

**O *MINIMUM MINIMORUM* EXISTENCIAL
DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE
E O MODELO HERMENÊUTICO NO
PROCEDIMENTO DECISIONAL: UM OLHAR
SOB A PERSPECTIVA DA ALTERIDADE**

***THE EXISTENTIAL MINIMUM MINIMORUM OF FUNDAMENTAL
HEALTH RIGHT AND THE HERMENEUTICAL MODEL IN THE
DECISIONAL PROCEDURE: A LOOK UNDER THE PERSPECTIVE
OF ALTERITY***

Alessandro Timbó Nilo

*Mestrando em Direito, Professor da UCSAL
Médico, Advogado e Especialista em Direito Médico*

Mônica Aguiar

*Doutora em Direito, Mestre e Professora Associada da UFBA
Juíza Federal aposentada, Psicóloga
Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UCSal*

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 1 A Importância e Especificidade do Bem Jurídico em Questão (Minimum Minimorum Existencial); 2 O Conhecimento Médico Baseado em Evidências e a Normatividade Ética Médica: grandezas negligenciadas na fundamentação de decisões racionais; 3 A Fragilidade Do Formalismo da Separação dos Poderes em Face do Minimum Minimorum Existencial; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata do mecanismo decisional que gravita as questões judiciais envolvendo o direito fundamental à saúde. Em contraposição ao princípio constitucional democrático da separação dos poderes e à reserva do possível, o princípio da dignidade da pessoa humana vem se afigurando como decisivo na fundamentação das decisões favoráveis aos pacientes, enquadrando o direito fundamental à saúde dentro do conceito de mínimo existencial. No entanto, a especificidade do bem jurídico em questão, a normatividade ética da saúde e a importância do conhecimento médico – que podem ajudar em muito os operadores do direito, vêm sendo geralmente negligenciadas nesse embate de teses que, em regra, se isola em discussões puramente jurídicas. Neste artigo, com fundamento na alteridade e numa proposta de compreensão global do direito à saúde, busca-se ressaltar a importância destes elementos no processo decisional acerca do direito fundamental em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental à Saúde. Mínimo existencial. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This article considers that the decision-making mechanism is gravitational and judicial issues involve the fundamental right to health. In contrast to the democratic constituent of the possibility of enrolling in decision-making, the principle of the dignity of the human person has been constituted in the decision on the basis of decisions favorable to patients, indicating the fundamental right to health within the concept of existential minimum. However, the specificity of the legal good in question, the ethical standard of health, and the importance of medical knowledge, which can help them to do things in their own mood, were simply disrespectful in the focus of things that, in purely legal discussions. This article, based on its proposal for a global understanding of the right to health, seeks to highlight the antecedents of the decision-making processes on the fundamental right in question.

KEYWORDS: Fundamental Right to Health. Minimum Existential. Human Dignity.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Busca-se, neste artigo, ao se percorrer por um caminho relativamente pouco explorado pelos doutrinadores e tribunais pátrios, ampliar as possibilidades para uma tomada de decisão mais racional nas demandas que envolvem o direito à saúde. Intenta-se, sobretudo, contribuir com a realização dos fins constitucionais a partir de perspectivas que precisam ser efetivamente incorporadas na prática forense: como o conhecimento da medicina baseada em evidências¹ e da normatividade ética médica². Este campo do conhecimento científico-normativo não tem a necessária atenção, nem serve de fundamentação, em boa parte das decisões judiciais que versam sobre o direito fundamental à saúde. Não será proposto que os juízes decidam apenas seguindo as orientações científicas médicas e as normas da ética médica, nem que desconsiderem os custos envolvidos em determinados tratamentos na fundamentação de suas decisões. Afinal, em regra, não existe uma única solução viável para um caso concreto, nem o Estado pode garantir a efetividade do direito à saúde de todos os cidadãos em todas as situações possíveis. No entanto, buscar-se-á evidenciar que, caso se deseje uma tomada de decisão mais racional e constitucionalmente adequada, devem ter precedência, em uma análise envolvendo um caso concreto de um contrato de tratamento (*Behandlungsvertrag*)³, a (i) especial fundamentalidade do bem jurídico em questão; (ii) o conhecimento da normatividade ética médica, e, sobretudo, (iii) o atual conhecimento da Medicina e a efetiva eficácia de um tratamento em face dos custos envolvidos para um determinado caso concreto, sopesando a realização da microjustiça em face da macrojustiça.

1 Neste sentido, a Resolução CNJ 238 de 06/09/2016, em seu art. 1º, §1º, já refere o comando de que “o Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da *medicina baseada em evidências* [...]” (grifou-se). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

2 Destaque-se que tanto as Resoluções do CNJ, quanto as Resoluções do CFM (Conselho Federal de Medicina), fundamentais para os argumentos aqui expostos, não se constituem em lei em sentido estrito.

3 Este é o termo utilizado na Alemanha para se denominar a avença estabelecida entre o paciente e seu médico, trazido pela *Lei para a melhoria dos direitos dos pacientes (Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten)*, que entrou em vigor em fevereiro de 2013, modificando o Código Civil Alemão (BGB) ao tipificar os contratos de tratamento como única espécie diferenciada dentro dos contratos de prestação de serviços. Disponível em: <http://www.bundesaeztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Patientenrechtgesetz_BGBI.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

saúde é ontologicamente o direito mais fundamental de todos, para todo e qualquer cidadão, pois se relaciona diretamente com a viabilidade e a possibilidade da própria vida.

Ninguém, “forte ou fraco, rico ou pobre, mestre ou senhor”, para usar as palavras de Lacordaire⁷, poderá negar a fundamentalidade da saúde para a sua vida nessa perspectiva. Pois, não há lei ou recursos financeiros que consigam restituir à liberdade fática, para fruição dos seus demais direitos fundamentais, um enfermo preso à uma moléstia fatal. Decerto, um indivíduo imerso em suas riquezas sorveria todo o seu patrimônio apenas para que lhe fosse dada a chance de salvar a sua própria vida ou a vida de seu filho querido.

Esta prejudicialidade da saúde, processualmente falando, como condição anterior para que na prática se viva uma vida, coloca o direito à saúde em um patamar tão jusfundamental que nem mesmo precisaria estar positivado em um dado ordenamento jurídico para que fosse garantido, constituindo exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor da vida humana a partir do reconhecimento de um *direito subjetivo público à saúde*⁸.

Em resumo, a saúde, além de ser um *direito social* (art. 6º, caput, da CRFB/88), é um *direito fundamental* na medida em que ter direito à saúde, como referido, em última análise, é ter direito à própria vida (art. 5º, caput, CF/88)⁹. A saúde é, portanto, o conceito mais básico a ser relacionado diretamente com o *princípio da dignidade da pessoa humana* - um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III, CF). E mais, por ser *jusfundamental*, o direito à saúde ainda ostenta a qualidade de cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF), “o que ocorreu pela primeira vez na história de nosso constitucionalismo”¹⁰.

7 “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o mestre e o senhor, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”. LACORDAIRE, Jean-Baptiste-Henri Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1848. p. 246.

8 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 767-768.

9 “A Constituição de 1988 avançou muito em relação aos direitos sociais. Pondo fim a uma discussão doutrinária estéril, inseriu os direitos sociais no título II que trata dos direitos fundamentais, não deixando mais qualquer dúvida quanto à natureza destes direitos: os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 762.

10 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 72.

O movimento recente para assegurar direitos do paciente, que se consolidou no princípio da *autonomia* e no *consentimento livre esclarecido*, realmente não se originou, historicamente, de uma luta social pela *dignidade*, mas pelos direitos do consumidor, isto é, quem paga pelo serviço passou a ter direito sobre a qualidade do atendimento¹¹. A prevalência de valor concedido socialmente, ainda que de forma não explícita, ao consumidor em detrimento do cidadão parece ser o cerne desse movimento. Entretanto, à medida em que essa ideia foi divulgada, sua natureza e limites sofreram alterações significativas.

Com efeito, a autonomia e a informação, no que diz respeito à vida e à saúde, não estão mais condicionadas à pecúnia paga pela “prestação do serviço”. Decorre do fato de que o paciente, sujeito de direitos, tem direito à sua própria vida e ao seu próprio corpo, independentemente do pagamento oferecido ao médico. É, portanto, um equívoco confundir *consumo* com *cidadania*.

Pode-se assim concluir, sob a ótica da perspectiva constitucional brasileira, bem como no senso comum do cidadão médio, que a saúde é a inestimável locomotiva que reboca todos os demais vagões dos direitos fundamentais.

Para ilustrar com mais clareza esta mencionada e comum confusão entre *consumidor* e *cidadão*, pode-se recorrer à “parábola do shopping center”, que ajuda a esclarecer a diferença muito simples entre estes dois conceitos, mas que muitas vezes fica homiziada da superfície de uma sociedade de mercado. O ambiente do shopping é apenas um recorte da sociedade, um ambiente seguro, confortável, repleto de pessoas bem vestidas e que vão comprar ou trabalhar, um local controlado onde impera a felicidade e a catarse da compra deixa todos felizes e incluídos. Mas a vida não se restringe às paredes do shopping. Existem muitas pessoas (a maioria aqui no Brasil se considerarmos o “*shopping* da saúde”¹²) que não passam

11 Em 1969, nos Estados Unidos, por um acordo entre um grupo de associações de consumidores e usuários e a Comissão Americana de Credenciamento de Hospitais (JCAH), surgiu um documento que é considerado a primeira carta de Direitos do Paciente, da perspectiva do usuário de hospitais. MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volvei. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 56.

12 No que se refere ao “shopping da saúde”, aproximadamente 78% da população brasileira utiliza apenas os serviços do Sistema Único de Saúde, ou seja, não têm condições de pagar por um atendimento particular ou por um plano de saúde. Este número vem crescendo em face da crise econômica que aplacou o país nos últimos três anos. Em 2015 eram 71%, de acordo com os dados do Ministério da Saúde em parceria com o IBGE:s. aspectos contingentes que de 18ho de 2013, lei do Ato M.a lhe fosse a camajulg. 05.05.2011.anos.

pela porta dos centros comerciais, no entanto, continuam portadoras da sua *dignidade*, que lhes é um valor intrínseco. E, na medida em que possuem dignidade, mesmo que não consigam se inserir no mercado de consumo ou de trabalho, também continuam com o seu *direito fundamental à saúde*¹³.

A partir dessa distorcida *concepção não-ontológica-consumerista* da dignidade humana, que repercute nos convencimentos e na eleição de prioridades, o entendimento de dignidade “da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculado ao que o indivíduo *tem ou faz* do que à simples circunstância de se tratar de um ser humano”¹⁴. O próprio Superior Tribunal de Justiça entende, por exemplo, ser perfeitamente justo o estabelecimento de um dano moral de R\$8mil para o cancelamento de um voo comercial¹⁵, ou de R\$10mil para uma inscrição indevida em cadastro de inadimplentes¹⁶, no entanto, entende por indevido um dano de R\$2mil fixado para um preso que tem a sua dignidade diariamente ultrajada¹⁷.

No entanto, como esclarece Sarmiento, nosso sistema normativo parece apontar claramente em um outro sentido:

O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro se lastreia em uma premissa *antropológica*, que se deixa entrever em diversas passagens da Constituição, e que é vital para a definição dos contornos do princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se da ideia de pessoa concreta, que é racional [Kant], *mas também sentimental e corporal*; que é um fim em si mesmo, mas não uma ‘ilha’ separada da sociedade; que deve ter a sua autonomia respeitada, mas também precisa da garantia [do

aspectos contingentes que de. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2015/06/71-dos-brasileiros-tem-os-servicos-publicos-de-saude-como-referencia>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

- 13 Lembre-se ainda do programático teor do art. 196 da CF/88, o qual, na prática, está longe de ser alcançado ou mesmo nunca o seja, mas que é cristalino no texto da Carta Magna: “A saúde é *direito de todos e dever do Estado*, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao *acesso universal e igualitário* às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifou-se).
- 14 BARCELLOS, Ana Paula. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, n. 254, 2010. p. 39-65. In: SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 66-67.
- 15 STJ - REsp 740968 RS 2005/0058525-2, Relator Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 11/09/2007, T4 – Quarta Turma, data de publicação: DJ 12/11/2007, p. 221.
- 16 STJ - REsp 1105974 BA 2008/0260489-7, Relator Min. Sidnei Beneti, julgado em 23/04/2009, T3 – Terceira Turma, data de publicação: DJe 13/05/2009.
- 17 Valor fixado pelo TJMS, mas revisto pelo STJ no REsp n. 962.934, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, publicada no DJe em 04/05/2011.

atendimento] das suas *necessidades materiais básicas* e do reconhecimento e respeito de sua identidade¹⁸ (grifou-se).

Urge perceber que a reaproximação entre ciência e senso comum é pressuposto para o estabelecimento de uma definitiva conexão entre ciência e sociedade. No entendimento geral da população, sendo muito difícil negar isso, é senso comum de que *a vida não tem preço*. Por óbvio, pode-se adotar um parâmetro matemático-econômico qualquer e se chegar ao valor da vida individual em um dado espaço-tempo, isso é facilmente possível. No entanto, não se está falando da *possibilidade* da realização de tal cálculo (objeto), mas da *viabilidade moral* de se sustentar tal análise (método).

A crítica ao utilitarismo (aritmética da moral) esclarece que “atribuir um valor monetário à vida humana é moralmente errôneo, não sendo possível mensurar e comparar todos os valores e bens em uma única escala de medidas”¹⁹. E foi justamente um matemático que diagnosticou racionalmente que o ser humano deve ser compreendido como *este fim em si mesmo*²⁰, fazendo-se exceção em relação a todos os demais seres do mundo²¹. O ser humano há de ter sempre *dignidade* e não *preço*. Um governo que professa o reconhecimento dos direitos individuais “não deve definir os direitos dos cidadãos de modo que possam ser anulados por supostas razões de bem-estar geral”²².

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

18 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 70.

19 SANDEL, Michael J. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 59 e 61.

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

21 Conceito este que poderia ainda ser revisto e ampliado, considerando-se os atuais empenhos doutrinários na defesa do Direito Animal, mas que não merece uma digressão a ser discutida aqui neste breve artigo.

22 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 313.

O Ford Pinto foi um grande sucesso de vendas da empresa norte americana, um carro pequeno, barato²³, eficiente, de baixo consumo, que atendia muito bem aos anseios do mercado consumidor em face da crise de combustível que afetou os Estados Unidos na década de 1970. No entanto, já no final de seu processo de fabricação, percebeu-se que o pequeno bólido tinha um grave problema ao ter seu tanque de gasolina posicionado abaixo do porta-malas traseiro do veículo, de maneira que em caso de colisões traseiras em velocidade acima de 20 milhas/hora, o veículo corria sério risco de pegar fogo e explodir²⁴.

Ao descobrir este trágico defeito congênito, a Ford, adotando como parâmetro decisional uma perspectiva utilitarista de análise preponderantemente econômica, entendeu que não seria vantajoso corrigir o projeto para os 12.5 milhões de carros que esperava-se vender, a um custo de U\$11,00 (onze dólares) por veículo. Este procedimento custaria um total de U\$137 milhões, custo este que (segundo a empresa em declaração superveniente) seria “repassado” para o bolso dos consumidores²⁵ e retiraria o veículo do *target* inicial de sua precificação naqueles tempos de crise. Este foi considerado pela empresa um sofrimento pequeno, no entanto, para um número muito grande de consumidores.

Por outro lado, a Ford estimou que seriam gastos U\$49,5 milhões com indenizações para as mortes e as lesões corporais com os eventuais prejudicados em explosões do Pinto, e optou, assim, por manter a produção mesmo com este erro de projeto. Nesta opção, seria imposto um grave sofrimento “apenas” para um número “pequeno” de pessoas. Em adição, a empresa considerou que a soma em dinheiro a ser paga pelas *indenizações* seria muito menor do que o valor a ser investido na *prevenção* do problema. O custo de consertar o tanque não compensaria o benefício de um carro mais seguro e a Ford optou por este segundo caminho.

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

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

24 É possível ver como isso ocorria através de um *crash test* realizado e disponibilizado na rede mundial de computadores. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PAI5T8UecEY>>. Acesso em 14/02/2018.

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

inaceitável. O júri do caso ficou revoltado quando tomou conhecimento do estudo e determinou que fosse paga ao autor de uma única ação uma indenização de 2,5 milhões de dólares pelos prejuízos materiais e 125 milhões de dólares por danos morais²⁶.

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

[...] muito da legislação sobre segurança industrial dá ênfase à segurança, mas não aos acidentes. Os empregadores são obrigados a dotar de grades protetoras as máquinas ou, então, a submeter-se a certos procedimentos de segurança, sob ameaça de processo criminal. Tais medidas controlam mais os ingredientes da segurança do que penalizam os acidentes²⁷.

O raciocínio exposto, apesar de ser matematicamente coerente, analisa o problema a partir da perspectiva dos interesses financeiros *do empregador*, e não da perspectiva moral da perda (evitável) de uma vida humana. A perspectiva econômica deve ser levada em consideração, mas não pode ser colocada hierarquicamente em primeiro plano em todas as situações, como, em regra, quando colide com a *perspectiva do outro* (alteridade) que vai perder a saúde ou a vida. E isto decorre, além da *perspectiva moral* de valor intrínseco da vida, da citada *prejudicialidade lógica da saúde* para com todos os demais direitos fundamentais - mencionada acima.

Neste passo e em face de tudo exposto inicialmente, pode-se perceber que o direito à saúde, por se relacionar estreitamente com o direito à vida, quando se refere aos casos de urgência, emergência e não eletivos, faz parte do que se pode denominar de um “*minimum minimorum existencial*”²⁸, ou seja, um núcleo jusfundamental que, por ter características especiais, deve ser preservado para que a fruição dos demais direitos seja possível.

26 SANDEL, Michael J. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 58.

27 VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p. 105.

28 Nas palavras de Robert Alexy, o mínimo existencial seria “um patamar mínimo de assistência médica”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 512. Nesse mesmo sentido: SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 193-194 e 215-216.

Em função dessa especificidade, a tomada de decisão no que concerne o direito à saúde, deve tentar se apoiar em uma cognição o mais ampla possível, para além da mera dialética entre a reserva do possível e o mínimo existencial, devendo sempre levar em máxima consideração: (i) a perspectiva de que a saúde é um bem jurídico ontologicamente especial para aquele que o pleiteia, bem como; (ii) a negligenciada perspectiva normativa daquele que pode promover ou restabelecer a saúde do cidadão enquanto enfermo (o médico). Ao encontro desta segunda perspectiva, seguiremos ao próximo ponto.

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

Todos os “modelos-teóricos” da Ciência Jurídica, dado o caráter tecnológico do seu saber, acentuam a função *heurística*²⁹, ou seja, busca-se criar condições mínimas para orientar nossas expectativas do que poderá ou deverá ser relevante, *possibilitando com que certos conflitos sejam decididos* com o mínimo de perturbação social.

As demais *funções* dos modelos teóricos, segundo Ferraz Júnior³⁰, são *de previsão*, *avaliativa* e *organizatória*, as quais se alternam em importância logo após a heurística (abaixo da heurística numa hierarquia de funções), modificando-se em suas posições de acordo com o modelo adotado por aquele que interpreta e aplica o direito. As dimensões não se excluem, todas estão sempre presentes no processo decisional, mas as suas calibrações se apresentam de forma distinta a partir da função heurística (função principal).

O modelo *empírico*, entendido aqui como investigação dos instrumentos jurídicos de e para o *controle do comportamento*³¹, privilegia a *previsão* na hierarquia das funções, ou seja, logo abaixo da relevância primordial da função heurística, no sentido da possibilidade de controle do fenômeno da decisão, devem ter prioridade as *consequências* futuras que da decisão possam advir. É a partir desta perspectiva que o “homem

29 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 133.

30 *Ibidem*, capítulos 4 a 6.

31 *Ibidem*, p. 110.

econômico”³² tende a tomar suas decisões. Este é o modelo adotado, por exemplo, pela Teoria Pura do Direito³³.

Já o modelo *hermenêutico*, por sua vez, toma como base a *função avaliativa* em seu caminho decisional, valorizando a possibilidade de *compreensão global, total ou parcial, dos fenômenos*, que busca o *sentido* como centro da decidibilidade de conflitos. Daí segue a importância do *valor* na atividade heurística. Neste modelo, a compreensão do todo, das partes envolvidas e de suas motivações, têm um papel central. É neste modelo (perspectiva) que entra em cena a importância da *alteridade* jurídica no processo decisional de direito à saúde, como critério hermenêutico da ciência jurídica do Século XXI³⁴.

Este modelo, regra geral, melhor dialoga com o atual neoconstitucionalismo brasileiro, na medida em que presencia-se um novo pensamento constitucional “voltado a reconhecer a supremacia *material e axiológica* da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política”³⁵.

Nessa tentativa de compreensão global do direito à saúde em busca de seu sentido (modelo hermenêutico), no Brasil há um grande problema para o intérprete e aplicador do direito jusfundamental em questão: a *lacuna legislativa* na regulamentação, efetivamente e de forma específica, da *relação estabelecida entre paciente e seu médico*. Como já referido acima e em outro trabalho nosso³⁶, os alemães, que muito nos ensinam tanto na análise constitucional dos direitos fundamentais quanto nos institutos cíveis, de forma diversa e inspiradora, já criaram um microsistema jurídico específico para a regulamentação da referida avença.

32 Este “homem econômico” é apresentado de forma caricata por Kenneth Boulding: “Ninguém em juízo perfeito aceitaria a ideia de sua filha casar-se com um homem econômico, alguém que contasse todos os custos e esperasse receber todas as recompensas, que jamais sofresse de uma louca generosidade ou um amor não-interesseiro”. BOULDING, K. E. *Economic as a Moral Science*. American Economic Review, v. 68, p. 10. 1968. In: VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p. 46.

33 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

34 CAMILLO, Carlos Eduardo Nicolletti. *Teoria da alteridade jurídica: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 61, 65 e seguintes.

35 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 38 e 39.

36 NILO, Alexandre Timbó; AGUIAR, Mônica. Responsabilidade civil dos médicos e contratos de tratamento. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.997 p 105-134, nov 2018.

A despeito da existência da Lei do Ato Médico³⁷ no ordenamento brasileiro, que dispõe sobre o exercício da Medicina, este diploma não permite uma interpretação adequada da especificidade da relação estabelecida entre o paciente e seu médico, sem oferecer, portanto, o ferramental jurídico que possa servir de apoio em um processo decisional de tutela jurisdicional do direito à saúde e à preservação deste direito³⁸.

Ademais, na medida em que se pretende enxergar a relação paciente-médico a partir de sua essência, não se pode olvidar das regras ético-profissionais impostas aos médicos. “No seu dia-a-dia, muitos profissionais, incluídos os do cuidado à saúde, pautam o seu agir profissional por normas ou regras provenientes dos chamados códigos deontológicos de uma determinada profissão, os códigos de ética ou códigos de ética profissional”³⁹.

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

Em terras brasileiras, para complicar esta questão, existe a mencionada lacuna da legislação ordinária federal na regulamentação dos “contratos de tratamento”. O aplicador do direito que adota o modelo *hermenêutico* na busca das condições ideais para o atingimento de uma perspectiva integrativa, deve direcionar seu foco decisional (heurístico) no sentido da utilização de uma fundamentação que beba no conhecimento médico vigente, bem como na normatividade proporcionada pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina⁴⁰.

No direito à saúde, além tentar se colocar no lugar do autor (que pleiteia um tratamento junto ao judiciário) e do réu (seja ele uma operadora

37 Lei nº 12.842 de 10 de julho de 2013.

38 NILO, Alexandre Timbó; AGUIAR, Mônica. Responsabilidade civil dos médicos e contratos de tratamento. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 997 p. 105-134, nov 2018.

39 KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 40.

40 CAMILLO, Carlos Eduardo; NICOLLETTI. *Teoria da alteridade jurídica: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 93.

de saúde ou o Poder Público, que se omitem na concessão de um dado tratamento necessário), é fundamental que o juízo efetivamente conheça a perspectiva daquele que cientificamente tem capacidade e conhecimento para a tomada da decisão adequada que vai garantir materialmente o direito fundamental em questão. O conhecimento médico, bem como a normatividade ética médica, destarte, ganham um papel central neste cenário, podendo funcionar como fundamento racional para que seja justificada a denegação ou a concessão de um direito pleiteado judicialmente.

Em um modelo hermenêutico, a perspectiva da medicina e do que efetivamente pode ser feito em um caso concreto deve ser considerada e colocada em destaque. O art. 630a, 2, do Código Civil Alemão (BGB), que versa sobre os “contratos de tratamento”, oferece-nos uma luz neste sentido, na medida em que esclarece à qual das partes cabe a condução técnica da relação: ao médico. Pois, de acordo com o dispositivo mencionado, “o tratamento deve estar de acordo com as *normas profissionais* geralmente aceitas existentes no momento do tratamento, salvo acordo em contrário”⁴¹.

Este pequeno excerto traz dois importantes aspectos que podem nortear heurísticamente a interpretação e aplicação do direito à saúde: (i) a conduta médica deve obedecer exatamente ao paradigma de conhecimento adotado pela comunidade médica ao tempo do contrato – o que serve de parâmetro para a apuração de potencial erro médico e de erro eventual em uma concessão jurídica de tratamento ainda não reconhecido pela medicina; (ii) esta conduta médica, ao ser analisada em juízo quando houver uma demanda envolvendo o direito à saúde, deve ter como parâmetro o que um “médico médio”, de mesma especialização, poderia/deveria fazer em condições similares em cada ato (*lex artis ad hoc*).

Na falta de legislação ordinária que regulamente uma situação de direito à saúde de maneira satisfatória, a integração em uma perspectiva que interprete as relações do sujeito paciente pela alteridade (que dá sentido à dignidade da pessoa), pugna pela *legitimidade e aplicabilidade* das Resoluções do Conselho Federal de Medicina.⁴²

41 Tradução livre de: *Die Behandlung hat nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.* Disponível em: <http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Patientenrechtgesetz_BGBI.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

42 CAMILLO, Carlos Eduardo NICOLLETTI. *Teoria da alteridade jurídica: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 92 e 93. Neste texto, o autor trata especificamente de um caso concreto envolvendo a utilização da Resolução CFM nº 1.955/2010, que normatiza o procedimento para a cirurgia de transgenitalização. Na ausência de Lei ordinária que trate do tema, o autor defende, de

A alteridade é tema central da filosofia levinasiana, ao passo que o *Outro* é o verdadeiro protagonista em seu discurso filosófico. A presença da alteridade só é possível em um sistema aberto que está para além-do-sistema (diferente do sistema fechado kelseniano), apoiado nos postulados de justiça em valores supremos, culminando para uma construção, sempre axiológica, do sistema jurídico. Esta postura propicia com que as decisões e interpretações tanto do juiz, quanto do legislador, sejam consentâneas com os valores contemporâneos, não obsoletas e inadequadas⁴³. É a alteridade que, em verdade, dá integral e satisfatório sentido para a dignidade da pessoa humana – o mais importante fundamento do sistema jurídico brasileiro.

A *ampliação do círculo de intérpretes*⁴⁴ do ordenamento pátrio é elemento de uma sociedade aberta, consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação. A possível contribuição oferecida pela força normativa das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, sobretudo na ausência de um “contrato de tratamento” tipificado, constitui uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação do nosso ordenamento.

A partir da perspectiva das Resoluções normativas da comunidade médica, por exemplo, pode-se facilmente resolver e fundamentar a reversão de decisões judiciais favoráveis a pacientes, concedidas em sede liminar, para custear tratamentos experimentais⁴⁵. No entanto, imersos na perspectiva que desconsidera as regras médicas de conduta (sem atender para as resoluções do CFM), alguns autores condenam essas decisões como se as mesmas aparentemente tivessem o respaldo da comunidade médica. Não têm. Pelo contrário. E é exatamente a ausência de respaldo na normatividade ética médica que deveria ser utilizada como fundamento racional para a negativa do direito ao tratamento experimental pleiteado.

forma correta em nosso sentir, que o diploma normativo mais adequado para a solução do conflito judicial instalado é a referida Resolução do CFM.

43 Ibidem, p. 65.

44 Como defende Peter Häberle em sua obra “Hermenêutica Constitucional”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997.

45 Gustavo Amaral, exemplifica que “o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Rel. Des. Sérgio Paladino entendeu que o direito à saúde, garantido na Constituição, seria suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente sem oitiva, o custeio de *tratamento experimental*, nos Estados Unidos, de menor vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne [...] (grifou-se)”. In: AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11.

Decisões judiciais que concedam tratamentos *experimentais* a pacientes são equivocadas, pois, eticamente vedados, indo de encontro à normatividade médica. Estas decisões se encontram equivocadas não por violar a reserva do possível ou por conceder um tratamento de alto custo a um paciente. Mas sim, sobretudo, pelo fato de que foi concedido um tratamento que ainda não é reconhecido pela comunidade médica. Assim, não se torna minimamente justa a concessão de um tratamento, às custas do dinheiro público, que ainda não possui comprovação científica de sua eficácia.

Estas decisões deveriam ser pela não concessão do tratamento com base na interpretação do art. 102 do Código de Ética Médica⁴⁶, o qual esclarece que a terapêutica experimental é permitida *apenas* quando aceita pelos órgãos competentes, de maneira que enquanto for *experimental* e não tiver sido reconhecida, tal medida terapêutica não pode ser adotada pelo profissional médico, nem concedida pelo juízo às custas do dinheiro público. Neste caso, se a família do paciente desejar, na tentativa mais do que compreensível, salvar a vida do enfermo, deve encontrar uma forma alternativa de financiar a sua aventura terapêutica à revelia da ética médica.

O *Princípio Fundamental XXI* do Código de Ética Médica⁴⁷ esclarece que “no processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso *e cientificamente reconhecidas*” (*grifou-se*). Ou seja, se o procedimento ainda não é cientificamente reconhecido (experimental), nem mesmo o médico pode prescrever, o que torna inconcebível a concessão de tal direito pela via judicial.

A lacuna no embasamento do referido autor⁴⁸, ao não considerar a normatividade das resoluções do CFM, é justamente um dos pontos que se busca evidenciar e corrigir neste breve artigo. Os operadores do direito, quando versarem sobre a concessão de direito à saúde, não podem negligenciar a análise da normatividade médica específica, que se encontra em melhores

46 [É vedado ao médico] Art. 102. Deixar de utilizar a terapêutica correta, quando seu uso estiver liberado no País. Parágrafo único. A utilização de terapêutica experimental é permitida quando aceita pelos órgãos competentes e com o consentimento do paciente ou de seu representante legal, adequadamente esclarecidos da situação e das possíveis consequências. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

47 Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

48 No caso, Gustavo Amaral, em *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11.

condições para nortear a resolução racional e eficaz dos conflitos judiciais envolvendo a concessão do *minimum minimorum existencial*.

A utilização da negligenciada normatividade ética médica, e do reconhecido conhecimento médico vigente, é justamente o que vai possibilitar a justificação do juízo para negar, neste caso, o direito fundamental à saúde para o paciente enfermo. Como o próprio Amaral reconhece, o espaço para argumentos puramente formais ou etéreos, como separação dos poderes ou a prevalência do interesse público, para se negar o direito à saúde, *são de pouco valor prático*⁴⁹. E a normatividade ética médica ajuda muito em determinados casos para se justificar, de forma racional e fundamentada, a concessão ou não de um direito à saúde pleiteado.

A obra do referido autor, imerso em sua perspectiva de aparentemente “proteger o interesse do Estado”, não compreende a estrutura básica da normatividade médica, ao asseverar que “a ética médica proíbe tratamentos que tendam a resultados perigosos, mas requer dos médicos que *prescrevam qualquer ação, não importa o custo*, da qual se espere resultar em ajuda ao paciente”⁵⁰ (grifou-se).

Equivoca-se o autor, pois à equipe médica sempre importa o custo envolvido em um tratamento, bem como a capacidade do paciente (da sua família, da operadora de saúde ou do Estado) em arcar com este custo financeiro. Tanto é assim que ao médico brasileiro, por exemplo, é obrigatória a prescrição do nome genérico do fármaco no receituário para atendimento pelo SUS^{51 e 52}, para que sendo possível em um caso concreto, seja comprado o medicamento mais barato disponível⁵³.

49 AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 183.

50 *Ibidem*, p. 146.

51 Art. 1º, parágrafo único e art. 3º da Lei nº 9.787 de 10 de fevereiro de 1999, que dispõe sobre a utilização do medicamento genérico.

52 Manual de orientações básicas para prescrição médica / Célia Maria Dias Madruga, Eurípedes Sebastião Mendonça de Souza, 2. ed. revisada e ampliada. Brasília: CRM-PB/CFM, 2011. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/cartilhaprescrimed2012.pdf>. p. 46.

53 A Lei nº 9.787 (10/02/99) instituiu o medicamento genérico no país, em concordância técnica e conceitual com normas internacionais adotadas por Países da Comunidade Europeia, EUA, Canadá, além da Organização Mundial de Saúde (OMS). A Lei 9787/99 é regulamentada pela Resolução nº 10 (RDC 10 - 02/01/01), que apresenta todos os critérios sobre produção, controle de qualidade, ensaios de bioequivalência, ensaios de biodisponibilidade, registro, prescrição e dispensação de genéricos. No âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, os responsáveis pelas prescrições devem adotar obrigatoriamente a DCB (Denominação Comum Brasileira), ou na sua falta, a DCI (Denominação Comum Internacional). Já nos serviços privados de saúde, a prescrição ficará à critério do prescritor, que pode utilizar o nome genérico ou nome comercial. Informações obtidas no

Por óbvio, se não houver um fármaco genérico que atenda à necessidade específica do paciente, não há que se falar em obrigatoriedade na prescrição do genérico. O médico deve adotar sempre a conduta mais adequada, primeiramente, aos interesses *do paciente*, pois é o seu *minimum minimorum existencial* que pode estar em jogo. O que não quer dizer que os interesses daquele que vai pagar pelo tratamento devam ser negligenciados. Em determinados casos nos quais pode haver tratamento alternativo, certamente, o médico, percebendo que as condições financeiras do paciente são parcas, adotará a possibilidade mais viável economicamente.

Aliás, outro é o equívoco, muitas vezes perpetrado pelo judiciário, ao tentar reduzir a relação paciente-médico a uma relação de consumo como outra qualquer. E a normatividade ética médica mais uma vez nos ajuda neste sentido. Um médico não pode exercer a promoção da saúde como uma mera prestação de serviço que vai ser trocada pelo dinheiro do seu paciente. O compromisso do médico ético não é *substancialmente* com o lucro que se pode obter ao final da prestação de seus serviços (de tratamento), lucro este que na perspectiva de um verdadeiro empresário dá o completo significado a todo esforço empreendido na empresa (atividade empresarial). A remuneração ao médico, na prestação pelos seus serviços em atos terapêuticos, é objeto secundário⁵⁴.

Em uma cadeia produtiva qualquer, todos os insumos, inclusive a própria mão de obra humana, é enxergada como mais uma despesa pelo empresário. Os custos que impactam no lucro interferem na estratégia. O médico, diferentemente de um prestador de serviços comum, é comprometido essencialmente, e desde sempre, com a *saúde e a vida* de seus assistidos⁵⁵. Estes são os objetos principais⁵⁶.

site do CREMESP. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=70>. Acesso em: 17 fev. 2018.

- 54 O Código de Ética Médica (CEM) estabelece que “para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa” (Princípios Fundamentais, III), mas na hierarquia dos objetos, a saúde do ser humano está acima, como o próprio CEM estabelece nos Princípios Fundamentais I e II - anteriores. Disponível em: http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf.
- 55 “A Saúde do meu Doente será a minha primeira preocupação” – trecho do juramento de Hipócrates, adotado pela Associação Médica Mundial, em 1983. World Medical Association, Declaration of Geneva [Physician’s Oath], reprinted in Encyclopedia of Bioethics 2646 (Warren Thomas Reich et al. eds., rev. ed. 1995).
- 56 No segundo Princípio Fundamental positivado pelo Código de Ética Médica fica estabelecido que “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano [...]”. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

A análise econômica do tratamento é importante, mas, em regra, sempre está abaixo do mencionado *princípio da saúde*, ou dos interesses mais básicos do paciente em relação à preservação da sua vida. Ocorre que em dada circunstância, infelizmente, o tratamento disponível mais adequado para um caso concreto é aquele que vai depender de um maior recurso financeiro para sua implementação. E, neste caso, o médico não pode deixar com que outros aspectos externos (dentre eles a análise econômica) sejam prevaletentes sobre sua conduta, pois a lógica médica determina de forma clara a hierarquia dos objetos nos contratos de tratamento⁵⁷. Neste caso, entra em cena a importância da medicina baseada em evidências, que deve ser considerada pelo judiciário nas questões envolvendo, sobretudo, o *minimum minimorum existencial*.

Suponha-se que um dado paciente, de 50 anos, diabético, tabagista, com sobrepeso, procure uma emergência referindo dor no peito e falta de ar. Este paciente terá grandes chances de possuir uma doença coronariana a qual poderá ser tratada, dependendo de sua gravidade, (i) apenas por terapia medicamentosa; (ii) por abordagem percutânea (angioplastia); (iii) ou ainda por ato cirúrgico de revascularização à céu aberto.

Ocorre que após a compensação e estabilização do quadro clínico de urgência referido, através de um cateterismo (angiografia coronariana), vamos supor que tenha sido diagnosticado que as três principais artérias coronárias do paciente em questão estão comprometidas⁵⁸, e que existe uma importante lesão proximal na artéria Descendente Anterior (DA)⁵⁹ - a principal artéria do coração.

Neste caso hipotético, apoiada no conhecimento médico de uma medicina baseada em evidências⁶⁰, será imperiosa a adoção da terceira possibilidade apresentada - a realização da cirurgia de revascularização do

57 O art. 20 do Código de Ética Médica esclarece que ao médico é vedado "permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade". Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=70>. Acesso em: 17 fev. 2018

58 Este é o chamado paciente tri-arterial, em regra, com grave comprometimento cardiovascular coronariano.

59 Vamos supor que se trate de uma obstrução de 95% da luz vascular por uma placa de ateroma.

60 A chamada medicina baseada em evidências não defende uma uniformidade de pensamento e prática. Defende uma base de reflexão comum "para que as práticas admitam uma divergência, mas não tão escandalosa". LEITE, Álvaro Jorge Madeiro. Medicina Baseada em evidências. SANARE - Ano III, nº.1, jan./fev./mar. 2002. Disponível em: <<https://sanare.emnuvens.com.br/sanare/article/view/97/89>>. Acesso em 19. fev. 2018.

miocárdio com a colocação de pontes de safena ou de mamária (*coronary artery bypass grafting*)⁶¹, caso não haja uma contraindicação expressa ao ato cirúrgico por outros motivos⁶². Este será o melhor tratamento para a sobrevivência do paciente de acordo com o conhecimento atual da medicina. Não sendo adequadas, neste caso, a utilização da angioplastia com ou sem *stents*⁶³, muito menos a terapia meramente medicamentosa.

Observemos que a concessão judicial do direito, ou não, à intervenção cirúrgica, encontra sua *fundamentação racional* no conhecimento médico, portanto, que escapa à esfera meramente normativa. Apoiado na evidência técnica na viabilidade da eficiência de um dado tratamento, o juízo pode fundamentar racionalmente a concessão da tutela de um direito à saúde pleiteado. Direito este, que no caso apresentado, pode representar a diferença entre vida e morte para o paciente.

O exemplo apresentado ainda nos traz outra questão importante, pois, o tratamento de eleição, apoiado na orientação atual da medicina, é o mais caro de todos. E, por isso mesmo, seria a última opção adotada pela operadora de saúde⁶⁴, ou pelo gestor público, caso a perspectiva destes se desse primordialmente a partir de uma *análise econômica* do direito à saúde – o que ocorre em regra. O operador do plano de saúde quer, acima de tudo, otimizar a lucratividade da empresa para os acionistas, para que seja viabilizado seu negócio (atividade empresarial). Bem como o gestor público quer otimizar a distribuição de recursos para atender o maior número possível de pacientes, de políticas públicas, e todo procedimento de alto custo prejudica sua perspectiva utilitarista de oferecer “felicidade” para um número maior de cidadãos.

61 De acordo com as diretrizes de revascularização coronária, obtidas no *guideline* da Sociedade Europeia de Cardiologia, amplamente seguido pela cardiologia cirúrgica brasileira (*ESC/EACTS Guidelines on Myocardial Revascularization*). Disponível em: <<https://www.escardio.org/Guidelines/Clinical-Practice-Guidelines/ESC-EACTS-Guidelines-in-Myocardial-Revascularisation-Guidelines-for>>. Ver em “*full text*”. Acesso em: 17.02.2018.

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

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

64 Neste sentido aponta Gustavo Amaral, quando reproduz texto norte americano que esclarece que os interesses de paciente e segurador são independentes e nem sempre alinhados, pois, este, quem “efetivamente paga pelo tratamento médico”, tem que “organizar seus recursos cuidadosamente para assegurar que [...] seus administradores e acionistas sejam adequadamente compensados”. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 148 e 149.

Tanto o médico ao prescrever quanto o paciente ao aceitar o tratamento mais invasivo e eficaz, colocam o aspecto econômico apenas em segundo ou terceiro plano. Na perspectiva destes dois atores, primordial será sempre a *saúde do paciente*. E esta mudança na *hierarquia dos objetos* afasta os interesses de pacientes (e médicos) dos interesses das operadoras de saúde e do gestor público. Esta divergência ontológica de interesses contrapostos, portanto, pode levar à judicialização desta questão, e o judiciário deve estar aberto à fundamentação adequada para o sopesamento racional dos direitos envolvidos.

Tomando este exemplo para expor a negligenciada *base normativa ética* da Medicina (o que realmente nos interessa aqui neste breve estudo), que parte de uma lógica diferente do gestor do plano de saúde ou do gestor público, acima de tudo está a *saúde do paciente*, pois, ao médico, em observância ao art. 20 do Código de Ética Médica, é vedado permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico, ou do financiador público ou privado da assistência à saúde, interfiram na *escolha* dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade⁶⁵.

Isto não quer dizer que em havendo duas possibilidades de tratamento, o médico não possa optar pela mais barata. Pelo contrário, assim deve ser. Pois, de acordo com o *Princípio Fundamental I* do CEM⁶⁶, “a Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza” (grifou-se). Assim, na medida em que o interesse da coletividade também é objeto da atuação médica, o profissional deve sempre zelar pelo interesse público orçamentário quando houver forma alternativa mais barata de tratamento igualmente eficaz.

Em suma, se, no exercício de sua autonomia, o paciente concordar com o tratamento indicado pela medicina atual baseada em evidências, este tratamento, repita-se, desde que *efetivamente* reconhecido e indicado pela medicina, e desde que seja referente a um tratamento de emergência, urgência ou não eletivo (*minimum minimorum* existencial), deve ser perseguido para a concessão do direito jusfundamental à saúde do paciente.

65 Art. 20 do Código de Ética Médica (CEM), disponível em Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/código_deetica/código_etica.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

66 Este entendimento ainda foi reproduzido no art. 2º da Lei 12.842/13: “O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza” (grifou-se).

Neste ponto, emerge uma questão particularmente sensível, acerca daqueles tratamentos já regulamentados pela normatividade médica (não experimentais), que se referem ao *minimum minimorum existencial* (questões de urgência, emergência ou não eletivas para a saúde do paciente), mas que apresentam uma *chance de cura relativamente pequena (diminuta)* no caso concreto. Estas questões ganham um relevo ainda maior, sobretudo, quando a baixa eficácia do tratamento proposto vem associada a um alto custo financeiro.

De modo que, em nosso sentir, por exemplo, pode não ser razoável a concessão judicial de um tratamento a um altíssimo custo, para uma operadora de saúde ou para os cofres públicos, quando as chances de sobrevivência do paciente são muito pequenas. Não em função da reserva do possível pelo valor pecuniário envolvido, mas sim, sobretudo, pela (baixa) probabilidade de êxito expressada pelo conhecimento médico vigente. Ressalte-se, no entanto, que esta é uma decisão muito difícil de ser tomada; que só pode ser alcançada em face de um caso concreto; e que deve ter a sua fundamentação baseada *predominantemente* no conhecimento médico. Esta decisão não terá fundamentação razoável se estiver predominantemente apoiada no frágil argumento utilitarista ou no formalismo da separação dos poderes. Sobre a debilidade destes argumentos, passa-se ao ponto seguinte.

3 A FRAGILIDADE DO FORMALISMO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM FACE DO *MINIMUM MINIMORUM* EXISTENCIAL

O raciocínio econômico, pautado na escassez, nos traz à lúcida compreensão de que para se obter algo, em regra, é necessário abrir mão de outra coisa (*trade off*). Sempre é fundamental que sejam avaliados os resultados e as *consequências* das decisões, tanto na microjustiça do caso concreto, quanto na macrojustiça da totalidade do sistema legal. Esta é a função heurística que se apoia, *prima facie*, no modelo *empírico*, como visto acima, que busca otimizar o controle do comportamento e a *previsão* na hierarquia das funções.

Esta perspectiva, até meados do século passado negligenciada pelo Direito, atualmente tem grande importância para uma análise a médio e longo prazo do efeito real que as decisões judiciais têm quando analisadas em uma ideia de macrojustiça. No entanto, a análise da efetividade de uma decisão no sentido de *estímulos e desestímulos supervenientes*, apesar de ter que ser sempre considerada, não pode ser tomada como objeto central, hierarquicamente superior, em uma decisão sobre determinadas questões.

A concessão do direito à saúde dentro daquilo que aqui é chamado de *minimum minimorum existencial* (tratamento de pacientes que envolvam

o limiar da vida), no atual ambiente constitucional brasileiro, é muito difícil de ser negado se o caso concreto estiver apoiado na normatividade ética médica, em evidências médicas científicas de reais chances de cura do paciente, por mais que um tratamento seja oneroso para o Estado.

Na disputa da escolha entre a reserva do possível e o mínimo existencial, entra em cena a questão da escassez de recursos, de maneira que “levar os direitos a sério significa também levar a escassez à sério”⁶⁷. No entanto, a classificação dos tipos de escassez proposta por Elster⁶⁸, carece de utilidade prática, quando, em verdade, a única diferenciação que realmente importa no direito à saúde é a distinção entre escassez *artificial* e *natural*.

A escassez artificial se caracteriza pelas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível para todos, a ponto da satisfação (como poderia ocorrer com o aumento do número de leitos em UTIs, realização de concurso público para aumentar as equipes médicas, aumento nos recursos destinados ao saneamento básico, etc). E a escassez natural, ao contrário, se caracteriza pelas situações nas quais não há o que efetivamente possa ser feito para que a oferta de determinado bem seja incrementada (como no caso de número limitado de órgãos para os pacientes em filas de transplante).

Amaral ainda complementa que “a escassez é limite ao conteúdo das pretensões positivas”⁶⁹. No entanto, assiste razão ao autor apenas em parte, pois, em nosso sentir, a escassez deve ser encarada efetivamente como *limite*, nos casos de saúde, somente quando se referir a uma escassez *natural*, e nunca quando a mesma se referir a uma escassez artificial, que decorre de uma alocação prévia mal efetivada dos recursos orçamentários. A saúde, no âmbito de uma escassez artificial, ao se referir ao *mínimum minimorum existencial*, não pode esperar uma correção futura do orçamento (*periculum in mora*). E um modelo teórico heurístico-hermenêutico da Ciência Jurídica de interpretação e aplicação do direito deve levar isso em consideração.

Segundo Amaral, em matéria veiculada pelo jornal Valor Econômico, 50% de todo o orçamento destinado à saúde no Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2007, foi comprometida com a compra de medicamentos

67 AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 42.

68 *Ibidem*, p. 73.

69 *Ibidem*, p. 182.

por ordem judicial⁷⁰. Ocorre que em momento algum o autor se questiona se este aumento não vinha sendo progressivo ao longo dos anos, e se o legislador, desatento à necessidade crescente de compra de medicamentos, não veio sendo progressivamente negligente até que se chegasse neste cenário indesejável.

O grande problema da gestão pública é a falta de planejamento⁷¹. Em uma empresa qualquer, deve ser separado um montante de recursos para eventos extraordinários não previstos, e o planejamento financeiro do ano subsequente deve sempre levar em conta a soma gasta com tais eventos no orçamento no ano anterior. Assim também deve se comportar aquele que compõe o orçamento público, olhando sempre pelo retrovisor para regular os seus faróis.

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

Amaral afirma que os tribunais, por diversas razões, não podem eficazmente manejar recursos escassos, pois os mesmos estariam mal aparelhados para tomar decisões racionais sobre como as agências executivas devem alocar seus recursos e seu tempo⁷². De fato, o ambiente sumariamente cognitivo dos tribunais não é o melhor dos mundos para se tomar decisões alocativas de grandes proporções. No entanto, os custos com demandas judiciais envolvendo o direito à saúde podem servir como um grande marcador para que as autoridades orçamentárias façam seus planejamentos. Ademais, a própria Constituição, se lida de forma sistêmica e, a ao instituir a *ações direta constitucional por omissão* bem como o *mandado de injunção*, revela, claramente, que ao judiciário é dado o poder de interferir no orçamento se as políticas não foram adequadas ou se uma determinada lei, dentre estas as leis orçamentárias, foi mal projetada e não conseguiu atingir a sua finalidade material constitucional básica. A finalidade é

70 AMARAL, op.cit., p. 150.

71 MARTINS, Caroline Curry; WACLAWOVSKY, Aline Josiane. Problemas e desafios enfrentados pelos gestores públicos no processo de gestão em saúde. *Revista de Gestão em Sistema de Saúde – RGSS*. ISSN-e 2316-3712. v. 4, n. 1, jan./jun. 2015. p. 105.

72 *Ibidem*, p. 41.

clara do constituinte: ao judiciário cabe avaliar e corrigir a omissão ou inabilidade do legislativo quando um direito fundamental estiver em jogo.

Assim decidiu o STF recentemente⁷³, no sentido de ser lícito ao judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana. Ora, sendo este o entendimento, não há de haver óbice ao Judiciário para que obrigue a Administração, por exemplo, a construir leitos de UTI para atendimento da população em geral que corre risco de vida e precisa de tratamento intensivo.

Não é verdadeiramente razoável, apesar de aparentemente o ser de forma superficial, o argumento de que caso sejam gastos muito recursos financeiros com a saúde, outros direitos sociais não seriam garantidos⁷⁴. Data vênia, concordamos com Sarmiento⁷⁵ que, indo de encontro a este entendimento, apresenta três argumentos favoráveis à concessão do mínimo existencial. O primeiro é um argumento jurídico, pois a garantia do mínimo existencial, que é *pressuposto da democracia*, não pode ficar à mercê das decisões do legislador infraconstitucional. Em segundo lugar, já no campo da proporcionalidade, não se pode negar a razoabilidade da pretensão de uma pessoa em ter acesso às *condições materiais básicas* para uma vida digna (*mínimo minimorum existencial*). Se a pretensão não for razoável, é simplesmente porque ela não está inserida no mínimo existencial.

Por fim, tratando da questão fática, ainda que não se reconheça a absoluta inoponibilidade do mínimo existencial à reserva do possível fática (escassez artificial), pode-se afirmar pelo menos a *forte prioridade* das prestações concernentes ao mínimo existencial em relação a todas as demais despesas estatais, suscetível inclusive de controle judicial. Neste passo, irretocável é a afirmativa de que “o Estado, nessa perspectiva, não poderá denegar prestações voltadas ao atendimento de necessidades básicas das pessoas, sob a invocação de ausência de recursos, se estiver realizando

73 STF - RE 592.581, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julg. 13.08.2015.

74 “No campo do Direito à Saúde, por exemplo, já tive oportunidade de demonstrar que, por ser este um bem jurídico social, o esgotamento de recursos financeiros, bloqueados por decisões judiciais para o atendimento de algumas demandas que ocorrem ao Poder Judiciário, pode tanto inviabilizar políticas públicas preventivas e curativas do Poder Executivo e Legislativo na área da saúde, como pode também esvaziar os cofres públicos para outras políticas igualmente importantes à Sociedade (segurança, educação, transporte, etc.)”: LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais - aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010. p. 67.

75 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 230 e ss.

despesas supérfluas – *obras de embelezamento, publicidade, promoção de festas e eventos, etc.*” (grifou-se)⁷⁶.

No caso da saúde, como demonstrado acima, todo o resto é supérfluo. E finaliza o autor alegando que “pelo menos em países não miseráveis, como o Brasil, o mínimo existencial deve ser quase sempre assegurado em sede judicial, quando não o seja na esfera política majoritária”⁷⁷.

É importante destacar que a visão de que *o Direito depende apenas do legislador*, seja ele uma peça orçamentária ou o acesso à uma prestação estatal, é típica do Estado Liberal. No entanto, no Estado Moderno Social das sociedades de massas, o Direito “não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz”⁷⁸. O velho dogma da separação está fadado a perder o seu lugar de destaque na teoria constitucional, de tal modo que no constitucionalismo contemporâneo, não se fala mais em *separação*, mas sim em *equilíbrio* entre os poderes.⁷⁹

Alguns argumentos contrários à sacralização do princípio formal da separação dos poderes, e de que orçamento é competência apenas do legislativo, podem ser aventados, sobretudo quando há um ambiente claro de omissões do poder público.

Na esteira da doutrina de Cunha Júnior⁸⁰, pode-se, sucintamente, alegar que: (i) o crescimento da atuação do poder judiciário se deve, proporcionalmente, ao crescimento dos outros Poderes quando da conformação do Estado Social, o gigantismo do Legislativo, chamado sempre para intervir em áreas sempre maiores, e do Executivo, levou à *necessidade do surgimento de um terceiro gigante* - o Judiciário; (ii) o processo legislativo tornou-se particularmente pesado e lento, forçando, em consequência, o aumento do grau de criatividade da função jurisdicional, na necessidade de fornecer *soluções mais rápidas* do que as providências adotadas pelo legislador; (iii) longe de efetivamente representar a sociedade e a “vontade geral” do povo, o Legislativo e o Executivo, apesar de serem compostos pelo voto popular, vêm sendo fiéis a interesses de organizações que contribuíram para os “caixas de campanha”, sendo manifestamente

76 SARMENTO, op. cit., p. 232.

77 Ibidem.

78 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Poder Judiciário: Autonomia e Justiça*, p. 304. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. – 6. ed. – Salvador: JusPodivm, 2012, p. 208.

79 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 211.

80 Ibidem, p. 210 e ss.

ingênua a crença que ainda persiste um caráter representativo nestes poderes. A lei promulgada e executada há muito não representa o povo, ao revés, muitas vezes contraria sua vontade - *crise de representação*; (iv) a legitimidade democrática da criação judicial do direito reside na consistência das decisões, que devem ser *fundamentadas e tornadas públicas*, para que possam ser controladas e avaliadas se atingem, nos casos concretos, os ideais de equidade e a justiça que a sociedade deseja; (v) o processo judicial de criação do direito é o que mais garante a participação do cidadão, talvez sendo efetivamente o mais democrático de todos, na medida em que se desenvolve em direta conexão com as partes interessadas, às quais têm prerrogativa de provocar o seu início e determinar o seu conteúdo, apoiadas sempre na segurança do contraditório.

Assim, pode-se defender que a intervenção do judiciário no orçamento ou na concessão de direitos, sobretudo em um ambiente de omissão do poder público, é uma consequência natural do estado constitucional de direito. O aumento das demandas judiciais e o êxito em obter prestações específicas do poder público referentes ao direito à saúde não pode ser colocado em confronto com os potenciais interesses de todos os demais cidadãos que não obtiveram êxito, ou que não tiveram a oportunidade (ou a necessidade) de ter acesso ao Judiciário. As demandas em saúde são necessariamente idiossincráticas e as pessoas necessitarão de diferentes recursos da medicina para que tentem retornar ao seu estado de saúde ideal. No quesito da saúde, mais do que em qualquer outro, a igualdade a ser oferecida é *material*, relativa ao conceito de *equidade*, não se referindo a uma igualdade formal de igual distribuição de tratamentos, remédios e recursos. Receberão mais aqueles que precisarem de mais, e as necessidades, em saúde, sempre foram, são e serão distintas, idiossincráticas e extremamente variáveis entre os cidadãos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trouxe-se neste artigo uma contribuição para a formação do processo decisional envolvendo o direito à saúde, sobretudo, em questões que envolvem iminente risco de vida, aqui batizadas de *minimum minimorum existencial*, dada a especificidade que se buscou mostrar do bem jurídico em questão.

A metodologia adotada partiu do modelo *hermenêutico* ao valorizar a possibilidade de compreensão global dos fenômenos, que busca o entendimento do todo, das partes envolvidas e de suas motivações. Nessa perspectiva, tentou-se evidenciar a importância do conhecimento médico

(de uma medicina baseada em evidências), bem como a importância da normatividade ética médica, duas fontes de argumentos racionais para as fundamentações em decisões envolvendo a concessão do direito à saúde que são, em geral, negligenciadas.

Neste sentido, dialogou-se com a Análise Econômica do Direito (AED) “cujo propósito é precisamente introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões judiciais”⁸¹.

Na estruturação do raciocínio jurídico nos casos mais complexos e decisivos, afigura-se bastante útil identificar e discutir as *questões relevantes*, o que confere mais transparência e controlabilidade social para a argumentação e escolhas realizadas por juízes, tribunais e intérpretes em geral⁸².

O *minimum minimorum existencial* só deverá ser negado pelo judiciário no caso concreto, por sua essência e fundamentalidade, quando argumentos robustos entrarem em cena, delivrados de razões que extrapolam a simples defesa de uma reserva do possível, e que podem ser aceitos por todos de uma forma eticamente mais adequada.

Perceber a influência do conceito de consumidor e sua rápida ascensão no regime capitalista sobre o conceito de cidadão é um norte que demonstra a possibilidade de se pensar sem hierarquia os dois conteúdos e garantir o direito à saúde como bem fundamental a todos.

Estes argumentos podem surgir das fontes aqui apontadas, para fundamentar a perspectiva objetivista moderada ou não radical que aqui se defende⁸³.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

81 GICO, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11

82 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisdição mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 112.

83 BAHIA, Saulo Casali. Judicialização da política. In: *II Jornada de Direito Constitucional*. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. – Brasília: ESMF, 2014. p. 389.

BAHIA, Saulo Casali. Judicialização da política. In: *II Jornada de Direito Constitucional*. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisdição mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicolletti. *Teoria da alteridade jurídica: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Perspectiva, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *A Ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In: _____. *Sobre a Constituição da Europa*. Tradução de Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012. p. 17.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

LACORDAIRE, Jean-Baptiste-Henri Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1848. p. 246.

LEITE, Álvaro Jorge Madeiro. Medicina Baseada em evidências. *SANARE* - ano III, n. 1, jan./fev./mar. 2002.

MARTINS, Caroline Curry; WACLAWOVSKY, Aline Josiane. Problemas e desafios enfrentados pelos gestores públicos no processo de gestão em saúde. *Revista de Gestão em Sistema de Saúde – RGSS*. ISSN-e 2316-3712. v. 4, n. 1, jan./jun. 2015.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volvei. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

NILO, Alessandro Timbó. A natureza jurídica da relação paciente-médico e a (in)aplicabilidade do CDC na resolução das demandas cíveis. In: COSTA, Paulo Sérgio Nunes. *Melhores Artigos de TCC Graduação*: coletânea. Salvador: UCSal, 2016.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*. Coimbra: Coimbra, 2004.

SANDEL, Michael J. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILA, K. Viana. *Perspectivas, reflexões e desafios dos modelos biomédico e biopsicossocial*. 16º encontro da ABRAPSO, 2011.

VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p. 105.