

O Ato Médico, o Código de Defesa do Consumidor e o fim da relação Médico-Paciente. O que podemos (devemos) fazer?



securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. [...]

Passados 30 anos da publicação do CDC, ainda não há consenso por parte de doutrinadores, juristas e julgadores, se o mesmo deva ser aplicado na relação médico-paciente, ou seja, se o paciente é ou não consumidor e se o médico é ou não fornecedor de serviços. Este fato ainda não se encontra pacificado pela doutrina e jurisprudência. Porém, essa falta de uma definição vem fazendo cada vez mais nós médicos vítimas da aplicação de suas sanções na

relação médico-paciente.

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa dos Direitos do Consumidor (CDC) trata-se da Lei número 8078, de 11 de setembro de 1990, promulgada em razão do disposto no inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que decidiu que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Para efeito didático e informativo, perante o CDC, são assim definidos:

[...] Art. 2º - **Consumidor** é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.[...]

[...] Art. 3º - o **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.[...]

[...] § 2º - **Serviço** é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e

Vejam algumas implicações para nós médicos. (1) O paciente, sendo enquadrado como consumidor, é considerado **hipossuficiente**. O médico, por sua vez, na condição de prestador de serviços, é considerado **hipersuficiente**. Tal fato, per se, já nos coloca em uma condição desfavorável em qualquer demanda jurídica, independentemente do mérito da causa. (2) Possibilidade de inversão do ônus da prova a seu desfavor, com conseqüente imperativo de ele (o médico), ter que produzir uma prova impossível, denominada no direito de “prova diabólica”. Exemplo: o resultado do exame comprovando determinada situação, mas que foi, obviamente, entregue ao paciente. Ou ainda a própria questão do termo de consentimento informado livre e esclarecido que, cada vez mais, tem sido mitigado pelos magistrados em uma exigência, em inúmeros casos, de possuir TODA E QUALQUER informação, sendo certo que fica a critério exclusivo do julgador entender se esse ou aquele termo cumpriu o dever de informações.

Na mesma linha de sermos conduzidos pelo CDC, caso o atendimento de um paciente tenha sido feito fora de seu domicílio, o médico é obrigado a se locomover, juntamente com seu advogado, à cidade de origem do paciente, independente se seu atendimento tenha sido livremente escolhido pelo paciente. Toda a ação processual correrá na cidade de origem do paciente.

Vamos mais além, em sendo uma relação de consumo algumas especialidades médicas podem ser indiciadas como uma medicina de fim e não de meio, cujo resultado deve ser sempre o acordado previamente ao tratamento.

É de suma importância esclarecer que a defesa de que o ato médico e em especial a relação médico-paciente não podem ser regidos pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, não se dá por preciosismo ou corporativismo. Ao contrário, assim como a relação advogado-cliente não está submetida a essa legislação especial, entendemos que o caráter sui generis da relação entre o médico e seu paciente precisa estar à margem da Lei Consumerista.

Entendemos ainda, com veemência, que tanto o Legislativo quanto os operadores do Direito precisam estar atentos à FUNÇÃO SOCIAL que o ato de prestar serviço de saúde possui. E isso, no mínimo.

Esse pensamento encontra, a toda evidência, ressonância no Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal que preceitua como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Ora, pacientes e médicos precisam ter esse fundamento respeitado.

A vida e a saúde não são BENS DE CONSUMO. Aliás, importa dizer, são bens inalienáveis. Nesse passo, nos reportamos uma vez mais à Carta Magna em seus artigos 5º e 196 que assim preceituam, respectivamente:

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

[...]“Art. 196 **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.”[...]

Portanto, de compreensão mediana, sendo até redundante, de que os Bens “saúde” e “vida” não são de consumo, a toda evidência.

Nesse passo, reforçamos o pensamento de que não se pode enquadrar o serviço prestado pelo médico, e por extensão por instituição de saúde, no parágrafo 2º do artigo 3º do Código Consumerista.

Mais uma questão importante e que serve de sustentáculo para o acima exposto. É o chamado pós-positivismo. Em estreita síntese, e sem adentrar muito no “juridiquês”. Trata-se da solidificação de se valorizar jurídica e politicamente, os Princípios enunciados nos textos legais ou que os norteiam. De maneira clara, os Princípios são mais importantes que a letra fria da lei ou, como é o caso do enquadramento da relação médico-paciente no Código do Consumidor, mais importante do que as interpretações dadas e estabelecidas na jurisprudência sem leva-los em conta.

Os juristas de alguns países, notadamente da Espanha e do Brasil, apelidam como pós-positivismo uma opção teórica que considera que o direito depende da moral, tanto no momento de reconhecimento de sua validade como no momento de sua aplicação. Nessa visão os princípios constitucionais, tais como a dignidade humana, o bem-estar de todos ou a igualdade, influenciariam a aplicação das leis e demais normas concretas.

Os Princípios precisam ser fortemente estimulados. Nessa linha de raciocínio, voltemos ao Código de Ética Médica, exatamente no Capítulo I, sob o título PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS, preceitua:

[...] IX - A medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio. [...]

[...] XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo. [...]

Não à toa tal fundamento foi colocado no capítulo que versa sobre os princípios fundamentais.

Voltemos à questão da relação cliente-advogado. Por que se solidificou esse entendimento, inclusive no Superior Tribunal de Justiça?

De forma resumida, para não cansar, entende-se que a relação jurídica estabelecida entre o advogado e seu cliente é regida por legislação própria, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8906/94), baseado na relação de confiança entre o cliente e o seu advogado. Daí não se aplicar os ditames do CDC.

Ora, quer relação mais baseada em confiança do que a médico-paciente?

E quanto à legislação? Não há de fato uma Lei Federal regente da relação do médico com o seu paciente, mas reflitamos!

Em primeiro lugar, o Código Civil Brasileiro é legislação que rege de forma abrangente, esgotando o assunto, as matérias do direito contratual e de responsabilidade civil. Em segundo lugar, porém não menos importante, vale dizer que o Conselho Federal de Medicina é uma autarquia federal e, com os demais Conselhos Regionais, foram instituídos pelo Decreto-Lei nº 7.955/45 e regidos pela Lei Federal 3.268/57, sendo certo que é do Conselho Federal de Medicina-CFM que é emanada a Resolução que cria o Código de Ética.

Sim, acreditamos que o contrato estabelecido entre o médico e seu paciente tem natureza *sui generis*, ou seja, tem características próprias, peculiares, singulares. Tais características assim se apresentam porque estamos diante de uma relação mediada por um universo biológico onde estão incluídos a imunologia, a bioquímica, a fisiologia, a histologia, a anatomia, a farmacologia que não permite que a medicina possa ser avaliada como uma profissão qualquer onde os resultados dependem exclusivamente do ato em si do executor. Estamos diante, mais uma vez, de um universo biológico que não nos permite caracterizar uma relação de consumo o ato médico.

Portanto, com todo o respeito às opiniões em contrário, não há porquê a relação entre o advogado e seu cliente não ser regida pelo Código do Consumidor e a do médico com seu paciente sim.

Voltemos, nesse ponto, ao termo no início utilizado, qual seja, *sui generis*. Afinal, não se pode comparar, por exemplo, a prestação do serviço de pintura de uma parede, com o atuar médico.

Na prestação do serviço de saúde, há inúmeras questões que, podemos até dizer, híbridas, isto é, não se enquadram em nenhuma outra situação das demais relações jurídicas convencionais.

Para exemplificar, uma vez mais, e sem esgotar o tema, posto que impossível em razão da complexidade da medicina, podemos dizer que um paciente pode não ficar curado, mesmo depois de ter sido empregado todos os meios de tratamento, inclusive tecnológicos de última geração. Isso é próprio da natureza *sui generis* do contrato entre médico e paciente.

E mais! É possível advir um dano a um paciente em razão de um tratamento. Esse dano pode ser sério, inclusive morte, como é o caso das idiossincrasias medicamentosas. Um caso típico é a Síndrome de Stevens Jonhson. Tudo isso faz parte das características híbridas do contrato entre médico e paciente. Nenhum dos acontecimentos nefastos que podem ocorrer (riscos inerentes) estão sob a ingerência do médico no sentido de impedi-los.

A anamnese, o exame físico são essenciais e preponderantes na relação médico-paciente, é o anúncio indelével da importância crucial do caráter singular dessa interação entre duas pessoas humanas e, por si só, nos deixa antever que um regramento jurídico desigual, como o Código do Consumidor, se mostra inócuo e insuficiente para pré-julgamento. Na anamnese o médico vai se nutrir de informes e coletar dados históricos e próprios do seu paciente, os quais deverão conduzi-lo na busca incessante do estado de melhora. Por vezes, uma resposta do paciente, ligada às questões do passado ou de seu DNA, e até mesmo de certa localidade onde viveu ou esteve, desvenda uma enfermidade ou um achado que permite a sua cura ou sua melhora. É injusto aplicar regras desiguais entre essas duas pessoas.

Ora por muito menos a relação advogado-cliente, que também possui uma natureza *sui generis*, foi entendida não ser regida pela Lei 8078/90.

O profeta Gibran Kalil Gibran já escreveu que “O EXAGERO É A VERDADE QUE PERDEU A CALMA” e assim o médico brasileiro tem vivido nos últimos trinta anos, com uma legislação rígida e desigual, a qual defende e protege uma pessoa humana e em detrimento de outra pessoa humana. Em seara de SUS ou de Saúde Suplementar e quando se observa a participação de uma pessoa jurídica, entendemos e defendemos que o rigor do Código do Consumidor é protetivo e necessário para equalizar o direito do consumidor leigo. Porém, quando estamos diante de duas pessoas humanas, diferenciá-las é agredir a Dignidade da Pessoa Humana. Além do que há legislação ordinária suficiente para regrar ressarcimentos e ou indenizações para os casos de existência de culpa ou dolo, nos moldes do Código Civil Brasileiro.

A Sociedade Brasileira precisa distinguir seus médicos com respeito e atenção, uma vez que são eles os responsáveis pela incessante busca do estado de melhora e nunca deveriam ser encarcerados em

uma premissa desigual e rígida que os coloquem em presunções e casuísticas, como determina a aplicabilidade do Código do Consumidor. Daí a justificativa da verdadeira avalanche de processos judiciais que se avolumam nos tempos atuais. Há que se nutrir uma concepção coletiva afirmativa e favorável à pessoa do médico, claro, punindo os casos específicos, por óbvio.

Da mesma forma, o código de defesa do consumidor vem minando e desestimulando a boa relação médico-paciente. Por que falo isso? Sob as regras do CDC muito mais vale um termo de consentimento livre e esclarecido (que muitas vezes não tem nada de esclarecido) do que uma boa história clínica, uma boa anamnese, um exame físico cuidadoso, que são a base e a sustentação na relação de confiança e respeito entre o médico e seu paciente.

Para finalizar, não podemos deixar de citar o artigo 7º do próprio Código do Consumidor, que diz:

[...] “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade” [...]

Pois bem, o que não faltam são leis e normas que por si só são capazes de, exemplarmente, reger a relação médico-paciente.

CONCLUSÃO

Quer por uma análise axiológica, isto é, pela Preponderância dos Princípios, quer pela inteligência de reflexão sob o aspecto comparativo realizado acima, quer pela reflexão da natureza peculiar da relação entre médico e paciente, é elementar que essa relação jurídica não pode ser regida pelo CDC.

CAMINHOS PARA REFLEXÃO

1. Movimento Nacional de conscientização dos médicos. É importante ressaltar que a maioria dos médicos não sabem que são regidos pelo CDC, até serem vítimas do mesmo. Esse movimento deve ser estruturado e liderado:

1.1.1. Conselho Federal de Medicina
1.1.1.1.1. CRIAÇÃO DE UMA COMISSÃO PARA DESLIGAR O ATO MÉDICO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1.1.2. Conselhos Regionais de Medicina

2. Envolvimento alinhado e coordenado com as entidades aliadas:

2.1.1. AMB

2.1.2. Sociedades Médicas

2.1.3. Sindicatos Médicos

2.1.4. FENAM

2.1.5. Conselho Nacional de Saúde – Ministério da Saúde

2.1.6. Conselho Nacional de Residência Médica

3. Maior interação do CFM com as sociedades médicas.

3.1. Participando com mesas redondas de debates nos eventos nacionais das sociedades médicas.

3.1.1. Com o objetivo de aproximar os médicos brasileiros das ações do CFM/CRMs em especial na defesa do ato médico como um ato singular entre o médico e seu paciente e não uma relação de consumo.

4. Evento de Conscientização dentro do Congresso Nacional.

4.1.1. Fortalecimento da ideia junto à bancada da saúde.

4.1.2. Entendimento de que os pacientes não são mercadorias.

5. Projeto de lei criando exceção para excluir a aplicabilidade do CDC na relação médico-paciente

5.1.1. Não há necessidade de mudar a lei.

5.1.2. Pode-se apenas criar a exceção aos médicos.

O caminho não é curto nem fácil, mas cada dia de bom combate irá fazer a diferença à medicina brasileira.

TCBC Leonardo Emílio da Silva (Vice-Presidente Setorial do CBC)

Antônio Couto (Consultor Jurídico do CBC)

“É de suma importância esclarecer que a defesa de que o ato médico e em especial a relação médico-paciente não podem ser regidos pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor”