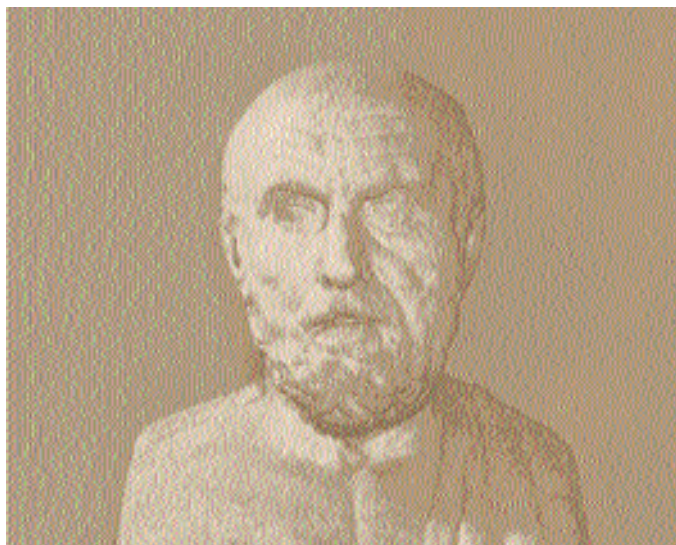


Bioética e Direito

José Geraldo de Freitas Drumond



Busto de Hipócrates. Museu Capitolino, Romana

Esta Secção destina-se a discutir os vários aspectos que ligam a preocupação ética na área sanitária à formulação jurídica do direito à saúde, seja quando disciplinada em lei, seja quando decidida pelos juízes - individualmente ou nos tribunais. Espera-se receber tanto comentários relativos às decisões na matéria quanto informações que possibilitem o exame ético-sanitário das decisões. Do mesmo modo, serão bem-vindas manifestações semelhantes pertinentes a projetos de lei, ou mesmo à legislação vigente, que polemizem princípios morais na área da saúde

A relação médico-paciente sob a ótica dos direitos do consumidor

HISTÓRICO

O direito do consumidor tem sua origem nas sociedades capitalistas centrais (EUA, Inglaterra, Alemanha e França), sendo que as primeiras legislações protetivas dos direitos dos consumidores surgiram nos EUA – o Federal Trade Commission Act (1914) e o Consumer Product Safety Act – e se consolidaram após o pronunciamento de John F. Kennedy, que, em 15 de março de 1962, em mensagem especial ao Congresso americano sobre a problemática do consumidor, identificou os pontos mais importantes em torno da questão, como se segue:

- 1) Os bens e serviços colocados no mercado devem ser sadios e seguros para o uso, promovidos e apresentados de maneira que permitam ao consumidor fazer a escolha satisfatória;
- 2) Que a voz do consumidor seja ouvida no processo de tomada de decisão governamental que determina o tipo, a qualidade e o preço de bens e serviços colocados no mercado;

3) Tenha o consumidor o direito de ser informado sobre as condições e serviços;

4) e, ainda, o direito a preços justos.

A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua 29ª Sessão, em 1973, em Genebra, reconheceu basicamente aqueles mesmos princípios como direitos fundamentais do consumidor.

Na Europa, a Lei Royer (França, 1973), a AGB Gesetz (dispositivo legal de 1976, protegendo os consumidores alemães das cláusulas abusivas), a Lei Portuguesa nº 29 (de 1981) e a Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Espanha, 1984) foram pioneiras.

No Brasil, o Direito do Consumidor, enquanto fonte de normas reguladoras das relações de consumo, foi implementado com a promulgação da Lei nº 8.078, de 1990, o chamado Código de Defesa do Consumidor (CDC), fruto de árduo trabalho iniciado com a redemocratização do país.

Enquanto nos países centrais o Direito do Consumidor está consolidado, nos países periféricos emergentes há a necessidade de implementar-se, diariamente, os dispositivos fundamentais à proteção do consumidor.

Nos últimos anos, desde a promulgação do CDC, a consciência de cidadania do consumidor brasileiro vem aumentando, o que refletiu em mudanças no "estilo" de muitos fornecedores/prestadores de serviços e consequente-

mente, por óbvio, em demandas judiciais específicas.

Com isto, criou-se uma classe de operadores jurídicos especializados nos temas das relações de consumo e o saber específico difundiu-se, originando, ao que nos parece, um movimento consumista, ainda não muito ordenado, com características diferentes dos movimentos americano e europeu.

Se hoje esses arrefeceram, o nosso, ao revés, cresce, na medida em que há um maior envolvimento e participação do cidadão/consumidor brasileiro em questões que envolvam os direitos de terceira geração.

Na nova concepção social do Direito do Consumidor a função principal é encontrar o reequilíbrio da relação de consumo, ou seja, busca-se a chamada justiça ou equidade contratual, que somente poderá ser alcançada com uma mudança na ação do Direito, evoluindo de uma condição passiva e supletiva para uma ação cogente (dever de informação, redação clara dos contratos) e determinadora das condutas na relação de consumo.

Essa concepção, que busca o reequilíbrio da relação de consumo, cria uma percepção mais social do Direito do Consumidor, voltado menos para a vontade do indivíduo e mais para os reflexos e expectativas que essa relação cria na sociedade atual.

A posição de desigualdade do consumidor, o incremento dos métodos de contratação de

SEÇÕES

massa, multiplicou as cláusulas abusivas na relação de consumo, o que faz afastar os eventuais direitos e expectativas legítimas dos consumidores, sendo que os métodos tradicionais do Direito não demonstraram ser capazes de apresentar um resultado satisfatório (a liberdade de um é a prisão do outro).

O que se busca nessa nova relação de consumo é proteger algumas expectativas básicas dos consumidores, como a adequação do produto adquirido e proteção da saúde e da incolumidade física tanto do consumidor como de seus familiares.

O Código de Defesa do Consumidor é o reflexo de uma nova concepção mais social do contrato, onde a vontade das partes não é a única fonte das obrigações, assumindo a lei uma posição dominante.

O princípio clássico da autonomia da vontade é relativizado por uma questão de ordem social, havendo que se harmonizar com novas normas de tutela da relação de consumo como a boa-fé, a segurança e o equilíbrio contratual, passando o Direito a ser o orientador do conteúdo dos contratos – e não apenas da forma.

Em princípio, estas regras se aplicam às relações entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, comportando exceções previstas nas próprias normas (parágrafo único do art. 2º e arts. 17 e 29), especialmente em razão da vulnerabilidade do consumidor.

I. O paciente é um consumidor?

A importância da conceituação do consumidor reside na limitação da competência (*ratione personae*) estabelecida no art. 1º: "O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e artigo 48 de suas Disposições Transitórias."

Já a definição de consumidor tem origem no art. 2º do CDC: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

"Parágrafo único - Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo."

Esta definição traz a idéia inicial da proteção do não-profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal e este conceito leva em conta o aspecto subjetivo, excluindo do CDC os contratos entre dois profissionais, em razão do fim de obter lucro existente nessas relações.

O CDC, a princípio, parece ter escolhido uma definição mais objetiva de consumidor, trazendo como única restrição a aquisição ou utilização do bem ou serviço como destinatário final. Retirar o bem de mercado é um ato objetivo, mas se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão (elemento subjetivo), com o fim de lucro, é destinatário final?

Existem duas correntes doutrinárias sobre essa questão. A primeira, representada pelos "Finalistas", assim se expressa: a tutela especial reside na vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais, conforme o art. 4º, I: "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo"(...)

Assim, entendem os finalistas que a interpretação de destinatário final deve obedecer a um critério restritivo, como requerem os princípios básicos do CDC em seus artigos 4º e 6º. Portanto, seria destinatário final aquele destinatário fático (que retira do mercado) e econômico (para uso não-profissional) do bem ou serviço.

Já a segunda corrente doutrinária, representada pelos "Maximalistas", entende ser o CDC um estatuto do mercado de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, utilizando uma interpretação extensiva.

Assim, consumidor seria todo o destinatário fático do produto ou serviço (que retira e consome), pouco importando ser pessoa jurídica ou física com ou sem o fim de lucro (aspecto objetivo).

O fim da norma do CDC parece ser a proteção do mais fraco na relação de consumo justamente em razão de sua vulnerabilidade técnica (não tem conhecimentos específicos), vulnerabilidade jurídica (não tem conhecimentos jurídicos específicos) ou vulnerabilidade fática (abuso da posição no mercado, monopólio, poder econômico ou essencialidade do serviço).

Concluindo, a regra é a exclusão inicial do profissional da proteção do CDC, mas excepcionalmente, em razão da vulnerabilidade, poderá este vir a receber a proteção prevista no CDC.

Contudo, na medicina estética e desportiva, quando o paciente utiliza-se da prática médica para melhorar sua performance de "top model" ou velocista, a relação de consumo fica *a priori* descaracterizada diante da existência de um elemento objetivo: a finalidade de lucro do paciente.

II. Aplicabilidade do CDC aos contratos de fornecimento de serviços médico-hospitalares

Como vimos, a definição do campo de aplicabilidade das normas de defesa do consumidor se dá em razão da pessoa que é o destinatário final do produto ou serviço, seja ele destinatário fático (que retira do mercado) ou econômico (para uso não-profissional) do bem ou serviço.

Dessa forma, existindo entre o profissional médico e seu paciente uma relação jurídica que perfeitamente se enquadra como uma relação de fornecedor de serviços e o seu consumidor,

é imperiosa a aplicabilidade das normas de defesa do consumidor.

Vale lembrar, ainda, que esta relação médico-paciente – cliente-consumidor – já se encontrava amparada pelo princípio contido no art. 159 do Código Civil Brasileiro: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Assim, não há dúvida que no Estado Democrático de Direito cabe ao Poder Judiciário o papel de responsabilizar o profissional médico que infringir as regras fundamentais do agir profissional (o dever de informação ao paciente, o dever de atualização, o dever de vigilância, o dever de abstenção de abuso).

Com o CDC, ao profissional médico outros deveres, além dessas regras fundamentais do agir profissional, são agregados na relação com seu cliente.

É o novo paradigma para as relações contratuais (princípio geral de direito), decorrente da imposição da boa-fé objetiva que se torna a fonte dos novos deveres especiais de conduta e causa limitadora do exercício dos direitos subjetivos. E se traduz na fidelidade e cooperação na relação contratual que passa a ser dinâmica (nasce, vive e morre), que faz nascer uma série de deveres de conduta. Esta visão dinâmica (tratativas – fase de execução – pós-eficácia) permite observar não somente a obrigação de prestar, mas também essa obrigação de conduta.

Liberar-se desses deveres de conduta é deixar espaço para a má-fé, o desrespeito ao direito do outro contratante, ao agir sem lealdade, ao abuso no exercício dos direitos, ao abuso da condição contratual preponderante, autorizando a vantagem excessiva.

O primeiro desses deveres anexos é o dever de informar (qualidade, garantias, riscos, exclusões de responsabilidade, existência de assistência técnica no país, etc.). É uma nova transparência obrigatória nas relações de consumo imposta pelo CDC, onde não mais se admite sequer o *dolus bonus* do vendedor.

Há dois tipos de deveres de informação: o dever de esclarecimento (qualidade, quantidade, preços, etc.) e o dever de aconselhamento (fornecer informações necessárias para a escolha entre tratamentos diferentes), que devem ser observados entre um especialista e outro não-especialista.

O segundo dever anexo é o dever de cooperação, que consiste na colaboração durante a fase de execução do contrato (agir com lealdade, não impedir ou obstruir o sucesso do tratamento), ou seja, não dificultar o acesso aos direitos ou inviabilizar que a prestação seja devida (*exceptio doli*). São expedientes desnecessários, maliciosos, comunicações imediatas, etc.

Estas dificuldades excessivas impedem o cumprimento da prestação principal e significam o descumprimento das obrigações acessórias oriundas do contrato e do dever

de conduta segundo a boa-fé (dever de cooperação, de lealdade), o que significa inadimplir mesmo que parcialmente.

O terceiro dever anexo é o dever de cuidado, que

visa preservar o contratante tanto em sua integridade pessoal (moral ou física) como na integridade de seu patrimônio. É uma obrigação de segurança (cuidar da manutenção dos equipamentos, instrumentos médico-cirúrgicos).

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2000.

Gomes JCM, Drumond JGF, França GVde. Erro médico. 3ª ed. Montes Claros: UNIMONTES, 2001.

Marques CL. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DALTON CALDEIRA ROCHA

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; professor da Universidade Estadual de Montes Claros e advogado