específica na esfera cível, encontra-se inicialmente no Código Civil, especificamente em dois artigos que tratam desta relação especial (arts. 15 e 951).

Estes dispositivos no Código Civil, como já alertava Miguel Kfoury Neto¹⁹⁰, apesar de não serem ainda o ideal por estarem esparsos e sem unidade temática, já compõem o atual marco normativo para a disciplina jurídica da responsabilização civil dos médicos.

O art. 15 do CC nada mais é do que própria positivação do princípio bioético do respeito à autonomia do paciente¹⁹¹, que traz de forma implícita o contemporâneo conceito de saúde, na medida em que respeitar o bem-estar biopsicossocial do paciente pode significar, no caso concreto, não favorecer o aspecto meramente biológico, mas que traduz plenamente a titularidade de a quem cabe definir se um tratamento será ou não realizado sobre seu próprio corpo: o paciente.

Este dispositivo do Código Civil representa o ocaso da beneficência médica, que regra geral deve ceder em face da vontade do paciente autônomo que não consente com um determinado

¹⁸⁹ A teoria do ordenamento jurídico estabelece alguns parâmetros para a resolução das chamadas antinomias jurídicas, na medida em que o ordenamento, de forma coesa, deve fazer sentido e as normas não podem dispor de forma diversa uma mesma situação fática. Neste sentido, existem três critérios clássicos de solução de antinomias, comumente utilizados para que se resolva um conflito normativo instalado: (i) o critério *hierárquico*, no qual a lei superior revoga a lei inferior (*lex superiori derogat inferiori*); (ii) o critério *cronológico*, no qual a lei posterior revoga a anterior (*lex posteriori derogat priori*); e o critério da *especialidade*, no qual a lei especial revoga a lei geral (*lex speciali derogat generalis*) (SOARES, 2017). No mesmo sentido, Claudia Lima Marques esclarece que “o critério da especialização baseia-se na ideia de *leis especiais para regerem determinados assuntos os determinados indivíduos ou grupos, pressupondo a maior força das leis específicas em face das leis gerais*” (grifou-se) (2016b, p. 702).

¹⁹⁰ Para o referido autor, é necessário no ordenamento jurídico brasileiro dispositivos que disponham sobre a responsabilização civil dos médicos *de lege ferenda*, não como dispõe o atual Código Civil, sendo cristalina a necessidade de se construir um novo microsistema jurídico, feito sob medida, tendo em vista as especificidades da relação paciente-médico (KFOURI NETO, 2013, p. 326).

¹⁹¹ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

tratamento ou procedimento médico. E demonstra que o CC está em perfeita harmonia e complementariedade com o CEM.

Já o art. 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 ou negligência¹⁹², em plena consonância com o entendimento mundial.

Este artigo também se encontra em perfeita harmonia com o Código de Ética Médica, na medida em que a seção deontológica do CEM inicia a disciplina da responsabilidade profissional referindo, logo no *caput* do seu artigo 1º, que é vedado ao médico “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

Nesta concepção tradicional de contrato, subjetiva e com obrigação de meio, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade (contrato paritário) perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade (MARQUES, 2016b, p. 71-72).

Ora, se se deve observar, realmente, o respeito a autonomia do paciente e a sua capacidade de definir em detalhes os rumos contratuais de acordo com a sua vontade (esta importante conquista bioética), a sua avença com um médico não pode ser considerada como um contrato de adesão (técnica de conclusão e disciplina dos chamados contratos de massa)¹⁹³, imposto unilateralmente, instrumento típico do fornecedor mercantil da sociedade de consumo. Será com a operadora de saúde, mas não com o médico.

Mais ainda, tanto o art. 15 quanto o art. 951 do Código Civil são dispositivos específicos do contrato de tratamento, ou seja, aplicáveis exclusivamente à relação paciente-médico e inaplicáveis a qualquer outra situação fática de prestação de serviços, destinando-se apenas a regulamentar esta figura contratual *sui generis*, que tem de um lado um paciente e do outro um médico. É aqui que reside a especialidade.

¹⁹² Art. 951 do CC: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por *aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho*” (grifou-se).

¹⁹³ Contrato de adesão é um contrato homogêneo em seu conteúdo, mas concluído com uma série ainda indefinida de contratantes (...) cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar o conteúdo do contrato escrito (MARQUES, 2016b, p. 73-78). Ora, como se vê, esta figura contratual não se coaduna com o atual entendimento acerca do contrato de tratamento, que tem como núcleo central o consentimento informado, no qual o paciente especifica, ao longo do tratamento, exatamente qual tratamento e a quais procedimentos aceita submeter-se, entendendo de forma livre e esclarecida cada conduta médica no que tange custos e benefícios.

Destarte, *mutatis mutandis*, na medida em que, como demonstrado, a especificidade normativa para o contrato de tratamento se encontra nestes dispositivos do Código Civil e na Lei do Ato Médico, não no CDC (que não tem um artigo sequer que trate especificamente da avença entre paciente e médico), uma mínima coerência decisional do STJ determinaria que o contrato de tratamento fosse retirado imediatamente do regime consumerista.

Ao mencionar o Superior Tribunal de Justiça, vale destacar que também já existe decisão da Quarta Turma da Corte favorável ao entendimento que ora se defende nestes escritos, que reconhece a inaplicabilidade do CDC na apreciação judicial da relação estabelecida entre o paciente e seu médico¹⁹⁴. Entretanto, esta importante decisão não apresentou fundamentação suficiente (*ratio decidendi*)¹⁹⁵ em seu inteiro teor que possibilitasse assumi-la realmente como um precedente.¹⁹⁶

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PROCEDIMENTO MÉDICO. EXCLUSÃO NO CASO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. EMENTA. 1 - A reparação do dano decorrente de cegueira total do olho direito em razão de procedimento cirúrgico de remoção de catarata teve por fundamento, em aceitação de doutrina norte-americana, a inversão do ônus da prova, no caso de erro médico. No entanto, a interpretação consumerista não se aplica à espécie, dado que a lide foi decidida sem a invocação protecionista da inversão probatória, visto não se tratar de relação de consumo. 2 - Recurso especial conhecido e provido. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, renovando-se o julgamento, após a leitura do relatório, a sustentação oral, e a leitura dos votos dos Ministros Relator e Massami Uyeda, e os votos dos Ministros Fernando Gonçalves e João Otávio de Noronha, acompanhando o voto do Ministro Massami Uyeda, e o voto-vencido do Ministro Aldir Passarinho Junior, acompanhando o voto do Ministro Relator, por maioria, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Vencidos os Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 23 de setembro de 2008 (data de julgamento)”. No julgado, o Exmo. Ministro Massami Uyeda, em voto-vista que convenceu a maioria dos Ministros, fundamentou sua discordância do Relator nos seguintes termos: “(...) Na realidade, ao aplicar esta linha de interpretação consumerista ao caso em tela, inaplicável à espécie, pois não há poder-se rotular hipótese de procedimento cirúrgico a comportamento subsumível à relação de consumo, com a inversão do ônus da prova, bem de ver que, sem se adentrar ao exame da prova produzida nesta instância superior há de se prestigiar a r. sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pleito indenizatório, posto que ali a lide foi adequadamente decidida, sem a invocação protecionista da inversão probatória, visto não tratar-se de relação de consumo”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processual Penal. Recurso Especial nº 466.730 - TO (2002/0109327-0). Órgão Julgador: Quarta Turma. Ministro Relator: Hélio Quaglia Barbosa. Data de Julgamento: 11/09/2007. Data de Publicação: DJU 23/09/2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2018569/recurso-especial-resp-466730-to-2002-0109327-0/inteiro-teor-12224479>. Acesso em: 12 jul. 2019).

¹⁹⁵ Conforme apontado pela melhor doutrina, o Novo Código de Processo Civil exige uma mudança na forma do julgamento colegiado, que atualmente se dá por adesão à conclusão e que deve passar a ser realizado por adesão à fundamentação. Os julgadores não poderão se limitar a aderir o voto do relator (apenas sua parte dispositiva), cabendo expressar sua concordância de forma expressa aos seus fundamentos, cabendo também, e em especial, ao magistrado expor sua discordância com tais fundamentos ainda que concorde com a conclusão do voto condutor. “Se for difícil a identificação da *ratio decidendi* do precedente, seja por sua fundamentação insuficiente ou por não estar a questão jurídica decidida bem delineada, afasta-se sua eficácia vinculante” (NEVES, D., 2016, p. 1.314).

¹⁹⁶ Pois, para que seja confeccionado um precedente, deve-se observar as razões generalizáveis que podem ser extraídas da *justificação* das decisões, necessariamente dentro da moldura dos casos dos quais decorrem, e que emanem exclusivamente das Cortes Supremas sendo sempre obrigatórios – isto é, vinculantes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 611).

Desta forma, sem fundamentação adequada acerca da escolha do regime jurídico para resolução da lide naquele momento, o acertado entendimento do STJ não desencadeou sua eficácia vinculante. Talvez, se a Quarta Turma tivesse evidenciado oportunamente seu fundamento determinante da decisão, acolhido pela maioria dos julgadores, já pudesse existir no judiciário brasileiro algum distanciamento da redução consumerista, a qual não se mostra o melhor caminho.

No que tange o direito à informação na relação paciente-médico, alguns autores defendem que este pode ser extraído do art. 6º, III, do CDC¹⁹⁷, no entanto, o mencionado dispositivo não apresenta a necessária especificidade que esta relação demanda, possuindo apenas uma genérica destinação à prática mercantil. Ademais, igual comando acerca do dever de informação pode ser perfeitamente extraído dos deveres anexos, derivados da boa-fé contratual presente no art. 422 do próprio Código Civil¹⁹⁸.

Em complemento e harmonia com o Código Civil, as normas sobre consentimento informado livre e esclarecido, núcleo do dever de informação, estão detalhadas no Código de Ética Médica, que traz de forma pormenorizada o direito do paciente (i) de ser informado e consentir com um tratamento (art. 22 do CEM)¹⁹⁹; (ii) de ser informado do seu diagnóstico, prognóstico e dos riscos e objetivos do tratamento (art. 34 do CEM)²⁰⁰; (iii) de ter seu segredo médico devidamente guardado (art. 73 do CEM)²⁰¹; (iv) de participar em pesquisas apenas se for da sua

¹⁹⁷ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

¹⁹⁸ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁹⁹ [É vedado ao médico]: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

²⁰⁰ [É vedado ao médico]: Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, o risco e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal

²⁰¹ [É vedado ao médico]: Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

vontade (art. 101 do CEM)^{202 203}; e (v) de escolher em participar ou não em atividade docente para o ensino acadêmico dos médicos (art. 110 do CEM)²⁰⁴.

A normatividade ética médica ainda traz a importante Recomendação CFM nº 01/2016, que detalha como deve ocorrer e como funciona o processo de obtenção do consentimento informado, livre e esclarecido na assistência médica, nos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que são indicados ao paciente caso-a-caso.

O reforço à autonomia do paciente constitui-se na principal contribuição do CEM para a sociedade e simbolizou a introdução da medicina brasileira no século XXI. Aquele que recebe atenção e cuidado passou a ter o direito de recusar ou escolher seu tratamento. E este aperfeiçoamento corrige a falha histórica que deu ao médico um papel paternalista e autoritário nessa relação, fazendo-a progredir rumo à cooperação – abordagem sempre preocupada em assegurar a beneficência das ações profissionais em acordo com o interesse do paciente²⁰⁵.

4.3 CONTRATO DE TRATAMENTO NO BGB E SUA CORRESPONDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para finalizar e complementar o enquadramento da relação paciente-médico no atual ordenamento jurídico brasileiro, que aqui defende-se como o mais adequado, uma breve análise de direito comparado se faz necessária.

²⁰² [É vedado ao médico]: Art. 101. Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.

Parágrafo único. No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão.

²⁰³ Vale destacar ainda que o consentimento do paciente é objeto da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005), como já mencionado, a qual em seu artigo 6º traz de forma expressa importantes considerações sobre o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, o qual deve estar presente em qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica, baseado em informação adequada. (Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 29 maio 2019).

²⁰⁴ [É vedado ao médico]: Art. 110. Praticar a Medicina, no exercício da docência, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem zelar por sua dignidade e privacidade ou discriminando aqueles que negarem o consentimento solicitado.

²⁰⁵ Estas são as palavras de Roberto Luiz d'Ávila, então presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM) e coordenador da Comissão Nacional de Revisão do Código de Ética Médica, em 2009. Cf. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica. Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010, p. 22-23. Disponível em: http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf. Acesso em: 07 abr. 2019.

Em alguns ordenamentos jurídicos, a referida relação já encontra lugar especial reservado, compondo uma espécie de relação jurídica de natureza *sui generis* dentro do gênero dos contratos de prestação de serviços, como individualiza o Código Civil Alemão²⁰⁶.

Este diploma, vale muito lembrar, ao separar a parte geral da parte especial, serviu de inspiração para a estrutura do atual Código Civil Brasileiro. Assim, não há dúvidas que o *Zivilgesetzbuch* (ou *Bürgerliches Gesetzbuch*: BGB), o Código Civil Alemão, influenciou o atual ambiente civilista brasileiro e ainda pode servir como uma importante fonte de inspiração.

O “Projeto de Lei para melhoria os direitos *dos pacientes*” (grifou-se)²⁰⁷ - precursor da lei que procedeu a alteração no BGB, justificou a necessidade de positivação do contrato de tratamento sob os principais argumentos de que (i) os direitos dos pacientes naquele país se encontravam em uma série de regulamentos esparsos, sem uma unidade normativa reguladora; (ii) a ausência de normas formais específicas entre o paciente e o médico era reconhecida como fonte de dificuldade para que todas as partes interessadas conheçam seus direitos e deveres, sobretudo, para que os pacientes possam exigir seus direitos quando violados; (iii) esta lacuna comprometia a transparência e segurança jurídica; (iv) a constatação da crescente complexidade da medicina e a variedade de opções nos tratamentos exigem regulamentações que aproximem pacientes e cuidadores; (v) e era necessário o reconhecimento de que os paciente sofrem de “males específicos”²⁰⁸.

Todos estes fundamentos, aplicáveis integralmente à realidade brasileira, exigiam a confecção de uma moldura jurídica particular para os pacientes e para o provedor do tratamento, pois regras legais transparentes e adequadas fornecem a ambos os lados, pacientes e médicos, (i) a segurança jurídica necessária, contribuindo para (ii) a melhoria da relação pela prevenção de

²⁰⁶ BGB: Bürgerliches Gesetzbuch: arts. 630a a 630h. Todo texto em alemão presente nestes escritos foi traduzido livremente do texto original do Código Civil Alemão. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

²⁰⁷ Tradução livre de *Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten*. Disponível desde 15/08/2012 em: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/104/1710488.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2018.

²⁰⁸ Os alemães identificaram que os pacientes sofrem de inúmeros males específicos em sua condição, como “o não cumprimento de seus desejos pessoais em seus tratamentos; a demora no processo de aprovação de serviços pela seguradora de saúde; a recusa no acesso à sua documentação médica ou portuário; e, em adição, com o próprio erro médico no tratamento”. Tradução livre de “*Im Behandlungsalltag erleben Patientinnen und Patienten jedoch auch immer wieder Defizite. Dies reicht beispielsweise von einer Nichtbeachtung persönlicher Behandlungswünsche, zeitraubenden Bewilligungsverfahren für Leistungen durch die Krankenkassen, der Versagung des Einblicks in die ärztliche Dokumentation bis hin zu Fehlern in der Behandlung*”. Projeto de Lei “Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten”. p. 09. Disponível em: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/104/1710488.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2018.

litígios, bem como (iii) oferecendo adequados parâmetros decisoriais para quando as contendas jurídicas fossem instaladas.

4.3.1 Estrutura básica e topografia dos contratos de tratamento no BGB

A maior transparência e segurança jurídica almejada pelo “contrato de tratamento” foi formalizada, em suma, na (i) definição de informações básicas a serem fornecidas ao paciente; (ii) na obrigação do médico em documentar devidamente o tratamento; (iii) no direito do paciente em inspecionar seus registros médicos; e (iv) na distribuição do ônus da prova no caso concreto.

Apenas para posicionar a localização topográfica dos contratos de tratamento no Código Civil Alemão, em seu Livro 2 está o Direito das Obrigações (*Recht der Schuldverhältnisse*), que no Título 8 versa sobre os contratos de serviço e contratos relacionados (*Dienstvertrag und ähnliche Verträge*). Neste Título 8 há apenas dois subtítulos, um que trata dos contratos de serviço em geral e outro sobre o “contrato de tratamento” (*Behandlungsvertrag*).

Seria inoportuno transcrever todos os 08 (oito) artigos que compõem a seção do contrato de tratamento no BGB, até mesmo porque a técnica redacional legislativa utilizada pelos germânicos traz artigos prolixos e volumosos. Entretanto, vale muito destacar os principais pontos que corroboram o entendimento central aqui defendido: que a despeito de haver a necessidade de uma formulação mais sistemática e aprofundada do contrato de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro, já existem dispositivos correspondentes acerca da relação paciente-médico no Código Civil e na deontologia médica – não no CDC.

4.3.2 Deveres contratuais típicos no contrato de tratamento

Logo no artigo que abre a referida seção específica sobre o contrato de tratamento (630a), são apresentados os “deveres típicos contratuais no contrato de tratamento”²⁰⁹, ou seja, o Diploma Civil germânico destaca, inicialmente, que este tipo de contrato obedece a restrições específicas, evidenciando sua *tipicidade e finalidade distinta* dos demais contratos de serviços em geral²¹⁰.

²⁰⁹ Tradução livre de *Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag*.

²¹⁰ De forma similar, nos arts. 15 e 951 do Código Civil Brasileiro (CC), já se encontra a moldura que estabelece as características básicas do contrato de tratamento, diferenciando-os dos demais contratos de prestação de serviço.

Através do contrato de tratamento, obriga-se o médico a oferecer o tratamento acordado com o paciente, ou seja, destaca-se a importância de um consentimento prévio livre e esclarecido como pressuposto contratual. E ao paciente incumbe o pagamento do valor acordado, salvo se a um terceiro couber este pagamento (630a, 1).

No final deste primeiro artigo, há uma referência direta sobre à qual das partes cabe a condução técnica da relação, ao médico, pois “salvo convenção em contrário, o tratamento deve ocorrer de acordo com os padrões médicos que são geralmente reconhecidos no momento do tratamento” (630a, 2).

Este pequeno excerto traz duas importantes conclusões: (i) a conduta médica deve obedecer exatamente ao paradigma de conhecimento adotado pela comunidade médica ao tempo do contrato – o que serve de parâmetro para a apuração de potencial “erro médico”; e (ii) esta conduta deve ter como parâmetro o que um “médico médio”, de mesma especialização, poderia/deveria fazer em condições similares em cada ato (*lex artis ad hoc*) (SANTOS, 2008, p. 174).

A correspondência normativa brasileira sobre esta base dos contratos de tratamentos, pode ser obtida pela leitura dos já mencionados arts. 15 (princípio da autonomia) e 951 (regime jurídico de responsabilização) ambos do Código Civil, que estabelecem as características básicas e diferenciadas este contrato de prestação de serviço; pelo art. 2º da Lei 12.842/2013 (que traz objeto da Medicina e do contrato a ser celebrado entre o paciente e o médico); e pelo Princípio Fundamental XX (não se trata de uma relação de consumo), arts. 1º (também sobre o regime jurídico), 58, 59, 68, 69 e 72 (que trazem a impossibilidade da mercantilização do contrato em função do seu objeto), todos da Resolução CFM 2.217/18 (Código de Ética Médica).

4.3.3 A cooperação entre as partes e o consentimento no contrato de tratamento

Já no artigo 630c, que trata da cooperação entre as partes contratantes, surge a obrigação de prover informações, que tem importância destacada na essência da relação estabelecida entre o paciente e o médico.

No primeiro trecho do artigo (630c, 1), fica estabelecido que tanto a equipe médica, quanto o paciente, devem trabalhar juntos na obrigação de prover informações para implementar

adequadamente o tratamento. A cooperação entre as partes é fundamental, e fica evidenciado que o dever de prestar informações adequadas deve ser efetivamente bilateral²¹¹.

Afinal, na execução de um contrato de tratamento, de nada vai adiantar o médico oferecer todas as informações para um consentimento livre e esclarecido do paciente, se este não contribuir com informações verdadeiras, precisas e em tempo adequado, para auxiliar o médico no esforço diagnóstico e na conduta terapêutica.

Até mesmo em função da assimetria técnica sobre diagnósticos e tratamentos, o esforço da equipe médica em prestar todas as informações possíveis, de forma compreensível, é muito mais acentuado no contrato de tratamento. E na sequência (630c, 2), há uma explicação detalhada do que vem a ser um consentimento livre e esclarecido que vale a tradução livre:

A equipe médica é obrigada a explicar para o doente de modo compreensível, no início do tratamento e, se necessário, durante o mesmo, todas e quaisquer circunstâncias que são relevantes para o tratamento, em particular, o diagnóstico, o prognóstico e o desenvolvimento do tratamento, a terapia e as medidas que tome por ocasião da, e após a, terapia. Se circunstâncias que dão origem à presunção de negligência são reconhecíveis pela equipe médica, devem ser informadas ao paciente, ou a pedido, a fim de evitar riscos para a saúde do paciente (...)²¹².

Assim, fica estabelecido que o consentimento a ser colhido pela equipe é processual, diferindo-se no tempo ao longo do tratamento e renovando-se de acordo com a evolução do caso. Em nenhuma outra prestação de serviços o acordo consensual estabelecido entre as partes é tão renovado, passo-a-passo ao longo do tempo, como ocorre no contrato de tratamento.

O BGB prossegue reforçando a importância do consentimento (*Einwilligung*), esclarecendo que antes de implementar o tratamento médico, em particular, um procedimento que afete o corpo ou a saúde do paciente, a equipe médica é obrigada a adquirir o consentimento.

²¹¹ Neste mesmo sentido, “já afirmávamos que há que se fixar serem médico e paciente devedores recíprocos. É o expert devedor do dever de informar, do qual o paciente é credor. A reciprocidade nessa relação impõe, entretanto, seja o médico credor de uma declaração de consentimento, da qual o paciente é devedor” (AGUIAR, 2005, p. 78-79).

²¹² Der Behandelnde ist verpflichtet, dem Patienten in verständlicher Weise zu Beginn der Behandlung und, soweit erforderlich, in deren Verlauf sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern, insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung, die Therapie und die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen. Sind für den Behandelnden Umstände erkennbar, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, hat er den Patienten über diese auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren zu informieren (...).

Caso o paciente seja incapaz de consentir, deve ser procurado o representante legal para se adquirir o consentimento (630d, 1)²¹³ e complementa lembrando a exceção empregada nos casos de urgência e emergência médica (privilégio terapêutico): “se o consentimento a uma medida que não pode ser adiada, não pode ser adquirido em tempo útil, pode ser implementada sem o consentimento se isso está de acordo com a vontade implícita do paciente” (630d, 1)²¹⁴.

E encerrando este artigo, o Código Civil Alemão assevera taxativamente que “o consentimento pode ser revogado a qualquer momento, sem se conformar em formato específico, e sem fundamentação” (630d, 3)²¹⁵, algo já previsto no art. 6º, a, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005).

Mais uma vez, a correspondência normativa brasileira sobre este ponto fundamental dos contratos de tratamentos, o consentimento informado, não está no silente CDC, mas no CC e na deontologia médica.

O art. 15 do CC (princípio da autonomia) também serve de base normativa, bem como os arts. 13, 22 (que trazem a necessidade de esclarecer sobre determinantes da doença e obter o consentimento), 24, 31 (que expressam que o médico não pode interferir nas decisões do paciente ou de seu representante legal, deixando-o decidir livremente, salvo nos casos de privilégio terapêutico) e 34 (que esclarece que o médico deve informar o diagnóstico e prognóstico, bem como os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal), todos do CEM; e ainda a importante Recomendação CFM 01 de 2016 (um manual completo que dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica).

²¹³ Muito semelhante ao disposto no Código de Ética Médica em seu art. 22: “É vedado ao médico deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”. Ratificado pelo art. 15 do Código Civil Brasileiro: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

²¹⁴ Exatamente neste sentido já expunha Maria Helena Diniz, ao tratar doutrinariamente dos deveres implícitos do contrato médico, que “o médico não poderá forçar o cliente ao tratamento preconizado, devendo obter prévio e esclarecido consentimento dele para aplicá-lo, e, em se tratando de operação, tal necessidade será ainda mais rigorosa, *salvo premência do caso, quando não houver tempo para obtê-la*” (grifou-se) (2009, p. 313).

²¹⁵ Como já refere a Recomendação CFM nº 01/2016, o consentimento livre e esclarecido do paciente está, direta ou indiretamente, previsto em diferentes pontos do Código de Ética Médica de 2009. No Capítulo I, foi inserido o inciso XXI, que considerou a autonomia do paciente nas escolhas referentes à assistência médica, um princípio deontológico fundamental da ética médica. Eis o teor: “No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas”.

Ainda neste parâmetro normativo do consentimento, não se pode olvidar da Resolução CFM nº 2.217/18 (CEM) que dispõe sobre os momentos nos quais o paciente não possua mais sua autonomia (ou para aquele que nunca possuiu). A referida Resolução, em completa harmonia com a bioética principialista norte-americana (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 195-207), dispõe sobre as diretivas antecipadas e modelos de decisão substituta, trazendo sem seu texto de forma detalhada as suas três espécies, o (i) modelo da autonomia pura, (ii) o modelo do julgamento substituto e (iii) o modelo dos melhores interesses. A resolução traz ainda o importante aspecto de que o paciente, no exercício de sua autonomia, no entanto, não pode impor ao médico que este realize uma conduta que vá de encontro à própria deontologia médica²¹⁶.

Destaque-se que neste ponto (diretivas antecipadas) a normatividade brasileira está para além dos dispositivos do contrato de tratamento no BGB.

4.3.4 Deveres de esclarecimento, documentação e prontuário médicos

Na sequência (630e), surgem as obrigações envolvidas na prestação de informações, os deveres de esclarecimentos, um complemento bem detalhado do consentimento visto no artigo anterior (630d), que merece ser apreciado, em tradução livre, na sua quase integralidade:

O médico é obrigado a informar o paciente de todas e quaisquer circunstâncias relevantes para consentir. Isto inclui, em particular, a natureza, extensão, aplicação, as consequências previsíveis e riscos envolvidos na medida, bem como sua necessidade, urgência, adequação e perspectivas de sucesso no que diz respeito ao diagnóstico ou terapia. As alternativas para uma determinada medida também devem ser referidas na informação a ser transmitida, se várias forem igualmente indicadas, com os métodos habituais que podem levar a diferentes efeitos colaterais, riscos ou chances de recuperação (630e, 1). O esclarecimento deve ocorrer oralmente, através do médico ou por outra pessoa da equipe que tenha o conhecimento técnico adequado, assim como, através de textos e informes que melhor esclareçam; ser fornecido em tempo justo para que o paciente possa tomar sua decisão sobre a aprovação de forma bem pensada [segura]; e ser compreensível pelo paciente. Este deverá receber cópias dos documentos que assinou em conexão com as informações ou consentimento (630e, 2). O paciente não precisa ser esclarecido acerca de informações onde isso possa ser excepcionalmente dispensado devido a circunstâncias específicas,

²¹⁶ Art. 2º, §2º da Resolução CFM 1.995/2012: “O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica”.

notadamente se a medida não pode ser adiada ou se o paciente dispensar veementemente (630e, 3). (...) ²¹⁷

O artigo seguinte trata especificamente da importância da documentação do tratamento (630f). Esclarece, em síntese apertada, que o médico (e a equipe médica como um todo) é obrigado a manter os registros médicos no prontuário (em papel ou documentação eletrônica) de forma contemporânea ao tratamento. E que correções ou alterações nos registros médicos só são admissíveis se, além do conteúdo original, identifiquem o momento superveniente em que foram realizadas.

O texto segue informando que o médico deve registrar em prontuário todas as medidas que sejam relevantes em termos médicos para o tratamento atual e futuro, bem como seus resultados, em especial a criação da história médica, diagnósticos, exames, resultados de exames, resultados de terapias e os seus efeitos, procedimentos e seu impacto, o consentimento colhido e a informação oferecida.

As prescrições dos médicos devem estar incluídas nos registros médicos, e todos os registros devem ser guardados por um período de dez anos após a conclusão do tratamento, a menos que existam outros períodos para a sua retenção em conformidade com outras disposições ²¹⁸.

²¹⁷ (1) Der Behandelnde ist verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären. Dazu gehören insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie. Bei der Aufklärung ist auch auf Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können. (2) Die Aufklärung muss mündlich durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt; ergänzend kann auch auf Unterlagen Bezug genommen werden, die der Patient in Textform erhält, so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann, für den Patienten verständlich sein. Dem Patienten sind Abschriften von Unterlagen, die er im Zusammenhang mit der Aufklärung oder Einwilligung unterzeichnet hat, auszuhändigen. (3) Der Aufklärung des Patienten bedarf es nicht, soweit diese ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist, insbesondere wenn die Maßnahme unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Aufklärung ausdrücklich verzichtet hat. (...)

²¹⁸ O próprio Código de Ética Médica já trata sobre o prontuário de forma muito acertada. Em texto corrido: é vedado ao médico (i) “permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade” (Art. 85); (ii) “Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente. §1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina. §2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente” (Art. 87); (iii) “Liberar cópias do prontuário sob sua guarda exceto para atender a ordem judicial ou para sua própria defesa, assim como quando autorizado por escrito pelo paciente. §1º Quando requisitado judicialmente, o prontuário será encaminhado ao juízo requisitante. §2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional” (Art.89); (iv) “Deixar de fornecer cópia do prontuário de seu paciente quando requisitado pelos Conselhos Regionais de Medicina” (Art. 90). (Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2018).

O penúltimo artigo que disciplina o contrato de tratamento (630g) dá amplo direito ao paciente em inspecionar seus próprios registros no momento em que desejar²¹⁹, não havendo motivos terapêuticos consideráveis ou direitos de terceiros em jogo para justificar objeções à inspeção. E este direito sobre os registros médicos e prontuário se transmite aos herdeiros do paciente no caso da morte deste. O direito daqueles apenas restará prejudicado se a inspeção dos documentos for contra a vontade explícita ou presumida do paciente. Isto reforça em muito, mais uma vez, o respeito à autonomia da vontade do paciente sobre seus dados pessoais.

No Brasil, um repositório equivalente, tão bom quanto este, encontra-se no Código Civil, bem como, e sobretudo, no próprio CEM e nas Resoluções do Conselho sobre o prontuário.

No que tange os deveres de informação (trazidos pelo art. 630, e, do BGB), o Código Civil apresenta, no art. 422, o princípio da boa-fé contratual, que em sua função supletiva abarca os deveres anexos, dentre eles, o dever de prestar informações.

Já o art. 88 do CEM esclarece que é vedado ao médico negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.

O médico tem ainda obrigação de fornecer laudo médico sempre que o paciente precise (art. 86), devendo preencher o prontuário sempre de forma legível e clara (art. 87), que deve ficar em sua guarda, mas que pertence ao paciente. O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no respectivo CRM (art. 87, §§1º e 2º).

Em relação à guarda das informações registradas, após o término do tratamento, a Resolução CFM 1.821/2007²²⁰, em seu art. 8º, é ainda mais cautelosa com o prazo para o seu descarte, pois declara que deve ser de 20 (vinte) anos o prazo de preservação dos prontuários em papel que não forem digitalizados (o dobro do prazo estabelecido no BGB, de dez anos).

²¹⁹ Da mesma forma que o art. 90 do Código de Ética Médica o faz.

²²⁰ Esta norma disciplina as normas técnicas concernentes à digitalização e o uso dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes, autorizando a eliminação do papel e a troca de informação identificada em saúde E em seu art. 8º declara que deve ser observado “o prazo mínimo de 20 (vinte) anos, a partir do último registro, para a preservação dos prontuários dos pacientes em suporte de papel, que não foram arquivados eletronicamente em meio óptico, microfilmado ou digitalizado”. (Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1821_2007.pdf. Acesso em: 04 abr. 2019).

4.3.5 A inversão do ônus da prova no contrato de tratamento

Até o ponto anterior, foram dispostas normas de índole material, que buscam regulamentar a relação paciente-médico no mundo dos fatos, trazendo os direitos e deveres no transcorrer de toda a relação contratual, estabelecendo as normas específicas da convivência social referentes ao bem da vida em questão.

Ao final da seção dos contratos de tratamento, no entanto, o legislador alemão toca no ponto mais importante no que tange a resolução dos conflitos já instalados em juízo, o ônus da prova nos casos de responsabilização médica por uma das modalidades culposas (negligência, imperícia ou imprudência) ou por erros no fornecimento de informações²²¹.

Neste excerto, são oferecidas algumas regras processuais (normas de exercício jurisdicional) favoráveis ao paciente, para quando do litígio já esteja instalado entre as partes, evidenciando que alguma coisa aconteceu, no mundo dos fatos, que merece repercutir na carga dinâmica da prova processual, sem que isso interfira na natureza obrigacional do médico que é sempre de meio, nunca de resultado, no que tange o dever de cuidado (segurança).

Este último artigo (630h) é particularmente importante pois anuncia algumas situações legalmente estabelecidas, em rol meramente exemplificativo, nas quais pode/deve ser invertido o ônus da prova em favor do paciente, obrigando conseqüentemente o médico provar que não agiu de forma culposa. Distancia-se, portanto, da visão consumerista brasileira de que pelo simples fato do médico ser um “prestador de serviços mercantil”, será seu o ônus de provar que não agiu com culpa²²² (a inversão em bloco do ônus, pelo multicitado art. 6º, VIII do CDC).

O argumento alegado pela doutrina consumerista de que a prova em “erro médico” é, regra geral, diabólica para o paciente, ganha uma acertada delimitação e iluminação legislativa no BGB, ao se estabelecer situações-exemplo nas quais o ônus de provar, realmente, deve ser do médico,

²²¹ Mesmo que não tenha ocorrido, no caso concreto, uma das modalidades de culpa em sentido estrito, deve ser possível a responsabilização pelo defeito na confecção do consentimento informado (quebra do dever de informação).

²²² Vale muito lembrar que o CDC adota um sistema básico de responsabilidade *objetiva* (arts. 12, 14, 18, 19 e 20), tendo como exceção a responsabilidade *subjetiva* dos profissionais liberais (art. 14, §4º). Entretanto, ao médico geralmente é imputado o ônus de provar que não agiu com culpa no automático processo consumerista de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), objetivando, na prática, a sua responsabilização. Este panorama da culpa é exatamente o inverso do sistema apresentado no Código Civil Brasileiro, que tem como *default* a responsabilidade *subjetiva*, fundada na culpa lato sensu (arts. 186 e 927, caput), objetivando-se a responsabilidade apenas de forma excepcional (parágrafo único do art. 927). Este sistema é muito mais adequado aos atendimentos de saúde, pois a objetivação da responsabilidade torna inviável a prática médica na medida em que o profissional de saúde passa a ser responsável, até que se prove o contrário, por *qualquer* resultado adverso causado pela doença, e não apenas pelos erros que presumivelmente cometer.

bem como abrindo-se a possibilidade de inversão do ônus a partir de qualquer circunstância verossímil da ocorrência de erro, decorrente da análise do caso concreto²²³.

Por exemplo, segundo o regramento do contrato de tratamento, é de se presumir que um erro tenha sido cometido pela equipe de tratamento se um risco geral do tratamento, que poderia ter sido totalmente gerenciável pela equipe, se materializou e levou prejuízo para a vida, a integridade física ou a saúde do paciente (630h, 1). Uma infinidade de situações fáticas podem ser enquadradas neste dispositivo.

Neste caso, caberá à equipe de tratamento provar que foi colhido o consentimento em acordo com o artigo 630d (*Einwilligung*) e que forneceu informações em conformidade com os requisitos da secção 630e (*Aufklärungspflichten*, deveres de esclarecimento). Caso a informação não esteja em conformidade com os requisitos da secção 630e, a equipe médica pode afirmar que o paciente também teria concordado com a medida, se uma informação adequada tiver sido fornecida pelo paciente (630h, 2), mas isto fará parte do seu ônus de provar.

O BGB completa esclarecendo que se o médico não registrou uma importante medida necessária, assim como o resultado deste procedimento, no prontuário (contrariando o artigo 630f, 1, 2, ou 3), é presumível que o médico não levou a cabo esta medida (630h, 3).

Uma outra possibilidade de inversão do ônus da prova decorre dos casos nos quais o médico não estava qualificado para realizar o tratamento que se apresentou, sendo de se presumir que a falta de qualificação foi a causa da ocorrência do prejuízo para a vida, a integridade física ou a saúde do paciente (630h, 4).

Por fim, se o médico cometer negligência grosseira, e se isso é suscetível de ter desencadeado um prejuízo para a vida, a integridade física ou a saúde, é de se presumir que a negligência foi a causa deste dano. Este entendimento da negligência grosseira é aplicável também ao médico assistente que deixou de realizar um exame necessário, em tempo útil, onde os achados provenientes deste procedimento não realizado seriam, com certeza, suficientes para terem levado a resultado diverso, que teria dado origem por sua vez a novas medidas (630h, 5).

Nesta última hipótese (negligência grosseira), uma janela para o mundo dos fatos é aberta, ampliando as possibilidades de inversão do ônus da prova (*ope judicis*), não as restringindo apenas e um rol taxativo em *numerus clausus*. O legislador tenta mostrar que qualquer conduta diagnóstica

²²³ Este raciocínio germânico está em acordo, inclusive, com a já mencionada *distribuição dinâmica do ônus da prova* trazida no vigente Código de Processo Civil, no art. 373, §1º, da Lei 13.105/15.

ou terapêutica do médico dentro da cadeia de eventos, que fuja ao senso comum, a depender da verossimilhança, a critério do juiz, pode vir a ser enquadrada como erro grosseiro e levar à inversão do ônus da prova.

É importante destacar que todas as condutas adotadas pelo médico assistente podem/devem ser confrontadas com o paradigma de conhecimento da comunidade médica disponível ao tempo da ação (MBE). Assim, caso um médico alegue que tenha adotado determinada conduta “B”, e não a conduta “A”, a comunidade científica deve compartilhar com a possibilidade dessa escolha alternativa, o que dialoga com o dever de cuidado no conceito normativo de culpa que aqui foi proposto (seção 4.2.6 *supra*).

Para este último ponto (inversão do ônus da prova), não existem dispositivos similares no ordenamento brasileiro com tamanho acerto e apreço específico à relação paciente-médico. No entanto, como já mencionado acima no ponto 4.2.3, com o advento do art. 373, §1º da Lei nº 13.105/15 (CPC), surgiu em nosso cenário processual o instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova, na qual o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso, observado o caso concreto, caso-a-caso, desde que o faça por decisão fundamentada.

Assim, este regime processual que inverte o ônus da prova (sem transformar a atividade médica em uma obrigação de resultado) apenas em face das evidências do tratamento ocorrido no caso concreto é muito mais pertinente do que o regime consumerista que termina por fazê-lo em todos os casos. A verossimilhança a ser apreciada, nos contratos de tratamento, não deve residir sobre a hipossuficiência técnica do paciente, pois se assim acontecer, como já mencionado, é como se traduzisse a medicina, na prática e em 100% dos casos, em uma obrigação de resultado, atendendo ao comando da parte final do art. 6º, VIII, do CDC²²⁴.

²²⁴ O CDC refere que na facilitação da defesa de direitos do consumidor, deve ocorrer a inversão do ônus da prova quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou “quando for ele [o paciente] *hipossuficiente*, segundo as regras ordinárias de experiências” (grifou-se). Neste sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INVERSAO DO ÔNUS DA PROVA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 165 E 535 DO CPC. NAO OCORRÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. 1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação aos arts. 165 e 535 do Código de Processo Civil. 2. *A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, 4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis.* Precedentes deste Tribunal. 3. A verificação da presença dos requisitos estabelecidos art. 6º, VIII, do CDC (verossimilhança da alegação *ou hipossuficiência*), implica reexame de matéria de fato vedado pela Súmula 7. 4. À caracterização do dissídio jurisprudencial, nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, 1º e 2º, do RISTJ, é necessária a demonstração da similitude de panorama de fato e da divergência na interpretação do direito entre os

O paciente terá sempre (ou quase sempre) menos conhecimento técnico que o médico, isto é verdade, como refere, inclusive, o próprio art. 630, a, 2 (BGB), que estabelece a quem cabe a condução técnica do tratamento. Mas este desnivelamento da cognição entre os sujeitos não tem o condão de modificar a essência da atividade em si. Isso seria ignorar o próprio fenômeno natural do adoecer e da morte, imputando-se àqueles que se lançam na tentativa da cura, a responsabilidade pelo êxito fatal, salvo se estes mesmos provarem sempre em contrário.

No conceito normativo de culpa aqui proposto (vide seção 4.2.4 *supra*), a verossimilhança deve ser analisada em função da violação de procedimentos ou de condutas médicas normalmente esperadas, que leve a crer que o transcorrer normal e esperado de um tratamento aparentemente não ocorreu, como também esclarece o BGB.

4.3.6 O foco deve ser na melhoria da relação comunicacional

Por tudo visto nesta seção e da leitura dos artigos que tipificam o contrato de tratamento no Código Civil Alemão, pode-se perceber que todos os elementos da avença gravitam em torno de uma comunicação especial que deve ser empreendida por ambas as partes, paciente e médico, este com uma carga obrigacional muito maior em seus deveres.

A especialidade desta comunicação reside, sobretudo, no detalhamento do consentimento informado livre e esclarecido, um instituto central no princípio bioético do respeito à autonomia. Esta é uma marca que diferencia a relação paciente-médico de todas as outras, a qual afasta o contrato de tratamento da figura de um contrato de massa, ou de consumo.

Enquanto não existir lei específica aqui no Brasil, à semelhança do que ocorreu na Alemanha, é importante lembrar que dispositivos correspondentes aos presentes no BGB, aqui apresentados de forma detalhada, já existem no CC e nas Resoluções do CFM, sobretudo, no Código de Ética Médica (vide Apêndice B *infra*).

Mas, para que se alcance um cenário mais próximo do ideal, faz-se necessária a posituação do instituto do consentimento informado, bem como a normatização de parâmetros importantes

acórdãos confrontados. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifou-se) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 969.015/SC. Órgão Julgador: Quarta Turma. Ministra Relatora: Maria Isabel Gallotti. Data de Julgamento: 07.04.2011. Data de Publicação: DJ 28.04.2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19107671/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-969015-sc-2007-0244421-0/inteiro-teor-19107672>. Acesso em: 10 jul. 2019.

sobre o prontuário médico, as quais servem tanto para dirimir questões relativas ao dever de informação, quanto questões relativas à conduta técnica do próprio profissional (dever de cuidado).

Para que as partes possam desenvolver esta comunicação especial, é necessário, portanto, que o ordenamento jurídico forneça, de forma adequada e sistematizada, estes parâmetros específicos para uma boa execução do contrato de tratamento.

5 UM PROJETO DE LEI PARA O CONTRATO DE TRATAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A compreensão de que o paciente sofre de “males específicos” dispara a necessidade da criação de um ambiente normativo igualmente específico, com regras e princípios apropriados, que componham um *dever-ser* (deontológico)²²⁵ ideal do comportamento dos atores num contrato de tratamento. Os alemães trilharam um caminho inspirador para a melhoria dos direitos dos pacientes, já passou do momento de se proceder da mesma forma aqui no Brasil.

Um novo microsistema, de bases bioéticas, deverá contribuir para o exercício da autonomia do paciente, pois é a consciência da vulnerabilidade que alimenta a razão crítica para fundamentar a autonomia (ANJOS, 2006, p. 173), sem que para isso o médico seja subjugado a uma condição hierárquica inferior, como já mencionado.

O diálogo é, antes de tudo, o método de trabalho na bioética (BYK, 2015, p. 134). E a vocação da bioética para considerar as relações individuais em seu contexto cultural levou-a a tornar-se parte integrante do processo de regulamentação social. A formação de normas com vocação geral devido à bioética explica-se pela necessidade de dar uma resposta à pergunta que pode ser formulada por médicos e cientistas sobre a legitimidade de suas práticas (BYK, 2015, p. 137).

5.1 A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO COMO MARCO TEÓRICO PARA OS CONTRATOS DE TRATAMENTO

De forma preliminar, não se pode olvidar das pertinentes críticas à teoria habermasiana, como a que aponta o fato de Jürgen Habermas ter desenvolvido sua teoria do agir comunicativo sem levar em consideração os diversos variados de relações que os homens estabelecem entre si, tanto sociais quanto materiais, desligando a teoria da linguagem (de Austin e Searle) do mundo concreto (ASSÊNCIO, 2013).

Sandro Assêncio considera que os pressupostos da guinada linguístico-pragmática da teoria habermasiana ignoram o fato de que a interação social não é puramente discursiva, ou seja, não se

²²⁵ O direito tem uma necessária dimensão contra fática, que tenta compor um dever ser ideal a ser alcançado.

resolve unicamente no interior da estrutura da linguagem, como se esta fosse um campo apartado da existência social (2013, p. 170-171), numa espécie de “idealismo linguístico” (2013, p. 180).

Em adição, Mikhail Bakhtin, a partir de uma perspectiva marxista, considera que os membros de diferentes classes sociais, apesar de se unirem em torno de uma mesma comunidade semiótica, não alcançam necessariamente um consenso, pois antagonizam no mundo quando fazem uso dos signos linguísticos a fim de alcançar objetivos particulares (1988, p. 46).

Reconhece-se, portanto, que não se busca aqui uma utópica “religião do consenso”. No entanto, na medida em que Habermas confere importância e centralidade à linguagem em seu pensamento, sua proposta se adequa perfeitamente, como marco teórico, ao preenchimento da lacuna comunicacional atualmente existente entre os sujeitos da relação que aqui se estuda.

Acerca da necessidade legislativa, concorda-se com Habermas no sentido de que “a regulamentação normativa das relações interpessoais pode ser compreendida como um poroso invólucro de proteção contra certas contingências, às quais o corpo vulnerável e a pessoa nele representada estão expostos” (2010, p. 47). E com base no pensamento deste filósofo da contemporaneidade, que talvez seja o que “mais se tenha dedicado a traçar um diagnóstico completo do nosso tempo” (GIANOTTI, 1991, p. 7), construir-se-á as linhas desta última seção.

A Teoria do Agir Comunicativo habermasiana desenvolve o conceito fundamental de “agir comunicativo” em três complexos temáticos ligados entre si: (i) um conceito de racionalidade comunicativa; (ii) um conceito de sociedade em dois níveis; e (iii) uma teoria da modernidade, que adota a ideia de que “os campos da vida estruturados por via comunicativa estão submetidos a imperativos de sistemas racionais autonomizados e formalmente organizados” (HABERMAS, 2012, p. 11).

É exatamente neste terceiro complexo que se materializam as patologias da modernidade, dentre elas, a consumerização da relação paciente-médico, influenciada por uma pressão do mercado (um sistema racional autonomizado e formalmente organizado) que tenta colocar como objeto central de todas as ações humanas a questão econômica, tentando reduzir a vida e a saúde das pessoas a uma simples mercadoria.

É preciso, no entanto, que a comunicação entre paciente e médico (o mecanismo de integração social que aqui se propõe) seja privilegiada em face de mecanismos integradores do sistema, pois estes se desenvolvem à revelia do agir comunicativo e do “mundo da vida” dos participantes, permanecendo exteriores à estrutura da ação.

Para Habermas, a (i) complementariedade, a (ii) autonomia e a (iii) irredutibilidade dos jogos de linguagem constituem o problema hermenêutico fundamental das discussões na teoria do agir comunicativo (2012, p. XVIII). Estes três pilares se aplicam por completo no entendimento da relação paciente-médico na perspectiva aqui proposta.

A estrutura interna racional do agir comunicativo se orienta pelo entendimento, que sucumbe quando paciente e médico não conseguem expor de forma dialógica os seus conhecimentos e as suas necessidades, degenerando a relação em um mal-entendido que, não raro, transforma-se em uma demanda judicial que apenas traduz a falência da relação.

O fenômeno da judicialização da relação entre pacientes e médicos vem sendo objeto de muitos estudos e aponta para uma “crescente transposição de poder da Medicina para o Direito” (VASCONCELOS, 2012, p. 389). Em suma, o paciente que não consegue informação adequada do médico vai busca-la junto ao juiz.

5.1.1 A importância da transdisciplinariedade na execução do contrato de tratamento

Superar o poder do médico na sua relação com o paciente não significa negá-lo, mas sim reconhecê-lo e domá-lo ao lhe colocar uma moldura limitadora surgida da autonomia do paciente e da liberdade deste em dispor de seu corpo e seu próprio destino. O instrumental científico deve ter limites quando perde sua perspectiva de servir e passa a querer dominar, tentando se constituir na “única maneira adequada de se apreender [e determinar] as coisas” (JUNG, 1981, p. 24).

Os contratos de tratamento devem favorecer uma (re)conexão entre paciente e médico, que coloca em xeque a própria racionalidade científica, quando colide com a vontade transdisciplinar do paciente que em um dado momento aponta em sentido contrário. “A ideia central é que precisamos mudar paradigmas e, nesse sentido, precisamos transitar de projetos de bioética disciplinares para interdisciplinares, com atitudes transdisciplinares. Desta forma, seria possível construir a ponte para o futuro”²²⁶.

Neste caminho, a elevação do dito “inferior” (paciente) relativiza o “superior” (médico) e uma nova relação se estabelece, visando uma nova unidade (CAMOLESI, 1993, p. 108-109).

Respeitar a vontade subjetiva individual do paciente não significa abalar o poder da

²²⁶ Tradução livre de “*The central idea is that we need to change paradigms and in this sense we need to transit from disciplinary to interdisciplinary bioethics projects with transdisciplinary attitudes. In this way it would be possible to build the bridge to the future*” (GUTIÉRREZ-PRIETO, 2008, p. 277).

racionalidade científica, mas ampliar a sua ação ao promover o resgate do indivíduo do processo de massificação e coisificação proposto pela própria ciência e pelo mercado.

A execução do contrato de tratamento não deve ser pautada apenas no conhecimento científico, deve ir além dos pontos de vista interdisciplinares, exigindo a capacidade humana de integrar de forma transdisciplinar, isto é, uma abordagem holística que, sem buscar a eliminação do disciplinar e interdisciplinar, buscam suas complementaridades e visam transcender suas limitações. É um reconhecimento dos níveis diferentes, complexos e complementares da realidade (GUTIÉRREZ-PRIETO, 2008, p. 284).

A visão de mundo do paciente (e do médico) é um resultado não apenas do conhecimento científico, mas também consequência de outras formas de conhecimento. Religião, arte, mitos, literatura, poesia e outras experiências espirituais significam a existência de outros níveis de realidade, outras lógicas e narrativas além do escopo da consideração científica (GUTIÉRREZ-PRIETO, 2008, p. 292).

A alma do homem só pode viver de e para os relacionamentos humanos, e a aceitação do outro em sua individualidade-singularidade nos indica a necessidade da convivência com a diferença, com o *Alter* (CAMOLESI, 1993, p. 114). Respeitar o *Outro*²²⁷ melhora a relação e o próprio eu, conseqüentemente.

5.1.2 O conhecimento racional relacional surge do diálogo, na intersubjetividade do entendimento

A “Teoria do agir comunicativo”, proposta por Jürgen Habermas em 1981, teve como grande contribuição a tentativa de uma revisão na “Crítica da razão pura”²²⁸, na medida em que, ao invés de abordar o conhecimento segundo uma razão centrada em um sujeito singular (ou numa consciência transcendental), deve-se pensar que o sujeito, ao tentar conhecer algo, gira em torno de outros sujeitos, uma vez que o conhecimento racional resulta de um intercâmbio linguístico entre eles (HABERMAS, 2012, p. VIII e IX).

²²⁷ Para a explicação acerca da utilização do “O” maiúsculo na escrita da palavra “o Outro”, vide nota de rodapé 75 *supra*, sobre Jacques Lacan e a alteridade radical.

²²⁸ A Crítica da Razão Pura (*Kritik der reinen Vernunft*) é a principal obra da teoria do conhecimento do filósofo Immanuel Kant, cuja primeira edição é de 1781, com alterações substanciais feitas pelo autor em determinadas seções, na edição de 1787. A obra é considerada como um dos mais influentes trabalhos na história da filosofia, e dá início ao chamado idealismo alemão.

Em verdade, Habermas não declara a completa improcedência da teoria de Kant, seu trabalho é muito mais de complementariedade, de um redimensionamento do projeto do iluminismo. Da mesma forma, este trabalho não busca abandonar a perspectiva pragmática e científica da arte médica pós-positivista, mas sim complementá-la com a perspectiva do paciente em um novo formato dialógico.

A perspectiva kantiana era distanciada, imparcial, de um observador objetivo especializado em vocabulários científicos. Já a nova perspectiva habermasiana é de complementariedade, participante, ao adotar um dualismo metódico²²⁹, no qual o próprio intérprete-observador é obrigado a adotar, por meio da linguagem, nexos simbólicos cujo critério é a intersubjetividade do entendimento.

Transpondo esta modificação para a relação paciente-médico, a postura antiga do médico, senhor de um pretense conhecimento “axiologicamente neutro”, racionalmente movido pela beneficência com foco na cura biológica, ainda fora da perspectiva do contrato de tratamento aqui proposto, deve ser substituída por uma atitude valorativa, pois “toda opção é uma valoração” (NEVES, M., 2016, p. 127), com foco na promoção do bem-estar biopsicossocial, pautado na autonomia do paciente, numa relação dialógica formalmente concebida.

Em suma, o conceito de racionalidade comunicativa abre a perspectiva para a fundamentação de uma teoria da atividade humana fundada entre (i) o agir estratégico ou instrumental (perspectiva sistêmica do poder político, do mercado, ou da medicina que considerava o paciente apenas como um objeto da atividade médica – racionalidades sistêmicas) e (ii) o agir comunicativo (perspectiva perseguida no contrato de tratamento – racionalidade comunicativa inerente ao mundo da vida) – o qual deve ter primazia (HABERMAS, 2012, p. XII e XIII).

Sobre a complementariedade destas duas formas do agir humano, Flávio Siebeneichler explica que

a utilidade desses dois caminhos complementares de acesso à realidade deriva do fato de que a espécie humana se insere em dois contextos funcionais distintos, a saber: o entorno natural orgânico, e o mundo social, cultural. Ambos fazem jus a uma característica fundamental do *homo sapiens*, que, graças à sua excepcional capacidade de aprendizagem enfrenta desafios não somente em contextos naturais, mas também em ambientes sociais complexos. Por essa razão, *uma*

²²⁹ Esta metodologia dual já havia sido prefigurada por Weber, na qual combina entre si a perspectiva externalista de um observador (praticada pela terceira pessoa gramatical, caminho normalmente percorrido pelas ciências da natureza) com a perspectiva internalista de um sujeito participante (praticada pelas primeira e segunda pessoas gramaticais).

abordagem da realidade deve levar na devida conta as duas perspectivas ao mesmo tempo distintas e interconectadas. O argumento principal a favor deste método é de cunho pragmático: mesmo quando exercitamos o papel de um observador ou de um pesquisador, isto é, de uma terceira pessoa, temos de nos situar num contexto em que prevaleçam, sempre, os papéis assumidos por um falante e um ouvinte, que somente podem ser desempenhados na perspectiva de uma primeira e de uma segunda pessoa (grifou-se) (SIEBENEICHLER, 2012, p. XVII).

Estas duas formas de linguagem complementares se aplicam perfeitamente na atividade médica, na qual deve-se levar em consideração o entorno natural e orgânico no qual se manifesta a doença e se debruça o conhecimento médico, bem como o mundo social e cultural no qual ocorre o tratamento em questão, observando-se a significação do serviço prestado na perspectiva do paciente a partir de um construído dialógico em sua adequada interação comunicativa com o profissional de saúde.

O processo de burocratização e monetarização, pelo qual também vem atravessando a prestação dos serviços em saúde, provoca assimetrias no uso potencial destas duas racionalidades (integradoras do sistema e de integração social), as quais podem afetar os recursos da solidariedade social que flui do mundo da vida pautado em um agir comunicativo.

Em sua obra, Habermas explica que a teoria analítica da ação se restringe a um modelo atomístico de um ator isolado e negligencia mecanismos da coordenação de ações pela qual as relações pessoais chegam a se estabelecer, negligenciando as relações ator-mundo, essenciais às interações de natureza social (2012, p. 476) – como é um tratamento médico quando realiza a aplicação de um conhecimento científico na saúde, mas que se reflete sobre a vida de um cidadão que está inserido em um contexto social específico.

Ao aplicar o agir comunicativo na relação paciente-médico, com uma aproximação das próprias palavras de Habermas²³⁰, para que um médico cumpra com êxito sua intenção de motivar o paciente a um empenho de significação, é preciso que o paciente reconheça a intenção do médico de se comunicar com ele e que o paciente também entenda o que o médico tinha em mente ao cumprir a sua intenção comunicativa (2012, p. 478). Ou seja, não é preciso apenas que o paciente entenda o propósito do médico no contrato de tratamento, mas também o conteúdo sobre o que o Médico quer se comunicar.

²³⁰ Apenas trocando, a partir do texto original de Habermas, a letra “F” (falante) pela palavra “médico” e a letra “O” (ouvinte), pela palavra “paciente” (HABERMAS, 2012, p. 478).

Antes de se encontrarem em um tratamento, tanto o paciente quanto o médico possuem seus respectivos mundos e vocabulários prévios. Mas ao se encontrarem, tanto um quanto o outro, enquanto falantes, podem/devem motivar o ouvinte contralateral a aceitar sua oferta de um ato de fala e, com isso, incentivá-lo a estabelecer uma ligação racionalmente motivada.

Tal concepção habermasiana prevê que sujeitos aptos a falar e agir possam fazer referência a mais de um mundo, e que, ao se entenderem sobre alguma coisa em um mundo único (no momento de um tratamento, por exemplo), embasem sua comunicação sobre um sistema de mundos que concebam de maneira compartilhada (HABERMAS, 2012, p. 484).

O médico não pode ter como meta central “aumentar sua casuística” ou “sua lucratividade” ao se deparar com o tratamento de um paciente. No agir comunicativo dimensionado para a prática médica, não deve ser colocado em primeiro plano, por parte do médico, o seu êxito pessoal, pautado em fins individuais calculados de forma egocêntrica. Mas por meio de atos de entendimento, materializados no consentimento informado, livre e esclarecido que deve ser negociado dialogicamente com o paciente.

O entendimento, um processo de unificação entre sujeitos aptos a falar e agir, deve ser sempre perseguido através de estruturas linguísticas gerais previamente estabelecidas (HABERMAS, 2012, p. 497-498). Como esclarece Habermas,

processos de entendimento visam a um comum acordo que satisfaça as condições de um assentimento racionalmente motivado quanto ao conteúdo de uma exteriorização. *Um comum acordo almejado por via comunicativa tem um fundamento racional, pois nenhuma das partes jamais pode impô-lo: nem de modo instrumental, pela intervenção imediata na situação da ação, nem de modo estratégico, pela influência calculista sobre decisões de um oponente (grifou-se) (HABERMAS, 2012, p. 498).*

Este trecho é muito emblemático para o que aqui se deseja, pois em um acordo que se baseia em convicções partilhadas, ao médico não pode ser mais concebida a prerrogativa de impor um tratamento específico a um paciente, assim como ao paciente não pode ser dada a prerrogativa de obrigar ao médico uma conduta que vá de encontro à sua normatividade ética ou à sua autonomia profissional.

É neste contexto que o agir comunicativo se consubstancia na adequada fundamentação (e marco teórico) para um robusto arcabouço normativo que discipline ao máximo possível as características dos deveres de informações bilateral que devem constar claramente no contrato de

tratamento.

Vale ainda destacar que ao profissional de saúde, no agir comunicativo proposto por Habermas e aqui adaptado à dinâmica dos contratos de tratamento, não é permitido agir de forma instrumental e “enganar” o paciente para que seja atingido um objetivo que, na perspectiva do médico, é “bom” para a saúde do paciente – como em atos de paternalismo forte.

Sobre este ponto, Habermas distingue atos ilocucionários dos atos perlocucionários, sendo que naqueles, ao dizer algo, o próprio falante executa uma ação (seria dizer algo dando ênfase e não de forma meramente descritiva), enquanto nos atos perlocucionários o falante almeja desencadear um efeito no ouvinte (conseguir que alguém faça o que se deseje). Assim, nas perlocuções existe um caráter propriamente assimétrico de ações veladamente estratégicas (2012, p. 508).

Habermas apresenta como exemplos de agir estratégico (atos perlocucionários) quando um anfitrião, já tarde da noite, resolve contar uma história a mais apenas para evitar com que o convidado vá embora, ou ainda quando um jogador propõe uma aposta de valor muito alto na mera tentativa de constranger o adversário (2012, p. 510). Nestas, o falante só pode almejar objetivos perlocucionários quando engana seu parceiro no que se refere a estar agindo de maneira estratégica.

Já no agir comunicativo habermasiano, todos os participantes buscam tão somente fins ilocucionários nas interações mediadas pela linguagem (2012, p. 510), manifestando-se com ênfase acerca da importância de algo, mas sem querer desencadear um efeito no ouvinte. Neste formato, busca-se alcançar um comum acordo que sirva de fundamento para uma coordenação consensual dos planos de ação (2012, p. 512),

[...] o êxito ilocucionário será relevante na ação na medida em que se criar com ele, entre falante e ouvinte, *uma relação interpessoal eficaz para a coordenação*; e tal relação deverá ordenar os espaços de ações e consequências da interação, além de *abrir possibilidades de vínculo para o ouvinte, por meio de alternativas gerais de ação* (grifou-se) (HABERMAS, 2012, p. 513).

Portanto, o conceito-chave no agir comunicativo é a coordenação dos participantes, sem a imposição de perspectivas unilaterais. É exatamente assim que paciente e médico devem agir em um contrato de tratamento de forma ideal.

5.2 JUSTIFICATIVAS PARA A POSITIVAÇÃO DO CONTRATO DE TRATAMENTO

No curso de sua vida como paciente, cada pessoa passa muitas vezes por um tratamento médico na expectativa de se tornar (ou manter-se) saudável ou pelo menos de experimentar uma melhora em eventuais sintomas. Em adição, na rotina diária do próprio tratamento em si, os pacientes também experimentam perdas adicionais para além da enfermidade, repetidas vezes.

Isso decorre, por exemplo, (i) do não atendimento de solicitações de tratamento pessoal, seja por parte da seguradora de saúde ou pelo Poder Público, (ii) pela demora de aprovação em procedimentos pelas companhias de seguro de saúde, (iii) da recusa de inspeção sobre a própria documentação médica, (iv) do “erro médico” culposo no tratamento, ou ainda (v) por agressões à sua própria autonomia.

Um projeto de lei que pudesse ajudar a minorar estes atuais “males específicos” os quais sofrem os pacientes, levaria em conta dois objetivos: por um lado, um regramento específico no campo do direito civil sobre o direito à informação específica e ao tratamento e, por outro lado, através de um melhor regulamento na área do seguro de saúde, tendo em vista a melhoria dos direitos dos usuários.

Este segundo objetivo, no entanto e por uma questão de delimitação de objeto, não será abordado pelo projeto de lei que aqui se defende. Ademais, as operadoras de saúde já pautam seu comportamento por lei ordinária federal específica²³¹ – o que ainda não ocorre de forma minimamente organizada no “contrato de tratamento”, mesmo com toda sua importância e centralidade aqui evidenciadas.

Esta nova figura contratual no ordenamento pátrio busca: (i) favorecer uma cultura de prevenção de erros e descumprimento contratual, estabelecendo regras claras de direito material (promoção); (ii) reforçar o envolvimento do paciente ao fortalecer no contrato o seu acesso às informações e decisões (promoção); (iii) romper com a consumerização jurídica da relação (promoção); e (iv) estabelecer uma margem racional para os direitos processuais em casos de erros de tratamento (proteção), que corresponda à natureza ontológica do contrato.

²³¹ Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, modificada pela MP nº 2,177-44/2001 e alterada pela Lei 13.003/2014, para tornar obrigatória a existência de contratos escritos entre as operadoras e seus prestadores de serviços.

A complexidade da medicina e a variedade crescente de opções de tratamento exigem, em primeiro lugar, regras que aproximem pacientes e profissionais, colocando-os no mesmo nível contratual (igualdade ideativa).

Até o momento, no Brasil, no entanto, o parâmetro para uma tentativa de equilíbrio real entre os contratantes encontra-se, como mencionado, predominantemente nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina²³², em sua dimensão deontológica (de obrigações para os médicos), e nos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sobre como deve ser compreendida e apreciada a responsabilidade civil dos profissionais de saúde em eventual descumprimento contratual.

Ocorre que, em um sistema pautado em entendimento jurisprudencial e em resoluções de uma autarquia federal (CFM), num país ainda com forte influência juspositivista e com um sistema normativo oriundo do *civil law* – ainda se adaptando ao cumprimento de uma ética dos precedentes^{233 234}, a insegurança jurídica acerca dos direitos e deveres dos pacientes e médicos é colossal.

E esta insegurança, quando cumulada à importância do bem jurídico mediato em questão, a saúde do ser humano e das coletividades humanas²³⁵, dá uma dimensão enorme para este grave problema.

Os médicos, uma das partes no contrato de tratamento, ainda têm alguma moldura normativa, pois, para o exercício da sua profissão, devem pautar seu comportamento pelas regras deontológicas do Código de Ética Médica. No entanto, também sofrem com a insegurança, na medida em que a jurisprudência (esfera judicial) entende que sua relação com o paciente é uma

²³² Resoluções que formalmente não possuem força de lei, não obrigando a todos, mas que, na atual lacuna normativa, acabam por funcionar como um dos marcos para a proteção dos direitos dos pacientes, como visto anteriormente.

²³³ “A justificativa, ou melhor, a eticização dos precedentes, além de estar relacionada a todos estes fatores, implica ver que o respeito aos precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal” (MARINONI, 2014, p. 15).

²³⁴ Vide exemplo recente, da decisão do Ministro Marco Aurélio de Melo, no dia 19/12/2018, de forma escoteira, horas antes do recesso do judiciário, por uma deliberação particular e aparentemente premeditada, ao conceder, em sede de liminar em ADC, a revogação do entendimento do Colegiado do STF, sobre a possibilidade de cumprimento de pena após condenação em segunda instância em sentença penal condenatória.

²³⁵ Objeto do exercício da Medicina, constante no art. 2º da Lei 12.842/13: “Art. 2º: O objeto da 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”.

relação de consumo, ao passo que a ética médica (diceologia e deontologia na esfera administrativa) entende de forma oposta²³⁶.

E os pacientes, ainda em pior cenário, não sabem quais direitos e deveres específicos têm quando constam em um dos polos de um contrato de tratamento, não conhecendo seus direitos em relação ao cuidado e à informação.

Regras jurídicas transparentes, portanto, dão a segurança necessária aos dois lados do contrato de tratamento e informações confiáveis criam orientação para o paciente. Informação esta que não é um fim em si mesma, mas que se constitui em um pré-requisito para que o paciente possa decidir sobre sua saúde, sob sua própria responsabilidade e autodeterminação no contexto do tratamento, mitigando sua vulnerabilidade específica.

O presente projeto de lei, aqui sugerido, codifica novas regras e princípios no Código Civil em um novo subtítulo a ser chamado “Do Contrato de Tratamento”, uma forma especial dos contratos de prestação de serviço²³⁷.

Esta codificação deve mitigar as ambiguidades que surgiram de jurisprudências anteriores, e ao mesmo tempo, oferecer escopo suficiente para que uma nova jurisprudência se sedimente e faça as correções necessárias, de forma segura, nos casos individuais.

Por último, mas talvez o mais importante, destaca-se o efeito preventivo proveniente de direitos e obrigações vinculativos quando expressos em lei. Este sim é o principal objetivo da positivação dos contratos de tratamento, que vai aproximar as partes pela comunicação, reduzindo a incompreensão mútua e favorecendo a autonomia de pacientes e médicos. Uma lei de responsabilidade equilibrada também pode reduzir a judicialização da medicina e o perigo da medicina defensiva.

Ainda no sentido da criação de um ambiente normativo, a autonomia do paciente e o consentimento informado constituem um problema central na avença estabelecida entre paciente e médico. Esta é uma pauta de ascendência bioética, que torna urgente o desenvolvimento de normas infraconstitucionais e instituições aptas a permitir a concretização, em termos jurídicos, das

²³⁶ Repise-se os já mencionados dispositivos do Código de Ética Médica: Princípio Fundamental IX - A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio; Princípio Fundamental XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo; e art. 58: É vedado ao médico o exercício mercantilista da Medicina.

²³⁷ Os contratos de prestação de serviço estão tipificados entre os arts. 593 e 609 do Código Civil de 2002. A nova figura contratual aqui proposta seria uma espécie diferenciada de contrato de prestação de serviços, a ser adicionada a partir do art. 609 do CC, compondo os “Contratos de Tratamento” entre os arts. 609-A e 609-G, como proposto no Apêndice A ao final desta dissertação.

soluções para os problemas da conexão entre a bioética e os direitos fundamentais (MATTE, 2005, p. 176).

A própria técnica que a medicina carrega, bem como o poder decorrente do seu desempenho, desemboca numa necessária carga ética. Nas palavras de Hans Jonas,

hoje a técnica atinge quase tudo o que interessa aos homens - vida e morte, pensamento e sentimento, ação e sofrimento, meio ambiente e coisas, desejos e destino, presente e futuro – em resumo, dado que ela se converteu em um problema tanto central quanto premente de toda a existência humana sobre a terra, já é um assunto de filosofia e é preciso que exista alguma coisa como uma filosofia da tecnologia (JONAS, 2013, p. 25).

A Bioética, compreendida como uma ética voltada à preservação da vida, acerca especificamente da vida humana, lida diretamente com a noção de pessoa e da sua dignidade. Conforme del Barco (*apud* MATTE, 2005, p. 185), a própria origem da Bioética assinala o seu destino, dizendo a que fim persegue, indicando seu objetivo: manter digna a vida.

O Direito não se constitui em uma ciência pura, necessitando da Bioética para a fundamentação de uma série de questões que resvalam na dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Judith Martins-Costa esclarece que não mais sobrevive a ficção de que o Direito é uma “ciência pura”, separada da Ética, pelo contrário, os grandes temas éticos são também os grandes temas jurídicos, sendo tarefa da reflexão bioética fornecer ao direito os parâmetros que permitirão a reconstrução da ideia de pessoa fundada na coincidência entre pessoa e ser humano (2001, p. 84).

Assim, a base para o “Contrato de Tratamento” aqui no Brasil, deve partir de reflexões bioéticas, sujeitas ao debate público, como a própria bioética determina. Da mesma forma, não é de se esperar que apenas a presença da positivação da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal, por si só, vai garantir o exercício dos direitos fundamentais, sem que haja, como neste caso, uma complementação normativa infraconstitucional específica.

Quando se trata de criação de leis, basta surgir a ideia para que opositores se insurjam. Em tese, porque os povos estariam fartos de leis, argumento a que, inicialmente, não se pode opor. É verdade que há excesso de leis, muitas delas distantes da sociedade. No entanto, como enfatiza Maria Casado, em aspectos como os atinentes às questões Bioéticas (como a relação paciente-médico), a tendência é justamente contrária (1998, p. 73), ou seja, torna-se desejável um parâmetro normativo mínimo para que se discipline questões tão complexas.

Luiza Matte explica que a aceitação de novas normas, no caso das que versem sobre aspectos bioéticos, dá-se por várias razões, entre elas: (i) a dificuldade em encontrar-se consenso nos diversos setores sociais, cabendo, então, ao Direito, lançar uma diretriz; (ii) também porque são problemas ligados aos valores mais caros da sociedade; (iii) trata-se de mudanças de paradigma radicais, polêmicas e nunca dantes vistas; (iv) o que leva a uma demanda de legislação por parte da sociedade (2005, p. 193).

Concorda-se com a referida autora na medida em que, sem desprezar a indubitável importância da análise caso a caso, não se pode deixar tudo a cargo do poder judiciário sob pena de desestabilizar-se o Estado democrático de direito, já que quem determina o que é o bem comum, *prima facie*, é o povo e não o Poder Judiciário.

Também não parece a atitude mais sábia esperar para reagir depois de ter-se dado espaço para consequências danosas, como vem ocorrendo nos contratos de tratamento, os quais, sem um microsistema jurídico adequado e explícito, vem sendo relegado à nefasta subsunção ao sistema consumerista, que em nada contribui para a saúde da relação paciente-médico.

Decerto, eventuais falhas nos regimes regulatórios são inevitáveis, o que não fulmina sua importância e necessidade. Em adição, é preciso compreender que o direito tem uma necessária dimensão contra fática, e por isso mesmo, ao regular a sociedade que caminha em sentido oposto, nenhuma lei é jamais plenamente imposta e bem-sucedida, pois se assim o fosse, não haveria necessidade da própria lei, bastaria uma companhia educacional no sentido da adaptação cultural desejada.

Neste mesmo sentido, Francis Fukuyama afirma que nenhum regime regulador é completamente invulnerável e nenhuma lei é plenamente imposta. O fato de haver alguns indivíduos ou organizações que violam regras, ou de haver países em que as regras inexistem ou são mal aplicadas, não é desculpa para, de saída, não se criarem as regras (2003, p. 25).

Uma evolução legislativa, de certa forma análoga a aqui proposta, ocorreu recentemente no tema da teoria das capacidades. No ordenamento jurídico brasileiro, no dilema da proteção-promoção da autonomia, partia-se da proteção como pedra de toque dos regimes atinentes aos adultos com capacidade diminuída.

No entanto, seguindo uma tendência comum nas reformas europeias (VÍTOR, 2008, p. 16) e com o advento da Lei de Inclusão (Lei nº 13.146/2015)²³⁸, a finalidade da autonomia passou a ter

²³⁸ Lei que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

um foco na sua promoção. Assim, atendendo à excepcionalidade da restrição dos direitos fundamentais, a regra passou a ser a promoção da autonomia (que se associa à capacidade) e a exceção, a proteção (que se associa a incapacidade).

Esta perspectiva, que se volta muito mais para o plano existencial, será mais facilmente apreendida também no Direito Médico quando houver um microsistema jurídico específico direcionado para a promoção dos direitos dos pacientes, a partir da sua existência (plano existencial), preservando a relação.

O enfoque, portanto, não deve ser a partir da perspectiva da “capacidade de consumo” dos pacientes, que prioriza o aspecto patrimonial em um contrato de tratamento, buscando a “proteção” posterior do lesado através de uma eventual reparação pecuniária. No entanto, o sucesso desta atualização, passará pela “necessária modificação cultural dos sujeitos que lidam com o Direito” (REQUIÃO, 2016, p. 200).

A vulnerabilidade específica decorrente do estar enfermo, tão comum, temida e especial (*sui generis*), clama por um auxílio específico por parte do direito, a ser concebido racionalmente após o exame das particularidades da vulnerabilidade em questão.

O homem é marcado por uma fragilidade permanente da existência corporal, evidente sobretudo em fases da infância, da velhice e da doença (HABERMAS, 2010, p. 47). Na doença, esta “fragilidade” ganha um contorno específico, pois, independentemente de quando ocorra ao longo de toda a existência corporal, constitui-se na própria possibilidade concreta do fim da vida, afinal, “não importa para quantas doenças o homem ache a cura, a mortalidade não se dobra à sua astúcia” (JONAS, 2006, p. 32).

Ante o exposto, será apresentado em Apêndice, como sugestão, a minuta de um projeto de lei para melhoria dos direitos dos pacientes a partir da tipificação do contrato de tratamento no Código Civil, buscando abarcar os aspectos normativos mais importantes até aqui apresentados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, que fique claro, apesar de contraindicar a utilização do CDC na disciplina jurídica da relação paciente-médico, não intentou retroceder no tema da responsabilidade civil para os profissionais médicos. Muito pelo contrário, busca examinar, adequar e desenvolver a responsabilidade civil médica para defender os interesses dos pacientes.

Procurou-se aqui, de forma seminal, iniciar o debate doutrinário para o desenvolvimento efetivo de um Direito Médico nacional, que se constituirá a partir de uma relação jurídica particular, diferente de todas as outras. Sobretudo em benefício do paciente, é necessário que a sua relação com o médico seja compreendida em sua essência material pela Ciência Jurídica brasileira, imediatamente afastada do inadequado âmbito consumerista e enquadrada em um microsistema jurídico próprio, “de dentro pra fora”.

Talvez possa parecer pretensioso afirmar que a partir do entendimento da natureza jurídica da relação paciente-médico, aqui proposto, possa efetivamente florescer um novo ramo do direito. No entanto, se este caminho for o necessário para se alcançar a correspondência jurídica do real, deve-se começar imediatamente a trilhá-lo. Em uma empreitada científica, o caráter e a qualidade do problema, bem como a audácia e a originalidade da solução sugerida, determinam o valor, ou a sua ausência.

Ressalte-se que a perspectiva aqui defendida, de inaplicabilidade do CDC na relação paciente-médico, apesar de não ter sido desenvolvida na profundidade que aqui se propôs, já foi aventada, em certa medida, por parte da doutrina nacional. Pena que as palavras destes autores não tiveram sua pertinência reconhecida pela jurisprudência local, talvez por achar-se que a “proteção” oferecida ao paciente pelo regime consumerista fosse uma boa solução. Como ratificado, não é.

A consciência da finitude do ser humano, que aflora com a enfermidade, traz sua singular vulnerabilidade que se maximiza quando o fim da vida é avistado. E por mais que o acesso à informação por parte dos pacientes tenha evoluído, estes nunca alcançarão o conhecimento médico de um especialista. Estas duas diferenças entre os atores do contrato de tratamento precisam ser corrigidas, mas com outro remédio, não com o inadequado e completamente silente CDC.

O sentido aqui defendido dialogou com a tese kantiana de que a pessoa (e sua saúde) está acima de todo e qualquer preço, pois só ela tem dignidade para não ser usada apenas como meio, como uma mercadoria. Complementando-se ainda, e nesta nova perspectiva, o agir comunicativo

habermasiano busca aproximar as partes pela comunicação, na intersubjetividade do entendimento, condição básica para a relação paciente-médico.

O direito deve tentar contribuir para a simetria dessa relação através de novos dispositivos legais, que estabeleçam regras e princípios do Direito Médico versando sobre pontos fundamentais como: autonomia; consentimento livre, esclarecido, renovável e revogável; capacidade bioética; acesso à documentação e prontuário médico; modelos de decisão substituta; formas específicas de presunção da culpa e inversão do ônus da prova etc., mas nunca direcionar em sentido consumerista, o que contribui para o crescimento de uma medicina defensiva, cara e impessoal, afastando os sujeitos de uma relação que jamais podem se afastar.

O direito brasileiro não pode persistir nesse erro de diagnóstico. Quem erra o diagnóstico não pode acertar na terapêutica. No diálogo das fontes possível, a relação paciente-médico deve ser imediatamente enquadrada dentro do Código Civil Brasileiro, mesmo antes do advento de novos dispositivos que disciplinem o contrato de tratamento (como ocorreu no BGB e aqui se propôs à semelhança como solução futura ideal), utilizando-se das normas da deontologia médica (deveres dos médicos) em seus dispositivos contratuais, de forma subsidiária e integradora, para favorecer o reconhecimento e implemento dos direitos dos pacientes.

A tipificação do contrato de tratamento (um contrato de prestação de serviços médicos) será extremamente útil. O movimento contra a consumerização da saúde também deve partir do Direito, esta ciência do dever ser (deontológica) que tenta melhorar o futuro disciplinando o presente.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 133-180.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANJOS, Marcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. **Revista Brasileira de Bioética**, v. 2, n. 2, p 173-186, 2006. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7967/6539>. Acesso em: 27 jun. 2019.

ASSÊNCIO, Sandro. **Comunicação e cultura: os pressupostos da “guinada linguístico-pragmática” da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas**. 2013. 201f. Tese (Doutorado em Comunicação e Artes) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Orientador: Prof. Celso Frederico. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27154/tde-19092013-102433/pt-br.php>. Acesso em: 05 jun. 2019.

BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 4. ed. São Paulo: Hucitec, 1988.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2010.

BELLINO, Francesco. **Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais**. Bauru: EDUSC, 1993.

BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões**. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 320-349.

BERGSTEIN, Gilberto. **Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova**. 2012. 271f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Orientador (a): Profa. Teresa Ancona Lopez. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-30042013-144339/pt-br.php>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRAUER, Jussara Falek. O outro em Lacan: consequências clínicas. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 5, n. 1-2, p. 309-333, 1994. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-51771994000100020. Acesso em: 30 mai. 2019.

BYK, Christian. **Tratado de bioética**: em prol de uma nova utopia civilizadora? São Paulo: Paulus, 2015.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicolletti. **Teoria da alteridade jurídica**: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas. São Paulo: Perspectiva, 2016.

CAMOLESI, Maria Eugênia Doimo. **A unilateralidade da razão**: a crítica junguiana. 1993. 118f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1993. Orientadora: Profa. Maria Lúcia do Eirado Silva. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8968/000060899.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 mai. 2019.

CARVALHO, Gisele Mendes; SALDANHA, Rodrigo Róger; MUNEKATA, Larissa Yukie Couto. Breves considerações sobre a mistanásia e o caso do Hospital Universitário Evangélico de Curitiba – PR, Brasil. **Revista Opinión Jurídica**, Medellín, Colômbia, v. 15, n. 29, p. 223-242, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v15n29/v15n29a12.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2019.

CASADO, María. **Nuevo derecho para la nueva genética**. In: CASADO, María (Org.). **Bioética, derecho y sociedad**. Madrid: Trotta Editorial, 1998, p. 55–73.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CLOTET, Joaquim. **Bioética**: uma aproximação. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de direito médico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade civil médica e hospitalar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

CUTER, João Virgílio G. **Você entendeu este texto?** In: FIGUEIREDO, Vinícius de. **Filósofos na sala de aula**. São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2008, v. 3, p. 158-201.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença**. São Paulo: Perspectiva, 2014.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 7.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ENGEL, George Libman. The need for a new medical model: a challenge for biomedicine. **Science**, v. 196, p. 129–136, 1977. Disponível em: <http://www.drannejensen.com/PDF/publications/The%20need%20for%20a%20new%20medical%20model%20-%20A%20challenge%20for%20biomedicine.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986.

FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão; BORGES, Paulo Cesar Corrêa. A macrobioética e os direitos humanos: um caminho para o humanismo dialético. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 26, sep. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FISCHER, Marta Luciane *et al.* Da ética ambiental à bioética ambiental: antecedentes, trajetórias e perspectivas. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 391-409, abr./jun. 2017.

FOUCAULT, Michel. **A história da loucura**. São Paulo: Perspectiva, 2017.

FOX, René C.; SWAZEY, Judith P. **Observing bioethics**. New York: Oxford University Press, 2008.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. São Paulo: Fundo Editorial BYK-Prociencx, 1975.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FREIRE, Nunes. **A responsabilidade civil na área da saúde privada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Espaço jurídico, 2010.

FREUD, Sigmund. **A dinâmica da transferência**. Rio de Janeiro: Imago, 1996, v. 12, p. 107-119.

FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GARRAFA, Volnei; DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce Bellez. **Bioethical language and its dialects and idiolects**. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 15, Sup. 1 p. 35-42, 1999.

GIANOTTI, José Arthur. Habermas: mão e contramão. **Novos Estudos**, São Paulo – CEBRAP, n. 31, out. 1991.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 6.

GOUVÊA, Carina Barbosa. **O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento: construindo a efetivação que opera em favor da democracia e do desenho institucional**. Brasília: Gomes & Oliveira, 2015.

GROCCO, Fábio Luiz Tezini. Georg Lukács e a reificação: teoria da constituição da realidade social. **Kínesis**, v. I, n. 2, p. 49-63, out. 2009. Disponível em:

<https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/Artigo04.F.Crocco.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2019.

GUTIÉRREZ-PRIETO, Hernando. Bioethics and ecology: towards sustainable bioethics. **Vniversitas**, Bogotá (Colombia), n. 117, p. 275-294, jul./dic. 2008.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho da eugenia liberal?** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. 42. ed. Porto Alegre: L&PM, 2019.

HONDIUS, Ewoud; HOOFT, Annet Van. The new dutch law on medical services. **Netherlands International Law Review**, XLIII, p. 1-17, 1996. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiBoMfOlbnhAhWELLkGHV7jBtEQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fdspace.library.uu.nl%2Fbitstream%2Fhandle%2F1874%2F22928%2Fhondius_96_theewdutchlawonmedicalservices.pdf%3Fsequence%3D1&usq=AOVaw3fubimGKvTTQrN0g3oaDod. Acesso em: 05 abr. 2019.

ISMAEL, J. C. **O médico e o paciente: breve história de uma relação delicada**. 2. ed. São Paulo: MG Editores, 2005.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC-Rio), 2006.

JONAS, Hans. **Técnica, medicina e ética: sobre a prática do princípio responsabilidade**. São Paulo: Paulus, 2013.

JUNG, Carl Gustav. **O segredo da flor de ouro**. Petrópolis: Vozes, 1981.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. **Princípios da beneficência e não-maleficência**. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

KOTLER, Philip. **Princípios de marketing**. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

LACAN, J. **Introdução do grande outro**. In: LACAN, J. **O seminário, livro 2: o eu na teoria de Freud e na técnica da psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 296-311.

LEITE, Álvaro Jorge Madeiro. Medicina baseada em evidências. **SANARE**, n. 1, ano III, jan./fev./mar. 2002. Disponível em: <https://sanare.emnuvens.com.br/sanare/article/view/97/89>. Acesso em: 02 mar. 2019.

LÉVINAS, Emmanuel. **O humanismo do outro homem**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

LOPES, A. A. Medicina baseada em evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica. **Rev. Ass Med Brasil**, 46(3), p. 285-8, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ramb/v46n3/3089.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2019.

LOPES, José Agostinho. Bioética: uma breve história de Nuremberg (1947) a Belmont (1979). **Revista Médica de Minas Gerais**, p. 262-273, 2014.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOURENÇO, Lara Cristina d'Ávila. Transferência e complexo de Édipo na Obra de Freud: notas sobre os destinos da transferência. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, 18 (1), p. 143-149, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MARCANTONIO, Jonathan Hernandez. A virada linguística e os novos rumos da filosofia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de São Paulo**, v. 4, n. 4, p. 114-131, 2007. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/518/516>. Acesso em: 23 mar. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

MARTINS, Caroline Curry; WACLAWOVSKY, Aline Josiane. Problemas e desafios enfrentados pelos gestores públicos no processo de gestão em saúde. **Revista de Gestão em Sistema de Saúde – RGSS**, v. 4, n. 1, jan./jun. 2015.

MARTINS, Claudia Aiex Baptista. **A teoria dinâmica do ônus da prova e o Código Processual Civil de 2015**: alterações em benefício do acesso à ordem jurídica justa. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n5_2016/pdf/ClaudiaAiexBaptistaMartins.pdf. Acesso em: 29 mai. 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **As interfaces entre a bioética e o direito**. In: CLOTET, Joaquim (Org.). **Bioética**. Porto Alegre: Edipucrs, 2001.

MATTE, Luiza. Direitos fundamentais e bioética. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 25, p. 175-197, 2005.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. **O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido**. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volvei. **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Maria do Céu Patrão. **O admirável horizonte da bioética**. Lisboa: Glaciar, 2016.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, 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; AGUIAR, Mônica. O *minimum minimorum* existencial do direito fundamental à saúde o modelo hermenêutico no procedimento decisional: um olhar sob a perspectiva da alteridade. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 18, n. 01. p.19-48, jan./mar. 2019.

NILO, Alessandro Timbó; AGUIAR, Mônica. Responsabilidade civil dos médicos e contratos de tratamento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 997, p. 105-134, nov. 2018.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Henderson Fiirst de. **A contribuição da bioética como fundamentação jurídica em questões de ortotanásia no Brasil**. 2018. 150 f. Tese (Doutorado em Bioética) – Centro Universitário São Camilo, São Paulo, 2018. Orientador: Prof. Marcio Fabri dos Anjos.

OLIVEIRA, Marcelo Fernandes Amorim. **Teoria das cargas processuais dinâmicas: efetividade jurisdicional e expressão do acesso à justiça**. Birigui: Boreal, 2014.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, Thais Thomé Seni Oliveira; BARROS, Monalisa Nascimento dos Santos; AUGUSTO, Maria Cecília Nobrega de Almeida. O cuidado em saúde: o paradigma biopsicossocial e a subjetividade em foco. **Mental**, Barbacena-MG, n. 17, p. 523-536, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/mental/v9n17/02.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2019.

PESSINI, Leo. As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. **Revista Bioética**, 21, p. 9-19, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a02v21n1.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioética: ponte para o futuro**. São Paulo: Edições Loyola, 2016.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidade e interdição**. Salvador: JusPodivm, 2016.

RIBEIRO, João Ubaldo. **Política: quem manda, por que manda, como manda**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

ROCCO, Alfredo. **Corso di diritto commerciale: parte generale**. Padova: La Litotipo – Editrice Universitaria, 1921.

RORTY, Richard. **Essays on Heidegger and Others**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

- SANTOS, Neuma; VEIGA, Patrícia; ANDRADE, Renata. Importância da anamnese e do exame físico para o cuidado do enfermeiro. **Rev. Bras. Enfermagem**, Brasília, p. 355-358, 2011.
- SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- SANTOS FILHO, Lycurgo. **História geral da medicina brasileira**. São Paulo: HUCITEC, 1991.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Diretos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SILVA, Michele de Freitas Neves *et al.* Protocolo de avaliação e classificação de risco de pacientes em unidade de emergência. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**, 22(2), p. 218-25, mar./abr. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v22n2/pt_0104-1169-rlae-22-02-00218.pdf. Acesso em: 23 mai. 2019.
- SILVA, Mônica Neves Aguiar da. O paradoxo entre a autonomia e a beneficência nas questões de saúde: quando o poder encontra a vulnerabilidade. **Revista de Biodireito e Direitos dos Animais**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 70 – 85, jan./jun. 2016.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e dos profissionais da saúde. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 31-78.
- STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 1(2), p. 75-83, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>. Acesso em: 28 mai. 2019.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 1.

TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 778, ago. 2000.

VASCONCELOS, Camila. Responsabilidade médica e judicialização na relação médico-paciente. **Revista Bioética**, 20 (3), p. 389-96, 2012. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/757/809. Acesso em: 31 mar. 2019.

VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei**: uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

VÍTOR, Paula Távora. **A administração do património das pessoas com capacidade diminuída**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**: investigações filosóficas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2015.

APÊNDICE A - Projeto de Lei para Melhoria dos Direitos dos Pacientes no Contrato de Tratamento

LEI PARA MELHORIA DOS DIREITOS DOS PACIENTES NO CONTRATO DE TRATAMENTO

Institui a figura dos contratos de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro, disciplinando a relação paciente-médico e dá outras providências na prestação dos serviços médicos.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. São inseridos os arts. 609-A a 609-G na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com a seguinte redação:

“Seção II

Do Contrato de Tratamento

Art. 609-A O contrato de tratamento disciplina a prestação de serviços médicos na relação jurídica estabelecida entre paciente e médico, quando em ato terapêutico, diagnóstico, ou específico da atividade médica, realizado de forma personalíssima pelo profissional de saúde.

§1º O contrato de tratamento tem por objeto a promoção do bem-estar biopsicossocial do paciente e não caracteriza relação de consumo.

§2º O contrato de tratamento deve ser executado com base no princípio da vulnerabilidade do paciente e no entendimento intersubjetivo constituído no consentimento informado, livre e esclarecido.

§3º A disciplina jurídica da relação paciente-médico tem como fonte subsidiária a deontologia médica.

Art. 609-B Através do contrato de tratamento, obriga-se o médico a oferecer o tratamento acordado com o paciente, sendo do médico a condução técnica, ocorrendo de acordo com a vontade do paciente, e observando os padrões médicos que são geralmente

reconhecidos no momento do tratamento, salvo nos casos de privilégio terapêutico.

Art. 609-C É vedada a execução mercantilista do contrato de tratamento, sendo proibido ao médico:

I – oferecer ou aceitar remuneração ou vantagens por paciente encaminhado ou recebido, bem como por atendimentos não prestados;

II – exercer a profissão com interação ou dependência de qualquer organização destinada à fabricação, manipulação, promoção ou comercialização de medicamentos ou produtos de prescrição médica, qualquer que seja sua natureza;

III – obter vantagem pelo encaminhamento de procedimentos, pela comercialização de medicamentos, órteses, próteses ou implantes, cuja compra decorra de influência direta em virtude de sua atividade profissional;

IV – estabelecer vínculos comerciais com empresas que anunciam ou comercializam planos de financiamento, cartões de descontos ou consórcios para procedimentos médicos;

V – exercer publicidade ou propaganda fora dos padrões estabelecidos pela deontologia médica, ou que caracterize mercantilização do contrato de tratamento.

Art. 609-D O médico deve obter consentimento informado, livre e esclarecido do paciente, ou de seu representante legal, após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, garantindo ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, sobre sua pessoa ou seu bem-estar, salvo em caso de risco iminente de morte.

§1º O médico é obrigado a explicar para o doente de um modo compreensível, no início do tratamento e, se necessário, durante o mesmo, todas e quaisquer circunstâncias que são relevantes para o tratamento, em particular, o diagnóstico, o prognóstico e o desenvolvimento do tratamento, a terapia e as medidas que tome por ocasião da terapia e após esta.

§2º O médico deve esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

§3º O consentimento, que é processual e composto pelo termo de consentimento a ser construído dialogicamente com o paciente, pelas anotações em prontuário, e pelas informações passadas de forma oral ao longo do tratamento, pode ser revogado a qualquer momento, de qualquer forma, mesmo sem justificativa do paciente.

§4º Para quando o paciente não possua mais autonomia, ou caso nunca a tenha possuído, devem ser observados, de acordo com o caso concreto, os seguintes modelos de decisão substituta, de forma isolada ou em combinação:

I – o modelo da autonomia pura;

II – o modelo do julgamento substituto;

III – o modelo dos melhores interesses.

Art. 609-E O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

Art. 609-F O prontuário médico é um documento que pertence ao paciente, mas que permanece sob a guarda do médico ou da unidade de saúde, sendo vedado a estes negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.

§1º O prontuário deve ser elaborado de forma legível, para cada paciente, contendo os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.

§2º É vedado ao médico deixar de fornecer laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando aquele for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta.

Art. 609-G Nos casos do art. 951, é de se presumir que houve erro médico na modalidade culposa, cabendo ao médico fazer prova em contrário, dentre outras possibilidades, quando:

I – um risco geral do tratamento, que poderia ter sido totalmente gerenciável pela equipe, se materializou e levou prejuízo para a vida, a integridade física ou a saúde do paciente;

II – o médico não registrou uma medida importante necessária, assim como o resultado deste procedimento, no prontuário, ou o registrou posteriormente sem mencionar o exato momento superveniente;

III – o médico não estava qualificado formalmente, através de especialização reconhecida pela deontologia médica, para realizar o tratamento que se apresentou;

Parágrafo único: É de se presumir que o profissional tenha agido de forma culposa, em qualquer conduta diagnóstica ou terapêutica do médico, dentro da cadeia de eventos, quando houver verossimilhança de que o ato possa ter levado prejuízo para o paciente, em caso de:

- a) negligência grosseira;
- b) conduta que não se amolde ao padrão da medicina vigente, ao tempo do fato, para casos semelhantes.”

Art. 2º O título do “CAPÍTULO VII – DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO”, que antecede o art. 593 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, é modificado para: “CAPÍTULO VII – *Seção I* – Da Prestação de Serviços”

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO
(vide seção 5.2 *supra*)

.....

Sala das Sessões,

APÊNDICE B - Tabela Comparativa entre os Dispositivos do Contrato de Tratamento no BGB e os Dispositivos do Contrato de Tratamento no Atual Ordenamento Jurídico Brasileiro

Artigo do BGB	Dispositivo normativo no ordenamento jurídico brasileiro
§630a	Princípio Fundamental XX do CEM (trata da a natureza personalíssima da atuação profissional do médico, a qual não caracteriza relação de consumo); art. 2º da Lei 12.842/2013 (define que a saúde do ser humano é o objeto da Medicina e do contrato de tratamento (objeto mediato) a ser celebrado entre o paciente e o médico); art. 951 do Código Civil (estabelece o regime jurídico de responsabilização, pautado na teoria da culpa); Arts do CEM: 1º (também sobre o regime jurídico de responsabilização em eventual erro culposo), 58, 59, 68, 69 e 72 (que trazem a impossibilidade da mercantilização do contrato em função do seu objeto), todos da Resolução CFM 2.217/18 (CEM).
§630b	Não há correspondência no ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas destaca que a relação entre paciente e médico não se constitui em relação de trabalho.
§630c	Tratam dos deveres de informação e da autonomia do paciente. Nesta análise, deve-se começar, sempre, pelo o art. 15 do CC (que traz o princípio da autonomia); e mais os seguintes artigos do Código de Ética Médica: arts. 13, 22 (que trazem a necessidade de esclarecer sobre determinantes da doença pela necessidade da obtenção do consentimento informado em um contrato de tratamento), 24, 31 (que expressam que o médico não pode interferir nas decisões do paciente ou de seu representante legal, deixando-o decidir livremente, salvo nos casos de privilégio terapêutico) e 34 (que esclarece que o médico deve informar o diagnóstico e prognóstico, bem como os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal), todos da Resolução CFM 2.217/18; deve ser analisada também, pelo operador do direito, a Recomendação CFM 01 de 2016 (que dispõe detalhadamente sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica); bem como a Resolução CFM 1.995/2012, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade, para tomada de decisão em momentos que o paciente não se encontra autônomo.
§630e, 630d, 630f e 630g	Art. 88 do CEM, que esclarece que é vedado ao médico negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando

	<p>ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros; o art. 86 do CEM, que traz a obrigatoriedade do médico em fornecer laudo médico sempre que o paciente precise; o art. 87 do CEM, que assevera que o médico deve preencher o prontuário sempre de forma legível e clara; e o art. 87, §§1º e 2º, que esclarecem que o prontuário deve ficar em na guarda do médico, mas que pertence ao paciente, e que deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo sempre preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.</p>
§630h	<p>Sem correspondência no ordenamento pátrio, devendo-se analisar o caso concreto, observando a verossimilhança de culpa grosseira (negligência, imperícia ou imprudência) e proceder a inversão do ônus da prova com base no art. 373, §1º do CPC, que traz a distribuição dinâmica do ônus da prova de forma casuística. Não proceder desta forma é subverter a própria natureza do contrato de tratamento, que se constitui, <i>prima facie</i>, como uma obrigação de meio.</p>

APÊNDICE C - Tabela com as Normas da Deontologia Médica Incompatíveis com o Regime Consumerista e com os Dispositivos do CDC Incompatíveis com a Atividade Médica (ou com o Próprio Ordenamento Jurídico). Quadro sinóptico normativo do ponto 4.2.6.

Normas da deontologia médica incompatíveis com o regime consumerista	
A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.	Princípio Fundamental nº XX do Código de Ética Médica (CEM - Resolução 2.217/2018)
É vedado ao médico o exercício mercantilista da medicina.	Art. 58 do CEM
É vedado ao médico fazer publicidade de sua atividade, como qualquer outro comerciante.	Art. 111; 112; e 116 do CEM
É vedado ao médico, utilizando qualquer meio de divulgação leiga, prestar informações, dar entrevistas e publicar artigos versando sobre assuntos médicos de fins estritamente educativos.	Art. 8º da Resolução CFM nº 1.974/2011
É vedado ao médico a autopromoção, entendida como a utilização de entrevistas, informações ao público e publicações de artigos com forma ou intenção de auferir lucros de qualquer espécie.	Art. 9º, §1º, “d”, da Resolução CFM nº 1.974/2011
É vedado ao médico estabelecer vínculo de qualquer natureza com empresas que anunciam ou comercializam planos de financiamento, cartões de descontos ou consórcios para procedimentos médicos.	Art. 72 do CEM
É vedado ao médico a utilização das fotografias do “antes e depois”.	Art. 13, §3º c/c do art. 3º, “g”, ambos da Resolução CFM nº 1.974/2011
Até mesmo a publicação nas redes sociais dos pacientes ou de terceiros, de modo reiterado e/ou sistemático, de imagens mostrando o “antes e depois” ou de elogios a técnicas e resultados de procedimentos nas mídias sociais deve ser investigada pelos Conselhos Regionais de Medicina.	Art. 13, §4º da Resolução CFM nº 1.974/2011
É vedado ao médico anunciar especialidades médicas ainda não reconhecidas pelo CFM	Art. 9º, “b”, da Resolução CFM nº 1.974 e art. 113 da Resolução 2.217/2018
Vedação ao anúncio de especialidades que não tenham o devido reconhecimento científico	Resolução CFM nº 2.149/2016
O médico deve trabalhar até de graça, em determinados casos, mesmo de forma contrária à sua própria vontade, por imposição do ofício – o que não encontra paralelo em qualquer fornecedor mercantil	Art. 33 do CEM
Dispositivos consumeristas incompatíveis com a atividade médica e com o próprio ordenamento jurídico (Código Penal).	

<p>O CDC considera prática abusiva executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor (art. 39, VI, do CDC)</p>	<p>Incompatível com a atividade médica em uma série de situações, podendo, inclusive, ser enquadrado como crime pelo Código Penal (art. 135-A). Destaque-se que no contrato de tratamento há a figura do privilégio terapêutico</p>
<p>O CDC considera prática abusiva do fornecedor deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério (art. 39, XII)</p>	<p>Da mesma forma que o dispositivo anterior, é incompatível com a atividade médica em uma série de situações em função do privilégio terapêutico</p>
<p>O CDC considera ilegal permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo (art. 39, XIV)</p>	<p>Incompatível com a realidade material das emergências dos hospitais públicos (e até mesmo privados) no Brasil</p>
<p>O CDC considera completa nulas cláusulas contratuais que excluam ou mesmo atenuem o dever de indenizar em caso de dano (art. 51, I,)</p>	<p>Incompatível com a medicina que é necessariamente iatrogênica e que, ontologicamente, já trabalha com um dano instalado no paciente.</p>
<p>O CDC é um diploma lastreado na teoria do risco, que visa a responsabilização objetiva dos fornecedores, não sendo adequado para a apreciação de atividades eminentemente sujeitas à teoria da culpa, nas quais a conduta do demandado deve ser necessariamente analisada</p>	<p>A atividade médica é incompatível tanto com o risco criado (natureza da própria medicina), quanto com o risco proveito (pela hierarquia dos objetos)</p>