



DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO PRIVADO

Contratos de adesão,
planos de saúde e seguro-saúde

FERNANDO CAMPOS SCAFF

DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO PRIVADO

Contratos de adesão,
planos de saúde
e seguro-saúde

FERNANDO CAMPOS SCAFF

Editora
Saraiva



DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO PRIVADO

Contratos de adesão,
planos de saúde
e seguro-saúde

FERNANDO CAMPOS SCAFF

2010

 **Editora
Saraiva**

Sumário

PREFÁCIO, 9

INTRODUÇÃO, 11

CAPÍTULO 1 – A INSERÇÃO DO *DIREITO À SAÚDE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

- 1.1 O direito à saúde – Generalidades, 15
- 1.2 Os modos de satisfação do *direito à saúde*, 21
- 1.3 A atividade médica – A evolução do conceito, 24

CAPÍTULO 2 – OS CONTRATOS NO *DIREITO À SAÚDE*

- 2.1 A prestação de serviços inerente ao atendimento à saúde, 28
- 2.2 O conteúdo do *ato médico*, 32
- 2.3 As contratações de massa no *direito à saúde*, 35
- 2.4 O contrato de *seguro-saúde*, 38
- 2.5 O contrato de *plano de saúde*, 50

CAPÍTULO 3 – OS CONTRATOS DE ADESÃO NO *DIREITO À SAÚDE*

- 3.1 A importância do modelo da contratação por adesão no direito à saúde, 53
- 3.2 As *condições gerais* nos contratos médicos de adesão, 55
- 3.3 A necessidade do controle estatal, 57

CAPÍTULO 4 – OS CONTRATOS MÉDICOS E O CONSUMIDOR

- 4.1 Os contratos médicos como expressão de uma *relação de consumo*, 63
- 4.2 O consenso entre as partes no atendimento, pelo contrato, das necessidades da saúde, 67
- 4.3 O equilíbrio contratual, 69

CAPÍTULO 5 – AS OBRIGAÇÕES MÉDICAS

- 5.1 As obrigações de meio e de resultado nas atividades vinculadas ao *direito à saúde*, 73
- 5.2 A prova do inadimplemento nas obrigações do *direito à saúde*, 76

CAPÍTULO 6 – O CONSENTIMENTO INFORMADO

- 6.1 A noção de *consentimento informado*, 81

- 6.2 O *consentimento informado* como um *dever lateral* do atendimento médico, 88
- 6.3 O *consentimento informado* como expressão de um *direito da personalidade* do paciente, 89
- 6.4 O *consentimento informado* como condição para o início do atendimento médico, 91
- 6.5 O inadimplemento da obrigação de se obter o *consentimento informado* do paciente, 97
- 6.6 As exceções que dispensam a prévia obtenção do *consentimento informado*, 100

CAPÍTULO 7 – O ATENDIMENTO MÉDICO INEFICAZ

- 7.1 O insucesso do tratamento médico, 103
- 7.2 As peculiaridades biológicas, 106
- 7.3 A caracterização da *culpa* no atendimento prestado, 108

CAPÍTULO 8 – A REPARAÇÃO DOS DANOS DO ATENDIMENTO MÉDICO – A RESPONSABILIDADE CIVIL

- 8.1 Generalidades, 114
- 8.2 A natureza da responsabilidade civil no *direito à saúde*, 116
- 8.3 Responsabilidade civil dos diversos agentes que atuam no *direito à saúde*, 120

CAPÍTULO 9 – A PROVA DOS DANOS À SAÚDE, SUA DELIMITAÇÃO E PREVENÇÃO

- 9.1 A facilitação do ressarcimento, 123
- 9.2 As modalidades de danos ressarcíveis, 127
- 9.3 A ideia da *responsabilização objetiva* como alternativa para o ressarcimento dos danos oriundos do atendimento médico, 130
- 9.4 A necessária existência do *nexo de causalidade* entre o atendimento médico e o dano causado, 134
- 9.5 A ideia de securitização das atividades de atendimento médico, 136
- 9.6 A prevenção dos danos, 140

CONCLUSÕES, 143

BIBLIOGRAFIA, 151

Prefácio

Foi com enorme alegria que aceitei o honroso convite de Fernando Campos Scaff para prefaciar *Direito à saúde no âmbito privado* – contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde, que ora vem à lume. Conheço o autor há bastante tempo e sempre testemunhei sua competência e preparo intelectual, tanto na carreira docente, quanto na advocacia. Foi o extraordinário e querido Professor Fabio Maria De-Mattia quem, me aproximou de Fernando Scaff e desde então venho acompanhando sua prestigiosa carreira no meio jurídico.

Esta obra diferencia-se de tantas outras já publicadas sobre o tema pelo enfoque que dá o autor ao direito à saúde, prevendo seu tratamento como disciplina especializada na proteção da integridade e saúde da pessoa humana de uma forma completa.

Dessa forma, tratando da inserção do direito à saúde no ordenamento jurídico, sempre sob a ótica privada, o livro vai abordar temas como os contratos celebrados na prestação dos serviços médicos, especialmente os ajustes de massa, na forma de contratos de adesão. Portanto, é possível extrair preciosas lições da aplicação do direito do consumidor nessa área. Não poderia, assim, deixar de desenvolver as controvérsias e os problemas que aparecem no tratamento de negócios jurídicos tão difundidos no ramo da saúde, especialmente o seguro-saúde e o plano de saúde.

O consentimento informado, matéria das mais importantes no direito à saúde, é tratado de forma primorosa no capítulo sexto da obra. O autor, partindo da premissa incontroversa de que é este o principal dever lateral à obrigação no atendimento médico, mostra que esse consentimento qualificado é expressão de um direito da personalidade do paciente, correlato a uma obrigação do médico. Em seguida, trata das consequências do inadimplemento dessa obrigação, que, por si só, pode dar ensejo à pretensão do paciente em obter o ressarcimento de danos que lhe tenham sido causados por essa falha. O capítulo se encerra destacando as situações excepcionais em que é naturalmente dispensada a prévia obtenção do consentimento.

Os três últimos capítulos são reservados à reparação e à prevenção dos danos decorrentes do atendimento médico ineficaz. Importante a afirmação do autor sobre a necessidade da prova do nexo causal, mesmo quando o dever de reparar é fundamentado na responsabilidade objetiva, destacan-

do, com muita propriedade, que a matéria não se acomoda à ideia de risco da atividade.

O livro diferencia-se especialmente em razão do tratamento dado ao problema da relação médico-paciente, sempre encarada de forma serena e equilibrada. O autor trata com a mesma dignidade e prestígio os profissionais que bem desempenham o seu dever e os pacientes, que têm um direito da personalidade de receber um atendimento adequado. Essa visão harmônica da relação médico-paciente perpassa a obra toda. Sem dúvida, um grande mérito.

Os ensinamentos que o leitor encontrará ao longo do texto são resultado da vasta experiência prática na advocacia em conjunto com as atividades acadêmicas às quais o autor se dedica há muitos anos. Em suma, *Direito à saúde no âmbito privado* – contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde é obra indicada para todos os profissionais do direito que se interessem ou necessitem resolver problemas relacionados à saúde com enfoque nas relações privadas e de consumo.

Teresa Ancona Lopez

Professora Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da USP

Introdução

Refletindo sobre o motivo que despertou nosso interesse em buscarmos empreender estudos sobre o tema do *direito à saúde*, deparamo-nos não com uma, mas sim com várias razões.

Com efeito, desde a infância, como filho de médico operoso e que sempre encarnou predicados que hoje nos parecem fundamentais na sua profissão, pudemos acompanhar – ainda que disso não nos apercebêssemos, então – o exercício dessa atividade sob a perspectiva de um de seus agentes e assim nos foi dado conhecer algumas das dificuldades enfrentadas no combate à doença.

Notamos, desse modo, a existência dos obstáculos representados pelas restrições técnicas e de recursos, presentes corriqueiramente na atuação dos diversos *agentes de saúde*, expressão essa que utilizamos, ao longo do trabalho, para nos referirmos aos médicos, às operadoras de saúde, aos hospitais, as clínicas e aos laboratórios que estejam, de alguma forma, vinculados com a prestação de serviços de atendimento sanitário.

Soubemos, ainda, do sentimento de esperança e de sofrimento do paciente e de seus familiares no enfrentamento da doença. Conhecemos, mesmo que por olhos imaturos, as frustrações com o insucesso na recuperação e o reconhecimento à dedicação e aos esforços despendidos, o que se mostrava visível não apenas nas situações em que a cura foi alcançada, como, igualmente, nos casos em que a impossibilidade de vencer a doença acabou por prevalecer.

Mais tarde, já no exercício da advocacia, passamos a vislumbrar características e atividades de empresas que atendiam à saúde a partir da celebração de contratos de massa. Acompanhamos, ademais, o exponencial aumento, em nossos tribunais, das demandas judiciais nas quais se discute, principalmente, a validade de cláusulas e de disposições contratuais tidas por abusivas, bem como a eventual responsabilização de médicos, hospitais e operadoras de saúde pelos danos e sequelas sofridos pelos pacientes e pelos seus familiares durante o período de tratamento.

Com o passar dos anos – e isso também pudemos acompanhar –, as atividades profissionais no manejo da saúde se desenvolveram enormemente. O progresso científico foi e é, de fato, marcante. Visando o atendimento dos

progressivos interesses das pessoas e reconhecendo a existência de uma demanda firme, dirigida à aquisição de produtos e de serviços relacionados à Medicina, desenvolveram-se em muito, nas últimas décadas, as estruturas dos laboratórios, hospitais e empresas de atendimento à saúde em geral, tornando-se também por esse caminho mais complexas e intrincadas as relações mantidas entre o paciente e o prestador direto dos serviços à saúde.

Tivemos, portanto, a oportunidade de observar, sob diferentes perspectivas, a consolidação do *direito à saúde* como uma disciplina jurídica dotada de caracteres de evidente *especialidade* – centrados na proteção e defesa da sanidade humana –, o que se faz, fundamentalmente, pela reafirmação de institutos e conceitos clássicos do *direito civil*, presentes, em especial, na teoria das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil.

Pareceu-nos útil, assim, fazer a releitura de algumas noções jurídicas, de acordo com as interpretações que são dadas, hoje, principalmente pelo *direito do consumidor*, mas procurando relacioná-las à matéria específica do *direito à saúde*, abordada neste trabalho.

Sob essa perspectiva, entendemos que seria adequado desenvolver os nossos esforços a partir da apreciação de determinados institutos – método que nos pareceu adequado para a delimitação dos contornos de uma matéria jurídica dotada de características diferenciadas, mas não constitutiva de um ramo autônomo do direito, situação essa que já enfrentamos em nossos estudos anteriores acerca da inteiramente distinta disciplina do *direito agrário* –, o que deveríamos fazer, contudo, sem cairmos na tentação de alargarmos em demasia a perspectiva do objetivo proposto e em generalizações inócuas, deixando, assim, de avaliar os temas investigados sob o enfoque limitado e específico do *direito à saúde*.

Por outro lado, não nos aventuramos a enfrentar questões mais especificamente relacionadas à localização do *direito à saúde* dentre os direitos humanos fundamentais, não havendo dúvida, contudo, de que o *direito à saúde* neles se enquadra, relacionando-se, ainda e de modo marcante, com questões de ordem ética, moral e também com elementos próprios à sociologia, que assim se distinguem de outras disciplinas jurídicas.

Com tais limites, pressupostos e objetivos, esta obra acabou por ser dividida em nove capítulos, os quais, por sua vez, poderiam ser agrupados em quatro divisões principais.

A primeira dessas divisões representaria, na verdade, a apresentação do tema do *direito à saúde*, sob a ótica do direito privado que norteia esse trabalho e a sua localização na ciência jurídica, influenciada pela paralela evolução da *Medicina* e pela facilitação do acesso dos indivíduos ao atendimento médico

em geral, oferecido em resposta a uma crescente demanda social que clama por essa providência.

Nos três capítulos seguintes, buscamos estudar, especificamente, os meios de atendimento à saúde no direito privado, pelo que nos embrenhamos pela seara dos contratos médicos, destacando o modelo do *contrato de adesão*, a relação de consumo que caracteriza essa disciplina jurídica, o conteúdo das obrigações médicas e aquele que representa o principal dos *deveres laterais* que caracteriza o atendimento à saúde, justamente o *consentimento informado*.

Em seguida, nos Capítulos 7, 8 e 9, tratamos do atendimento médico ineficaz, de suas consequências e das fórmulas passíveis de ser adotadas para a reparação de suas consequências. Buscamos, assim, investigar as questões relativas à responsabilidade civil, à demonstração do prejuízo, da culpa, do erro médico e também avaliar as alternativas existentes no ordenamento jurídico para enfrentar as consequências inevitáveis da perda insuperável da saúde.

Por fim, no último capítulo deste trabalho, apresentamos as nossas conclusões gerais sobre os temas estudados, com o escopo de demonstrar, de algum modo, a afinidade entre tais assuntos e o vínculo que entre eles se forma, justamente pela relação ao atendimento à saúde.

No desenvolvimento de nossas formulações, entendemos adequada a pesquisa da doutrina de diversos ordenamentos jurídicos, além dos autores nacionais que tenham, de alguma forma, analisado tais questões. Estudamos, igualmente, as interpretações assumidas pelos tribunais de vários países sobre questões que se mostraram, assim e de alguma forma, objeto de debate generalizado.

A distinta abordagem do tema, verificada nas diferentes nações e referida neste trabalho, indicou também a existência de diferentes propostas para a solução dos problemas vinculados à saúde, o que buscamos demonstrar em relação a cada um dos institutos jurídicos estudados.

As peculiaridades presentes em cada sistema jurídico são, todavia, dignas de destaque. Surpreendeu-nos, por exemplo, a manifesta importância que os autores portugueses dão à questão do acesso à informação no *direito à saúde*, tal como um aspecto fundamental. Por outro lado, pudemos confirmar a impressão que já tínhamos acerca da preocupação dos práticos e detalhistas autores norte-americanos acerca de estudos estatísticos incidentes na matéria do *direito à saúde* e, em especial, no tocante aos chamados danos *iatrogênicos*, referidos usualmente em suas obras.

Evidenciou-se, por outro lado, que o sistema privado de atendimento à saúde está em uma encruzilhada econômica nos diversos países e que, se

novas alternativas não forem construídas, obstáculos à atividade, nos moldes como hoje existentes, podem se tornar, de fato, insuperáveis.

Como dito, centramos o foco de nossa abordagem no relacionamento mantido entre os entes privados que atuam no *direito à saúde*. Não nos aventuramos, assim, a investigar as questões vinculadas ao atendimento *público* à saúde, que representa, na verdade, um outro universo de problemas e de personagens, de toda forma estranhos aos objetivos desta obra.

Enfim, pretendemos estabelecer, com este estudo, uma visão que nos pareceu abrangente das relações jurídicas privadas no *direito à saúde*, avaliando os aspectos que nos parecem nela fundamentais e que atribuem a pretendida especialidade do tema.

Além disso, o estudo desenvolvido nos trouxe a convicção da necessidade de permanente releitura de institutos clássicos do direito privado, os quais, mesmo mantendo os delineamentos já consolidados ao longo dos anos, ganham, nos diversos momentos históricos, enfoques e destaques distintos, antes não imaginados.

Capítulo I

A INSERÇÃO DO *DIREITO À SAÚDE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

1.1 O direito à saúde – Generalidades

A melhoria das condições básicas de sobrevivência das populações – decorrente do avanço tecnológico gerador de maiores excedentes de alimentos, de condições sanitárias mais adequadas, de medicamentos mais avançados e de um contínuo aumento das amenidades da vida em geral – é um dos fatores que explicam a crescente preocupação com as questões vinculadas à *saúde*, característica das sociedades contemporâneas¹.

Não apenas a *saúde* tal como o conceito usualmente admitido, consistente no equilíbrio psicofísico do ser humano e que “varia de sujeito a sujeito e também de acordo com a própria pessoa no tempo”². Mais do que

¹ Cf. RICARDO LUÍS LORENZETTI, *Responsabilidad civil de los médicos*, t. I, p. 130. Segundo esclarece o autor argentino, “sustenta-se, nos diversos ordenamentos jurídicos, a tendência ao reconhecimento constitucional do *direito à saúde*. Na Itália, afirma-se que a afetação física é um dano à saúde. Essa afirmação tem uma sustentação no direito constitucional italiano, em virtude de que o art. 32 da Carta Magna refere-se à tutela da saúde como uma garantia do indivíduo. Na Espanha, a Constituição estabelece que ‘se reconhece o direito à proteção da saúde’ (art. 43) e se indica que compete aos poderes públicos organizar e tutelar a saúde pública através de medidas preventivas e das prestações e serviços necessários. No Peru, o Código de 1984 dispõe no art. 5º o direito à integridade física. Em nosso sistema jurídico a situação é similar”. Já a Constituição brasileira, no seu art. 196, declara que “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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

² Cf. PAOLO MARIOŢTI, GIANLORENZO MASARAKI e RENATO RIZZI, *I diritti dei Malati*, p. 1. Também para RICARDO LUÍS LORENZETTI (ob. cit., t. I, p. 131-132), “o *direito à saúde* admite dois aspectos diferentes. O primeiro faz referência a que a saúde é um bem jurídico privado que integra a esfera íntima do sujeito. Como tal, o direito à saúde constitui um direito negativo, no sentido de que impede que alguém possa submetê-lo, salvo com o consentimento de seu titular ou uma causa legitimada pelo ordenamento jurídico. A violação desse direito à saúde dá lugar à tutela preventiva e ressarcitória. O segundo aspecto é mal chamado ‘direito à saúde’, já que em realidade trata-se de um

isso, a *saúde* hoje representa, para a generalidade dos indivíduos, a preservação de outros valores que, num sinal dos tempos, tornaram-se sobremaneira enaltecidos, dentre os quais a eterna juventude, a adesão a padrões estéticos determinados, a manutenção de um corpo esbelto e longilíneo etc.

Naturalmente, vários desses objetivos que hoje parecem tão atrativos derivam de interesses que são especialmente caros à sociedade de consumo, pródiga em criar necessidades antes inexistentes e muitas vezes artificiais, passando não raro pela vulgarização ou desconsideração de determinados conceitos e princípios, antes tidos como superiores³.

Ocorre que, mesmo sendo reconhecida a existência dessas eventuais distorções de valores, é natural admitir que a busca de uma vida saudável e livre das mazelas e sofrimentos provocados por enfermidades antes incontroláveis – as quais, atualmente e por conta dos avanços científicos, podem ser minimizadas, debeladas ou evitadas – constitui objetivo legítimo e justificado da humanidade, em certa medida alcançado pela evolução científica e pela facilitação do acesso das pessoas a esses novos recursos e conhecimentos.

direito a prestações de saúde; a diferença do anterior é uma pretensão positiva contra o Estado ou aqueles a quem este encomendou o cumprimento. O principal problema neste segundo aspecto consiste em elucidar o conteúdo e a extensão da pretensão positiva. Naturalmente, não significa que algum sujeito tenha um direito à saúde em sentido literal, posto que ela é algo que não pode perseguir-se de modo absoluto, dado que todos os humanos morrem. A pretensão em grau absoluto é incompatível com a natureza humana, pelo menos atual. Neste sentido, o Estado não tem obrigação de curar e de lograr obter a saúde, porém sim de dar prestações médicas. Assim, o Estado pode delegar essa função. No direito argentino, a mesma está dividida em 3 áreas: o hospital público; o sistema de obras sociais e a Medicina pré-paga e seguros de saúde em geral, esses últimos de natureza privada. A característica inafastável do sistema público é que se vincula à garantia igualitária, isto é, de dar serviços de saúde a todos os habitantes do país. Nas obras sociais surge a obrigação de prover serviços a todos os afiliados e não a todos os habitantes do país. Em relação ao conteúdo, existe um mínimo que é a prestação médica obrigatória a que esses afiliados têm direitos. Na medicina pré-paga, existe a obrigação de prestar o serviço àqueles que se afiliem livremente, já que é um vínculo contratual e voluntário. O conteúdo é o que surge do contrato". Como se observará, tais características são comuns aos diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, que inseriu o direito à saúde dentre as matérias regidas pela Constituição Federal, atribuindo ao próprio Estado e aos entes privados a atuação nessa atividade.

³ Nesse ponto e sobre a reeleitura que vem sendo realizada sobre a ideia da autonomia contratual, destaca ALESSANDRO SOMMA (*Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, p. 428) o vínculo entre tais ideias e os fenômenos gerados, basicamente, pelos valores trazidos pela sociedade de consumo.

Sob qualquer perspectiva que se adote, portanto, a noção de *perda de saúde* deve ser hoje entendida como acrescida de uma dimensão muito mais ampla do que aquela clássica, oriunda das ideias da patologia e da clínica, de modo a compreender toda e qualquer alteração indesejada nos planos físico, mental e social do indivíduo⁴.

A prevenção, manutenção e recuperação da saúde tornaram-se, pois, verdadeiras exigências da sociedade contemporânea, que busca incessantemente viabilizar os meios para satisfazer tais crescentes necessidades.

É assim o *direito à saúde*, portanto, e como afirma Giorgio Berti,

a síntese de um complexo de situações que não se podem desembaraçar e não aceitam nem mesmo definições precisas, nem uma segura colocação em uma das duas esferas em que solidamente se subdivide a ordem jurídica, isto é, aquela do direito subjetivo e aquela do direito objetivo. Paradoxalmente, a condição absoluta do direito à saúde, proclamada pela jurisprudência para lhe afirmar a possibilidade de tutela por parte do juiz, é o fruto da síntese das múltiplas relatividades deste direito, que não é mais tanto individual a refutar ou a afastar a validade social e não é tanto social ou coletivo a diminuir ou a esmagar o valor individual que nele se encerra⁵.

Visando o atendimento de tais reclamos, o avanço tecnológico das ciências médicas e a expansão do acesso das populações aos benefícios delas decorrentes geraram a necessidade de uma proporcional e crescente regulamentação jurídica das relações vinculadas à prática de ato médico,⁶ que desde já pode ser considerado "uma atuação do agente médico na esfera físico-psíquica do paciente, com o sentido de proporcionar saúde em benefício do próprio paciente, em benefício alheio ou em benefício geral"⁷.

⁴ Cf. PAOLO MARIOTTI, GIANLORENZO MASARAKI e RENATO RIZZI, ob. cit., p. 1.

⁵ Le struttura pubbliche per la tutela della salute, in: *Problemi giuridici della biomedicina* (Atti del XXXVIII Convegno Nazionale di Studio – Roma, 4/6 dicembre 1987), p. 34.

⁶ Segundo EDOUARD JANSSEN (Droits de l'homme et art de guerir, in: *Il medico e i diritti dell'uomo*, p. 19), "a profissão médica é, segundo M. Towers, a mais humana daquelas que é possível exercer, mas ela resta subordinada à lei, que é capital e indispensável para a organização social. As duas não se harmonizam necessariamente em consequência da densidade crescente da rede legislativa, que acaba por constituir um freio à pesquisa médica e então à necessária progressão desejada".

⁷ Cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português*, p. 23. Nesse mesmo sentido, destaca GIANFRANCO IADECOLA (Potestà di curare e consenso informato, in: *Il rischio in medicina oggi e da responsabilità professionale*, p. 24) que "resulta claro como o tratamento médico-cirúrgico não pode se fazer coincidir com a mais vasta e geral categoria 'do ato médico', na qual ingressa normalmente qualquer prestação de natureza médica passível de referência, além da ativi-

Desse modo e com o passar do tempo, os diversos ordenamentos jurídicos passaram a reconhecer, de maneira mais ou menos intensa, o *direito à saúde* como um direito subjetivo primário da pessoa, que foi assim paulatinamente incorporado ao próprio texto de várias Constituições nacionais, abrangendo não só as relações mantidas entre os entes privados, como também aquelas estabelecidas pelos cidadãos perante a Administração Pública.

Assim, entende-se que tal direito mostra-se como de dupla natureza, tal como um direito da personalidade – inserido nos códigos civis em geral – e como um direito fundamental, referido também pelos textos constitucionais, como expressão de fenômeno que se tornou comum nas últimas décadas.

Ocorre que, além da busca da crescente ordenação dos elementos vinculados ao *direito à saúde*, surgiu a insuperável imposição de que os meios indispensáveis para o atendimento de tais crescentes necessidades fossem devidamente equacionados, em especial do ponto de vista econômico.

De fato, a preocupação de se garantir sempre um maior acesso aos tratamentos médicos possíveis gera também o crescimento exponencial das despesas destinadas ao atendimento dessa noção cada vez mais ampliada do que representa a *saúde*.

Esses dispêndios cresceram em virtude de uma série de motivos, dentre os quais alguns dos mais relevantes e que podem ser desde já referidos são a progressiva atenção com os problemas da saúde que dedica hoje a população em geral; o aumento da idade média e da longevidade dos indivíduos, difundindo-se mais amplamente patologias crônico-degenerativas que antes eram menos comuns; além do uso de remédios e de tecnologias sempre mais complexas, que tornam custosa a intervenção terapêutica, seja em virtude da alta tecnologia requerida, seja pela duração dessas mesmas terapias que, em vários casos, não alcançam os objetivos pretendidos⁸.

Além disso e como já mencionado, a noção de *doença* – reconhecida como uma alteração qualquer do estado normal de saúde – tem sido ampliada nos últimos anos, abrangendo também as consequências de com-

dade material e executiva posta em ato sobre a pessoa (e que exige, por assim dizer, a disponibilidade 'física' da mesma), também os assim denominados atos médicos formais, como pareceres orais e escritos, prescrições, indicações de cura, comunicações". Observa-se, de fato, uma crescente ampliação de tais conceitos, visando submeter um número cada vez maior de tais atos médicos ao sistema de proteção do paciente e do consumidor, que continuamente vêm sendo definidos e alcançados pelo direito positivo.

⁸ Cf. CARLO BRESCIANI (COORD.), Il concetto di giustizia distributiva e il problema della ripartizione equa delle risorse in sanità, in: *Ética risorse economiche e sanità*, p. 3.

portamentos sociais que se mostram cada vez mais comuns e que atingem diretamente o equilíbrio biológico dos indivíduos, tais como, por exemplo, a dependência criada pelo uso de tóxicos, o tabagismo, o alcoolismo, o *stress* provocado pelos modos de vida adotados pelos indivíduos nas sociedades contemporâneas, dentre outras⁹.

De um lado, portanto, a Medicina avança, disponibilizando de forma crescente e a uma maior quantidade de pessoas recursos e meios de estrutura e formulação cada vez mais complexa. Na outra ponta, constata-se que essa evolução possui limites claros no tocante à sua quantidade, qualidade e extensão, impondo, ademais, um custo econômico que deve ser de alguma forma enfrentado¹⁰.

Ademais, com a difusão e massificação das conquistas médicas – e a substituição de procedimentos anteriormente corriqueiros por técnicas cada vez mais avançadas –, há uma permanente facilitação do acesso a recursos de tratamento que poderão até ter sido já superados por outros mais modernos, mas que em regra mostram-se mais eficientes do que aqueles que os precederam¹¹.

O novo e o novíssimo são, contudo, de utilização normalmente restrita a um grupo limitado de pessoas e isso parece constituir uma situação insuperável, desde que mantida a atual conformação econômica e social em que vivemos.

Essa realidade – que acaba não garantindo a todos o acesso aos mesmos meios de atendimento e de tratamento médico – faz surgir inúmeras questões de natureza ética. Carlo Bresciani verbaliza alguns dos dilemas a serem enfrentados nessa matéria:

como distribuir, segundo a equidade, custos e benefícios? Quais os meios políticos e ideológicos para realizar a igualdade dos cidadãos? O que deve-

⁹ Cf. PAOLO MARIOTTI, GIANLORENZO MASARAKI e RENATO RIZZI, ob. cit., p. 3.

¹⁰ Cf. TROYEN A. BRENNAN, CLARK C. HAVIGHURST e JAMES F. BLUMSTEIN, *Health care law and policy*, p. 96 e s.

¹¹ TROYEN A. BRENNAN, CLARK C. HAVIGHURST e JAMES F. BLUMSTEIN (ob. cit., p. 97 e s.) destacam o fato incontestado de estarmos, justamente, num outro momento histórico, em que os avanços da Medicina são mais notados e respeitados. Assim, o "nihilismo terapêutico do século XIX tinha a sua justificação em um fato objetivo. Nós agora sabemos que isso estava correto: a maioria dos tratamentos médicos era absolutamente inútil. Muitos deles – a sangria, provocar bolhas, dar purgantes aos pacientes – eram letais. Ajudando a Medicina a se livrar de tais técnicas, o nihilismo terapêutico contribuiu para liberar a Medicina da mão da morte do passado".

mos entender por tal igualdade: igualdade de oportunidade de acesso à saúde segundo a necessidade ou igualdade no consumo dos recursos?¹²

Tais preocupações talvez pudessem ser assim sintetizadas: como garantir ao maior número de pessoas o acesso aos melhores recursos médicos disponíveis?¹³

¹² Ob. cit., p. 3. Acrescenta o autor (p. 4 e s.): “não há dúvida que qualquer ser humano tem uma dignidade que não pode mais ser avaliada em puros termos econômicos, com base na sua rentabilidade social presente ou futura (após a cura), como qualquer cálculo de qualidade de vida tenderia a querer introduzir. Se este fosse o critério assumido, deveríamos constatar que aquela sociedade subordinada o valor do homem à economia e à sua capacidade de produzir. Não podemos não sentir toda a repugnância ética a aceitar uma tal aproximação impregnada de utilitarismo econômico, em prejuízo da vida humana. O conceito de qualidade de vida não é eticamente neutro, não é possível alguma valoração desse sem uma reflexão aprofundada sobre o próprio sentido da vida. A vida humana não se deixa reduzir à qualidade de sua experiência”. Também sobre esse ponto, MAURO BARNI e T. DE PALMA (Il medico e l'ammalato nella tutela della salute: Codice Deontologici e Carte dei Diritti del Malati, in: GIUSEPPE DELL'OSSO, (COORD.), *Responsabilità e progresso medico*, p. 20-21) descrevem quais deveriam ser os direitos a serem preservados de modo prioritário pela Medicina no tocante à sua relação com as pessoas: “a) *O direito à integridade e à vida*, que também, na linguagem jurídica, é definido como *direito à saúde*, que é o valor essencial para a salvaguarda do qual tende a Medicina, mas que paradoxalmente a própria Medicina, entendida na prática, pode ferir, por motivos, geralmente, de insuficiência técnica ou psicológica, determinando responsabilidade penal ou civil integrativa do delito (lesão pessoal, homicídio, aborto a título de culpa), ou de violação contratual; b) *O direito à discricção*, que valoriza um modelo de comportamento que é classicamente entendido pela medicina como pacto fiduciário, mas que coincide com um interesse público; c) *O direito à liberdade*, que é fundamental e preliminar a qualquer ato médico, que se exprime por meio do ‘consentimento’ ao tratamento, do qual não pode prescindir senão nos casos de incapacidade (menoridade, enfermidade mental, estado de inconsciência) e que é a condição de legitimidade de qualquer intervenção médica conduzida mesmo em estado de necessidade; d) *O direito à informação*, que representa um aspecto fundamental do novo e diverso modo de realizar a relação médico-paciente, em termos não mais autoritários, mas fundamentalmente paritários e, de toda forma, enquanto se refere ao paciente, respeitando-o; e) *O direito à dignidade*, que se compõe de exigências elementares ao decoro, no cotidiano hospitalar, na dialética das consultas, na dinâmica própria dos costumes com os agentes médicos”.

¹³ Segundo afirma CARLO BRESCIANI (ob. cit., p. 5), com razão, “a disponibilidade limitada de meios e dos recursos não se pode impor sempre à nossa atenção. É necessário buscar além da devida e indispensável proclamação dos princípios fundamentais da reflexão ética – das quais não se pode mais prescindir –, mas que, somente declamadas, resultam incapazes de esclarecer a situação e inspirar a ação na prática histórica. A ética deve aceitar fazer as contas com o concreto, exercendo por natureza sua filo-

1.2 Os modos de satisfação do *direito à saúde*

Como lembra Yvonne Lambert-Faivre, “a saúde não tem preço, isso é bem conhecido. Mas ela tem um custo e em todos os países industrializados a parte das despesas de saúde no PIB não para de crescer”¹⁴.

As soluções oferecidas em resposta a esse problema envolvem a adoção de uma dentre três orientações existentes, ao menos.

A primeira é a de deixar a cargo de cada indivíduo a escolha do modelo que regulamentará o atendimento às necessidades da saúde, mediante a contratação sempre feita em caráter particular do profissional médico ou da empresa que prestará tais serviços ou que os assegurará¹⁵.

A segunda postura é aquela de privilegiar a prestação universal de iguais serviços à totalidade dos cidadãos, arcando também todos e de modo compulsório com os custos de tais procedimentos oferecidos, sempre de maneira pretensamente igualitária¹⁶.

sofia prática. Ocorre, pois, corajosamente buscar indicar como os princípios éticos possam ser aplicáveis em situações, reconhecido que este não é âmbito em que a ética possa se realizar sozinha, mas somente por meio da colaboração com todas as disciplinas científicas e técnicas implicadas na cura da saúde. Ocorrerá, sobretudo, ter um bom modelo ético-antropológico de referência que ajude a esclarecer as relações entre indivíduo e sociedade e o papel que na sociedade deve ter o Estado”. No Estados Unidos da América, a questão é a mesma. TROYEN A. BRENNAN, CLARK C. HAVIGHURST e JAMES F. BLUMSTEIN (ob. cit., p. 97) indicam que, também lá, “o recente debate sobre a Medicina tem falhado em endereçar um tema central. É a proposta da política médica nacional maximizar a saúde do país, ou é subscrever os serviços que médicos individuais acreditam estar garantidos por seus pacientes individuais. Os dois são muito distintos. Se nós continuamos a seguir a segunda política, nós não devemos tentar medir isso pelo padrão da primeira”.

¹⁴ *Droit des assurances*, p. 835.

¹⁵ Como esclarece RICARDO LUÍS LORENZETTI (ob. cit., t. I, p. 321), no tocante aos contratos que envolvam a prestação de serviços médicos, “a regra é a onerosidade. A onerosidade deve ceder quando está em jogo o bem público protegido. Isso sucede quando está em jogo a saúde, e esta situação não oferece alternativa que o sacrifício da onerosidade”.

¹⁶ Como lembram TROYEN A. BRENNAN, CLARK C. HAVIGHURST e JAMES F. BLUMSTEIN (ob. cit., p. 86), “é algumas vezes afirmado em debates políticos que existe um ‘direito à assistência médica’. Essa assertiva é usualmente feita com suporte em propostas de estabelecer um programa de nacional ou universal seguro-saúde sob o qual todos os cidadãos iriam ter assegurados os meios financeiros para obter os serviços necessários. Apesar de que um tal programa iria criar uma habilitação legal à assistência, alguns observadores nos anos 70 especificaram persuadir as Cortes a reconhecer um não legal (constitucional) direito a receber serviços médicos sob os recursos públicos”.

A terceira possibilidade é a de conciliar, de algum modo, os elementos presentes nos cenários anteriores, fazendo coexistir a prestação privada com aquela de natureza pública (esta, a princípio, de adesão compulsória e aquela outra meramente facultativa)¹⁷.

Do ponto de vista da adequada racionalização dos recursos existentes, não há dúvida de que essa terceira fórmula encontra evidentes e adequadas justificativas. De um lado, ela concede aos particulares a possibilidade de contratar ou não serviços oferecidos no mercado, sempre a partir dos interesses e objetivos pessoais mantidos por cada um dos potenciais consumidores, o que impõe às empresas e pessoas físicas que atuem no ramo da *saúde* uma desejável competição, atendendo-se assim aos princípios da livre iniciativa que estão consagrados constitucionalmente em nosso meio¹⁸.

Por outro lado, tal sistema evita que ocorra a omissão de assistência quanto às necessidades daqueles que não têm e dificilmente terão, no futuro, acesso aos meios pessoais e suficientes para custear a sua própria saúde e a de seus familiares, situação na qual deverá necessariamente intervir o Estado como o ente garantidor dessa imprescindível proteção aos desfavorecidos¹⁹.

¹⁷ Como ocorre no Brasil, por exemplo. Sobre as referidas opções para a organização do atendimento ao *direito à saúde*, conf. CARLO BRESCIANI (ob. cit., p. 16 e s.). Em relação ao ordenamento jurídico francês, a regra é semelhante, como esclarece YVONNE LAMBERT-FAIVRE (ob. cit., p. 838), ao mencionar que, “por oposição ao caráter obrigatório da segurança social, para a qual os segurados são os ‘sujeitados’, o seguro complementar privado é *voluntário* para os subscritos e *facultativo* para os segurados. Todavia, no caso das empresas, certos seguros do grupo podem ser obrigatórios”.

¹⁸ A mesma posição parece ter JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES (Consumidores de seguros e planos de saúde, in: *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*, p. 25 e s.). Também no mesmo sentido, ADALBERTO PASQUALOTTO (*A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde* – uma interpretação construtiva, p. 38) destaca que “a Constituição Federal traça as diretrizes do sistema nacional de assistência à saúde. De modo geral, o governo cuida da saúde preventiva, ficando a parte curativa dividida entre o setor público e a iniciativa privada. O art. 196 da Carta de 1988 consagra o direito de todos à saúde e enuncia o princípio básico da universalidade de acesso às ações e serviços correlatos. Ao direito dos cidadãos corresponde o dever do Estado de prestar ou fazer prestar os serviços destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde. Quando o Estado não atua diretamente, incumbe-lhe regulamentar, fiscalizar e controlar as atividades de terceiros, inclusive pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, pois as ações e serviços de saúde são de relevância pública”.

¹⁹ É o que reafirma YVONNE LAMBERT-FAIVRE (ob. cit., p. 836), no tocante ao ordenamento francês, em que, segundo ela, “todos os partidos políticos, todas as entidades sociais estão de acordo sobre o papel insubstituível da Seguridade Social, instrumen-

Além disso, no tocante à específica atuação da empresa privada que mantenha propósitos de lucro, deverá existir e ser claramente prevista a possibilidade de atuação eficaz do Estado, de modo a que sejam coibidos os abusos, garantida a concorrência e facilitada a defesa dos interesses do consumidor. Deverá o Poder Público impor, igualmente e de acordo com a criação de regras legais de cumprimento obrigatório, os meios necessários ao restabelecimento de equilíbrio contratual entre as partes envolvidas no atendimento à saúde.

Por fim e no que diz respeito às atividades exercidas diretamente por entes públicos, destaca-se a necessidade de que se garanta a alocação racional dos meios e recursos disponíveis para o atendimento aos reclamos da saúde, de modo que tal atendimento possa ocorrer e se consolidar de maneira economicamente viável, sem déficits contínuos e sem a imposição de ônus exagerados aos contribuintes, muitos dos quais jamais utilizarão os serviços públicos de saúde, preferindo e podendo optar pelo sistema privado, apenas em tese complementar e em geral dotado de maiores aptidões para proporcionar confortos e facilidades.

O ponto que nos parece fundamental nesse cenário é o seguinte: o acesso aos serviços e avanços vinculados à *saúde* tornou-se, hoje, um interesse generalizado das sociedades contemporâneas. Sendo assim, a viabilização desse desejo, mediante a organização dos meios necessários para a sua concretização, determina o surgimento de inúmeras, de novas e até então de inexploradas situações, que deverão ser reguladas de modo cada vez mais abrangente pelo ordenamento jurídico.

Nesse cenário, surge um problema a ser enfrentado e que se mostra sempre tormentoso, que é aquele denominado pelos autores norte-americanos como as *tragic choices*,²⁰ ou seja, os dilemas que revelam a compreensível – mas inevitável – tensão entre, de um lado, o desejo da sociedade de ver os cuidados com a saúde serem providos de modo ilimitado, em atendi-

to de *solidariedade* entre ricos e pobres, entre doentes e sãos, especialmente para os riscos pesados de doença ou de acidente, de frequência eventual, mas de custos pesados: um coma prolongado em UTI a 10.000 francos/dia está fora do alcance de todos os bolsos. Por outro lado, para os riscos pequenos e médios, a parte de despesas de saúde que reside na cobrança dos segurados é indispensável economicamente, justificada socialmente como o custo de qualquer outra despesa necessária na vida corrente (alimentação, habitação, aquecimento, vestuário), torna-se recomendável para a moralização do risco no qual o abuso deve ser barrado. Aí se situa a liberdade dos segurados, que devem poder encontrar dentre as seguradoras a garantia complementar que exige a sua busca de segurança e o seu desejo de previdência: 85% dos franceses dispõem de um seguro complementar-doença”.

²⁰ Cf. TROYEN A. BRENNAN, CLARK C. HAVIGHURST e JAMES F. BLUMSTEIN (ob. cit., p. 6 e s.).

mento aos anseios de cada indivíduo aflito, e, de outro, os insuperáveis limites que restringem o acesso e a disponibilização dos recursos técnicos, econômicos e humanos para o tratamento necessário ou útil.

Tal problema não pode ser ignorado, pelo que a conformação de um sistema que alie, da melhor forma possível, a gestão pública da saúde com a atuação das entidades privadas representa um objetivo que sempre deverá ser buscado, ainda que se mostre uma equação difícil de ser resolvida.

1.3 A atividade médica – A evolução do conceito

Não há dúvida de que a sequência de atos coordenados ao tratamento da saúde do paciente – o que compõe a assim denominada *atividade médica* – sofreu profundas alterações ao longo do século passado, em especial no tocante ao grau de fiscalização e de controle sobre tal atividade, que é hoje exercido pelo próprio paciente e pela sociedade em geral.

Também a Medicina, antes praticada pelo médico unitariamente considerado, tornou-se objeto de atividades manejadas por organizações empresariais dotadas de estruturas e conformações cada vez mais complexas, as quais continuamente buscam alcançar uma maior eficiência no atendimento a ser prestado aos consumidores e a obtenção de resultados econômicos que sejam cada vez mais expressivos²¹.

Tal realidade impede que se pense, atualmente, na figura do paciente como um destinatário meramente passivo e subordinado aos atendimentos médicos, ou que tenha a sua opinião e desejos olímpicamente desconsiderados durante o curso do tratamento, ou ainda que deva se submeter, de maneira absoluta e obediente, às orientações e procedimentos escolhidos unilateralmente pelo profissional da Medicina,²² sob a justificativa de que

²¹ ETTORRE PROTETTI e CARLA PROTETTI (*Medici e biologi nella giurisprudenza*, p. 129 e s.) indicam que a própria definição do que sejam “entes hospitalares” e a consequente jurisdição tem sido objeto de exame da doutrina e da jurisprudência italianas, em especial após a entrada em vigor da Lei de 12-2-1968. Segundo informam, “no ano de 1974, a Suprema Corte de Cassação, em Seção Unida, resolveu as dúvidas que foram investigadas. Assim decorreu que as controvérsias relativas às relações de emprego entre os entes hospitalares e os seus dependentes vinculam-se ao juízo administrativo”. Também a definição de “tratamento médico-cirúrgico” foi objeto de investigação pela doutrina italiana, revelando as preocupações que, com o passar do tempo, foram surgindo sobre o tema. Nesse mesmo sentido, conferir GIANFRANCO IANDECOLA (ob. cit., p. 21 e s.).

²² É o que ressalta GIORGIO BERTI (ob. cit., p. 39), quando assevera que “o doente não é mais o usuário ou somente o usuário de um serviço: com efeito, definem-se já na

serão naquele momento aplicadas técnicas altamente especializadas e que se situam muito além dos limites de suas qualificações culturais.

Por outro lado, as próprias investigações ou especulações científicas realizadas pelos profissionais da *saúde* sofrem, também elas, restrições éticas e morais, de forma que a busca de avanço técnico não se justifica por si só, mas deve, de algum modo, obedecer a parâmetros externos e que se acham vinculados a outras ordens de valores.

Um marco para tal mudança de postura foi o final da Segunda Guerra Mundial, quando se evidenciou que várias experimentações médicas, feitas sem uma prévia imposição de limites que deveriam ser necessariamente respeitados, poderiam gerar resultados moralmente indefensáveis e que agrediriam princípios básicos atinentes à dignidade humana²³.

‘carta’ dos direitos do doente, em que é evidente a tentativa de superação das vestes demais geladas do usuário do serviço sanitário. O que quer dizer que à relação de utilização acompanha necessariamente uma relação profissional, uma vez que essa relação profissional é aquela fundamental, mesmo se a esse ocorre sobrepor-se a referida relação de utilização. Mesmo o doente assim se apresenta em uma condição dupla, perante a organização de saúde e diante do médico. Estas duplicidades são provavelmente inelimináveis, mesmo que pareçam, com o tempo, insustentáveis”.

²³ FRANCESCO DONATO BUSNELLI (Il diritto e le nuove frontiere della vita umana, in: *Problemi giuridici della biomedicina*, p. 4), referindo-se às origens da disciplina jurídica ora estudada, ensina que “o tema das relações entre o direito e as fronteiras da vida humana virá analisado seguindo as linhas de um itinerário histórico que se desenrola ao longo dos últimos cem anos. A primeira tentativa é a expressão daquilo que poderia definir-se o mito do legalismo estatal: isso se desenvolve na Alemanha, sob o impulso das categorias pandectistas elaboradas pela *Begriffsjurisprudenz* e se exprime por meio do dogma da ‘pessoa’, colocada em movimento pela refinada justificativa teórica que se verifica no ‘Sistema de direito romano atual’, de Friedrich Karl Von Savigny. Já no início do segundo volume do seu ‘Sistema’, Savigny, depois de ter reconhecido a ‘primitiva identidade’ entre *homines* e *personae*, acrescentara que, todavia, este primitivo conceito das pessoas pode, pelo direito positivo, receber modificações, para depois reivindicar a possibilidade, por parte do ordenamento jurídico, de ‘negar a alguns homens, em particular, no todo ou em parte, a capacidade jurídica’. Este procedimento lógico é válido a corroborar e a promover iniciativas legislativas e orientações doutrinárias tendentes a: 1) subordinar ao nascimento a aquisição da capacidade jurídica por parte dos *qui in utero sunt*; 2) suspender a aquisição da capacidade jurídica por parte de homens nascidos, mas julgados ‘não vivos’ (natimortos); 3) suprimir a capacidade jurídica ou verdadeiramente a vida de homens considerados indignos de sobreviver. Superada essa ideologia, com o resultado do conflito mundial, tal inclinação foi, felizmente, alterada”. Do mesmo sentido e de acordo com EDOUARD JANSSEN (ob. cit., p. 15), “a erupção das reivindicações referentes aos direitos do homem na vida contemporânea, a desordem que as ciências e práticas médicas receberam, após o pós-guerra, uma tomada de consciência nova pelos mé-

Tais fatos trouxeram à tona questões fundamentais. Uma delas é justamente a seguinte: como compatibilizar o encaminhamento das respostas às questões médicas – a cargo do profissional da Medicina – com a interferência do paciente e o respeito aos interesses pessoais desse destinatário final do atendimento prestado?

Com efeito, a preservação da saúde do paciente – uma vez analisada de modo isolado – pode suscitar conflitos com a proteção de outros de seus direitos, os quais devem ser também objeto de consideração por parte dos agentes de saúde e da tomada de uma posição clara e consciente diante de tais situações.

Nesse sentido, a doutrina destaca três posturas possíveis: a) a chamada posição *hipocrática*, que deixa ao julgamento do médico as escolhas dos meios mais adequados ao paciente, sem maiores preocupações quanto aos interesses pessoais do destinatário de tais cuidados; b) a posição dita *utilitarista*, que consiste em pesquisar qual seria o maior bem a se fazer para o maior número de indivíduos e que assim ignora, também ela, o direito individual; e c) a chamada *ética médica do dever*, que estaria baseada nos direitos do homem, buscando aliar os direitos negativos (liberdade de consentimento, direito ao segredo e ao compromisso, por exemplo) aos direitos positivos (recebimento de cuidados, consideração da dignidade etc.)²⁴.

Não há dúvida de que, de forma geral e nos dias de hoje, o paciente é um personagem muito mais ativo do que já foi no passado quanto ao atendimento que lhe deva ser prestado, mesmo que visando, exclusivamente, o benefício da sua própria saúde. Assim, a intervenção realizada por um agente de saúde longe está de representar o exercício de uma prerrogativa absoluta e indelegável desse profissional, pautada apenas pelos primados oferecidos por uma ciência biológica, mas estará sim delineada pelos parâmetros fixados por princípios éticos e morais universalmente reconhecidos, bem como pelo respeito aos chamados *direitos da personalidade* do paciente.

dicos a respeito de seus direitos e de seus deveres em relação às novas técnicas que podem influenciar a relação médico-paciente: esses são, especialmente, os problemas de massificação das comunidades e de extensão dos sistemas socio-repressivos que colocaram os médicos de frente a conflitos que vão além das normas antigas e dos laços individuais". O autor relembra, com razão, que determinadas técnicas, hoje disseminadas, tiveram o seu desenvolvimento retardado justamente pela cautela e pela retomada de cuidados em algum momento esquecidos, tal como foi o caso dos transplantes cardíacos, feitos, não de forma injustificada, primeiramente na África do Sul. Esse é o dilema, portanto: permitir o progresso, mas não a qualquer custo, em especial se tal custo for o sacrifício à dignidade humana e aos princípios éticos e morais consagrados.

²⁴ Cf. EDUARD JANSSEN, ob. cit., p. 24.

Em suma, o *direito à saúde* se coloca, atualmente, dentre aqueles direitos fundamentais do homem e que deverão ser garantidos e preservados pelo Estado, mediante a sua atuação própria ou de entidades privadas que se disponham a exercer as atividades relativas ao atendimento médico das populações.

Tais atividades – consideradas como sequências de atos coordenados e destinados à preservação ou recuperação da saúde do paciente – devem ser, contudo, adequadamente recepcionadas pelo seu destinatário, ou seja, o paciente que tem não só o direito inequívoco de buscar preservação de sua saúde, mas também aquele a que, para tanto, não lhe seja imposta a agressão a outros direitos de sua personalidade, os quais são, igualmente, protegidos pelos ordenamentos jurídicos dos diversos países.

Para tanto, as diversas facetas do *direito à saúde* – dentre as quais se destaca a regulamentação jurídica da celebração e interpretação dos contratos que nele surgem e atuam, bem como a atribuição de responsabilidades aos agentes envolvidos, além da preocupação em garantir, sob limites equilibrados, o acesso dos pacientes aos serviços necessários – têm sido objeto de inúmeros estudos doutrinários e interpretações jurisprudenciais, os quais buscaremos analisar ao longo desta obra.

É certo, portanto, que o *direito à saúde* porta elementos de especialidade, fruto do contato entre ciências fundadas em pressupostos e estruturas diversas, tais como o Direito e a Medicina, mas que devem, de algum modo, ser compatibilizadas, em prol do desenvolvimento de ambas.

Capítulo 2

OS CONTRATOS NO DIREITO À SAÚDE

2.1 A prestação de serviços inerente ao atendimento à saúde

A realização do ato médico, no âmbito das relações privadas, concretiza-se ordinariamente mediante a prévia celebração de um contrato de prestação de serviços, ajustado entre o agente responsável pelo atendimento das necessidades e providências relativas à saúde, de um lado, e o paciente ou alguém no seu interesse, de outro²⁵.

Assim, usualmente as combinações acerca da realização de uma consulta clínica ou de uma intervenção cirúrgica são tratadas a partir da criação de um contato direto e pessoal entre as partes, momento no qual são acertados o preço, o conteúdo do serviço a ser prestado, o prazo e as outras condições da contratação. Realizam-se, pois, os atos usuais à criação de um negócio jurídico dessa natureza de acordo com o gênero por vezes tipificado na legislação ordinária²⁶.

²⁵ Para RICARDO LUÍS LORENZETTI (ob. cit., p. 317), “o objeto da obrigação assumida pelo médico são as prestações de condutas profissionais tendentes à cura; a obrigação do paciente é o pagamento desses serviços. O objeto do contrato é então a operação jurídica considerada, isto é, a provisão onerosa de serviços com finalidade curativa”. Também na França, CHANTAL RUSSO (*De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe* – contribution à l'étude d'une mutation de la couverture des risques, p. 95) esclarece que “o princípio da responsabilidade contratual na matéria médica foi colocada pelo julgado *Mercier* em 1936, nos termos do qual ‘forma-se entre o médico e seu cliente um verdadeiro contrato, comportando para o praticante o engajamento, senão, evidentemente de curar a doença (...), ao menos de lhe dar os cuidados, não qualquer um, (...) mas conscienciosos, atentos e, reserva feita às circunstâncias excepcionais, conforme os elementos adquiridos pela ciência’. Essa fórmula de princípio, que não foi jamais desmentida depois, obriga o médico em termos de meios e não de resultado, e não introduz qualquer distinção segundo a natureza do ato médico realizado. Ora, este sistema de responsabilidade foi fortemente criticado, uma vez que ele é fonte de insatisfação para as vítimas, as quais devem necessariamente provar uma falta do médico para obter uma indenização. Sob o efeito das críticas, os juízes ordenaram os princípios da responsabilidade médica para melhorar a sua situação”.

²⁶ Previsto, em nosso ordenamento, nos arts. 593 e s. do Código Civil brasileiro.

Naturalmente, não nos remetemos, quanto ao modelo referido acima, àqueles atos médicos realizados pura e simplesmente em virtude da imposição do dever ao profissional da Medicina em atender, emergencialmente, aquele que necessite de seus préstimos e de seus conhecimentos técnicos, quando a intervenção poderá prescindir mesmo do acordo de vontades de todas as partes envolvidas na relação estabelecida. Nesse caso, ocorrerá o surgimento de meros atos jurídicos, praticados pelo agente de modo consciente e voluntário, capazes de gerar consequências lícitas ou ilícitas, inclusive pretensões à reparação do dano causado²⁷.

Portanto, o contrato que dará, em princípio, suporte à realização dos atos médicos terá a natureza e as características básicas daqueles de prestação de serviços,²⁸ ou seja, os caracteres nele existentes serão aqueles de um

²⁷ Com efeito, o anterior Código Civil brasileiro inseria a regra que determinava (art. 1.545) que os “médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento” no capítulo que tratava “Da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos”, inserida, portanto e no modelo daquele diploma legal, na chamada *responsabilidade extracontratual*, o que foi alterado no atual Código Civil brasileiro, que situou disposição semelhante (art. 951) no capítulo denominado genericamente “Da indenização”, em que não é feita a distinção entre as responsabilidades de origem contratual e extracontratual, acompanhando as tendências unificadoras mais atuais. Nesse mesmo sentido, o *Código de Ética Médica* vigente no Brasil (Resolução CFM 1246/88) determina, sob o capítulo “Responsabilidade profissional”, que é ao médico vedado: “Art. 35. Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, colocando em risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria”; “Art. 36. Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave”; e “Art. 37. Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por motivo de força maior”, o que representam exemplos de proibições à omissão de atendimento médico a quem dele necessita, referida em situações que, pela gravidade ou risco à saúde, deva tal atendimento ser necessariamente prestado, independentemente da prévia celebração de contrato entre as partes. Também o *Código Penal brasileiro* impõe a pena, atribuível ao agente de saúde, quando ocorrer *omissão de socorro*, entendida (art. 135) como “deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública”.

²⁸ De fato, como confirma RICARDO LUÍS LORENZETTI (ob. cit., p. 312), “há uma série de caracteres do contrato médico que se encontram em todas as tipologias, sendo portanto gerais, como que se celebrasse uma locação de serviços e obras”. Também ENRICO QUADRI (*La responsabilità medica tra obbligazione di mezzi e di risultato*, in: *Il rischio in medicina oggi e da responsabilità professionale*, p. 134) destaca que “a prestação médica, com efeito, é sempre mais vista sob a angulação da prestação de um serviço (aque-

contrato bilateral, comutativo, consensual,²⁹ oneroso, de execução instantânea – no caso de meras consultas e exames – ou continuada – na circunstância de se vincular a tratamentos de mais longa duração.

Dentre os elementos desse contrato de prestação de serviços, um deles diz respeito à existência – cada vez mais afirmada – do chamado *consenso informado*, dotado de peculiaridades específicas no *direito à saúde* e conside-

le sanitário), com a consequência que mesmo o tipo de responsabilidade tende a aproximar-se àquele em curso de generalização no campo da prestação de serviços (e é em tal perspectiva que parece valorizar as propostas de entender, para melhor tutela do paciente, ou mesmo de uma própria especificidade – que é destinada, ao invés, a graduar, na antes recordada, sua atual homogeneização jurisprudencial à prestação profissional –, a prestação da estrutura sanitária, através da referência à figura do contrato atípico). Campo no qual o modelo de responsabilidade, em via jurisdicional antes mesmo que em via legislativa, vem se adequando à crescentemente advertida exigência de tutelar o sujeito consumidor – cliente – utilizador nos confrontos de uma contraparte profissional e organizada”. Entre os nossos autores, é o que sustenta CLEONICE RODRIGUES CASARIN DA ROCHA (*A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos*, p. 133), vinculando à natureza do contrato à própria natureza da atividade médica e quando afirma que “a razão para entender que a natureza jurídica da relação do médico com seu paciente é um contrato de serviços é evidente, já que se pode afirmar sem lugar a dúvidas que o objeto do contrato de serviços se configura como prestação de simples atividade ou de meios, e não pela ideia de obtenção de um resultado”.

²⁹ Como destaca ainda RICARDO LUIS LORENZETTI (ob. cit., p. 312), “o consentimento é um elemento essencial para a existência do contrato. Até tempos muito recentes, esse dado foi quase inexistente no contrato médico, porém agora a autonomia deste último fez com que o consentimento ocupe um lugar central na relação médico-paciente. No aspecto jurídico, pode ser tratado como: a) Direito do paciente a um consentimento informado. Desta perspectiva coloca-se destaque em sua qualificação como direito fundamental, sua fonte, seu conteúdo, extensão e sua colisão com outros direitos; b) Elemento estrutural do contrato. Desde este ponto de vista interessa a convergência entre a oferta e a aceitação, as formas requeridas e a integração do mesmo. Neste último sentido, e como primeira característica notável, o consentimento apresenta um campo muito estreito de questões estabelecidas expressamente. Em geral, entre o paciente e o médico não há assinatura de instrumentos que consignem os direitos e as obrigações das partes. Em segundo lugar e mesmo quando admitimos a conformação de acordo de uma maneira tácita ou indireta, advém outra dificuldade concretizada pelo fato de que o contrato aparece à primeira vista como faltante de conteúdo normativo. As partes não discutem as prováveis cláusulas que a jurisprudência admitiu como contidas no negócio, existe um amplo conteúdo implícito”.

rado instituto típico dos atos e negócios jurídicos praticados pelos agentes médicos,³⁰ como já se buscará elucidar em ponto específico desta obra.

Assim, em especial nos contratos que se refiram a tratamentos médicos de longa duração, coloca-se o ponto da verificação da existência daquilo que por vezes se indica, genericamente, como o estado de “boa-fé” do profissional que presta o serviço, a ser avaliada não apenas no momento específico da contratação dos serviços, mas durante toda a sua execução,³¹ boa-fé esta que se encontra vinculada à obtenção e ao respeito do consentimento do paciente acerca do tratamento que deverá ser iniciado.

Atualmente, mostra-se ainda usual essa fórmula de contratação individualizada, que ocorrerá, por exemplo, toda vez que o atendimento médico não se concretize mediante a utilização dos recursos da rede pública. De fato, a saúde coloca-se como

uma necessidade social e a tradução desta necessidade em termos práticos vem solidamente encerrada na ideia ou no conceito de serviço; figura essa que não pode, à sua volta, vir compreendida no âmbito público como se o serviço assumisse relevância jurídica somente enquanto público ou mesmo prestado por sujeitos públicos³².

Esse modo de contratação individualizada surgirá, ademais, quando não inserido o atendimento médico e hospitalar a ser prestado dentre aqueles previstos e englobados no conteúdo de um plano de saúde ou de um seguro-saúde de natureza privada, ajustado pelas partes.

Ocorre que as exigências crescentes de disponibilização dos serviços de saúde a um sempre maior número de pessoas tornaram adequada a conformação dos atendimentos no interior de modelos contratuais que são formula-

³⁰ O Código de Ética Médica, nesse sentido, indica também ser vedado ao médico (art. 41) “deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença”.

³¹ Como ensina BÉATRICE JALUZOT (*La bonne foi dans les contrats – étude comparative de droit français, allemand et japonais*, p. 535), “os contratos de longa duração, por sua natureza, impõem um controle no momento de sua execução e é também a razão pela qual a regra da boa-fé é o elemento chave de seu controle, uma vez que ela é a única regra de direito civil que permite um controle *a posteriori* de uma relação contratual. Os domínios da ‘boa-fé’ são então, por excelência, aqueles dos contratos de longa duração”. Boa-fé que se acha, de resto, prevista hoje expressamente no nosso Código Civil, no tocante à realização de contratos, como determina o art. 422 do CC brasileiro, dotado do seguinte enunciado: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

³² Cf. GIORGIO BERTI, ob. cit., p. 34.

dos visando a geração de resultados técnicos e econômicos mais eficientes, capazes de atender não só a questão do *tratamento* das moléstias, como também, com igual atenção, os problemas vinculados à *prevenção* de doenças, sempre de um modo que se mostrasse mais acessível e atraente aos consumidores. Como salienta Enrico Quadri,³³

o caráter sempre cada vez mais complexo da atividade na saúde impõe a ela o desenvolvimento em estrutura adequada, colocando em destaque o momento organizativo-profissional. Um tal transcorrer do caráter tipicamente pessoal individual da prestação da atividade a uma sua configuração, realmente, organizada colhe relevantes consequências mesmo sobre o plano do modelo de responsabilidade que tende, sobretudo em perspectiva, a se verificar na matéria.

Deu-se no *direito à saúde*, portanto, evolução semelhante àquela observada em outras disciplinas jurídicas sensíveis à dinâmica das relações de consumo e compatíveis com a implantação e desenvolvimento do regime de contratação em massa.

2.2 O conteúdo do ato médico

Com o decorrer dos anos, portanto, novas figuras contratuais surgiram a partir do formato original do contrato de prestação de serviços, o que se fez em atendimento às exigências e demandas da sociedade, ansiosa pelo surgimento de meios que garantissem uma maior disponibilização e abrangência dos serviços médicos e hospitalares em favor das pessoas em geral³⁴.

³³ Ob. cit., p. 134.

³⁴ Tal processo se encontra no mais amplo curso de mutação do *direito dos contratos*, descrito por ALESSANDRO SOMMA (*Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, cit., p. 433 e s.), ao traçar os aspectos da evolução histórica ocorrida, destacando que, inicialmente, vigia um "esquema que assegurava às partes um elevado grau de liberdade quanto à conclusão do contrato e à seleção do conteúdo: o contrato como instrumento de ilimitada autonomia. Um valor similar é acompanhado de construções técnicas que exaltam o intento das partes como razão do vínculo e como fonte de efeitos: construções como aquelas sintetizadas no modelo pandectista, fundadas sobre o ato e destinadas a subtrair importância às questões de ordem econômica e social que poderiam emergir da consideração da relação. Estes propósitos são exaltados nas fases da história jurídica em que prevalecem aberturas em relação às ideias individualistas e em relação ao princípio da autodeterminação dos participantes ao tráfico jurídico. Recentemente, o princípio vem combinado com construções que em um certo sentido valorizam o contexto econômico e social em que surge a contratação; vimos isto em relação à teoria do contrato como operação econômica e tratando das disposições modeladas sobre ensinamentos da análise econômica do direito. No primeiro caso trata-se, contudo, de uma valorização prevalentemente interessada no

Contrapondo-se a tais desejos, colocam-se, todavia, enormes e evidentes obstáculos, concernentes à limitação dos meios materiais para essa universalização do atendimento, meios que se mostram, em verdade, sempre insuficientes para fazer frente às progressivas exigências e necessidades dos consumidores.

Nesse passo, uma das inclinações adotadas pela doutrina e pela jurisprudência nos diversos ordenamentos jurídicos dirigiu-se ao alargamento do conceito e do alcance daquilo que se considera a atuação médica, que deveria passar a abranger diversas intervenções que antes não se realizavam e que apenas se tornaram possíveis no instante em que o desenvolvimento tecnológico viabilizou as suas concretas utilizações, com o barateamento de seus custos e com a maior difusão de suas técnicas viabilizadoras, colocando-se como opções àqueles procedimentos até então existentes.

perfil das assimetrias informativas relativas à contratação, uma valorização por este ponto de vista decisivamente respeitosa ao princípio da autodeterminação dos contratantes. Na teoria do contrato como operação econômica, as referências ao contexto em que se forma o acordo não prejudicam, pois, a consideração da intenção das partes como fonte dos efeitos. Em conclusão, a teoria do contrato como operação econômica e a análise econômica do direito valorizam o ato em detrimento do vínculo contratual e inutilizam de tal modo as referências ao contexto em que se forma o acordo. A primeira parece, portanto, uma versão atualizada do contrato como meio de limitada autonomia. A segunda, enquanto compatível com uma intervenção heterônoma sobre o seu conteúdo, aproxima-se, ao invés, do conceito de contrato como acordo. Valorações diversas atentam às fórmulas que descrevem os genótipos ligados à promoção de valores alternativos ao individual e à autodeterminação das partes. No contrato construído em torno ao tema da troca ou ao princípio da confiança, prevalece de fato o propósito de sublinhar o perfil dos deveres que incumbem os participantes do tráfico jurídico. Prevalece, em outras palavras, a imagem de um *direito dos contratos*, informado pelo solidarismo e por isso aberto à intervenção do ordenamento voltado a integrar ou a inverter a intenção do contratante. Do ponto de vista técnico, a imagem em análise vem alimentada pela reconstrução da matéria em torno do perfil do vínculo, reconstrução que empresta de esquemas econômicos e sociais típicos os parâmetros através dos quais articulou o papel do ordenamento como fonte dos efeitos negociais. Em anos longínquos, este arranjo vem aprovado pelas versões do modelo traslativo que não enfatizam ainda os aspectos concernentes à transferência do direito de pretender pelo promitente a execução do pacto; versões em que entre as razões do vínculo figura sobretudo a *fides*. O mesmo arranjo vem então considerado pelas reconstruções do consenso contratual como troca de promessas que produzem confiança. Nestas últimas, as expectativas eventualmente recíprocas dos participantes ao tráfico jurídico são consideradas causas concernentes às razões do vínculo".

Com efeito, o *ato médico* continuamente alcança um sentido cada vez mais largo, envolvendo não só a *visita médica* (ou seja, o exame do corpo do paciente), mas também as atividades tidas como *preparatórias*, dirigidas à realização de objetivos de natureza diagnóstica (pesquisas radiológicas, exames de sangue etc.), ou então aquelas destinadas a objetivos cirúrgicos (como, por exemplo, a anestesia antes da operação) ou ainda dirigidas a preparar a execução de outras intervenções (a realização de regimes de emagrecimento, radioterapias e quimioterapias, dentre outras). Além delas, desenvolvem-se continuamente as técnicas de profilaxia; os tratamentos contra a dor; a administração de medicamentos pelas várias vias (oral, subcutânea, intramuscular, endovenosa, endoarterial etc.); as intervenções terapêuticas diversas, realizadas em favor do paciente (cirurgias, eletrochoque, curas físicas e psíquicas); as intervenções feitas em relação a uma pessoa, com o fim de melhorar a saúde de outras (transplantes de órgãos, transferências de partes da pele, transfusões de sangue etc.); e as intervenções com finalidades não estritamente terapêuticas (inseminações artificiais, tratamentos cosméticos e plásticos, experimentações sobre a pessoa humana, por exemplo)³⁵.

Além disso, com a evolução da ideia de se constituir o *direito à saúde* como um conjunto de normas que regulam interesses fundamentais dos indivíduos, vinculados à própria *personalidade* do ser humano e que deverão ser necessariamente garantidos pelo Estado – diretamente e mediante também a atuação de empresas privadas –, criaram-se novos modelos, tendentes a viabilizar que tal atividade médica se fizesse de modo mais expandido e generalizado.

³⁵ Cf. GIANFRANCO IADECOLA, *ob. cit.*, p. 23. Segundo ALFREDO JORGE KRAUT (*Los derechos de los pacientes*, p. 142), “o ato médico, como objeto do contrato de serviços médicos, requer diligência e aptidão (obrigação de meios) para cumprir as medidas impostas pelas regras da arte da Medicina – diagnóstico e tratamentos adequados – tendentes à cura do paciente, cujo resultado não se garante. A intervenção médica recai sobre o corpo humano e sua saúde; daí a necessidade do consentimento que legitima a atuação médica. Os tratamentos médicos podem afetar a vida, a saúde e a integridade psicofísica dos pacientes, e cabe a possibilidade de que apareçam interesses em conflito: a saúde, a intangibilidade corporal e a liberdade de decisão. A regra que impede atuar sem a vontade favorável do enfermo perde efetividade quando os pacientes não estão em condição de consentir. A tomada de uma decisão racional e autônoma para submeter-se ou não a um determinado tratamento médico – considerado benéfico para a cura ou melhoria – é um ato complexo, especialmente no caso dos pacientes psiquiátricos. Os estudiosos do tema propõem três tópicos para tomar a decisão legitimadora: 1) A aliança terapêutica; 2) O processo do consentimento informado; 3) O manejo da ‘inter-relação’ no vínculo médico-paciente, tendente ao controle da incerteza e à prevenção de danos evitáveis”.

Os modelos que, num primeiro momento, surgiram de modo esparso nos diversos ordenamentos jurídicos, instituindo-se como contratos atípicos ou valendo-se de parâmetros próprios a outras formas de contratação que não o original contrato de *prestação de serviços* – inclusive sob perfis que não lhes eram necessariamente adequados –, foram, pouco a pouco, ganhando reconhecimento expresso no direito positivo, criando-se daí, paulatinamente, verdadeiros e próprios tipos contratuais dotados de *novidade*³⁶, refazendo-se, aqui também, fenômeno verificado em outros ramos especiais do direito.

2.3 As contratações de massa no *direito à saúde*

Tornando-se claro que as demandas por um atendimento médico constante e eficiente eram firmes e crescentes, surgiram e se desenvolveram as empresas privadas que, geralmente mediante a oferta ao público e a realização de contratos por adesão,³⁷ visam prestar assistência à saúde

³⁶ Nesse sentido e dando exemplo da abertura possibilitada em determinados ordenamentos jurídicos, ENZO ROPPO (*Responsabilità e colpa*, in: *Casi e questioni di diritto privato* – *Obbligazioni e contratti*, v. V, p. 15) esclarece que, na Itália, “o art. 1.322, § 2º, do CC estabelece que os particulares não são obrigados a revestir as operações econômicas de vez em vez perseguidas com apenas tipos de contrato previstos e disciplinados expressamente pelo legislador, mas são, ao invés, livres para utilizar na sua realização também esquemas contratuais não correspondentes aos tipos definidos e codificados em sede legislativa (ditos por isso contratos *atípicos* ou *inominados*), que podem corresponder a uma prática social largamente difundida e aprovada, ou podem também apresentar caracteres de absoluta novidade e originalidade. De resto, se não se reconhecesse à autonomia privada uma tal liberdade e possibilidade criativa, não seria nem mesmo concebível aquele processo de lenta emersão de novas práticas contratuais, de sua recepção por parte do ordenamento e conversão em tipos legais, o que ocorre. O único limite que os contratos atípicos encontram consiste em que esses vêm sujeitos a um controle mais incisivo e penetrante do que aquele previsto para os contratos típicos (para os quais um juízo de utilidade social é já dado pelo legislador, seja mesmo em abstrato, com a sua própria assunção a tipos legais); os contratos *inominados* são de fato admitidos ao reconhecimento e à tutela jurídica apenas se o juiz reconhecer que esses são em concreto dirigidos a realizar interesses que merecem tutela, segundo o ordenamento jurídico”.

³⁷ Na apreciação desses *contratos de adesão*, deve-se ter claro que o processo de sua criação é, sem dúvida, diverso dos modelos tradicionais. PAULO LUIZ NETO LÔBO (*Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, p. 37-38) ressalta o fato de que “a formação das condições gerais difere da formação dos negócios jurídicos. As condições gerais tornam-se independentemente da oferta ao público. A oferta ao público (e nunca os convites à oferta) compõe o contrato individual quando se conclui. As condições gerais delimitam, condicionam e regulam tanto a oferta ao público quanto o contra-

em limites previamente estabelecidos e visando uma contraprestação financeira³⁸.

to de adesão, heteronomamente, externamente. Nas condições gerais, de um lado existe a predisposição unilateral (predisponente) e, de outro, o conhecimento (aderente). Sem conhecimento do aderente, o contrato não adere às condições gerais (estas não se integram). Contudo, conhecimento (ou dever de cognoscibilidade no direito italiano) não é aceitação. A oferta ao público forma-se *in concreto*; as condições gerais formam-se *in abstracto*".

³⁸ A legislação brasileira atual, relativa a essa assistência médica (Lei 9.656, de 3-6-1998), define em seu art. 1º, I, como sendo o *plano privado de assistência à saúde* a "prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com finalidade de garantir, sem limite financeiro, assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso e pagamento direto ao prestador". Já as empresas atuantes nesse ramo de atividade são conceituadas, no inc. II do mesmo art. 1º da referida lei, como *operadoras de plano de assistência à saúde*, compreendidas como "pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inc. I deste artigo". Para LUIZ ANTONIO RIZZATO NUNES (*Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde*, p. 13), "a Lei 9.656/1998 foi elaborada para regular as operações das pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços de assistência técnica à saúde, nas duas modalidades conhecidas: a) planos de saúde; b) seguros de saúde. É preciso lembrar que pessoas jurídicas que operam os planos de assistência à saúde são típicas prestadoras de serviços, conforme enquadramento no art. 3º, *caput*, c.c. o § 1º do mesmo artigo do CDC, e os usuários dos planos e seguros de saúde são considerados, de sua parte, típicos consumidores (art. 2º, *caput*, do CDC)". Já ADALBERTO PASQUALOTTO (*A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde*, cit., p. 40 e s.) relembra que, "anteriormente à edição da Lei 9.656/1998, regia a assistência privada à saúde o Dec.-lei 73, de 21-11-1966, que estruturou o sistema nacional de seguros privados. A escassa regulamentação levou o mercado a um estado anárquico, submetendo os consumidores ao livre jogo das conveniências das empresas. O Dec.-lei 73/1966 introduziu uma modalidade básica de assistência à saúde, que é o seguro, e admitiu também a chamada *medicina de grupo* (art. 135), autorizando as entidades sem objetivo de lucro organizadas por profissionais médicos e paramédicos ou por estabelecimentos hospitalares a operar sistemas próprios de pré-pagamento. Assemelhados na sua finalidade, juridicamente o seguro-saúde e a *medicina de grupo* (ou medicina pré-paga) têm feições distintas. O seguro-saúde é típico contrato de seguro que tem por finalidade a cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar, sendo a garantia o pagamento em dinheiro, efetuado pela sociedade seguradora, a pessoa física ou jurídica prestadora da assistência médico-hospitalar ao segurado. Ao segurado assiste o direito de livre escolha do médico e do hospital (arts. 129 e 130 do

Esses modelos de atendimento médico e hospitalar de massa, oferecidos por empresas privadas, parecem ter sido inicialmente criados, como indica Irany Novah Moraes, nos Estados Unidos da América,³⁹ expandindo-se posteriormente para a generalidade das nações que nunca atribuíram ou

Dec.-lei 73). A seguradora não participa da prestação de serviço, limitando-se a reembolsar ou pagar despesas de tratamento. Na medicina pré-paga, o beneficiário recebe diretamente do empreendedor uma determinada assistência à sua saúde, definida no contrato, realizando, em contraprestação, um pagamento em dinheiro, geralmente periódico. Na maioria das vezes, o sujeito ativo da contratação funciona como organizador do serviço de saúde, subcontratando ou delegando a terceiros a efetiva prestação do serviço. Nesse tipo de contratação, convergem distintos contratos bilaterais. De um lado, há o contrato celebrado pelo beneficiário com o organizador, enquanto, por outro, há diversas vinculações. A Lei 9.656/1998 trouxe importantes modificações ao sistema legal, normativo e fiscalizador da assistência privada à saúde. Em primeiro lugar, deu-lhe organicidade, definindo a natureza dos operadores e as modalidades de sua atuação. Em segundo lugar, reconheceu a especificidade do setor, criando órgãos de controle".

³⁹ *Erro médico e a lei*, p. 100 e s. Informa o autor, ainda, que "Kimball, em 1929, verificava que, nos Estados Unidos, os hospitais não estavam ao alcance dos bolsos dos professores das escolas onde seus filhos estudavam e que, nas ocasiões em que eles adoeciam, usavam seu hospital e não tinham condições de pagar. Foi então que idealizou um sistema de pré-pagamento das despesas eventuais com doença. Diferia esse processo do seguro comum pois, em lugar de oferecer indenização em moeda para resarcir dos prejuízos decorrentes da enfermidade, oferecia cuidados para a cura da enfermidade. Assim, se criou a *Blue Cross* americana, em 20-12-1929. O êxito do plano foi tão grande que comerciantes também começaram a ser inscrever na *Blue Cross*, sob cuja égide se formou a *Associação dos Hospitais Grupados*. Durante a crise de 1930, os benefícios prestados pelo plano à coletividade foram imensos e, em 1933, a *Associação Americana de Hospitais* adotou o sistema. Dez anos mais tarde, isto é, em 1939, outra iniciativa do mesmo gênero teve lugar nos Estados Unidos: a *Blue Shield*, organização criada pela *Associação Médica da Califórnia*, que, oferecendo serviços médicos cirúrgicos, completava a assistência total, pois a primeira só dava assistência hospitalar. Posteriormente, *Blue Cross* e *Blue Shield* se aproximaram e hoje têm direção comum. Em 1962, cerca de três quartos da população americana estava filiada às organizações, ou similares, com indiscutíveis vantagens para a economia individual. Não só nos Estados Unidos tal sistema teve êxito. Na Inglaterra, em 1944, teve início a resolução desse problema como iniciativa estatal. Todos os serviços médicos da Grã-Bretanha foram nacionalizados em 1946. Em 1949-1950, *Churchill* criou o *National Health Service*, no qual foram empregados 800 milhões de libras esterlinas e em que 93% da população se inscreveu. Em 1950, tinham passado para o seguro 3.426 hospitais, só restando livres 147".

que já retiraram do Estado o monopólio da atuação direta na assistência à saúde⁴⁰.

Com o objetivo de concretizar esse atendimento médico privado a partir de uma contratação de massa, destacam-se hoje duas modalidades básicas de entidades que atuam nesse sistema: as empresas de planos de saúde e as seguradoras⁴¹. Além delas, existem as cooperativas e as empresas de autogestão⁴².

Verifica-se que, no confronto dos diversos modelos, as semelhanças são mais evidentes do que as dissonâncias, sendo comuns os seus objetivos finais.

2.4 O contrato de seguro-saúde

O contrato de seguro tem definição legal no ordenamento jurídico brasileiro, tratando-se, portanto, de contrato típico⁴³. Por meio dele, ajusta-se atribuir as “consequências derivadas da ocorrência de um risco, através do qual a parte, o *segurado*, transfere a probabilidade de perda financeira para

⁴⁰ No Brasil, teriam surgido tais empresas nos anos 60, como exigência da classe trabalhadora situada na região metropolitana da Cidade de São Paulo, em decorrência do desenvolvimento industrial, como consta do *informe de imprensa* de agosto de 2005, da *Associação Brasileira de Medicina de Grupo* (Abramge).

⁴¹ ADALBERTO PASQUALOTTO (ob. cit., p. 38) destaca que “a assistência à saúde através da iniciativa privada organizou-se, no Brasil, em torno de duas modalidades básicas: os seguros e a medicina pré-paga. Esta última modalidade apresentou como derivativo as cooperativas de serviços médicos. O sistema de trabalho dessas organizações pode ser totalmente fechado, quando o organizador impõe ao beneficiário um médico clínico de cabeceira, que em caso de necessidade fará o encaminhamento aos distintos especialistas (pouco frequente no Brasil), ou um sistema totalmente aberto, no qual o beneficiário procura os serviços de sua livre escolha, obrigando-se o organizador tão somente a reembolsar as despesas comprovadas (modalidade de seguro). A esses dois sistemas externos podem ser agregados outros, mistos, em que o organizador fornece uma lista de prestadores de serviços, ficando o beneficiário adstrito a escolher limitadamente um deles. Ou este sistema poderá ser combinado com o da livre escolha”.

⁴² Segundo, ainda, ADALBERTO PASQUALOTTO (ob. cit., p. 39), “a Lei 9.656 também se aplica à autogestão (art. 1º, § 2º), mas de modo parcial, dispensando, v.g., cobertura universal das doenças relacionadas na Classificação Internacional (art. 10). A autogestão é realizada pelas entidades ou empresas que mantêm sistemas próprios de assistência à saúde. São grupos fechados, de acesso restrito aos empregados, funcionários ou associados da entidade promotora. As cooperativas de serviços médicos, praticando medicina de grupo mediante pré-pagamento, tecnicamente enquadram-se na classificação do art. 1º, § 1º, I, da Lei 9.656 como operadores de planos privados de assistência à saúde”.

⁴³ Regulamentados nos arts. 757 e s. do Código Civil brasileiro.

outra parte, denominada *companhia de seguro*”,⁴⁴ o que se realiza mediante o pagamento de um valor pelo segurado à empresa responsável pelo ressarcimento do dano.

A *boa-fé* exerce papel destacado e fundamental na celebração do contrato de seguro. De acordo com François Couilbault, Constant Eliashberg e Michel Latrasse, tal *boa-fé*, no caso, “significa que a seguradora se remete inteiramente à lealdade do segurado: ela se refere a essas declarações sem estar obrigada, de maneira geral, a verificar todos os elementos declarados”⁴⁵.

Os *riscos* eventuais devem estar especificamente previstos no contrato, sendo então atribuídas determinadas obrigações e responsabilidades à empresa seguradora, no sentido de que sejam por ela ressarcidos os prejuízos causados pela efetiva realização daquilo que se tinha, quando da celebração da *avença*, apenas como uma mera possibilidade⁴⁶.

⁴⁴ Cf. JOÃO MARCOS BRITO MARTINS, *Direito de seguro*, p. 11. Como definem FRANÇOIS COUILBAULT, CONSTANT ELIASHBERG e MICHEL LATRASSE (*Les grands principes de l'assurance*, p. 81), “o contrato de seguro é um acordo realizado entre um segurador e um assegurado para a garantia de um risco: o segurador aceita cobrir o risco, o segurado se compromete a pagar o prêmio ou a cotização convenionada. O contrato de seguro é o laço jurídico que obriga a seguradora a garantir o risco, o segurado a pagar o prêmio”.

⁴⁵ *Les grands principes de l'assurance*, p. 82. Também de acordo com JOÃO MARCOS BRITO MARTINS (ob. cit., p. 34), “a doutrina pátria classifica o contrato de seguro como bilateral, aleatório, oneroso, consensual, nominado, de *boa-fé* e de adesão”. O Código Civil brasileiro, de fato, determina em seu art. 765 que “o segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita *boa-fé* e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

⁴⁶ Como esclarece ainda JOÃO MARCOS BRITO MARTINS (ob. cit., p. 11), “ao transferir as consequências financeiras das perdas para a companhia de seguros, os segurados trocam a possibilidade de uma grande perda incerta por um pequeno pagamento certo (prêmio) suportável em seu orçamento. Tal transferência é formalizada através de uma apólice de seguros, documento que materializa o contrato de seguro, explicitando os direitos e deveres da companhia de seguro e do segurado. Ao dividir o custo da perda por todos os segurados, o segurador está utilizando o princípio do mutualismo, consubstanciado num fundo comum, constituído pelas contribuições de todo o grupo que suporta as perdas de cada um dos componentes. Tais perdas são previstas pelas seguradoras, quando estimam a amplitude necessária e o tamanho do fundo para suportá-los. A lei dos grandes números é um princípio matemático que representa a base de cálculo das operações de seguro; através delas são estabelecidas as previsões com determinada margem de segurança. De acordo com este princípio, quando aumenta o número de unidades independentes e similares expostas aos riscos, tende a ampliar-se igualmente a relativa exatidão das previsões acerca de resultados futuros, baseados nestas unidades de exposição”.

Os elementos básicos do contrato de *seguro* são, segundo entendemos, o segurador, o segurado, o beneficiário, o risco, o sinistro, o prêmio, a apólice e a importância segurada.

De fato, as *partes* envolvidas na contratação são o *segurador*, que se compromete, mediante o pagamento do *prêmio*, a assumir os ônus decorrentes da concretização do *risco*, então chamado *sinistro* –; o *segurado*, que é a pessoa que tem determinadas contingências e riscos garantidos por outrem, justamente a empresa seguradora; e o *beneficiário*, que pode ser o próprio *segurado* ou uma terceira pessoa por ele nomeada, que terá direito ao recebimento do ressarcimento previsto, decorrente da condicional realização do *sinistro*⁴⁷.

O evento que condiciona o pagamento da importância segurada é, em geral, *incerto*. Assim,

a relação jurídica que se instaura entre segurado e segurador (assim denominada relação de garantia em sentido técnico) pertence, pois, àqueles modelos caracterizados pelo reconhecimento que a lei confere à vontade das partes de atribuir relevância uma dada situação de *incerteza*, instaurando uma correlação entre evento futuro e incerto e evento jurídico⁴⁸.

Já a forma *escrita* do contrato era entendida como necessária⁴⁹ em nosso ordenamento jurídico, mas, estando hoje prevista a possibilidade de que seja a existência do negócio provada pelo simples comprovante de

⁴⁷ Indicando algumas peculiaridades do seguro-saúde – objeto deste estudo –, em especial no tocante aos possíveis beneficiários da contratação, YVONNE LAMBERT-FAIVRE (*Droit des assurances*, cit., p. 842) ressalta que “o seguro-doença é em geral subscrito pelo segurado para ele mesmo, para o caso de ser atingido por uma doença durante a vigência do contrato, eventualmente levando em conta o decurso da carência. Mas o seguro-doença pode também gerar efeitos sobre as pessoas (terceiros-segurados e, especialmente, os membros da família do subscritor). Nesse sentido, deve-se notar que uma criança gravemente deficiente que nasça no curso do contrato pode também ser garantida desde o seu nascimento: o problema dos *riscos agravados* coloca-se tecnicamente na subscrição de um contrato por aquele que constitua um risco não aleatório”.

⁴⁸ Cf. PAOLOEFISIO CORRIAS, *Dissesto dell'assicuratore e tutela contrattuale dell'assicurato* – contributo allo studio del rapporto di garanzia, p. 143.

⁴⁹ Nesse sentido, cf. CELSO MARCELO DE OLIVEIRA (*Contrato de seguro*, p. 71), que faz menção a julgados proferidos pelos tribunais brasileiros (publicados na RT 511/130, 526/212 e 493/73), considerando-se perfeito e acabado com a emissão da apólice, em que deverão estar consignados os riscos assumidos, o valor do objeto do seguro, o prêmio e as demais estipulações.

pagamento do *prêmio*,⁵⁰ torna-se essa expressão escrita dispensável, sendo o contrato, portanto, simplesmente consensual. É, ainda, contrato bilateral⁵¹.

O *prêmio* é, por sua vez, a contraprestação paga pelo segurado e corresponde à obrigação contratual assumida pelo segurador, justificada pela assunção do risco⁵² e pela obrigação de ressarcimento da importância segurada, o que concede ao contrato caráter sinalagmático⁵³.

Já no tocante ao *risco* – que, uma vez verificado, é denominado *sinistro* – é que surgem as maiores questões quando nos dispomos a analisar a estrutura do chamado *seguro-saúde*.

De fato, uma das características usualmente atribuídas ao contrato de seguro genericamente considerado é a sua suposta *aleatoriedade*, que significa, em suma, que o pagamento do prêmio pelo segurado não corresponde, necessariamente, à realização de uma contraprestação pelo segurador, vinculada ao

⁵⁰ De acordo com o art. 758 do Código Civil brasileiro, “o contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio”.

⁵¹ É o que reafirmam FRANÇOIS COULBAULT, CONSTANT ELIASBERG e MICHEL LATRASSE (ob. cit., p. 82), ao descreverem que “o contrato de seguro é de caráter consensual, uma vez que ele se entende concluído no momento em que ocorra o acordo das partes. Isso significa que a existência de contrato de seguro não está ligada ao cumprimento de formalidades. (...) O contrato de seguro é sinalagmático, uma vez que ele comporta os compromissos recíprocos das duas partes. O compromisso da seguradora é ligado àquele do segurado e vice-versa”.

⁵² Segundo PAOLOEFISIO CORRIAS (ob. cit., p. 147), o “automatismo entre a verificação do sinistro e a assunção da titularidade do direito de crédito por parte daquele garantido constitui, em nossa visão, o fulcro do fenômeno securitário, enquanto permite a assim denominada transferência do risco da esfera do segurado àquela da seguradora e, portanto, que seja atingida, por parte do primeiro, a segurança psicológica para a qual estipulou o contrato”.

⁵³ O que se faz em detrimento de algumas posições que, erroneamente, pretendem enxergar no contrato de seguro um suposto perfil *associativo*. De fato, como atesta PAOLOEFISIO CORRIAS (ob. cit., p. 105), “mesmo prescindindo da regulamentação do modelo contido no Código Civil – da qual, como se terá meios de indicar, emerge de maneira clara o nexó sinalagmático subsistente entre a obrigação pecuniária de pagamento do prêmio e a situação idônea a conferir ao assegurado a segurança de evitar as consequências negativas do sinistro (a assim denominada cobertura securitária) –, de fato, algumas significativas indicações no tocante à estranheza do esquema associativo em relação ao modelo em discussão podem já ser tratadas pelas disposições de leis especiais levadas até o momento em consideração”.

ressarcimento ajustado, uma vez que o risco previsto pode não se concretizar durante o prazo de vigência do contrato estabelecido pelas partes⁵⁴.

Acontece que, especificamente no contrato de *seguro-saúde*, tal aleatoriedade não é assim tão evidente, sendo mesmo mais comum, na verdade, que ceda ela lugar a algo que se aproxima de uma efetiva *comutatividade* entre as prestações e contraprestações atribuídas a cada uma das partes.

Desde logo devemos esclarecer que o referido *seguro-saúde* distingue-se de outra modalidade de seguro vinculada ao *direito à saúde*, qual seja, aquela que visa o ressarcimento de danos causados em decorrência de ação ou omissão culposa atribuível ao agente de saúde. Tal seguro vincula-se, mais propriamente, à reparação da responsabilidade civil médica e hospitalar e será tratado em capítulo específico desta obra⁵⁵.

⁵⁴ É essa a posição comumente admitida pela doutrina. Para RICARDO BECHARA SANTOS (*Direito de seguro no cotidiano*, p. 41), por exemplo, “apesar de algumas discussões acerca da natureza jurídica do contrato de seguro, há consenso de ser ele bilateral, oneroso, aleatório. É bilateral posto serem recíprocas as suas prestações; é oneroso uma vez que nenhuma das duas partes celebram o contrato com o intuito de fazer liberalidades; é aleatório, porque nenhuma das partes pode antever quem obterá, ao final, vantagem ou prejuízo”. No mesmo sentido, afirma LINNEU RODRIGUES DE CARVALHO SOBRINHO (*Seguros e planos de saúde*, p. 5): “como já visto, são contratos aleatórios, envolvendo duas partes, fornecedor e consumidor, pois inserem-se no rol daqueles regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, nos quais o consumidor não sabe o que receberá em troca pela sua prestação, desde que eventos futuros e incertos, podendo ser maior ou menor a contraprestação do fornecedor, operadora, que arrisca, dessa forma, o seu correspondente lucro ou perda”. Também para CLEONICE RODRIGUES CASARIN DA ROCHA (ob. cit., p. 67-68), os contratos de assistência médica regulados pela Lei brasileira 9.656/1998 são “aleatórios, isto é, não comutativos, nos que as empresas não ficam obrigadas somente a prestar assistência médica equivalente à contraprestação prometida”. FRANÇOIS COUILBAULT, CONSTANT ELIASHBERG e MICHEL LATRASSE (ob. cit., p. 82) se encaminham nesse sentido, entendendo a suposta aleatoriedade como “inerente à própria natureza do seguro e à definição do risco”.

⁵⁵ Trata-se, sem dúvida, de modalidade de contrato de seguro também bastante importante, tendo observado ALDO PAGNI (Certeza diagnóstica e terapêutica: realtã o utopia?, in: *Il rischio in medicina oggi e da responsabilità professionale*, p. 19) que “obstetras, cirurgiões, ortopedistas, anestesistas e dentistas representam os especialistas mais arriscados nas causas ressarcitórias ou de indenizações, frente a episódios, dolosos ou culposos (ou que, por outro lado, tenham procurado um dano às pessoas), e por isso deveriam introduzir autonomamente métodos de verificação de qualidade nas suas operações cotidianas. Nos Estados Unidos da América, o nível dos prêmios assecuratórios alcançou alturas quase insustentáveis, porque as ações de *mal practice* tornaram-se costume normal naquele país”.

O que se constata no caso do contrato de *seguro-saúde* é que, ao contrário do que se observa em outras espécies de seguro, não são as questões vinculadas à saúde verdadeiramente imprevisíveis.

Pelo contrário, aspectos específicos de natureza genética, funcional ou mesmo causados por eventuais acidentes ou traumas podem determinar uma maior probabilidade ou mesmo a inevitabilidade do surgimento de moléstias que afligirão um certo indivíduo. Essas mesmas patologias, contudo, em relação a outras pessoas, poderão ter ocorrência virtualmente nula, também em virtude de certas características particulares então verificadas.

É evidente, ademais, que outras doenças estão vinculadas a questões degenerativas, próprias do decorrer da vida humana e que surgem como consequentes à chegada da velhice, em especial. Sendo assim, moléstias que no passado não se viam com tanta frequência tornaram-se mais comuns, justamente em virtude do aumento da idade média das populações e da maior expectativa de vida, oriunda do aumento dos confortos e da segurança disponíveis.

Desse modo, o chamado *índice de sinistralidade* mantém uma proporção direta com as diversas faixas etárias em que se situem os indivíduos segurados e, sob essa perspectiva, nada terá de “aleatória” a concretização do evento futuro, tido como sendo o *risco* previsto no contrato – qual seja, o aparecimento da doença –, revelando-se, na verdade, esperado que tal risco ocorra em um dado grupo de pessoas de determinada idade, os quais muito provavelmente sofrerão os efeitos de problemas específicos que são próprios da maturidade e que assim não terão um estado de saúde idêntico àquele gozado na época da juventude.

Além disso, no tocante à chamada *medicina preventiva*, a realização de determinados exames e procedimentos deverá ocorrer mesmo na falta de qualquer sintoma indicativo da existência de eventuais patologias, exatamente para que se possa, de modo antecipado, dar início aos cuidados e às providências adequadas para, justamente, evitar o surgimento de uma moléstia ou mesmo para minorar os seus efeitos mais graves.

Por fim, o próprio modo de vida adotado por um indivíduo – sendo ele, por exemplo, esportista, carvoeiro ou digitador – poderá torná-lo mais propenso a sofrer determinadas patologias, que serão resultados próprios da sua atividade profissional, das suas práticas esportivas, de seus gostos pela bebida ou pelo fumo. Sendo assim, essa suposta *aleatoriedade*, entendida como elemento dessa modalidade de contrato, perde muito de seu conteúdo, uma vez que várias doenças guardam, portanto, uma relação direta com determinados fatores cujo surgimento e controle situam-se estritamente nos limites da disposição pessoal.

Ora, os custos daí derivados – que deverão ser arcados pela seguradora – não se constituem, necessariamente e na mais pura acepção das palavras,

em verdadeiros *riscos* ou *sinistros*, mas sim decorrem de eventos que certa ou provavelmente ocorrerão, o que retira, efetivamente, a suposta *âlea* do cerne de caracterização desse tipo de contrato.

Ou seja, neste ponto em particular, o chamado *seguro-saúde* não se conforma aos parâmetros clássicos do contrato de seguro, considerada a sua finalidade específica, que é aquela de ressarcir os custos derivados de tratamentos médicos realizados pelo segurado, sejam eles decorrentes de fatos imprevisíveis ou previsíveis, indistintamente⁵⁶.

O que se observa, na verdade, é que a própria inserção do *seguro-saúde* na categoria geral dos contratos de *seguro* acaba por provocar inegáveis distorções, sejam elas acidentais⁵⁷ ou decorrentes de alguma peculiar perspectiva que venha a ser adotada, uma vez que o que nele se entende por *risco*

⁵⁶ Para YVONNE LAMBERT-FAIVRE, ob. cit., p. 842, essa modalidade de seguro “tem uma dupla natureza: seguro condicionado (*forfaitaire*) no que concerne às prestações de somas prévias ao contrato, e seguro de indenização especialmente no que concerne ao reembolso das despesas de saúde”. Já no tocante ao nosso ordenamento jurídico, RICARDO BECHARA SANTOS (ob. cit., p. 44) ressalta que “o seguro-saúde constitui um ramo autônomo dentro da classificação adotada pelo legislador brasileiro, que classifica o seguro em três grandes ramos: a) o seguro de ramos elementares; b) seguro de vida; c) seguro-saúde. O objetivo do seguro-saúde, pois, não é especificamente garantir a saúde do segurado, mas garantir o risco das despesas com a sua saúde, com sua assistência médica, que seriam por ele devidas a médicos, laboratórios e hospitais até os limites máximos estipulados na apólice por escolha do próprio segurado, e observadas as inclusões e exclusões nela previstas”.

⁵⁷ Quanto a esse ponto, ALESSANDRO SOMMA (ob. cit., p. 1 e s.) faz o seguinte alerta: “o estudo doutrinário do direito produz uma simplificação dos dados oferecidos à indagação do jurista e gera, desse modo, alguns equívocos, sobre os quais os autores usam deter-se. Em matéria negocial, entendem-se como tais sobretudo a descrição do contrato em termos de categoria geral e a consequente individualização de um procedimento unitário de formação do ato. Aos olhos dos seus críticos, a aproximação dogmática na matéria contratual se manifesta como uma obsessiva recondução de cada aspecto a abstratos esquemas unificantes. Essa aproximação resulta artificial, enquanto visando a afirmar a validade meramente técnica das proposições jurídicas e a sua consequente impermeabilidade em relação seja às opções valorativas, seja às transformações determinadas pelo correr do tempo, parece que promessas e acordos não têm podido faltar mais que o homem tenha inteligência e capacidade de expressar a própria vontade com gestos e com palavras. Vice-versa, muitos aspectos do estudo doutrinário do direito se deixaram a situações que se devem ler à luz da situação na qual se desenvolveram e operam. Recorremos por isso ao estudo histórico-comparativo, tradicionalmente empregado como eficaz corretivo das nossas excessivas tendências em relação às abstrações e generalizações”.

não é, efetivamente, o mesmo que caracteriza as outras modalidades de seguros⁵⁸.

O *seguro-saúde* visa especificamente, e como já mencionado, o ressarcimento das despesas ocorridas com o tratamento médico, relativas, pois, ao pagamento de honorários profissionais, de despesas de internação hospitalar, de exames laboratoriais e clínicos, enfim, de todos aqueles custos advindos dos cuidados à saúde, de acordo com o conteúdo ajustado entre as partes⁵⁹.

⁵⁸ Como esclarece YVONNE LAMBERT-FAIVRE (ob. cit., p. 842), “a doença é uma alteração do estado de saúde qualquer que seja a sua origem: desse modo, a enfermidade traumática (causa acidental) ou a enfermidade patológica são igualmente garantidas. O controle do risco *enfermidade* é facultado pelo caráter da garantia *complementar* de um regime obrigatório de Seguridade Social: frequentemente os contratos de doença preveem que a prestação complementar é subordinada à existência da prestação de Seguridade Social”.

⁵⁹ MARENSI VOLTAIRE (*O seguro no direito brasileiro*, p. 513) informa que, no direito brasileiro, “o registro de que a instituição do seguro-saúde foi prevista pelo legislador ordinário, com o advento do Dec.-lei 73, de 21-11-1966, que dispôs em seu art. 129, *verbis*: ‘fica instituído o seguro-saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar’. Diante deste quadro caótico, em 11-11-1993 foi editada a Resolução 1.401 do Conselho Federal de Medicina, que, a seu tempo, foi objeto de altas polêmicas, hoje suspensa a sua aplicabilidade pela Justiça. O art. 1º dessa Resolução dizia: ‘as empresas de seguro-saúde, empresa de medicina de grupo, cooperativas de trabalho médico, ou outras que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médico-hospitalares, estão obrigadas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde, não podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza”. Da mesma forma, ADALBERTO PASQUALOTTO (ob. cit., p. 42) esclarece que, no Brasil, “as seguradoras são sociedades anônimas e organizam-se nos moldes do Dec.-lei 73. Têm por finalidade a cobertura de riscos de assistência à saúde, mediante a livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço e o reembolso das despesas”. Já na França e de acordo com YVONNE LAMBERT-FAIVRE (ob. cit., p. 843 e s.), quanto ao chamado *seguro-doença*, existem diferentes modalidades, quais sejam: “a) *As prestações em espécie com caráter indenizatório*. As indenizações diárias e rendas de invalidez podem ser calculadas em função das perdas realmente sofridas e não mais por referência às contribuições contratuais correspondentes. b) *As prestações in natura; o reembolso das despesas de saúde*. A expressão ‘seguro-doença’ é frequentemente empregada em sentido restrito de apenas garantia de reembolsos complementares de despesas de saúde, chamadas ‘prestações *in natura*’ pelas seguradoras como pela Seguridade Social. Existem aqui diferentes níveis de garantias: a) a garantia de base *ticket moderador* é a mais frequentemente subscrita: ela suporta a diferença entre o reembolso da Seguridade Social e a tarifa plena convencional. No caso de hospitalização, a ‘cobrança hospitalar’ é igualmente levada em conta, salvo eventualmente o sobrepreço de um quarto particular; b) a garantia máxima dos custos reais

O surgimento e o desenvolvimento dessa modalidade de contrato, ajustado por relações de direito privado, derivam, sobretudo, da constatação da incapacidade do Poder Público de manter um sistema de atendimento à saúde que seja efetivamente universal, abrangente e eficiente o bastante para tornar desnecessária a atuação de empresas particulares nesse setor da vida social e econômica, de modo complementar ou mesmo preferencial à atividade direta do Estado.

de saúde, eventualmente limitados a um teto de garantia. Nesse contrato oneroso, não há mais referências ligadas às tarifas convencionadas pela Seguridade Social. Essa fórmula corresponde plenamente ao caráter indenizatório que estabelece os recursos sub-rogatórios da seguradora de pessoas de acordo com a Lei de 16-7-1992 e de 8-8-1994. Todavia, a enfermidade patológica coloca raramente em jogo um terceiro responsável, à diferença do acidente; c) a garantia intermediária leva em conta os excessos de honorários médicos convencionados em honorários livres, ou não convencionados, em um limite de uma certa percentagem por relação às tarifas convencionadas (150%, 200%); da mesma forma a cobertura é aumentada no caso de hospitalização em setor privado e em quarto particular". Ainda na França, FRANÇOIS COULBAULT, CONSTANT ELIASBERG e MICHEL LATRASSE (ob. cit., p. 301 e s.) apresentam as características do chamado "o seguro complementar saúde", pelo qual a seguradora "reembolsa total ou parcialmente os custos médicos a cargo do seguro social, quer dizer: o ticket moderador; os excessos de custos ou de tarifa; as despesas de diárias de hospitalização; o quarto particular e outros custos ligados à hospitalização. a) *A garantia de despesas de cuidados: reembolso limitado.* Os mecanismos de garantias variam segundo os contratos e segundo os seguradores. Uma garantia frequentemente praticada consiste em manter em responsabilidade as despesas de saúde em complemento aos regimes sociais no limite de um percentual do ticket moderador fixado no contrato, por exemplo, 150% do ticket moderador. Com efeito, a garantia limitada ao ticket moderador pode se ter insuficiente levando em conta excedentes de tarifas do regime obrigatório de seguridade social. Para certas despesas de saúde, um reembolso condicionado pode ser previsto; ele é geralmente assim para: os custos de ótica; armações, lentes, lentes de contato; os custos de curas termais; os custos de prótese dentária. Em todas essas hipóteses, o reembolso não pode em nenhum caso superar a diferença entre o montante da despesa real e os reembolsos dos organismos sociais. b) *A garantia de custos de tratamentos: reembolso dos custos reais.* Certos contratos preveem o reembolso dos custos reais diminuídos de reembolso dos organismos sociais; essa fórmula é entretanto geralmente limitada à garantia dos custos farmacêuticos. Para os outros custos que seriam reembolsados por essa fórmula, é necessariamente limitado a um montante máximo por ano de seguro. c) *A garantia hospitalização.* Essa garantia pode ser proposta como opção nos contratos 'livres de custos' ou pode ser proposta em um contrato autônomo, 'hospitalização'. E nessa última hipótese as garantias são mais extensas. Poderia ser levada em conta ao título da garantia 'hospitalização': a indenização diária no caso de hospitalização; os custos suplementares para quarto individual; uma indenização diária condicionada à duração da hospitalização e para uma duração máxima prevista no contrato; os custos de hospitalização em domicílio".

Não contando o Poder Público com as condições necessárias para adotar ou para manter o monopólio das intervenções destinadas à preservação ou à recuperação da saúde – ainda que se constituísse tal objetivo numa pretensão que por muito tempo seduziu os dirigentes de inúmeros países –, a solução realista foi a de admitir como legítima e mesmo necessária a participação de empresas privadas nesse ramo de atividade econômica, empresas essas que se dispõem a realizar as prestações próprias ao *direito à saúde* com objetivos de lucro ou, pelo menos, a partir de contornos que atentem para certa *economicidade* entre meios e resultados, situação que foi paulatinamente admitida na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos⁶⁰.

⁶⁰ Nesse sentido, referindo-se à realidade francesa, YVONNE LAMBERT-FAIVRE (ob. cit.; p. 834) esclarece, quanto ao dito *seguro complementar de doença*, que "os problemas financeiros e os desequilíbrios às vezes estruturais (demográficos) e conjunturais (situação econômica, desemprego) que afetam de maneira estrutural a Seguridade Social mantêm na ordem do dia o estudo de modalidades complementares de previdência, notadamente para a doença e invalidez. A Seguridade Social francesa passava recentemente como uma das melhores do mundo; ela tornou-se uma das de menor sucesso com um déficit mal administrado, uma 'dívida social' a ser ressarcida por um longo tempo e uma deficiente taxa de cobertura. O custo das despesas de saúde aumenta mais rápido que o PIB, com o desenvolvimento de técnicas médicas custosas, a demanda aumentada de bem-estar e o envelhecimento da população. O equilíbrio financeiro dos regimes de Seguridade Social é de agora em diante mantido por uma alta das contribuições que atingiu um para-choque psicológico e econômico, e uma baixa das prestações de base, ou se traduz pelo aumento da parte dos interesses de saúde não coletivizada, mas levada em conta pelo orçamento das famílias. Ademais, o seguro complementar de doença, ainda que pouco desenvolvido na França, é suscetível de ter um aumento rápido". Deve ser destacado que o nosso STJ já teve a oportunidade de se manifestar sobre essa questão, o que fez no sentido do reconhecimento da necessidade de manutenção do equilíbrio financeiro dos contratos de planos de saúde, de acordo com os termos da seguinte ementa: "constitui dever do Estado proporcionar amplo e eficaz atendimento à população na área da saúde, nos termos e na forma estabelecida na legislação em vigor, custeada por intermédio de impostos e contribuições fiscais. De outra parte, a seguridade privada, proporcionada mediante participação voluntária em planos de saúde oferecidos pela rede particular, há que se conformar às regras do contrato, porquanto tais serviços são resultado de uma contraprestação financeira necessária ao equilíbrio econômico da avença, viabilizadora da própria higidez e continuidade da assistência em comento. Destarte, salvo as hipóteses expressamente vedadas em lei ou regulamentos baixados para o setor, à época da contratação inexistentes a respeito, válidas são as limitações impostas nos contratos aos limites de internação, se a opção espontânea do contratante se fez por plano de menor custeio, em comparação com outros, da mesma ou de outras entidades, mais abrangentes. Recurso especial conhecido pela divergência e provido (4ª T., REsp 242.550/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, rel. p/ o acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, j. 2-3-2000, DJ 18-2-2002, p. 449)".

A justificativa racional da contratação de seguros ou de planos de saúde funda-se também no seu chamado caráter *mutualístico*, ou seja, aquele que almeja a dispersão dos custos dos eventos ocasionais de tratamentos médicos para um grupo considerável de pessoas, como ocorre em planos de previdência pública ou privada, nos pecúlios etc.⁶¹.

Como destaca José Reinaldo de Lima Lopes,⁶² uma das funções precípuas da seguradora “é também gerir o fundo de tal modo a permitir sua permanente solvabilidade e liquidez”.

De fato, uma das condições entendidas como fundamentais para a efetiva realização dos propósitos securitários é a de que as empresas que assumam a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos disponham, concretamente, de capacidade financeira para a assunção eficaz das responsabilidades que lhes são atribuídas⁶³. A aferição e a fiscalização dessa capacidade cabem,

⁶¹ Conforme esclarece CELSO MARCELO DE OLIVEIRA (ob. cit., p. 11-12), “entendido como técnica de transferência, o seguro é um sistema que permite a uma pessoa, família ou empresa, transferir as consequências financeiras de uma perda para uma companhia de seguros, a qual, por sua vez, indeniza o segurado pelos prejuízos sofridos (desde que cobertos no contrato), e distribui os custos entre todos os segurados”. Também para JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES (*Saúde e responsabilidade*, cit., p. 32), “a mutualidade é que permite simultaneamente introduzir o risco em um certo grupo (e, pois, pulverizá-lo), e individualizar as relações entre segurador e segurado”. Destacando, ainda, as mesmas características de intermediação e, em especial, do princípio mutualístico, LINNEU RODRIGUES DE CARVALHO SOBRINHO (ob. cit., p. 5) destaca que “os seguradores ou administradores de planos de saúde funcionam como intermediários e gestores. Possuem função distributiva, alocando a cada consumidor parte suficiente da receita capaz de cobrir os riscos contratados. Possuem o caráter de mutualidade, no sentido de solidariedade, dependendo da coletividade na constituição de um fundo, sem o qual não assumiriam os riscos, e lhes permite, simultaneamente, individualizar as relações com os consumidores. É essa ideia de dispersão dos prejuízos que tem causado, no Brasil como em outros países, a orientação das empresas de seguro no sentido de buscar a contratação de um grupo de pessoas, mais do que a contratação individual”. Esse caráter é também apontado por CHANTAL RUSSO (ob. cit., p. 5), ao destacar que “a socialização é realizada pela aparição de procedimentos de reparação independentes da responsabilidade civil que organiza a diluição dos riscos sobre uma vasta mutualidade. A socialização visa a repercutir a carga da reparação sobre o maior número. O sistema de seguridade social representa o arquétipo da socialização”. Também na França, YVONNE LAMBERT-FAIVRE (ob. cit., p. 838) destaca que, “atualmente, as garantias de seguro-doença são na maior parte subscritas em seguros de grupos, no âmbito das empresas, mais que nos contratos individuais”, realidade que está se mostrando presente também entre nós, no Brasil.

⁶² Ob. cit., p. 32.

⁶³ A questão de capacidade patrimonial e solvência das seguradoras é, de fato, essencial. PAOLOEFISIO CORRIAS (ob. cit., p. 103 e s.), sobre esse tema, esclarece que, “para exprimir uma opinião meditada sobre a natureza da posição ativa do segurado cor-

em princípio, ao Estado e devem ser realizadas com crescente cuidado, pois se trata de ramo de atividade que vem sofrendo, de maneira generalizada, uma crise já duradoura⁶⁴.

respondente ao dever da seguradora de salvaguardar a própria capacidade patrimonial e, assim, identificar em qual relação coloca-se o interesse à solidez da empresa, em relação ao núcleo fundamental de interesses que o esquema securitário visa realizar, ocorre, pois, esforçar-se a investigar em profundidade os caracteres funcionais e estruturais da figura. Tal exame minucioso, de fato, permitiu excluir que no atual aspecto normativo setorial possam ser entendidos equivalentes a solidez financeira da empresa e o recebimento da assim denominada técnica assegurativa – fundada sobre a ‘colheita’ dos riscos homogêneos e sobre a ‘repartição’ dos mesmos entre os segurados segundo critérios estatístico-atuariais que permitem chegar à eliminação dos mesmos. Isso é demonstrado, entre outros, pelo relevo sempre maior que está assumindo, no âmbito do sistema abrangente predisposto para garantir a solidez patrimonial da empresa de securitização, a margem de solvência, ou seja, uma técnica que, como dito, é inspirada em uma lógica diferente daquela da estrita correlação entre os meios fornecidos pelos segurados (com o pagamento dos prêmios) e a constituição dos recursos da empresa por um lado, e da rígida destinação desta última à garantia das razões creditórias dos próprios segurados, de outro”. JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES (ob. cit., p. 32-33), por sua vez, ressalta que, “tratando-se de uma empresa capitalista, sua função é também gerar lucro para distribuí-lo aos sócios ou acionistas. Vê-se, portanto, que uma empresa de saúde e uma seguradora têm que constituir um fundo comum com recursos alheios. Assim, o capital propriamente dito da seguradora ou da administradora do plano de saúde é muito limitado com relação ao seu patrimônio, que se constitui sobretudo por aportes de terceiros. Há, neste aspecto, notável proximidade com a atividade de intermediação financeira, pois a seguradora é fundamentalmente uma intermediária de recursos financeiros”. Também no Brasil e a partir da intervenção e fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), muitas empresas estão deixando o mercado de planos e seguros-saúde, justamente pela demonstração de incapacidade no atendimento de níveis mínimos de solvência, exigidos pelo órgão regulador, situação elucidativa da crise por que passa o setor, em nosso sistema.

⁶⁴ A crise apontada parece ser, de fato, comum a diversos países. RICCARDO LAMPERTI (*Riflessi assicurativi della responsabilità sanitaria: il punto di vista dell'ania*, p. 249 e s.) aponta que “o mercado securitário italiano há alguns anos apresenta um andamento preocupante no específico ramo da responsabilidade civil geral, em termos de rentabilidade. Os dados de balanço das companhias mostram como as primeiras 19 companhias, representando quase 80% do mercado integral, têm um resultado técnico industrial negativo derivado do contínuo crescimento dos sinistros, seja em termos de frequência, bem como de custo médio. Analisando mais de perto o fenômeno, encontra-se como a incidência dos sinistros seria particularmente agravada pelos danos à pessoa, pelos quais a valoração do dano biológico em acréscimo ao dano patrimonial e moral já alcançou níveis elevadíssimos de ressarcimento mais frequentes que para os danos a coisas. Entre os setores de atividade do ramo que estão mais expostos a este andamento negativo (os infortúnios no trabalho, os danos pelo vício

2.5 O contrato de *plano de saúde*

Ao lado da figura dos *seguros-saúde*, coloca-se, em nosso ordenamento jurídico, outra forma de contratação que visa à consecução de objetivos semelhantes, que é aquela dos assim denominados *planos de saúde*.

Com a celebração dessa modalidade de contratos, o consumidor, mediante o pagamento antecipado e periódico de um determinado preço, obtém de uma empresa a contraprestação consistente na realização de deter-

do produto, os danos derivados da atividade industrial), aquele da responsabilidade civil médica é por grande margem o mais atingido. Pode-se afirmar que o mero compartilhamento dos riscos sanitários (ASL, hospitais, clínicas e médicos profissionais) determina em boa parte o andamento negativo de todo o mercado securitário do seguro de Responsabilidade Civil Geral". Também na França os problemas existem. Segundo CHANTAL RUSSO (ob. cit., p. 2 e s.), "os profissionais do seguro invocam a incapacidade financeira do seguro de responsabilidade para satisfazer às necessidades atuais da reparação. Por que continuar a se apegar ao conceito de responsabilidade, interrogam-se eles, uma vez que as vítimas antes de tudo visam à segurança de uma indenização rápida e equitativa? O contencioso enquadrado pela reparação de danos corporais satura as jurisdições e contribui a abalar a teoria clássica do seguro de responsabilidade. Concretamente, trata-se de abandonar o recurso ao seguro de responsabilidade para substituí-lo pelo seguro direto, que será largamente difundido, até mesmo obrigatório. Eles opõem assim a segurança e a racionalidade do seguro direto da última à insegurança jurídica resultante do seguro de responsabilidade. A insegurança jurídica, contra a qual protestam as seguradoras, resulta principalmente da evolução da jurisprudência. Um magistrado, com efeito, constatou que a jurisprudência em matéria de seguros de responsabilidade é 'inspirada por uma ideia comum (...) que repousa sobre uma convicção e sobre uma constatação. A convicção é que é necessário que, em toda sociedade humana, existam regras de responsabilidade e regras de responsabilidade que sejam eficazes. O direito da responsabilidade (...) tem por objetivo estabelecer os equilíbrios rompidos; ele faz parte do pacto social (...). A constatação é que não há mais em nossos dias regras de responsabilidade eficazes sem seguro (...), impõe pois um seguro que seja igualmente eficaz'. Assim, fazer evoluir as regras de responsabilidade e assegurar a efetividade da garantia do seguro tornaram-se um objetivo permanente da jurisprudência. E é essa orientação jurisprudencial que denunciam as seguradoras, uma vez que ela cria, segundo eles, uma instabilidade incompatível com as exigências ligadas à operação de seguro. Essa reivindicação da segurança jurídica, quer dizer, das regras de responsabilidade estáveis e claramente estabelecidas, a fim de poder definir previamente os contornos do risco e fixar um prêmio adequado, é uma constante quanto às seguradoras. Ou o princípio da mutabilidade jurídica (...), segundo o qual o direito aplicado deve se adaptar às evoluções, e pode ser tão importante quanto o princípio da segurança jurídica".

minados tratamentos e atendimentos médicos, hospitalares e laboratoriais, a serem realizados por seus prepostos⁶⁵.

A distinção mais marcante entre essa modalidade de contrato e aquela do seguro é, portanto, que em vez do reembolso de serviços a ser prestado por terceiros, a própria empresa de planos de saúde assumirá, por meio dos profissionais e dos recursos hospitalares e laboratoriais por ela credenciados e que com ela mantêm vínculos duradouros e efetivos, a obrigação de prestar os serviços necessários e pretendidos pelo consumidor.

Contudo, na prática há uma enorme aproximação entre tais modalidades de contratos, uma vez que é usual que as empresas de seguro-saúde indiquem, normalmente, uma lista de médicos, hospitais e laboratórios que a ela estão vinculados de modo permanente – e com os quais consegue preestabelecer custos e remunerações – e os quais remunera diretamente pelos serviços prestados diretamente, sem que ocorra o suposto reembolso dos segurados por pagamentos inicialmente feitos aos prestadores de serviços, agindo de modo análogo, neste ponto, ao que realizam as empresas de planos de saúde.

Por outro lado, também essas mesmas empresas de planos de saúde usualmente admitem, além da utilização de recursos que lhes sejam efetivamente próprios, outros que por elas tenham sido credenciados, e ainda outros não previamente indicados, em relação aos quais realizam, de modo total ou parcial, mero reembolso aos seus contratantes das despesas havidas com o atendimento prestado, agindo tal como se fossem, em realidade, verdadeiras seguradoras.

Inclusive, essa proximidade entre as duas modalidades de contratos foi, de certa forma, reconhecida nos próprios termos da atual lei brasileira, em que ambos os tipos de empresas – seguradoras e de planos de saúde – foram tidas como *operadoras*, indistintamente⁶⁶.

⁶⁵ ADALBERTO PASQUALOTTO (ob. cit., p. 42) esclarece que "operadoras de planos privados de assistência à saúde são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade de forma societária, que prestam serviços próprios ou através de terceiros, mediante contraprestações pecuniárias".

⁶⁶ De acordo com JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES (ob. cit., p. 31), "os planos de saúde, mesmo que se considerem diferentes do contrato de seguro, são muito próximos a eles e funcionam de modo semelhante. Uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos. Logo, o que está em jogo em primeiro lugar é a constituição destes fundos e sua distribuição. Ao contrário de uma empresa comercial comum, a empresa de saúde não oferece à venda mercadorias a um público que tem com ela relações episódicas. As relações não *one shot*, como diz de modo feliz a expressão inglesa". LINNEU RODRIGUES DE CARVALHO SOBRINHO

De toda forma, a prestação de serviços médicos, atualmente, é em grande parte realizada mediante a celebração desses contratos de seguros-saúde e de planos de saúde, os quais, adotando a configuração de verdadeiros e próprios *contratos de adesão*, devem ser também apreciados sob as perspectivas próprias a essas modalidades de negócios jurídicos.

(ob. cit., p. 4) destaca que “ambas perseguem o mesmo objetivo: segurança e proteção para prováveis riscos à saúde, mediante o pagamento de um valor mensal”. Também ADALBERTO PASQUALOTTO (ob. cit., p. 42 e s.) ressalta que “o art. 2º permite aos operadores do sistema alternativas de cumprimento de suas obrigações. Os planos poderão manter serviços próprios de assistência à saúde, ou contratar ou credenciar serviços de terceiros, reembolsando o beneficiário das despesas feitas, e as seguradoras poderão reembolsar o segurado ou pagar por ordem e conta deste diretamente aos prestadores de serviços”.

Capítulo 3

OS CONTRATOS DE ADESÃO NO DIREITO À SAÚDE

3.1 A importância do modelo da contratação por adesão no direito à saúde

No caso das avenças vinculadas ao chamado *direito à saúde*, já foi destacada a necessidade de se superar da tendência de recondução dos contratos aos limites inelásticos das concepções tradicionais e que originalmente deram os fundamentos às chamadas *teorias unitárias*.

Com efeito, alguns dos postulados fundamentais da visão clássica acerca dos contratos, tais como a livre negociação, a plena liberdade dos contratantes, as opções de não contratar etc., simplesmente não existem mais numa grande variedade de casos e de circunstâncias verificadas cotidianamente, tal como ocorre, por exemplo, no tocante aos contratos de seguro-saúde e de planos de saúde, já referidos nesta obra⁶⁷.

Na verdade, nos contratos de massa que estejam de alguma forma relacionados às prestações de serviços médicos ajustadas entre pessoas físicas ou jurídicas com operadoras de *planos de saúde* ou com *seguradoras*, a regra observada é a da utilização dos chamados *contratos-tipo*, feita mediante a adesão a cláusulas e disposições que são previamente formuladas pelas empresas que se oferecem para prestar ou para custear os serviços médicos e hospitalares que interessam ao consumidor.

A concretização de avenças dotadas de tais características exprime o desenvolvimento de um modelo de contratação distinto daquele ortodoxo, surgido principalmente a partir do momento em que a figura dos *serviços*

⁶⁷ Neste ponto, ALESSANDRO SOMMA (ob. cit., p. 5) ensina que “o contrato como ‘categoria geral’ constitui o ponto de chegada de reflexões tendentes a prescindir de cada possível conteúdo ou forma do ato. Essas reflexões conduzem à elaboração de uma *Teoria geral do contrato* no momento em que os pressupostos culturais que o sustentam residem no costume mental do jurista e a figura chega a compreender um elevado número de manifestações do fenômeno negocial. De tal modo essa se torna uma espécie de esquema paradigmático e termina por representar uma pluralidade de casos, referentes a uma disciplina peculiar e de difícil recondução a um esquema unitário”.

passou a predominar no sistema econômico que já há tempos caracteriza as sociedades contemporâneas.

Tal modelo surge, fundamentalmente e na prática, a partir de uma oferta ao público, uma verdadeira proposta, na qual se acha inserido um conjunto de cláusulas e disposições já preestabelecidas pela empresa de assistência à saúde, em que constarão os limites do atendimento, a forma de pagamento do preço, o prazo contratual, os períodos de carência e o sistema de reembolso, dentre outras.

Sendo tais negócios jurídicos dotados de características diversas das categorias tradicionais, as várias modalidades de contratos de adesão⁶⁸ vêm merecendo um regramento também diferenciado nos diversos ordenamentos e que carrega em si, especialmente, a imposição de limites à discricionariedade atribuída em favor do proponente e que é própria ao formato no qual se realiza a contratação⁶⁹.

⁶⁸ Sempre nos pareceu útil e adequada a distinção feita por ORLANDO GOMES (*Contratos*, p. 131-132) entre os contratos de adesão e os contratos por adesão. Segundo esclarecem as suas lições, “a situação de constrangimento que se cria para uma das partes é porque a outra desfruta de um monopólio de fato ou de direito, no exercício do qual os serviços que se propõe a prestar através de uma rede de contratos, de operações de massa, conservam a natureza de serviços prestados por particulares. Desde, pois, que o interessado não possa prescindir do serviço, nem se dirigir a outrem que o preste em condições diversas, é forçado a contratar com o monopolista. É pressuado, pois, do contrato de adesão o monopólio de fato, ou de direito, de uma das partes que elimina a concorrência para realizar o negócio jurídico. Se a situação não se configura deste modo, poderá haver contrato por adesão, jamais contrato de adesão”.

Desse modo, os planos e os seguros de saúde – na medida em que celebrados com empresas que não detêm o monopólio em seus campos de atuação – seriam, em verdade, contratos por adesão. Essa distinção, todavia, não foi reconhecida em nossas leis, que preferem usar, apenas e tão somente, a expressão contratos de adesão.

⁶⁹ No caso específico dos planos e seguros de saúde, isso ocorreu, em nosso ordenamento jurídico, com o advento da Lei 9.656/1998. ENZO ROPO (*Responsabilidade e culpa...*, p. 14) esclarece o movimento que leva da prevalência dos contratos típicos àqueles atípicos, sendo que esses, caso mostrem acrescida importância em virtude da evolução no cenário econômico que podem representar, acabam por se tornar, afinal eles também, típicos, ou seja, regulamentados no direito positivo: “o ‘tipo contratual’ corresponde a um ‘gênero de operação econômica’; o tipo ‘venda’ corresponde à troca entre a propriedade de uma coisa e uma soma em dinheiro; o tipo ‘locação’ à aquisição da disponibilidade material de uma coisa, por um dado tempo, contra o pagamento periódico de um aluguel; o tipo ‘sociedade’ à organização e ao encaminhamento de uma empresa coletiva; o tipo ‘mútuo’ a uma operação de financiamento de uma empresa coletiva; o tipo ‘contrato de trabalho’ à troca entre força-trabalho normal ou intelectual e um salário ou estipêndio periódico, e assim por diante. As operações econômicas mais importantes e mais difusas na prática – aquelas, realmente, mais ‘típicas’ – são

3.2 As condições gerais nos contratos médicos de adesão

Justamente nesse cenário é que surgem e proliferam as chamadas condições gerais dos contratos, “que constituem regulação contratual predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo uniforme, compulsório e inalterável a cada contrato de adesão que vier a ser concluído entre o predisponente e o respectivo aderente”⁷⁰.

levadas em consideração pela lei que dita para cada uma dessas um complexo de regras particulares: os tipos de contrato que correspondem dizem-se então ‘tipos legais’, realmente porque expressamente previstos, definidos e disciplinados pelo legislador (que, submetendo-as a uma certa regulamentação mais que a outra, predetermina a influência e orientação da dinâmica das operações econômicas que lhe correspondem, e de dar um determinado arranjo aos contrapostos interesses que aí resultem envolvidos). A operação lógica através da qual o intérprete – de frente a um específico, concreto, contrato – individua a qual tipo esse pertence define-se como ‘qualificação’. Os tipos legais, naturalmente, não são fixados de uma vez para todos. Em um dado momento histórico, a lei prevê e disciplina um certo número desses tipos sobre a base do reconhecimento de que as operações a que esses correspondem são socialmente úteis e meritórias de tutela jurídica; mas que, com a evolução das condições econômico-sociais, novas operações, novos gêneros de negócios diversos daqueles correspondentes aos tipos codificados podem emergir, para difusão e importância, nas práticas dos fluxos. Delineiam-se então com esses novos tipos contratuais, não contemplados expressamente pelo legislador e assim não elevados a ‘tipos legais’, mas de fato reconhecidos e correntemente empregados no contexto socio-econômico, e que se definem por isso ‘tipos sociais’: pensa-se, na experiência de hoje, no contrato de *leasing* ou no contrato de *factoring*, instrumentos importantíssimos da moderna organização do estabelecimento, e todavia não disciplinados em algum texto de lei. De regra ocorre que o legislador – antecipado pela realidade e pelas exigências da economia – termine por levar em conta ato *ex post* da existência de semelhantes ‘tipos sociais’, os juízes dignam de reconhecimento e tutela, e provêm primeiro ou depois a fazê-los objeto de específica regulamentação: quando isso ocorre, os ‘tipos sociais’ elevam-se a ‘tipos legais’ e a série desses últimos se enriquece”. Já a definição legal do contrato de adesão no ordenamento jurídico brasileiro surge no art. 54 da Lei 8.078, de 11-9-1990 (o Código do Consumidor brasileiro), compreendido como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou de serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

⁷⁰ Cf. PAULO LUIZ NETO LÔBO, *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, p. 24. Com efeito, o reconhecimento legal dessas cláusulas tornou-se uma necessidade, o que já se observa quando do surgimento do Código Civil italiano de 1942, o qual, segundo ELENA PODDIGHE (ob. cit., p. 5 e 29), reconheceu a necessidade de que fossem estabelecidas regras específicas nessa matéria. Segundo esclarece ainda PAULO LUIZ NETO LÔBO (ob. cit., p. 26), “as condições gerais ostentam as seguintes características, em suma: a) predisposição unilateral; b) generalidade e uniformidade; c) abstração; d) inalterabilidade; e) eficácia concreta dependente de integração; f) adesão do contrato individual. (...) Como características complementares, podemos anotar: a complexi-

Representa a necessidade de que sejam definidos e delimitados os perfis dessas *condições gerais da contratação* também o resultado da referida mutação dos mecanismos originalmente existentes de formação dos contratos, que deixou de ter na negociação individual o único modo possível ou mesmo preponderante para a sua realização, movimentando-se, ao contrário, no sentido da utilização cada vez mais comum de modelos que são, na realidade, pré-definidos por apenas uma das partes e assim padronizados justamente pela utilização de tais condições gerais, que é o que efetivamente ocorre nas hipóteses de contratação de assistência médica⁷¹.

Assim, com o uso das *condições gerais dos contratos*, cria-se o *todo*, exatamente o *contrato de adesão*, estabelecendo-se, entre os dois conceitos, uma relação “de conteúdo e continente, de matéria e instrumento de eficácia”,

dade técnica dos termos empregados; a difícil cognoscibilidade do conteúdo; a rapidez ou a instantaneidade das transações; e a necessidade de consumo dos destinatários. As condições gerais, além de redigidas, são predispostas prévia e unilateralmente. A redação, por si mesma, não faz existir o ato”. Já para CUSTÓDIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA (*Contrato de adesão*, p. 15 e s.), “há, de um lado, as condições gerais do contrato, preestabelecidas pela empresa, uniformes para todo e qualquer interessado e, de outro lado, um consumidor, um usuário de produtos ou serviços que dele necessita e que nada mais terá de fazer senão aderir às condições apresentadas se quiser contratar. A expressão ‘contrato de adesão’ resulta inicialmente do fato de que o que impressiona nessa figura, em relação à estrutura normal de um contrato, é a posição do aderente que não tem a possibilidade de discutir as cláusulas, até mesmo as que lhe sejam desfavoráveis, quer sejam ilegais, quer não, sob pena de ser excluído do círculo dos possíveis contratantes”. Por sua vez, ANTÔNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO (*Da boa fé no direito civil*, v. 1, p. 654) destaca que “as condições negociais gerais correspondem a um processo de formação negocial em que uma pessoa põe à aprovação de uma generalidade de outras um modelo contratual de que estas não se podem afastar, limitando-se a aceitar ou não. O recurso a condições negociais gerais utilizado, em regra, por entidades poderosas num prisma econômico e social, e, para mais, conhecedores profundos do direito e dos papéis desempenhados pelas diversas cláusulas, face a parceiros fracos e inexperientes, provoca injustiças que, desde cedo, levaram os tribunais a intervir. Essa intervenção, num primeiro tempo, cifrou-se em afastar as cláusulas mais gritantemente injustas quando, na celebração, o contratante débil já tivesse podido delas tomar conhecimento ou, numa evolução, delas não tivesse conhecido, materialmente ou no seu significado”. Justificando, ainda, a existência de tais regras como resposta efetiva a imposições da sociedade moderna, JESUS ALFARO AGUILA-REAL (*Las condiciones generales de la contratación*, p. 37) afirma que “a utilização de condições gerais responde a necessidades de racionalização da atividade contratual das empresas que não de se qualificar como legítimas”, ressaltando, todavia e com razão, que, “não obstante, as necessidades empresariais não justificam quaisquer condições gerais”.

⁷¹ É o que ocorre, portanto, nos contratos de prestação de serviços em massa, tal como o são, dentre outros, os planos de saúde.

sendo o contrato de adesão, exatamente, “o instrumento que concretiza os efeitos das condições gerais”⁷².

3.3 A necessidade do controle estatal

A existência de tais contratos-padrão ou *standard*, dando origem aos chamados *contratos⁷³ de adesão*, fundamenta duas espécies de juízos de valor aplicáveis ao campo do *direito à saúde*.

De um lado, revela-se a já mencionada necessidade de que o ordenamento garanta a indispensável proteção ao contratante que se encontra em

⁷² Cf. PAULO LUIZ NETO LÔBO, ob. cit., p. 38. Deve-se atentar, contudo e em conformidade com o autor, que “o contrato de adesão não contém apenas condições gerais. Pode haver cláusulas negociadas ponto por ponto e outras partes que compõem a declaração comum das partes contratantes. As cláusulas datilografadas em contrato impresso e padronizado são particulares e têm preferência em relação às condições gerais”.

⁷³ Diga-se, desde logo, que a própria natureza efetivamente contratual desses ajustes foi já investigada e acabou por prevalecer em relação às outras hipóteses aventadas. Como elucida ANA PRATA (*Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 322), “as dúvidas quanto ao consentimento do aderente constituem tradicional problemática específica dos contratos de adesão, estando desde logo na origem da sua designação, atribuída a Saleilles, e investindo a respectiva construção conceitual. Embora a discussão se encontre, hoje, de algum modo, encerrada, com o prevalecimento das teses contratualistas, a verdade é que a questão teórica central neste domínio foi, por muito tempo, a da correta concepção e qualificação dos contratos de adesão, pretendendo uns que se tratava de uma ‘operação regulamentária’, consistente na criação de um estatuto por um sujeito privado, ao qual a vontade dos outros sujeitos se vinha a submeter, e sustentando outros que nestes contratos era identificável um elemento contratual a par de um elemento regulamentar. Finalmente, a ideia de que a *adesão* consubstancia, juridicamente, uma aceitação contratual, só analisável com os comuns instrumentos de que nesta matéria o jurista dispõe para apreciar a sua voluntariedade e liberdade, veio a prevalecer”. Também de acordo com CARLOS ALBERTO BITTAR, ARY BARBOSA GARCIA JÚNIOR e GUILHERME FERNANDES NETO (*Os contratos de adesão e o controle das cláusulas abusivas*, p. 119), “as conclusões principais a que se pode chegar nessa matéria são: a) que a contratação por adesão é técnica ora admitida no mundo jurídico; b) não elide a existência de contrato, porque também se caracteriza pela convergência de declarações negociais; c) as cláusulas excedentes aos limites da autotutela, que na proposta à adesão se contém, devem, como abusivas, ser sancionadas juridicamente; d) o princípio da autonomia da vontade, inobstante a intervenção do Estado e a ação dos disponentes, continua a prosperar, ilimitado por interesses gerais da coletividade (portanto com redução de seu espectro); e) o contrato continua, embora sob feições várias, sendo a fórmula jurídica aplicável no mundo negocial”.

posição mais frágil, que é assim frequentemente induzido a aceitar a adesão a modelos contratuais, no todo ou em parte, que não atendem aos seus reais interesses e que são impermeáveis a qualquer alteração que se pretenda fazer a respeito do conteúdo de suas cláusulas ou mesmo no sentido de meramente possibilitar uma mais aprofundada compreensão sobre o alcance das suas disposições e consequências⁷⁴.

Nesse sentido, a questão referente à liberdade de contratar e à evidente conformação dessa liberdade às características próprias ao *contrato de adesão* aparece como algo digno de justificar a específica atenção do legislador e, mais amplamente, a concreta intervenção estatal nesse cenário⁷⁵.

⁷⁴ Ainda segundo CARLOS ALBERTO BITTAR et al. (ob. cit., p. 115), "a economia do contrato sofre, de há muito, o desequilíbrio gerado pela ausência de mecanismos eficientes de defesa do consumidor, fenômeno que decorre, principalmente, da defasagem entre a realidade negocial e o direito legislado e a proliferação de contratos de adesão, em que os disponentes promovem a autotutela de seus interesses, às vezes com cláusulas desfavoráveis aos consumidores". Justamente, a questão da publicidade é um capítulo à parte e que deve também merecer a necessária atenção, tanto do legislador quanto do intérprete. Sobre esse ponto, GIUSEPPE ROSSI (*La pubblicità dannosa*, p. 1 e s.) indica que, "entre os fenômenos caracterizadores da economia contemporânea, a publicidade comercial, enquanto atividade do empresário suscetível de causar danos a terceiros, encontra em nosso ordenamento disciplina através de um processo de interação entre fatores indicados por fases alternadas, em geral corolários de mais amplas orientações de política do direito no tema da responsabilidade do empresário em confronto daqueles cujas situações jurídicas subjetivas possam resultar prejudicadas pela atividade da empresa: vale dizer, em primeiro lugar consumidores e concorrentes, mas também terceiros com cuja esfera jurídica a atividade do empresário de alguma forma interfere, mesmo sem que esses compitam com aqueles, ou mesmo lhe adquiram os produtos ou os serviços. Analogamente, por exemplo, ao problema da responsabilidade do produto, com o qual apresenta vínculos estreitos e conjuntamente ao qual é frequentemente afrontada pela doutrina, a questão da repressão do dano causado pela publicidade atravessou momentos de extrema tolerância nos confrontos de autores de atos publicitários suscetíveis de ofender direitos de terceiros, alternados por intervenções de partes significativas pelos produtos doutrinários e jurisprudenciais, coroados por vários sucessos voltados a uma mutação da disciplina, sobretudo para o fim de evitar que a imunidade da responsabilidade concedida ao empresário permitisse a esse realizar manifestações negativas para os concorrentes, os consumidores, ou para a eficiência alocativa do sistema em seu complexo".

⁷⁵ No âmbito, por exemplo, da União Europeia, esclarece ALMENO DE SÁ (*Cláusulas contratuais gerais e directivas sobre cláusulas abusivas*, p. 13-14) que "a diretiva comunitária sobre cláusulas abusivas veio impor aos Estados-membros uma particular lógica de sindicância relativamente aos contratos celebrados entre profissionais e consumidores". Sobre o mesmo tema, ELENA Poddighe (ob. cit., p. 8) esclarece que "a esperada reforma dos instrumentos de tutela do sujeito débil da relação contratual, que vem já identificado no consumidor, vem proposta não apenas com a urgente necessidade

Com efeito, reconhecida a ostensiva desigualdade entre as partes, tanto do ponto de vista das vantagens técnicas do proponente – decorrentes da formulação prévia das cláusulas contratuais – como, no mais das vezes, também da perspectiva concernente ao distinto poderio econômico dos contratantes, tal desequilíbrio deve ser necessariamente enfrentado por uma legislação que de algum modo se mostre apta a realizar as necessárias compensações em prol do consumidor, presumidamente detentor de menores condições econômicas e de restrito acesso à informação, no âmbito da relação contratual⁷⁶.

Assim, admite-se que, nessa modalidade de contratos, não se pode prescindir de eficaz fiscalização e de competente intervenção estatal para criar, no ambiente de relações jurídicas de natureza privada – estabelecidas entre uma empresa vinculada à assistência médica, de um lado, e o consumidor-aderente, de outro –, regras que, de maneira obrigatória, imponham o restabelecimento do equilíbrio desejável e que garantam o respeito aos direitos básicos do consumidor⁷⁷.

de um preceito legislativo em sentido reformador, mas também mediante a adoção de soluções interpretativas voltadas a atribuir maior relevo às normas ditadas no tema da correção e da boa-fé. Todavia, não obstante numerosos países europeus estivessem alinhados às instâncias recentemente emersas mediante a emanação de leis de tutela do consumidor (Lei sueca de 1977, Lei inglesa de 1977 e francesa de 1978), não apenas o legislador italiano mantinha-se absolutamente indiferente, mas também a jurisprudência evitava assumir qualquer iniciativa no sentido de uma maior abertura a um controle de caráter substancial das condições gerais do contrato e parte da doutrina manifestava as próprias perplexidades de ordem a uma semelhante intervenção reformadora".

⁷⁶ Como bem ressalta ENZO ROPPO (*O contrato*, p. 311), "os processos de objetivação do contrato determinaram – como se viu – uma erosão do papel da vontade, entendida em sentido psicológico, mas não atingiram o núcleo essencial das prerrogativas da autonomia privada, não implicaram, de *per se*, uma restrição da liberdade econômica dos operadores, limitando, antes, a adequar as suas formas de exercício para torná-las mais funcionais às novas condições do mercado capitalista. Mas a evolução do instituto contratual registra, outrossim, fenômenos muito mais relevantes, que refletem verdadeiras e próprias restrições da liberdade contratual, limitações substanciais do autônomo poder de decidir e desenvolver, sob a forma de contrato, as iniciativas econômicas sugeridas pelas consequências de mercado".

⁷⁷ Neste ponto, a Lei brasileira 9.656, de 3-6-1998, que regula a atividade das empresas de direito privado que operam planos de assistência à saúde – na modalidade de seguro ou de propriamente ditos *planos de saúde* –, estabelece inúmeras regras que deverão constar, necessariamente, dos contratos celebrados, as quais, por exemplo, impedem a exclusão, no atendimento prestado, de determinados procedimentos (arts. 10 e 12); a rescisão unilateral do contrato, a cargo da operadora (art. 35-E);

Por outro lado, cumpre também reconhecer que a utilização de modelos contratuais padronizados permite que a atividade empresarial se realize com a agilidade que dela hoje se espera, uma vez que assim são viabilizadas a uniformidade de conteúdo e a rapidez na estipulação e na celebração dos negócios,⁷⁸ dentre outras qualidades desejáveis⁷⁹.

aumentos de mensalidades impostos unilateralmente (art. 15); a negativa da contratação por motivos de idade ou de moléstias preexistentes (art. 14).

⁷⁸ Posição essa que é reforçada pelas lições de ELENA Poddighe (ob. cit., p. 6), para quem “a uniformização e estandarização dos contratos, generalizando-lhe o conteúdo, permitem ademais uma notável redução dos custos que a empresa deve suportar, seja na fase anterior à conclusão do contrato – enquanto evita a complexidade e a lentidão das tratativas negociais –, seja na fase da execução que, dado de relevo não menor, no eventual momento patológico do próprio contrato, permitem a uniformização do contencioso e das relativas modalidades resolutivas”. Também ENZO ROPPO (I *contratti standard*, in: *Casi e questioni di diritto privato – Obbligazioni e contratti*, v. 5, p. 240 e s.) destaca que, “nas análises dedicadas ao contrato na sociedade contemporânea, é já quase um lugar-comum indicar nos contratos *standard* um fenômeno através do qual se consomem hoje algumas das mais significativas e graves formas de restrição da liberdade contratual. O fenômeno consiste nisto: quem, pela própria posição e pela própria atividade econômica, encontra-se a dever estabelecer uma série indefinida de relações de negócios homogêneas pelo seu conteúdo, com uma série à sua volta indefinida de contrapartes, predispõe em antecipação um esquema contratual, um complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações da série, que vêm assim sujeitadas a uma mesma regulamentação; aqueles, vice-versa, os quais desejam entrar em relação de negócios com o proponente para adquirir os bens ou os serviços oferecidos por este, não discutem nem contratam singularmente os termos e as condições de cada operação e portanto as cláusulas do relativo contrato, mas sim limitam a aceitar em bloco (frequentemente sem nem mesmo conhecê-los completamente) as cláusulas unilateralmente e uniformemente predispostas pela contraparte, assumindo de tal modo um papel de simples aderentes (fala-se, de fato, também em contratos por adesão). O instrumento do contrato *standard* pode ser utilizado também para negócios que não impliquem a participação de uma empresa: basta pensar o emprego difundido que, na forma dos ‘módulos’ de locação predispostos, faz-se para regular as relações entre locadores e locatários de apartamentos. Mas à parte este exemplo, não é fácil imaginar operações contratuais concluídas sobre a base de condições gerais, formulários ou módulos *standards* nos quais ao menos um dos contratantes não seja empresário; a realidade é que as técnicas de contratação estandarizada refletem de modo como que exclusivo a organização empresarial e a sua presença no mercado. Isso se desenvolve de resto de modo ágil, se se consideram as vantagens que o uso generalizado das condições uniformes do contrato oferecem, em termos de relevante ‘economia de gestão’, aos operadores organizados em forma de empresa, e que indiscutivelmente fazem das técnicas de contratação estandarizada um importante fator de racionalidade da atuação empresarial”.

⁷⁹ Nesse sentido, o STJ já afirmou que “os contratos de adesão são permitidos em lei. O Código de Defesa do Consumidor impõe, tão somente, que ‘as cláusulas que im-

A questão referente à facilitação da contratação – criando-se os meios necessários para que ela se realize na intensidade e velocidade pretendidas – tornou-se objetivo do sistema contratual. Assim,

valorizando o contexto econômico e social em que operam as partes, o direito privado atual não se limita a considerar os contratantes como centros de imputações de genéricos interesses juridicamente relevantes. As normas são agora referidas aos protagonistas do ciclo produtivo, em particular aos destinatários finais dos bens e aos usuários dos serviços. A nova abordagem consolida-se através da prática aplicativa, que utiliza para tal formalidade algumas das disposições pensadas para o sujeito único de direito⁸⁰.

Ora, de acordo com Custódio da Piedade Ubaldino Miranda,⁸¹ em lições que nos interessam em particular quando aplicadas ao *direito à saúde*, a utilização dos contratos padronizados surgiu justamente nas avenças que tinham por conteúdo a prestação de

serviços, antes que os produtos industriais: os contratos de transporte, de que foram pioneiras as redes ferroviárias e as linhas de navegação; os contratos de seguro, que pressupõem uma homogeneidade dos riscos assumidos pelas companhias seguradoras; os contratos bancários, à medida que os respectivos estabelecimentos oferecem, por sua vez, *produtos e serviços* em bases similares, diferenciando-se apenas (quantitativamente e não qualitativamente) pelas exigências da concorrência; as próprias relações laborais, caracterizadas pela rigidez e pela uniformidade das condições estabelecidas com os trabalhadores das mesmas categorias, estas no âmbito interno da empresa, ao contrário daquelas outras, que se estabelecem com a grande massa dos usuários desses serviços ou produtos⁸².

Portanto, ao avaliarmos hoje a ideia dessa modalidade de prestações vinculadas ao *direito à saúde*, estaremos pensando, fundamentalmente, nas questões referentes à celebração de contratos de adesão, nos quais estão contidas cláusulas gerais variadas, dentre as quais algumas que foram impostas por determinações oriundas de normas legais expressas e que estabelecem, por exemplo, a nulidade de disposições entendidas

pliquem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão’. Destarte, ainda que se deva, em princípio, dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusula expressa e de fácil verificação, tenha sido excluída do contrato. Recurso não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia” (3ª T., REsp 319.707/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ o acórdão Min. Castro Filho, j. 7-11-2002, DJ 28-4-2003, p. 198).

⁸⁰ Cf. ALESSANDRO SOMMA, ob. cit., p. 428.

⁸¹ Ob. cit., p. 15.

⁸² CUSTÓDIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, ob. cit., p. 15.

como abusivas ou que identificam o conteúdo mínimo e inalterável que deverá estar sempre presente em contratos ajustados sob tal formato⁸³.

Naturalmente é como ocorre usualmente nas situações em que se facilita a intervenção estatal no domínio econômico, pode-se perder a medida do que seria o adequado, gerando-se, pelo excesso, distorções a respeito das providências eficazes e que seriam suficientes para a correta concretização do equilíbrio entre os contratantes. Quando ocorre esse erro na dosagem da intervenção, corre-se o perigo de gerar uma indevida e indesejada imposição de ônus às empresas prestadoras de serviços ou aos próprios consumidores envolvidos.

Tal risco impõe uma permanente atenção do legislador e do aplicador da lei, que deverão calibrar adequadamente a intensidade do dirigismo contratual suportável nesses casos, afastando as tentações paternalistas e compreendendo esse controle como uma efetiva e real exceção ao princípio da livre iniciativa e da liberdade de contratar, regra que vigora também no âmbito dos *contratos de adesão* e, em especial, naqueles vinculados ao *direito à saúde*.

⁸³ A Lei brasileira 9.656/1998, por exemplo, em seus arts. 10 e s., dispõe sobre os contratos com operadoras de planos de saúde, na modalidade empresas prestadoras de serviços, seguradoras, cooperativas médicas e empresas de autogestão, todas elas colocadas, hoje e como já mencionado, sobre a comum denominação *operadoras*.

Capítulo 4

OS CONTRATOS MÉDICOS E O CONSUMIDOR

4.1 Os contratos médicos como expressão de uma *relação de consumo*

O *direito à saúde* representa matéria em que a proteção à assim chamada *confiança legítima* encontra campo fértil para se consolidar.

Essa situação decorre do fato de se encontrarem, neste ramo do direito, algumas das mais típicas *relações de consumo*. É, ademais e como já referido, um ambiente propício para o surgimento de contratações padronizadas. Tais motivos serviram, sem dúvida, para que fossem reforçados os esforços dirigidos à consolidação do específico conceito do *consentimento informado*, compreendido como um princípio que visa proteger o paciente – tal como o destinatário final de serviços altamente técnicos – da passividade que em regra qualifica a sua posição contratual⁸⁴.

O que, pois, representaria essa *confiança legítima*, a ser identificada também no *direito à saúde*? Segundo Sylvia Calmes, tal princípio

significa que o indivíduo deve poder evoluir num meio jurídico estável e previsível, no qual ele possa ter confiança. A proteção da confiança, tal como princípio geral da ordem jurídica, significa que certas expectativas que são suscitadas por um sujeito de direito em razão de um comportamento determinado em relação a um outro sujeito de direito, ou da comunidade jurídica em seu conjunto, produzam seus efeitos jurídicos⁸⁵.

Como acresce Alessandro Somma,

⁸⁴ Sobre esse tema, afirma ALFREDO JORGE KRAUT (ob. cit., p. 149-150) que “o segundo princípio legal que subsiste na doutrina do consentimento informado é a relação de confiança (dever de boa-fé): o paciente deposita sua confiança na idoneidade profissional do médico, que assume o dever assessorio de revelar todas as circunstâncias pertinentes”.

⁸⁵ *Du principe de protection de la confiance legitime en droit allemand, communautaire et français*, p. 31. Ainda sobre essa questão, de acordo com a perspectiva adotada na União Europeia, ALESSANDRO SOMMA (conf. ob. cit., p. 417 e s.) esclarece que lá prevaleceu, na interpretação dos contratos *standards*, a abordagem econômica.

a exaltação do perfil da confiança conduz a avistar a fonte do vínculo em uma previsão não pactuada, circunstância exemplificada, sobretudo, pela disciplina alemã da *culpa in contrahendo*. Por outro lado, a mesma fórmula cobre os casos em que o contrato brota da intenção das partes e apenas alguns aspectos do conteúdo devem-se a fontes heterônomas: como nas hipóteses em que é valorizado o perfil da troca e também naquele em que as referências à confiança são utilizadas para reconstituir a intenção presumida pelos contratantes. Ambas as hipóteses mencionadas são devidas a posturas que, com maior ou menor ênfase, valem-se do princípio da justiça contratual. Outra perspectiva, porém, parecem adotar algumas recentes tentativas de reservar o direito dos contratos à área apenas dos comportamentos em que a intenção das partes figura como razão primeira do vínculo. Estas tentativas introduzem a valorização do contrato como ato e, com essa, a recuperação da matriz formalista e individualista da matéria⁸⁶.

O princípio da *confiança legítima*⁸⁷ engloba, ademais, formulações atinentes à boa-fé subjetiva e objetiva,⁸⁸ além de caracterizar, de maneira intensa, as manifestações contratuais referentes ao *direito à saúde* que são, como dito e pela sua própria natureza, intimamente ligadas às *relações de consumo*⁸⁹.

⁸⁶ Cf. ob. cit., p. 427-428.

⁸⁷ Pensamos que as ideias relativas à formulação do conceito de confiança legítima surgem, fundamentalmente, de ideias que, na origem, se referem às ditas *obrigações naturais*, ou seja, aquelas obrigações jurídicas de algum modo imperfeitas, mas baseadas na moral e na ética. Nesse sentido, conferir MARIA ANTONIA CIOGIA (*L'obbligazione naturale*, p. 42 e s.).

⁸⁸ Deve-se reconhecer, de toda forma, a amplitude de tais conceitos, admitida nos mais variados ordenamentos jurídicos. Por exemplo e de acordo com BÉATRICE JALUZOT (ob. cit., p. 11 e s. e 235 e s.), “os três sistemas jurídicos que nós estudamos [francês, alemão e japonês] adotaram a regra da boa-fé nos contratos, na sua aceção de boa-fé/lealdade”.

⁸⁹ Cf. JUDITH MARTINS-COSTA (Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo, *A reconstrução do direito privado*, p. 612 e s.). A autora acrescenta, ainda, que, “constituindo um dos eixos centrais da compreensão do chamado sistema – ou microsistema – das relações jurídicas de consumo, importa desde logo situar os contornos da boa-fé objetiva – já que impossível é a sua conceituação taxativa ou definitória –, contornos que poderão ser melhor compreendidos se se tiver presente a distinção dogmática entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. Muito embora ambas as expressões encontrem unidade no princípio geral da confiança que domina todo o ordenamento, cada uma desempenha, dogmaticamente, distintos papéis. A boa-fé subjetiva traduz a ideia naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé. Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, tendo forte atuação nos direitos reais, notadamente no direito possessório, o que vai justificar, por exemplo, uma das formas de usucapião. Diferen-

Nessas relações de atendimento à saúde, há de se cuidar, em especial, da proteção à confiança que deva existir nas diferentes situações e momentos, variabilidade essa que torna a efetivação desse cuidado uma providência cuja realização nada tem de fácil.

De fato, observam-se nesse campo cenários particulares – como o atendimento realizado em situações de urgência – em que a discussão prévia sobre o inteiro teor do contrato referente ao cuidado à saúde a ser prestado simplesmente não existirá, mesmo em relações que não envolvam a adoção de contratos de adesão. O serviço será feito visando a consecução do objetivo maior do enfrentamento da moléstia e o delineamento das cláusulas do contrato – preço, forma de pagamento, vigência do contrato, modo de prestação do serviço – serão deixados para um momento subsequente, subvertendo-se a ordem usual de constituição dos negócios. Ora, nessas condições, a *confiança* adotará papel de distinta relevância, tanto para o agente de saúde como para o paciente.

Com efeito, ensina Ana Prata⁹⁰ que

temente, a expressão boa-fé objetiva designa seja um critério de interpretação dos negócios jurídicos, seja uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfico negocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte. Nas relações contratuais, o que se exige é uma atitude positiva de cooperação e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa impositiva de comportamentos que se devem pautar por um específico *standard* ou arquétipo, qual seja, a conduta segundo a boa-fé. (...) O Código de Defesa do Consumidor teve a vantagem, sobre o ordenamento de direito privado comum, de deixar expresso em seu texto o mandamento de agir segundo a boa-fé objetiva. Mas não se pense que antes do advento do Código de Defesa do Consumidor o princípio da boa-fé não vigorava entre nós e que não estava positivado: a positivação é um processo decorrente de qualquer uma das fontes reconhecidas como fontes de produção jurídica, uma das quais é a jurisdição – e, incontrovertidamente, por via judicial, o princípio já havia sido positivado”. Também para ANA PRATA (*Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, p. 38-39), “a boa-fé objetiva constitui uma regra de conduta de conteúdo indeterminado, de que emergem inúmeros e variáveis deveres, insuscetíveis de enumeração exaustiva em abstrato e, consequentemente, carecidos de preenchimento casuístico”.

⁹⁰ *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, cit., p. 47. Sobre a ausência de uma regra a respeito do surgimento da confiança devida entre as partes, a autora elucida que “também não possa dizer-se, mesmo em relação a uma concreta situação, que verificado que, a partir de dado momento, se instalou uma relação de confiança entre as partes, esse é o momento em que, para cada uma delas, surgiram todos os deveres que, em abstrato, a relação pré-negocial pode envolver. A confiança, embriônica até certa altura, vai ganhando corpo, consistência e intensidade à medida que os contatos entre as partes se multiplicam, intensificam e aprofundam. E, na medida dessa intensificação dos contatos, crescendo a confiança das partes na probabilidade

o momento em que a confiança surge é variável de caso para caso, sendo indispensável voltar a assinalar que ela não é a confiança concreta, que, em função das suas características psicológicas ou outras, a contraparte tenha experimentado, mas antes aquela em que, objetivamente, nas condições reais e no quadro econômico-social em que as partes se encontram, fosse razoável supor que o comportamento negociatório geraria num sujeito sensato e prudente colocado na situação real das partes.

Ora, no *direito à saúde*, os objetos aos quais se destina o serviço prestado são nada mais, nada menos, do que o corpo e a mente, o que representa exemplo insuperável do que se poderia imaginar como a *destinação final* de uma intervenção⁹¹.

Na verdade, mesmo antes do aprofundamento doutrinário acerca da complexidade dos institutos jurídicos que envolvem a *confiança* vinculada à fase das tratativas prévias, da celebração do negócio e da execução do contrato, tinha-se já como uma noção comum e generalizada aquela de que na prestação de serviços médicos haveria o estabelecimento de um laço peculiar e característico entre o profissional e o paciente, vínculo esse que entra contra justamente na referida *confiança* um elemento fundamental e dotado de características particulares⁹².

Sempre se admitiu nessa matéria, pois, o destaque que a noção da *confiança* exerce nas relações estabelecidas, decorrente da própria especificidade do exercício das funções médicas⁹³.

de conclusão do contrato e na idoneidade disto para satisfazer os reais interesses, assim evoluem crescentemente os deveres pré-contratuais na sequência processual das negociações. A sua *ratio*, elemento determinante da respectiva identificação, é, por um lado, a confiança na conformidade da representação preventiva do contrato e dos efeitos jurídico-patrimoniais dele com o produto negocial a ser obtido, e, por outro, a tutela da lealdade na própria fase negociatória”.

⁹¹ É justamente a ideia de *destinatário final* do serviço o que caracteriza o *consumidor*, de acordo com o art. 2º da Lei 8.078, de 11-9-1990, o Código do Consumidor brasileiro.

⁹² Nesse sentido, por exemplo, RICARDO LUÍS LORENZETTI (ob. cit., t. I, p. 325) esclarece que “na doutrina e jurisprudência há coincidência em que a relação médico-paciente se sustenta na confiança. Essa regra não faz mais que recolher o que dita o costume e a tradição histórica, já que, desde antigamente, considerou-se que havia um mandato entre o profissional e seu cliente, baseando-se justamente na existência desse elemento fiduciário”.

⁹³ Confiança essa que abrange não apenas o médico propriamente dito, mas gera obrigações solidárias também às outras pessoas da empresa na qual sua atividade se insira. Neste ponto, destaca ENRICO QUADRI (ob. cit., p. 132 e s.) que “sobre o médico, em suma, enquanto pertencente a uma profissão por assim dizer protegida, entende-se

4.2 O consenso entre as partes no atendimento, pelo contrato, das necessidades da saúde

É evidente, portanto, que o paciente deve, desde um primeiro momento, confiar no seu médico, no hospital, na clínica, em suma, no tratamento que lhe está sendo recomendado. Essa confiança se estabelece de modo peculiar, já que a sua avaliação pessoal sobre as condutas assumidas pelos agentes de saúde é em grande medida prejudicada pela complexidade das providências que deverão ser tomadas.

É de fato evidente que, nas prestações decorrentes do *direito à saúde*, o agente responsável pelo tratamento possui determinadas informações técnicas cujo acesso não é livre para a generalidade das pessoas, mas que devem ser aptas a promover a efetivação das medidas idôneas ao combate da moléstia enfrentada.

Hoje, não há dúvida de que a maioria das pessoas sabe ou pode facilmente saber que algumas práticas simples de higiene e de cuidado – tais como o hábito de lavar as mãos antes das refeições, de cozinhar determinados alimentos antes de ingeri-los, de respeitar os prazos de vencimento de produtos etc. – contribuem decisivamente para a prevenção de doenças, o que traduz o resultado do maior acesso e da mais ampla divulgação de informações que antes eram inacessíveis ao cidadão médio.

Além disso, os atuais meios de comunicação disponíveis franquearam, em muito, o acesso a informações antes existentes apenas em ambientes restritos e selecionados.

Contudo, no tocante a uma imensa gama de outras condutas e providências, o conhecimento conserva-se seletivo, restrito a poucos indivíduos dotados de formação e de cultura específicas, o que acarreta ao paciente, na condição de um verdadeiro e próprio consumidor de serviços, desvantagens evidentes na relação contratual estabelecida com o agente de saúde, que por sua vez assume, na linguagem do *direito do consumidor*, o papel de *forne-*
cedor desses mesmos serviços.

incidir ‘obrigações de comportamento nos confrontos de quem sobre a sua profissionalidade’ estabeleceu confiança, entrando em contato com ele: obrigação de cura delineada (em doutrina falou-se de ‘obrigação de conservação da esfera jurídica de outrem, que nascem da confiança inevitavelmente gerada pela própria profissionalidade’, definindo-se a situação – segundo o que também relembra a Cassação – como de ‘obrigações sem prestações nos limites entre contrato e culpa’), isto é, ‘pela arte que professa’, aptos a determinar o surgimento de ‘um vínculo com o paciente’, tal a não dar ‘origem a uma obrigação de prestação’, mas cuja ‘violação se configura como culpa in no faciendo, a qual dá origem à responsabilidade contratual”.

Assim ocorre, por exemplo, na situação em que se deva prescrever a dosagem adequada de um determinado medicamento, destinada ao tratamento de uma moléstia específica. Doses excessivas ou menores do que aquelas recomendáveis pela boa arte, mais do que redundarem na simples ineficácia da conduta, poderão agravar os sintomas até então existentes ou causar sequelas indesejáveis. O mesmo acontece no caso da realização de uma cirurgia, de maior ou menor complexidade, que deverá ser sempre efetuada de acordo com o respeito a regras cientificamente testadas, sob pena de que, assim não se fazendo, ocorram verdadeiros desastres.

Tal conhecimento de acesso limitado faz surgir, naturalmente e em consequência, tanto a imposição de obrigações específicas para os personagens envolvidos como a possibilidade de que se imponham inegáveis privilégios para o agente que exerça funções e atividades próprias à ciência médica.

Com efeito, a partir do conhecimento de dados e de fatores ignorados pela outra parte, a contratação dos serviços, a sua valoração e a extensão do conteúdo dos contratos será feita por cada uma das partes a partir de bases e critérios em tudo distintos e não equivalentes.

Por outro lado, o agente de saúde também precisa obter do paciente, para o bom exercício das suas funções, dados realmente confiáveis, de modo que, por exemplo, sintomas não aparentes possam ser relatados por quem diretamente os sente e reconhece. Se o paciente omite, de modo deliberado ou não, informações essenciais para o seu tratamento, poderá induzir em erro o prestador dos serviços médicos, que, nessas situações, não deverá ter a si atribuída a responsabilidade que decorreria de suposta – e inexistente, no caso – culpa vinculada à conduta que foi adotada.

Sendo assim, também a *declaração da vontade* das partes deve ser interpretada, no *direito à saúde*, de acordo com regras específicas, que reconheçam essa desigualdade presumida entre os envolvidos no atendimento médico,⁹⁴ bem como as peculiaridades que esse mesmo tratamento médico apresenta em suas diferentes fases.

⁹⁴ Sobre a questão da vontade e a sua relação com o negócio jurídico, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*Negócio jurídico* – existência, validade e eficácia, p. 82) afirma que “a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração da vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte; o negócio todo consiste na declaração. Certamente, a declaração é o resultado do processo volitivo interno, mas, ao ser proferida, ela o incorpora, absorve-o, de forma que se pode afirmar que esse processo volitivo não é elemento do negócio”. No mesmo sentido, limitando a questão da interferência do aspecto volitivo para a consecução do contrato, ENZO ROPPO (*Responsabilità e colpa...*, cit., p. 1 e s.) esclarece que, “na evolução

4.3 O equilíbrio contratual

Nasce desses conceitos – como regra ademais vigente em todo o ordenamento jurídico referente às relações de consumo, no qual se enquadra o atendimento médico – uma ideia da proteção à parte mais fraca, em especial àquela que seja assim reconhecida nos contratos de massa, o que se faz, dentre outras maneiras, através da construção de uma teoria acerca das mencionadas *cláusulas gerais de contratação*, bem como da sua admissão pela jurisprudência e pelo direito positivo, em especial pela identificação antecipada e preliminar do que se entenda pela noção de *cláusulas abusivas*. Na verdade, o surgimento de tais esforços, sob uma certa ótica, nada mais é do que o atendimento à consagrada postura de confrontação com a figura clássica do *abuso de direito*⁹⁵.

da teoria e da disciplina dos contratos, há uma tendência à progressiva redução do papel e da relevância da vontade dos contratantes, entendida como momento psicológico da iniciativa contratual. Esta tendência à *objetivação* do contrato, que por um lado se manifesta na afirmação de regras inspiradas na *teoria da declaração* muito mais quando não se conformam rigorosamente à *teoria da vontade*, por outro lado torna mais evidente a distância que separa a moderna figura do contrato da sua imagem oitocentista, toda assinalada por caracteres do individualismo e da ciosa inerência às pessoas dos contratantes”. No mesmo sentido, ainda, ALESSANDRO SOMMA (ob. cit., p. 401) assevera que, “no novo direito dos contratos, a tentativa de valorizar a intenção das partes como fonte dos efeitos negociais ou como razão do vínculo emerge sobretudo com referência às espécies que exaltam o perfil da formação do ato. Contudo, essas espécies são frequentemente o fruto de ficções ou ainda de leituras tendentes a negligenciar o papel do ordenamento na construção do vínculo”.

⁹⁵ Como esclarece GUIDO ALPA (*Esercizio del diritto e abuso del diritto, Casi e questioni di diritto privato*, in: G. Alpa, U. Ruffolo, V. Zeno Zencovich (Coord.), *Atto illecito e responsabilità civile*, v. 9, p. 173 e s.), “o declínio do *direito subjetivo* é assinalado também por um outro fenômeno paralelo à erosão dos dogmas construídos pela doutrina civilística do ‘1800’: o surgimento da figura do ‘abuso’ do direito. Longe de exprimir linhas solidárias com a tendência oitocentista que via no exercício do direito a manifestação da vontade do indivíduo, doutrina e jurisprudência do novo século, nas diversas experiências, afrontam o problema do exercício do direito na perspectiva do comportamento dos interesses individuais conflitantes entre si, e, sobretudo, na perspectiva de privilegiar os interesses da *coletividade* contra os interesses do particular que tenha abusado do seu direito. O brocardo *qui jure suo utilitur neminem laedit* revela-se por isso intrinsecamente falso, falso porque descritivo de um fenômeno que não corresponde à realidade: quem abusa do seu direito, quem dele faz um uso não conforme às prescrições da lei, ou para alcançar um escopo proibido pelo direito, ou ainda com a única intenção de perseguir resultados fúteis e inutilmente nocivos para os outros associados, deve ressarcir o dano que provocou. Na perspectiva que importa, o problema do abuso do direito refere-se em particular ao conflito de interesses que isso envolve, e assim sobre o plano da valoração do juízo de responsabili-

Reconhecendo que deve ser dada a devida atenção a tais circunstâncias e no sentido de oferecer a proteção devida ao consumidor em geral, os sistemas jurídicos procuraram avançar nesse caminho, trazendo para o direito positivo regras que anteriormente se continham apenas no interior dos princípios gerais do direito. Na União Europeia, por exemplo e segundo informa Almeno de Sá, “a diretiva comunitária sobre cláusulas abusivas veio impor aos Estados-Membros uma particular lógica de sindicância relativamente aos contratos celebrados entre profissionais e consumidores”,⁹⁶ baseada fundamentalmente na indicação do que seriam as ditas *cláusulas abusivas*, cujo respeito e cumprimento, a despeito de constarem elas formalmente no contrato celebrado, não poderiam ser impostos aos consumidores.

No ordenamento jurídico brasileiro, a questão das *cláusulas abusivas*, regrada de modo específico na legislação relativa às relações de consumo,⁹⁷

dade, o equilíbrio dos interesses de quem exercita abusivamente o seu direito e dos interesses de quem sofre dano”.

⁹⁶ Ob. cit., p. 19. Esclarece ainda o autor que “o ponto nuclear da diretiva comunitária é a instituição de um sistema de sindicância baseado no conceito de ‘cláusulas abusivas’. Para este efeito, decisiva é a circunstância de a cláusula, contrariando as exigências da boa-fé, originar um significativo desequilíbrio, em detrimento do consumidor, entre os direitos e deveres das partes decorrentes do contrato. No quadro da avaliação aqui implicada, impõe-se considerar todas as circunstâncias que rodearam a celebração do contrato, bem como as restantes cláusulas que formam o regulamento contratual em causa. Numa tentativa de maior concretização, optou-se por consagrar, em anexo, um catálogo de cláusulas potencialmente abusivas, embora sua força prescritiva acabe por ser fortemente suavizada, não só porque se recusou conferir-lhe caráter imperativo, mas também porque o juízo de desvalor ínsito em algumas dessas proibições vem afinal a ser afastado relativamente a certos contratos, particularmente no setor financeiro”. No mesmo sentido, ELENA PODDIGHE (ob. cit., p. 9 e s.), referindo-se ao mesmo tema, ressalta que “a virada definitiva para a legislação italiana é sinalizada pela emanação da ‘Diretiva do Conselho concernente às cláusulas abusivas nos contratos estipulados com os consumidores’, de 05-4-1993, n. 93/13/CE. O âmbito de aplicação da diretiva comunitária e, conseqüentemente, a operatividade da disciplina nacional, adotada em recepção da mesma, é expressamente circunscrito à figura do consumidor. A origem sociológica do conceito de consumidor determina necessariamente uma certa generalidade do conteúdo da noção”.

⁹⁷ Como definido pelos arts. 51 e s. da Lei 8.078, de 11-9-1990, que impõem a nulidade às cláusulas contratuais referentes ao fornecimento de produtos ou serviços aos consumidores e tidas por *abusivas*. A jurisprudência pátria, nesse sentido, já reconheceu, por inúmeras vezes, a nulidade de cláusulas abusivas, comuns, em especial, nos contratos de planos e de seguro-saúde. O STJ já afirmou, de fato, que “É nula, por expressa previsão legal, e em razão de sua abusividade, a cláusula inserida em contrato de plano de saúde que permite a sua rescisão unilateral pela seguradora, sob

veio a ser também tratada no atual Código Civil⁹⁸.

Ocorre que o reconhecimento da abusividade de uma disposição contida em um contrato médico, detentor de caracteres clássicos ou daqueles próprios às celebrações de massa, não surge espontânea ou instantaneamente com a visão de um fenômeno desde logo pronto e acabado, que carregue em si todos os elementos suficientes à sua exata caracterização. Pelo contrário,

a contextualização da cláusula suspeita de abusividade deve ser efetuada não somente com referência à realidade fenomênica – levando em conta as concretas circunstâncias de fato existentes no momento da conclusão do contrato –, mas também em relação ao contexto jurídico no âmbito do qual a específica previsão pactuada é inserida. A valoração “global” da cláusula constitui de fato um instrumento necessário aos fins de exercer o juízo de abusividade, enquanto somente a consideração da cláusula mesma em relação aos outros elementos relevantes da espécie concreta (integralmente analisada) permite uma tutela substancial da posição do consumidor⁹⁹.

O que se conclui neste cenário é, mais do que a existência de uma *possibilidade*, o surgimento da efetiva *necessidade* da intervenção estatal para a correção das prováveis distorções malqueridas pelo sistema, o se pode exprimir de várias formas, que vão desde a prévia formulação de cláusulas obrigatórias, que deverão estar necessariamente presentes nos contratos que envolvam o *direito à saúde*, até a efetiva criação de regras para a interpretação das avenças feitas, ou para a facilitação das provas, ou ainda para a caracterização antecipada de quais seriam as chamadas *cláusulas abusivas*. Essa ideia, em suma, representa, segundo Menezes Cordeiro, o controle judicial concreto sobre o conteúdo dos contratos, o que

simples alegação de inviabilidade de manutenção da avença” (3ª T., REsp 602.397/RS, rel. Min. Castro Filho, j. 21-6-2005, DJ 1ª-8-2005, p. 443), também que “é abusiva a cláusula que limita o tempo de internação hospitalar” (3ª T., REsp 402.727/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 9-12-2003, DJ 2-2-2004, p. 333).

⁹⁸ De acordo com o art. 423 do CC, “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Já o art. 424 determina que, “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

⁹⁹ Cf. ELENA PODDIGHE (ob. cit., p. 120). No mesmo sentido, para CARLOS ALBERTO BITTAR (ob. cit., p. 120), “cumpre, nos contratos de adesão, analisar-se as suas cláusulas e, em sua valoração, detectados excessos, devem estes ser tidos como abusivos, para o sancionamento jurídico. Deve-se respeitar a comutatividade nos contratos e os demais princípios fundamentais da teoria contratual”.

pressupõe o abandono também no direito privado da autonomia, como mero dogma formal, e a sua substituição pela regra da autonomia efetiva. O passo era, no início, difícil, dada a falta da problemática coletiva que jogara no direito do trabalho. Foi, no entanto, facultado, através das questões postas pelas condições negociais gerais¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Ob. cit., p. 654. Paradoxalmente, indicando o sentido de declínio da intervenção do Estado no domínio dos contratos, no âmbito da União Europeia, ALESSANDRO SOMMA (ob. cit., p. 405 e s.) sustenta que, “nas experiências jurídicas examinadas, setores importantes da literatura e da prática aplicativa reconhecem-se na afirmação segundo a qual o direito privado não deve limitar-se a promover a autorregulamentação dos associados. Temos documentado como este comporta a atribuição ao ordenamento do papel de fonte prevalente dos efeitos jurídicos e o destaque da boa-fé como circunstância atinente às razões do vínculo. Tal percurso se liga à valorização do contexto econômico e social em que se forma o contrato e conduz à construção de normas em função dos acontecimentos extrajurídicos que tipicamente caracterizam o sistema de distribuição de bens e serviços. As normas em questão não estão evidentemente contidas nas codificações que vieram à luz em épocas antigas. Essas ocorrerem, ao invés, na codificação alemã e especialmente no texto italiano atualmente em vigor: onde estavam entre outros motivos sobretudo devido ao processo de unificação do direito privado. No direito do consumidor, a definição de normas adaptadas ao contexto econômico e social disciplinado constitui, ao invés, o êxito de elaborações desenvolvidas prevalentemente pela prática aplicativa. Com efeito, apenas em um segundo momento o legislador formulou a construção de um direito de consumo modelado sobre sujeitos que tipicamente tomam parte na contratação de massa”.

Capítulo 5

AS OBRIGAÇÕES MÉDICAS

5.1 As obrigações de meio e de resultado nas atividades vinculadas ao direito à saúde

Constitui questão ainda controversa na doutrina e na jurisprudência a real importância e utilidade da distinção estabelecida entre as chamadas obrigações de “meio” e as obrigações de “resultado”, assunto recorrente quando se trata do conteúdo das prestações devidas pela atuação dos agentes das relações vinculadas ao *direito à saúde*¹⁰¹.

Com efeito, é comum dizer-se que as obrigações a cargo do médico – assim como do advogado ou do psicólogo – cingem-se à correta utilização

¹⁰¹ Neste ponto, confirma ENRICO QUADRI (ob. cit., p. 145) que “se o enquadramento da prestação do médico entre as obrigações de meios venha a definir realmente o regime da responsabilidade parece, de resto, constituir sempre matéria de dúvida mesmo por parte da jurisprudência. Não falta, com efeito, definir naquelas obrigações de meios/obrigações de resultado uma ‘dicotomia discutida’ (Cass. 8-8-1985, n. 4.394), e de sublinhar como se tem ‘procurado superar ou ao menos atenuar’ a sua rigidez (Cass. 6-2-1988, n. 12.866). Nisto a jurisprudência se alinha às mais recentes tendências doutrinárias, bastante perplexas, se não de todo contrárias, à manutenção da distinção, ao menos nos seus termos tradicionais. E mesmo sugestões doutrinárias são apresentadas na constatação, segundo as quais ‘o referido resultado’ que se quer eliminar do paradigma delineado das normas no tema da responsabilidade profissional ‘nela constitui mesmo sempre um substrato imprescindível, ao menos no sentido de que a atividade a ser prestada com diligência pelo profissional deve objetivamente ser realizada para a sua consecução, e isso para um esperado êxito, útil para o cliente’ (Cass. 8-8-1985, n. 4.384)”. Entre nós, HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI (*Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p. 92 e s.) relembra que “a distinção de Demogue foi criticada, em parte, por *Esmein*, pois no seu entender toda obrigação tem por objeto um certo resultado, o que para *Mazeaud* não convence, já que naquela divisão a distinção repousa sobre o caráter determinado da prestação ou do fim visado. Assim, quando o fim último depende de uma álea, a obrigação é apenas de meio; se não depende, é de resultado. Corretos estavam os autores franceses em seus temores, pois, a obrigação de resultado tem sido empregada de maneira inadequada, ou seja, em áreas onde o fator álea está efetivamente presente”.

dos “meios”¹⁰² adequados no caso concreto, atribuindo-se a ele, tão somente, o empenho em adotar a melhor conduta na prestação dos serviços ajustados, sem que igualmente se comprometa a garantir que o objetivo pretendido – supostamente a superação da moléstia que atinge o paciente – seja alcançado.

¹⁰² Dentre os autores latino-americanos, ALEXANDER VALENCIA MORENO (*Responsabilidad jurídica del médico y el seguro de responsabilidad medical*, p. 70 e s.) destaca que “a doutrina argentina apegou-se a essa mesma postura e segue mantendo que a obrigação do médico é de meios, ainda que existam sentenças que dão importância à classificação como é o caso do mestre e ilustre civilista Borda, que retira importância da classificação e a considera inaceitável, se se quer fazer dela a base sobre a qual há de se decidir que o problema de se o credor está ou não obrigado a provar a culpa do devedor. É questão de aceitar, pois, que como regra geral, tanto na Argentina como na Espanha e Itália, a obrigação do médico é de meios e não de resultados. A jurisprudência colombiana reconheceu assim desde os anos 1940, quando a Corte Suprema de Justiça, em sentença de 5-3-1940, assinalou: ‘A obrigação profissional do médico não é, por regra geral, de resultados, mas sim de meios, ou seja, que o médico está obrigado a aplicar em prol de seu cliente os conhecimentos de sua ciência e perícia, e os ditados de sua prudência’. E a seguir reconhecendo até a atualidade sem modificar seu critério exigindo apenas os meios que tem possibilidade de colocar ao serviço da saúde do homem”. No mesmo sentido, CARLOS A. GHERSI (*Responsabilidad por prestación médico asistencial*, p. 25 e s.) ensina que, na Colômbia, a “doutrina, em sua maioria, tem considerado a obrigação do médico como de meios, o que nos obriga a defini-la e estabelecer seus alcances e características. Temos sustentado que o conteúdo do objeto da obrigação é sempre uma conduta. Todavia, a prestação que emana dela pode se esgotar em si mesma como resultado ou, pelo contrário, apenas pode constituir um ‘meio’ para conseguir um efeito determinado ou específico. Precisamente entre os segundos se encontrava a obrigação médica. Em sentido estrito, ela consistirá em que a conduta, cientificamente considerada, utiliza técnicas, usuais e admitidas pela medicina, tendentes à cura da doença ou a mitigação das dores de um ser humano. A jurisprudência em geral aceitou a diferença conceitual e se colocou no sentido de qualificar a obrigação médica como de meios”. ENRICO QUADRI (ob. cit., p. 143) por sua vez informa que, na Itália, “a posição tradicional da jurisprudência pode-se dizer sintetizada na afirmação segundo a qual ‘a obrigação que o profissional assume em relação ao cliente, por efeito da aceitação do encargo conferido (conclusão do contrato de obra profissional), tem por conteúdo (prestação) o desenvolvimento da atividade profissional necessária ou útil em relação ao caso concreto e em vista do resultado que, através do meio técnico-profissional, o cliente espera conseguir (assim denominadas obrigações de meios ou de comportamento e não de resultado). O profissional, pois, tem o dever de desenvolver a atividade profissional necessária ou útil em relação ao caso concreto e tem o dever de desenvolvê-la com a necessária e adequada diligência’ (Cass. 18-7-1975, n. 2.499, e Cass. 21-12-1978, n. 6.141)”. A mesma posição tradicional vem referida, em nossa doutrina, por CARLOS ROBERTO GONÇALVES (*Responsabilidade civil, de acordo com o novo Código Civil*, p. 359 e s.), quando afirma que “não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o

A justificativa para tanto seria o fato de que a finalidade de cura visada com o tratamento empregado acaba por depender de outros fatores, de caráter totalmente externo ao atendimento prestado pelo agente de saúde e em relação aos quais incidiria inevitável e irresistível aleatoriedade¹⁰³.

Das características da obrigação médica distinguir-se-iam aquelas de outras atividades, nas quais o completo adimplemento, pelo agente, se daria unicamente com a constatação de ter sido alcançado o efetivo “resultado” pretendido. O empreiteiro, por exemplo, deve finalizar a obra nas condições ajustadas no memorial descritivo da construção. O pintor deve entregar o quadro encomendado. O arquiteto deve finalizar o projeto combinado. Sem que tais objetivos tenham sido efetivamente atingidos e completados, não haverá o total e efetivo cumprimento das obrigações assumidas por aquele que se incumbe da prestação dos serviços contratados.

cliente e o médico, quando este o atende. Embora muito já se tenha discutido a esse respeito, hoje já não pairam mais dúvidas a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica. Portanto, para o cliente é limitada a vantagem da concepção contratual da responsabilidade médica, porque o fato de não obter a cura do doente não importa reconhecer que o médico foi inadimplente. Isto porque a obrigação que tais profissionais assumem é uma obrigação de meio e não de resultado. O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência. Comprometem-se a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia”.

¹⁰³ De acordo com ENRICO QUADRI (ob. cit., p. 146), “não falta, assim, a referência à objetiva aleatoriedade do resultado (no limite, pois, em que esse possa se entender subtraído ao controle do devedor), bem como, em diversa perspectiva, à relevância do diverso ‘grau de vinculação’ da execução da prestação (segundo, pois, a existência ou não de regras técnicas muito específicas a respeitar na atividade) e da esfera de discricionariedade a se reconhecer, segundo os casos, adstrita ao profissional”. Os imponderáveis biológicos é que ditam as regras, de fato, no tocante à fixação dos limites das obrigações vinculadas ao direito à saúde. PAOLO DELLA SALA (*La responsabilità professionale*, in: *Medicina e diritto*, p. 398 e s.) relembra, com razão, que, “no âmbito de um tratamento médico, são numerosos os elementos que concorrem à diagnose e que orientam a terapia, o método de cura, já que em idênticas situações patológicas têm uma diversa eficácia também por causa de uma imprevisível capacidade do paciente. Daí decorre que a cura da doença, constituindo o resultado da cooperação de mais fatores, foge à possibilidade exclusiva do médico e, portanto, não pode constituir o resultado da obrigação”. Assim, portanto, para o autor, a distinção entre as ditas obrigações de meio e de resultado seria temperada pela dificuldade do procedimento empregado, o que não deixa de representar, segundo pensamos, critério útil para a qualificação do eventual inadimplemento do agente.

5.2 A prova do inadimplemento nas obrigações do *direito à saúde*

As consequências oriundas da distinta natureza atribuída a essas obrigações estão se tornando, todavia, cada vez menos nítidas, em virtude da transformação dos cenários nos quais se desenvolve a prestação dos serviços e do surgimento de novas soluções legislativas que acabaram por modificar os esquemas teóricos originalmente propostos¹⁰⁴.

Isso se dá, por exemplo, nas situações em que passou a ser prevista pelo ordenamento jurídico a possibilidade de inversão do ônus originalmente atribuído a uma das partes para a comprovação dos fatos alegados, encargo esse que, em regra, é atribuído à suposta vítima, autora de uma ação judicial que vise a reparação do dano que alega ter sofrido¹⁰⁵.

Da mesma forma, os casos em que se admite a objetivação da responsabilidade atribuída ao agente partícipe de uma relação jurídica, determinada pelas qualidades próprias das partes envolvidas ou pelas características da atividade exercida, acabam por retirar muito da importância da referida distinção entre as obrigações de *meio* e de *resultado*.

De fato, prescindindo da verificação da culpa a obrigação do ressarcimento do dano causado a uma das partes envolvida no atendimento médico, hospitalar ou laboratorial, mais do que a *natureza* da obrigação devida, o que importa é a identificação da existência ou não do nexo de causalidade entre a atuação do agente e o dano causado ao paciente. Bastaria, em tais situações, demonstrar-se a existência de tal liame para que surja a possibilidade de responsabilização pelo ressarcimento do dano daquele que participa da condução do tratamento médico¹⁰⁶.

¹⁰⁴ É o que ressalta ENRICO QUADRI (ob. cit., p. 143), ao afirmar que, “fornecendo elementos aptos a compreender as atuais atitudes, em particular jurisprudenciais, nos confrontos da responsabilidade em natureza sanitária, vale sempre menos o crescente enquadramento da prestação médica no esquema das *obrigações de meios* como tais contrapostas – segundo uma interpretação que exerceu (e continua a exercer) notável influência na França e, seja mesmo em medida bastante inferior (e decrescente), por nós – as *obrigações de resultado*”.

¹⁰⁵ Quanto à tal questão do ônus da prova, a tendência é, de fato, atribuí-lo ao profissional e não ao destinatário de tais serviços especializados. Nesse sentido, cf. ENRICO QUADRI (ob. cit., p. 144 e s.).

¹⁰⁶ Nesse sentido, referindo-se à valorização desse vínculo, destaca CARLOS ROBERTO GONÇALVES (ob. cit., p. 370) “a responsabilidade dos médicos em face do Código de Defesa do Consumidor. O princípio da responsabilidade objetiva do prestador de serviços, consagrado no novo Código de Defesa do Consumidor, prevê uma única exceção no § 4º do art. 14, que dispõe: ‘A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa’. Não se alterou, portanto, a concepção já consagrada em nosso direito. Se o médico tem vínculo empregatício

Além disso e no caso específico da profissão médica, algumas especialidades passaram a ser entendidas como verdadeiras exceções, destacadas da regra geral que qualifica como sendo “de meios” as obrigações e prestações vinculadas ao atendimento e tratamento médicos. Assim, hoje se admite sem sobressaltos que o cirurgião plástico que realiza uma cirurgia de natureza estética responda pelo *resultado* que da sua intervenção venha a ser alcançado, o mesmo ocorrendo em relação às tarefas atribuídas ao *anestesiologista*, por exemplo¹⁰⁷.

Já se demonstrou, por outro lado, que o adimplemento das obrigações médicas não se resolve pura e simplesmente com a mera realização do tratamento recomendado pela melhor conduta. Existem, além desse ponto central, questões que se vinculam à observância de outros deveres e obrigações usualmente denominados *laterais*, cuja importância é cada vez mais reconhecida na apreciação dos problemas relacionados ao *direito à saúde*.

É o que se pensa, por exemplo, quanto à efetiva verificação e presença, no caso concreto que esteja sob análise, da outorga, pelo paciente, de seu “consentimento informado”, cuja aparição não se atém aos estritos limites da realização do tratamento médico – seja ele correto ou falho –, mas sim à

com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, *caput*, do CDC. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento”. Reconhecendo essa corresponsabilidade, fundada, em verdade, na *culpa in eligendo*, o STJ já se manifestou do modo seguinte: “quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido” (3ª T., REsp 138.059/MG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 13-3-2001, DJ 11-6-2001, p. 197).

¹⁰⁷ TERESA ANCONA LOPEZ (*O dano estético*, p. 53) relembra que “não há nenhuma presunção de culpa do médico pelo insucesso da cura. Pelo contrário, é o cliente, ou sua família, que tem que provar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia, para que possa receber a indenização. Isto se dá exatamente porque a obrigação que existe é de meio e não de resultado, nada tendo a ver com o contrato que existe entre o profissional e o cliente. Todavia, não é o que acontece no caso de operação plástica estética, vasectomia, exames laboratoriais, raios-x etc., em que o resultado deve ser efetivamente atingido”. No mesmo sentido, HILDEGARD TAGGESELL GOSTRI (ob. cit., p. 87 e s.) reafirma que, “na doutrina pátria, de uma maneira geral, quando se pesquisa o assunto ‘obrigação de meio e de resultado’, encontra-se, no máximo, alguns curtos parágrafos sobre o tema, e isso, ainda, quando o mesmo não se exaure nas suas próprias definições ou conceitos”.

comprovação de que o agente de saúde foi autorizado prévia e conscientemente pelo paciente a realizar o tratamento que se entenda adequado¹⁰⁸.

Portanto, ainda que a melhor conduta tenha sido efetivamente seguida pelo profissional ou pelo estabelecimento hospitalar incumbido do tratamento, ainda assim tal atendimento poderá exibir *defeitos*, oriundos do inadimplemento total ou parcial do *dever lateral* consistente, por exemplo, na obtenção do consentimento informado e não daquelas obrigações consideradas *principais*¹⁰⁹.

Na verdade, o que se conclui é que a importância e a utilidade das distinções entre as “obrigações de meio e de resultado” não residem no objetivo de limitar previamente a responsabilidade do agente de saúde ou de simplesmente qualificar a sua atuação, mas sim importam, fundamentalmente, quanto ao problema da atribuição do ônus da prova àquele que eventualmente tenha causado ou então sofrido o alegado dano.

¹⁰⁸ ENRICO QUADRI (ob. cit., p. 146), nesse ponto, reitera que a importância dessa distinção perdeu muito do seu vigor, ao ressaltar que “parece se compartilhar o relevo segundo o qual a definitiva ‘crise’ da tradicional dicotomia em questão (ou, pelo menos, a passagem de uma sua efetiva relevância aos fins da conformação da responsabilidade profissional médica) seja a de se ligar mesmo à (antes examinada) valorização, na relação de cura, do *dever de informação*. E que a sempre mais marcada valorização do dever de informação constitua a via segundo a qual esteja destinada a perder a rigidez, no interesse da vítima do dano”.

¹⁰⁹ Como elucida RICARDO LUÍS LORENZETTI (ob. cit., t. II, p. 7 e s.), “o problema da recepção da distinção entre obrigações de meios e de resultados deve ser localizado no contexto dogmático correspondente. Quem entende que a obrigação consiste em um vínculo jurídico estático pode admitir corretamente essa distinção sem maior dificuldade, na medida em que, se se analisa o momento genético obrigacional, é provável que os meios apareçam como a prestação comprometida. Contudo, essa tese tem sido amplamente superada ao acrescentar aqueles dois elementos dogmáticos. O primeiro surge quando se admite que, além do núcleo, a relação obrigatória tem deveres acessórios e deveres secundários. Neste plano, os *meios* apenas se referem ao famoso núcleo obrigacional, porém deve-se admitir que existem deveres secundários de conduta, como de informação ou de segurança, que têm grande relevância quanto à responsabilidade. Em nossos tempos, pode-se admitir que a relação obrigatória é um complexo de elementos entrelaçados através de um programa de conduta. Nesse complexo de elementos podem distinguir-se, para fins dogmáticos, o núcleo, os acessórios e os deveres secundários, porém não se pode seccionar uns dos outros. Dessa maneira, os elementos têm um grau de influência recíproca, uma vez que não operam separada mas sim sistematicamente. O segundo elemento é a dinâmica obrigacional que permite levar em conta o vínculo como *processo*. Ainda que a ideia de obrigação como processo tenha sido superada, esta superação está no sentido de incrementar a percepção de que todo o vínculo não é algo estático senão essencialmente dinâmico”.

Nesse sentido, como relembra Teresa Ancona Lopez, “a distinção entre esses dois tipos de obrigações é atribuída a *Demogue*, que a formulou incidentalmente ao tratar do problema da repartição do ônus da prova em matéria de obrigações contratuais”¹¹⁰.

Inegavelmente, contudo, a anterior situação de privilégio em favor do profissional que podia esperar que lhe fosse imputada eventual responsabilização por danos causados apenas no caso de eventual inadimplemento de uma obrigação de meios vem progressivamente se atenuando. Nesse sentido, razão tem Enrico Quadri quando afirma que

fruto de equívoco, em suma, tende a ser já considerada a ideia segundo a qual a exclusão do conteúdo da obrigação da promessa de “resultado” comporte, enquanto tal, a consequência da adequação da responsabilidade do profissional a critérios diversos (e menos rigorosos). E, não por acaso, nos mais recentes tratados, o critério da distinção entre as diversas prestações médicas, essencialmente aos fins da reconstrução do regime probatório do inadimplemento, abandonado aquele da referência ao “resultado” enquanto tal, como conteúdo (ou menos) da própria prestação, vem sendo pesquisado (sobretudo mais flexivelmente) em outros lugares¹¹¹.

Portanto, o que devemos concluir é que a distinção entre as obrigações de *meio* e de *resultado* continua a oferecer critérios úteis à determinação acerca de a quem caberá o ônus de demonstrar a veracidade ou não das alegações feitas pelo autor de uma ação judicial que vise a reparação de eventuais danos causados em virtude do atendimento médico prestado: se para agente de saúde ou para o destinatário direto ou indireto desse mesmo atendimento¹¹².

¹¹⁰ Cf. *O dano...*, cit., p. 53. Também na Itália, a questão da prova é indicada – e, como dissemos, de maneira apropriada – como sendo um dos aspectos mais relevantes na justificação da referida distinção. É o que destaca ENRICO QUADRI (ob. cit., p. 143), para quem “uma similar qualificação, por outro lado, parece incidir de modo pouco (e sempre menos) relevante sobre a delimitação dos critérios e dos níveis de responsabilidade médica, tendendo a exaurir o próprio encaminhamento, mesmo que indiscutivelmente decisivo, da prova”.

¹¹¹ Ob. cit., p. 146.

¹¹² Nesse sentido, cf. RICARDO LUÍS LORENZETTI (ob. cit., t. II, p. 9). Já para GUIDO ALPA (ob. cit., p. 237), “a distinção entre obrigações de meio e obrigações de resultado concerne à medida da responsabilidade, ou seja, não tanto o controle da diligência empregada na execução da prestação, mas o controle da exigibilidade da prestação. Em outros termos, se for suficiente ter empregado os meios necessários ditados pela diligência profissional, ou então, deva-se garantir a satisfação integral do interesse creditório, qualquer que tenha sido o esforço ao qual se submete o devedor. Após diversos contrastes da doutrina e na jurisprudência, está se delineando uma linha prevalente na qual, além da distinção de caráter geral, insiste-se sobre a particular

Além de indicar a quem cabe o encargo, a identificação quanto a ser a obrigação *de meios* ou de *resultados* pode oferecer critérios para que se delimite, igualmente, o que *deve ser provado*. Assim, vinculando-se ao *resultado* a atuação do devedor, a demonstração deverá ser feita no sentido de que o objetivo não foi alcançado, dirigindo-se as provas nesse sentido. Sendo, por outro lado, alegada uma falha da *execução* do atendimento médico, cumpre esclarecer o que ocorreu *durante a consecução do processo*, já que o objetivo final não é o ponto central dessa análise.

Essa utilidade, contudo, não significa suficiência e adequação de tais construções teóricas para que sejam aplicadas indistintamente em todos os casos nos quais a atuação do agente de saúde deva ser apreciada, nem para que seja identificada de um modo único e predeterminado a atribuição do ônus da prova às partes envolvidas na relação jurídica instaurada por conta de um atendimento médico.

Na verdade, cada situação deverá ser avaliada em suas circunstâncias concretas, de modo a ser identificada a natureza da obrigação assumida pelo agente nas relações vinculadas ao *direito da saúde* e, assim, delimitadas as suas reais responsabilidades naquele caso específico.

Em regra, todavia, pode-se admitir que devam permanecer qualificadas como *obrigações de meios* as que, em geral, vinculam-se ao exercício da Medicina, ainda que sujeitas às crescentes exceções que vêm sendo admitidas pela jurisprudência.

natureza da culpa, e substancialmente se alinha – nos conteúdos – à posição de quem entende exigível, por parte do médico, somente uma prestação de meios. A questão se coloca, dentre outras, para as intervenções de cirurgia estética, as quais não são dirigidas à terapia do paciente e a remediar o seu estado de saúde ou realmente a salvar-lhe a vida, mas são sobretudo desenvolvidas a melhorar a sua aparência, a eliminar defeitos etc. Se o resultado não é obtido e se em seguida da intervenção a posição originária tenha permanecido invariada, ou mesmo piorado, pode-se imputar a responsabilidade ao médico? Alguns casos oferecidos pela jurisprudência ilustram os termos concretos da questão e indicam como neste particular setor o comportamento clínico do médico acompanha-se da obrigação de informar o paciente dos êxitos da intervenção”.

Capítulo 6

O CONSENTIMENTO INFORMADO

6.1 A noção de *consentimento informado*

No que se reconhece como sendo uma consequência direta das novas posturas exigidas dos agentes vinculados ao *direito à saúde*, em especial no tocante à prestação dos serviços vinculados à realização de tal direito, um instituto destaca-se de maneira marcante, justamente o que é denominado o *consentimento informado*¹¹³.

¹¹³ Denominação essa que, todavia, recebe objeções de alguns autores. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES (Consentimento informado e intervenção médica, in: *Direito da medicina I*, p. 31) considera-a “expressão, a todas as luzes, minimalista e redutora, proveniente da designação anglo-americana *informed consent*, que com vantagem deveria ser traduzida por ‘consentimento esclarecido’ ou, melhor ainda, por consentimento livre e esclarecido. Na verdade, a manifestação de concordância do portador do bem jurídico, que é o paciente com a intervenção ou tratamento médico, para ser válida, pressupõe não apenas uma simples informação, mas um verdadeiro e tão completo como possível esclarecimento, decorrente de um dever especial e funcional do médico (o *arztlche* ou *klärungsprlicht* na expressão alemã) de prestar ao seu paciente esclarecimentos com lealdade, em linguagem acessível e apropriada ao seu estado sobre os meios de diagnóstico, inconvenientes, diagnóstico estabelecido, prognóstico, tratamentos indicados, alternativas terapêuticas, efeitos colaterais etc.”. Contudo, a despeito dessas ponderações, trata-se de denominação já difundida e aceita usualmente, bastando por si só para indicar o seu real significado. Como exemplo dessa difusão temos, na Argentina e de acordo com RICARDO LUÍS LORENZETTI (ob. cit., t. I, p. 90), que “a doutrina argentina admite majoritariamente que entre o médico e seu paciente se celebre um contrato e que o consentimento é um elemento estrutural deste último. O projeto de reformas do Código Civil elaborado pela Comissão designada pelo Poder Executivo Nacional dispõe que: “ninguém pode ser submetido sem seu consentimento a exames ou tratamentos clínicos ou cirúrgicos, qualquer que seja a sua natureza, salvo disposição legal em contrário (art. 120). A norma projetada tem uma grande transcendência. Trata-se de consagrar um ‘direito da personalidade’, porque está colocada no Título VII, que leva esse nome, e não um mero consentimento contratual”. Assim também ocorre na generalidade dos outros ordenamentos jurídicos. Segundo esclarece JOÃO VAZ RODRIGUES (ob. cit., p. 29 e s.), “a expressão *informed consent* foi introduzida nos EUA numa decisão proferida por um Tribunal da Califórnia em 1957, muito embora, dois anos antes, a *Supreme Court* da

Carolina do Norte tenha qualificado como conduta negligente de um cirurgião a ausência de explicação dos riscos envolvidos numa intervenção cirúrgica. Esta última decisão, pelo seu teor, é citada como a primeira de um conjunto que marcou a transição de um conceito misto de conveniência e necessidade da obtenção do consentimento do paciente para a construção doutrinária do conceito de consentimento informado, como verificação necessária e prévia da intervenção médica. Todavia, a sentença que historicamente consagrou o direito de autodeterminação sobre o destino do próprio corpo por parte de um adulto consciente foi proferida pelo Juiz Benjamin Cardozo no caso *Schloendorff versus Society of New York Hospital* (1914), onde se afirma 'every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body'. Esta decisão é reputada por alguns autores como o embrião da doutrina do consentimento informado, ao configurar o paciente como um indivíduo livre e autônomo a quem se reconhece a liberdade de tomar as suas próprias decisões. A partir daqui formou-se uma corrente jurisprudencial que firmou os deveres de pedagogia e respeito pela necessidade de obtenção da autorização do paciente previamente a qualquer intervenção médica invasiva, seja para proveito próprio ou alheio, seja para diagnóstico, para prognóstico ou para terapia. O papel da jurisprudência no desenvolvimento e aplicação da doutrina do consentimento informado é muito significativo (...). Assim, a partir de 1975, os Estados americanos vão progressivamente adotando legislação que reflete a doutrina do consentimento informado. Por tudo isto é natural que nos EUA se verifique um enorme investimento doutrinário sobre esta matéria do consentimento informado, comprovado pela existência de bibliografia quase 'inesgotável' sobre o assunto. Contudo, é também dos EUA que surge um preocupante 'fundamentalismo' sobre os deveres dos médicos, que veem a sua atuação ser minuciosamente perscrutada em busca da mais ligeira negligência que permita interpor uma ação de indenização. Esta responsabilização dos médicos acaba por se transformar numa faca de dois gumes: numa das faces reside um grande profissionalismo e um tendencial desempenho técnico irrepreensível; na outra reside o perigo da prática de uma medicina adequada a evitar possíveis procedimentos judiciais excessivamente rodeada de precauções e em que, compreensivelmente, os riscos não são assumidos pelos médicos. É o que adiante apelidaremos de medicina receosa, também conhecida por medicina defensiva. Preferimos reservar a expressão medicina defensiva para designar o conjunto de intervenções médicas destinadas a evitar futuras medidas invasivas ou intervenções mais drásticas em sede de terapia agressiva para a esfera físico-psíquica do paciente. Em Inglaterra, a obtenção do consentimento do paciente para a intervenção médica é o objeto da atenção jurisprudencial desde muito cedo. Com efeito, a necessidade de obter a colaboração do doente foi desiderato da sentença proferida na segunda metade do século XVIII (1767), no caso *Slatter versus Baker & Stapleton*. Existe, porém, quem conteste o caráter pioneiro desta sentença inglesa, por traduzir uma acidental referência ao consentimento do doente, quanto mais não fez do que reforçar o paternalismo da atuação médica de então. Atualmente, vários autores partilham a opinião de que a doutrina do consentimento informado não tem sido subscrita pela jurisprudência inglesa com o desenvolvimento que tem merecido noutros ordenamentos. Estas críticas advêm fundamentalmente do fato de os arestos que versam sobre a responsabilidade por intervenções médicas nada ou deficientemente esclarecidas terem merecido a compreensão de uma leitura iluminada pelos padrões médicos de

atuação. A jurisprudência sul-africana e a jurisprudência australiana refletem a significativa influência da jurisprudência inglesa no que concerne aos critérios de avaliação da necessidade de obtenção do consentimento informado. E a jurisprudência escocesa acolheu já a doutrina do consentimento informado do paciente, impondo ao médico um dever de fornecer a informação na justa medida do que seja adequado informar, à semelhança inglesa, tal como o faria um médico razoável. Na Alemanha, como reação às experimentações levadas a cabo em seres humanos nos campos de concentração nazistas no decurso da Guerra Mundial, foi formulado durante os julgamentos de Nuremberg (1947) um Código (que acabou por ficar conhecido pelo nome daquela cidade) onde ficou consagrada expressa e claramente a doutrina do consentimento informado – o primeiro dos dez princípios aí enunciados exige quatro requisitos fundamentais (e atuais) para o consentimento: ser voluntário; dado por quem seja capaz; após ter sido informado; e encontrando-se esclarecido. Aliás, na Alemanha, já desde 1931 existia legislação na qual, em matéria de experimentação humana para a utilização de novas terapias, se exigia o prévio consentimento esclarecido do visado. A lei constitucional alemã (*Grundgesetz*), desde 1949, garante uma forte proteção dos direitos da personalidade e dignidade. Em Itália, também as fontes do consentimento informado se encontram, desde logo, nas normas constitucionais que consignam os princípios fundamentais de proteção da vida, da integridade física, da saúde e da dignidade da pessoa humana (arts. 2, 13 e 32 da Constituição italiana). A Lei Civil reflete igualmente a proteção da integridade físico-psíquica, existindo ainda legislação avulsa sobre questões da bioética. A doutrina confere uma significativa importância às regras deontológicas, de onde se retira o preenchimento dos deveres da atuação profissional dos médicos. Estes deveres são relevantes para a aferição do cumprimento das normas aplicáveis à relação estabelecida entre o médico e o paciente, em termos da lei constitucional, penal e civil. A jurisprudência italiana – tal como a francesa – parece ser avessa a individualizar os bens jurídicos protegidos, designadamente a autonomia da vontade do paciente. Deste modo, a responsabilidade do agente médico é assacada, não exclusivamente à matéria do consentimento, mas à verificação simultânea da falta ou defeito do consentimento e à negligência daquele agente na concreta atuação. Em França, no fim do século XIX, foi também através da jurisprudência que se afirmou pela primeira vez a necessidade da obtenção do prévio consentimento do paciente como dever do médico para realizar uma intervenção. (...) Em Espanha, segundo a doutrina, a figura do consentimento informado tem decorrido da consagração constitucional do dever do respeito pela dignidade da pessoa e do direito à integridade física. Estes direitos fundamentais protegem integralmente a pessoa – enquanto ser racional, unidade inseparável de atributos físicos, psíquicos e morais que se devem conservar no seu estado natural. A questão do consentimento merece a atenção da jurisprudência espanhola desde, pelo menos, 1959, ano em que foi proferida uma decisão sobre esta matéria pelo Supremo Tribunal. A doutrina do consentimento informado e esclarecido para a prática de um ato médico deriva, no ordenamento jurídico português, da proteção dos direitos especiais de personalidade: do direito à integridade físico-psíquica com o qual se relaciona o exercício da liberdade de vontade (autodeterminação); e decorrem, antes do mais, do texto constitucional, atenta a proteção do direito à integridade da pessoa prevista no art. 25 da CRP, proteção que se estende ao desenvolvimento da personalidade". Especificamente na Itália, PAOLO MARIOTTI, GIANLORENZO MASARAKI e RENATO RIZZI (ob.

Tal ideia deriva, fundamentalmente, de um amplo e geral *dever de informar*, comum a diversos ramos do direito e que foi de modo pioneiro sistematizado, em nosso ordenamento jurídico, na regulamentação das *Sociedades Anônimas*¹¹⁴.

cit., p. 7) informam que “a Corte Constitucional (art. 32) estabelece que ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário se não por disposição de lei. Na prática, o artigo sanciona a necessidade do consentimento para todos os tratamentos sanitários. Mas que coisa se entende mais especificamente com a expressão ‘consenso informado’? Como deve ser manifestado este consenso? E qual é a disciplina do consenso em nosso país e em alguns Estados comunitários e extracomunitários? O consentimento, entendido como livre manifestação da vontade do paciente a um tratamento sanitário, é o fundamento para que o tratamento sanitário possa ser considerado legitimado. A manifestação do consenso depende do tipo de cura à qual vem subordinado: se não apresenta riscos particulares, o consentimento pode se entender implícito na relação de confiança que liga médico e paciente; se, ao invés, as curas podem comportar riscos ou uma permanente diminuição da integridade física do paciente, não é admissível um consenso implícito, mas ocorre que a aceitação do tratamento médico seja explícita e livremente manifestada pelo paciente”. Ainda sobre o ordenamento jurídico italiano, ETTORE PROTETTI e CARLA PROTETTI (*Medici e biologi nella giurisprudenza*, cit., p. 193) esclarecem que “o consentimento do paciente às intervenções cirúrgicas ou diagnósticas por parte do médico foi objeto de exame, além da jurisprudência, também por parte da doutrina. É apenas o caso de recordar que o art. 5º do CC estabelece que os ‘atos de disposição do próprio corpo são vedados quando causem uma diminuição permanente da integridade física ou quando sejam por outro lado contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes’. Como se revela em sede de projeto preliminar ao Código Civil, o problema da inserção de tais normas tem começado por considerações que existem também no campo do direito privado, numerosos contratos nos quais a pessoa dispõe do próprio corpo. (...). Os princípios de *Hipócrates*, antigos de milênios, estão já superados pela maturidade do paciente em conhecer as desgraças desta época e a querer decidir por si só sobre a necessidade de uma intervenção que, mesmo sendo perfeitamente executada, causaria lesões físicas tais que subjetivamente qualquer paciente deve sozinho avaliar. Já foi a propósito destacado que, se os casos excepcionais e de urgência não subsistam, somente o paciente tem direito de manifestar a própria vontade em relação à própria vida e à própria integridade física, no caso de intervenção cirúrgica. Nem vale sustentar a inoportunidade de dar a conhecer ao doente o estado de sua doença, porque, se é necessário fornecer ao paciente os elementos adequados, de modo a que possa decidir, o médico tem a obrigação de informar ao paciente que poderá, com uma cognição de causa, decidir se exprime ou não o seu consentimento à intervenção”.

¹¹⁴ De fato, os arts. 157 e s. da Lei 6.404, de 15-12-1976, buscaram determinar, de maneira concreta, quais seriam os deveres de informar a serem atribuídos aos administradores das companhias, dando corpo legal, assim, à chamada *boa-fé objetiva* – conhecida como regra de conduta –, atribuída àqueles que desempenham tais funções administrativas, fazendo-o, portanto, em favor dos acionistas de uma sociedade organizada sobre essas regras previstas para essa modalidade. Posteriormente, a

Sua localização original estaria no âmbito da responsabilidade *pré-contratual*, que veio a adquirir contornos específicos no tocante à prestação de serviços médicos.¹¹⁵ Todavia, entende-se que esse dever lateral persiste durante toda a fase de atendimento médico, estendendo-se mesmo para os períodos pós-contratuais.

Lei 8.078, de 11-9-1990 (o Código do Consumidor brasileiro), veio a definir como um dos *direitos básicos do consumidor* “(...) III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

¹¹⁵ Neste ponto e como elucida EVA SÔNIA MOREIRA DA SILVA (*Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 17 e s.), “Na sequência do seu desenvolvimento doutrinário, os ordenamentos jurídicos continentais têm vindo a acolher a figura da responsabilidade pré-contratual, embora de diferentes formas. O Código Civil italiano consagrou-a através de uma norma legal que trata o instituto em termos gerais (o art. 1.337), tal como fez o Código Civil português (no art. 227, que se aproxima em muito do seu predecessor italiano). Contudo, ordenamentos como o francês e o alemão apenas contêm uma norma criada doutrinária ou jurisprudencialmente, tendo-se o legislador limitado a disciplinar algumas hipóteses de *culpa in contrahendo*”. Vincula-se, sobretudo, à ideia de *boa-fé*, prevista atualmente no Código Civil brasileiro em seu art. 422, no tocante à execução e conclusão dos contratos e, segundo entendemos, também na fase que antecede a sua concretização. Ainda segundo a referida autora (ob. cit., p. 39 e s.), “o ordenamento português utiliza o princípio da *boa-fé* para consagrar a responsabilidade pré-contratual. E a *boa-fé* que a lei aqui consagra é a *boa-fé* enquanto ‘princípio norteador de conduta das partes’, um padrão objetivo de comportamento, ou seja, a *boa-fé* em sentido objetivo como princípio geral de direito, portanto como regra de conduta. Não estamos aqui perante o conceito da *boa-fé* em sentido subjetivo, como podemos encontrá-lo em muitas outras normas do Código Civil, onde o que releva é o estado de ignorância do sujeito, concedendo-lhe a lei precisamente graças à sua *boa-fé* um tratamento mais favorável. Aqui, a *boa-fé* ‘engendra uma norma jurídica completa (...). Todas as pessoas, todos os membros de uma comunidade devem comportar-se de *boa-fé* nas suas relações recíprocas’, o que implica que devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações. Determinar com precisão o seu conteúdo e contornos é tarefa vã. Trata-se de um conceito elástico, a determinar, muitas vezes, em face do caso concreto, implicando, para tal, a mediação concretizadora da aplicação do direito, aplicação aonde a atuação do juiz vai ganhando cada vez mais valor em detrimento de um direito rígido e inoperante. É um princípio normativo que exige que as partes se comportem de forma honesta, correta, leal. (...) Podemos encontrar, como foi dito, responsabilidade pré-contratual tanto no caso de interrupção das negociações como no caso do contrato vir a celebrar-se embora padecendo de vícios ou sofrendo de invalidade devido à verificação de determinadas circunstâncias, bem como no caso de o contrato ser perfeitamente válido e eficaz, mas, tal como foi celebrado, venha a provocar danos a uma das partes. Em qualquer destas situações, podemos ter como causa dos danos um fato culposo da contraparte nas negociações

que viole o dever de informação a que esta se encontrava adstrita. Decisivo para que nasça a obrigação de indenizar é tal comportamento (ativo ou passivo) ser censurável à luz do princípio da boa-fé. Segundo a doutrina francesa, a regra de que cada contraente deve informar-se por si próprio (*emptore debet esse curiosus* – o comprador deve ser curioso) já não é válida. Já não nos encontramos numa sociedade liberal. A desigualdade econômica pode prejudicar o equilíbrio do contrato. A jurisprudência francesa foi sensível a estas considerações e à ideia de que é preferível prevenir que remediar. Assim, tem imposto progressivamente a obrigação pré-contratual de informar, baseando-se na noção de boa-fé. A doutrina francesa entende que, numa sociedade onde predominam a independência e a responsabilidade, parece natural defender que cada um tome conta dos seus interesses sem esperar auxílio de outrem, muito menos da contraparte. Contudo, a lealdade que deve presidir à formação do contrato parece comandar que, quando se detenha uma informação que possa influenciar a decisão do parceiro contratual, lha comunicamos espontaneamente. A tentativa de reequilibrar a situação daqueles cuja capacidade real de se autoinformarem é limitada conduziu a que sob determinadas circunstâncias a obrigação de se informar desse lugar à obrigação de informar. Contudo, há correntes doutrinárias contemporâneas sobre o contrato que vão mais longe e defendem que a liberdade deve ceder lugar à justiça contratual. A cada uma das partes seria de exigir uma ampla consideração dos interesses da contraparte, pois o contrato é concebido como uma relação jurídica fundada na cooperação e na solidariedade. Este modo de fundamentação dos deveres pré-contratuais de informação, a que *Fleischer* chama de *Welfarstusch Begeindungsmuster* e que denominaremos ‘modelo socializante’, contrapõe-se ao modelo liberal. Neste, os devedores pré-contratuais da informação devem ser a menor intromissão, a menos agressiva ou gravosa no mercado, existentes apenas quando necessárias e suficientes para equilibrar os déficits de experiência e de conhecimento. Assim, parece-nos correta a posição dos autores alemães. Os autores alemães não deixam de apontar que a regra será a de inexistência de um dever geral de informação pré-contratual, uma vez que este é incompatível com a natural oposição de interesses entre as partes. Entendemos por ‘dever geral de informação’ o dever de informar a contraparte sobre todas as circunstâncias relevantes, relativas ao negócio em causa, que esta desconheça. Ora, a não revelação de uma informação não é sempre ilícita ou desleal, pois, em princípio, cada contraente deve cuidar, ele próprio, das informações relevantes para o contrato. Este dever só existirá se a contraparte puder legitimamente esperar a informação pré-contratual por esta ser conforme a boa-fé e as concepções dominantes do comércio jurídico. Assim, mesmo que as partes persigam interesses opostos, como é normalmente o caso, haverá o dever de esclarecer a contraparte sobre as circunstâncias que podem frustrar o fim do contrato e que, por isso, são de especial significado para a sua decisão, desde que a contraparte possa esperar a sua comunicação em conformidade com as concepções dominantes do tráfico. Ou seja, em princípio, não existirá um dever pré-contratual geral de informação: só relativamente a determinados elementos e dentro de determinadas circunstâncias. Parece-nos que esta posição vai de encontro ao espírito da lei portuguesa e à sua coerência interna, como sistema jurídico. O dever de informar só existirá quando o princípio da boa-fé o impuser. Concluimos, assim, que não se é obrigado a informar tudo. O vendedor não é obrigado a informar o comprador de que, na semana seguinte, devido ao aumento da oferta do produto que está prestes

Sendo assim, as ideias referentes ao *consentimento informado* fundam-se, em última análise, no reconhecimento da natureza propriamente *contratual* que envolve a maioria das relações vinculadas aos cuidados com a saúde e às responsabilidades daí derivadas, tal como reconhecida de modo majoritário pela doutrina¹¹⁶.

a vender-lhe, este vai descer de preço. Não é obrigado a confessar-lhe que na loja ao lado o mesmo produto se encontra a melhor preço. Pode elogiar a sua mercadoria, mesmo sabendo que esta não é, efetivamente, a melhor quando tal é patente aos olhos do comprador. Porque, a entender-se um dever de informação com esta amplitude, um dever de informação com um carácter geral, cercearíamos as possibilidades das partes, autonomamente, competirem entre si. É óbvio que, em qualquer negociação, as partes se esforçam por ganhar vantagens, por prosseguir os seus interesses. E a lei não é assim tão ingênua que acredite, sequer, na conveniência de obrigar as partes a agir ‘nas suas relações como se estivessem em graça de santidade ou em postura de permanente confissão’, como expressamente diz Antunes Varela. Se, por um lado, é necessário ponderar a necessidade de solidariedade imposta pelo princípio da boa-fé, por outro não podemos votar ao esquecimento a necessidade de deixar às partes uma margem de autonomia. É a competição existente devido à contraposição inegável de seus interesses que ‘alimenta o impulso do sistema’.

¹¹⁶ A doutrina, contudo, observa essa opção com reservas. É o que se verifica, por exemplo, pelas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA (*Temas de direito da medicina*, p. 61 e s.), para quem “é necessário começar por verificar que a atividade médica se desenvolve cada vez mais dentro de uma estrutura jurídica diferente do tradicional contrato. Se o esquema contratual ainda serve para governar a atividade de um médico isolado ou de uma clínica particular (apesar das dificuldades que se suscitam, designadamente no que respeita à relação de subordinação eventual de médicos em face de administradores, dos auxiliares, que interessa para definir a responsabilidade extracontratual pelos atos dos auxiliares ou, no caso que agora nos ocupa, para saber se o médico tem de aceitar os termos fixados pela administração para fornecer a informação e obter o consentimento informado), parece evidente que aquele esquema jurídico já não serve para enquadrar a atividade médica dentro de um hospital público. Aqui, segundo a doutrina dominante, a relação que se estabelece é de ‘serviço público’, não se dizendo que o utente faz um contrato com o médico que o assiste, nem sequer com a instituição a que recorre (embora haja quem defenda que pode e deve haver um contrato para se colherem as vantagens que o regime da responsabilidade contratual traz ao doente). Há, pois, uma estrutura jurídica variada, que diverge da simplicidade do quadro contratual histórico. E é preciso saber se esta diversidade de estrutura jurídica influi na necessidade de obter o consentimento informado, e nos termos usados para o obter. Poderíamos supor que a necessidade de obter o consentimento informado – legitimador das várias fases da intervenção – resulta do contrato, emerge da relação contratual estabelecida como um dos seus requisitos ou um dos seus efeitos. Na verdade, a intervenção médica produziu-se sempre nos termos de um contrato mais ou menos elaborado, consoante o próprio desenvolvimento geral das técnicas contratuais, por um lado e consoante o desenvolvimento histórico da cidadania e das relações particulares, por outro lado. E mesmo que tenhamos de

6.2 O consentimento informado como um dever lateral do atendimento médico

Sendo assim, o *consentimento informado* constitui-se num *dever lateral*¹¹⁷ do atendimento médico, relacionado com aquelas obrigações principais,

admitir novas formas de intervenção norteadas pela ideia de serviço público, podemos dizer que as técnicas jurídicas de direito público se inspiraram frequentemente no direito contratual, e também podemos reconhecer que os próprios médicos nunca abandonaram a visão contratualista da sua atividade, pois essa visão privatista e contratualista está mais próxima da clássica relação entre o médico e o doente que hoje, para além do peso que resulta de ser o modo de intervenção tradicional, é também uma espécie de bandeira dos profissionais da medicina contra a inevitável e crescente despersonalização da sua atividade. Além disso, a relação contratual parece ser a que quadra mais nitidamente com a obtenção do esclarecimento do doente. Na relação singular típica, o doente procura o médico – conferindo-lhe com este gesto a legitimidade inicial para o observar e a obtenção do consentimento para desenvolvimentos seguintes da atividade constitui um passo natural na execução continuada do contrato. Este caráter paradigmático do contrato, esta íntima relação entre a prestação do consentimento informado e a estrutura contratual típica, teria o ‘risco’ de se poder tirar a ilação de que, na falta de uma relação contratual típica, não haveria o fundamento jurídico para a exigência do consentimento que se acrescentasse à mera exigência deontológica ou moral. E o risco seria tanto maior quanto aumentam as formas de intervenção médica do quadro de serviços públicos à margem da estrutura contratual tradicional. Para evitar este entendimento contratualista do dever de obter o consentimento informado, é necessário afirmar que este dever se funda ‘no direito à integridade física e moral de cada indivíduo, constituindo uma das facetas mais relevantes da sua proteção – tanto mais relevante quando se vão generalizando, na sociedade atual, técnicas médicas invasivas e sofisticadas. Ora, os direitos fundamentais do indivíduo nascem com ele e opõem-se a todos os outros cidadãos que se encontram em contato potencial com a esfera jurídica protegida. Sendo assim, o dever do médico de não praticar atos clínicos sobre uma certa pessoa nasce e existe antes de qualquer contato individual com o doente concreto, antes de se ver esboçada qualquer relação contratual’.

¹¹⁷ De acordo com as lições de ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO (ob. cit., p. 604 e s.), quanto aos ditos *deveres acessórios de proteção*, “por eles, considera-se que as partes, enquanto perdure um fenómeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenómeno, sejam infligidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios. Os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrência que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir. O campo mais produtivo no domínio do dever de esclarecimento é o dos contratos de prestação de serviços médicos, utilizáveis como exemplares. O âmbito do dever médico de esclarecimento estende-se aos efeitos típicos das terapêuticas prescritas, não a todos os efeitos possi-

concernentes à realização do tratamento indicado pela melhor conduta e à organização do processo clínico. Ademais, coexiste o dever de obtenção do *consentimento informado* com outros deveres laterais que são próprios a tais atividades, como, por exemplo, a garantia do sigilo quanto a questões afeitas ao paciente ou aquele da necessária comunicação aos órgãos públicos, quando constatada a existência, em algum paciente, de moléstias com potencial epidêmico.

Representa a obtenção do *consentimento informado*, portanto, o dever do agente de saúde de informar, confirmar o esclarecimento e de obter o consentimento do paciente para a realização de cada um dos diversos procedimentos indicados para o tratamento em curso¹¹⁸.

Envolvem a abrangência dessa noção tanto as relações do paciente com o médico, com o enfermeiro ou com qualquer outro agente de saúde, como também aquelas estabelecidas entre o paciente e as pessoas jurídicas relacionadas ao atendimento médico, sejam elas operadoras de planos de saúde ou se seguros, hospitais, clínicas ou qualquer outra entidade assemelhada.

6.3 O consentimento informado como expressão de um direito da personalidade do paciente

Com a imposição de que seja obtido tal *consentimento informado*, o objetivo visado é, sobretudo, a garantia de respeito a um verdadeiro e próprio

veis que estas possam acarretar; varia, ainda, em profundidade consoante a inteligência e os conhecimentos do paciente e as necessidades do caso. Jurisprudência mais recente alargou o dever de esclarecer dos médicos veterinários. Os deveres acessórios de lealdade abrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. Com esse mesmo sentido podem ainda surgir deveres de atuação positiva. A casuística permite apontar, como concretização dessa regra, a existência, enquanto um contrato se encontra em vigor, de deveres de não concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro, de sigilo em face de elementos obtidos por via da pendência judicial e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte e de atuação com vista a preservar o objetivo e a economia contratuais. Estes deveres hão de imputar-se à boa-fé e não ao próprio contrato em si, quando não resultem apenas da mera interpretação contratual, mas antes das exigências do sistema, face ao contrato considerado”.

¹¹⁸ Cf. JOÃO VAZ RODRIGUES (ob. cit., p. 23). Aprofundando a análise da questão, GUIDO ALPA (ob. cit., p. 248) esclarece que, “no que se refere à relação médico-paciente, a despersonalização da relação trouxe a necessidade de uma maior informação do cliente: a expressão do consentimento é considerada exercício dos direitos de liberdade e é coligada com a realização do direito à saúde”.

direito da personalidade do paciente, protegendo, em especial, a sua liberdade e o respeito à sua intimidade, identificadas na possibilidade de que, eventualmente, possa ser por ele recusada a realização de uma intervenção de natureza médica proposta e com a qual não concorde – por razões éticas, religiosas, pelo receio das consequências, como o risco de sequelas ou por qualquer outro motivo, declarado ou não –, mesmo que exista efetiva e consistente recomendação técnica para que se realize o tratamento proposto pelo especialista que o acompanha¹¹⁹.

Nesse sentido, a necessidade de que seja obtido o *consentimento informado* do destinatário dos cuidados médicos significa que lhe são previamente garantidas, dentre outras, as faculdades de escolher os recursos médicos disponíveis, de recusar um tratamento proposto e de ter conhecimento prévio acerca dos riscos e das consequências que advirão de uma determinada intervenção clínica, cirúrgica ou laboratorial, ou então da própria ausência de sua consecução.

Como afirma Alfredo Jorge Kraut,

o paciente lúcido e autônomo tem a possibilidade de *negar*. Essa atitude do enfermo pode afetar seu próprio interesse e o de terceiros (familiares, médicos, entidades assistenciais). Não cabe, todavia, neutralizar sua oposição pela força, nem por autorização judicial. A negativa do paciente tira legitimidade do ato médico: o ato compulsivo frente à postura negativa implica antijuridicidade. O tema raras vezes acaba por estar claramente definido, senão que se bifurca pelos sinuosos campos da complexa realidade própria da enfermidade e dos valores pessoais. Em síntese, a questão pode ser analisada a partir destes dois pontos de vista de fato diferentes: a) o enfermo lúcido com grave risco de afetação de sua saúde e perigos de morte: o direito a recusar é inquestionável, e b) os pacientes impossibilitados de expressar sua vontade ou

¹¹⁹ De acordo ainda com GUILHERME DE OLIVEIRA (ob. cit., p. 63 e s.), “o dever de obter o consentimento informado do doente funda-se num direito inato de personalidade e não depende na sua afirmação básica da estrutura contratual em que se pratique o ato médico. Nestes termos, está reconhecida no nosso sistema jurídico uma garantia de defesa da personalidade dos doentes, seja qual for a estrutura jurídica em que se desenvolve a prática do ato médico, não pode haver qualquer dúvida de que o cidadão que entra em contato com um médico está protegido na sua integridade física e moral, quer o médico exerça clínica privada, seja empregado de uma instituição de saúde particular ou seja funcionário de um hospital ou serviço do Estado. Em qualquer caso, a defesa do direito à integridade física e moral do cidadão impõe-lhe a obtenção prévia do consentimento informado. Em conclusão: A necessidade de obter o consentimento informado assenta na proteção dos direitos à integridade física e moral do doente. Esta proteção tem dignidade constitucional e enquadra-se no tipo de normas que gozam do privilégio da ‘aplicação imediata’, vinculando diretamente todos os sujeitos de direito público e privado”.

cuja aptidão psíquica possa ser questionada ou é inexistente: a negativa é irrelevante, deve recorrer-se a uma decisão substituta¹²⁰.

De fato, a importância do cumprimento desse dever de obtenção do consentimento informado é, hoje, reconhecida de modo generalizado nos ordenamentos jurídicos. Como atesta Enrico Quadri,¹²¹

no campo da responsabilidade médica, o elemento de mais marcada novidade surgido do debate doutrinário e na experiência jurisprudencial dos últimos anos é seguramente representado pela centralidade reconhecida à informação, como condição de validade do consenso legitimador da intervenção médica.

6.4 O *consentimento informado* como condição para o início do atendimento médico

Constitui-se, pois, a necessidade de autorização para o início de uma intervenção de natureza médica num exemplo importante das novidades que atingem, em especial, a ideia do *consenso* determinante da celebração de contrato que esteja de alguma forma vinculado ao atendimento médico.

No quadro em análise, o *consenso* do paciente não se pode fazer de modo inconsciente, mas deve, para que se considere realmente válido, ter sido precedido da necessária explicação, a ser prestada pelo agente de saúde, acerca das consequências que surgirão em virtude da realização ou não dos procedimentos médicos recomendados pelo agente de saúde.

Na verdade, o que deve ser admitido é que, também por esse prisma e no que diz respeito ao *direito à saúde*, a avaliação e interpretação dos contratos que nele se formam tal como inseridos na categoria geral, vinculada à unificação dos esquemas vinculados à formação do negócio, não deverão ser feitas de maneira rígida e limitadora, em especial no tocante à análise das fórmulas relativas à estrutura do *consenso* contratual.

O contrato médico, de fato, representa um exemplo claro no qual incidem aspectos próprios, indicados por Alessandro Somma e relacionados à específica questão do *consenso*, de modo que

a individualização da essência do contrato no *cum venire* parece certamente como o fruto de engano e especulação, inutilizáveis no curso de indagações que pretendam resistir ao fascínio do método dogmático. Porém, o modo com que os juristas pretenderam a cada vez representar a estrutura do *consenso* contratual, registrando a convivência dos resíduos de um costume cul-

¹²⁰ Ob. cit., p. 180.

¹²¹ Ob. cit., p. 133 e s.

tural em declínio com as pegadas das construções em via de afirmações, fornece elementos úteis a uma crítica do formalismo doutrinário¹²².

Assim, pois, para que consenso efetivo ocorra, não depende o destinatário do atendimento médico – no caso, o paciente – apenas de seus próprios meios para a compreensão dos problemas que a ele se apresentam. Na verdade, a explanação que lhe seja diretamente feita pelo médico ou então dirigida ao seu representante deverá ser clara e verdadeira, capaz de fornecer todos os elementos suficientes para que seja facultado a esse paciente, somente então, exprimir uma manifestação consistente de vontade e destinada a autorizar ou não a realização do procedimento proposto¹²³.

É o que confirma João Vaz Rodrigues,¹²⁴ para quem

essa necessária obrigação do consentimento, expressa ou tácita, deverá ser sempre resultante de um processo dialógico de recíprocas informações e es-

¹²² Ob. cit., p. 41.

¹²³ Como esclarece GUILHERME DE OLIVEIRA (ob. cit., p. 66 e s.), “parece natural admitir que a execução do imperativo de obter um consentimento informado possa revestir várias formas, consoante a estrutura jurídica concreta em que pratica o ato médico. Esta flexibilidade, ditada pela ausência de modo formal imposto por lei, não pode deixar de garantir que a informação seja ‘suficiente’ para que o consentimento se possa considerar esclarecido. O adjetivo ‘suficiente’ é propositadamente ambíguo. Define-se apenas o princípio, deixando aos agentes concretos a adequação dele às particularidades de cada caso. No máximo poder-se-ão enunciar alguns critérios de aplicação: a) a informação, oral ou escrita, mais ou menos simplificada, tem de exprimir-se em linguagem corrente, em vez de empregar termos técnicos, cujo uso seria mais fácil para os médicos; b) os elementos informativos relevantes vão além daqueles que são julgados suficientes para caracterizar a intervenção, no âmbito interno do quadro de especialistas (o chamado padrão médico). Assim, os elementos relevantes serão, pelo menos, aqueles que uma pessoa média, no quadro clínico que o paciente apresenta, julgaria necessários para tomar uma decisão (o chamado padrão do doente médio); c) em rigor, a necessidade de informação deveria chegar a ponto de considerar aspectos irrelevantes para o comum dos doentes, mas que são importantes para o paciente concreto (padrão subjetivo do doente); d) entre o dever de informar e o dever de obter o consentimento, situa-se o dever de averiguar se o interessado entendeu as explicações que lhe foram dadas; sem a satisfação deste dever, nada garante que o consentimento foi realmente esclarecido, embora o médico tenha aparentemente cumprido a obrigação de informar; e) para cumprir honestamente os seus objetivos, o consentimento informado tem de ser prestado para cada ato médico, ao menos para cada conjunto de atos que constituam uma utilidade do ponto de vista dos riscos e das vantagens para o doente. A informação suficiente é um *requisito de validade do consentimento*. Provado que não foi prestada informação ou que ela foi insuficiente para sustentar um consentimento esclarecido, o consentimento obtido é anulado e o ato médico passa a ser tratado com um ato não autorizado”.

¹²⁴ Ob. cit., p. 26-27.

clarecimentos que a relação entre o médico e o paciente incorpora, para que este, numa tomada de posição racional, autorize ou tolere àquele o exercício da arte de prevenir, detectar, curar ou, pelo menos, atenuar as doenças.

Trata-se, sem dúvida, de instituto hoje compreendido como um dos mais relevantes inseridos no que se entende ser o *direito à saúde*¹²⁵ e, assim, uma expressão fundamental da liberdade do paciente, reconhecida, aqui também, como um direito inalienável¹²⁶.

Portanto, o consentimento informado representa, em regra, condição necessária para que se dê o início do tratamento, desde que possa ser manifestado de maneira real e eficaz pelo paciente ou por alguém que legitimamente o represente, atento aos seus interesses maiores.

Por outro lado, depende a utilidade desse consentimento à prévia informação que seja prestada ao médico ou a outro agente de saúde, necessária para que possam eles formular adequadamente as hipóteses diagnósticas e sugerir o procedimento recomendado no caso concreto¹²⁷.

¹²⁵ Ainda de acordo com GUILHERME DE OLIVEIRA (ob. cit., p. 59-60), “começa por ser difícil precisar em que épocas e até que ponto os médicos se sentiam ‘moralmente ou deontologicamente’ obrigados a informar os pacientes sobre o seu estado e, esclarecidos sobre as terapêuticas, os riscos e as expectativas de curas. O que nos interessa neste quadro hesitante de conclusões históricas é que ninguém pretende que se tenha reconhecido, em épocas antigas, um verdadeiro direito do paciente que impusesse a recolha de um consentimento informado. Quer se acredite que a intervenção médica desprezou, de um modo radical, a vontade do doente ou, pelo contrário, que as intervenções foram naturalmente temperadas e concertadas pelo respeito humano ou pela necessidade prática de colaboração, parece seguro afirmar que só muito recentemente se estabeleceu a necessidade de obter um consentimento informado e prévio, como um modo de respeitar um verdadeiro e próprio direito do paciente”.

¹²⁶ Nesse sentido, GUIDO ALPA (ob. cit., p. 248) afirma que, “no que se refere à relação médico-paciente, a despersonalização da relação trouxe a necessidade de uma maior informação do cliente: a expressão do consentimento é considerada exercício dos direitos de liberdade e é coligada com a realização do direito à saúde”.

¹²⁷ Como esclarece JOÃO VAZ RODRIGUES (ob. cit., p. 224-225), “o direito do médico obter as informações necessárias e as convenientes para exercer a sua atividade decorre da reciprocidade própria da relação que estabelece com o paciente e, muito especialmente, de seu dever profissional de agir em auxílio de terceiros, de acordo com as *leges artis*. O direito de o médico obter informações do paciente tem por pressuposto o dever de o esclarecer para que este decida colaborar. Entre as consequências da falta de colaboração do doente, ou da sua colaboração deficiente, situam-se a impossibilidade de responsabilizar o agente médico por uma atuação técnica incorreta e a possibilidade de o médico recusar a assistência ou a prática de um ato médico, desde que não esteja em causa perigo para a vida, ou para a integridade física do paciente, ou inviabilizado o regular acompanhamento profissional do paciente por

São essas as duas perspectivas a serem adotadas, no tocante ao *consentimento informado*: deverá ser tal consentimento prévio obtido, desde que possível; e deverá ser prestado o atendimento, uma vez necessário. Tais abordagens não são excludentes entre si e fazem parte de um mesmo processo, cuja coordenação deverá ser buscada de maneira racional, visando à harmonização dos princípios vinculados à defesa da vida e ao respeito da liberdade individual¹²⁸.

Além disso, o consentimento deverá ser renovado a partir do início de cada fase do tratamento, ou seja, antes da intervenção médica e antes do período pós-operatório ou de convalescença, uma vez que se mostre indispensável ou adequada a atuação médica também nesses momentos, e que por ela possam ser geradas possíveis consequências ao paciente. Sendo assim, compreende a necessidade de tal autorização não apenas a intervenção cirúrgica propriamente dita, mas também qualquer procedimento de diagnóstico que possa, de alguma forma, redundar em resultados colate-

outro médico, pois nestas circunstâncias a recusa do médico não é possível sem consequências”.

¹²⁸ Essa é, de fato, uma questão recorrente e tormentosa para os juristas. RICARDO LUIS LORENZETTI (ob. cit. p. 97 e s.) informa, por exemplo, que “o direito constitucional argentino não esclarece as dúvidas entre a primazia de um ou de outro valor. A vida se protege de forma expressa através da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (ratificado aqui na Lei 23.054), em seu art. 4º, em forma explícita na Constituição argentina, incluindo a proteção da vida, da saúde e da integridade corporal. Por outro lado, a Constituição também protege a privacidade (art. 19), que alguns entendem que é similar ao *right to be alone*, ao direito de estar só, a optar pelo sistema de vida que se queira em uma sociedade pluralista. Por isso é que se assinalaram duas opiniões. 1) *A proteção da vida*. Para uma tendência, a proteção da vida é fundamental no direito argentino, derivando dela um direito/dever de curar-se. Ademais, é a solução recepcionada na jurisprudência argentina até poucos anos atrás, em decisões relativas à negativa ao tratamento de transfusão de sangue. 2) *A proteção da liberdade – ‘Viver com dignidade’*. Muitos autores pronunciaram-se em favor dos direitos dos pacientes lúcidos a se negarem a consentir a um tratamento”. Tratando desses casos excepcionais, JOÃO VAZ RODRIGUES (ob. cit., p. 278 e s.) reconhece, com razão, que “existem circunstâncias em que pode revelar-se pernicioso para o próprio paciente ou para terceiros condicionar a atuação médica à obtenção do consentimento. Tratam-se das exceções que delimitam o consentimento e se sobrepõem à proteção da liberdade, tornando indisponível, total ou parcialmente, o exercício da autonomia, por força de outros direitos fundamentais da personalidade, quer na própria esfera de interesses do paciente, como será por exemplo o privilégio terapêutico, que inibe essencialmente o esclarecimento devido ao paciente, quer de direitos sociais, na proteção da esfera de interesse de terceiros, por força da solidariedade social”.

rais indesejáveis ou que se mostrem capazes de provocar alguma seqüela relevante¹²⁹.

A manifestação de vontade do paciente, dirigida à realização do tratamento indicado pelo médico, à não consecução de tal intervenção ou até

¹²⁹ Sobre esse tema, ETTORE e CARLA PROTETTI (ob. cit., p. 194) sustentam que “o princípio, com base no qual o consentimento do paciente é necessário, quando o médico deve intervir mediante intervenção cirúrgica, ainda mais necessário se manifesta a exigência de consenso do paciente a uma intervenção diagnóstica arriscada. Em tal caso, o médico tem o dever profissional de tornar disso informado o paciente, de modo que este possa validamente, e assim conscientemente, prestar o consentimento ao tratamento médico-diagnóstico de prospecção. Certo que o cirurgião não deve solicitar ao paciente o consento à escolha da técnica a executar ou ao material de sutura que utiliza. Mas responde indubitavelmente pelos danos o cirurgião que, mesmo tendo reconhecido a previsibilidade do perigo da presença de esporos de tétano no material de sutura de feridas pós-operatórias, tenha excluído qualquer culpa do hospital sem indagar se não seria possível proceder a uma preventiva imunização do paciente (Cass. Civ. 18-4-1966)”. De fato, também no nosso sistema jurídico, casos em que ocorreram reações severas, decorrentes da realização de meros exames laboratoriais, geraram a responsabilização civil do laboratório que atuou no caso e que foi condenado especificamente pela ausência do exigido consentimento informado do paciente. Nesse sentido, vale a referência ao acórdão proferido pelo TJSP (ApCív 144.283.4/6-00), no qual constou, no acórdão proferido, o seguinte: “e essa realidade, precisamente, está em que, com a aplicação, há a possibilidade, ainda que estatisticamente pequena, do choque anafilático, grave, evento este inerente à própria atividade exercida pela clínica-ré. Ainda que inevitável, o fato é previsível. Em vista disso, era dever da clínica comunicar a eventualidade ao paciente, atendendo ao inc. III do art. 6º da Lei 8.078/1990, o qual dispõe: ‘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 e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (...)’. E essa informação não foi transmitida, não se colhendo o consentimento por escrito do paciente. Para tanto, basta ler o relatório de atendimento, em que nada consta a adverti-lo e conscientizá-lo sobre a intercorrência consistente no choque anafilático e suas graves consequências. Não se pretende, com a falha de informação por parte da clínica, construir sua culpa, porque desnecessário, já que, no caso, a responsabilidade é objetiva (art. 14 da Lei 8.078/1990). De qualquer modo, esse documento poderia ser utilizado para esse fim, de fixação da conduta culposa, porque embora o fenômeno não tenha sido mencionado na inicial – ou seja, a ausência de informação sobre o risco –, acabou por ser noticiado pela própria clínica ré, com o documento anexado na contestação. No entanto, esse documento, na hipótese em exame, deve ser enquadrado sob outra ótica: a de que, não prestando informações sobre o risco ao paciente, a própria empresa ficou desarmada, não podendo escusar-se da obrigação a que está respondendo. O único modo de desbloquear as consequências inevitáveis do risco, embora previsíveis, era a comunicação consentida ao paciente, que a própria ré comprova que não fez”.

mesmo no sentido de realizar uma autorização limitada ou condicionada à modificação da intervenção proposta será válida, naturalmente, se esse mesmo paciente puder exprimir a sua vontade de modo suficiente e idôneo aos fins propostos, ou seja, desde que seja senhor de plena *capacidade*, cuja aferição caberá, num primeiro momento, ao próprio médico destinatário de tal declaração da vontade¹³⁰.

¹³⁰ Neste ponto, JOÃO VAZ RODRIGUES (ob. cit., p. 198.) destaca que, “quando abordamos as intervenções em pacientes do foro mental, que a avaliação da capacidade cabe em primeira linha ao médico, e que este deverá proceder tendo em atenção uma relação direta entre o paciente e o quadro que se lhe depara. A aferição é, assim, casuística. Muito embora se leve em linha de conta as regras jurídicas estabelecidas para a incapacidade, a verdade é que não estamos perante fronteiras objetivamente delimitadas entre decisões atendíveis e não atendíveis. Os modelos fornecidos pela ciência psiquiátrica e pela ciência neurológica não parecem esgotar as questões que se levantam aos médicos, muito embora se completem tendencialmente e forneçam tópicos para uma atuação”. No mesmo sentido, ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES (ob. cit., p. 36 e s.) indica que os “pressupostos formais do consentimento do paciente, também referidos por alguma doutrina como requisitos, costumam os autores indicar: a) capacidade natural do consentente, que terá como referência, no caso do ordenamento jurídico português, o limite etário de 14 anos (que, como se disse, nada tem a ver com a capacidade de exercício jurídico-civil ou com a nulidade ou mesmo com a imputabilidade); b) esclarecimento do paciente, como claramente resulta do art. 157 do CP nos termos aí definidos; c) liberdade e seriedade do consentimento, no sentido de não ser inquinado por erro-vício; d) atualidade do consentimento. Com efeito, o consentimento relevante é concedido para um determinado tratamento ou intervenção médica e, nos termos gerais, deve ser anterior e revogável livremente, até a execução dessa intervenção terapêutica. Sendo assim, tal consentimento carecerá de atualidade”. Também ALFREDO JORGE KRAUT (ob. cit., p. 150 e s.) afirma que “algumas pessoas – especialmente as crianças e certos enfermos mentais, sejam ou não interditos – carecem da aptidão cognoscitiva, volitiva e afetiva que lhes permitam atuar autonomamente. O estado de saúde deve ter incidência na capacidade de decidir. A determinação da capacidade ou competência do paciente provocou certa confusão porque poderia ser assimilada à capacidade jurídica ou às distintas definições médicas sobre a capacidade mental. Há pessoas que não são juridicamente incapazes mas carecem de idoneidade para decidir (em cujo caso devem decidir os familiares) e outras que estão legalmente incapacitadas e todavia possuem a disposição para tomar decisões. Numerosas são as variantes fáticas que se colocam. O requisito da capacidade não se deve entender como a capacidade legal – capacidade de fato para realizar atos jurídicos – senão como ‘a possibilidade de expressão da vontade, prévia compreensão do ato médico e de suas consequências sobre a vida e a saúde, da faculdade de comparar as vantagens alternativas, além da possibilidade de se sobrepor ao medo, à angústia e ao nervosismo que acompanha uma situação dessa índole’. A capacidade de decidir ‘por si’ deve entender-se como a aptidão cognoscitiva para entender a informação e poder eleger autônoma e racionalmente o conveniente aos seus interesses (aceitar ou rechaçar uma intervenção médica com funda-

6.5 O inadimplemento da obrigação de se obter o *consentimento informado* do paciente

Uma vez que ocorra o descumprimento do dever do agente de saúde em obter o consentimento do destinatário do atendimento, existirá um evidente inadimplemento das obrigações atribuídas ao profissional médico ou ao ente hospitalar, capaz de dar ensejo, por si só, à pretensão do ofendido em obter um ressarcimento pelos danos que lhe tenham sido causados, além de que sejam tomadas iniciativas de punição administrativa do agente de saúde infrator junto aos órgãos de regulamentação das atividades profissionais, ou ainda realizadas outras providências, até mesmo na esfera criminal¹³¹.

mento em dita informação disponível). Em relação à diferenciação entre a perspectiva legal e médica para determinar a capacidade, consideramos oportuno fazer uma sumária referência ao tratamento do tema nos Estados Unidos. A doutrina norte-americana postula, desde uma perspectiva legal, que apenas os pacientes competentes podem dar consentimento aos tratamentos. Os pacientes se consideram legalmente competentes se não forem julgados incompetentes ou temporariamente incapacitados. Um exemplo de definição legal da capacidade para decidir aspectos da saúde foi exposto *in re* por Schiller. O tribunal sustentou que as pessoas são competentes para tomar a decisão do tratamento se têm a ‘suficiente capacidade mental para compreender razoavelmente a condição, natureza e efeito do tratamento proposto, assumir os riscos de prosseguir no tratamento e o de não se submeter a ele’. Quando os psiquiatras tratam pacientes que dão um consentimento viciado, incorrem na mesma responsabilidade legal que ocorreria se tratassem um paciente capaz que recusa um tratamento”. Por fim, GUIDO ALPA (ob. cit., p. 248) reitera que “o médico não pode agir sem o consentimento do paciente, se maior e capaz de entender e de querer, e sem o consentimento dos sujeitos que lhe têm o poder, caso se trate de menores: é de fato já pacífico que o médico incorre em responsabilidade se omite de informar o paciente acerca do porte, da dificuldade e dos riscos de complicação da intervenção ou terapia”.

¹³¹ CARLOS A. GHERSI (ob. cit., p. 78) apresenta entendimento semelhante: “o fato da violação do dever de informação constitui uma falta em si da confiança depositada e violação do dever de fidelidade que todo profissional da Medicina tem para com seu paciente como primeira exigência da conduta social e individual, dado o seu papel na comunidade e juramento hipocrático. A gravidade da violação ética e jurídica que essa conduta implica contrasta com a função teleológica do profissional da Medicina, que deve assumir à luz da sua posição na sociedade”. Ainda nesse sentido, GEORGE D. POZGAR (*Case law in health care administration*, p. 183 e s.), referindo-se ao caso *Keel versus St. Elizabeth Méd.* (tr. 842, SW, 2d, 860, Ky. 1992), relatou tratar-se de “uma ação de má-prática médica” que “foi proposta pelo autor, Sr. Keel, que alegou que o hospital realizou um procedimento médico sem o consentimento informado dele, resultando em complicações médicas. O autor foi até um centro médico para uma tomografia computadorizada, que incluía a injeção de um líquido de contraste. Antes

Esse eventual inadimplemento representa, de fato, causa autônoma de culpa, reconhecida como uma agressão à liberdade e aos direitos da personalidade do paciente e, por si só, também capaz de gerar pretensão distinta à obtenção de uma indenização, independentemente dos resultados que venham a ser alcançados com tal tratamento que não tenha sido autorizado previamente.

Desde que, portanto, a informação não tenha sido prestada de modo nenhum ou mesmo que não tenha sido dada de maneira completa e correta, e que do tratamento decorra alguma consequência colateral e indesejada, surge daí, em tese, justa pretensão do paciente ao ressarcimento desse específico dano causado, ainda que outros tenham sido evitados em virtude daquela mesma atuação médica¹³².

do teste, não foram dadas informações concernentes a qualquer risco referente ao procedimento. O líquido foi injetado e o exame foi conduzido. Todavia, o autor desenvolveu uma tromboflebite no local da injeção. O autor argumentou que a reconstrução pode ser tida sobre a prova dos danos, causada pela falta de consentimento informado. Além disso, o autor argumentou que a questão do consentimento informado, como a questão da negligência, deve ser determinada contra o padrão de conduta entre os membros da profissão médica. O tribunal proferiu um julgamento sumário em favor do hospital, sob o fundamento de que o autor falhou em apresentar um testemunho de *experts* sobre a questão. O autor apelou. A Suprema Corte do Kentucky entendeu que um testemunho de *expert* não era requisito para estabelecer a falta de consentimento informado, e o hospital tinha um dever de informar o paciente dos riscos do procedimento. A responsabilidade não repousa apenas com o médico pessoal do paciente". Também ENRICO QUADRI (ob. cit., p. 137 e s.) ressalta que tais inadimplementos devem ser considerados "propriamente como violações da liberdade de autodeterminação do paciente, pois a omissão da necessária informação é considerada, por si mesma, fonte de responsabilidade para os reflexos prejudiciais da intervenção executada, realmente, em violação de um similar direito de autodeterminação, independentemente, assim, da ocorrência de qualquer culpa de tipo técnico-profissional atribuível ao médico na escolha e na execução da própria intervenção. Parece que, porém, sob o perfil da casualidade, impõe-se – como não se deixou de investigar – averiguar, em casos similares, se a correta informação acerca dos possíveis riscos da intervenção teria podido determinar ao paciente a não exposição a esse: valoração evidentemente a se realizar à luz das circunstâncias caracterizantes do caso concreto, entre as quais sobressaem-se, obviamente, as condições do próprio paciente e as alternativas possíveis. Não se oculta, por certo, a dificuldade de operar sobre a base de um singular critério de 'escolha hipotética' (...), mas simplista parece, com efeito, também atribuir sem mais o integral ressarcimento sobre quem impedido de uma (então mesmo se de todo inverossímil) diversa escolha".

¹³² Isso não impede, todavia, que se verifique, conforme esclarece ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES (ob. cit., p. 39 e s.), "um refluxo da postura original, principalmente nos Estados Unidos da América, onde proliferam ações destinadas a efetivar a

De toda forma, a demonstração inequívoca do dano, causado pela adoção do tratamento não consentido, deverá ser sempre realizada, a cargo do paciente¹³³. Aqui também não se deve ressarcir dano meramente presumido ou hipotético.

Caso o resultado pretendido com o tratamento seja obtido – a despeito do inadimplemento de se buscar, antes, o consentimento expresso e consciente do destinatário –, é evidente que o pleito de indenização não poderá ser formulado como se os piores e maiores danos tivessem efetivamente ocorrido por um erro de conduta no procedimento clínico, cirúrgico ou laboratorial prestado, mas sim estarão circunscritos a uma outra ordem de valores, em especial aquela do ressarcimento de *danos morais*.

responsabilidade médica e onde até há pouco (1996) eram frequentes as demandas cíveis com base na insuficiência de esclarecimento ou mesmo nas chamadas *soft answers* (respostas adocicadas), que, sendo meias-verdades, são suscetíveis de provocar situações e erro-vício no consentimento do paciente e, por isso, de ilicitude penal e civil do médico. Na verdade, o *quantum* informativo não está, como nem deve estar, determinado em ordenamentos normativos, legais ou deontológicos e daí que, especialmente nos E.E.U.U., se comece já a falar no *decline* ou *the informed consent* (Plante, *The decline of the informed consent*, Walsh & Leel, *Review*, 1978) pelo uso e abuso de expedientes destinados a obter informações. Os tribunais americanos referem a 'informação razoável' (*reasonable disclosure*), segundo a qual o critério tradicionalmente seguido para aferir do *quantum* informativo necessário, que era do *reasonable doctor*, cede passo ao do *reasonable patient*. Como se decidiu no caso *Canterbury versus Spence* (1972), 'deve-se considerar riscos relevantes aqueles a que uma pessoa razoavelmente colocada na posição de doente – posição que o médico conhece ou deveria conhecer – haveria de atribuir importância no conjunto dos riscos, para decidir submeter-se ou não ao tratamento proposto'. O médico deverá sempre equacionar os riscos e benefícios que da intervenção poderão advir para o paciente, devendo informá-lo, *rectius*, esclarecê-lo dos riscos das consequências das doenças (o que implica a revelação do diagnóstico e prognóstico), do tratamento (especialmente no caso dos sofisticados tratamentos invasivos como as angioplastias, coronárias, a revascularização cirúrgica ou da terapêutica medicamentosa suscetível de graves efeitos colaterais e secundários, de sequelas etc.) e dos tratamentos alternativos".

¹³³ Nesse ponto, RICARDO LUIS LORENZETTI (ob. cit., p. 212) refere-se, como exemplo, ao mesmo julgado do caso *Canterbury* já citado, que "estabeleceu um *standard* objetivo em termos do que teria feito uma pessoa prudente na posição do paciente se tivesse sido devidamente informado, ainda que o paciente no caso particular possa ter recusado o tratamento depois da informação, a Corte nega a indenização se uma pessoa razoável a tivesse aceitado sob as mesmas circunstâncias".

6.6 As exceções que dispensam a prévia obtenção do *consentimento informado*

A impossibilidade real de obtenção do consentimento informado não pode, ademais, servir para que o agente de saúde seja eximido, de uma forma absoluta e em toda e qualquer circunstância, do encargo da consecução do tratamento necessário e em conformidade com as condutas reconhecidas pela boa técnica, o que fará em atendimento ao seu dever genérico de prestar a assistência devida e que está intimamente ligado ao exercício de sua profissão.

Existem, com efeitos, exceções à obrigação geral de obtenção do prévio consentimento do paciente para a realização da providência médica indicada. Uma delas é representada pelo chamado *tratamento compulsório*, no qual, independentemente da vontade do paciente, a realização da intervenção médica é imposta pela autoridade de saúde, visando proteger os direitos da comunidade, tal como ocorre, por exemplo, no caso do surgimento de moléstias contagiosas e de comunicação compulsória às autoridades competentes.

Com efeito, justifica-se a dispensa da prévia obtenção de consentimento, desde que o tratamento se realize para a proteção de “um direito fundamental à saúde, a nível coletivo e/ou individual, em caso urgente, ou protegendo outro direito fundamental, mas sempre em cumprimento de uma norma jurídica ou de uma decisão judicial”¹³⁴.

¹³⁴ Cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, ob. cit., p. 290. Já ALFREDO JORGE KRAUT (ob. cit., p. 187 e s.), referindo-se às situações presentes no direito argentino, reconhece também a existência de situações em que o consenso informado é dispensado. Sobre elas, menciona o seguinte: “em certas circunstâncias, convém reduzir ou eliminar – em benefício do paciente – o cumprimento do dever de informação e a obrigação de obter o consentimento esclarecido. Segundo os casos, pode ocorrer que se dispense um deles ou ambos, quando o profissional está ‘em condições de obter o consentimento, ainda que não de fazer a pertinente revelação ou vice-versa; outras vezes, as circunstâncias poderiam justificar a omissão de ambas as obrigações’. Entre as ocasiões que legalmente cabe subtrair da obrigação de obter o consentimento informado surge, em primeiro lugar, a renúncia voluntária do próprio paciente a se informar. A desistência do direito a ser informado – em particular, a se inteirar do estado de sua saúde e de certas alternativas terapêuticas – se baseia na confiança depositada no médico. Nestes casos, a informação deve submeter aos familiares. Outro suposto que autoriza a prescindir do dever de informação se apresenta quando, segundo a *lex artis*, está cientificamente contraindicado que o paciente tome conhecimento das doenças. O paciente está impossibilitado de consentir: a) por imaturidade – razões de idade; b) por afetações psíquicas (trata-se daqueles pacientes que padecem de uma enfermidade mental permanente que lhes inibe a possibilidade de entender e desejar o trata-

Outra hipótese de desconsideração legítima do prévio consentimento pode surgir nos casos em que o paciente, de modo voluntário e consciente, outorgue ao seu médico plena autonomia e discricionariedade para a realização das medidas por ele julgadas convenientes ao tratamento de sua saúde, recusando as informações que pretendesse o agente de saúde fornecer, negando-se o paciente, enfim, a receber qualquer esclarecimento acerca da moléstia que o aflige.

Ademais, a necessidade de que o médico solicite previamente o consentimento do paciente pode ser eliminada em situações nas quais se vislumbre um estado de absoluta emergência, quando a intervenção se manifesta como imprescindível e urgente, e o paciente não se acha em condições de exprimir uma vontade consciente, seja ela favorável ou contrária à realização do procedimento médico indicado¹³⁵.

Parece-nos, de fato, evidente que, nesses casos extremos, deverá ser realizado o tratamento sem que se busque, antes e a todo custo, a manifestação do consentimento do paciente, na medida em que se tenha como real

mento, além da qualificação legal de capacidade); c) por uma situação de inconsciência acidental e transitória, qualquer que fosse a causa e, no entanto, não recupere sua lucidez (art. 921 do CC). Nesses casos – salvo razões de urgência que não admitem demora pela iminência do risco de dano ou perigo vital – o dever de informação se transfere aos parentes ou pessoas próximas do enfermo, que devem prestar o assentimento substituto. Nos casos de urgência extrema impõe-se a intervenção sem consentimento, ainda que contra a vontade do enfermo. O profissional fica – obviamente – dispensado de cumprir o requisito de obtê-lo. Trata-se de uma suposição de consentimento presumido implícito que adquire vigência quando cabe presumir que o enfermo, nesse momento inconsciente ou seriamente afetado, teria aceitado – em condições normais – o ato médico. A citada presunção justifica que o profissional intervenha sempre que atue em benefício do paciente. Quando está em jogo o bem-estar geral e razões superiores que afetam terceiros, legitimam-se medidas sanitárias que implicam proteger a saúde coletiva”.

¹³⁵ Cf. ETTORE e CARLA PROTETTI (ob. cit., p. 196). Realmente, a questão da oposição entre a necessidade de um tratamento urgente e a impossibilidade de o paciente exprimir a sua vontade é tormentosa. Para RICARDO LUÍS LORENZETTI (ob. cit., p. 92 e s.), “o paciente não pode se expressar, e é requerido um tratamento que, se não se pratica, o conduz à morte: deve-se requerer o consentimento? Se se aceita a regra, há que solicitá-lo aos representantes. A vida humana e a saúde são bens cuja proteção interessa à ordem pública. Quando uma pessoa se nega a um tratamento, indubitavelmente se produz o conflito entre a liberdade individual e o valor coletivo: vida e saúde”. Também GUIDO ALPA (ob. cit., p. 253) destaca que, “naturalmente, o consentimento do paciente deve ser manifestado preventivamente ao tratamento médico-cirúrgico a seguir, salvo se a intervenção não for obrigatória por lei ou que recorram aos extremos do estado de necessidade ou que o paciente não possa, pelas suas condições, prestar o próprio consentimento”.

a impossibilidade de obtenção de resposta racional e que se considere evidente a prevalência do valor ínsito à preservação da vida, o que se constitui numa real excludente de hipotética ilicitude¹³⁶.

O consentimento informado surge, portanto, como um dos institutos mais emblemáticos do moderno *direito à saúde*, marcado fortemente pelos traços decorrentes da natureza contratual e da relação de consumo que o caracterizam.

¹³⁶ É o que parece entender também ALFREDO JORGE KRAUT (ob. cit., p. 179), ao afirmar que "a experiência norte-americana indica que o direito a se negar a um tratamento é fonte de dilemas médico-legais quando os direitos das pessoas colidem com as suas necessidades. Por exemplo, a negativa a um tratamento de um paciente capaz ao qual se sugere um medicamento antidepressivo por resultados leves de depressão não gera problemas clínicos nem legais. Essa pessoa exerce racionalmente seu direito a se opor a ser tratado contra a sua vontade. Todavia, a negativa ao tratamento de um paciente psicótico, paranóico, convencido de que o medicamento neuroléptico sugerido é realmente um veneno mortal, acarreta problemas difíceis de resolver. Por outro lado, esse paciente tem uma necessidade premente de tratar-se. A necessidade prevalece sobre o direito nestes casos? Em que circunstâncias? A pergunta é ainda mais complexa se se considera que a negativa do paciente deve-se à sua paranoia, que é parte da enfermidade que o tratamento ajudaria a melhorar. Entre os limites do direito a recusar estão as necessidades do enfermo e a urgência médica, em uma situação particular. Da perspectiva legal, o estado de necessidade justifica a atuação médica e neutraliza o direito do paciente a recusar o tratamento. Infortunadamente, a diferenciação entre direitos e necessidades pode originar confusões, já que, ao faltar *standards* legais sobre a emergência, podem não coincidir a realidade e a descrição clínica".

Capítulo 7

O ATENDIMENTO MÉDICO INEFICAZ

7.1 O insucesso do tratamento médico

Quando um paciente, de modo imprevisto, morre ou sofre sequelas decorrentes de um procedimento terapêutico qualquer, reação comum é a de que se atribuam as responsabilidades pela ocorrência de tais consequências ao agente de saúde que esteja diretamente envolvido na prestação do atendimento médico, iniciativa essa que poderá partir não apenas dos familiares e pessoas próximas ao paciente, mas também do próprio estabelecimento hospitalar ou da operadora de assistência à saúde vinculada ao tratamento.

Além dos sentimentos naturais de dor e sofrimento, pode uma tal postura almejar a defesa de determinados interesses, em especial vinculados à desoneração dos agentes de saúde de eventuais encargos de reparação patrimonial que venham a ser pleiteados pela vítima, o que se faz mediante a alegação de que a culpa pelo insucesso decorreria da atuação individual de outra pessoa, seja ela médico, enfermeiro ou qualquer outra envolvida na cadeia de prestação dos serviços.

Em determinadas situações, tal iniciativa de direcionamento ou de restrição de culpa pode ser justificada, em outras, não o será. De fato,

pode haver ocasiões quando isso será inteiramente apropriado e onde o problema clara e realmente está com o médico. Muito frequentemente, contudo, a situação é muito mais complicada. As inadequações do sistema, as específicas circunstâncias do caso, a natureza da própria psicologia humana, meras possibilidades podem ter combinado para produzir um resultado no qual a contribuição do médico pode ser tanto relativamente como completamente sem culpa¹³⁷.

¹³⁷ Cf. ALAN MERRY e ALEXANDER MCCALL SMITH, *Errors, medicine and the law*, p. 10. Sobre esse ponto, GUIDO ALPA (ob. cit., p. 221) aponta que se pode "remontar às contribuições de Domat e Pothier a teorização do princípio segundo o qual 'si quelqu'un fait profession publique d'un art au d'un métier, il est censé avoir la capacité nécessaire pour l'exercer'. O princípio servia a individuar um critério de valoração da culpa no comportamento de quem desenvolve uma certa atividade sabendo não ter uma adequada preparação técnica".

Genericamente, a alteração patológica provocada no paciente em virtude do tratamento médico de qualquer tipo é denominada *iatrogenia*,¹³⁸ denominação essa que “apenas indica um fato, mas não contém, desde logo, qualquer qualificação, nem está afetada de qualquer contingente interno”¹³⁹. Assim, essas modificações na saúde podem ser causadas pelo ato defeituoso, mas também podem se originar de ato perfeito e adequado em seu conteúdo, forma e finalidade.

Todavia, quando pensamos especialmente na *culpa médica*, remetemo-nos ao procedimento usual de verificação acerca da existência de ações ou omissões passivas de serem qualificadas como expressões de imprudência, negligência ou de imperícia da parte do agente de saúde¹⁴⁰.

¹³⁸ Cf. RUI STOCO, *Iatrogenia e responsabilidade civil do médico*, RT 784/105.

¹³⁹ *Idem*, p. 107.

¹⁴⁰ No tocante à aproximação da culpa verificada no *direito à saúde* com as categorias gerais, ROBERTO VAZQUEZ FERREIRA (*Daños e prejuícos en el ejercicio de la medicina*, p. 84 e s.) afirma que “o critério da culpa grave em matéria de responsabilidade civil profissional médica pouco a pouco foi cedendo em favor dos critérios gerais em matéria de culpabilidade. As coisas mudaram e hoje em dia, tanto na França como no nosso país, a doutrina e a jurisprudência são conformes em estabelecer que basta qualquer gênero de negligência para poder fundamentar a responsabilidade dos médicos. Por isso, não resulta acertado falar de culpa profissional como algo distinto da culpa em geral. Portanto, a proteção do profissional já não passa pela exigência de uma culpa grave, se não pela efetiva constatação de culpa, qualquer que seja a sua entidade”. Dentre os nossos juristas, MIGUEL KFOURI NETO (*Culpa médica e ônus da prova*, p. 165 e s.) ressalta que “aos profissionais liberais – e ao médico em particular – aplicam-se as regras da responsabilidade subjetiva, mediante aferição do comportamento culposo. Mesmo nos casos de culpa presumida, ainda assim estar-se-ia perante a responsabilidade subjetiva – e a consequência de se inverter o ônus da prova em seu leito natural – pois se refere à *prova da culpa*. De *lege lata*, por conseguinte, os médicos, enquanto profissionais liberais, não se sujeitam às normas do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos atos terapêuticos. Têm-se constatado, sobretudo nessa última década, fissuras no edifício da responsabilidade subjetiva do médico. A fórmula probatória consagrada – que comete à vítima o encargo de demonstrar a culpa do médico – tem sido abandonada em vários julgados, em favor da inversão do ônus probatório, da flexibilização desse encargo, do esgarçamento do nexos causal, da admissão reiterada de presunções – em clara subversão dos princípios até então monoliticamente vigentes”. Na Itália e como relatam ETTORE e CARLA PROTETTI (ob. cit., p. 156), “a Corte Suprema precisou que a integridade pessoal e a saúde daqueles que requerem a cura são protegidas não somente pelo contrato mas também por todas as numerosas disposições sanitárias, assim como pela lei penal. Em particular, a observância das normas técnicas, o erro profissional, a imperícia de quem executa a prestação devem ser avaliadas segundo as normas de procedência comuns e segundo os princípios fixados por cada setor pelo progresso técnico científico”. Já ANTONIO JEOVÁ

A *imperícia*, no campo da saúde, significa uma conduta dissonante daquela admitida como a que seria adequada e típica, de acordo com os parâmetros delineados pela própria ciência médica¹⁴¹. É, como diz Teresa Ancona Lopez, “a falta de conhecimento técnico da profissão”¹⁴².

A *negligência* ocorrerá quando os cuidados médicos recomendados pela melhor técnica não tiverem sido atendidos pelo descaso do agente, que deixa, nesse caso, de agir quando deveria. Já a *imprudência* se dará quando

SANTOS (*Dano moral indenizável*, p. 270) afirma que, “para que o médico seja obrigado a indenizar, é necessário que o seu comportamento seja revestido de alguma modalidade de culpa. Não existe responsabilidade objetiva. A falta médica ou o descumprimento de algum dever devem estar de mãos dadas com uma obrigação preexistente, que tanto pode ser originada de um contrato, ou não, como já acentuado nesse capítulo. Se o médico agiu com imperícia, imprudência ou negligência e dessa conduta existiu um dano (relação de causalidade), o dever de indenizar é inexorável”.

¹⁴¹ PAOLO MARIOTTI, GIANLORENZO MASARAKI e RENATO RIZZI (ob. cit., p. 271) dizem que, na Itália, “a jurisprudência considera a imperícia como aquele ‘comportamento’ incompatível com o mínimo de cultura e experiência que se pretende por parte de quem seja habilitado ao exercício da profissão; em outra ocasião os juízes definiram a *imperícia* como ‘a violação da diligência comum referida ao grau médio de cultura e capacidade profissional, ou então a violação de normas técnicas geralmente acolhidas em uma dada disciplina’. A *negligência* é a atitude passiva, no confronto de obrigações e deveres por causa de desatenção, distração ou esquecimento. É uma das faltas que se encontra com maior frequência no âmbito das ocorrências que chegam à atenção dos juízes. A *imprudência* consiste em um agir arriscado, sem aquelas cautelas que a razão ou a experiência deveriam ditar. Segundo a jurisprudência, um comportamento é imprudente quando não prevê as consequências danosas da própria ação, contradizendo os precedentes de prudência elementar”. Ainda quanto ao ordenamento jurídico daquele país, ETTORE e CARLA PROTETTI (ob. cit., p. 155 e 182 e s.) destacam que, “ao lado da previsão legislativa da obrigação de diligência, existe uma norma passível de referência, segundo entendemos, à perícia, isto é, aquela contida no art. 2.236 do CC, segundo a qual, se a prestação implica a solução de problemas técnicos de especial dificuldade, o prestador da obra não responde pelos danos senão em caso de dolo ou de culpa grave. O exame das normas acima indicadas leva à conclusão de que o médico responde por danos mesmo nos limites da culpa leve, a menos que a execução da obra não comporte a solução dos problemas de especial dificuldade, quando o médico responde somente nos limites do dolo e da culpa grave. (...) Enquanto a conduta *imprudente* e *negligente* do médico é examinada seguindo as normas comuns sobre a culpa, pela qual o médico responde pelos fatos lesivos por ele causados mesmo que com culpa leve, sustenta-se geralmente em doutrina e em jurisprudência que a *imperícia* é avaliada tendo em conta a culpa grave, quando suscitam particulares dificuldades seja no diagnóstico, seja na terapia ou no tratamento mesmo cirúrgico”.

¹⁴² Responsabilidade civil dos médicos. In: YUSSEF SAID CAHALI (Coord.). *Responsabilidade civil* – Doutrina e jurisprudência, p. 322.

os limites de cuidado e de segurança requeridos na realização de um determinado procedimento não tiverem sido adequadamente seguidos, mediante a assunção de riscos desnecessários ou evitáveis¹⁴³.

7.2 As peculiaridades biológicas

Ocorre que as características da prestação dos serviços na Medicina, as fragilidades do corpo humano e as questões atinentes às limitações e aos avanços da ciência impõem que sejam identificados alguns dos elementos específicos que compõem esse cenário para que então se possa corretamente constatar a ocorrência de uma eventual culpa do agente de saúde.

Num primeiro momento, as peculiaridades que caracterizam a própria atividade médica representaram um importante obstáculo para a imputação de culpa ao agente de saúde, uma vez que permitiam que fosse, pelo legislador e pelo juiz, cultivada uma peculiar tolerância e complacência com os eventuais deslizes do sujeito da atividade profissional, que assim e para o ordenamento jurídico vigente mereceria um tratamento benevolen-

¹⁴³ De acordo ainda com Ettore e Carla Protetti (ob. cit., p. 156 e s.), "em sede civilística afirma-se o problema da negligência do médico, generalista ou especialista, examinando-o sob o aspecto da diligência que deve ser colocada em prática. Os princípios são os seguintes: - a diligência que o profissional deve pôr em prática no desenvolvimento da atividade profissional é aquela de preparação e de diligência média, a sua responsabilidade por danos é disciplinada pelos princípios comuns da responsabilidade contratual e se estende do dolo à culpa grave; a responsabilidade do profissional é atenuada quando a atividade a desenvolver requer um empenho intelectual superior àquele do profissional médio. Em tal caso, o profissional responde em relação ao cliente somente se na sua atividade encontrar-se dolo ou culpa grave, com exclusão, assim, da culpa leve; - o médico responde por culpa leve quando o caso concreto colocado ao seu exame seja comum e ordinário; porém responde somente por dolo e por culpa grave quando o caso concreto seja extraordinário e excepcional, se não é adequadamente estudado na ciência médica e experimentado na prática, ou mesmo quando na ciência médica ocorram propostas diversas ou incompatíveis entre si de sistemas diagnósticos, terapêuticos e da técnica (Cass. Seção III, civ. 18-6-1975, n. 2.139, em Giur. It. 1976, I, 1, 953)". Já para Alan Merry e Alexander McCall Smith (ob. cit., p. 152), a questão coloca-se do modo seguinte: "como podemos nós decidir quando um ato é negligente? Como sempre, no caso de questões complexas, a resposta à questão pode depender da razão para que se pergunte isso em primeiro lugar. Se a questão é perguntada quando alguém está procurando determinar responsabilidades em ilícitos, então a definição de negligência será emoldurada de modo a agarrar aquelas situações em que se pensa que danos deveriam ser do acusador ou do defensor. Se a questão é enquadrada no contexto de punição criminal, ou caso parte de uma inquirição sobre culpa moral, à negligência pode ser dada uma definição muito distinta".

te, consequência das inegáveis dificuldades próprias à aplicação da Medicina, o que deveria ocorrer, portanto, mesmo nos casos em que inexplicáveis consequências danosas se verificassem¹⁴⁴.

Constitui uma verdade a afirmação de que a Medicina é uma ciência dotada de graus elevados de complexidade, sendo que os limites impostos pelo nível atual do desenvolvimento tecnológico impedem que a cura ou a recuperação sejam alcançadas em muitas situações, independentemente de qualquer imputação de culpa ou de erro que pudesse ser feita ao agente de saúde.

Pelo contrário, algumas das batalhas travadas pelo restabelecimento da saúde talvez jamais possam ser vencidas, sendo elemento inerente à natureza dos seres humanos a convivência com a limitada duração da vida e da saúde de cada uma das suas células, decorrente de combinações presentes no código genético que caracteriza a espécie. Contra esse fator determinante, a Medicina pode ainda muito pouco e talvez nunca possa muito mais¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Com efeito e como destaca Roberto Vazquez Ferreira (ob. cit., p. 83 e s.), "torna-se necessário recordar alguns critérios gerais em matéria de apreciação ou valoração da culpa médica, pois no caso de diagnóstico que parecera que alguns autores e julgados indicaram uma exceção, exigindo uma gravidade maior na falta do profissional para poder responsabilizá-lo. Durante certo tempo, a doutrina nacional e estrangeira, igual à jurisprudência, adjudicaram um particularismo especial à obrigação de reparar dos médicos, fundando-se em uma sorte de especialidade em relação ao fator de atribuição. O fundamento da exigência de uma culpa especial para responsabilizar o médico é o seguinte: se o médico deve gozar de plena liberdade para escolher o tratamento correto compreendendo as iniciativas que entenda corretas, o posterior controle judicial sobre tal conduta para estabelecer se houve ou não cumprimento, para comprovar se existiu ou não culpa, apresenta o risco de restringir a livre eleição e iniciativa do profissional, pois esse, ante o risco de posterior censura ou reprovação, deixará de realizar aquelas intervenções ou curas mais expostas (ainda que talvez necessárias), e se verá em uma posição de extrema cautela e indecisão, o que resultaria em prejuízo do próprio paciente. Efetivamente, ante o temor de uma rigorosa valoração *a posteriori* de sua conduta, o profissional pode ser levado a praticar uma Medicina na defensiva, renunciando inclusive ao atendimento de pacientes de alto risco. Esse raciocínio levou na França a se sustentar que os médicos apenas deveriam responder por uma negligência grave, patente, grosseira, manifesta. De toda forma, em favor dos profissionais e particularmente do médico, constituir-se-á uma sorte de imunidade ou privilégio no cumprimento que viria a ser a garantia (e contrapartida) da conservação, em todo caso, de sua liberdade".

¹⁴⁵ Ainda de acordo com Roberto Vazquez Ferreira (ob. cit., p. 92 e s.), "nenhuma dúvida cabe de que um diagnóstico não é uma operação matemática, pelo que, apesar de um exame consciente do paciente, pode o profissional errar em sua valoração emitindo um diagnóstico equivocado. Em definitivo, ao médico não se pode impor o

7.3 A caracterização da culpa no atendimento prestado

Contudo, identificada a prestação dos serviços médicos como inserida no âmbito de uma relação de consumo que envolve partes que não se colocam originalmente num mesmo plano equilibrado de possibilidades, observa-se um crescente aumento das iniciativas legislativas e jurisprudenciais – comumente observadas nos diversos ordenamentos jurídicos –, visando justamente facilitar o alcance e a eficácia das alegações do paciente no tocante à comprovação da ocorrência do fato culposo¹⁴⁶, e ainda tornar

dever de acertar pois estamos em um terreno no qual muitas vezes a decisão que deve adotar não passa de um juízo conjectural. Vemos em consequência que, na emissão de juízo próprio de todo diagnóstico, o profissional pode ser equivocar. Dito erro pode ser escusável e em consequência não gerar culpa. Porém, não é a culpa o que se valora em mais ou em menos, senão que o que se deve analisar é a escusabilidade ou não do erro, e aqui sim incide a sua importância, sua significação, em outras palavras, o fato de determinar se é um erro grosseiro ou não”. Como também elucidam ALAN MERRY e ALEXANDER McCALL SMITH (ob. cit., p. 11 e 41), “culpa é raramente uma matéria simples. É nossa visão que a complexidade do tratamento médico e os sistemas humanos e tecnológicos envolvidos são tais que muitas das alegações de falhas médicas são mal colocadas. Inversamente, processos em curso podem falhar na identificação das importantes lições a serem apreendidas de uma tragédia simplesmente porque elas focam a culpa. Assim, o comportamento dos médicos pode não constituir um erro juridicamente questionável ou sustentar uma acusação criminal ou disciplinar, mas pode, porém, garantir uma intervenção construtiva”.

¹⁴⁶ Como informa MIGUEL KFOURI NETO (*Culpa médica...*, cit., p. 53 e 82 e s.), “daí resulta que, nessas demandas onde se discute o ‘erro médico’, não é dado ao juiz aguardar o encerramento da instrução para, só então, aplicar as regras de distribuição do ônus da prova como reiteradamente temos oficiado, ciente das dificuldades na produção da prova – um traço característico dessas ações –, o julgador deverá concitar as partes (e o médico em especial) a adotar postura ativa e participante na colheita das provas. A hesitação, a recalcitrância, oclusão de dados ou documentos, a reserva mental, o intuito procrastinatório ou deliberada intenção – de qualquer das partes –, no sentido de distorcer ou ocultar fatos importantes, terão grande relevância ao ser proferido o julgamento. A única forma de se evitar, o mais possível, o *non liquet* (não está claro) será o juiz assumir, sem titubeio, a efetiva direção da atividade probatória. (...) Também na Itália aplica-se, quanto ao ônus da prova, a decantada formulação, tantas vezes referida: na obrigação de resultado, é o médico quem deve demonstrar que o inadimplemento deriva de causa que não lhe é imputável, ao passo que, nas obrigações de meios, a situação é diversa, porquanto não é bastante o insucesso para indicar a culpa do profissional. A prova descumprimento, quando se trata de obrigações de meios, estará sempre a cargo do autor. A jurisprudência italiana principiou a admitir as máximas da experiência – que justificavam o acolhimento da prova *prima facie*. Porém, na atualidade, chega-se a acatar a inversão do ônus da prova nas obrigações de meios assumidas pelos profissionais – os quais somente se livram da res-

mais extensos e inequívocos as obrigações e os deveres impostos ao agente de saúde¹⁴⁷.

Nesse sentido dirigem-se todas as fórmulas legislativas e jurisprudenciais que preveem a extensão do âmbito das *obrigações de resultado* para englobarem cada vez mais a prestação de serviços médicos, além dos inúmeros caminhos pelos quais se busca a maior *objetivação* da responsabilidade atribuída ao agente de saúde¹⁴⁸.

responsabilidade se comprovarem execução adequada e diligente da prestação que lhe incumbia, e que o dano se originou de uma causa fortuita (evento inevitável e imprevisível)”.

¹⁴⁷ MARIO BARNI (*Responsabilità e ...*, cit., p. 7) esclarece que “o conceito de delito culposo por *erro* no exercício profissional e em particular no cumprimento do ato médico está sofrendo um processo evolutivo não somente e não tanto pela modificada relevância social e pela transformação que no quadro normativo-organizativo se afere, quanto e prioritariamente em relação à sua própria estrutura intrínseca, fundada sobre eixos da subjetividade-objetividade e da causalidade psicológica e material, eixos sempre menos definíveis e avaliáveis”.

¹⁴⁸ Como ensina ENZO ROPPO (*La responsabilità del professionista medico, Casi e questioni...*, cit., p. 211), “entre os regimes ‘especiais’ de responsabilidade contratual, notável importância assume aquele relativo aos que exercem a profissão médica. O art. 2.236 do Código Civil Italiano (enunciado próprio em matéria de responsabilidade dos profissionais intelectuais) prevê que, nos casos em que a prestação implique a resolução de problemas técnicos de especial complexidade, o profissional responda ‘apenas no caso de dolo ou de culpa grave’. Jurisprudência e doutrina têm lido o conteúdo de tal disposição no sentido de que o profissional goza sim da mencionada limitação de responsabilidade, mas apenas quando esteja a afrontar problemas particularmente difíceis e complexos (por exemplo, no setor médico, casos clínicos que a ciência médica não tem ainda adequadamente estudado) ou então situações nas quais ocorra uma objetiva incerteza acerca da técnica a se utilizar para resolver um certo problema (por exemplo, quando tenham sido formuladas teses nitidamente diversas acerca de uma determinada terapia, nenhum dos quais de todo prevalente no modo científico adotado). Além de tais hipóteses circunscritas, o empenho requerido ao profissional médico (e a qualquer outro profissional) permanece aquele ordinário, a se avaliar de acordo com os princípios gerais com a consequência que, nos tratamentos de não difícil execução, o médico responde também por culpa leve, salvo nos casos em que demonstre que, mesmo sendo a prestação executada de modo idôneo, o resultado de piora foi determinado por evento imprevisível e imprevisível segundo a diligência ordinária. Uma tentativa de orientação é objetivar a diligência do profissional, identificando com a posse daquela ‘bagagem técnica’ que, por exemplo, própria no setor médico, compreende conhecimento de todos os remédios que não sejam ignorados pela ciência e pela prática da Medicina, sendo em tal caso a ignorância desses recursos incompatível com o grau de adestramento e preparação que a profissão médica requer a quem se dedique a elas. A bem ver, ao menos no setor

Para tanto, buscou-se inclusive superar a ideia de *culpa*, encaminhando-se até o conceito de *má prática*, comum aos sistemas jurídicos anglo-saxões e que significa, pura e simplesmente, a adoção de uma conduta que, por qualquer razão, não tenha sido aquela que recomendava a melhor técnica, independentemente da averiguação do ânimo subjetivo do causador do dano¹⁴⁹. É o que chamaríamos, em nosso sistema jurídico, de o efetivo *erro médico*¹⁵⁰.

de saúde, o regime de responsabilidade de quem exerce tal profissão é influenciado pela coexistência de dois complementares interesses, ambos dignos de igual tutela: de um lado, o interesse geral a não colocar demasiados obstáculos à pesquisa científica ou à liberdade de valoração do profissional e, de outro, a imprescindível necessidade de garantir o direito à saúde e à inviolabilidade pessoal de quem se encontre a usufruir as prestações médicas”.

¹⁴⁹ De acordo com MARIO BARNI (La colpa medica nella attuale realtà sanitaria, in: GIUSEPPE DELL'OSSO, *Responsabilità e progresso medico*, p. 8 e s.), “em definitivo, o conceito de *mal practice* por muitos referido se sobrepõe àquele de delito culposo no exercício da profissão sanitária. (...) O procedimento diagnóstico é com efeito caracterizado pela soma não necessariamente correta e útil dos inúmeros dados cuja disparidade e deformidade (de resto óbvia, referindo-se ao âmbito biológico onde a normalidade e a norma anátomo-funcional são apenas abstrações estatísticas) têm relegado à categoria da utopia muitas hipóteses de informatização diagnóstica e, em menor mas não negligenciável razão, determinam constante incerteza do médico ‘realizador’, de modo tal a fazer recordar, e não somente por ênfase romântica, a segurança, a temeridade do médico de uma época já superada. (...) Enquanto dilui-se assim na ‘equipe’ e na estrutura a responsabilidade médica, tende-se pelo contrário a se afirmar o papel do paciente que vai a adquirir uma real dignidade no âmbito contratual ou então na relação preliminar a qualquer ato terapêutico, feita obviamente exceção para os casos de urgência acompanhados pela incapacidade de entender e de querer (minoridade, inconsciência), nos quais somente o médico pode e deve comportar-se, segundo os princípios inspirados pela competência profissional e pelo empenho de ser útil”. Dentre os autores anglo-saxões, ALAN MERRY e ALEXANDER McCALL SMITH (ob. cit., p. 43 e s.) destacam interessantes dados estatísticos, segundo os quais se conclui que “a prática médica é um bom exemplo do tipo de conquista de alto nível de que grupos de pessoas são capazes, e que tem sido possível pela linguagem tecnológica, pesquisa, treinamento e cooperação. Ela é também altamente propensa para coisas irem mal. Dois estudos fundamentais, o *Harvard Medical Study* e o *Australian Quality in Healthcare Study* fizeram isso de modo desconcertantemente claro que preveníveis eventos adversos, resultando de terapias médicas, são muito mais comuns do que previamente seria suposto. O estudo de Harvard envolveu revisões estruturadas de 30.121 arquivos de casos casualmente selecionados, oriundos de 50 departamentos de atendimentos agudos de hospitais não psiquiátricos no Estado de Nova York no ano de 1984. O estudo australiano foi muito similar no desenho e revisou 14.179 arquivos australianos de 28 hospitais em New South Wales e Austrália do Sul em 1992. O principal resultado variável foi um ‘evento adverso’ definido como ‘um intencional dano ou complica-

ção não intencionais’ que resulta em deficiência, morte ou estadia hospitalar, prolongada e é causada pela ministração de atendimento médico. Eventos adversos ocorreram em 16,6% das admissões, 51% dos quais foram julgados como sendo ‘altamente evitáveis’, uma expressão utilizada para circunscrever o debate sobre o que constitui negligência e para evitar as conotações negativas do termo. A morte ocorreu em 4,9% dos pacientes que sofreram um evento adverso, e deficiências permanentes em 13,7%. Similarmente, resultados perturbadores têm sido indicados em Utah e Colorado, e no Reino Unido. Entre as reclamações dramáticas que foram feitas com base nessas informações, existe a sugestão de que mais pessoas morrem anualmente por negligência médica do que nas estradas. Comentários desse tipo servem para enfatizar a magnitude do problema, mas fazendo isso eles tendem a refletir apenas o lado dos débitos da conta. Eles falham em nos lembrar que, na ausência, na falta de figuras descrevendo ganhos positivos para providenciar equilíbrio, as informações desses estudos não refletem o ‘feito líquido’ da prática médica. Isto seria também errado para se pensar que o problema dos danos iatrogênicos é novo, ou mesmo que isso está necessariamente ficando pior. O aumento exponencial do número de aviões no céu significa que, a menos que consideráveis evoluções na segurança da aviação sejam alcançadas, um estágio que aparentemente será alcançado em um futuro próximo, será o de que um grande acidente vai ocorrer por noite. E aparentemente o público irá achar difícil de aceitar desastres ocorrendo com essa frequência, apesar dessa previsão entender que o nível de segurança não irá mudar em relação àquele que existe hoje. Num contexto similar, pode ser que a *percepção*, ao invés da realidade, tem mudado em relação à segurança na Medicina. Realmente, é muito provável que o aumento das informações concernentes aos danos iatrogênicos reflita uma renovada ênfase na segurança e um crescente comprometimento em se identificar e lidar com os problemas no sistema de saúde. Não obstante essas considerações, é óbvia a conclusão dos estudos acima, no sentido de que o dano iatrogênico é, em geral, um problema significativo nos hospitais e é frequentemente a consequência de uma prática imperfeita. E é claro que essa situação deve ser considerada. Quando nós estamos procurando atribuir culpa a quem quer que seja, contudo, é importante manter em mente que os danos iatrogênicos ocorrem em um contexto de um grande acordo de custos efetivos e de tratamento médico de sucesso. Para um paciente individual durante uma intervenção, as chances de sofrer um evento adverso são realmente bastante baixas (embora não tão baixas como talvez elas deveriam ser); de outro lado, para um médico individual, trabalhando com milhares de pacientes durante uma carreira de trinta ou quarenta anos, as chances de causar acidentalmente algo como um evento adverso são extremamente altas. As consequências para o médico podem também ser consideráveis. Existem vezes em que isso pode ser perfeitamente apropriado, mas o processo disciplinar ou legal que pode advir desses eventos devem distinguir genuínas práticas culpáveis de erros humanos que são inevitáveis na carreira de qualquer médico”.

¹⁵⁰ RUI STOCO (ob. cit., p. 109 e 110) entende o *erro profissional* como conceito distinto da *imperícia médica*. Para ele, “ocorre o *erro profissional* (erro de técnica) quando a conduta médica é correta mais a técnica empregada é incorreta. Significa que o médico aplica corretamente uma técnica ruim para aquele caso. Há *imperícia* (erro médico) quando a técnica é correta e adequada mas a conduta ou atuação do médico é incorreta ou desastrosa. Quer dizer que o médico aplica mal uma técnica boa”.

Os erros médicos se dividem em duas espécies principais. Podem ser o erro de diagnóstico, ou seja, aquele cometido quando da identificação da moléstia; e o erro de tratamento, ou seja, aquele verificado no tocante à cura da moléstia que tenha sido identificada corretamente ou não¹⁵¹. Em qualquer uma dessas modalidades, a questão será a de demonstrar a escusabilidade ou não do erro, o que se fará a partir da avaliação acerca da conduta do agente de saúde, se adequada e condizente com as recomendações encontradas na ciência médica, tal como indicadas na sua teoria e passíveis de aplicação no caso concreto.

Deverá ser avaliada a complexidade do tratamento empregado e se o modo de tratar que afinal foi efetivado constituía-se, de fato, naquele mais recomendado para debelar uma determinada moléstia. Ademais, quanto mais elaborada for a técnica e mais difícil a sua aplicação, menor será o grau de culpa que poderá ser atribuído ao agente de saúde, pois a referida escusabilidade do erro é diretamente proporcional ao grau de dificuldade técnica verificada em cada caso concreto¹⁵².

¹⁵¹ Como elucida MAURO BARNI (*Diritti-doveri – Responsabilità del medico dalla bioetica al biodiritto*, p. 329 e s.), as “fontes da responsabilidade podem portanto ser: a) o erro de diagnóstico, que se verifica quando um caso clínico, mesmo sendo presentes, manifestados e não equívocos sintomas fundamentais de uma doença, é defeituosamente interpretado pelo médico em virtude de negligência, imprudência ou imperícia, não enquadrada a situação em uma das provisões nosológicas que propõe a ciência médica; b) o erro de cura ou terapêutico, que se verifica cada vez que não sejam aplicados os remédios específicos sugeridos na espécie da ciência e da experiência”. Por outro lado, considerando o fato de que, muitas vezes, os médicos e demais agentes de saúde prestam serviços em estrita relação com os estabelecimentos médicos, cumpre lembrar, juntamente com ETTORE e CARLA PROTETTI (ob. cit., p. 157 e s.), que “o médico que esteja inserido em uma relação de emprego com um ente hospitalar não instaura com o paciente uma relação contratual que, ao invés, subsiste somente entre o paciente e o ente hospitalar. A responsabilidade do médico no confronto do paciente recuperado em um hospital responde assim extracontratualmente no confronto do paciente”.

¹⁵² No mesmo sentido, GUIDO ALPA (ob. cit., p. 248) acresce o seguinte: “fez-se recurso a um outro critério para discernir os casos em que o médico responde *in toto* daqueles em que a sua responsabilidade é atenuada: no tema dos danos causados a um paciente de prestações médicas do tipo cirúrgico decidiu-se – quando a intervenção operatória seja de difícil execução –, enquanto requeira notável habilidade, implique a solução de problemas técnicos novos ou de especial complexidade e comporte uma larga margem de risco, que o paciente deve provar, com fins à definição da responsabilidade do cirurgião, de modo preciso e específico as modalidades de execução do ato e das prestações pós-operatórias; diversamente, para as intervenções de não difícil execução, e em cujo resultado tenha causado piora das condições iniciais do paciente, este cumpre os ônus a seu cargo, provando apenas que a operação é de fácil

Assim sendo, a apreciação da conduta médica dependerá, além dos cânones gerais trazidos pela ciência jurídica, também de uma apreciação peculiar à Medicina, condizente com os postulados e características dessa matéria, que em muito divergem daquele outro ramo do conhecimento humano¹⁵³.

execução e que dela derivou um resultado depreciativo, devendo-se presumir a inadequada ou não diligente execução das prestações profissionais do cirurgião, cabendo ao profissional fornecer a prova contrária”.

¹⁵³ Como ressalta ALDO PAGNI (ob. cit., p. 18 e s.), “os erros (ou os enganos) na Medicina, como em qualquer outro comportamento humano, são inelimináveis, mas devem ser prevenidos ou reduzidos ao mínimo através do estudo contínuo, do empenho constante e da vontade dos médicos de evitá-los junto aos pacientes. A melhor defesa do médico contra as acusações de má-prática não é fazer todo o possível, mesmo o inútil, para o paciente ou, ao contrário, fazer o menos possível para não correr riscos, mas visar a cura do paciente. Isso significa: – instaurar e manter uma relação de confiança recíproca com o paciente; – comunicar-se com ele de maneira realista e escutá-lo com humildade; – ser sensível às suas necessidades, medos e preocupações (mesmo que possam parecer infundadas); – ter consciência dos próprios limites de competência e dos limites da Medicina; – perguntar-se qual distúrbio aflige o paciente, que coisa pode-se fazer por ele, qual será o resultado das curas possíveis, e que coisa terá querido dizer; – é oportuno denunciar à Ordem (dos médicos) local as condições estruturais, organizativas e ambientais idôneas para um exercício correto da Medicina; – um papel significativo e importante desenvolvem os jornais e os *mass media*, seja na circulação dos conhecimentos médicos, seja para os episódios de *mal practice*. (...); – obstetras, cirurgiões, ortopedistas, anestesistas e dentistas representam os especialistas que sofrem maiores riscos nas causas ressarcitórias ou de indenizações, em face de episódios, dolosos ou culposos (ou que, por outro lado, tenham procurado um dano às pessoas), e por isso deveriam introduzir autonomamente métodos de verificação de qualidade nas suas operações cotidianas; – nos Estados Unidos da América, o nível dos prêmios assecuratórios alcançou alturas quase insustentáveis, porque as ações de *mal practice* tornaram-se costume normal naquele país”.

Capítulo 8

A REPARAÇÃO DOS DANOS DO ATENDIMENTO MÉDICO – A RESPONSABILIDADE CIVIL

8.1 Generalidades

Um dos pontos de maior interesse, próprio às questões situadas no *direito à saúde*, diz respeito às pretensões de ressarcimento por danos causados ao paciente ou às pessoas a ele vinculadas, em virtude do atendimento médico, hospitalar ou laboratorial prestado pelo agente de saúde, o que se traduz na enorme quantidade de ações judiciais que são continuamente propostas, tendo por finalidade exatamente a reparação de alegados danos morais e materiais sofridos.

Tal situação trouxe novas e variadas consequências à prática profissional, dentre as quais se destaca um relevante aumento dos custos envolvidos nessa atividade, cujo impacto negativo talvez seja compensado por uma maior atenção e cuidado no modo de se proceder ao tratamento médico devido.

Tal elevação de custos é evidenciada de várias formas. Houve, por exemplo, um grande impulso na busca de uma proteção securitária, tornando-se, em alguns países, verdadeiramente imprescindível que os agentes de saúde contratem seguro que os alivie dos pesados ônus que lhes serão acarretados na situação de ser definida uma eventual responsabilização pessoal pela constatação de erro médico, oriundo da ação ou omissão culposa ou pela mera ocorrência de um evento indesejado que seja fruto da singela realização do tratamento de saúde.

Além disso, sentindo-se potenciais alvos de demandas judiciais movidas por pacientes ou familiares insatisfeitos, passaram a adotar os médicos, hospitais e demais agentes de saúde uma postura que se poderia qualificar como *defensiva*, evidenciada pela realização de exames laboratoriais com maior profusão, nitidamente com o objetivo de que disponham tais agentes da saúde, em suas mãos, de elementos que possam ser considerados *provas documentais*, úteis para demonstrar que as eventuais hipóteses diagnósticas foram efetivamente investigadas, ainda que já o tivessem sido no mero e anterior exame clínico realizado.

Não há dúvida, por outro lado, que as consequências decorrentes do respeito ao já referido *consentimento informado*, bem como a constatação de

que, para o médico ou para outro agente de saúde negligente, imperito ou imprudente, existe um risco real de ser obrigado a ressarcir a vítima de uma conduta inadequada, representam um avanço concreto no sentido de se alcançar real equilíbrio nas relações contratuais mantidas entre o agente de saúde e o paciente.

Houve, portanto, uma útil ampliação das consequências da responsabilidade civil no âmbito do *direito à saúde*,¹⁵⁴ o que surgiu em detrimento da *indulgência* com que a legislação e os juízes anteriormente apreciavam as questões vinculadas a supostos erros médicos¹⁵⁵.

Como destaca Paolo della Sala, “sob o plano metodológico é, porém e sobretudo, premissa que o problema da responsabilidade profissional não vem hoje mais reconduzido ao conceito tradicional de *responsabilidade do médico*, mas sim àquele de *responsabilidade médica*”¹⁵⁶. Assim, portanto, além

¹⁵⁴ Trazendo dados estatísticos interessantes e referentes à realidade norte-americana, JAMES F. BLUMSTEIN, TROYEN A. BRENNAN e CLARK C. HAVIGHURST (ob. cit., p. 923 e s.) informam que “as maiores pesquisas sobre a incidência de danos iatrogênicos, negligência e processos de má prática foram realizadas no Estado de Nova York na década de 1980 por uma equipe de investigadores da Universidade de Harvard. No último relatório, os pesquisadores de Harvard ofereceram a seguinte descrição sintética e crítica do método que prevalece para lidar com eventos médicos adversos: – prática médica e danos são geridos por certos princípios assentados do sistema de *common law (tort)*, que também define responsabilidade por veículos a motor e danos a consumidores causados por produtos; – se um paciente é prejudicado como resultado do comportamento errado de um outro (um médico ou outro provedor de assistência médica), então a vítima está habilitada a recobrar todas as perdas – tanto financeiras como as não pecuniárias – causadas por tal falta; – na falta de um comportamento negligente, um médico não é legalmente responsável por injúrias sofridas por seus pacientes, ao invés, tais perdas devem ser assumidas pelas vítimas pessoalmente ou pela comunidade, através dos seus vários programas de seguro por danos públicos ou privados; – disputas sobre se um exemplo de tratamento médico foi descuidado e sobre os danos que a vítima sofreu como resultado têm sido ultimamente solucionáveis em um processo civil, antes que pela submissão a um júri, apesar de que, na prática, cerca de 90% de tais disputas são resolvidas pelas partes e por seus advogados por meio de negociações voluntárias antes do julgamento; – se alguma falta legal e responsabilidade forem estabelecidas através de processo, a compensação irá quase que inevitavelmente ser paga para a vítima não pelo indivíduo que foi descuidado, mas em especial pelo prévio pagamento de um segurador de responsabilidade para um médico independente, ou pela instituição que empregou o médico ou por outro provedor em questão (ou pela seguradora da instituição)”.

¹⁵⁵ Cf. ÂNGELO FIORI (Evoluzione del contenzioso per responsabilità medica, in: *Il rischio in Medicina oggi e da responsabilità professionale*, p. 161 e s.).

¹⁵⁶ Esclarece o autor, ainda (ob. cit., p. 369 e s.), que “esta última locução é bem mais ampla e engloba um conjunto de sujeitos que podem ser chamados, eventualmente,

dos agentes de saúde individualmente considerados, passou-se a interpretar a prestação do atendimento médico sob a perspectiva de um conjunto de diversos atos que são desempenhados usualmente por equipes com específica organização e em estabelecimentos hospitalares e laboratoriais dotados de estruturas que vão se tornando cada vez mais complexas.

8.2 A natureza da responsabilidade civil no *direito à saúde*

De toda forma, constitui-se ainda hoje posicionamento preponderante na doutrina aquele de que a responsabilidade civil, no campo da atuação médica, ordinariamente ostenta uma *natureza contratual*.

As suas origens, contudo, estão claramente situadas nas regras que regem a responsabilidade extracontratual.

Sobre este ponto, Ricardo Luís Lorenzetti informa que,

até o ano de 1936, sustentava-se na França que a responsabilidade em que poderia incorrer o médico não emanava de nenhuma convenção prévia. O fundamento normativo encontrava-se no art. 1.382 do CC e em julgado da Corte de Cassação, Câmara de Admissão, de 21-07-1862, que assinalava o caráter “quase delitual” da responsabilidade profissional. Invocavam-se dois argumentos: a) o caráter intelectual do trabalho subministrado opõe-se à existência de um contrato entre o profissional e seu cliente; e b) tais contratos seriam nulos por recair sobre os direitos da personalidade¹⁵⁷.

Também na Itália, as análises contratualistas da responsabilidade médica foram fruto da evolução doutrinária. De acordo com Enrico Quadri,

o setor médico representa o setor no qual houve de se medir a própria credibilidade de muitas das construções dogmáticas em tema da responsabilidade civil. Assim, a responsabilidade médica, nascida no plano da responsabilidade extracontratual, somente em tempos recentes – e não antes –, tornou-se contratual, persistindo da área da *common law* (...) a tendência a ficar dita responsabilidade aquiliana (*torts*)¹⁵⁸.

a responder aos atos lesivos, à integridade de uma pessoa, mesmo se causados no âmbito de uma prestação médica. Uma específica prestação médica, em gênero, não constitui outra coisa que a mínima parte de um tratamento sanitário mais complexo, onde se considere que na maior parte dos casos este não é executado por um único profissional, mas sim vem posto em exercício por uma pluralidade de pessoas, médicos ou não, que agem no âmbito de uma mais articulada organização”.

¹⁵⁷ Ob. cit., t. I, p. 369.

¹⁵⁸ Ob. cit., p. 140. Ainda de acordo com RICARDO LUÍS LORENZETTI (ob. cit., t. I, p. 371 e s.), “na doutrina italiana dos princípios do século houve autores que colocaram a responsabilidade médica no âmbito extracontratual. Com acuidade, observa-se que na convenção entre cliente e profissional não se precisavam as prestações a cargo do

Já no Brasil, 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. O nosso Código Civil colocou a responsabilidade médica dentro das obrigações por atos ilícitos, mas isto não lhe tira o caráter de contratual¹⁵⁹.

médico; existia uma atribuição indeterminada que constituía o objeto da contratação. Tratar-se-ia de uma obrigação líquida que funcionaria como alternativa. Abusando o médico da atribuição outorgada, ou não estando em condições para cumpri-la, ocasiona dano e surge a responsabilidade, que é aquiliana. Posteriormente, tanto a doutrina como a jurisprudência foram se orientando até posições contratualistas. Todavia, com relação à culpa, manteve-se a ideia de que deviam se fazer exceções à responsabilidade por culpa leve. Sobretudo naqueles casos em que a natureza da atividade exercitada era particular, processo esse que veio culminar com a sanção do Código Civil de 1942, que em seu art. 1.176, segunda parte, diz: “No descumprimento das obrigações inerentes ao exercício de uma atividade profissional, a diligência deve valorar-se em relação à natureza da atividade exercida”, e no art. 2.236: “Se a prestação implica a solução de problemas técnicos de especial dificuldade, o prestador da obra não responde pelos danos, senão em caso de dolo ou de culpa grave”. Já para ETTORE e CARLA PROTETTI (ob. cit., p. 154), “a responsabilidade civil é uma consequência ou da inobservância da prestação por parte do médico ou da violação do princípio geral que veda prejudicar os direitos dos outros. No primeiro caso, trata-se de responsabilidade contratual, disciplinada pelo art. 1.218 e s. do Código Civil italiano”.

¹⁵⁹ Cf. *O dano...*, cit., p. 84. É também o que afirma MIGUEL KFOURI NETO (*Responsabilidade civil do médico*, p. 58): “apesar de o Código Civil brasileiro colocar a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar-se a responsabilidade médica como *ex contractu*. A jurisprudência tem sufragado o entendimento de que, quando a médico atende a um cliente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato. A responsabilidade médica é de natureza contratual. Contudo, o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão”. Em outras nações, a posição assumida mostra-se a mesma. Por exemplo, ALEXANDER VALENCIA MORENO (ob. cit., p. 41 e s.) informa que, “no que diz respeito ao Panamá, em certa medida não está fora desta evolução de demandas de responsabilidade médica, este auge é relativo, o que se denota pelos poucos processos seguidos com nossos tribunais. Contudo, em nosso país, cremos que estamos longe de chegar a situações como as que patenteiam outros países aqui aludidos, ainda que diariamente se cometam injustiças em nossos hospitais, por parte dos médicos. (...) Resulta interessante ressaltar aqui que só desde 1940 a jurisprudência colombiana (Sala de Cassação, s.c. maio 5, 1940) considerou que a ‘responsabilidade civil e, portanto, a profissional pode derivar-se do descumprimento ou violação de um contrato ou consistir em um ato ou omissão que, sem emanar de nenhum pacto, cause prejuízo a

O mesmo já afirmava José de Aguiar Dias, para quem “a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida”¹⁶⁰.

Deve-se reconhecer, contudo, que não se pode mais realizar, também nesse campo, uma assertiva categórica e absoluta acerca das consequências que decorreriam do fato de ter ou não origem contratual a responsabilidade civil médica.

De fato, um dos resultados previstos pela opção de se prestigiar a separação das modalidades contratuais e extracontratuais seria o de que, sob a responsabilidade contratual, dever-se-ia pensar na configuração de obrigações já *preexistentes* e não naquelas surgidas apenas *após* o resultado da atuação médica propriamente dita, tal como ocorre na obrigação de natureza meramente extracontratual¹⁶¹. Assim, buscavam-se fundamentos para que

outro’. Ademais, a doutrina colombiana é partidária de que a responsabilidade médica é de feição contratualista”. Referindo-se ao posicionamento presente na Argentina, RICARDO LUÍS LORENZETTI (ob. cit., t. I, p. 372 e 379) informa que “a evolução jurisprudencial e doutrinária da matéria é similar à produzida na França, com alguma diferença de anos, o que torna-se explicável na medida em que a atividade jurídica nacional era reflexo da estrangeira. Até o fim da década de 30, nossa jurisprudência sustentou a tese da responsabilidade aquiliana do profissional. A ideia fundadora era similar a que insuflavam as doutrinas francesa e italiana. Arguia-se que a atuação profissional comporta o cumprimento de um dever de altruísmo, para o qual gozava de uma ampla independência, sendo ademais que as pessoas que o exercitavam deviam estar equipadas de uma armadura intelectual idônea. O abuso dessa independência, ou a negligência na própria capacitação, geravam culpa, o que obrigava a reparar o dano causado. O título universitário funcionava como presunção de aptidão da ausência de culpa”. Na Costa Rica, FERNANDO MONTEIRO PIÑA (*El daño moral*, p. 217) esclarece que “o dano produzido pela má prática médica não está regulado pelo art. 1.045 do Código Civil, mas sim pelas regras que se referem ao inadimplemento contratual, tais como o art. 702 e s. do mesmo Código, pois está definido que esse dano se produz em virtude de uma relação gerada por um contrato, seja que se trate de erros cometidos por um médico particular ou que seja *malpraxis* de um médico empregado da Caixa Costarricense de Seguro Social, em cujo caso se aplica a culpa *in eligendo* ou a culpa *in vigilando*, elementos que geram a responsabilidade subjetiva indireta, já que as atuações culposas dos empregados da instituição a comprometem em face do segurado, em razão da relação obrigacional derivada do seguro”.

¹⁶⁰ *Da responsabilidade civil*, p. 297.

¹⁶¹ Para PAOLO DELLA SALA (ob. cit., p. 394), “a responsabilidade civil consiste na imputabilidade a um sujeito pelos danos causados a terceiros, seja no âmbito de uma relação obrigatória (responsabilidade contratual), seja fora dessa (responsabilidade extracontratual). Se diz contratual a responsabilidade pelo inadimplemento de uma obrigação preexistente. Vice-versa, a responsabilidade extracontratual é uma obrigação que se constitui *ex-novo*. O critério distintivo entre a responsabilidade dita aquiliana ou extracontratual e a responsabilidade dita contratual é de tal modo pouco

fossem procedidas, pelo intérprete e também sob esse fundamento, eventuais inversões dos ônus de provar o alegado, atribuídas ordinariamente ao autor da ação, no caso o paciente vitimado ou as demais pessoas que legitimamente compartilhem dos interesses desse mesmo paciente¹⁶².

O fato é que existe, na verdade, a possibilidade de que convivam as responsabilidades civis de natureza e origem contratual com aquela extracontratual, o que ocorrerá sempre que o inadimplemento viole o direito geral de alguém de não sofrer um dano injusto¹⁶³.

Com efeito, sempre poderá surgir a modalidade de responsabilização *aquiliana* quando “o médico omite a cura urgente e seja negligente ao pres-

clara que se tem definido a tendência a considerar-se com simpatia a atenuação, senão a supressão da distinção. A tradicional contraposição fundada sobre a alternativa entre a proibição geral de *alterum laedere* e a necessidade de respeitar uma obrigação específica em relação a um determinado sujeito está perdendo significado também por causa da ‘extensão da zona de fronteira’, causa que ‘induz’ a duvidar tanto do valor conceitual quanto da oportunidade legislativa da distinção. Mesmo no âmbito da responsabilidade profissional do médico, a distinção entre as duas figuras da responsabilidade foi objeto, sobretudo por parte da doutrina mais recente, de numerosas críticas que lhe redimensionaram a importância. Acresceu-se, portanto, à conclusão que a diferença entre os dois tipos de responsabilidade importa somente aos fins do ônus probatório, comportando principalmente uma diversa distribuição entre devedor e credor, do risco pela falta de realização do resultado, entendendo-se com isso sustentar que na responsabilidade extracontratual o médico não deve fornecer qualquer prova, enquanto naquela contratual pode demonstrar que o inadimplemento ou o adimplemento errado são devidos à causa fortuita ou à força maior, ou que então não lhe foi possível adimplir o contrato”. As consequências da distinção acerca da natureza da responsabilidade médica não são, de fato, aquelas originalmente afirmadas pela doutrina. Ainda nesse sentido, destaca RICARDO LUÍS LORENZETTI (ob. cit., t. I, p. 371) que, “no terreno da responsabilidade, os avanços foram mais tímidos e prudentes. Não obstante sua caracterização como contratual, a responsabilidade do médico por inadimplemento do convênio celebrado com seu cliente também restou notavelmente mitigada com a lembrança à distinção entre obrigações de meios e de resultados, anulando assim o poder indiciário do descumprimento, mantendo a carta da prova a cargo do paciente, ficando nos fatos vigente a situação anterior, salvo a identificação jurídica”.

¹⁶² Elucida JOSÉ DE AGUIAR DIAS (ob. cit., p. 296), ao lembrar as palavras de Jossierand, que “um dos processos de que se tem valido a jurisprudência para ir em socorro da vítima consiste na substituição da responsabilidade delitual pela responsabilidade contratual. Esta, na linguagem elegante do emérito professor de Lião, ‘espalha-se como a mancha de óleo e não se sabe onde se deterá, na sua marcha progressiva’”.

¹⁶³ A respeito da coexistência entre responsabilização contratual e extracontratual, conf. ENZO ROPPO (*Il concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, Casi e questioni...*, cit., p. 236).

tá-la a um enfermo que se ache em estado de inconsciência ou de temporária incapacidade física”¹⁶⁴.

8.3 Responsabilidade civil dos diversos agentes que atuam no direito à saúde

Igualmente importante e próprio do atual modo pelo qual se realizam os fenômenos vinculados ao *direito à saúde* é o fato já referido da prestação médica não se dar apenas a partir do trabalho de um médico, em seu consultório, mas sim e incontáveis vezes em um estabelecimento sanitário dotado de maiores dimensões e complexidades, como são os grandes hospitais públicos, por exemplo¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Cf. ETTORE e CARLA PROTETTI (ob. cit., p. 155), os quais, em relação à possibilidade de fundar-se a obrigação de reparar o erro médico na responsabilidade contratual e extracontratual, ainda relembram que “a coexistência entre culpa contratual e culpa extracontratual era já afirmada no direito romano. No *Digesto (ad legem aquilianam, IX, 2, 7, 8)*, lê-se: *Proculus ait: si medicus imperitex, vel ex lege aquila actionem competere*, onde a culpa era reconduzida à imperícia e a locação era referida à locação da obra intelectual. A locução foi feita própria pelo nosso Código em que as normas sobre a prestação de obra intelectual são reguladas pelos arts. 2.330 e s. do Código Civil italiano. O princípio foi feito próprio pela Suprema Corte, segundo o qual, se mesmo entre o médico e o enfermo existe uma locação de obra (a qual dá lugar a uma responsabilidade contratual), o enfermo não renuncia às mais amplas garantias que lhe concedem a lei e derivadas do princípio legal do *neminem laedere*”. No mesmo sentido, MIGUEL KFOURI NETO (*Responsabilidade...*, cit., p. 58) afirma ser “claro que poderá existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato: o médico que atende alguém desmaiado na rua, v.g. A obrigação de reparar o dano, entretanto, sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele”.

¹⁶⁵ Destacando a relação existente entre o médico e o estabelecimento hospitalar, PAOLO DELLA SALA (ob. cit., p. 395 e s.) destaca que “é óbvio, então, que o comportamento do médico – e assim, a eventual responsabilidade individual – é seguramente estritamente conexo com uma responsabilidade de caráter organizativo, agindo o particular no ‘interesse de um complexo multissetorial’. O problema que se põe é então aquele de qualificar a relação que se instaura entre o médico e o paciente: é evidente – de fato – que o médico que age como profissional liberal responde segundo as regras gerais, pela violação dos deveres nascentes do contrato de obra profissional, enquanto diverso é o discurso que deve ser confrontado na hipótese de obra prestada pelo médico no interior do hospital. Neste último caso, com o fim de individualizar, seja a natureza da responsabilidade do médico – em consequência do êxito negativo da prestação –, seja aquela do hospital no qual a cura foi efetuada, é necessário levar em consideração, de um lado, as modalidades da requisição da prestação; de outro, a relação intercorrente entre o profissional e o ente hospitalar. A atividade médica, pois, no mais das vezes, desenvolve-se no interior de estruturas hospitalares

Outras situações, no campo da responsabilidade civil, surgem quando a prestação médica é realizada no âmbito de um contrato de seguro ou de plano de saúde anteriormente celebrados. Nessas circunstâncias, o contrato do qual se origina a relação se faz entre o consumidor e a prestadora de serviços, e o liame entre esse mesmo consumidor com os prepostos da empresa que presta o atendimento de saúde, sejam eles médicos, enfermeiras e outros profissionais, aparecerá mesmo que não se estabeleça um contato real e direto entre essas outras partes¹⁶⁶.

nas quais o médico surge como profissional liberal, servindo-se do instrumento e da assistência que a estrutura pode oferecer, ou às quais o médico pode estar ligado por uma relação de trabalho subordinado. É este o caso mais frequente. A jurisprudência mais recente tem definido, de um lado, que a aceitação de um paciente no hospital comporta a conclusão de um contrato de obra profissional e obriga assim o hospital a executar as prestações médicas necessárias, respondendo (o hospital) em relação ao paciente pelo inexecuto cumprimento de tal obrigação; de outro, que o médico agente, sendo estranho à relação com o paciente, não pode responder senão em via aquiliana pelos danos a este causados em violação da obrigação geral de obrigação de *neminem laedere*. Por fim, uma posterior distinção é feita na hipótese na qual o médico tenha concluído pessoalmente com o paciente um contrato de cura, para a execução do qual utilize o aparelhamento de uma clínica privada: neste caso, o médico responderá pelo inexecuto cumprimento do contrato, enquanto o ente privado responderá sempre contratualmente pelas outras prestações acessórias de cura e de assistência sucessiva à intervenção médica”. Em relação a esse ponto, já decidiu o nosso STJ: “quando o paciente procura o hospital para tratamento, principalmente naqueles casos de emergência, e recebe atendimento do médico que se encontra em serviço no local, a responsabilidade em razão das consequências danosas da terapia pertence ao hospital. Em tal situação, pouco releva a circunstância de ser o médico empregado do hospital, porquanto ele se encontrava vinculado ao serviço de emergência oferecido. Se o profissional estava de serviço no plantão, tanto que cuidou do paciente, o mínimo que se pode admitir é que estava credenciado para assim proceder. O fato de não ser assalariado nesse cenário não repercute na identificação da responsabilidade do hospital. Recurso especial conhecido e provido” (3ª T., REsp 400.843/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17-2-2005, DJ 18-4-2005, p. 304). É o que determina, igualmente, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor no Brasil, ao estatuir, em seu art. 7º, parágrafo único, que, “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

¹⁶⁶ O vínculo meramente “*contatual*” e não, necessariamente, contratual, ocorre, como indica ENRICO QUADRI (ob. cit., p. 142), quando faz “referência aos antes recordados problemas da concorrente responsabilidade da estrutura médica e do operador, por uma consistente orientação jurisprudencial reputada contratual a primeira e extracontratual a segunda. Significativa resulta, a propósito, a referência aos mesmos critérios de valoração da diligência profissional (...) de modo a uma responsabilidade, como aquela do médico dependente, qualificada de extracontratual. A manifestada

Sob essa ótica, o que se conclui é que divisões estritas entre as consequências oriundas da natureza contratual ou extracontratual das relações criadas não devem ser sobrevalorizadas, pois tais procedimentos acabam por restringir a correta apreciação de fenômenos usuais na atuação médica contemporânea¹⁶⁷. A natureza contratual, portanto, prevalece para a maioria dos casos, mas os efeitos decorrentes dessa qualificação foram profundamente alterados, dentre outros motivos, pela afirmação dos chamados *deveres laterais*; pelas situações concretas que impõe a excepcional inversão do ônus da prova; pela ideia de culpa do profissional médico que atua na realização de uma obrigação de cura; e ainda pelos impedimentos à livre inserção, nos contratos de prestação de serviços profissionais e próprios das relações de consumo, de cláusulas exoneratórias de responsabilidade¹⁶⁸.

Tais fatores servem para qualificar a referida *culpa médica*, dotada de peculiaridades próprias que a distinguem das culpas de outras espécies. Servem, ainda, para que ditar os parâmetros norteadores para a correta apreciação que a chamada *objetivação da responsabilidade* – tida como uma tendência contemporânea – deve apresentar nesse ramo especial do direito.

tendência a entender coincidente, em sentido contratual, mesmo em tal último caso, o título de responsabilidade da estrutura e do médico, parece posteriormente esvaziado, na matéria, de qualquer relevância da contraprestação entre responsabilidade contratual e extracontratual". O Código Civil brasileiro, de toda forma, reconhece a *culpa in eligendo*, incidente no caso do defeito de atendimento prestado pelo agente de saúde que diretamente age em nome do hospital ou da operadora de saúde que o contratou, prevista especificamente no art. 932, II, desse diploma legal.

¹⁶⁷ Analisando ainda as consequências que poderiam derivar das distinções entre a responsabilidade contratual e extracontratual – e da minoração dessas distinções –, ENRICO QUADRI (ob. cit., p. 142) ressalta que se trata "de uma contraposição na qual o sentido tende a ser revisado de modo geral, ao menos na rigidez dos seus termos tradicionais, ainda uma vez a responsabilidade médica resultando banco de prova para novas concepções, entendidas geralmente conformes ao atual desenvolvimento das relações econômico-sociais". Especificando mais intensamente a evolução da interpretação jurisprudencial na Itália, conferir GUIDO ALPA (ob. cit., p. 222 e s.).

¹⁶⁸ No tocante às disposições contratuais exoneratórias de responsabilidade profissional, nos diversos ordenamentos jurídicos, conf. ANA PRATA (*Cláusulas de exclusão...*, cit., p. 279 e s.).

Capítulo 9

A PROVA DOS DANOS À SAÚDE, SUA DELIMITAÇÃO E PREVENÇÃO

9.1 A facilitação do ressarcimento

Definida a possibilidade de responsabilização do agente de saúde, oriunda do dano causado ao paciente em virtude do defeito verificado na prestação do atendimento médico, hospitalar ou laboratorial, resta indicar os fatores que deverão compor a efetiva reparação do prejuízo e os caminhos que poderão ser trilhados no enfrentamento de ocorrências indesejadas.

Já se observou, ao longo desse trabalho, que os modos adotados para facilitar, em benefício da vítima – seja ele o próprio paciente ou pessoas de alguma forma prejudicadas pelo fato, como parentes ou cônjuges¹⁶⁹ –, as reparações do dano causado por conta da atividade de saúde são várias. Para tanto convergem as ideias tendentes à desvalorização da importância antes atribuída à divisão clássica entre as obrigações *de meios* e *de resultados*; a facilitação dos meios de prova do prejuízo a cargo do paciente; a presunção de culpa do agente; e até o surgimento de ideias mais ousadas, que propõem seja caracterizada como passível de responsabilidade pelo *risco integral* a atividade desenvolvida pelo agente de saúde, ou então aquelas que buscam a imposição de seguros obrigatórios para as consequências danosas oriundas do atendimento médico,¹⁷⁰ de modo que este-

¹⁶⁹ Tal como determina o art. 17 da Lei 8.078, de 11-9-1990, ao estatuir que se equiparam "aos consumidores todas as vítimas do evento", criando, assim, um cenário de grande amplitude no tocante aos legitimados para pleitear o ressarcimento das perdas decorrentes do evento em juízo.

¹⁷⁰ JAMES F. BLUMSTEIN, TROYEN A. BRENNAN e CLARK C. HAVIGHURST (ob. cit., p. 924) esclarecem que "o sistema baseado em responsabilidade por culpa tem sido tradicionalmente adotado ao assegurar dois distintos, porém geralmente compatíveis objetivos. Primeiro, os valores da justiça corretiva e do direito exigem que perdas que tenham já ocorrido como resultado de falta de cuidado devem ser transferidas (tanto quanto possível) do inocente paciente-vítima para a parte culpada. Segundo, a perspectiva de ser processado e de ter que pagar por tais perdas irá servir como um incentivo financeiro e emocional para os médicos providenciarem um tratamento mais cuidado-

ja garantido, sempre e necessariamente, o ressarcimento de tais eventuais prejuízos¹⁷¹.

so para seus pacientes no futuro. O outro lado dessa política racional para o sistema de faltas é que se o dano do paciente foi produzido como um exclusivo acidente do tratamento médico, impor responsabilidade ao agente não se justifica. Agir assim iria injustamente afastar médicos inocentes para que respondessem financeiramente às demandas dos pacientes prejudicados, e poderia não representar modo de evitar a prestação de cuidados abaixo do esperado, porque cuidados sofríveis não servem de razão para impor responsabilidades. O precedente é, como nós acreditamos, uma imparcial avaliação das hipóteses essenciais no direito da *common law* da responsabilidade civil por falta. Entre os juristas, contudo, a razão da justiça corretiva não está mais para o bem geral. A razão principal é que com o surgimento da tendência, frequentemente, do seguro de responsabilidade obrigatório, o médico descuidado não mais paga a conta do processo por danos ao paciente. Ao invés, a seguradora individual do médico paga a indenização judicial com fundos acumulados por prêmios de seguro de responsabilidade civil pagos por todos os médicos na especialidade relevante e região. Em contrapartida, médicos (e hospitais) pagam frequentemente grandes prêmios de seguros com dinheiro coletado de pacientes por serviços médicos. E a vasta maioria das tarifas desses médicos é realmente paga por programas públicos ou privados de seguros-saúde financiados por prêmios cobrados de indivíduos e empregados ou por taxas coletadas pelos governos. Em outras palavras, nós agora temos um elaborado aparelho de arranjos de seguros, nos quais se impõem que cidadãos saudáveis adquiram uma forma de seguro de deficiências contra o risco de que alguns danos possam ao final decorrer de seus tratamentos médicos". Num certo sentido, é a mesma tendência que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo na lei que regulamenta os planos de saúde. Sob o risco de que alguns pacientes sejam prejudicados por contratos demasiadamente restritivos, criou-se, para o contrato, cláusulas gerais que tornaram a amplitude dos serviços cobertos por vezes exagerada, dependendo da necessidade específica de um consumidor. Assim, terá ele de arcar com custos de tratamentos que dificilmente utilizará, financiando assim, em verdade, as despesas de terceiros, o que gera inegável aumento dos encargos financeiros exigidos de todos.

¹⁷¹ De acordo com U. RUFFOLO (Il risarcimento del danno. Il c.d. danno "biologico", in: U. RUFFOLO e V. ZENO ZENCOVICH (Coords.), *Casi e questioni...* cit., p. 83), "a função ressarcitória é comumente interpretada como escopo de 'garantir o ressarcimento no maior número possível de casos'. Os instrumentos para alcançar tal resultado são dois: de um lado, 'a construção do sistema de responsabilidade civil, de maneira mais ou menos extensamente objetivada, de modo a fazer funcionar o instituto em sentido amplamente garantista e assecurativo'; de outro, o 'alargamento da área do dano ressarcível', obtido através da extensão das categorias de interesses juridicamente relevantes. Com tais expressões indicam-se duas tendências que vêm sendo maturadas nos ordenamentos em épocas bastante recentes. Para assegurar a reparação dos danos de modo mais rápido e extenso do que no passado, ocorria operar segundo duas diretrizes: a) agilizar o ônus probatório que a lei põe a cargo do prejudicado (cabe de fato ao prejudicado, segundo as regras da responsabilidade civil, provar a

De toda forma e segundo entendemos, continua a ser indispensável comprovar de modo inequívoco que o agente de saúde foi o responsável direto pela ocorrência do prejuízo. Muitas vezes, o dano não terá sido causado por outro motivo senão o fato de ser a moléstia efetivamente invencível; outras vezes, decorrerá da culpa do próprio paciente que atenta, ele mesmo, contra a sua saúde, deixando de cumprir o tratamento indicado, de mudar os seus hábitos de vida ou quando desiste, simplesmente, de buscar a sua própria cura; em outras situações, ainda, os prejuízos serão decorrentes de atos provocados por terceiros, alheios à relação e ao cerne do atendimento prestado, tais como os fornecedores de produtos que, uma vez ingeridos, poderão causar danos conhecidos ou desconhecidos à saúde. Sendo assim, impor ao agente de saúde a obrigação de sempre curar ou de reparar totalmente o dano à saúde causado representa adotar uma visão distante da realidade e do sentimento que deve qualificar a interpretação jurídica nesta matéria.

Em tais situações, o agente de saúde torna-se, apenas e simplesmente, um mero expectador que acompanha uma sequência de fatos contra os quais não pode efetivamente lutar, ou nos quais o seu esforço não implica a solução do mal que surgiu não por sua interferência ou participação. Assim, como se poderá impor a ele o encargo de assumir o ressarcimento do evento prejudicial se não decorre da sua atuação a origem eventual do dano, e onde a imposição da cura não pode, pela sua própria natureza, estar inserida no risco da atividade?

De fato, sendo imposta, sempre e necessariamente, a reparação financeira como consolo pela perda da saúde, não evitada ou debelada pelo atendimento médico prestado, a consequência natural será, pura e simplesmente, o acréscimo dos custos vinculados a essa mesma prestação dos serviços e a eliminação progressiva daqueles agentes de saúde – dotados de menor suporte econômico e mesmo político – da possibilidade de desempenharem a própria atividade, com as evidentes consequências danosas de um movimento em tal direção. O resultado inevitável desse cenário será a efetiva diminuição de acesso, por parte daquele que dele necessite, ao próprio atendimento médico.

Alternativa para isso seria que o dano, advindo de qualquer origem, fosse ressarcido por alguma forma de contribuição imposta ao conjunto da sociedade. Representa isso, contudo, interesse coerente com as expectativas

existência do dano, a sua derivação do evento e, ainda, a culpa ou dolo do agente); b) estender a área do dano ressarcível, considerando como tal também lesões de interesse que anteriormente não recebiam a proteção do ordenamento (por ex., danos ao ambiente, danos provocados por produtos defeituosos, danos derivados de lesão de interesses coletivos)".

reais da população? Pretende a sociedade, como um todo, dividir entre si e de modo compulsório os custos decorrentes do necessário ressarcimento do dano alegado ou comprovado por aquele que sofre os efeitos de uma moléstia que ataca a sua saúde, independentemente da origem e das causas que originaram tal fato?

Tais opções extremadas ainda não foram admitidas como respostas definitivas e suficientes para a solução desses problemas relacionados ao *direito à saúde* nos diversos ordenamentos jurídicos, o que se dá tanto por razões de natureza efetivamente ideológica e política como, fundamentalmente, pela sempre insuperável limitação dos recursos disponíveis para fazer frente aos ilimitados e progressivos reclamos da sociedade.

A despeito disso, a ideia da facilitação do ressarcimento continua a ser um objetivo aceitável e lícito, desde que temperado com a racionalidade exigida no ordenamento jurídico.

O sistema reconhece, de fato, que o princípio da reparação pelo dano injusto causado ao paciente deve abranger tanto as perdas de natureza material como aquelas de natureza moral,¹⁷² pelo que não se pode prescindir da existência de um sistema ágil e eficiente que promova, contra aquele que se possa identificar como o verdadeiro responsável pelo dano à saúde,

¹⁷² Dando boa medida sobre a abrangente possibilidade de reparação do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo se decorrente especificamente de inadimplemento de contrato de assistência à saúde, têm-se os exemplos dos seguintes acórdãos do STJ: “a negativa de cobertura de internação de emergência gera a obrigação de indenizar o dano moral daí resultante, considerando a severa repercussão na esfera íntima do paciente, já frágil pela patologia aguda que o acometeu. Recurso especial conhecido e provido” (3ª T., REsp 618.290/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25-10-2005, DJ 20-2-2006, p. 332); “é abusiva a cláusula prevista em contrato de plano de saúde que suspende o atendimento em razão do atraso de pagamento de uma única parcela. Precedente da 3ª T. Na hipótese, a própria empresa seguradora contribuiu para a mora, pois, em razão de problemas internos, não enviou ao segurado o boleto para pagamento. É ilegal, também, a estipulação que prevê a submissão do segurado a novo período de carência, de duração equivalente ao prazo pelo qual perdurou a mora, após o adimplemento do débito em atraso. Recusado atendimento pela seguradora de saúde em decorrência de cláusulas abusivas, quando o segurado encontrava-se em situação de urgência e extrema necessidade de cuidados médicos, é nítida a caracterização do dano moral. Recurso provido” (3ª T., REsp 259.263/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 2-8-2005, DJ 20-2-2006, p. 330); “Tratando-se de contrato de seguro-saúde sempre haverá a possibilidade de consequências danosas para o segurado, pois este, após a contratação, costuma procurar o serviço já em evidente situação desfavorável de saúde, tanto a física como a psicológica. Conforme precedentes da 3ª T. do STJ, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situa-

a obrigação de ressarcir o prejuízo causado à vítima, o que deverá ser feito do modo mais rápido e integral possível¹⁷³.

9.2 As modalidades de danos ressarcíveis

Ruffolo ensina, com razão, que “a função ressarcitória da responsabilidade civil não se exaure na definição da questão em se ressarcir o dano (*an debeat*), mas, resolvida positivamente a questão, estende-se a precisar *quão* amplo deve ser o dano ressarcido, a quanto monta o dano a reparar (*quantum debeat*)”¹⁷⁴. Abrangeria, assim, o chamado *dano biológico* causado ao paciente¹⁷⁵.

Como já mencionado, na generalidade dos ordenamentos jurídicos entende-se que o ressarcimento deverá abranger os prejuízos materiais – que compreenderão os danos emergentes e os lucros cessantes sofridos pelo paciente e pelas pessoas a ele vinculadas –, bem como os *danos morais*, correspondentes ao sofrimento acarretado à vítima de modo injusto e em decorrência do ato defeituoso¹⁷⁶.

ção de aflição psicológica e de angústia no espírito. Recurso especial conhecido e provido” (3ª T., REsp 657.717/RJ, rel. Min. Nancy Andriighi, j. 23-11-2005, DJ 12-12-2005, p. 374).

¹⁷³ O Código Civil brasileiro estabelece, em seu art. 949, que, “no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove ter sofrido”. Abre-se, assim, a possibilidade de reparação ampla, envolvendo também os referidos danos morais, sem se prescindir, contudo, da *prova* do prejuízo, o que afastaria, segundo entendemos, a possibilidade de aplicação da ideia do *risco profissional* ou mesmo da *responsabilização objetiva* nas questões vinculadas a tais “ofensas à saúde” e, igualmente, ao chamado *direito à saúde*.

¹⁷⁴ Ob. cit., p. 83.

¹⁷⁵ Definido por U. RUFFOLO e V. ZENO ZENCOVICH (ob. cit., p. 108) quando “ocorra uma violação injusta da integridade psicofísica da pessoa que lhe modifique, em sentido piorado, o modo de ser e que incida negativamente sobre a esfera individual do sujeito nas suas manifestações de vida. O dano biológico assim entendido cobre área vastíssima de todos os prejuízos que incidem sobre a esfera produtiva, emotiva, afetiva, cultural e social do indivíduo”.

¹⁷⁶ Nesse sentido e no âmbito do direito anglo-saxão, Bill Braithwaite (Overview of litigation, in: *Medical aspects of personal injury litigation*, p. 1 e s.) esclarece que os requisitos de uma pretensão à reparação de danos pessoais se iniciariam, tal como aqui, com a demonstração do vínculo entre o dano causado e a ação ou omissão de outra parte. Além disso, a pretensão formulada deve ser também quantificada e seria dividida em duas partes distintas: uma, relativa à correta avaliação da dor, do sofrimento e da perda de prazer (o nosso dano moral) e, secundariamente, outra relativa à

Na estrutura dos *danos patrimoniais*, serão passíveis de reparação todas as despesas atribuídas ao paciente com o tratamento e com o período posterior a ele, de convalescença¹⁷⁷. Além disso, os custos eventuais e permanentes, referentes às adaptações necessárias com as eventuais sequelas e conseqüências existentes, desde os encargos com o auxílio necessário de outras pessoas, ou aqueles decorrentes do uso de equipamentos imprescindíveis – tais como cadeiras de rodas, aparelhos para respiração ou de higiene pessoal –, deverão ser assumidos por aquele ao qual se atribuiu a responsabilidade pelo dano.

Já quanto aos *danos morais*¹⁷⁸, os critérios são bem menos objetivos, atribuindo os sistemas jurídicos maior discricionariedade ao aplicador da lei

perda financeira (o dano material). Atribui-se naquele sistema jurídico, também de modo semelhante àquele que aqui existe, que a “dor, o sofrimento e a perda de lazer” são decididas pelo juiz, não havendo fórmula aritmética para tanto, sendo que a decisão tomada deverá ser baseada na experiência do magistrado, guiado por casos referidos previamente envolvendo danos similares. Informa ainda que o ressarcimento máximo lá reconhecido, em dinheiro de hoje, estaria por volta de 150.000,00 libras esterlinas, tanto para alta tetraplegia com complicações como para danos cerebrais de extrema severidade. O nível normal de indenização para tetraplegia seria de 90.000 libras esterlinas e para paraplegia entre £ 80.000 e £ 95.000, embora muito dependa da expectativa de vida e da incapacidade associadas ao problema. Outros danos tendem a ser “tarifados”, referindo que há um pequeno livro publicado pelo *Judicial Studies Board* (a organização encarregada da continuada instrução de juízes), intitulado Guia para o Ressarcimento de Danos Gerais (*Guidelines for the Assessment of General Damages*), que expõe a maioria dos tipos de danos que são debatidos perante as Cortes Britânicas e que dá uma breve descrição do nível de indenização que se entende ser apropriado. Já pela doutrina argentina, neste ponto, conferir Alfredo Jorge Kraut (ob. cit., p. 135 e s.).

¹⁷⁷ Dentre essas despesas, entendemos que mesmo aquelas que sejam arcadas por eventual seguro deverão ser ressarcidas pelo causador do dano. Neste ponto, em suma, devemos seguir as lições de JOSÉ DE AGUIAR DIAS (ob. cit., v. 2, p. 919), para quem “a propósito da liquidação do dano, é de ponderar que a circunstância de perceber o beneficiário uma pensão, por morte da vítima, a título de assistência social, como ocorre no caso do funcionário ou dos contribuintes das caixas beneficentes em geral, não pode ser alegada pelo responsável, no sentido de influir no *quantum* a prestar, a título reparatório, como não poderia, tampouco, pretender satisfazer indenização menor, pelo fato de haver a vítima deixado seguro de vida. A razão é simples. Tais pensões, benefícios ou indenizações de seguro são correspectivos de prestações da vítima. Não é lícito ao responsável beneficiar-se da previdência da vítima, que não teve essa intenção, isto é, ressarcir o dano à custa do prejudicado ou daquele que o representa”.

¹⁷⁸ Nesse sentido, U. RUFFOLO (ob. cit., p. 150 e s.) ressalta que “se em conjunto com o dano lesivo da integridade física ou do patrimônio seja possível conferir relevância jurídica também ao dano que consiste na injusta turbação do ânimo (da vítima

no sentido da mensuração do ressarcimento devido, que deverá ser suficiente para diminuir o sofrimento da vítima e também para desestimular o causador do dano de novas práticas, o que deverá ser buscado levando-se em conta as condições patrimoniais das partes e sem que se acarrete, por outro lado, o enriquecimento abusivo daquele que sofreu o dano, o que também não é admitido no nosso ordenamento jurídico.

De toda forma, a indenização deverá abranger essas duas modalidades, buscando a reparação integral e equilibrada do prejuízo que tenha sido causado, comprovadamente, do atendimento à saúde prestado de modo defeituoso¹⁷⁹.

ou dos seus familiares) é questão bastante discutida. Na ausência de disposições específicas, doutrina e jurisprudência sob o Código derogado defenderam testes opostas, entendendo algumas em circunscrever quanto mais possível a área do dano ressarcível e a reconhecer o direito da última ao *pretium doloris* apenas no caso de exceção, voltadas as outras a ampliar o número dos interesses juridicamente relevantes e a proceder com mais largueza ao ressarcimento dos danos morais. Também FERNANDO MONTEIRO PIÑA (ob. cit., p. 218) destaca que, na Costa Rica, há “muitos casos de má prática médica que geraram a obrigação pecuniária de indenização por dano moral, pois representaram uma alteração dos sentimentos pessoais íntimos da vítima, em razão da conjuração dos elementos da culpabilidade, resultado danoso e nexos causal. O resultado danoso neste tipo de responsabilidade às vezes alcança proporções sumamente graves, pois deve-se considerar não somente o desajuste propriamente físico, senão também o psicológico, representado pelas internações, as curas, as privações e toda uma série de conseqüências aos sentimentos, além do dano estético, sem deixar de lado o aspecto material relacionado com os gastos em remédios, internações, honorários, traslados e outros”.

¹⁷⁹ Nesse sentido, alguns ordenamentos jurídicos buscam regular os valores de indenizações e evitar excessos. De acordo com MARIO BARNI (*Responsabilità e progresso ...*, cit., p. 12 e s.), na Itália “existe também a tentativa, não ainda elevada a sistema, de estabelecer por lei o máximo limite de ressarcimento. Em outros países, como na Nova Zelândia, foi até de todo superado o recurso judiciário, por meio de um esquema de ‘segurança social’, gerador de indenizações por danos eventuais, aí compreendidos aqueles derivados de negligência profissional. Eliminada na maior parte a infâmia e puritana impunidade até a algum tempo atrás acordada por alguns hospitais, pertencentes em geral a congregações religiosas, nos Estados Unidos da América fizeram caminho presente já na legislação de pelo menos quarenta Estados, os *Good Samaritan Statutes*, que preveem a exoneração da responsabilidade civil dos médicos cujos trabalhos foram requeridos para a cura imediata e em condições de absoluta emergência. A própria natureza do nosso direito não se presta, naturalmente, a contaminar-se de tal gênero, fundada como é sobre princípios de absoluto rigor técnico-jurídico e de precisa e não derogável equiparação, pela qual culpa ou ilícito ou inadimplemento contratual restam os parâmetros fundamentais do confronto judiciário, seja mesmo na diversa vinculação do ônus da prova. Muito se trabalha hoje – mesmo em sede legislativa – para a formação dos protocolos diagnóstico-terapêuticos

9.3 A ideia da *responsabilização objetiva* como alternativa para o ressarcimento dos danos oriundos do atendimento médico

Ao tratarmos das questões vinculadas às *obrigações de meios e de resultados*, bem como acerca da natureza contratual ou extracontratual da responsabilidade médica, foi observado que existe uma consistente tendência que afirma as ideias que implicam o aumento da exposição do agente de saúde ao encargo de reparar danos causados no exercício de suas atividades.

A chamada “objetivação” da responsabilidade – cuja extensão a situações antes imprevisas tornou-se, para muitos, uma resposta suficiente e adequada para a proteção do destinatário de serviços médicos – mostra-se difundida em diversos ordenamentos jurídicos¹⁸⁰.

aptos a endereçar a conduta médica no vago esforço de produzir, mais do que garantias para o paciente, uma espécie de profilático jurídico para o médico”. Sob outra perspectiva, tratando da chamada *compensatio lucri cum damno*, U. RUFFOLO (ob. cit., p. 142 e s.) esclarece que “com base em tal regra, se o prejudicado obteve lucro do ilícito, o ressarcimento deve ser diminuído na medida da vantagem adquirida. Esta regra não se aplica, porém, mecanicamente. É orientação constante da jurisprudência o princípio segundo o qual a compensação tem lugar apenas se o lucro e o dano emanem, com relação de causa-efeito do mesmo fato ilícito do qual derive o dano (Cass. 13-7-1977, n. 3.143)”.

¹⁸⁰ Representa esse processo o resultado da generalizada tendência de endurecimento, na imputação de responsabilidades aos prestadores de serviços médicos. Como menciona ANTONIO PINTO MONTEIRO (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 64), são assim “perceptivas de evolução da responsabilidade civil, cujas soluções traduzem já, no momento atual, uma evidente preocupação de responder a necessidades sociais de segurança, através sobretudo da consagração da responsabilidade pelo risco, do desenvolvimento de seguros de responsabilidade – obrigatórios em certos casos – e da criação de fundos de garantia. Note-se, para concluir, que também no domínio específico da responsabilidade contratual assente de culpa, várias soluções refletem já, como observa Antunes Varela, este pendor objetivista, acentuando-se mesmo, de vários lados, a necessidade de uma severa (e mais rigorosa) apreciação dos fatos exoneratórios de responsabilidade, que acaba por conduzir frequentemente a resultados muito próximos, de fato, da ideia do risco, *maxime* quando o devedor é uma empresa. Situação agravada ainda, neste caso, como veremos, pelo recurso generalizado a contratos de adesão, com particulares incidências na disciplina das cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil”. Especificamente quanto ao objeto desse trabalho – o *direito à saúde* –, MAURO BARNI (ob. cit., p. 332 e s.) elucida que, “sob o perfil médico-legal, é necessário mais difusamente considerar nesta sede o fenômeno da maior severidade jurisprudencial, que se exprime em alguns aspectos de extraordinário interesse e preliminarmente no domínio da cirurgia: a) o crescente poder do médico, em termos de nexos de estru-

Por ela, pretende-se fundamentalmente que se presuma a existência de culpa do agente de saúde de modo absoluto, desde que se possa estabelecer o nexo de causalidade entre a ação ou omissão desse mesmo agente, quando do atendimento médico, e o dano causado ao paciente.

Remanesce, contudo e usualmente, a exigência de demonstração da culpa, própria à responsabilidade subjetiva, quando se pensa na relação direta entre o agente de saúde – singularmente considerado e quando pessoa física – e o paciente. Já quando se analisam os contatos celebrados entre

tura, de especialização, tem em primeiro lugar levado às teorias do ‘erro escusável’: no sentido de que a mera evidência do erro, desde que não absolutamente induzido por contingências imprevisíveis ou pelo menos estranhas à categoria dos ‘sempre’ possíveis anormalidades ou complicações, é por si mesma indicativa da *mal practice*; b) a verificação de incidentes em geral cirúrgicos absolutamente não naturais e excepcionais que tenham a conduzir à presunção de culpa, segundo os princípios, teoricamente estranhos ao nosso direito, da *res ipsa loquitur* ou da responsabilidade *no fault*; c) a *incerta causalidade*, que constitui a filigrana de muitos eventos negativos, geralmente superada (no sentido de *by pass*) de maneira no mínimo desenvolvida, não obstante que a mais autorizada doutrina penalística valoriza ainda o princípio da exigência do conforto da prova cientificamente certa ou estatisticamente relevante subsumida de leis rigorosamente científicas; d) a difusão, no âmbito cirúrgico, da ‘prática das intervenções de eleição’, geralmente dirigida a superar condições não estritamente correlatas à saúde classicamente entendida, mas a satisfazer, sobretudo, exigências pessoais que, embora sejam merecedoras do máximo respeito (mas não aprioristicamente), tem em parte ressuscitado o princípio das obrigações de resultado (cirurgia estética, técnicas de intervenção sobre funções sexuais ou reprodutivas, odontopróteses etc.), seja mesmo que temperado pelo pressuposto condicionante de uma informação consciente e completa mesmo sobre possíveis insucessos e inserida em uma rigorosa e correta contratualidade; e) a dramática imputação por causa da ‘responsabilidade por omissão’, que constitui um tema atualíssimo e que tem, portanto, a valorizar como demonstrativa da relação, e assim da culposa omissão, uma probabilidade de sobrevivência se por acaso fosse estado colocada em ser uma determinada atividade diagnóstico-terapêutica; f) a outro tanto exasperada pesquisa póstuma do defeito de consentimento, que levou recentemente a considerar como homicídio preterintencional a morte de um sujeito, em seguida de intervenção bem mais radical daquela ‘pactuada’ entre o cirurgião e o sujeito passivo. (...) A solução mais cômoda e útil está na securitização do estabelecimento hospitalar, que pode eliminar boa parte do contencioso judiciário, ou, então, se esta se atualiza, realizar uma mais serena espera por parte do médico entendido como responsável pelo evento, separado do fato de que o estabelecimento hospitalar venha a ser condenado a um ressarcimento em boa parte respaldado pela securitização, quando o médico será chamado a responder diretamente somente no caso de culpa: um requisito do erro que retorna, por outra via, no complexo panorama da responsabilidade médica”.

os complexos estabelecimentos hospitalares ou empresas de saúde de um lado e, de outro, o mesmo paciente, as posições mudam radicalmente¹⁸¹.

No ordenamento jurídico brasileiro, um marco para a mudança dos parâmetros foi, efetivamente, o surgimento do *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. É esse um diploma legal em que a objetivação da responsabilidade ganhou área de incidência mais concreta e que abrangeu direta e especificamente as questões vinculadas ao *direito à saúde*.

Aí também as polêmicas persistem, contudo. Dentre os nossos juristas, por exemplo, Teresa Ancona Lopez adota a ideia da responsabilidade objetiva nos casos em que exista a interferência, como agente de saúde, de uma empresa vinculada aos atendimentos médicos¹⁸². Já Miguel Kfourri Neto

¹⁸¹ Neste ponto e de acordo com GABRIEL A. STIGLITZ (*Protección jurídica del consumidor*, p. 10 e s.), “a mais clara e essencial manifestação do progresso científico e axiológico das legislações uniformes consiste na separação tradicional da culpa, como razão e fundamento da responsabilidade da empresa. Advertiu-se que aquele critério não se concilia com a exigência de tutelar o prejudicado, frente ao fenômeno de danos que igualmente podem se verificar, não obstante o emprego pelo empresário de uma particular diligência, ou de adequados instrumentos técnicos de controle. Surge assim a formulação de uma base objetiva de responsabilidade, de uma amplitude não prevista em qualquer ordenamento dos Estados destinatários das normas supranacionais. Com efeito, nenhum dos países membros regulou especificamente a responsabilidade civil do fabricante, mantida como um domínio particular dos princípios gerais de direito dos danos, em que pese o que aparece na economia industrial de hoje, com suficiente importância como para merecer um tratamento específico. Por outro lado, prevê-se assim mesmo a responsabilidade objetiva do fabricante, ainda quando o produto em virtude do estado de desenvolvimento da ciência e da tecnologia no momento em que tenha sido posto em circulação, não podia ser considerado defeituoso. Atribui-se assim ao empresário o risco do progresso, ficando ao seu cargo os danos conexos com o avanço tecnológico e científico”. Quanto à natureza de tais responsabilidades, confirma RICARDO LUÍS LORENZETTI (ob. cit., t. I, p. 74) que, “na atividade profissional, mantém-se como regra geral a imputação subjetiva em virtude de que se julga uma conduta, sem prejuízo de que, com relação à empresa médica, a imputação é cada vez mais inclinada ao sistema objetivo”.

¹⁸² Cf. *O dano...*, cit., p. 85, quando sustenta que, “quanto aos médicos empregados de hospitais públicos ou privados, temos a solução do Código de Defesa do Consumidor, que coloca tal responsabilidade como objetiva, ou seja, sempre o hospital responderá com fundamento no risco da atividade, podendo entrar com ação regressiva contra o médico. Na verdade, a responsabilidade dos médicos empregados conveniados ou funcionários poderia ser chamada responsabilidade legal, pois vem diretamente da lei, e é lei de ordem pública (Código de Defesa do Consumidor). A responsabilidade legal exclui a responsabilidade contratual, pois tem como fundamento as relações de massa, a vulnerabilidade e a hipossuficiência da vítima e, principalmente, o risco que pesa sobre essa atividade, que tem de ser absorvido pelas pessoas jurídicas”.

sustenta posição contrária nessas mesmas circunstâncias¹⁸³. Na doutrina estrangeira, as afirmações sobre o tema também mostram acentuado dissenso, prevalecendo, contudo, aquelas que suportam a necessidade de caracterização do ato culposo para que se possa impor o ressarcimento ao agente¹⁸⁴.

¹⁸³ *Culpa médica...*, cit., p. 364 e s. De acordo com o autor, “afirma-se que, se o médico for preposto do hospital – ou sócio quotista ou integrante do corpo clínico –, a responsabilidade do estabelecimento é objetiva, aplicadas à espécie as regras do Código de Defesa do Consumidor. De nossa parte, entendemos que, mesmo no âmbito da responsabilidade objetiva, o hospital não poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, resulte suficientemente clara”. Já em relação especificamente aos *planos de saúde*, informa (ob. cit., p. 376 e s.) que “diversas decisões, a princípio, firmavam a responsabilidade solidária dos planos de saúde pelos danos provenientes da atuação culposa dos médicos credenciados” (TJDF, 1ª T. Cível, ApCív 4824898; TJRJ, 7ª Câm. Cív., Ac 344/97). Aos poucos, entretanto, parecia sedimentar-se entendimento contrário, posto ser o associado quem escolhe o médico que irá atendê-lo (TJRJ, 10ª Câm. Cív., ApCív. 2.696/1998). Recentemente, em nova decisão, o STJ reafirmou a responsabilidade solidária dos planos de saúde (REsp 309.760-RJ).

¹⁸⁴ Dentre os que não admitem a objetivação da responsabilidade nas prestações médicas, conferir, da Itália, EITORE e CARLA PROTETTI (ob. cit., p. 215). Do Panamá, a posição de ALEXANDER VALENCIA MORENO (ob. cit., p. 64) é convergente com aquela acima indicada, ao se referir que “o fundamento tradicional que se pode ter da responsabilidade se encontra que não existe responsabilidade sem culpa e assim reconheceu nossa legislação no art. 1.644. Aí se encontra o princípio geral consagrado em nossa legislação aplicável desde logo, à responsabilidade profissional, neste caso a do médico”. Em relação ao ordenamento jurídico da Costa Rica, JUAN MARCOS RIVERO SANCHEZ (*Responsabilidad civil*, t. II, p. 141 e s.) menciona que “ponto de partida é o dado, inegável, de que o Código não distingue entre danos previsíveis ou imprevisíveis, assim como a circunstância de que o único critério expressamente recolhido pela codificação é o de que na indenização de danos e prejuízos apenas se compreenderão os que, como consequência imediata e direta da falta de cumprimento da obrigação, tenham se causado ou devem necessariamente causar-se, critério este que, mesmo quando está colocado na seção referida à responsabilidade contratual, parece ter aplicação também no plano extracontratual. Com esta fórmula pretende-se excluir da obrigação de indenizar aqueles danos: a) que sejam produtos casualmente não necessários ou duvidosos – do não cumprimento, ou então, b) que sejam consequências distantes da ação. No fundo, trata-se, tanto em um como em outro caso, de um problema causal. Pois também o desejo de excluir as consequências distantes se fundamenta na ideia de que, com o correr do tempo, pode intervir uma pluralidade de fenômenos em cadeia causal que intermedeia entre o descumprimento e o dano. De outro lado, os três conceitos usados pelo artigo comentado. Consequência imediata, consequência direta e consequência necessária revelam que o pressuposto de fato da norma em questão, no fundamental, faz referência a um problema de nexo de causalidade. Ora, quando se afirma que a natureza do dano é ‘causalmente duvidosa’, ou ‘não necessária’, faz-se referência a dois problemas distintos: 1) pode ser que na realidade falte

9.4 A necessária existência do *nexo de causalidade* entre o atendimento médico e o dano causado

Em suma, mesmo que se admita a possibilidade de se prescindir da demonstração da culpa em determinados casos específicos, a imputação de responsabilidade, no *direito à saúde*, não se acomoda à ideia do *risco* da atividade¹⁸⁵ e exige, assim e ao menos, a comprovação de existência do *nexo de causalidade* entre a ação ou omissão do agente e o dano causado ao paciente¹⁸⁶.

De nossa parte e como já ressaltado, entendemos que a obrigação principal de prestação de serviço médico, para que possa redundar na responsabilização do agente de saúde – seja ele pessoa física¹⁸⁷ ou jurídica –,

de todo a relação de causalidade entre o descumprimento e o dano; ou então, 2) pode ser que a cadeia causal exista, porém que tenham intervindo outros fenômenos além do descumprimento na produção do dano a título de concausa”.

¹⁸⁵ Falamos aqui daquele *risco* visto em seu maior alcance e abrangência, tal como constante da *doutrina do risco integral*, que, de acordo com CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Responsabilidade civil*, p. 300), significa aquela que, “abolindo a ideia de culpa, proclama-se que qualquer fato, culposo ou não culposos, deve impor ao agente a reparação, desde que cause um dano. Trata-se de uma tese puramente negativista. Não cogita de indagar como ou porque ocorreu o dano. É suficiente apurar se houve o dano, vinculado a um fato qualquer, para assegurar à vítima uma indenização”.

¹⁸⁶ Nesse sentido, PAOLO DELLA SALA (ob. cit., p. 376-377) destaca que “é evidente que não se pode falar de responsabilidade profissional onde se constate a falta de relação de causalidade entre o comportamento censurável do médico e o prejuízo sofrido pelo paciente, no sentido de que aflore que tal prejuízo seja verificado mesmo independentemente da conduta culposa tomada pelo médico. (...) À luz de tais princípios, pode-se dizer que a conduta do médico se colocará como causa do evento lesivo pelo dano ao paciente quando o próprio evento constitua o efeito da ação do médico e não seja devido à intervenção de fatores excepcionais, ou seja, de fatores por ele não previsíveis nem controláveis. A responsabilidade profissional, contudo, surge e se manifesta não somente no caso de ações do médico, mas também da sua omissão”.

¹⁸⁷ Expurgando a ideia de que se poderia prescindir da demonstração da culpa no caso de atividade do profissional liberal, o § 4º do art. 14 da Lei 8.078, de 11-9-1990, determina que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”. A dúvida jurisprudencial e doutrinária persiste no caso das pessoas jurídicas que prestam atendimento médico, sejam elas hospitais, operadoras de planos ou de seguros-saúde, clínicas e laboratórios. Tal indecisão, todavia não nos parece lógica. A eventual responsabilidade objetiva dessas empresas depende, segundo entendemos, de uma condição, qual seja, a demonstração efetiva da culpa do agente, individualmente considerado, que presta diretamente o atendimento. Assim, se o ato não for culposos, não pode haver a irresponsabilização do profissional liberal e a responsabilização objetiva da pessoa jurídica a ele vinculada ou que

dependerá, sempre e necessariamente, da prova da culpa na realização do ato e a vinculação entre esse fato e o prejuízo demonstrado, não nos parecendo úteis e adequadas as ideias de responsabilização objetiva ou da aplicação da teoria do *risco* nas relações jurídicas usualmente presentes no *direito à saúde*¹⁸⁸.

Exceções pode haver, contudo, quando se pensa no atendimento à saúde de modo mais abrangente, e que levarão a situações em que deverá ser admitida a objetivação da responsabilidade do agente, prescindindo-se da necessidade de demonstração da culpa para imputação do ônus do ressarcimento. A culpa, nesses casos, passará a ser, então, *presumida de modo absoluto*.

É o que ocorre no tocante aos já referidos *deveres laterais de informação*. A falta da explanação abrangente e adequada sobre as consequências e os riscos de um procedimento médico, caso redundem em *danos* mesmo que o procedimento seja correto, tornará a indenização ao paciente possível, prescindindo-se, aí, da prova da culpa do agente na intervenção médica em si.

Igualmente, quando ocorre a promessa, pelo agente de saúde, da obtenção de um objetivo certo e determinado com o tratamento. Nesses casos, há a transformação daquilo que seria, de início, uma *obrigação de meios* – própria da responsabilidade *subjéctiva* – para a assunção expressa de uma *obrigação de resultado* –, que se aproxima, justamente, da dita *responsabilidade objetiva*¹⁸⁹.

De fato, na medida em que a *finalidade* da obrigação se torne, por razões específicas, o seu caractere principal, diminuirá sensivelmente o grau de subjetivismo da apreciação da conduta adotada, própria das *obrigações de meio*.

Além disso, defeitos verificados em equipamentos médicos, próteses, órteses, exames laboratoriais etc., deverão implicar a responsabilidade objetiva de quem produziu tais bens ou do agente médico que recomendou a utilização desses meios ou recursos.

o elegeu, pois não se afigura, nessa circunstância, o “nexo de causalidade” entre uma ação defeituosa e o dano causado.

¹⁸⁸ Assim também decidiu o TJRJ, ao afirmar (17ª Câm. Cív., de acordo com a ementa da ApCív 29.174/2001, rel. Severiano Aragão, j. 20-2-2002) que “não configura responsabilidade do médico o fato de, após cirurgia raquidiana, o paciente perceber que seu membro superior esquerdo não voltava ao normal, com dores e choques, tendo em vista que, conforme laudo oficial e parecer do Conselho Regional de Medicina, não houve erro médico na aplicação da anestesia”.

¹⁸⁹ Com o que concorda RICARDO LUÍS LORENZETTI (conf. ob. cit., t. I, p. 75-76).

Ocorre que, mesmo nesses casos de objetivação da responsabilidade, o critério para a imposição do ônus de ressarcimento do prejuízo deverá ser sempre o de estabelecer a existência do nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano causado ao paciente, bem como a demonstração de inexistirem outras excludentes da responsabilidade, tais como a culpa exclusiva da vítima ou as situações de caso fortuito ou força maior, também comum à prática médica e às limitações atuais da ciência.

9.5 A ideia de securitização das atividades de atendimento médico

Uma das maneiras indicadas para remediar os danos decorrentes da atuação dos agentes de saúde em relação aos pacientes é o incentivo à celebração de contratos de *seguro de responsabilidade civil*, formados justamente para garantir a reparação de eventuais consequências indesejadas que decorram de atendimentos prestados.

Por vezes, a contratação de um seguro é vista como a única e efetiva solução para as situações em que se verifiquem os danos prováveis ou possíveis. Sob tal ótica, ocorrendo prejuízo causado por ação ou omissão do agente de saúde – culposa ou não, inevitável ou não –, deveria haver um meio confiável de se garantir alguma compensação ao paciente, que receberia uma determinada importância diretamente de uma terceira empresa – a seguradora –, amortizando-se, deste modo, os dissabores e assim solucionando, por outra via, os casos de possível atribuição dos encargos próprios da responsabilidade civil ao agente de saúde, sem que lhe sejam impostos ônus superiores à sua capacidade econômica, capazes de impedir, inclusive, a própria continuidade de suas atividades profissionais ou empresariais¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Foi o afirmado por TERESA ANCONA LOPEZ (*Responsabilidade civil...*, cit., p. 335), para quem: “tendo em vista toda a dificuldade apresentada para que se torne efetiva a indenização por danos advindos de atos médicos, pensamos que a única saída para uma verdadeira reparação será a divulgação do contrato de seguro de responsabilidade civil como, de resto, o é para a total reparação de danos de qualquer natureza”. Procurando estabelecer a relação entre a atividade médica e o seguro profissional, esclarece CHANTAL RUSSO (ob. cit., p. 93 e s.) “que é o campo de predileção dos seguradores para encorajar o seguro direto – o que é particularmente rico de ensinamentos. A indenização das vítimas de acidentes médicos provoca inegavelmente um debate extremamente complexo, onde as implicações jurídicas se misturam às implicações financeiras, filosóficas e sociológicas. E não sem lembrar o debate em matéria de acidentes de circulação, ou ainda aquele mais antigo dos acidentes de trabalho. Já faz mais de 30 anos que a necessidade de reforma apareceu: uma vintena de projetos e proposições foram formuladas. Malgrado essa pletera de soluções propostas, nenhuma viu a luz do dia. Será o caráter sensível da responsabilidade médica que freia a

As vantagens de tal sistema seriam inúmeras, segundo os seus defensores. Deixar-se-iam de lado os dolorosos, lentos e caros processos judiciais, diminuindo-se assim o ambiente de confronto e de litigiosidade imposto às partes. Não haveria a necessidade de realização de provas complexas, várias vezes inconclusivas e sujeitas a diversas condicionantes que prejudicam a sua eficácia, tais como o pressuposto corporativismo médico, os limitados avanços da ciência, as características sempre distintas da fisiologia dos pacientes, fatores que podem ser os verdadeiros causadores de consequências indesejadas em determinadas circunstâncias quando, em várias outras vezes, os mesmos tratamentos terminam com sucesso etc.

Desafogar-se-iam, assim, os espíritos e os tribunais; ocorrido o dano, haveria sempre o ressarcimento e, nos casos em que a culpa não fosse grave ou inexistisse dolo, seria preservada a reputação do agente de saúde e evitados os constrangimentos decorrentes do avanço de uma demanda judicial¹⁹¹.

intervenção do legislador? Faltaria ainda entender o objeto perseguido: é prioritariamente a indenização das vítimas ou, conjuntamente, uma responsabilidade reforçada dos praticantes por causa da responsabilidade objetiva? A menos que a tendência ao desenvolvimento e ao reforço das responsabilidades profissionais, em vista de proteger o consumidor, perdoe o campo médico, parece-nos ilusório pensar que nós possamos resolver o problema da indenização das vítimas de acidentes médicos sem colocar em causa o direito da responsabilidade médica. Apesar disso, esse é frequentemente apresentado como ‘intocável’. Essa imunidade resulta da ‘incontornável’ obrigação de meios, que significa que o paciente não pode exigir nem a cura nem a interrupção da evolução da doença, uma vez que ela é incontornável, ou ‘deve-se ver neste status particular de fato, senão de direito, um atributo de notoriedade como também do caráter sacramental e hermético da arte médica?’. Por isso, a profusão dos projetos e proposições, que não chegaram a termo após 30 anos, traduz o reconhecimento de um problema desprovido de solução legislativa, e deixa pensar que a responsabilidade médica tem um lugar particular no direito da responsabilidade e mais precisamente no seio das responsabilidades profissionais. Nessas condições, parece legítimo que o juiz, com os instrumentos jurídicos de que disponha, tem em conta essa situação e experimenta responder à aspiração social das vítimas à indenização utilizando a riqueza dos conceitos jurídicos para instaurar novas soluções. A fim de melhor centrar as queixas dos seguradores, convém salientar as etapas jurisprudenciais mais importantes, que conservam a obrigação de meios no centro da responsabilidade médica, tendo resultado em inúmeros arranjos”.

¹⁹¹ Como menciona MARIO BARNI (La colpa medica nella attuale realtà sanitaria, in: GIUSEPPE DELL’OSSO, *Responsabilità e progresso medico*, p. 12), “perfilam-se agora no mundo anglo-saxão possíveis alternativas à reivindicação judiciária: um sistema assecurativo sob o tipo daqueles contra os infortúnios (*compensation boards*) do trabalho, um sistema compensatório legislativamente previsto e operante (*no-fault statute*, pelo qual as pessoas que sofreram o dano podem ser compensadas pelo dano rapidamente sem a necessidade de um procedimento dirigido a estabelecer a titularidade da

Ocorre que tal caminho tem também os seus percalços, logo notados na prática. Inicialmente, há de se reconhecer que a contratação compulsória ou generalizada de contratos de seguro acarreta inegável aumento dos custos gerais da Medicina, os quais, em última instância, são repassados aos próprios consumidores. Assim, o valor do prêmio do seguro, constituindo-se em custo adicional e eventualmente necessário para que a prestação do serviço médico possa se dar, acabará por ser, sem dúvida, acrescido a todos os demais valores cobrados pelo atendimento e deverá ser necessariamente arca-do por todas ou por alguma das partes envolvidas na prestação dos serviços.

Além disso, a generalização do uso de seguro pode causar, consciente ou inconscientemente, uma despersonalização do serviço à saúde prestado, desde que os ônus decorrentes da má prática sejam, sob essa fórmula, custeados por terceiros. Explica-se: generalizando-se a imposição do seguro tanto ao bom como ao mau médico, ao hospital moderno como à clínica de saúde desajustada, ao laboratório eficiente e àquele ultrapassado, diminui-se, evidentemente, acuidade na identificação das distinções qualitativas dos agentes, uma vez que tanto o correto e adequado como o negligente e imperito terão instrumentos equivalentes de proteção e respaldo para continuarem a exercer as suas atividades, mesmo após o caso de ocorrência de algum infortúnio, culposo ou não.

Ora, essa situação levará, seguramente, a uma homogeneização dos custos, ao surgimento de um denominador comum que venha a ser estabelecido entre os diversos agentes, onerando em demasia aquele eficiente que, por tal fórmula, deverá pagar pelo aumento do risco trazido pelo inapto, situação que parece ser, evidentemente, nociva e indesejável.

Além disso, um outro efeito colateral indesejável se coloca: com a certeza do ressarcimento, a cargo de empresa seguradora supostamente dotada de liquidez patrimonial, as indenizações pleiteadas seriam mais facilmente concedidas, independentemente mesmo da prova de existência do nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano causado ao paciente, e ainda sem se cogitar daquelas eventuais excludentes da obrigação de ressarcir – válidas, inclusive, para os casos de responsabilização objetiva –, tais como a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, o caso fortuito ou de força maior, e ainda o ato de terceiro.

Esses fenômenos, que acabam por onerar também e de modo indevido as empresas seguradoras, já se fazem notar em alguns ordenamentos jurídi-

culpa), um sistema assecuratório apto a auxiliar em parte o ressarcimento dos danos (*first party insurance coverage*); o recurso, enfim, ao 'arbitrato', em via contratual ou então legislativamente prevista (*compulsory arbitration statutes*), como já ocorrido em New Hampshire e na Pennsylvania".

cos e podem representar, na verdade, causa para a própria inviabilização econômica do negócio de securitização das situações de má prática profissional¹⁹².

O que se conclui quanto a esse ponto é que os danos decorrentes da eventual culpa do agente médico podem ser utilmente garantidos por contrato de seguro antecedentemente celebrado, o que contribuirá para aumentar o grau de segurança nas relações jurídicas derivadas do tratamento médico.

Todavia, e segundo nos parece, tal eventualidade da contratação de seguro não deverá ser imposta compulsoriamente a todos os agentes de

¹⁹² Nesse sentido, aponta RICCARDO LAMPERTI (ob. cit., p. 250 e s.) argumentos que impõem uma maior reflexão dos defensores intransigentes da securitização compulsória como solução insuperável para o ressarcimento dos danos causados à saúde em virtude do atendimento médico prestado. Segundo o autor, "À frente de uma situação tão difícil e complexa a resolver no mesmo tempo, facilmente pensa-se no campo médico, que muito poder-se-ia resolver trasladando os termos do problema das costas das empresas de seguro através da introdução obrigatória a cargo dos médicos e da estrutura. Tradicionalmente, as seguradoras têm sempre estado contrárias a tal forma de cobertura para os riscos não de massa (como RC auto), enquanto um sistema obrigatório para riscos muito pouco homogêneos entre si poderia levar a um sistema pouco equilibrado na seleção dos riscos, que premia os piores e desincentiva os melhores a prosseguir no caminho de uma correta gestão dos prêmios assecurativos, condição entre outras dificilmente aceitável pelas seguradoras na presença de uma situação assim negativa sob o perfil do andamento econômico. Com a introdução da obrigação de seguro, a função prioritária da securitização não é mais aquela de tutelar o patrimônio do assegurado, mas sim aquela do prejudicado, com um posterior estímulo à responsabilidade objetiva do médico, que será chamado a responder mesmo na ausência de culpa. Além disso, a percepção por parte dos cidadãos da existência de uma securitização obrigatória multiplicará, como efeito derivado, as requisições de ressarcimento em relação aos médicos, com um posterior incentivo das vertentes judiciais, enquanto para as empresas médicas poderá constituir um desincentivo a investir em aparelhamento e prevenção, com fins de reduzir os casos de *medical malpractice*. Frequentemente, o segurado individua na securitização uma alternativa à prevenção e não uma complementariedade, com efeitos danosos para ambas as partes; em realidade, é o binômio prevenção e securitização a criar um círculo virtuoso, que leva à redução dos sinistros e à ampliação das coberturas que possam ser obtidas pelos segurados a menor custo. Não é esquecido enfim que aumentar a litigiosidade significa aumentar não só as causas civis, mas também aquelas penais, para as quais a securitização pode fazer pouco nos confrontos do assegurado, sendo tal risco por definição de caráter pessoal e, como tal, não transferível. As companhias são, portanto, do parecer que, em alternativa a um sistema obrigatório, seja preferível um sistema onde seguradora e segurados, pela relevância social da atividade em questão, estejam entre si em estreito contato e procurem uma estrada comportamental comum, em respeito aos recíprocos interesses".

saúde, nem representar uma justificativa para que se adote a chamada “teoria do risco” nas atividades médicas.

Sendo adotada, ao contrário, essa postura que por nós é rejeitada como solução, o aumento dos custos da atividade e a imposição de ônus exagerados a todos os seus agentes acabariam por representar, na verdade, um obstáculo que se afiguraria intransponível para a universalização do acesso ao atendimento, buscado pela generalidade dos ordenamentos jurídicos no tocante ao *direito à saúde*.

Pelo contrário, entendemos que a contratação de seguro de responsabilidade profissional deverá ser mantida como *facultativa*, não representando um sucedâneo que se possa contrapor à primazia dos caminhos contidos no sistema judicial para a solução de tais questões.

Além disso, a reparação deverá ser feita, em conformidade com as regras que continuam a valer para esse campo do direito, somente em relação ao prejuízo *injusto*, e não a toda e qualquer fatalidade na qual não se possa identificar, com certeza ou, ao menos, com boa probabilidade, o agente causador. O privilégio exagerado à indenização do paciente representa, para nós, fórmula também restritiva à facilitação dos meios adequados para que a população em geral possa se valer dos recursos disponíveis de atendimento médico, sempre escassos e insuficientes para fazer frente às liberalidades pretendidas pelos defensores da contratação compulsória de seguros¹⁹³.

9.6 A prevenção dos danos

Além das atividades sanitárias que se dirigem propriamente à cura e recuperação do paciente, vão se desenvolvendo outras que crescentemente compõem as funções exercidas pelos agentes de saúde.

São justamente aqueles atendimentos médicos que visam à eventual *prevenção* de determinadas patologias, atividades essas que atendem a um grande rol de expectativas dos consumidores em geral, no sentido de que seja feito o possível para que se evite o padecimento gerado pela doença.

Ocorre que também a atividade médica de prevenção de moléstias gera todo um conjunto de consequências, dentre as quais encontram-se algumas que não se mostram inteiramente desejáveis e úteis ao sistema como um todo.

De um lado, representam, tal como inúmeras outras propostas, um aumento dos custos gerais que incidem no *direito à saúde*, uma vez que

¹⁹³ Defendendo, em sentido contrário, a adoção de tal providência, conf. ENRICO QUADRÌ (ob. cit., p. 153 e s.).

nem todos os cuidados ditos preventivos são efetivamente eficazes, mas podem representar, apenas e tão somente, respostas boas ou ruins ao anseio do consumidor de adquirir produtos e serviços que prometam a ele melhor qualidade e quantidade de vida. Constituindo-se, todavia, em soluções úteis, o custo inicial despendido pode garantir maior economia ao longo do tempo, uma vez que sejam efetivamente evitadas as atividades de cura da patologia que somente se instalou por não ter sido adequadamente prevenida.

De toda forma, o Poder Público deve estar atento para evitar os prováveis abusos decorrentes das propagandas enganosas e relativas a medicamentos ditos milagrosos ou a tratamentos infalíveis na prevenção de patologias, os quais notoriamente invadem a nossa vida cotidiana sem que, em várias situações, sejam esses comportamentos penalizados do modo devido.

Por outro lado, já foram por nós reconhecidos, ao longo deste trabalho, os problemas inerentes a uma dependência restrita ao sistema clássico de condenação judicial – impositiva de um ressarcimento financeiro do dano causado pelo atendimento defeituoso à saúde –, que se mostra claramente insuficiente para atender os objetivos afinal pretendidos pela sociedade.

Assim, dentre as outras iniciativas que devem ser também incentivadas e desenvolvidas está a securitização das atividades médicas em geral – desde que com as limitações apontadas anteriormente –, cumprindo ao *direito à saúde* buscar também o florescimento de uma cultura que possa, de modo eficaz, *prevenir* a ocorrência dos danos decorrentes do atendimento médico prestado sob a ótica de *cura*¹⁹⁴.

Tal prevenção envolve, na verdade, a adoção de inúmeras medidas a serem tomadas também pelo Poder Público, tais como as campanhas de vacinação, a melhoria da educação básica das populações e das condições sanitárias das cidades e do campo, por exemplo.

Já do ponto específico de atuação dos agentes de saúde privados, a atividade de prevenção concentra-se, fundamentalmente, no desenvolvimento e melhoria dos exames de natureza profilática, bem como no incentivo às boas práticas de vida, em especial com a adequada prestação de informações úteis aos consumidores de seus serviços.

Privilegiar-se tais iniciativas pode gerar, também, seus efeitos colaterais indesejados. De fato, é evidente que, com o intuito de se evitar alegações de erro médico ou de má prática, o agente de saúde pode ser tentado a aumentar as solicitações ao paciente quanto à realização de testes e exames caros

¹⁹⁴ Destacando a importância da prevenção, para a solução de litígios, cf. JAMES F. BLUMSTEIN, TROYEN A. BRENNAN e CLARK C. HAVIGHURST (ob. cit., p. 925 e s.).

para a investigação de doenças que provavelmente jamais ocorrerão. Tal modo de proceder implica, como já referido, o sempre indesejável aumento das despesas vinculadas à saúde, redundando, também por essa via, numa limitação que é imposta ao consumidor no tocante à possibilidade de contratação de serviços de atendimento médico¹⁹⁵.

Além disso e como já referido, os limites atuais da ciência médica não permitem a prevenção eficaz de todas as doenças ou mesmo que as despesas dessas práticas que buscam antecipar o conhecimento de problemas de saúde possam ser sempre e necessariamente suportadas pelos pacientes.

De toda forma, tal como o incentivo à securitização da atividade e a busca de fórmulas ágeis para a solução judicial ou extrajudicial das questões envolvendo eventuais danos causados no curso da atividade médica, a prevenção da doença envolve atividades que merecem estudo no *direito à saúde*, compondo o objeto usual dos contratos que se celebram tendo como objeto a assistência sanitária.

¹⁹⁵ Sobre esse tema, temos ainda as pertinentes ponderações de James F. Blumstein, Troyen A. Brennan e Clark C. Havighurst (ob. cit., p. 932), que destacam a existência de críticas a procedimentos relacionados à má prática médica, vinculados à assim chamada "medicina defensiva", que se traduz na indicação de exames desnecessários ou inapropriados, realizados com o fim primordial de proteger apenas o prestador de serviços contra eventual acusação de conduta negligente.

Conclusões

Partindo de uma hipótese – a de que o *direito à saúde* se afirmou como um ramo especial da ciência jurídica, sendo assim formalmente reconhecido pelos ordenamentos vigentes nos diversos países –, buscamos avaliar os institutos de direito privado que nos pareceram fundamentais a essa disciplina e que se qualificam pela vinculação que guardam com a saúde humana.

Com efeito, é o *direito à saúde* matéria que mantém laços vivos e indissolúveis com vários outros campos do conhecimento humano – tais como a ética, a moral e a religião –, mas que, sobretudo, vive uma relação de interdependência e de verdadeira retroalimentação com a medicina, a qual busca reger e é por ela regido.

Isso significa dizer que os avanços e retrocessos da medicina, bem como os limites estruturais e conjunturais dessa ciência, devem ser necessariamente considerados e compreendidos também pelo *direito à saúde*, sob pena de que, assim não ocorrendo, estabeleça-se uma ruptura definitiva entre o que é real e plausível, de um lado, e o imaginário e meramente desejado, de outro, situação que acaba por esmaecer a pretendida eficácia das normas jurídicas destinadas à satisfação de interesses legítimos dos consumidores.

Tais interesses – representados, em suma, pela ideia de preservação e de recuperação da saúde – sofrem também restrições motivadas por outros fundamentos, dentre os quais se destacam os crescentes custos econômicos que incidem nas atividades médicas, motivadores dos grandes dilemas que são enfrentados em todas as sociedades modernas, inclusive naquelas próprias aos países dotados de maior grau de desenvolvimento e disponibilidade de recursos.

Portanto, se por um lado os imperativos biológicos se colocam como limites claros à consecução dos ideais pretendidos, de outro estão os imperativos econômicos, que também se constituem em barreiras relevantes para impedir que as situações ideais criadas em relação à saúde se realizem em sua plenitude.

Visando estender ao máximo a universalização do atendimento médico admite-se, de um modo que nos parece correto, como sendo indispensável a coordenação da atividade a ser desenvolvida pelo Estado – em socorro, especialmente, dos grupos sociais menos favorecidos – com aquela a ser gerida pela iniciativa privada, dotada de maior capacidade de satisfazer, de

maneira mais eficaz e confortável, os anseios e interesses daqueles que dispõem de patrimônio suficiente para arcar com o pagamento dos preços cobrados pelas empresas prestadoras de serviços que atuam sob os propósitos da livre iniciativa e concorrência.

Cumprido, ademais, compreender que a existência das descritas peculiaridades na atividade de proteção e de preservação da saúde não significa admitir que o surgimento de um novo “direito corporativo” deva ser reconhecido – tal como ocorreu e já se superou com a categoria dos *comerciantes* –, mas sim que os institutos jurídicos existentes devem ser convenientemente utilizados e ajustados à construção do dito *direito à saúde*, o que pressupõe uma contínua atualização dos contornos desses mesmos institutos, adaptando-os às peculiaridades da matéria.

Assim, o delineamento da atividade médica deve ser realizado – sendo exigido dos agentes de saúde o que deles se possa razoavelmente esperar, e não a solução de enigmas maiores, vinculados à própria questão da existência humana e que se colocam num plano acima dos contornos oferecidos pela ciência –, tendo-se por elemento fundamental o respeito aos reais interesses dos consumidores desses serviços, ou seja, elevando o ser humano, destinatário da atividade exercida, como o ponto norteador da disciplina.

Sendo assim e avaliando diretamente os institutos presentes e especialmente qualificados no âmbito desta matéria, concluímos que a atividade médica se realiza, na sua origem, de acordo com lineamentos próprios àqueles da prestação de serviços clássica e típica.

Com o tempo, agregaram-se ao espectro tradicional dessa modalidade de contrato as características que os ordenamentos jurídicos passaram a reconhecer com referência àqueles relações caracterizadas como propriamente *de consumo*.

De fato, com a celebração de um contrato estabelecido entre um *fornecedor de serviços* e um *destinatário final* dessa atividade constitui o meio necessário e próprio para que se concretize o atendimento à *saúde*, cujo conceito a cada momento recebe um sentido cada vez mais largo.

Na prática, concretizando-se a prestação de serviços de modo crescente a partir da celebração de ajustes de *massa* – na forma de contratos por adesão e com o delineamento de suas chamadas *condições gerais* –, o direito positivo acabou por se tornar mais incisivo e controlador, o que se fez atendendo à necessidade real da intervenção do Estado moderno na formação de avenças em que a possibilidade do consensualismo clássico simplesmente não é mais relevante, em termos quantitativos e qualitativos.

Assim, novos formatos de negócios jurídicos difundidos no *direito à saúde* – em especial aquele do *seguro-saúde* e do *plano de saúde* – colocam-se, de modo inequívoco, inseridos nos parâmetros daqueles contratos que caracterizam a sociedade contemporânea e que atendem aos princípios de ho-

mogeneização, rapidez e eficiência buscados por e para um grande número de pessoas. Reconhecendo essa realidade, tais novas figuras de contratos, dentre outras, passaram a ser reconhecidas e tipificadas no direito positivo, seguindo uma iniciativa que visa a sua regulação prévia, feita em prol, fundamentalmente, dos interesses do consumidor.

Nesse ponto, cumprirá que o legislador e o intérprete ajam com equilíbrio e que tenham boa noção da realidade concreta, existente nas relações criadas no âmbito do *direito à saúde*. De fato, o excesso de liberdade outorgada ao prestador de serviços médicos representa dar ensejo ao conhecido risco de que cláusulas abusivas – dentre outras, aquelas de conteúdo insuficiente, ininteligíveis ou excessivamente onerosas – sejam impostas ao consumidor, o que deve ser evitado mediante a previsão antecipada do que não poderá constar em tais contratos e com o cuidado de que a interpretação dos ajustes seja sempre feita com o intuito de restabelecer o correto balanceamento entre os direitos e obrigações assumidas pelas partes.

Por outro lado, a adoção de uma postura paternalista e que se pretenda excessivamente benéfica ao consumidor – que, ademais de cumprir as obrigações que espontaneamente assumiu, deve ter a liberdade de contratar atendimentos mais ou menos abrangentes, adaptados às suas necessidades e possibilidades, e não de necessariamente aderir a um único modelo permitido pelo Estado, que pode estar além de suas pretensões ou interesses –, significa uma insuperável e indevida dissuasão para as empresas e para os profissionais que, mediante a empresa individual, se organizem de modo adequado e se empenhem em atuar nesse ramo de atividade profissional que hoje depende, clara e necessariamente, da sua preciosa intervenção.

Assim, compreender a importância que os contratos por adesão hoje representam no *direito à saúde* – indispensáveis pelas exigências colocadas de rapidez e eficácia no atendimento médico – significa reconhecer a utilidade da condição de que sejam prestigiadas a estabilidade e a durabilidade de regras contratadas de modo lícito, o que deve valer não apenas para os prestadores dos serviços – sejam médicos, seguradoras, laboratórios ou empresas de planos de saúde –, mas também para os consumidores em geral, que, concordando com os termos de um contrato redigido de modo claro e transparente, declaram sua opção por um serviço dentre as várias possibilidades existentes no mercado e assim manifestam vontades claras e conscientes em assumir, também eles, as prestações que estejam idônea e equitativamente previstas nesses mesmos contratos próprios ao *direito à saúde*.

Sob esse prisma, portanto, verificamos que as relações contratuais estabelecidas no *direito à saúde* corporificam e demonstram reconhecer, de modo muito intenso, a evolução dos conceitos verificada no *direito das obrigações* e dos *contratos*.

É o que decorre, segundo entendemos, do já destacado vínculo criado entre as atividades desenvolvidas no universo abrangido pelo *direito à saúde* e as relações de consumo genericamente consideradas, estas sim pioneiras na redefinição de alguns conceitos clássicos do direito civil, o que se deu visando alcançar o restabelecimento do equilíbrio contratual que foi em algum momento perdido pela adoção dos novos parâmetros impostos pela contratação de massa e, antes dela, pela natureza peculiar que se reconheceu como própria das obrigações médicas.

Quanto a esse ponto, em especial, cremos que a divisão clássica entre as ditas “obrigações de meios” e as “obrigações de resultados” mantém ainda a sua razão de ser, no sentido da correta atribuição às partes do ônus da prova, da apuração da culpa e da própria delimitação do eventual inadimplemento praticado pelo agente de saúde. Assim, a compreensão acerca do que significa o cumprimento integral ou suficiente da obrigação assumida pelo fornecedor dos serviços acarreta determinadas consequências e conclusões, em especial no sentido de se apurar a quem cabe e em que medida surge a eventualidade do ressarcimento por perdas e danos, decorrentes do injusto prejuízo causado ao paciente pelo defeito no atendimento prestado.

O que não se admite, contudo, é que a qualificação da atividade médica como vinculada, em geral, a uma “obrigação de meios” signifique a mitigação da responsabilidade médica, a criação de obstáculos ao ressarcimento pelo dano causado pelo agente ou a desoneração desse mesmo agente em provar a correção da sua conduta. Muito ao contrário, não se pode, como regra, atribuir à “obrigação de meios” um perfil de menor onerosidade ao seu agente do que aquela que seria trazida numa “obrigação de resultados”, ou mesmo se entender que em todas e quaisquer funções e atividades médicas as obrigações sejam de uma só natureza.

Com efeito, indicamos ao longo desse trabalho situações em que o agente de saúde assumirá, por vários motivos e sob outras perspectivas, o encargo de conseguir um resultado determinado. Além disso, mesmo ao lado da obrigação principal que venha a ser por ele assumida, deveres e obrigações laterais se estabelecem, os quais poderão ser, uns e outros, tendentes à consecução de um *meio* adequado ou de um *resultado* definido, sem que se imponha uma restrição absoluta pelas fronteiras de formulações escritas ou preestabelecidas, ou que as ditas “obrigações de meio” não admitam o reconhecimento de deveres laterais que a elas se vinculem para, autonomamente, buscar um objetivo específico e determinado, ainda que complementar.

Exemplo claro dessa dissociação diz respeito ao chamado *consentimento informado*, conceito fundamental na atividade de saúde e que congrega, em seu núcleo, vários elementos hoje tidos como presentes nas relações de consumo que devam ser reguladas de modo adequado à consecução de suas atuais necessidades sociais.

Por esse conceito – que implica a concretização, na disciplina jurídica ora estudada, dos elementos da *confiança* devida pelo paciente ao agente de saúde; na especificação de um *dever de informar*; na elevação do paciente ao patamar de uma parte relevante no contrato de prestação de serviços de saúde que venha a ser celebrado; e no reconhecimento de uma condição específica para que o consento em contratar se realize de modo idôneo – não se pensará em outra coisa senão na consecução de um *resultado* efetivo, qual seja a correta, ampla e compreensível explicação da moléstia e do procedimento indicado para o seu enfrentamento, considerada como verdadeira *condição* para a própria licitude da efetivação do atendimento à saúde.

Descumprido o dever contido na necessária e prévia obtenção, pelo agente de saúde, do dito *consentimento informado*, surgirá daí uma causa autônoma de indenização – desde que demonstrado o real prejuízo, moral ou material, causado ao ofendido –, o que independerá da eventual natureza da obrigação principal que pode, inclusive, ter sido corretamente prestada.

Assim, o atendimento médico não é representado por uma única e solitária obrigação ou por um conjunto de conteúdo incindível, mas sim é composto por inúmeros direitos e obrigações, poderes e deveres, que se acham agregados entre si por uma finalidade comum, mas que também são passíveis de apreciação individualizada no tocante à correção havida ou não das diversas condutas que venham a ser efetivamente adotadas pelas partes.

Além disso, há de ser admitido que os referidos imperativos biológicos, vinculados à chamada *iatrogenia*, não trazem, por si só, a ideia de atribuição de culpa ou da imposição de responsabilização ao agente de saúde pelo dano verificado, uma vez que as alterações patológicas sofridas pelo paciente não se vinculam, sempre e necessariamente, a uma ação ou omissão atribuível ao prestador dos serviços.

Na verdade, a atividade médica, definitivamente, não se acomoda em seus contornos gerais àquelas que admitem a assunção do *risco* da atividade, no sentido de que a necessária superação da doença seja imposta ao agente responsável pelo atendimento prestado. Exceções existem – por exemplo, de fabricantes de medicamentos ou próteses –, mas devem ser assim reconhecidas, de modo restrito.

Deverá, pois, haver em regra a demonstração cabal, e verificada em algum momento do atendimento, da existência de culpa do agente – nas suas modalidades de *imperícia*, *negligência* ou *imprudência* – para que se possa falar em sua eventual responsabilização pelo ressarcimento do dano que, nessas condições, teria sido efetiva e injustamente causado ao paciente.

A necessidade de se demonstrar a existência do nexo de causalidade entre o ato omissivo ou comissivo culposo e o dano causado à vítima remanesce, portanto. Assim, se o dano foi causado pela patologia ou pelas caracte-

terísticas biológicas intrínsecas do paciente, tal nexos de causalidade, cuja demonstração de existência é necessária para a responsabilização do agente, na realidade não se constituirá.

Também no tocante à eventual responsabilização civil da pessoa jurídica que realize tais funções de atendimento à saúde – e a despeito da redação que, por exemplo, consta da legislação de consumo no Brasil –, entendemos que, pela natureza da atividade, não se poderá prescindir da anterior demonstração de culpa do agente que diretamente preste tal atendimento.

A partir daí, a responsabilização da pessoa jurídica ocorrerá, fundamentalmente, por conta da culpa *in eligendo* e sendo então presumida de modo absoluto, no caso.

De toda forma, a responsabilidade civil por danos ao atendimento médico segue a natureza contratual. Contudo, também as consequências originais de tal classificação – em especial no tocante à atribuição do ônus da prova ao contratado, presumida nesses casos – já perderam grande parte da importância, o que se deu pelo surgimento de regras já usualmente reconhecidas de proteção ao consumidor e que preveem a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do destinatário final da atividade médica, a ser determinada pelo juiz de acordo com a apreciação do caso concreto.

Já quanto ao ressarcimento dos danos causados, esse deverá ser extenso nas questões vinculadas ao *direito à saúde*, da mesma forma como ocorrerá em qualquer outro caso de responsabilização civil. Assim, abrangerá tanto a reparação dos danos morais como dos danos materiais, desde que tenham a sua ocorrência comprovada. Já o ônus de indenizar caberá aos agentes de saúde que, de alguma forma relevante, participem da ação ou omissão culposa no atendimento.

Reconhecendo-se, contudo, as limitações do sistema de reparação civil que se faz mediante a intervenção do órgão judiciário nos casos da superveniência de danos injustos que tenham sido causados pelos agentes de saúde, devem ser admitidas e incentivadas pelo ordenamento jurídico a criação e a consolidação de outros remédios, para que esses prejuízos não ocorram com tanta profusão ou para que possam, também por vias extrajudiciais, ser reparados de modo eficaz.

Para tanto, a prevenção dos problemas de saúde constitui atividade que ainda possui largo campo de atuação das empresas privadas, na medida em que atende a interesses específicos dos consumidores – que sempre buscarão evitar o surgimento de doenças, na medida do possível, e os padecimentos delas derivados –, bem como dos próprios agentes de saúde, que podem minimizar custos e sacrifícios que seriam impostos com atendimentos caros e complexos, oriundos do fato de que a moléstia já esteja instalada.

Todavia, nem tudo pode ser prevenido, sendo essa modalidade de atividade médica nitidamente *complementar* e não excludente em relação

às outras de tratamento da saúde. Além disso, as próprias atividades de prevenção da doença, realizadas de modo imperfeito, poderão levar a pretensões autônomas de ressarcimento, a serem buscadas judicialmente.

Outro caminho apresentado e defendido doutrinariamente para a solução dos danos causados em virtude do atendimento é aquele da securitização da atividade médica, que visa, exatamente, estabelecer uma fonte segura para o ressarcimento dos prejuízos causados aos pacientes ou aos seus beneficiários, vítimas de situações de má prática médica.

Visto por alguns como solução definitiva, de nossa parte entendemos que se trata meramente de um remédio complementar, que não elimina o papel da intervenção judiciária, uma vez que a sua instituição de modo universal e compulsório traria também efeitos colaterais e indesejáveis, representados pelo aumento relevante das despesas gerais da saúde – uma vez que os custos dos próprios agentes seriam inflados com o pagamento dos prêmios devidos –, bem como serviria de possível desestímulo à diferenciação dos bons e maus fornecedores de serviços médicos, todos iguados por parâmetros de apreciação de competência demasiado generalizantes e que seriam necessariamente utilizados na fixação das características do seguro compulsório.

Em suma, todas essas reflexões, realizadas a partir da qualificação de certos conceitos pelo vínculo que possuem com a saúde, nos levam a entender que a especialidade do *direito à saúde* se afirma como ramo jurídico que tenderá a recepcionar, de modo pioneiro, novas roupagens dos institutos jurídicos clássicos do direito privado.

Bibliografia

- ALFARO AGUILA-REAL, JESUS. *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Civitas, 1991.
- ALPA, Guido. Esercizio del diritto e abuso del diritto. In: ALPA, G.; RUFFOLO, U.; ZENCOVICH, V. Zeno (Coord.). *Casi e questioni di diritto privato*. v. 9 – *Atto illecito e responsabilità civile*. 8. ed. Milão: Giuffrè, 2000.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARNI, Mauro. *Diritti-doveri – Responsabilità del medico dalla bioetica al bio-diritto*. Milão: Giuffrè, 1999.
- _____. La colpa medica nella attuale realtà sanitaria. In: DELL'OSSO, Giuseppe (Coord.). *Responsabilità e progresso medico*. Milão: Giuffrè, 1984.
- _____; DE PALMA, T. Il medico e l'ammalato nella tutela della salute: Codice Deontologici e Carte dei Diritti del Malati. In: DELL'OSSO, Giuseppe (Coord.). *Responsabilità e progresso medico*. Milão: Giuffrè, 1984.
- BERTI, Giorgio. La struttura pubbliche per la tutela della salute. In: *Problemi giuridici della biomedicina* (Atti del XXXVIII Convegno Nazionale di Studio – Roma, 4/6 dicembre 1987). Milão: Giuffrè, 1989.
- BITTAR, Carlos Alberto; GARCIA JÚNIOR, Ary Barbosa; FERNANDES NETO, Guilherme. *Os contratos de adesão e o controle das cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BLUMSTEIN, James F.; BRENNAN; Troyen A.; HAVIGHURST, Clark C. *Health care law and policy*. 2. ed. New York: Foundation Press, 1998.
- BRAITHWAITE, Bill. Overview of litigation. In: *Medical aspects of personal injury litigation*. Oxford: Blackwell Science, 1997.
- BRENNAN, Troyen A.; HAVIGHURST, Clark C.; BLUMSTEIN, James F. *Health care law and policy*. 2. ed. New York: Foundation Press, 1998.
- BRESCIANI, Carlo (Coord.). Il concetto di giustizia distributiva e il problema della ripartizione equa delle risorse in sanità. In: *Etica risorse economiche e sanità*. Milão: Giuffrè, 1998.
- BUSNELLI, Francesco Donato. Il diritto e le nuove frontiere della vita umana. In: *Problemi giuridici della biomedicina* (Atti del XXXVIII Convegno Nazionale di Studio – Roma, 4/6 dicembre 1987). Milão: Giuffrè, 1989.

CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance legitime en droit allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.

CARVALHO SOBRINHO, Linneu Rodrigues de. *Seguros e planos de saúde*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CIOGIA, Maria Antonia. *L'obbligazione naturale*. Milão: Giuffrè, 2000.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

CORRIAS, Paoloefisio. *Dissesto dell'assicuratore e tutela contrattuale dell'assicurato* – Contributo allo studio del rapporto di garanzia. Milão: Giuffrè, 2001.

COUILBAULT, François; ELIASHBERG, Constant; LATRASSE, Michel. *Les grands principes de l'assurance*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2002.

DE PALMA, T.; BARNI, Mauro. Il medico e l'ammalato nella tutela della salute: Codice Deontologici e Carte dei Diritti del Malati. In: DELL'OSSO, Giuseppe (Coord.). *Responsabilità e progresso medico*. Milão: Giuffrè, 1984.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1 e 2.

ELIASHBERG, Constant; COUILBAULT, François; LATRASSE, Michel. *Les grands principes de l'assurance*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2002.

FIORI, Angelo. Evoluzione del contenzioso per responsabilità medica. In: *Il rischio in medicina oggi e da responsabilità professionale*. Milão: Giuffrè, 2000.

GHERSI, Carlos A. *Responsabilidad por prestación médico asistencial*. 1. ed. colombiana. Medellín: Diké, 1993.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 1998.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil, de acordo com o novo Código Civil*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

HAVIGHURST, Clark C.; BLUMSTEIN, James F.; BRENNAN, Troyen A. *Health care law and policy*. 2. ed. New York: Foundation Press, 1998.

IADÉCOLA, Gianfranco. Potestà di curare e consenso informato. In: *Il rischio in medicina oggi e da responsabilità professionale*. Milão: Giuffrè, 2000.

JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats* – Étude comparative de droit français, allemand et japonais. Paris: Dalloz, 2001.

JANSSEN, Edouard. Droits de l'homme et art de guerir. In: *Il medico e i diritti dell'uomo*. Milão: Giuffrè, 1984.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

KRAUT, Alfredo Jorge. *Los derechos de los pacientes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Droit des assurances*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2001.

LAMPERTI, Riccardo. Riflessi assicurativi della responsabilità sanitaria: il punto di vista dell'ania. In: *Il rischio in medicina oggi e da responsabilità professionale*. Milão: Giuffrè, 2000.

LATRASSE, Michel; COUILBAULT, François; ELIASHBERG, Constant. *Les grands principes de l'assurance*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2002.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e planos de saúde. In: *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Responsabilidade civil dos médicos. In: *Responsabilidade civil* – Doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997. t. I e t. II.

MARENSI, Voltaire. *O seguro no direito brasileiro*. 6. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

MARIOTTI, Paolo; MASARAKI, Gianlorenzo; RIZZI, Renato. *I diritti dei malati*. Milão: Giuffrè, 1993.

MARTINS, João Marcos Brito. *Direito de seguro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MASARAKI, Gianlorenzo; MARIOTTI, Paolo; RIZZI, Renato. *I diritti dei malati*. Milão: Giuffrè, 1993.

MERRY, Alan; SMITH, Alexander McCall. *Errors, medicine and the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTEIRO, Antonio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

MONTEIRO PIÑA, Fernando. *El daño moral*. São José: Impresión Gráfica Del Este, 2002.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a lei*. 4. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Contrato de seguro*. Campinas: LZN, 2002.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da medicina*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999.

PAGNI, Aldo. Certezza diagnostica e terapeutica: realtà o utopia? In: *Il rischio in medicina oggi e da responsabilità professionale*. Milão: Giuffrè, 2000.

PASQUALOTTO, Adalberto. *A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde – Uma interpretação construtiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PODDIGHE, Elena. *I contratti con i consumatori – La disciplina delle clausole vessatorie*. Milão: Giuffrè, 2000.

POZGAR, George D. *Case law in health care administration*. 2. ed. Gaithersburg: Aspen, 1999.

PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985.

_____. *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2002.

PROTETTI, Carla; PROTETTI, Ettore. *Medici e biologi nella giurisprudenza*. Milão: Giuffrè, 1998.

QUADRI, Enrico. La responsabilità medica tra obbligazione di mezzi e di risultato. *Il rischio in medicina oggi e da responsabilità professionale*. Milão: Giuffrè, 2000.

RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos. *Responsabilidad civil*. 2. ed. San José: Diké, 2001. t. II.

RIZZI, Renato; MARIOTTI, Paolo; MASARAKI, Gianlorenzo. *I diritti dei malati*. Milão: Giuffrè, 1993.

ROCHA, Cleonice Rodrigues Casarin da. *A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Consentimento informado e intervenção médica. *Direito da medicina I*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

ROPPA, ENZO. I contratti standard. In: BESSONE, Mario (Coord.). *Casi e questioni di diritto privato*. Obbligazioni e contratti. 8. ed. Milão: Giuffrè, 1999. v. 5.

_____. Il concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. In: BESSONE, Mario (Coord.). *Casi e questioni di diritto privato*. Obbligazioni e contratti. 8. ed. Milão: Giuffrè, 1999. v. 5.

_____. Il “contatto sociale” e i rapporti contrattuali de facto. In: BESSONE, Mario (Coord.). *Casi e questioni di diritto privato*. Obbligazioni e contratti. 8. ed. Milão: Giuffrè, 1999. v. 5.

_____. Il risarcimento del danno contrattuale: la clausola penale. In: BESSONE, Mario (Coord.). *Casi e questioni di diritto privato*. Obbligazioni e contratti. 8. ed. Milão: Giuffrè, 1999. v. 5.

_____. La responsabilità del professionista medico. In: BESSONE, Mario (Coord.). *Casi e questioni di diritto privato*. Obbligazioni e contratti. 8. ed. Milão: Giuffrè, 1999. v. 5.

_____. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

_____. Qualificazione del contratto, contratto inominato e nuovi tipi contrattuali. In: BESSONE, Mario (Coord.). *Casi e questioni di diritto privato*. Obbligazioni e contratti. 8. ed. Milão: Giuffrè, 1999. v. 5.

_____. Responsabilità e colpa. In: BESSONE, Mario (Coord.). *Casi e questioni di diritto privato*. Obbligazioni e contratti. 8. ed. Milão: Giuffrè, 1999. v. 5.

ROSSI, Giuseppe. *La pubblicità dannosa*. Milão: Giuffrè, 2000.

RUFFOLO, U.; ZENCOVICH, V. Zeno. Il risarcimento del danno. Il c.d. danno “biologico”. In: ALPA, G.; RUFFOLO, U.; ZENCOVICH, V. ZENO (Coord.). *Casi e questioni di diritto privato*. v. 9 Atto illecito e responsabilità civile. 8. ed. Milão: Giuffrè, 2000.

RUSSO, Chantal. *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe – Contribution à l'étude d'une mutation de la couverture des risques*. Paris: Dalloz, 2001.

SÁ, Almeno de. *Cláusulas contratuais gerais e directivas sobre cláusulas abusivas*. 2. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2001.

SALA, Paolo della. La responsabilità professionale. *Medicina e diritto*. Milão: Giuffrè, 1995.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no cotidiano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Eva Sônia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

SMITH, Alexander McCall; MERRY, Alan. *Errors, medicine and the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

- SOMMA, Alessandro. *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*. Milano: Giuffrè, 2000.
- STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- STOCO, Rui. Iatrogenia e responsabilidade civil do médico. *RT*, n. 784, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- VALENCIA MORENO, Alexander. *Responsabilidad jurídica del médico y el seguro de responsabilidad medical*. Panamá: Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, 1999.
- VAZQUEZ FERREIRA, Roberto. *Daños y prejuicios en el ejercicio de la medicina*. 1. ed. colombiana. Medellín: Diké, 1983.