

COORDENADOR

FELIPPE ABU-JAMRA CORRÊA

DIÁLOGOS ENTRE **DIREITO E MEDICINA**

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO CRM/TO

PREFÁCIO

JORGE PEREIRA GUARDIOLA

AUTORES PARTICIPANTES

Alexia Brotto Cessetti	Luciana Dadalto
Ana Maria Jara Botton Faria	Luciana Martins dos Reis Rodrigues
Antônio Leandro Barbosa da Silva	Mariana Camilo Silva
Cinthia Ayres Holanda	Miguel Kfouri Neto
Clayton Reis	Oswaldo Simonelli
Daniela Nogueira de Almeida	Pedro H. C. Fonseca
Eduardo Dantas	Rafael Knorr Lippmann
Felippe Abu-Jamra Corrêa	Rafaella Nogaroli
Fernanda Schaefer	Sâmea Beatriz Gomes dos Santos Barbosa
Guilherme Alberge Reis	Silvio Guidi
Hildegard Taggesel Giostri	Tadahiro Tsubouchi
Lais Fernanda Andrade de Oliveira	Tertius C. M. Rebelo
Leandra Porto Gonçalves	

E-BOOK



CRM-TO
CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO TOCANTINS

Instituto Memória

Instituto Memória

Desde o ano 2000,
democratizando o conhecimento,
TRANSFORMANDO O MUNDO,
um livro de cada vez!

www.institutomemoria.com.br

COORDENADOR

FELIPPE ABU-JAMRA CORRÊA

DIÁLOGOS ENTRE **DIREITO E MEDICINA**

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO CRM/TO

PREFÁCIO

Jorge Pereira Guardiola

AUTORES PARTICIPANTES

Alexia Brotto Cessetti	Luciana Dadalto
Ana Maria Jara Botton Faria	Luciana Martins dos Reis Rodrigues
Antônio Leandro Barbosa da Silva	Mariana Camilo Silva
Cinthia Ayres Holanda	Miguel Kfourri Neto
Clayton Reis	Oswaldo Simonelli
Daniela Nogueira de Almeida	Pedro H. C. Fonseca
Eduardo Dantas	Rafael Knorr Lippmann
Felippe Abu-Jamra Corrêa	Rafaella Nogaroli
Fernanda Schaefer	Sâmea Beatriz Gomes dos Santos Barbosa
Guilherme Alberge Reis	Silvio Guidi
Hildegard Taggesel Giostri	Tadahiro Tsubouchi
Lais Fernanda Andrade de Oliveira	Tertius C. M. Rebelo
Leandra Porto Gonçalves	

1ª Edição - Curitiba - 2019

Instituto Memória Editora

CENTRO DE ESTUDOS DA CONTEMPORANEIDADE

© Todos os direitos reservados

Instituto Memória Editora & Projetos Culturais
Rua Deputado Mário de Barros, 1700, Cj. 305, Juvevê
CEP 80.530-280 – Curitiba/PR.
Central de atendimento: (41) 3016-9042

www.institutomemoria.com.br

Editor: Anthony Leahy

Projeto Gráfico: Barbara Franco

Revisão final realizada pelos próprios autores



Instituto Memória
Centro de Estudos da Contemporaneidade
www.institutomemoria.com.br

ISBN 978-85-5523-350-0



9 788555 233500 >

CORRÊA, F. A.

Diálogos entre direito e medicina: estudos em homenagem ao CRM/TO. Coordenador: Felipe Abu-Jamra Corrêa. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019.

314 p.

1. Direito Médico. 2. Responsabilidade Civil. I. Título.

CDD: 340

PREFÁCIO

A judicialização de nossa atividade é algo que impacta e assusta a classe médica.

Temos acompanhado com apreensão essa escalada, ao mesmo tempo em que, inegavelmente verificamos efeitos deletérios a nossa atividade, e especialmente, a relação médico-paciente. Exames desnecessários, clima bélico nas consultas, desconfianças, elaboração constante de documentos, enfim, uma série de questões, que, até pouco, eram estranhas a profissão médica.

Para debelar esse cenário desfavorável e contraproducente (para se dizer o mínimo), entendemos fundamental o diálogo e o estudo. Essa, aliás, tem sido uma das marcas da gestão atual do Conselho Regional de Medicina do Tocantins. Diálogo e aproximação com a sociedade.

Nessa obra, em homenagem ao nosso Conselho, o estudo sobre temas atuais e pertinentes é feita por grandes autoridades do direito médico.

É de grande honra, portanto, prefaciá-la coordenada pelo professor Felipe Abu-Jamra Corrêa, que demonstra mais uma vez, sua imensa afinidade com a matéria em análise.

As abordagens dos artigos reforçam o elevado conhecimento do coordenador, e principalmente dos Autores sobre os temas, o que resulta em relevante e generoso serviço aos operadores do Direito e da Medicina.

Os artigos produzidos demonstram, ademais, grande entendimento sobre as questões mais atuais e agudas que envolvem diversas nuances do Direito Médico moderno.

Esta obra, sem qualquer sombra de dúvida, muito tem a acrescentar ao acervo bibliográfico, notadamente daqueles que se dedicam às ciências médicas e jurídicas.



| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

E é com grande satisfação que o submetemos à sua aprazível leitura.

Palmas, novembro de 2019.

JORGE PEREIRA GUARDIOLA

Presidente do CRM/TO



SUMÁRIO

**O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DO PACIENTE NA
CIRURGIA ROBÓTICA E TELECIURURGIA11**

Miguel Kfoury Neto

Rafaella Nogaroli

**RESPEITAREI TODAS AS SUAS OPINIÕES QUE CONCORDAREM
COM AS MINHAS. O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E SEU
PECULIAR CONCEITO DE AUTONOMIA DO PACIENTE35**

Eduardo Dantas

ERRO MÉDICO OU ERRO (E/OU NEGLIGÊNCIA) DO PACIENTE? 50

Hildegard Taggesel Giostri

**REFLEXÕES ACERCA DA PROPENSÃO CONTEXTUAL DA
OCORRÊNCIA DE DistanásIA EM PACIENTES IDOSOS61**

Luciana Dadalto

Mariana Camilo Silva

Leandra Porto Gonçalves

**CUIDADOS COM A APÓLICE NO SEGURO DE
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA73**

Clayton Reis

Guilherme Alberge Reis

**CONSIDERAÇÕES LEGAIS EM RELAÇÃO A RECUSA E
ABANDONO DE TRATAMENTO EM DECORRÊNCIA DA VONTADE
DO PACIENTE91**

Tertius C. M. Rebelo



**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS FRENTE
À ATUAÇÃO DE SEUS PROFISSIONAIS MÉDICOS107**

Cinthia Ayres Holanda

Antônio Leandro Barbosa da Silva

Sâmea Beatriz Gomes dos Santos Barbosa

TELEMEDICINA E PROTEÇÃO DE DADOS DE SAÚDE123

Fernanda Schaefer

**PECULIARIDADES SOBRE A PROVA NAS AÇÕES DE ERRO
MÉDICO148**

Rafael Knorr Lippmann

**ASPECTOS TÉCNICOS JURÍDICOS DA GESTÃO DE
SUBSTITUIÇÃO E O PAPEL DO ADVOGADO176**

Felippe Abu-Jamra Corrêa

Luciana Martins dos Reis Rodrigues

Oswaldo Simonelli

O RESULTADO NA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE192

Pedro H. C. Fonseca

A GESTÃO JURÍDICA DO RISCO MÉDICO-HOSPITALAR204

Silvio Guidi

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O ESPÍRITO DAS LEIS222

Tadahiro Tsubouchi

**COMPLIANCE NOS SERVIÇOS DE SAÚDE: O PAPEL DO NÚCLEO
DE SEGURANÇA DO PACIENTE236**

Daniela Nogueira de Almeida

A ESTREITA RELAÇÃO ENTRE O SANEAMENTO BÁSICO E A SAÚDE PÚBLICA272

Ana Maria Jara Botton Faria

Alexia Brotto Cessetti

A APLICAÇÃO DA LGPD NAS CLÍNICAS E CONSULTÓRIOS MÉDICOS289

Lais Fernanda Andrade de Oliveira



Instituto Memória

Desde o ano 2000,
democratizando o conhecimento,
TRANSFORMANDO O MUNDO,
um livro de cada vez!

www.institutomemoria.com.br

O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DO PACIENTE NA CIRURGIA ROBÓTICA E TELECIRURGIA

MIGUEL KFOURI NETO¹

RAFAELLA NOGAROLI²

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE NOVAS TECNOLOGIAS NA ÁREA DA SAÚDE

As inovações tecnológicas têm revolucionado a forma como os procedimentos cirúrgicos são realizados. Cirurgias assistidas, amiúde, por robôs, já são realidade em muitos hospitais ao redor do mundo. O que se convencionou chamar de *cirurgia robótica* representa a evidência do futuro da medicina e uma das conquistas mais notáveis da tecnologia médica. Os movimentos da mão do cirurgião são reproduzidos pelos punhos do robô, por meio de movimentos milimétricos, de alto grau de precisão.

¹ Concluiu Programa de Pós-Doutoramento em Ciências Jurídico-Civis junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013-2014). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1994). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1981). Licenciado em Letras-Português pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1972). Professor-Doutor integrante do Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Desembargador no Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR).
Endereço eletrônico: mkfourin@gmail.com

² Pós-graduanda em Direito Aplicado pela Escola Magistratura do Paraná (EMAP). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Assessora jurídica de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).
Endereço eletrônico: nogaroli@gmail.com

Devido à maior flexibilidade dos braços robóticos, em comparação com as ferramentas laparoscópicas convencionais, o corte e a sutura podem ser executados com maior exatidão. Ademais, o punho do robô tem capacidade infinitamente superior ao punho humano, pois aquele pode girar 360° em todos os eixos, tornando completamente acessíveis locais anteriormente de difícil acesso ou até mesmo inacessíveis em cirurgia convencional. O robô-cirurgião opera com pequenos instrumentos dentro do corpo do paciente, sendo um deles o laparoscópio, tubo fino com pequena câmera que envia imagens 3D, em alta resolução, para o monitor de vídeo.

A utilização do robô torna mais segura e precisa a cirurgia, eliminando o tremor natural do ser humano; a microcâmera amplia a visão do cirurgião e a tomada de decisões no decorrer da cirurgia se torna mais rápida e exata. O aparato tecnológico é utilizado em cirurgias minimamente invasivas, sobretudo nas especialidades de urologia, ginecologia, cirurgia geral, torácica e abdominal, além da neurocirurgia – esta, pela necessidade de exatidão milimétrica na intervenção cirúrgica. A cirurgia robótica torna menor o risco de infecção, reduz a perda de sangue e o tempo da cirurgia; as incisões são menores e, por isso, as cicatrizes também diminuem; o risco de complicações é, em geral, menor e a recuperação, mais rápida.

A Intuitive Surgical, empresa estadunidense fabricante do robô cirurgião “Da Vinci” (*Da Vinci Surgical System*), desde 2000, já vendeu mais de 2.900 robôs nos Estados Unidos e mais de 4.500 no restante do mundo.³ Até 2008, havia três robôs em atividade no Brasil; hoje, são quarenta e um – e a quantidade tende a aumentar.⁴ Em quatorze anos, de 2000 a 2013, apenas nos Estados Unidos foram realizadas 1.745.000 cirurgias robóticas. No Brasil, já ocorreram mais de 17.000 cirurgias robóticas⁵ e o Hospital Israelita Albert Einstein, em São Paulo, é o pioneiro em cirurgias assistidas por robôs, utilizando da tecnologia desde 2008, quando um paciente de 70 anos foi submetido à

³ [Consul. 8 Fev. 2019], Disponível em: <<https://dataresearch.com/robotic-surgery-statistics-show-movement-towards-more-minimally-invasive-procedures/>>.

⁴ [Consul. 8 Fev. 2019], Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/dino/aumenta-o-numero-de-cirurgias-roboticas-no-brasil/>>.

⁵ [Consul. 8 Fev. 2019], Disponível em: <<https://www.einstein.br/sobre-einstein/imprensa/press-release/brasil-comemora-10-anos-de-cirurgia-robotica>>.

extirpação da próstata com a assistência do robô Da Vinci.⁶ Estima-se que essa tecnologia robótica já proporcionou a realização de cirurgias minimamente invasivas para mais de 3 milhões de pessoas ao redor do mundo.⁷

Em localidades que não dispõem de especialista, também podem ser realizadas telecirurgias. Em 2002, um cirurgião, localizado em Nova Iorque, realizou telecirurgia de colecistectomia laparoscópica em paciente de 68 anos, que estava a aproximadamente 7.000 quilômetros de distância, em Strasbourg (França).⁸ Dois médicos locais permaneceram ao lado da paciente, acompanhando o ato e prontos para intervir, caso necessário. Essa primeira cirurgia realizada remotamente, conhecida como “*Operation Lindbergh*”, durou menos de 1 hora e foi concluída com sucesso. No início do ano de 2019, um cirurgião realizou a primeira neurocirurgia remota no mundo, com a nova tecnologia 5G.⁹ O Dr. Ling Zhipei, que estava em Pequim, implantou remotamente um neuroestimulador em paciente, que sofria do Mal de Parkinson, residente a 3.000 quilômetros de distância, em Hainan. A cirurgia durou cerca de três horas e foi finalizada também satisfatoriamente, sem intercorrências.

1.1 OS RISCOS ASSOCIADOS NA CIRURGIA ROBÓTICA PRESENCIAL E À DISTÂNCIA

O desenvolvimento científico em cirurgia robótica e telecirurgia, conforme expusemos, tem revolucionado a prestação dos cuidados à saúde. Contudo, há uma série de impactos éticos e legais que devem ser ponderados, dentre eles: capacitação do profissional, privacidade

⁶ [Consul. 8 Fev. 2019], Disponível em: <<https://www.einstein.br/sobre-einstein/imprensa/press-release/brasil-comemora-10-anos-de-cirurgia-robotica>>.

⁷ [Consul. 8 Fev. 2019], Disponível em: <<https://www.davincisurgery.com/da-vinci-surgery/da-vinci-surgical-system/>>.

⁸ CHOI, Paul J.; OSKOUJIAN, Rod J.; TUBBS, R. Shane. «Telesurgery: Past, Present, and Future». *Cureus Journal of Medical Science*, São Francisco: Cureus, v. 10, n. 5, Mai. 2018. [Consul. 20 Mai. 2019], Disponível em: <https://assets.cureus.com/uploads/review_article/pdf/12751/1550698319-20190220-655-3jlaza.pdf>.

⁹ [Consul. 8 Jun. 2019], Disponível em: <<https://www.rt.com/news/454056-remote-brain-surgery-china>>

e proteção de dados da saúde, consentimento informado do paciente, eventos adversos devido às limitações da tecnologia etc.¹⁰ Jacques Marescaux expõe que, tendo em vista a cirurgia remota poder ser realizada por médico em país ou estado diverso do paciente, possível o surgimento de “questões legais, tais como, se o cirurgião deve ou não ser responsável por erros relacionados a atrasos na transmissão ou falha do equipamento, ou se um consentimento especial deve ser obtido”.¹¹

Nos Estados Unidos, entre os anos de 2000-2013, há 10.624 relatos de eventos adversos envolvendo o robô Da Vinci, que foram protocolados junto à FDA. Dentro desse universo, ocorreram morte em 144 casos (1,4%), lesões ao paciente em 1.391 casos (13,1%) e mau funcionamento do dispositivo robótico em 8.061 casos (75,9 %). A FDA enviou, em 2013, uma carta de advertência¹² à empresa estadunidense Intuitive Surgical, criticando seus procedimentos de notificação de segurança sobre o robô Da Vinci e alegando falha da empresa em relatar adequadamente os possíveis eventos adversos na utilização do aparato tecnológico. Além disso, a agência criticou a empresa por não incluir instruções sobre a limpeza dos instrumentos robóticos. Sem a devida assepsia, alguns robôs foram danificados, expondo os pacientes a agentes infecciosos e causando mais danos do que benefícios. Dentre os eventos adversos relacionados a erros no sistema Da Vinci, há relatos de uma das mãos do robô, durante a cirurgia, não liberar algum tecido do paciente ou, ainda, mover-se de forma inesperada, perfurando órgãos próximos ao sítio cirúrgico.

Na última década, a Intuitive Surgical promoveu 175 *recalls* do robô Da Vinci, ocorrendo decréscimo desse número nos últimos anos, atingindo o pico de 49 *recalls* em 2014 e caindo para apenas 1 *recall* por ano em 2010 e 2011. Já em 2018, ocorreram 8 *recalls*.¹³ A empresa solicitou esses *recalls*, junto à FDA, tanto para pequenos ajustes no

¹⁰ BHATIA, Neera. Telesurgery and the Law. In: KUMAR, Sajeesh; MARESCAUX, Jacques. Telesurgery. Londres: Springer, 2008. Ebook.

¹¹ MARESCAUX, Jacques; RUBINO, Francesco; SOLER, Luc. Computer-Assisted Remote Surgery. In: KUMAR, Sajeesh; MARESCAUX, Jacques. Telesurgery. Londres: Springer, 2008. Ebook.

¹² [Consul. 12 Mar. 2019], Disponível em: <<https://www.fda.gov/ICECI/EnforcementActions/WarningLetters/2013/ucm363260.htm>>.

¹³ [Consul. 12 Mar. 2019], Disponível em: <<https://www.nbcnews.com/health/health-news/da-vinci-surgical-robot-medical-breakthrough-risks-patients-n949341>>.

robô, como esclarecimentos de instrução e atualizações de software, bem como para questões mais sérias, como o caso de uma faca cirúrgica que não podia se mover quando necessária para realizar algum corte, braços cirúrgicos que apresentaram falhas e outros componentes do robô que poderiam se mover inesperadamente.

Além disso, desde a primeira cirurgia robótica realizada remotamente (telecirurgia), a grande dificuldade na ampla aplicabilidade dessa tecnologia é a diminuição do tempo de latência (*latency time* ou *time delay*) entre os movimentos realizados pelo cirurgião e a replicação pelo robô.¹⁴ O aumento do tempo de latência é atribuído principalmente a problemas de roteamento e congestionamento de rede ou à sobrecarga do servidor. Esse *delay* não só gera uma operação demorada, mas pode também produzir imprecisões cirúrgicas significativas, comprometendo a segurança do paciente e retardando a sua recuperação. Mesmo pequenos atrasos no tempo de transmissão, como milissegundos, podem levar a resultados desastrosos na telecirurgia e, potencialmente, a várias ações de responsabilidade civil médica.

De acordo com o neurocirurgião Paul J. Choi,¹⁵ embora seja possível alcançar um tempo de latência de menos de 100 milissegundos, com cabos de fibra óptica e uma tecnologia especial de rede (Modo de Transferência Assíncrono – *Asynchronous Transfer Mode* - ATM), ainda assim seriam necessários quarenta (40) técnicos de TI trabalhando durante a cirurgia, para garantir a manutenção dessa velocidade. Há estudo que aponta a possibilidade de os médicos serem treinados para realizar procedimentos cirúrgicos mesmo existindo o *time delay*, contudo, adverte-se para necessidade de constante treinamento e cuidado com a autoconfiança do profissional.¹⁶

¹⁴ MARESCAUX, Jacques; RUBINO, Francesco; SOLER, Luc. Computer-Assisted Remote Surgery. In: KUMAR, Sajeesh; MARESCAUX, Jacques. Telesurgery. Londres: Springer, 2008. Ebook.

¹⁵ CHOI, Paul J.; OSKOUIAN, Rod J.; TUBBS, R. Shane. «Telesurgery: Past, Present, and Future». *Cureus Journal of Medical Science*, São Francisco: Cureus, v. 10, n. 5, maio. 2018. [Consul. 20 Mai. 2019], Disponível em: <https://assets.cureus.com/uploads/review_article/pdf/12751/1550698319-20190220-655-3jlaza.pdf>.

¹⁶ SONG, Xu. et. al. «Effect of latency training on surgical performance in simulated robotic telesurgery procedures». *The International Journal of Medical Robotics and Computer Assisted Surgery*, Chicago: John Wiley & Sons, v. 11, p. 290-295, 2014.

Ugo Pagallo, no livro “The Law of Robots”,¹⁷ explica que

embora os sistemas cirúrgicos do robô Da Vinci possam reduzir o tempo das hospitalizações em cerca de metade e os custos hospitalares em cerca de um terço, há o risco de erro médico devido ao treinamento deficiente com o sistema robótico: os cirurgiões não recebem tempo e recursos suficientes para aprender a utilizar o robô de forma adequada (...) os cirurgiões com extensa experiência na tecnologia robótica declaram que são necessárias pelo menos 200 cirurgias para se tornarem proficientes no sistema Da Vinci.¹⁸

Vale mencionar que, independentemente se a cirurgia robótica é realizada de modo presencial ou remoto, há a necessidade de um anestesista e outro cirurgião na sala de cirurgia, para intervirem em caso de mau funcionamento robótico ou quaisquer interrupções tecnológicas. Evidentemente, deve-se garantir que toda a equipe de profissionais da saúde envolvidos (médicos, enfermeiros, instrumentadores) seja apropriadamente capacitada e receba constantemente treinamento e atualização na nova tecnologia. Isso porque, não calibrar corretamente um instrumento robótico pode, por exemplo, aumentar a probabilidade de um movimento impreciso do braço do robô cirurgião ou, ainda, ocasionar uma falha na transmissão da imagem do sítio cirúrgico.¹⁹

Ademais, deve-se levar em consideração que num modelo moderno de “telecirurgia integrada” (*integrated telesurgery model*), o cirurgião utiliza as informações eletrônicas do paciente em rede – tais como exames médicos e outros dados de saúde – e, enquanto realiza a cirurgia, analisa-as constantemente, através de um console especial. Caso ocorra alguma falha de conexão com a interface por uma interrupção da internet, há probabilidade de surgirem danos substanciais ao paciente. Segundo Thomas R. McLean,²⁰ deve-se,

¹⁷ PAGALLO, Ugo. *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*. Londres: Springer, 2013. Ebook.

¹⁸ PAGALLO, Ugo. *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*. Londres: Springer, 2013. Ebook.

¹⁹ BHATIA, Neera. *Telesurgery and the Law*. In: KUMAR, Sajeesh; MARESCAUX, Jacques. *Telesurgery*. Londres: Springer, 2008. Ebook.

²⁰ MCLEAN, Journal of Legal Medicine. *Cybersurgery: An Argument for Enterprise Liability*. *Journal Of Legal Medicine*, Los Angeles, vol. 23, n. 2, p. 167-210, nov. 2010.

nesse caso, também discutir a possibilidade de responsabilização do provedor de serviços de internet.

Outro ponto importante a ser ponderado é como garantir que os dados sensíveis de saúde dos pacientes, em atendimento remoto, sejam preservados, garantindo transmissão segura de informações, sem que ocorra vazamento ou perda de dados. Ocorrendo tal infortúnio, há normas específicas para determinar a responsabilização pela violação dos dados sensíveis de saúde: na União Europeia, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation* – GDPR) e, no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que entrará em vigor em 2020.

1.2 AS DEMANDAS INDENIZATÓRIAS POR EVENTOS ADVERSOS NA CIRURGIA ROBÓTICA

Imagine-se o seguinte cenário: médico que realiza remotamente cirurgia robótica de revascularização miocárdica em paciente e, durante o procedimento, o braço robótico realiza um movimento, aparentemente inesperado, cortando uma artéria coronária. Caso o profissional seja demandado numa ação de reparação de danos, será de crucial importância, inicialmente, investigar onexo causal entre a conduta médica e o dano sofrido. Pode-se chegar à conclusão de que o médico não agiu com culpa – atuou com a prudência, diligência e conhecimento exigíveis – e o dano causado ao paciente foi devido ao tempo de latência entre os movimentos do cirurgião e a replicação pelo robô. Nesse caso, mesmo que o médico tenha treinamento em cirurgia robótica e conhecimento prévio desse *delay*, deverá ser responsabilizado pelo risco associado à tecnologia? Ou, ainda, pode-se pensar na imputação da responsabilidade objetiva do fabricante do robô pelo tempo de latência? Essas são algumas das principais questões debatidas pela comunidade jurídica.

Em 2015, um senhor de 69 anos morreu de falência múltipla de órgãos, após se submeter à cirurgia robótica (Da Vinci Robot) no

Freeman Hospital, em Newcastle, Inglaterra.²¹ O robô danificou parte do coração do paciente durante o procedimento. O cirurgião acabou revelando que "poderia ter realizado a cirurgia com mais treinamento prévio no robô, antes da intervenção cirúrgica". Além disso, constatou-se que o hospital, onde ocorreu a intervenção, não possuía nenhuma política de treinamento dos médicos em novas tecnologias na área da saúde. O diretor médico do hospital emitiu um pedido de desculpas reconhecendo que o hospital "falhou em garantir um padrão de cuidado razoavelmente esperado na cirurgia robótica".

Atualmente, nos Estados Unidos, tem-se notícia de diversas pessoas pleiteando indenização por danos sofridos durante a performance dos robôs Da Vinci.²² Contudo, o resultado da grande maioria dos litígios não é publicado, pois são resolvidos extrajudicialmente, por meio de acordos com cláusula de confidencialidade sobre os seus termos. Não é difícil prever, a partir da experiência, sobretudo, dos Estados Unidos e Europa, que poderão surgir situações geradoras de ações indenizatórias por danos ocorridos durante uma cirurgia robótica.

A grande complexidade na análise da responsabilidade civil, nesses casos, dá-se, sobretudo, na determinação de quem, efetivamente, causou o evento danoso e, portanto, se a o dano é decorrente de um serviço essencialmente médico (nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia), paramédico (advindo da falha na intervenção dos enfermeiros com a correta regulação do robô ou adequada limpeza dos instrumentos robóticos) ou extra médico (inadequada ou inexistente política hospitalar de treinamento de médicos e outros profissionais, defeito de qualquer instalação nas dependências do estabelecimento, má conservação do robô pelo não atendimento aos cuidados recomendados pelo fabricante). Ainda, pode-se pensar na responsabilização do próprio fabricante do robô por defeito no produto (ou nas informações prestadas sobre o aparato tecnológico).

²¹ [Consult. 03 Mar. 2019], Disponível em: <<https://www.kingsleynapley.co.uk/insights/blogs/blog-medical-negligence-law/heart-breaking-robotic-surgery-patient-dies-as-a-result-of-robotic-assisted-heart-surgery#page=1>>.

²² [Consult. 03 Mar. 2019], Disponível em: <<https://www.nbcnews.com/health/health-news/da-vinci-surgical-robot-medical-breakthrough-risks-patients-n949341>>.

Deve-se considerar também a responsabilidade da empresa de telecomunicação por alguma queda no acesso à internet durante a utilização da tecnologia na intervenção médica. Além disso, os eventos adversos podem ser decorrência de uma limitação da própria tecnologia, tal como na telecirurgia, em que há ainda um certo *delay* entre os movimentos da mão do cirurgião e os movimentos reproduzidos no robô, que está a milhares de quilômetros de distância. Neste caso, é importante investigar a quem deverá ser imputada a responsabilização.

Nos Estados Unidos, as demandas indenizatórias sobre eventos adversos ocorridos durante a intervenção médica assistida por aparelhos robóticos são conhecidas como “finger-pointing cases”. Isso, porque há sempre o dilema de quem deve responder, o profissional da medicina (e/ou o hospital) ou o fabricante do equipamento. Contudo, em 2017, desenvolveu-se um dispositivo chamado “dVLogger”,²³ espécie de “caixa preta” acoplada no robô cirurgião Da Vinci, que grava vídeo e metadados durante a cirurgia. Por meio desse recurso, captura-se o posicionamento dos instrumentos e como o médico está conduzindo o movimento do robô. Com a *meta data evidence*, auxilia-se na elucidação do que de fato ocorreu (culpa médica ou defeito do produto) no momento da intervenção médica. Pode-se constatar, por exemplo, que durante a cirurgia o robô emitiu algum alerta ou aviso de erro, mas o médico desconsiderou o alerta e optou por assumir o risco de dar continuidade ao ato cirúrgico. Ou, ainda, pode-se verificar um mau funcionamento do próprio robô, que realizou inesperadamente algum movimento.

Evidentemente, na cirurgia assistida por robô é o médico quem continua a comandar o ato cirúrgico, valendo-se de instrumentos robóticos como extensão de suas próprias mãos. Alude-se à existência de sinergia entre o homem e a máquina, não à substituição daquele por esta. Assim, no eventual exame da responsabilidade civil, a equação é conhecida: em primeiro plano, analisa-se a atuação pessoal do médico, com o intuito de se reconhecer a ocorrência de culpa *stricto sensu* (imperícia, imprudência ou negligência), por parte do médico; reconhecida a culpa do seu preposto, responderá solidariamente o hospital. Por defeito do robô, do *software* ou de qualquer outro

²³ [Consult. 12 Mar. 2019], Disponível em:
<<https://www.therobotreport.com/study-intuitives-black-box-recorder-shows-quantifiable-skill-differences-among-surgeons/>>.

componente, a responsabilidade do hospital será objetiva, assegurado o direito de regresso.²⁴

Pode-se, contudo, restar provado que o médico, durante a realização da cirurgia robótica atuou com a diligência que legitimamente se esperava dele – ou seja, não agiu com culpa –, tampouco há defeito no robô cirurgião, sendo o evento danoso decorrente de um risco associado à própria terapêutica. Nesse caso, caberá ao médico ou entidade hospitalar provar que obteve o consentimento livre e esclarecido do paciente sobre aquele possível risco específico na utilização da referida tecnologia. O fato gerador da indenização, nessas situações de violação do dever de informação,

não será o dano em si, mas a falha (ou ausência) de informação, isoladamente considerada. Noutras palavras, o médico responderá não como causador do dano, mas por não ter obtido o consentimento do paciente.²⁵

Em que pese nosso trabalho aqui não ter como foco as formas de determinação da responsabilidade pela culpa médica em si, é de suma importância a compreensão de que os diversos riscos da cirurgia robótica – assim como os benefícios –, devem ser transmitidos ao paciente, antes de ser submetido ao procedimento cirúrgico. Isso porque, conforme exporemos a seguir, o médico deve respeitar o princípio da autonomia da vontade e dignidade do doente, sob pena de responsabilização pela ausência de consentimento.

²⁴ No caso de responsabilidade civil do fabricante por um defeito no robô, há normas específicas aplicáveis nos Estados Unidos (Restatement (Second) of Torts), Brasil (Código de Defesa do Consumidor) e União Europeia (Diretiva Europeia 85/374/CEE e Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017 (2015/2103(INL)), que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica).

²⁵ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil dos Hospitais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Ebook.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA AUSÊNCIA DO CONSENTIMENTO DO PACIENTE NAS CIRURGIAS ROBÓTICAS

A complexidade do organismo humano e a inevitável influência de fatores externos fazem da álea terapêutica, ou seja, da incerteza um atributo indissociável da prática médica. Os avanços tecnológicos na área da saúde não eliminam o fator de imprevisibilidade no tratamento médico; pelo contrário, algumas vezes, os progressos da medicina podem tornar ainda mais aleatórios o diagnóstico e a terapia. Por isso, não se justifica transferir para o profissional todos esses riscos e áleas.²⁶ O médico, todavia, deve fornecer ao paciente uma informação leal, completa e acessível, tanto sobre o ato cirúrgico em si e cuidados pós-operatórios, bem como os riscos inerentes à cirurgia, aí incluídos aqueles que apresentem caráter específico e/ou excepcional, como na cirurgia robótica.

No contexto das cirurgias assistidas por robôs, seja de forma presencial ou à distância, o consentimento informado adquire certas peculiaridades, tendo em vista os diversos fatores aleatórios e riscos inerentes à própria tecnologia, como já expusemos na primeira parte deste trabalho. É de suma importância a compreensão de toda a dinâmica do consentimento do paciente nas novas tecnologias de robótica e telemedicina, o que envolve discussões sobre diversos aspectos, dentre eles: a forma e o conteúdo do termo de consentimento (quais informações devem ser prestadas), a maneira de imputação da responsabilidade (e a quantificação dos danos) pelo inadimplemento do dever de informação e o ônus da prova do consentimento do paciente.

Consentimento é o comportamento mediante o qual

se autoriza a alguém determinada atuação. No caso do consentimento para o ato médico, uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro.²⁷

²⁶ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil dos Hospitais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Ebook.

²⁷ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Ebook.

O professor português André Gonçalo Dias Pereira leciona que, em resumo, o consentimento informado revela-se como

um instituto que visa permitir a autodeterminação dos riscos assumidos e assim uma delimitação do risco que impendem sobre o médico ou sobre o paciente. Donde, os médicos são agora obrigados a informar o paciente de forma clara e, se solicitado, por escrito, sobre o exame proposto e tratamento e sobre os desenvolvimentos relativos ao exame, o tratamento e a condição de saúde do paciente.²⁸

Atualmente, o consentimento informado do paciente, com seu pilar no princípio da autonomia da vontade (ou autodeterminação), tem previsão em diversos documentos internacionais.

Segundo disposições da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos,²⁹ de 2005, da UNESCO, as

questões éticas suscitadas pelos rápidos avanços na ciência e suas aplicações tecnológicas devem ser examinadas com o devido respeito à dignidade da pessoa humana e no cumprimento e respeito universais pelos direitos humanos e liberdades fundamentais.

No artigo 5.º do referido documento é previsto que “deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais”. Já o artigo 6.º prescreve que

qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito.

²⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias, Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica. Dissertação De Doutorado Em Ciências Jurídico-Civilísticas Apresentada à Faculdade De Direito Da Universidade De Coimbra. Coimbra, dezembro de 2012

²⁹ [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em:
<http://bvsm.sau.de.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf>.

Vale também mencionar a Declaração de Lisboa (1991), emendada pela 47.^a Assembleia Geral da Associação Médica Mundial (1995) em Bali, Indonésia.³⁰ Quanto ao direito à autodeterminação do paciente dispõe-se que

a) o paciente tem o direito à autodeterminação e tomar livremente suas decisões. O médico informará o paciente das consequências de suas decisões; b) Um paciente adulto mentalmente capaz tem o direito de dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem o direito à informação necessária e tomar suas próprias decisões. O paciente deve entender qual o propósito de qualquer teste ou tratamento, quais as implicações dos resultados e quais seriam as implicações do pedido de suspensão do tratamento.³¹

A Declaração de Telaviv (1999) estabelece responsabilidades e normas éticas na utilização da telemedicina – incluída aí a telecirurgia – sublinhando a relevância do consentimento informado, no seu ponto 17:

as regras correntes do consentimento e confidencialidade do paciente também se aplicam às situações da telemedicina. A informação sobre o paciente só pode ser transmitida ao médico ou a outro profissional de saúde se isso for permitido pelo paciente com seu consentimento esclarecido. A informação transmitida deve ser pertinente ao problema em questão. Devido aos riscos de filtração de informações inerentes a certos tipos de comunicação eletrônica, o médico tem a obrigação de assegurar que sejam aplicadas todas as normas de medidas de segurança estabelecidas para proteger a confidencialidade do paciente.³²

Em 2017, o Parlamento Europeu elaborou um relatório com recomendações aos estados-membros de disposições de Direito Civil

³⁰ [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/14lisboa.html>>.

³¹ [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/14lisboa.html>>.

³² [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/27telaviv.html>>.

sobre Robótica.³³ Destacam-se suas disposições sobre o direito à privacidade e consentimento do paciente, no ponto 13:

O direito à privacidade tem de ser sempre respeitado. Um engenheiro de robótica deve assegurar que as informações privadas sejam mantidas em segurança e utilizadas apenas de forma adequada. Além disso, um engenheiro de robótica deve garantir que os indivíduos não sejam identificáveis pessoalmente, salvo em circunstâncias excepcionais e, se for esse o caso, apenas o sejam com consentimento esclarecido e informado de forma inequívoca. O consentimento humano informado deve ser solicitado e obtido antes de qualquer interação homem-máquina. Como tal, os criadores de robótica são responsáveis por desenvolver e seguir procedimentos para o consentimento válido, para a confidencialidade, o anonimato, o tratamento justo e o processo equitativo. Os criadores cumprirão qualquer pedido no sentido da destruição de quaisquer dados conexos e da respetiva eliminação dos conjuntos de dados.³⁴

No Brasil, o dever de informação encontra balizas também no Código de Ética Médica (Resolução do CFM n. 2.217, de 27.9.2018), especialmente nos artigos 22 e 24 que prescrevem, respectivamente, ser vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte” ou “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”.

No contexto brasileiro, há recente decisão do Superior Tribunal de Justiça,³⁵ no sentido de que há efetivo cumprimento do dever de informação quando

os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do

³³ [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html?redirect>.

³⁴ [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html?redirect>.

³⁵ STJ, REsp 1.540, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4. T., j. 02.08.2018

paciente ser genérico (*blanket consent*), necessitando ser claramente individualizado.

Ademais, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald³⁶ expõem o atual posicionamento doutrinário no Brasil, do qual seguimos de pleno acordo, no sentido de que a autodeterminação do paciente somente é verdadeiramente exercida quando as informações prestadas são específicas, para o caso concreto daquele paciente específico, e não genéricas. Portanto, o dever de informação assumido pelo médico restará cumprido a partir do “critério do paciente concreto”,³⁷ ou seja, a explicação do profissional deve ser extensa e adaptada ao nível intelectual e cultural do doente.

2.1 O CONTEÚDO DA INFORMAÇÃO NAS CIRURGIAS ASSISTIDAS POR ROBÔS

A utilização cada vez mais acentuada das tecnologias na área da saúde, especialmente da robótica e telemedicina, implica maiores ponderações acerca do termo de consentimento livre e esclarecido do paciente. A moderna doutrina do consentimento informado compreende um papel consultivo do médico, o que envolve um processo de diálogo, cujo objetivo é assegurar que o doente compreenda todas as circunstâncias do tratamento proposto, bem como as razoáveis alternativas terapêuticas, possibilitando a tomada de decisão bem informada.³⁸

Filipa Moreira Azevedo, no artigo “O Consentimento Informado Silenciado na Esfera da Telemedicina”,³⁹ publicado na Revista

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de, NETTO, Felipe Braga e ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1318.

³⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias. O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 556.

³⁸ KFOURI NETO, Miguel. A Quantificação do Dano na Ausência de Consentimento Livre e Esclarecido do Paciente. Revista IBERC, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 01-22, jan.-abr./2019.

³⁹ AZEVEDO, Filipa Moreira. O Consentimento Informado Silenciado na Esfera da Telemedicina. Cadernos da Lex Medicinæ, Coimbra, vol. II, n. 4, 2019. Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades Nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico Vol. II, p. 253-262.

portuguesa *Lex Medicinae*, explica que não basta o médico repassar informações ao paciente, a fim de cumprir com a sua obrigação de informar. Isso, porque o direito à informação e ao esclarecimento não findam no momento em que é manifestado o consentimento do paciente. É indispensável que

o paciente entenda e assimile o alcance dessa informação, caso contrário a obrigação de esclarecimento não se encontra satisfeita. Só depois de cabalmente executadas essas duas obrigações é que estão criadas as condições para o paciente manifestar a sua vontade, de forma livre, consentindo, ou não a intervenção, ou tratamento (...) o CI [consentimento informado] encerra a decisão a uma invocação recebida no campo da prestação de cuidados de saúde, através da qual o paciente expressa a sua autonomia, autodeterminação, exerce a sua liberdade de vontade e dispõe sobre atos que lhe são iminentes, identitários, fortificando à visto disso a sua dignidade.⁴⁰

De igual modo, no termo de consentimento para a prática da cirurgia assistida por robô, seja realizada de forma presencial ou a distância (telecirurgia), deverão constar no termo de consentimento os benefícios esperados e os possíveis riscos associados à utilização da tecnologia. Acima de tudo, o médico precisa expor claramente ao paciente quais as diferenças (benefícios e riscos) na adoção de uma cirurgia robótica em relação à convencional.

Dentre os riscos que deverão constar no termo de consentimento para realização da telecirurgia, mencionam-se: 1) possibilidade de interrupção da telecirurgia por algum problema de conexão com a internet ou mesmo falha do próprio equipamento; 2) existência de um *time delay* entre os movimentos do cirurgião e a reprodução pelo robô, que pode gerar algum evento adverso; 3) demais riscos técnicos decorrentes de falha do software ou da própria limitação tecnológica; 4) possibilidade de acesso ilícito por terceiros dos dados da saúde do paciente armazenados em rede.

Em 2018, 274 episódios de invasões de dados em organizações da saúde foram reportados ao *U.S. Department of Health*

⁴⁰ AZEVEDO, Filipa Moreira. O Consentimento Informado Silenciado na Esfera da Telemedicina. Cadernos da *Lex Medicinae*, Coimbra, vol. II, n. 4, 2019. Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades Nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico Vol. II, p. 253-262.

and Human Services Office for Civil Rights.⁴¹ Diversas empresas e entidades hospitalares de países da Europa, como Espanha, Inglaterra e Portugal, foram alvos de ataques cibernéticos em 2017.⁴² Nesta ocasião, 16 hospitais do serviço público de saúde do Reino Unido foram afetados e alguns pacientes em situação de emergência precisaram ser transferidos. Além disso, informações sobre pacientes, agenda de consultas, linhas internas de telefone e e-mails ficaram temporariamente inacessíveis.

Imagine-se que um cirurgião, localizado num hospital em Londres, estivesse realizando uma telecirurgia em um paciente em Lisboa, no exato momento em que o sistema do hospital inglês sofre uma interrupção. Diante disso, o monitor – que passava imagens do sítio cirúrgico do paciente português – de repente, fica preto, não sendo mais possível saber quais movimentos serão reproduzidos pelo robô em Portugal. Necessariamente, a equipe do hospital local de Lisboa estará em prontidão, ao lado do paciente e, verificando qualquer falha no sistema ou movimento imprevisível do robô cirurgião, deverá afastar este do paciente e, imediatamente, adotar as condutas emergenciais cabíveis, incluindo a transformação do procedimento cirúrgico em uma cirurgia convencional (aberta) sem a assistência do robô.

Esse é um exemplo, dentre tantos outros, de que podem ocorrer situações em que a cirurgia robótica precisará ser interrompida e substituída por uma cirurgia convencional, realizada pelas próprias mãos do médico, sem interferência do aparato tecnológico. Ressalta-se, portanto, que a informação sobre a possibilidade de intercorrências no ato cirúrgico por falha do sistema ou do equipamento robótico, com a consequente transformação da cirurgia robótica para uma convencional, deve ser claramente transmitida ao paciente.

Nesse sentido, Deborah Dubeck, no artigo “*Robotic-Assisted Surgery: Focus on Training and Credentialing*”, explica as peculiaridades do consentimento na cirurgia robótica:

os pacientes precisam saber mais do que apenas os riscos gerais, benefícios e alternativas que estão associadas ao procedimento. O risco

⁴¹ [Consult. 4 Mar. 2019], Disponível em: <https://ocrportal.hhs.gov/ocr/breach/breach_report.jsf/>.

⁴² [Consult. 4 Mar. 2019], Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/afp/2017/05/12/ataque-> em: 04.03.20019

| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

de falha do robô e a prontidão para implementar um plano de contingência, com a conversão para um procedimento aberto, são questões que devem ser abordadas no consentimento informado do paciente. Os cirurgiões precisam passar algum tempo com o paciente explicando os prós e contras da cirurgia robótica, comparando-a com outras alternativas de terapêutica.⁴³

Além disso, na telecirurgia, conforme explana Neera Bhatia (“*Telesurgery and the Law*”), há também questões fundamentais de privacidade envolvidas, levantando-se a preocupação

de que os pacientes possam não saber até que ponto suas informações médicas podem ser divulgadas a outras pessoas. Praticamente, qualquer consulta de telecirurgia envolve a transferência eletrônica de registros médicos e informações do paciente.⁴⁴

Desse modo, o compartilhamento dos dados de saúde do paciente é um ponto de relevante importância, que deverá constar no termo de consentimento.

No que se refere à abrangência da informação prestada pelo médico na telemedicina, expõe André Gonçalo Dias Pereira, que é imprescindível

uma descrição do tipo de telemedicina que se vai realizar (telemonitoração, telemanipulação, ou cirurgia robótica), a experiência e a especialização do telecirurgião (ou consultor), os fins para os quais a informação médica pode ser usada (por exemplo, para diagnóstico ou fins educacionais), e quais os objetivos e meios de controle de armazenamento da informação médica computadorizada numa base de dados. O paciente deve ter a garantia de que sua privacidade será respeitada tal como na medicina tradicional, mas que, enquanto estiverem a trabalhar *online* sempre há o risco de um terceiro ter acesso (ilícito) às informações.⁴⁵

⁴³ DUBECK, Deborah. Robotic-Assisted Surgery: Focus on Training and Credentialing. [Consult. 4 Mar. 2019], Disponível em: <http://patientsafety.pa.gov/ADVISORIES/Pages/201409_93.aspx>.

⁴⁴ BHATIA, Neera. Telesurgery and the Law. In: KUMAR, Sajeesh; MARESCAUX, Jacques. Telesurgery. Londres: Springer, 2008. Ebook.

⁴⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias. O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 557.

Ressalta-se, portanto, que o professor português adota postura, da qual concordamos, sobre a obrigação do médico em revelar previamente ao paciente a sua especialização, bem como a sua experiência com a tecnologia robótica. Expusemos, na primeira parte deste trabalho, o recente episódio de um paciente na Inglaterra que teve falência múltipla de órgãos e veio a óbito, logo após ser submetido à cirurgia cardíaca robótica. O cirurgião admitiu seu prévio treinamento insuficiente com a tecnologia e, ainda, o hospital admitiu sua falha em adotar políticas adequadas de treinamento em cirurgia robótica. Em situações como a narrada, observa-se a imprescindibilidade de serem transmitidas ao paciente algumas informações: 1) qual o treinamento e a experiência do médico em cirurgias assistidas por robô; 2) qual é a política de treinamento em cirurgia robótica do hospital onde será realizado o procedimento; 3) se a cirurgia robótica em questão já foi realizada por qualquer outra pessoa no mesmo hospital ou em qualquer outra entidade hospitalar do país; 4) quais são os benefícios e riscos da cirurgia assistida por robô em relação à cirurgia convencional.⁴⁶

2.2 REPONSABILIDADE CIVIL E QUANTIFICAÇÃO DE DANOS NA AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO INFORMADO NA CIRURGIA ROBÓTICA

É fora de qualquer dúvida que o médico incorre em responsabilidade, no caso da cirurgia robótica ser realizada sem o consentimento livre e esclarecido do paciente. Pode-se afirmar que o consentimento é um pré-requisito essencial de todo tratamento ou intervenção médica. A ausência do consentimento pode constituir lesão autônoma, por si só danosa e passível de indenização.

Na cirurgia robótica presencial ou na telecirurgia, assim como em quaisquer outras intervenções médicas, o dever de informar é um dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples

⁴⁶ Nesse sentido, cf. reportagem de Josephine Burnett, atuante na área de responsabilidade civil médico-hospitalar, no escritório Kingsley Napley, em Londres, Disponível em: <<https://www.kingsleynapley.co.uk/insights/blogs/blog-medical-negligence-law/heart-breaking-robotic-surgery-patient-dies-as-a-result-of-robotic-assisted-heart-surgery#page=1>>.

inobservância caracteriza inadimplemento contratual. A indenização é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação,

por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente.⁴⁷

A fim de se estabelecer o dever de indenizar, deve-se verificar o nexo causal entre a omissão de informação e o dano. Quando a intervenção médica é correta – mas não se informou adequadamente –, a culpa surge pela falta de informação – ou pela informação incorreta. Não é necessária negligência no tratamento. A vítima deve demonstrar que o dano provém de um risco acerca do qual deveria ter sido avisada, a fim de deliberar sobre a aceitação ou não do tratamento.

Discussão que paira na doutrina é sobre quem deve ser o responsável por obter o consentimento do paciente na realização da cirurgia robótica à distância ou de quaisquer outras intervenções médicas realizadas com o recurso da telemedicina. O professor André Pereira entende que há responsabilidade solidária do dever de informar, pois

os princípios enunciados relativos à medicina de equipa e da colaboração entre os médicos devem prevalecer aqui, pelo que ambos são solidariamente responsáveis pelo cumprimento de dever de informar, sem embargo de, no plano das relações internas, se poder onerar o médico que está fisicamente presente junto do paciente e que, naturalmente, tem mais facilidade de estabelecer o diálogo propício ao consentimento informado.⁴⁸

Partilhamos do parecer do ilustre autor, e defendemos que há responsabilidade solidária na ausência do consentimento livre e esclarecido do paciente na telecirurgia, recaindo, contudo, maior

⁴⁷ STJ, REsp 1.540, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4. T., j. 02.08.2018.

⁴⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias. O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, P. 559.

oneração da obrigação de informar ao médico que está mais próximo ao paciente.

Ressaltamos, por fim, que a quantificação da indenização pela violação ao dever de informar o paciente sempre suscita controvérsia, principalmente por inexistir balizamento legal – permanecendo a fixação do montante indenizatório ao alvedrio do órgão julgador, de quem se espera prudente arbítrio. A soma indenizatória pela ausência de informação na cirurgia robótica e telecirurgia não será fixada pela totalidade do dano, isoladamente considerado, como no caso de a lesão ter sido provocada por falha técnica ou deficiente atuação médico-cirúrgica, mas sim diante da probabilidade de o paciente, caso tivesse sido convenientemente informado, não se submeter ao tratamento com a referida tecnologia.⁴⁹

Na quantificação desses danos, há quatro principais fatores a serem ponderados: 1) o estado de saúde do paciente, prognóstico e gravidade do processo patológico; 2) as alternativas terapêuticas existentes, ou seja, se a cirurgia robótica era necessária e quais os riscos e benefícios do procedimento ser realizado com a referida tecnologia, comparando-a com a cirurgia convencional. Deve-se verificar a existência (ou não) de terapias menos arriscadas ou até isentas de risco. Ponha-se em destaque, ainda uma vez: quanto mais grave o risco, mais agudo o dever de informar e obter o consentimento plenamente esclarecido do paciente; 3) se, à luz do que comumente ocorre, outro paciente, em idênticas condições, teria consentido, após inteirar-se dos perigos inerentes à intervenção; 4) se tais riscos, não informados, eram comuns ou excepcionais.

Após análise desses quatro fatores, incumbirá ao magistrado mensurar as consequências concretas da falta de consentimento, arbitrando reparação consentânea. De qualquer forma, segundo já exposto, por um dos autores do presente trabalho, no artigo intitulado “A Quantificação do Dano na Ausência de Consentimento Livre e Esclarecido do Paciente” (2019),⁵⁰ deverá o magistrado sempre se atentar ao fato de que o dano não foi causado por má prática médica,

⁴⁹ KFOURI NETO, Miguel. A quantificação do dano na ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente. Revista IBERC, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 01–20, jan-abr./2019.

⁵⁰ KFOURI NETO, Miguel. A quantificação do dano na ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente. Revista IBERC, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 01–20, jan-abr./2019.

mas pela violação ao dever de informação, motivo pelo qual a indenização será menor que aquela estabelecida para a hipótese de dano diretamente ocasionado por imperícia, imprudência ou negligência do profissional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto ao longo deste trabalho, os avanços tecnológicos na área da saúde, especialmente em cirurgias assistidas por robôs, podem tornar ainda mais aleatória a intervenção médica. Obviamente, não se justifica transferir para o profissional todos esses riscos e âleas. Contudo, o médico tem a obrigação de fornecer ao paciente uma informação completa, tanto sobre o ato cirúrgico e cuidados pós-operatórios, bem como os riscos inerentes à própria cirurgia robótica, aí incluídos aqueles que apresentem caráter específico e/ou excepcional.

Procurou-se demonstrar, ao longo deste artigo, que há benefícios e riscos com a utilização da tecnologia robótica nas cirurgias, o que requer certas ponderações e reflexões sobre o conteúdo mínimo a ser disposto no termo de consentimento. Em que pese as inúmeras vantagens, há importantes discussões sobre a capacitação do médico (e o tempo mínimo de treinamento), a privacidade e proteção de dados da saúde do paciente, as limitações da tecnologia etc. Na telecirurgia, há ainda o risco de eventos adversos decorrentes do tempo de latência (*time delay*) entre os movimentos realizados pelo cirurgião e a replicação pelo robô. Caso essas informações mínimas sobre os riscos envolvidos não estejam presentes no termo de consentimento assinado pelo paciente, o profissional da medicina será responsabilizado, não pela culpa médica em si, mas pela violação ao dever de informar o paciente.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Filipa Moreira. **O Consentimento Informado Silenciado na Esfera da Telemedicina**. Cadernos da Lex Medicinæ, Coimbra, vol. II, n. 4, 2019.

Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades Nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico Vol. II, p. 253-262

BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. **Lex Medicinæ**. Revista Portuguesa de Direito da Saúde, n.2, Coimbra, 2004, p.10.

BHATIA, Neera. Telesurgery and the Law. In: KUMAR, Sajeesh; MARESCAUX, Jacques. **Telesurgery**. Londres: Springer, 2008. Ebook.

CHOI, Paul J.; OSKOUIAN, Rod J.; TUBBS, R. Shane. Telesurgery: Past, Present, and Future. **Cureus Journal of Medical Science**, São Francisco: Cureus, v. 10, n. 5, Mai. 2018.

DUBECK, Deborah. **Robotic-Assisted Surgery: Focus on Training and Credentialing**. [Consult. 4 Mar. 2019], Disponível em: <http://patientsafety.pa.gov/ADVISORIES/Pages/201409_93.aspx>.

FARIAS, Cristiano Chaves de, NETTO, Felipe Braga e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

KFOURI NETO, Miguel. A Quantificação do Dano na Ausência de Consentimento Livre e Esclarecido do Paciente. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 01-22, jan.-abr./2019.

_____. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. VER PÁGINA.

_____. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Ebook.

_____. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Ebook.

MARESCAUX, Jacques; RUBINO, Francesco; SOLER, Luc. Computer-Assisted Remote Surgery. In: KUMAR, Sajeesh; MARESCAUX, Jacques. **Telesurgery**. Londres: Springer, 2008. Ebook.

MCLEAN, Thomas R. Cybersurgery: An Argument for Enterprise Liability. **Journal Of Legal Medicine**, Los Angeles, vol. 23, n. 2, p. 167-210, nov. 2010.

MINOR, Jessica. **Informed Consent in Predictive Genetic Testing**. A Revised Model. Suíça: Springer, 2015. Ebook.

PAGALLO, Ugo. **The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts**. Londres: Springer, 2013. Ebook.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. Dissertação De Doutorado Em Ciências Jurídico-Civilísticas

Apresentada À Faculdade De Direito Da Universidade De Coimbra. Coimbra, dezembro de 2012

_____. O Consentimento Informado em Portugal: Breves Notas. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca (SP), v. 12, n. 2, 2017.

_____. **O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente**. Estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

SONG, Xu. et. al. Effect of latency training on surgical performance in simulated robotic telesurgery procedures. **The International Journal of Medical Robotics and Computer Assisted Surgery**, Chicago: John Wiley & Sons, v. 11, p. 290-295, 2014.

TOMÉ, Patricia Rizzo. O Consentimento Informado e a Responsabilidade Civil Decorrente. **Lex Medicinæ**, Coimbra, vol. II, n. 4, 2019. Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades Nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico, Vol. II, p. 409-422.

RESPEITAREI TODAS AS SUAS OPINIÕES QUE CONCORDAREM COM AS MINHAS.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E SEU PECULIAR CONCEITO DE AUTONOMIA DO PACIENTE

EDUARDO DANTAS¹

Na esteira do que se disse sobre o princípio do desenvolvimento da personalidade, emerge a autonomia privada como inarredável decorrência de uma noção mais ampla de liberdade, o que toca, afinal, a dignidade humana. Se a cada indivíduo se reconhece a prerrogativa

¹ Advogado, inscrito nas Ordens do Brasil e de Portugal; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1995); Especialista em Direito de Consumo pela *Universidad de Castilla - La Mancha* (2001); Mestre em Direito Médico pela *University of Glasgow* (2007); Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra; Ex Vice-Presidente e membro do *Board of Governors* da *World Association for Medical Law*; Procurador Jurídico do Conselho Regional de Odontologia de Pernambuco; Autor dos livros *Direito Médico* (Editora GZ, 2009), *Comentários ao Código de Ética Médica* (Editora GZ, 2010), *Droit Médical Au Brésil* (Editora GZ, 2013); Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida (Editora GZ, 2018); e *Contemporary Issues in Medical Law* (Editora GZ, 2018); Autor de diversos artigos publicados no Brasil, Portugal, Israel, EUA, Polônia, República Checa e França; Membro da Comissão Especial de Direito Médico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Gestões 2013/2015 e 2016/2018); Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito de Família da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico e Hospitalar da EPD – Escola Paulista de Direito (São Paulo – SP); Ex-Presidente da Comissão de Direito e Saúde da OAB/PE; Presidente da Associação Pernambucana de Direito Médico e da Saúde; Vice-Presidente da Asociación Latinoamericana de Derecho Médico; Membro fundador e integrante da Comissão Diretiva da ALDIS – Associação Lusófona de Direito da Saúde; Membro da *Association Française de Droit de la Santé*; Membro da *European Association for Health Law*; Coordenador pedagógico da *Association de Recherche et de Formationen Droit Médical* (Toulouse, França); Membro do *International Advisory Board* do Observatório de Direitos Humanos: Bioética, Saúde e Ambiente, da Universidade de Salerno, Itália; Vice-Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Contato: eduardodantas@eduardodantas.adv.br

de ser e de tornar-se o que bem entender, a autonomia privada tem um nobre papel a cumprir: o de facultar a cada pessoa modelar o sentido da sua existência, ancorada nos seus valores, suas crenças, sua cultura e seus anseios. A autonomia, assim, assume a função de consagrar e impulsionar a individualidade de cada pessoa. – Adriano Marteleto Godinho

Alguns textos são atemporais. Este não tem a pretensão de se tornar um deles, advirta-se, de logo, o incauto leitor. Ao contrário: escrito no último dia de outubro de 2019, tem por objetivo ser apenas a fotografia de um momento, o registro estático de uma situação em vigor, mas que – espera-se – seja alterada em breve.

Trata-se da análise da Resolução nº 2.232/2019, editada pelo Conselho Federal de Medicina, e publicada em data de 16 de setembro de 2019, estabelecendo normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes, e objeção de consciência na relação médico-paciente.

Os temas nela tratados – recusa terapêutica e objeção de consciência – são extremamente importantes no contexto da relação assistencial, surgindo em boa hora uma Resolução que esclareça tais conceitos, que delimite o campo ético de atuação, e que permita tanto a autonomia do paciente quanto a independência no atuar médico, prevenindo e apresentando soluções para a multiplicidade de conflitos advindos do atuar médico, em uma relação ao mesmo tempo complexa e especial, única, adotada em um ambiente onde sobressaem a vulnerabilidade emocional de um enfermo, a confiança e a confidencialidade no trato com o prestador do serviço, e as obrigações legais e deontológicas impostas àqueles que se dispõem ao duro e importante ofício de cuidar das pessoas.

Há, na Resolução, uma longa exposição de motivos ressaltando o valor e a importância da autonomia, citando textos legais, decisões paradigmáticas de caráter histórico, e mesmo a evolução do tema dentro das últimas versões do Código de Ética Médica. Destaca-se aqui o seguinte trecho:

A autonomia, uma expressão da liberdade, é o bem jurídico supremo do ser humano, valor reconhecido pela legislação brasileira. A Constituição Federal, em seu art. 5º, determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Os incisos II e III dispõem que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

O Código Civil estabelece, no seu art. 15, que o paciente não pode ser submetido a qualquer procedimento terapêutico sem o seu consentimento. (sem realces no original)

É neste contexto, e com este espírito, que se define a recusa terapêutica no artigo 1º da Resolução, como sendo “um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.”

Segue a Resolução, no artigo subsequente, assegurando o direito à recusa terapêutica a todo paciente “maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente no momento da decisão”, cabendo ao médico, além do dever de informar sobre as consequências prováveis ou possíveis da decisão, a obrigação de indicar e propor alternativas ao tratamento, quando disponíveis ou existentes.

A hipótese prevista na resolução, como possível de rejeitar a recusa terapêutica, se materializa no art. 5º, quando houver abuso de direito, sendo este caracterizado como um ato de recusa que coloque em risco a saúde de terceiros, especialmente pela intenção de não tratar doenças transmissíveis ou “qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação”.

É razoável e necessário que se ponha o bem comum acima dos interesses individuais, e houve bem a Resolução, nesse sentido. Todavia, ao ampliar o conceito e o escopo, no parágrafo segundo do mesmo artigo, surgem os primeiros problemas.

Diz o referido parágrafo segundo que “a recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto”.

O ponto fulcral aqui não é o objetivo da norma – naturalmente bem intencionada – mas as possibilidades interpretativas que abre com uma redação tão vaga e imprecisa. Mais que isso, contraria os limites estabelecidos pelo próprio Código de Ética Médica (também uma Resolução), especialmente em seus artigos 22, 24 e 31, transcritos mais adiante neste texto.

A situação se torna ainda mais relevante quando se verifica a tentativa de legitimar o estabelecimento de uma autonomia mitigada da gestante, situação já bastante complexa, e tratada com mais vagar no capítulo XVI de nosso livro *Direito Médico*², intitulado *Ética e Responsabilidade Social na Medicina: Uma análise a partir da violência obstétrica*, leitura complementar que se recomenda.

O Ministério Público Federal, no âmbito do Inquérito Civil nº 1.34.001.007752/2013-81, emitiu a Recomendação nº 44/2019, direcionada ao Conselho Federal de Medicina, para que revogasse o mencionado § 2º do artigo 5º da Resolução 2.232/2019, fazendo com que a assistência ao parto seja expressamente retirada do âmbito de incidência da mesma, abstendo-se ainda de empregar ações contrárias ao ordenamento jurídico em vigor, cerceadoras a autonomia das mulheres.

Pela relevância e pertinência da manifestação, vale transcrever aqui alguns de seus trechos:

15 - Que, em se tratando de mulheres grávidas, o §2º do artigo 5º c/c os artigos 6º e 10º da Resolução nº 2232/2019 trazem sérios riscos, visto que permitem a adoção de procedimentos médicos coercitivos ou não consentidos, caracterizadores de violação dos direitos fundamentais das mulheres, em desconformidade com determinações da Organização Mundial de Saúde - OMS, que no documento "Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto", expressamente reconhece a violência física e verbal no parto, nos seguintes termos: *"Relatos sobre desrespeito e abusos durante o parto em instituições de saúde incluem violência física, humilhação profunda e abusos verbais, procedimentos médicos coercivos ou não consentidos (incluindo a esterilização), falta de confidencialidade, não obtenção de consentimento esclarecido antes da realização de procedimentos, recusa em administrar analgésicos, graves violações da privacidade, recusa de internação nas instituições de saúde, cuidado negligente durante o parto levando a complicações evitáveis e situações ameaçadoras da vida, e detenção de mulheres e seus recém-nascidos nas instituições, após o parto, por incapacidade de pagamento"*;

16 - Que a Organização Mundial de Saúde, no mesmo documento acima indicado, considera que a violência no parto equivale à violação dos direitos humanos fundamentais das mulheres, assim se posicionando: *"todas as mulheres têm direito ao mais alto padrão de saúde atingível, incluindo o direito a uma assistência digna e respeitosa durante toda a gravidez e o parto, assim como o direito de estar livre da violência e*

² 4ª edição, GZ Editora e Juspodivm Editora, São Paulo, 2019, pp. 341-356.

| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

discriminação. Os abusos, os maus-tratos, a negligência e o desrespeito durante o parto equivalem a uma violação dos direitos humanos fundamentais das mulheres, como descrevem as normas e princípios de direitos humanos adotados internacionalmente. (6-9) Em especial, as mulheres grávidas têm o direito de serem iguais em dignidade, de serem livres para procurar, receber e dar informações, de não sofrerem discriminações e de usufruírem do mais alto padrão de saúde física e mental, incluindo a saúde sexual e reprodutiva. (10)”;

19 - Que o princípio bioético da autonomia é referendado pela Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (Figo), nos seguintes termos: “O princípio da autonomia enfatiza o importante papel que a mulher deve adotar na tomada de decisões com respeito aos cuidados de sua saúde. Os médicos deverão observar a vulnerabilidade feminina, solicitando expressamente sua escolha e respeitando suas opiniões”;

22 - Que no Brasil, segundo pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo, uma a cada quatro mulheres sofre algum tipo de violência no parto, associadas a intervenções desnecessárias e prejudiciais à saúde da mulher, bem como desrespeitos verbais e negligência; sendo que o §2º do artigo 5º c/c os artigos 6º e 10º da Resolução nº 2232/2019 podem favorecer procedimentos no parto desnecessários e violadores da autonomia das parturientes, como o episiotomia, amniotomia, administração arbitrária de soro de ocitocina, utilização de manobra de kristeller, dentre outras práticas difundidas pela Organização Mundial de Saúde e pela CONITEC como não indicadas ou prejudiciais quando realizadas de forma irrestrita;

2 3- Que o Brasil ostenta um dos mais elevados índices mundiais em partos cirúrgicos, o que implica que milhares de mulheres sejam levadas a cesarianas desnecessárias anualmente, sendo imperiosa a adoção de políticas públicas para reverter esse quadro, visto conduzirem mulheres a cirurgias desnecessárias, expondo-as a riscos superiores aos do parto normal, sendo que o §2º do artigo 5º c/c os artigos 6º e 10º da Resolução nº 2232/2019, se aplicados, permitem favorecer e perpetuar partos cirúrgicos desnecessários, entendendo-se como ‘abuso de direito’ da parturiente optar pelo parto normal;

24- Que, tal como redigidos, com conceitos amplos e contrários ao Código de Ética Médica, o §2º do artigo 5º c/c os artigos 6º e 10º da Resolução nº 2232/2019 esvaziam **integralmente** a autonomia de parturientes sobre seu próprio corpo, afastando suas escolhas e decisões quanto nascimento de seus filhos. De igual forma, conferem ao médico, de forma ilegítima e antijurídica, uma liberdade de atuação profissional ilimitada durante a assistência ao parto, em qualquer um de seus contextos, independentemente do grau de risco a que se submete o binômio materno-fetal, seja ele, baixo, médio ou alto;

25- Que o §2º do artigo 5º c/c os artigos 6º e 10º da Resolução nº 2232/2019 permitem que as mulheres sejam desrespeitadas em sua integridade física, mental e moral, configurando **violência de gênero**, nos termos da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - “Convenção de Belém do Pará”,

perpetrada em serviços de saúde, visto que referida Convenção estabelece, em seu artigo 4º: *“Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros: a) direito a que se respeite sua vida; b) direito a que se respeite sua integridade física, mental e moral; c) direito à liberdade e à segurança pessoais; d) direito a não ser submetida a tortura; e) direito a que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa e a que se proteja sua família; f) direito a igual proteção perante a lei e da lei”;*

26- Que o artigo 5º da Resolução nº 2232/2019, em seu parágrafo 2º, desconsidera que, no que tange ao binômio mãe/feto, havendo necessidade de se ponderar entre riscos à vida da mãe ou do feto, caberá à gestante/parturiente, inclusive conforme artigo 4º da Convenção de Belém do Pará, decidir qual terapêutica adotar, com amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, que resguarda sua vida e sua integridade corporal, bem como com amparo no princípio da legalidade e proteção de seu direito à vida e à proteção de sua família, não podendo sua manifestação ser, em hipótese alguma, considerada “abuso de direito”;

30- Que, em se considerando o artigo 146 do Código Penal, médicos que agirem conforme o §2º do artigo 5º c/c os artigos 6º e 10º o poderão perpetrar crime de constrangimento ilegal acaso realizem intervenções médicas ou cirúrgicas não desejadas por mulheres no atendimento à gestação e parto se ausente iminente risco de vida;

A objeção de consciência – direito do médico, já previsto no Código de Ética Médica – garante a ele a possibilidade de decidir se abster da realização de um ato médico que, embora permitido por lei, seja contrário aos seus princípios morais, religiosos, profissionais, e pessoais. Em última análise, contrários à voz de sua consciência.

O limite desta objeção é a continuidade da assistência, e o não prejuízo para o paciente, não podendo este ficar desamparado sob nenhuma hipótese. O não atendimento, a objeção, calcada em razões íntimas e pessoais, é permitida quando outro profissional possa assumir o caso, sem solução de continuidade e sem dano causado pela decisão de não atender. Esta a linha que separa a objeção de consciência da omissão de socorro, com todo o seu leque amplo de consequências cíveis, éticas, administrativas e penais.

O tema é muito bem tratado nos artigos 8º e 9º da Resolução 2.232/2019³, e poderia ser um marco no estabelecimento de segurança jurídica, estabelecendo os limites do exercício deste direito.

Todavia, ao ampliar a discussão para as hipóteses de urgência e emergência, previstas nos artigos 10 e 11⁴, há uma quebra ostensiva do paradigma de respeito à autonomia do paciente, posto que ali se determina (com o uso do verbo “dever”, ou seja, tornando imperativo) o desrespeito à vontade do paciente, para tratá-lo *independentemente da recusa terapêutica*.

Novamente, há aqui uma ruptura com a intenção inicial, com a exposição de motivos, com os consideranda, e com a própria legislação vigente, ao se considerar como imperativo ético a atuação apesar da expressa recusa do paciente.

Necessário se faz compreender que o princípio da autonomia interpreta os melhores interesses do paciente exclusivamente a partir do ponto de vista do próprio enfermo, sem levar em conta o valor objetivo que a medicina reconhece a cada situação, o que pode levar – por óbvio – a concordâncias com a opinião médica, técnica, científica, ou mesmo à absoluta discordância com o caminho proposto. O modelo autônomo tomará por baliza o juízo de valor próprio e específico de cada indivíduo, em função de seus ideais, crenças e formação, respeitando assim o direito do paciente à autodeterminação.

³ **Art. 8º** Objeção de consciência é o direito do médico de se abster do atendimento diante da recusa terapêutica do paciente, não realizando atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

Art. 9º A interrupção da relação do médico com o paciente por objeção de consciência impõe ao médico o dever de comunicar o fato ao diretor técnico do estabelecimento de saúde, visando garantir a continuidade da assistência por outro médico, dentro de suas competências.

Parágrafo único. Em caso de assistência prestada em consultório, fora de estabelecimento de saúde, o médico deve registrar no prontuário a interrupção da relação com o paciente por objeção de consciência, dando ciência a ele, por escrito, e podendo, a seu critério, comunicar o fato ao Conselho Regional de Medicina.

⁴ **Art. 10.** Na ausência de outro médico, em casos de urgência e emergência e quando a recusa terapêutica trouxer danos previsíveis à saúde do paciente, a relação com ele não pode ser interrompida por objeção de consciência, **devendo** o médico adotar o tratamento indicado, **independentemente da recusa terapêutica do paciente**.

Art. 11. Em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico **deve** adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, **independentemente da recusa terapêutica**.

Segundo Galán Cortés,⁵ Beauchamp e McCullough⁶ demonstram que:

(...) a decisão de uma determinada pessoa é autônoma quando procede de valores e crenças próprios, se baseia em uma informação e compreensão adequadas e não vem imposta por coações internas ou externas, ou seja, quando reúne três condições: intencionalidade, conhecimento e ausência de controle externo e interno. Destas três condições do ato autônomo, apenas a primeira (a intencionalidade) não admite gradação, enquanto as outras duas sim. Do ponto de vista do conhecimento, este deve ser adequado, de maneira que possamos afirmar que uma ação é compreendida quando somos capazes de entender sua natureza e, além disso, prever suas consequências. No que concerne à ausência de controle externo, podemos considerar a existência de diversos níveis de gradação, e mais especialmente três: a coerção, a manipulação e a persuasão". (tradução livre do autor).⁷

Este princípio encontra seus principais fundamentos na história do direito e da filosofia. Para o seu desenvolvimento, exerceram uma decisiva influência as obras do britânico John Locke,⁸ que pugnava pelo direito à proteção contra intervenções médicas não consentidas, e do filósofo alemão Immanuel Kant,⁹ para quem o requisito de que consideremos os demais livres para escolher é fundamental.

⁵ CORTÉS, Julio César Galán. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Ed. Civitas, 2001.

⁶ BEAUCHAMP, T. L.; e MCCULLOUGH, L. B. *Ética Médica: las responsabilidades morales de los médicos*. 1ª ed. Ed. Labor, 1987. (Apud Cortés, ob. cit., p. 45.)

⁷ No original: "Para Beauchamp y McCullough la decisión de una determinada persona es autónoma si procede de los valores y creencias propios de dicha persona, se basa en una información y comprensión adecuadas y no viene impuesta por coacciones internas o externas, esto es, cuando reúne tres condiciones: intencionalidad, conocimiento y ausencia de control externo e interno. De estas tres condiciones del acto autónomo, sólo la primera (la intencionalidad) no admite grados, mientras que las otras dos sí. Desde el punto de vista del conocimiento, éste debe ser adecuado, en tal forma que podemos afirmar que una acción es comprendida cuando somos capaces de entender su naturaleza y, además, prever sus consecuencias. En lo que a la ausencia de control externo se refiere, podemos considerar la existencia de distintos grados, esencialmente tres: la coerción, la manipulación y la persuasión."

⁸ LOCKE, J. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Ed. Aguilar, 1969.

⁹ KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. 7ª ed. Madrid: Ed. Espasa Calpe, 1981.

A preocupação de Kant com a autonomia estava em examinar o que ele considerava um dos mais importantes aspectos do ser humano – sua vontade. Enquanto uma pessoa for capaz de decidir o que deve ou não fazer, ela é responsável por suas ações. E qualquer ação motivada por algum tipo de fundo moral deve emanar de um dever, em lugar de uma inclinação. Para Kant, a autonomia – que literalmente pode significar auto-regulação – requer a tomada de atitudes de acordo com as próprias convicções, vale dizer, com a própria moral. Ser autônomo significa não ser escravo do instinto ou capricho, mas sim agir como um ser racional. A razão é a faculdade que permite a ação enquanto indivíduo pensante, e que permite, por exemplo, escolher entre o certo e o errado. Ao menos na aparência, há pouca diferença entre razão e autonomia, entre racionalidade e autonomia.

O princípio da autonomia é muito bem demonstrado no sistema jurídico brasileiro, a começar pelas disposições do artigo 5º, 10 inciso II, 11 da Constituição Federal, que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

A autonomia, no tocante ao tratamento médico, tem sua expressão máxima no direito à recusa de tratamento. Neste sentido, também encontra abrigo constitucional, especialmente nos incisos VI 12 e VIII 13 do mesmo artigo, ao instituir como garantia o direito à recusa em respeito às convicções morais, filosóficas ou religiosas. Em outras palavras, é assegurado ao paciente o direito de que sua vontade prevaleça sobre a opção terapêutica escolhida pelo médico, ainda que ignorando argumentos técnicos e científicos, desde que esta seja uma

¹⁰ Constituição Federal: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

¹¹ “Art. 5º (...) II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)”

¹² “Art. 5º (...) VI – É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...)”

¹³ “Art. 5º (...) VIII – Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (...)”

decisão consciente, tomada por pessoa competente, e após apropriada informação.

Em sua conhecida obra *Princípios de Ética Biomédica*¹⁴, Tom Beauchamp e James Childress desenvolvem todo um capítulo dedicado ao respeito à autonomia. Ali, ao discorrer sobre as interpretações desenvolvidas pelo já mencionado Immanuel Kant e John Stuart Mill, lecionam:

Kant argumentou que o respeito à autonomia origina-se do reconhecimento de que todas as pessoas têm valor incondicional, e de que todas têm capacidade para determinar o próprio destino. Violar a autonomia de uma pessoa é tratá-la meramente como um meio, de acordo com os objetivos de outros, sem levar em conta os objetivos da própria pessoa. Esse tratamento é uma violação moral fundamental, pois as pessoas autônomas são fins em si mesmas, capazes de determinar o próprio destino. Mill estava mais preocupado com a autonomia – ou, como ele preferia dizer, a individualidade – das pessoas na conformação de suas vidas. Ele argumentou que se deveria permitir que os cidadãos se desenvolvessem de acordo com suas convicções pessoais, desde que não interferissem na análoga expressão de liberdade dos outros. Mill insistia também em que às vezes somos obrigados a procurar persuadir os outros, quando eles têm opiniões falsas ou não-ponderadas. A posição de Mill requer tanto a não-interferência como o fortalecimento da expressão autônoma, enquanto Kant impõe um imperativo moral que ordena que pessoas sejam respeitosamente tratadas como fins em vez de meramente como meios. Em última análise, contudo, essas duas filosofias profundamente diferentes apoiam, ambas, o princípio de respeito à autonomia.

Adriano Godinho¹⁵ ressalta ainda o elemento de vontade como princípio basilar de respeito à autonomia do paciente, e essencial para a relação mantida entre o paciente e seu médico assistente, advertindo:

Exige-se ainda a presença da *voluntariedade* para a prática do ato: não basta aferir a mera capacidade ou discernimento do paciente, sendo também fundamental averiguar se uma pessoa efetivamente quer se submeter a um ato que implique uma intromissão sobre sua integridade física e se o consentimento é prestado de forma livre e espontânea, isto

¹⁴ Edições Loyola, São Paulo, 2002, p. 143

¹⁵ *In Direito ao Próprio Corpo – Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária*. Ed. Juruá, Curitiba, 2015, p. 109.

é, isento de erro, dolo ou coação. Assim, viciará o consentimento a declaração prestada pelo paciente, se decorrer de engano, de sua ignorância sobre os fatos ou de declarações falsas maliciosamente dirigidas a iludi-lo, bem como nos casos em que o paciente declarar sua concordância em virtude da intimidação física ou psicológica. Para todas estas hipóteses, o art. 171, II, do Código Civil prescreve a anulabilidade do ato praticado, o que poderá acarretar, quando menos, a responsabilidade civil do médico.

Ainda de acordo com Beauchamp e Childress¹⁶, há necessidade de respeitar inclusive decisões autônomas que tenham sido tomadas em antecipação a períodos de incapacidade do paciente:

Suponhamos que, após um acidente automobilístico, uma testemunha de Jeová é conduzida ao hospital e, enquanto está ainda capaz, no atendimento de emergência, recusa transfusões de sangue medicamente essenciais e perde os sentidos. Alguns defendem que a escolha anterior do paciente deveria ser honrada, pois, de outro modo, os médicos (1) teriam de *causar injúria* ao paciente, revelando posteriormente o fato da transfusão, ou (2) teriam de *enganar* o paciente, não lhe dizendo a verdade, caso tenham realizado a transfusão. Com base no respeito à autonomia, podemos obter uma conclusão mais direta e satisfatória. Fazer uma transfusão num paciente incapaz que, enquanto capaz, recusou esse procedimento é uma violação de sua autonomia e é um desrespeito e um insulto à pessoa.

Posto isso, cabe colocar a relação médico-paciente, no que tange à autonomia e dever de informação, sob a ótica dos princípios éticos da profissão.

O Código de Ética Médica é bastante claro ao proibir a prática de atos que limitem o direito do paciente em conhecer sua situação clínica, ou que venham a restringir o seu direito de livre escolha terapêutica:

Art. 12 – [É vedado ao médico] Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Art. 13 – [É vedado ao médico] Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

¹⁶ Op.cit., p. 149

| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

Art. 15 – [É vedado ao médico] § 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

Art. 22 – [É vedado ao médico] Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 24 – [É vedado ao médico] Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 26 – [É vedado ao médico] Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo hipotecá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Art. 31 – [É vedado ao médico] Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 34 – [É vedado ao médico] Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Art. 42 – [É vedado ao médico] Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

Art. 44 – [É vedado ao médico] Deixar de esclarecer o doador, o receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos.

Art. 73 – [É vedado ao médico] Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justo motivo, dever legal ou consentimento por escrito, do paciente.

Art. 74 – [É vedado ao médico] Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

Art. 101 – [É vedado ao médico] Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.

Parágrafo único. No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão.

Art. 110 – [É vedado ao médico] Praticar a Medicina, no exercício da docência, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem zelar por sua dignidade e privacidade ou discriminando aqueles que negarem o consentimento solicitado.

Estes conceitos não são novos. Há importantes julgados do início do século passado¹⁷ que, contribuindo com a construção e desenvolvimento da doutrina do consentimento informado, vaticinavam:

Se um médico aconselha a um paciente que se submeta a uma operação específica e o paciente pesa os perigos e os riscos inerentes a essa ação e, por fim, consente, ele, desse modo, trava, de fato um contrato que autoriza o médico a operar de acordo com o consentimento dado, e nada além disso.

Sívio Romero Beltrão complementa¹⁸:

Diante do conflito entre a autonomia de vontade do paciente e o dever de beneficência do médico, chega-se à conclusão de que, mesmo por razões religiosas, deve-se respeitar a autonomia do paciente. Não cabe ao leigo, mesmo que ele seja profissional da área da saúde, desconsiderar ou minimizar os valores de ordem religiosa do paciente, diante dos mais elevados interesses profissionais.

Há que se considerar ainda o magistério de João Baptista Villela¹⁹:

A Constituição da República assegura expressamente a liberdade religiosa. E, acertadamente, não condiciona o seu exercício ao juízo de aprovação ou indulgência por parte de terceiros. Ter uma convicção religiosa como esclarecida ou obscurantista pode interessar a cada um para o seu foro interno. Do ponto-de-vista do respeito que se deve à prática do credo, não tem qualquer relevância. É só na colisão com outros direitos, entre os quais não se inclui a opinião alheia, que a liberdade religiosa pode experimentar limitação. Ora, nada há de contrário à ordem constitucional brasileira em que alguém prefira a morte ao tratamento por transfusão de sangue. Médicos e juizes que o impõem contra a vontade do paciente estão-se declarando incapazes de perceber pautas de valores em que a preservação da vida não constitui

¹⁷ *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261,265; 104 N.W. 12, 15 (1905)

¹⁸ *In* Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil. Atlas, São Paulo, 2005, p. 115

¹⁹ O novo Código Civil brasileiro e o direito à recusa a tratamento médico. *In*, Roma e América. Diritto Romano Comune. n. 16. Roma: Munchi, 2003. P. 55-64

| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

o bem supremo. E revelando-se, eles próprios, nessa mesma medida, mal preparados para o exercício da medicina e do direito.”

Diante da situação acima exposta, cabe o chamamento à reflexão, uma vez que se está a tratar de temas extremamente relevantes, pertinentes, e presentes no cotidiano do contexto da assistência hospitalar ao paciente, sendo imprescindível que tanto pacientes quanto médicos possam ter consciência de direitos, de deveres, e de limites éticos na relação ali estabelecida.

A intenção do órgão máximo disciplinador da atividade médica no país, por mais louvável que seja, ao enfrentar tais questões, necessita de corrigir os equívocos conceituais cometidos, estabelecendo de maneira clara se pretende manter o texto publicado, ou modificar as contradições nele existentes.

É preciso sinalizar de maneira inequívoca se o respeito a autonomia é pedra angular da relação médico-paciente, ou se a decisão, a opinião, ou em última análise, a dignidade do paciente, pode ser relativizada ao sabor da contrariedade do médico, ao não concordar com o direito daquele primeiro à autodeterminação.

Se este for o caminho, ainda assim haverá necessidade de modular as consequências, uma vez que tal caminho contraria a legislação, ofende princípios bioéticos já historicamente assentados, e se põe em rota de colisão com o próprio Código de Ética Médica.

Impõe-se, portanto, uma correção de rumos, em prol de um diálogo mais produtivo entre o Direito e a Medicina, em respeito ao paciente e aos médicos, uma vez que ao possibilitar a atuação com transparência, regras claras e segurança jurídica ganham todos, reforçando a tão almejada humanização da assistência em saúde, minimizando riscos de uma desnecessária judicialização.

REFERÊNCIAS

BEAUCHAMP, Tom & CHILDRESS, James. **Princípios de Ética Biomédica**. Edições Loyola, São Paulo, 2002

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil**. Atlas, São Paulo, 2005

| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução 2.217/2018. **Diário Oficial da União**, 27 de setembro de 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução 2.232/2019. **Diário Oficial da União**, 16 de setembro de 2019.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Diário Oficial da União**, 05 de outubro de 1988.

CORTÉS, Julio César Galán. **Responsabilidad médica y consentimiento informado**. Madrid: Ed. Civitas, 2001.

DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. GZ Editora e Editora Juspodivm, 4ª ed., São Paulo, 2019

GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao Próprio Corpo – Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Ed. Juruá, Curitiba, 2015

KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. 7ª ed. Madrid: Ed. Espasa Calpe, 1981.

LOCKE, J. **Ensayo sobre el Gobierno Civil**. Madrid: Ed. Aguilar, 1969.

Mohr v. Williams, 95 Minn. 261,265; 104 N.W. 12, 15 (1905)

VILLELA, João Baptista. **O novo Código Civil brasileiro e o direito à recusa a tratamento médico**. In, Roma e América. Diritto Romano Comune. n. 16. Roma: Munchi, 2003.

ERRO MÉDICO OU ERRO (E/OU NEGLIGÊNCIA) DO PACIENTE?

HILDEGARD TAGGESEL GIOSTRÍ¹

1 INTRODUÇÃO

Na conjuntura atual da modernidade, como um todo, nunca se falou tanto, nas últimas décadas – ao menos no Brasil –, sobre o que se convencionou denominar (erroneamente, diga-se, *en passant*), de “erro médico”. O que não quer dizer que este profissional não possa incorrer em erro, mas não na proporção que o leigo se acostumou a imaginar e admitir. Ou seja, tudo que possa lhe desgostar ou que tenha evoluído diferente do esperado, no seu entender, será passível de ir parar nas barras dos Tribunais.

E tal fenômeno foi como uma virose que se alastrou de maneira tendenciosa e, até mesmo surreal, pois, casos há em que um mínimo descontentamento, da parte do paciente, já passa a ser classificado como “erro médico”, haja vista que aquele, na sua grande maioria, desconhece o simples e elementar fato de que um lado do nosso corpo não é igual ao outro. Aliás, seria muito proveitoso, para o sossego dos prezados esculápios/cirurgiões, se estes se acostumassem a informar aos seus pacientes, que um lado do corpo não é igual ao outro, nunca

¹ Advogada. Bioquímica. Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela UFPR, com Tese de Doutorado na área da Responsabilidade Médica. Pós-graduada em Filosofia e Língua Portuguesa pela PUCPR. Professora do Mestrado, na área da Responsabilidade Civil. Professora da Pós-graduação em Direito Médico, Odonto Legal, Perícias Médicas e Odontológicas. Parecerista da Editora Mackenzie, na área da Responsabilidade Médica. Pesquisadora *ad hoc* da Universidade da Amazônia. Palestrante. Escritora com mais 15 obras publicadas (autoria e co-autoria), nas áreas do Direito Médico e Odontológico, Bioética e Reprodução assistida. Membro honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Em setembro do ano de 2017 foi agraciada, em Brasília, com o título de **Comendadora**, recebendo a **Medalha Genival Veloso França**, por sua intensa participação e estudo nas áreas do Direito Médico e da Saúde. Advogada militante apenas nas áreas do Direito Médico, Odontológico e Bioquímico.

foi e nunca será, nem nas modelos mais perfeitas e mais bonitas. Bem assim, explicar ao paciente, que não é o médico quem fabrica a sua boa ou má cicatrização, mas depende da produção de colágeno que seu organismo vai produzir e, também de seu DNA, pois até a raça pode interferir no resultado e uma cicatriz, mas o paciente não sabe disso, e o médico não costuma alertá-lo sobre tal dado, o que é uma pena, pois muitos processos se iniciam por causa de uma péssima cicatrização.

Uma melhor compreensão sobre alguns dados poderia fazer a diferença entre processar, ou não, um médico. Foi com muita sabedoria que um famoso pensador já vaticinou que “*o maior dos males é a ignorância*”, pois não há como negar que grandes perdas e amarguras provém da falta de conhecimento do ser humano.

Lamentavelmente, nos últimos anos, o número de processos em desfavor dos médicos aumentou exponencialmente, e pelas razões mais improváveis possíveis. E o que é pior: muitos desses processos eram sem razão alguma, apenas porque o paciente “achou” que poderia ter sido obtido um resultado diferente daquele que teve. Daí o enorme valor, também, dos **TCl**s, que nunca devem ser postos de lado. Bem como as **explicações** a serem dadas, pessoalmente, pelo médico (e não por sua secretária ou auxiliar), o que nem sempre é levado a sério, pois nem todos os médicos se dão conta do valor que este simples gesto pode ter, ou se eximem de fazê-lo devido ao pouco tempo que têm em disponibilidade. Mas, na realidade do dia a dia, 10 minutos de conversa gentil com seu paciente pode evitar um processo que pode vir a se estender por 5, 10, 15 anos, ou até mais.²

O ilustre Professor Dr. Genival Veloso de França, que é o mestre de todos aqueles que pretendem se aprofundar na seara do “Direito Médico” ensina, com razão, que: **“Ninguém pode negar que o exercício da Medicina é uma sucessão de riscos, e que estes riscos, muitas vezes, são necessários e inadiáveis.”**

Com este desprezioso trabalho, pretende-se colaborar, ao menos um mínimo, para que o profissional da saúde possa se munir de novas prerrogativas para se defender no seu dia a dia e entender que, muitas das vezes, aquilo que ocorreu com o paciente e que foi

² Dados resultantes do exercício de mais de 20 anos na defesa de médicos e congêneres.

julgado, por ele, como sendo um “erro médico”, na verdade, nada mais foi do que a negligência daquele mesmo paciente, que não fez a parte que lhe cabia na relação médico/paciente, por conta da qual, ambos têm direitos e têm deveres, seja num tratamento clínico ou num tratamento cirúrgico. Portanto, já é hora de começar-se a falar, escrever e apontar o “erro do paciente”, para que a balança da justiça não penda para um só lado.

2 POR QUE MUDOU A VISÃO QUE O PACIENTE TINHA, ANTIGAMENTE, DO MÉDICO?

Para responder a este questionamento, há que serem analisados fatos e dados que interferiram naquele *status quo* que o médico gozava anteriormente e, primeiramente, há que retornar a um tempo, tão longínquo, que não se tem, nem ao menos, como precisá-lo, mas que poderia ser logo após a Pré-História, ou mais adiante, todavia não se têm dados, a respeito, mas apenas suposições de eruditos e pesquisadores.

Estes estudiosos concluíram e/ou deduziram que, nos primórdios, época dos primeiros agrupamentos humanos, já com uma certa evolução, havia – assim como acontece nos dias de hoje – a presença de alguém, no meio daquele grupo, que era mais observador que os outros e, possivelmente, mais esperto que os demais, o qual, por efeito de sua observação acerca do que se passava ao seu redor (em um mundo ainda pouco habitado), passou a perceber que pequenos animais, feridos e/ou doentes, que passavam a consumir determinados tipos de plantas, apresentavam uma certa melhora do seu estado. Bem assim, quando um dos conviventes do grupo se acidentava com quedas, ou por ocasião da caça, aquele que era o mais observador do grupo, sabia que havia uma determinada posição para o membro fraturado, que lhe traria, senão menos dor, mas por certo, um maior conforto.

Por óbvio, que este tipo de “evolução”, se é que se pode assim denominar, ainda que primária, pode ter levado séculos para ocorrer, mas não há como ser datado, pois ainda não havia a escrita. O que importa é que o conhecimento foi sendo passado de geração em geração, e, pode-se dizer, que estes foram os primeiros “médicos”.

Com o passar do tempo (muito tempo), este tipo de conhecimento foi, não só aumentando, como foi passado de pessoa a pessoa, mas sempre os escolhidos eram aqueles detinham um poder de percepção e observação mais aguçado.

Passaram-se vários séculos e, já na época da Grécia Antiga, era comum encontrar-se este tipo de pessoa, com os dotes acima citados, os quais passaram a ser conhecidos pelo nome de “**taumaturgo**”, o que no grego antigo significava: “**o fazedor de milagres**”.

Na sequência, como não poderia deixar de ser, passou-se a associar o poder de cura a determinadas e específicas pessoas, sendo que, a consequência seguinte, foi associar o **poder de cura** a uma **crença religiosa**. E não é sem razão que os “primeiros médicos”, se é que assim se pode denominá-los, mas, enfim, os que buscavam a cura e a melhora para um ser que estava sofrendo e necessitando de cuidados, passou um longo tempo a ser feita pelos **pagés** das tribos, pelos **magos**, pelos **feiticeiros** e, mais tarde ainda, foi exercida pelos **sacerdotes**, como ocorria no Egito Antigo. Ou seja, todo o poder de cura estava, intrinsecamente, associado a uma crença religiosa, não importava qual fosse.

É de se questionar se teria se iniciado, aí, o conceito de que as pessoas que exerciam o dom da cura teriam poderes divinos??? Lembrar do vocábulo “taumaturgo”, do grego antigo, ou seja, “*fazedor de milagres*” conforme acima referido! Será que este conceito poderia ter ficado registrado no DNA dos humanos, gerando a crença de que todo médico teria poderes, acima daqueles das pessoas comuns, levando à revolta e à intransigência do paciente quando não alcançado o que ele buscava, ou pretendia, com determinado tratamento ou cirurgia? É uma pergunta que fica sem resposta. Mas, sem dúvida, é uma boa explicação para a conduta intransigente de determinado tipo de pacientes, nos dias atuais.

Com o passar do tempo, e mesmo com o advento das primeiras Universidades a lecionar a Medicina – isto já por volta do século XI –, parece não ter mudado muito a visão que o leigo tinha, e que alguns parecem ter até hoje, sobre o “*poder divino*” deste profissional. O que torna ainda mais difícil o exercício desta tão bela profissão, pois não é incomum ver-se, ainda, nos dias atuais, um paciente revoltado porque aquele resultado que ele esperava, de

determinado tratamento, não foi atingido. Ou seja, parece que ainda se continua nos tempos do “*taumaturgo*”... E já que o “milagre” esperado pelo paciente não ocorreu, só lhe sobra processar o médico, pois, este “não se serviu de seus poderes”!!!

3 ENTENDENDO A DINÂMICA DO DIREITO MÉDICO, DENTRO DO HISTÓRICO PANORAMA DE SUA IDENTIDADE: PORQUE MUDOU A VISÃO QUE O PACIENTE TINHA DE SEU MÉDICO (NÃO MAIS UM SEMI-DEUS?)

Dois fatos importantes ocorreram entre 1983 e 1988, e pode-se dizer que eles tiveram, no entender, não só desta autora, mas de outros observadores, uma importância relevante na configuração atual do *status quo*, no que diz respeito à relação médico/paciente. Senão, veja-se:

Ano de 1988:

Foi promulgada a nova Constituição Federal do Brasil, a qual trouxe, como uma de suas bandeiras ou máximas: “*O DIREITO A TER DIREITOS*”, o que era para ser entendido como a disponibilidade de cada brasileiro se servir do Poder Judiciário sempre que se sentisse injustiçado ou prejudicado de alguma maneira.

Conquanto isto fosse uma boa ideia, todavia, o Judiciário brasileiro não estava preparado para tanto, pois não dispunha de fundos e nem de funcionários suficientes para o aumento da demanda que passou a engrossar as fileiras dos queixosos, os quais ainda poderiam contar com as benesses da Justiça Gratuita. Portanto, foi a partir deste novo “*direito a ter direitos*”, que todo e qualquer brasileiro pôde ter acesso à Justiça, quando descontente ou injustiçado. Pode-se dizer, também, que este foi o primeiro item a abrir as portas para quem – **com razão ou não** –, se sentisse prejudicado, o que, também, aumentou o número de ações, em desfavor dos médicos, pois graças à “Justiça Gratuita”, se o paciente queixoso nada alcançasse com seu pedido de indenização, também nada precisaria pagar aos cartórios do Fórum, graças à determinação de Justiça Gratuita. Simples assim...

Ano de 1983:

Segundo a pesquisa e perspicácia do brilhante escritor e médico, Dr. Irany Novah Moraes (infelizmente já falecido), em uma de suas inesquecíveis palestras, mencionou que, dentro do seu entender, uma das razões da diminuição do nível de credibilidade que gozavam os médicos, deveu-se ao fato que abalou o país, qual seja: a morte da cantora Clara Nunes, no ano de 1983, pois no entender do leigo, a então mais badalada cantora de música popular do Brasil daquela época, não poderia ter morrido, por conta de uma “*simples cirurgia de varizes*”, expondo assim sua revolta acerca do que entenderam como sendo, não uma fatalidade, mas sim a falibilidade dos médicos que atenderam aquela idolatrada artista. A partir daí, no pensar mencionado autor, teria se iniciado um crescente aumento de intolerância, da parte dos pacientes, em relação a resultados diferentes do “esperado” por eles. E, paralelamente a tudo isto, há que citar, também, que, até então, a **fatalidade** que antes era aceita como sendo a “**vontade de Deus**”, não condizia mais com o progresso atual da **ciência** e da **tecnologia**, o que, diga-se, *en passant*, nem isto é barreira para que perdas de vidas continuem a ocorrer, pois o médico não é um “taumaturgo”, como se pensava na Antiguidade. Além do que, muitas vezes, o paciente não faz a parte que lhe cabe, especialmente no pós-operatório, e acaba por dificultar ou até perder a obtenção de um bom resultado. Mas ninguém fala em “erro do paciente”, só em “erro médico”, tema que será debatido no último item deste trabalho.

Assim, no entender desta autora, e com o auxílio referendado pelo brilhante Dr. Irany Novah Moraes, os dois eventos acima citados esclarecem, ao menos em parte, o porquê de alguns médicos se encontrarem em situações nunca dantes sonhadas, para esta nobre e aguerrida classe. Mas, nem tudo está perdido: veja abaixo, algumas “dicas” de condutas que, se bem utilizadas, podem trazer excelentes resultados no dia a dia do trabalho médico, além de diminuir, em muito, a possibilidade de ter que encarar um processo, conforme a experiência já demonstrou.

4 DICAS PARA SOBREVIVER NAS ATUAIS CONTINGÊNCIAS MÉDICO X PACIENTE

Antes de adentrar o tema, propriamente dito, deste trabalho (erro do paciente), entende-se ser de bom alvitre mencionar ou, até mesmo, sugerir uma “**receita**” quase mágica, e que não é difícil de pôr em prática. Mesmo por que, quem aponta o problema, tem o dever de, também, apontar soluções para o mesmo. Após centenas de defesas médicas, não há como não insistir no fato de que o “caminho das pedras” é um só, e dá certo, se for levado a sério, com bom ânimo e saber. Senão, veja-se:

- 1º) → Relação médico/paciente boa, ótima, se possível.
- 2º) → Paciente bem informado sobre o tratamento ao qual vai se submeter, seja clínico, seja cirúrgico. Atenção: não basta mandar a secretária entregar o Termo de Consentimento Informado.
- 3º) → Se for possível, entregue o TCI com 02 ou 03 dias de antecedência do ato cirúrgico, e deixe que o(a) paciente o leve para casa, para ler com tranquilidade e entender o que ali está informado. Importante: ofereça-se para esclarecer-lhe, no seu retorno para a cirurgia, tudo aquilo que possa não ter ficado claro na leitura feita em casa. Pode lhe parecer perda de tempo fazer isto, mas não é, e não deve deixar este encargo nas mãos de terceiros. **Perca** este tempo, mas com este gesto vai **ganhar** a confiança do(a) paciente, e um novo conceito do seu cliente sobre você, bem como vai colaborar para que o(a) paciente, fique mais seguro(a) e confiante.
- 4º) → Uma vez feita a cirurgia ou o tratamento programado, anote na sua Ficha Clínica todos os **retornos** e, mais importante ainda, é anotar todas as **faltas aos retornos**. Anote elogios recebidos, queixas também, mudança de humor, etc.
- 5º) → Em caso de paciente faltante, ou pior: ausente! Envie-lhe uma breve cartinha, mencionando a sua preocupação pelas faltas, bem como lhe esclarecendo sobre possíveis prejuízos acerca do resultado final, devido ao seu não-

comparecimento às revisões. Importante que esta carta seja enviada com A.R. (aviso de recebimento), pois em caso de um futuro processo, ela será uma prova contundente de **quem** foi o negligente na relação contratual que se forma ente médico e paciente, por conta qual ambos têm direitos e têm deveres. Não é só o médico que tem compromisso, o paciente também o tem, mas nem sempre os médicos se lembram de fazê-lo recordar disso. O que deveria ser sempre alertado ao paciente, antes de iniciar qualquer tipo de procedimento.

- 6º) → Nunca deixe de usar e explicar o **TCI**, mesmo quando seu paciente for um amigo ou um familiar seu. O uso do **TCI** (explicado, mas não pela secretária), e, também, um **Prontuário** e a **Ficha Clínica**, bem completos, serão seus melhores escudos para enfrentar a guerra fria, detonada por um paciente descontente, haja vista que, depois que um paciente processa seu médico, é como se ele passasse a sofrer de amnésia, pois não se lembra de mais nada, a não ser que “*sentiu dor, muita dor*”. Simples assim...

Importante, também, é que o médico não se esqueça de que os três elementos acima grifados – **TCI, Prontuário e Ficha Clínica**, serão, sempre, como um **mapa** que demonstrará o **caminho** que ele, médico, trilhou para **chegar, ou não**, a um determinado resultado. Daí sua importância. Boa Sorte!

5 SOBRE O ERRO (OU NEGLIGÊNCIA) DO PACIENTE

A melhor maneira de entender quando ocorre o “erro do paciente” é reportando-se a casos concretos, ocorridos em diferentes Estados do Brasil, e que, também, a maioria deles já foi julgada. Por respeito à privacidade de cada um, não serão mencionados nomes e nem locais onde tais fatos ocorreram, mesmo porque, alguns ainda continuam ocorrendo, até com certa frequência.

Caso 1º) → Um jovem, descontente com formação de gordura acumulada nos flancos e no abdômen, e julgando-a excessiva, decidiu fazer lipoaspiração. O procedimento transcorreu sem qualquer

complicação. Decorridos poucos dias, depois da alta, começou a apresentar uma aspereza de pele, e um pouco de prurido e edema em algumas das regiões lipoaspiradas. O jovem, inquieto com o acontecido, ao invés de buscar auxílio com seu cirurgião, dirigiu-se a uma clínica de laserterapia, de amigos seus, e, sem qualquer indicação da parte de seu médico, e após bastante insistência de sua parte, foi submetido a uma sessão de raios, não se sabe de qual categoria de *laser*. Algum tempo depois apresentou necrose das partes que receberam as aplicações de *laser* e, ato contínuo, processou seu médico. De quem foi o erro??? Óbvio que não foi do cirurgião, mas, sim do paciente.

Caso 2º) → Uma jovem, que praticava equitação, decidiu se submeter à cirurgia para colocação de prótese nos glúteos. A cirurgia transcorreu a contento e a paciente ficou satisfeítíssima como o resultado. Como durante a *anamnese* ela havia relatado, ao seu médico, que praticava equitação, este foi reticente ao alertá-la que deveria ficar **X meses** sem a prática daquele esporte, por razões óbvias. As revisões se deram no tempo certo e tudo evoluía para uma nota 10. Todavia, decorridos menos do que os X meses recomendados pelo médico, a paciente recebeu um telefonema do Haras que frequentava, dando-lhe a notícia que seu cavalo estava triste e se alimentando muito pouco, possivelmente, pela falta de sua dona. A paciente, mais do que depressa, dirigiu-se ao Haras e depois dos agrados iniciais ao seu querido cavalo, foi matar saudade das cavalgadas de sempre. Infelizmente, os **X dias** de abstenção, daquele esporte tão belo, determinados pelo médico, não foram respeitados pela saudosa amazona, e o estrago na cirurgia, ainda recente, foi grande. Ato contínuo, ela processou seu médico. Indaga-se: de quem foi o erro? Do médico? do cavalo? ou da paciente??? Óbvio, mas quem foi processado foi o médico!!!

Caso 3º) → Paciente de meia idade se submete à abdominoplastia e mamoplastia. Tudo transcorreu perfeitamente com as duas cirurgias e, na data aprazada, ela teve alta e voltou para sua residência, sem queixa alguma. Decorridos **X dias**, o cirurgião recebeu um telefonema daquela paciente, dizendo que estava febril e que a cicatriz do abdômen não apresentava boa aparência. O cirurgião, de imediato, teve a cautela de dirigir-se, pessoalmente, à residência de sua cliente e, quando lá chegou, foi surpreendido pelo fato de que

sobre o leito daquela, repousava, também, um belo e grande cachorro branco, com a cabeça recostada próxima ao seu abdômen.

Feitos os exames de praxe, diagnosticou, ele, que sua cliente estava com a cicatriz abdominal infectada, já com deiscência de sutura, mas a cirurgia da mama nada apresentava de preocupante. Foram, na sequência, tomadas as providências cabíveis, mas a cicatriz final do abdômen não ficou com boa aparência. A paciente não se dispôs a fazer uma revisão cirúrgica, no tempo adequado e já, anteriormente previsto, e, na sequência, processou seu cirurgião. Indaga-se: de quem foi a culpa, ou o erro? Do médico? Do cachorro? Ou da paciente???

Caso 4º)→ Paciente gestante, residente em sítio, com quadro de gripe forte, procurou hospital, no período noturno para tratar e medicar seu estado gripal. O Clínico Geral que a atendeu fez toda a sua parte, mas se preocupou, também, com a aparência e o tamanho que sua barriga de grávida apresentava. Sugeriu então que, já que ela estava no nosocômio, que aguardasse um pouco para ser vista também pelo Obstetra, que estava finalizando uma cesariana no andar de cima. A paciente não discordou e nem concordou, pois disse que estava tudo bem com sua gestação. Mas, ainda assim, o médico insistiu, novamente, após o que, dirigiu-se ao andar superior, a fim de verificar por quanto tempo ainda duraria aquele atendimento e comunicar, ao Obstetra, que **alguém esperava por ele** no andar de baixo. O Clínico demorou-se, ainda, um curto espaço de tempo junto ao Obstetra e, depois, retornou para confirmar àquela gestante que ela seria, sim, vista e examinada por aquele especialista.

Mas, qual não foi sua surpresa, quando, ao retornar à sala de espera, a paciente e seus familiares **havam se evadido do nosocômio**.

Infelizmente, na volta para o sítio onde residiam, ocorreu que os sacolejos do velho automóvel que utilizavam, contribuíram para que aquela gestante entrasse em trabalho de parto. Mas, como eles estavam, já, bem longe da cidade, decidiram continuar viagem até sua casa. O final foi o mais triste possível, pois mãe e filho, na sequência, foram a óbito. E, tal fato, só se ficou sabendo quando o marido da *de cujus*, decidiu processar o Hospital e o Clínico que a atenderam tão bem àquela paciente, a ponto de insistir para que ela fosse vista pelo Obstetra também, pois de sua gripe, motivo da consulta, ela já estava

medicada e com receita.!!! Indaga-se: onde está a culpa do médico? Inexiste!!!

Por todo o exposto acima, entende-se que já é tempo para que se comece a examinar, também, com mais atenção, a **conduta do paciente**, nos casos de pretensão “**erro médico**”, pois todo tratamento, seja clínico, seja cirúrgico, terá sempre a participação de dois elementos: o médico e o paciente, e os dois, concomitantemente, interagem no resultado final, pois se o paciente não fizer a parte que lhe cabe, seguindo, com rigor, o que lhe foi determinado pelo seu médico, seja ele um clínico ou um cirurgião, pode ele vir a perder boa parte de um tratamento feito, corretamente, e dentro das normas técnicas e sanitárias.

Espera-se que este despretenhoso trabalho possa vir a colaborar, de alguma maneira, para que os nobres esculápios brasileiros possam ter mais paz na sua luta diária, e ficar mais longe desta rotina diabólica de processos por pretensão e imaginário “erro médico”.

REFERÊNCIAS

Não foram apresentadas Referências Bibliográficas, pois trata-se de um ensaio escrito com base na larga experiência da Autora.

REFLEXÕES ACERCA DA PROPENSÃO CONTEXTUAL DA OCORRÊNCIA DE DISTANÁSIA EM PACIENTES IDOSOS

LUCIANA DADALTO¹

MARIANA CAMILO SILVA²

LEANDRA PORTO GONÇALVES³

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao longo da história da humanidade é manifesta a constante batalha entre o homem e sua finitude. Apesar do fim da vida ser um fato inalterável para todos os indivíduos, essa temática ainda se revela delicada e temerosa.

O ser humano tende a perseguir a ideia de continuidade vital, tendência esta, notável inclusive na relação com o Divino, uma vez que diversas religiões se baseiam em alguma modalidade de projeção da vida humana.

Tal fixação pelo prolongamento da vida, coadunada com o grande avanço tecnológico desencadeado no fim do século XX e início do século XXI, edificou uma conjuntura social em que o tempo vital foi

¹ Doutora em Ciências da Saúde pela faculdade de Medicina da UFMG. Mestre em Direito Privado pela PUC-Minas. Sócia da Luciana Dadalto Sociedade de Advogados. Professora do Centro Universitário Newton Paiva. Coordenadora do Grupo de estudo e pesquisa em Bioética (GEPBio). Administradora do portal www.testamentovital.com.br.

² Acadêmica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva e pesquisadora do Grupo de estudo e pesquisa em Bioética (GEPBio).

³ Acadêmica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva e pesquisadora do Grupo de estudo e pesquisa em Bioética (GEPBio).

drasticamente alterado. A morte deixou de advir exclusivamente da natureza, uma vez que houve a maximização e normalização da utilização de procedimentos terapêuticos artificiais, inclusive de procedimentos médicos frívolos, para promover a dilatação da vida.

Adstrito com a modernização de tratamentos medicinais houve a expansão do mercantilismo da saúde. Tais circunstâncias propiciam a ocorrência de obstinação terapêutica, a qual a única finalidade é o prolongamento das funções vitais do indivíduo, independente da qualidade de vida deste, desencadeando cenários de prolongamento da morte e não da vida, envoltos de dor e sofrimento para o paciente e para aqueles que o circundam, ocasião em que a dignidade, integridade física e psíquica dos envolvidos, em especial do paciente, são sacrificadas.

Diante da obstinação terapêutica, a vida é reduzida ao conceito simplório de manutenção das funções vitais do paciente, conceito este muito diminuto frente à amplitude do viver, por isso se faz necessária à reflexão acerca da aderência de determinados mecanismos médicos, ponderando até que ponto procedimentos artificiais serão benéficos para o paciente ou serão apenas um mecanismo de prolongamento de sofrimento.

Por se tratar de uma temática de grande impacto na vida do paciente, deveria ser dado a este a possibilidade de decidir sobre o emprego ou não de tratamentos em contexto de doença terminal, entretanto a conjuntura cultural presente no Brasil é paternalista e focada no prolongamento da vida biológica do sujeito, independentemente de sua vontade.

O desrespeito à vontade do indivíduo em seu fim de vida é ainda mais propenso no tocante ao paciente geriátrico, pois o contexto social do idoso no Brasil é envolto de estereótipos de incapacidade física e mental, os quais desqualificam a vontade do paciente e minoram a sua autonomia no tocante a escolha das nuances de seu tratamento médico em contexto de doença terminal. É tamanha a influência da perspectiva social no tocante ao idoso, que segundo estudo realizado pela Organização Mundial da Saúde (OMS, 2016) atitudes negativas e discriminatórias destinadas a idosos causam malefícios a saúde física e psíquica desta população.

A problemática em tela é de grande relevância na atual conjuntura nacional, pois o país segue a tendência mundial da

maximização da longevidade, em que a população nacional é cada vez mais velha. Conforme dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística a expectativa de vida dos brasileiros dilatou mais de 30 anos, passando a corresponder a 75,8 anos (IBGE, 2017).

Mesmo com o aumento considerável da longevidade brasileira, os estigmas oriundos da velhice permanecem em voga, fazendo-se necessária a discussão do posicionamento social diante dos indivíduos da terceira idade, inclusive no tocante a autonomia do idoso diante da eleição de procedimentos médicos protelatórios em contexto de fim de vida.

2 OBSTINAÇÃO TERAPÊUTICA EO PACIENTE IDOSO

O envelhecimento é um processo natural de todos os seres humanos, contudo tal fenômeno é visto de forma dispare em diferentes grupos sociais. Além disso, questões econômicas, históricas e culturais influem diretamente na perspectiva da sociedade acerca do processo de envelhecimento.

É perceptível na sociedade brasileira que o idoso ocupa uma posição culturalmente rejeitada, circundada de preconceitos de improdutividade, invalidez, incapacidade, dentre outros, os quais influem na vivência daquele. O Brasil é um país com altos índices de registros de abusos idosos: em 2017 o disque 100 (principal meio para comunicar violações de direitos humanos no Brasil), registrou 33.133 denúncias e 63.870 violações de direitos humanos contra pessoas idosas.

Saliente-se que

o envelhecimento não é sinônimo de incapacidades e dependência, mas de maior vulnerabilidade, requerendo cuidados que considerem as especificidades da população que envelhece. O processo de envelhecimento é natural, irreversível e individual, marcado pela heterogeneidade entre os idosos, em função de suas características

sociais, pessoais, econômicas e culturais que foram estruturando ao longo da vida⁴.

É importante frisar que o processo de envelhecimento não é uno, os efeitos da velhice são distintos para cada indivíduo, sendo mais gradativo para uns e mais célere para outros (CAETANO, 2006). Muitos dos desdobramentos da idade avançada são oriundos de fatores externos. Sherphard (2003) entende que a categorização funcional do idoso não se baseia exclusivamente na idade, mas depende também de sexo, estilo de vida, saúde, fatores socioeconômicos e influências constitucionais. Sendo os aspectos da velhice múltiplos e variados é errôneo reduzir diversos indivíduos pertencentes à terceira idade a estigmas redundantes e superficiais.

Vige na sociedade estereótipos degradantes acerca dos idosos principalmente no tocante às capacidades físicas e mentais daqueles, segundo Herring (2009) vivemos em uma sociedade em que a discriminação por idade é algo naturalizado. A banalização da existência de preconceitos destinados a pessoas de idade avançada edifica um cenário que propicia a violação da autonomia do idoso e conseqüentemente oportuniza a ocorrência de obstinação terapêutica, também conhecida como distanásia, tanto por parte dos profissionais da saúde, quanto por seus próprios familiares daquele.

Dadalto e Savoi afirmam que

quando se pensa em distanásia, a pergunta fundamental é: até que ponto vale a pena prolongar a vida? A resposta universal poderia ser: até o ponto em que a vida valha a pena ser vivida. Ou seja, é preciso que haja sentido. Logo, a definição do limite terapêutico dependerá de uma construção entre o profissional de saúde e o paciente. A distanásia não é um fenômeno absoluto e independente, sendo necessário definir em conjunto com o paciente a partir de que momento a proposta terapêutica passa a não mais cumprir o objetivo que a justifique⁵.

⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Diretrizes Para O Cuidado Das Pessoas Idosas no SUS: Proposta De Modelo De Atenção Integral*. XXX Congresso Nacional De Secretarias Municipais De Saúde. Maio. 2014. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_cuidado_pessoa_idosa_sus.pdf>. Acesso em 20 ago. 2019.

⁵ DADALTO, Luciana. SAVOI, Cristiana. Distanásia: entre o real e o ideal. In: DADALTO, Luciana; GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão.

Atualmente não existe vedação explícita no ordenamento jurídico pátrio quanto à prática da distanásia, entretanto a hermenêutica jurídica no permite concluir pela vedação à obstinação terapêutica no Brasil.

O Código Civil elenca no artigo 15 enquanto direito da personalidade do indivíduo a garantia de não ser constrangido a submeter-se, com risco de vida a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, neste mesmo sentido, encontra-se outra vedação implícita a obstinação terapêutica na Constituição Federal, a qual pauta no rol de direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º inciso III que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro considera a vida enquanto direito indisponível, entretanto a coibição da prática da distanásia não se caracteriza na disposição da vida, pois com a obstinação terapêutica há uma minoração da dignidade do indivíduo e hodiernamente o conceito de vida está intimamente interligado com a perspectiva de vida digna, sendo assim o exercício da distanásia não proporciona o exercício do direito à vida, mas sim o dever de sobrevida.

Uma vez que a cultura brasileira tende a restringir a autonomia do paciente idoso, este fica ainda mais vulnerável à distanásia e, conseqüentemente, a sofrer com os nefastos efeitos advindos de procedimentos e tratamentos frívolos e abusivos.

3 AUTONOMIA DO PACIENTE PELO PRISMA BIOÉTICO

A bioética apresenta-se enquanto um mecanismo para debate e resolução de conflitos éticos, dentre os quais se desacatam aqueles oriundos das relações dos profissionais da saúde e dos pacientes.

Para solucionar e esclarecer dilemas, a bioética frui de diversos mecanismos, como o emprego de princípios norteadores, os quais segundo a corrente doutrinária da bioética principialista de Beauchamp e Childress (2001) se fundamentam essencialmente em

Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna. São Paulo: Almedina, 2017, p.154.

quatro princípios basilares, quais sejam: respeito à autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

Tendo em vista a temática em debate, vale destacar que Beauchamp e Childress (2001) associam o princípio da autonomia com a noção de um autogoverno, em que a pessoa deve ser livre de toda contenção e interferência que o impossibilite de exercer sua vontade, conforme suas concepções particulares. Tal princípio é de suma importância no âmbito de saúde, uma vez que os procedimentos médicos e tratamentos representam uma grande ingerência no universo pessoal do paciente.

Tamanha importância do exercício da autonomia pelo paciente, que a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005) elencou formalmente a autonomia, a responsabilidade individual e o consentimento no seu rol de princípios.

Art. 6º: Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais. Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia.

Art. 7: Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstico e terapêutica só deve ser realizada como o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informações adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e pode ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS, 2005, p.6-7).

Neste sentido, a Resolução nº 1.805/2006⁶ do Conselho Federal de Medicina autoriza que o médico suspenda tratamentos meramente protelatórios.

⁶ RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006. (Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169).

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Destaca-se ainda, que o Código de Ética Médica⁷ atualmente em voga, veda expressamente seu texto a obstinação terapêutica e estabelece ser dever do médico oferecer todos os Cuidados Paliativos disponíveis.

É vedado ao médico:

Art. 41 Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único: Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. (CFM, 2010).

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) Cuidado Paliativo consiste em uma abordagem que promove a qualidade de vida dos pacientes e seus familiares, que enfrentam doenças que ameaçam a vida. Previne e alivia o sofrimento através da identificação precoce, avaliação correta e tratamento da dor e outros problemas, físicos, psicossociais ou espirituais.

O conceito de Cuidados Paliativos supramencionado vai diretamente ao encontro com os ensinamentos de Hipócrates, o qual prelecionava que a medicina possui três objetivos principais, quais sejam: aliviar o sofrimento do doente, diminuir a agressividade da doença e recusar fazer o tratamento nos quais a medicina reconhece que não pode contribuir, percebe-se que a perspectiva ética de

⁷ RESOLUÇÃO CFM Nº 1.931, DE 17 DE SETEMBRO DE 2009 – BRASÍLIA, 2010. 70 p.

Hipócrates se mostra extremamente arrojada ainda hoje e se relaciona intimamente com a ideia de ortotanásia, a qual consiste, na morte no tempo certo, sem abreviação nem prolongamento desproporcionais do processo de morte.

No Brasil ainda não existe uma norma legal destinada à regulamentação dos cuidados paliativos, tais procedimentos aparecem de forma espaçada em alguns diplomas legais e resoluções do CFM.

Nesta acepção destaca-se o art. 2 da resolução 1.805/2006 do CFM, a qual assevera que é direito do paciente continuar com tratamentos que visam aliviar os sintomas e sofrimentos oriundos da doença, mesmo que os procedimentos destinados ao prolongamento da vida sejam suspensos.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar. (CFM, 2006).

Portanto é evidente que a autonomia é tida como fundamento basilar na relação médico paciente e por isso deve ser respeitada em todos os âmbitos de tratamentos de saúde, inclusive em contexto de fim de vida do paciente que optar por suspender os procedimentos obstinados e fazer uso exclusivo de tratamentos paliativos.

4 AUTONOMIA DO IDOSO DIANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A multiplicidade de perspectivas ideológicas e culturais é perceptível no corpo social, sendo inteligível a unificação de concepções. Diante desta conjuntura, se faz necessária a ponderação da pluralidade de pensamentos ante as circunstâncias controversas com o prolongamento excessivo da vida por intermédio de métodos artificiais. Sendo assim, é preciso respeitar os valores e desejos individuais principalmente em contexto de fim de vida.

Neste sentido o princípio constitucional da autonomia visa assegurar a liberdade no campo do arbítrio pessoal, em que o indivíduo

capaz possui o direito de exercer seu poder de escolha diante de situações que afetam seu universo pessoal.

No Brasil, é dotada de plena capacidade civil toda pessoa a partir dos dezoito anos de idade, que não seja portador de deficiência intelectual, e que não tenha atitudes que obstaculizam sua tomada de decisão, este status jurídico proporciona a habilitação ao indivíduo para praticar livremente todos os atos da vida civil, conforme preleciona o artigo 5º do Código Civil de 2002.

A capacidade civil é presumida, portanto, para que uma pessoa seja considerada juridicamente incapaz é necessária uma sentença judicial atestando que o indivíduo se enquadra em uma das situações de incapacidade previstas em lei. Diante do exposto, o artigo 4 do CC/02 dispõe que:

São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos. (BRASIL, 2002).

Conforme supracitado a incapacidade civil de uma pessoa advém de adjetivos e circunstâncias individuais, sendo assim, não é juridicamente admissível que um grupo de pessoas maiores de dezoito anos sejam presumidamente consideradas enquanto incapazes por critérios que generalizam, como, por exemplo, idosos. Nesse sentido (FREITAS, 1859, p.120-122) preleciona:

Nesta esteira, visando coibir e minimizar circunstâncias que possam de alguma forma violar direitos dos idosos foi promulgado no dia 1º de Outubro de 2003 a Lei 10.741, conhecida como Estatuto do Idoso, cujos objetivos são “assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”.

Dos direitos assegurados pelo Estatuto do Idoso, entende-se que tal instrumento normativo traduz-se em importante mecanismo jurídico para assegurar os direitos dos idosos, mostrando-se enquanto importante progresso jurídico em relação a vulnerabilidade daqueles

indivíduos, inclusive no tocante aos cuidados com a saúde dos pacientes idosos.

Destaca-se em relação à temática em tela o artigo 17 do referido diploma legal, que ao asseverar que “ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável”. Tal dispositivo reforçar positivamente a autonomia do idoso no tocante a eleição dos procedimentos médicos ministrados a seu favor, entretanto aquele ainda resta insuficiente para minorar a propensão da distanásia destinada a pacientes idosos, devido ao contexto pejorativo da velhice, já mencionado, e além disto a lei em questão ainda apresenta falhas, como por exemplo em seu artigo 16 que assevera “acompanhante é um direito do paciente idoso internado ou em observação”, entretanto este dispositivo condiciona a efetivação de tal direito à adequação, pelo “órgão de saúde”, do espaço físico para a permanência do acompanhante em tempo integral, tal condicionante vulnerabilidade o idoso o deixando mais propenso a sobre obstinação terapêutica, já que por muitas vezes o idoso necessita de que sua voz seja expressada por seu acompanhante para que possa ser de fato escutado e atendido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A morte é algo comum, natural e inevitável, que todos os seres vivos estão sujeitos. Mesmo sendo uma certeza, com o advindo das novas tecnologias tornou-se cada vez mais comum as tentativas de adiamento do óbito do paciente.

A busca incessante pelo prolongamento da vida, pode se desdobrar em um cenário de dor e sofrimento para o paciente e seus entes para haja a simples manutenção das funções vitais do indivíduo enfermo, ocorrendo assim à distanásia.

Haja vista que atualmente o conceito de vida, abarca a percepção de dignidade da pessoa no viver, o bem-estar do paciente deve ser considerado no momento de eleição de procedimento médicos e conforme o ditame legal em voga cabe ao paciente a liberdade de decisão acerca das nuances de seu tratamento de saúde.

Ocorre que o contexto social do Brasil propicia a violação da autonomia do paciente e a prática da obstinação terapêutica. Os idosos em contexto de fim de vida, sobretudo, são particularmente mais vulneráveis, por estarem em uma condição socialmente desfavorecida, pela existência de uma percepção cultural arraigada de desvalorização da capacidade das pessoas mais velhas em tomar decisões.

Desta forma, infere-se ser necessária uma maximização dos debates acerca dos direitos dos pacientes idosos, bem como uma mudança dos paradigmas presentes na relação médico e paciente, para que no tratamento de paciente idoso acometido por doença incurável a autonomia e dignidade daquele seja respeitada e não haja obstinação terapêutica.

REFERÊNCIAS

BARBAS, Stela; OLIVEIRA, Maria Zeneida Puga Barbosa Oliveira. **Autonomia do idoso e distanásia**. In: Revista Bioética (Impr.). 2013; 21 (2): 328-37.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm> Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. Estatuto do idoso: lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS / 2003/L10.741.htm>, Acesso em: 09 ago. 2019.

_____. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002 /1104 06.htm. Acesso em: 07 Março 2019

BEAUCHAMP, T.L, CHILDRESS, J.F. Principles of Biomedical Ethics. 5th ed. Oxford University Press; 2001. 58-59 p.

CAETANO, L. M. O Idoso e a Atividade Física. Horizonte: Revista de Educação, v. 11, n. 124, p. 20-28, 2006. Disponível em: <www.interscienceplace.org>. Acesso em: 9 jul. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica**: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.70p.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006.**

Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169. Disponível em:
http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em:
26 ago. 2019.

DADALTO, Luciana. SAVOI, Cristiana. Distanásia: entre o real e o ideal. In:
DADALTO, Luciana; GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão.
Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna. São Paulo:
Almedina, 2017, p.154.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo demográfico
2010. Rio de Janeiro: IBGE, Agosto 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Diretrizes Para O Cuidado Das Pessoas Idosas no
SUS: Proposta De Modelo De Atenção Integral.* XXX Congresso Nacional De
Secretarias Municipais De Saúde. Maio. 2014. Disponível em
<[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_cuidado_pessoa_idosa_sus
.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_cuidado_pessoa_idosa_sus.pdf)>. Acesso em 20 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Setembro de 2016. Disponível em:
<https://www.paho.org/bra/index.php?option=comcontent&view=article&id=5254:discriminacao-e-atitudes-negativas-sobre-o-envelhecimento-saoruins-para-a-saude&Itemid=820>. Acesso em 10 de Agosto de 2019.

SERTÃO, R, L. C. **A distância e a dignidade do paciente.** Rio de Janeiro: Estante
Virtual, 2005.

SHEPHARD. R.J. **Envelhecimento, atividade física e saúde.** São Paulo: Phorte,
2003.

CUIDADOS COM A APÓLICE NO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

CLAYTON REIS¹

GUILHERME ALBERGE REIS²

1 INTRODUÇÃO

Segundo dados do CNJ, em 2017 foram ajuizados no Brasil ao menos 26 mil processos judiciais relativos a erro médico, equivalendo a 3 novas demandas por hora³.

O Prof. Miguel Kfourir, citando um estudo da Universidade John Hopkins, afirma que “nos EUA, o erro médico é a 3ª maior causa de morte, representando 250 mil mortes por ano, ficando atrás somente de câncer e doenças cardíacas”⁴. Tais dados demonstram que, cada vez mais, há exposição de médicos a riscos patrimoniais decorrentes de erros profissionais, que podem ser mitigados com a contratação de seguros.

¹ Pós-doutor em Responsabilidade Civil pela Universidade de Lisboa, Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Advogado, magistrado aposentado do TJPR, e Professor do doutorado e do mestrado no Unicuritiba e da graduação na Universidade Tuiuti do Paraná.

² Advogado. Bacharel em Direito e Relações Internacionais pelo Unicuritiba. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar e Direito Empresarial pelas Faculdades da Indústria.

³ Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/09/19/com-3-aco-es-de-erro-medico-por-hora-brasil-ve-crescer-polemico-mercado-de-seguros.ghtml>>. Acesso em 09/09/2019.

⁴ KFOURI Neto, Miguel. Responsabilidade Civil Médica. 10 ed. São Paulo: RT, 2018. p. 2.

É comum que o profissional diligente pense não ser possível que uma condenação por culpa grave (nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia) possa atingi-lo. Pensam unicamente nos casos mais pitorescos de responsabilidade civil médica como, por exemplo, situações em que o braço direito é operado ao invés do esquerdo; o esquecimento de materiais cirúrgicos no corpo do paciente, ocasionando infecções; ou mesmo quando uma paciente pretende operar uma fimose e sai vasectomizado. Contudo, é certo que o ser humano é falível, de maneira que todos estão sujeitos a erros.

Há também os casos, no universo da responsabilidade civil médica, em que não se atinge o resultado esperado pelo paciente, mormente em procedimentos/cirurgias com fins meramente estéticos, o que, dependendo da situação, também atrai o dever de indenizar.

Embora por razões relacionadas à cultura jurídica de cada país, o seguro de responsabilidade civil médica (*medical malpractice insurance*) encontre terreno mais fértil nos Estados Unidos, também no Brasil vem crescendo o número de profissionais segurados. Tanto assim que, segundo dados da SUSEP⁵, de janeiro a julho de 2019, foram pagos 214 milhões de reais em prêmios para contratação de seguros de responsabilidade civil profissional (abrangendo médicos, dentistas, veterinários, advogados, dentre outros profissionais liberais). Apesar da crise, este crescimento no mercado nacional de seguros profissionais é fruto de um aumento proporcional nas demandas judiciais sobre o tema.

Por evidente, em razão da existência de júris cíveis nos Estados Unidos e também por conta de indenizações que possuem não apenas um caráter compensatório, como soe ocorrer no Brasil, mas também punitivo, as indenizações são infinitamente maiores no país norte-americano.

Ainda assim, em território nacional, o médico estaria sujeito a uma indenização que poderia abranger danos materiais (englobando-se aí lucros cessantes, danos emergentes e pensão), estéticos e morais, sendo pacífica a sua possibilidade de cumulação.

⁵ Disponível em http://www2.susep.gov.br/menuestatistica/SES/resp_premiosesinistros.aspx. Acesso em 09/09/2019.

Portanto, no momento da contratação deste seguro, o médico deve entender os requisitos legais mínimos para sua responsabilização, assim como as distintas verbas indenizatórias a que estaria sujeito em caso de condenação, até porque, conforme veremos, as companhias de seguro têm obtido êxito quando impõem a limitação das apólices a cada modalidade de indenização. É imprescindível que os profissionais estejam atentos ao contrato de seguro para que não se vejam desamparados em uma indesejada exposição a risco judicial.

Nessa linha de raciocínio, não objetivamos esmiuçar o contrato de seguro de responsabilidade civil médica, estabelecendo unicamente parâmetros mínimos para uma melhor negociação da cobertura e avaliação dos riscos profissionais envolvidos.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

O profissional médico está cada vez mais sujeito à responsabilização civil por atos que decorrem de sua atuação. Embora seja inequívoco que esta ciência se sujeite a fatores imprevisíveis e imponderáveis, como a peculiaridade das reações do organismo de distintos pacientes, há também situações nas quais fica evidenciada a culpa ou o desvio de conduta do profissional.

Culpa é um gênero composto por três distintas espécies, com tênues distinções para o olhar desatento: negligência, imprudência ou imperícia. Por negligência entendemos um comportamento omissivo (“descuido”) que seria comumente esperado diante de uma situação específica, como quando um médico, diante de um paciente com quadro infeccioso grave, deixa de pedir exames adicionais para diagnosticar qual agente bacteriológico acometeu seu organismo, levando, destarte, à ausência de um tratamento adequado. A imprudência, por sua vez, é caracterizada por um comportamento sem a cautela esperada (falta de cuidado): um caso típico seria a realização de uma grave cirurgia cardíaca sem o necessário acompanhamento de um profissional de outra área, como um anestesista. Por fim, a imperícia médica restaria configurada nos casos em que ocorre a ausência de um conhecimento científico que seria esperado que o

profissional tivesse ou ainda quando uma atividade é exercida sem o conhecimento técnico indicado para a área de atuação.

Caso se demonstre em juízo que o médico agiu com culpa, em qualquer de suas modalidades, e que há nexo de causalidade entre esta conduta culposa e um dano de qualquer natureza no paciente, emanará o dever de indenizar. Em razão dessas circunstâncias, há quem afirme que a atuação do profissional médico estaria até mesmo comprometida:

Não existe no momento, no mundo inteiro, outra atividade mais vulnerável que a medicina, chegando a ser uma das mais difíceis de se exercer sob o ponto de vista legal. Já se disse até, com certa razão, que a profissão médica estaria ameaçada pelo risco dos pleitos demandados pelos pacientes⁶.

Embora seja inequívoca a exposição a riscos profissionais, não há motivos para se pensar que a atividade dos médicos esteja ameaçada. Isso porque sua responsabilidade, qualquer que seja o enfoque, mesmo sob o ponto de vista do Código de Defesa do Consumidor⁷, será sempre subjetiva, isso é, caberá ao autor da ação demonstrar por meio de provas cabais (exames, perícia técnica, pareceres de outros médicos, dentre outras) que o médico incorreu em alguma modalidade de culpa. Isso ocorre porque, via de regra, a responsabilidade dos profissionais liberais, mesmo os médicos, é de meio, e não de resultado, ou seja, há um comprometimento para que seja empregada a melhor técnica para resolução do problema apresentado pelo paciente, sem que haja vinculação com o resultado esperado (cura).

Um erro muito comum, mesmo entre advogados e operadores do Direito, é presumir que a responsabilidade de cirurgiões plásticos ou dermatologistas em procedimentos meramente estéticos seria objetiva, ou seja, que independeria de culpa, bastando a prova do dano e do nexo de causalidade.

⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 219.

⁷ Art. 14. (...)

§4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Entretanto, tal interpretação está equivocada. É certo que, à luz da doutrina e jurisprudência majoritárias, a responsabilidade do médico em procedimentos meramente estéticos será de resultado (ou então, de fim), isso porque o paciente efetivamente contrata e espera uma melhora em sua aparência. Mesmo nesses casos, deverá restar configurada a culpa (responsabilidade subjetiva) – a diferença é que haverá uma presunção de culpa do profissional, o que significa que caberá a ele demonstrar que não incorreu em conduta culposa. Essa distinção entre obrigações de meio e de resultado é melhor elucidada pela doutrina:

(...) Na obrigação de resultado, em que promete uma modificação para melhor no paciente e um efeito final, responderá também subjetivamente, mas sua culpa será presumida. (...)

Enquanto na atividade tradicional o médico oferece serviços de atendimento através de meios corretos eficazes, comprometendo-se a proporcionar a seu paciente todo o esforço, dedicação e técnicas, sem contudo, comprometer-se com a cura efetiva, na atividade de cirurgião estético, o médico contrata um resultado previsto, antecipado e anunciado. Não ocorrendo este, salvo nas intercorrências e episódios que atuem como elidentes de sua responsabilidade, cabe exigir-lhe o adimplemento da obrigação de resultado assumida⁸.

A questão é praticamente pacífica no âmbito de nossas Cortes Superiores, analisada com maior profundidade pela Ministra Nancy Andrighi (STJ – Informativo de Jurisprudência n. 443 – 16 a 20 de agosto de 2010):

CIRURGIA ESTÉTICA. INDENIZAÇÃO. QUELOIDES.

Trata-se, na origem, de ação de indenização por danos morais e estéticos, ajuizada pela ora recorrente contra o recorrido, na qual alega que foi submetida a uma cirurgia estética (mamoplastia de aumento e lipoaspiração), que resultou em grandes lesões proliferativas - formadas por tecidos de cicatrização - nos locais em que ocorreram os cortes da operação. Ora, **o fato de a obrigação ser de resultado, como o caso de cirurgia plástica de cunho exclusivamente embelezador, não torna objetiva a responsabilidade do médico**, ao contrário do que alega a recorrente. **Permanece subjetiva a responsabilidade do profissional de Medicina, mas se transfere para o médico o ônus de demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores alheios**

⁸ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 743 e 745.

à sua atuação durante a cirurgia. Assim, conforme o acórdão recorrido, o laudo pericial é suficientemente seguro para afirmar a ausência de qualquer negligência do cirurgião. Ele não poderia prever ou evitar as intercorrências registradas no processo de cicatrização da recorrente. Assim, não é possível pretender imputar ao recorrido a responsabilidade pelo surgimento de um evento absolutamente casual, para o qual não contribuiu. A formação do chamado queiloide decorreu de característica pessoal da recorrente, e não da má atuação do recorrido. Ademais, ao obter da recorrente, por escrito, o termo de consentimento, no qual explica todo o procedimento, informando-lhe sobre os possíveis riscos e complicações pós-cirúrgicos, o recorrido agiu com honestidade, cautela e segurança. Logo, a Turma negou provimento ao recurso. REsp 1.180.815-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/8/2010.

Destaca-se que, caso se trate de cirurgia plástica com caráter reparador (e não meramente estético), estaremos diante de obrigação de meio. Por consequência, caberá, assim, ao médico, mesmo quando se tratar de obrigação de resultado, demonstrar que o prejuízo ocorreu não por culpa sua, mas por uma reação adversa decorrente do organismo do paciente ou mesmo em razão da ausência de observância a recomendações pós-operatórias ou procedimentais ditas pelo médico ao paciente:

Se o erro só pode ser estimado pelo resultado, o médico só deve responder pelo que depende exclusivamente dele e não da resposta do organismo do paciente. Neste ponto há uma sabedoria da nossa Justiça, que estabelece o contrato médico/paciente como meio e não de fim. Dessa maneira, salvaguarda o médico de responsabilidade pelo que não deu certo por causa do paciente, seja pelo que ele não fez como lhe foi prescrito, seja pelo fato de o seu organismo não ter reagido como se poderia esperar⁹.

Assim, nos dizeres de um dos coautores deste artigo,

⁹ MORAES, Irany Novah . Erro Médico e a Lei. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 225.

A falta da efetiva participação culposa do médico na produção do evento lesivo, bem como a não demonstrada relação de causalidade entre a lesão e a atitude do facultativo, é causa exonerativa da responsabilidade civil¹⁰.

Dessa forma, após breve exposição quanto à responsabilidade civil médica, caberá analisar o que ocorrerá caso reste demonstrada a culpa do profissional, ou seja, quais serão as verbas indenizatórias às quais ele será condenado, para que se mostre possível negociar a apólice do contrato de seguro conforme as necessidades em cada área de atuação.

3 VERBAS INDENIZATÓRIAS

Uma única condenação por erro médico poderá resultar em uma multiplicidade de verbas indenizatórias, todas perfeitamente cumuláveis. Assim, de um procedimento estético que vise ao preenchimento dos lábios de um paciente, mas resulte em uma cicatriz incorrigível, emanará indenização por danos materiais (valor pago pelo procedimento e demais despesas que tenham nexo de causalidade comprovado com o fato, como a compra de medicamentos), estéticos (ocasionados pelo enfeamento da aparência da vítima), morais (abalos de ordem íntima/psicológica) e ainda eventuais danos futuros (tratamento para minimizar os efeitos negativos). Caso esta cicatriz seja produzida em uma modelo, que viva de sua aparência, e restar demonstrado que ela efetivamente perdeu trabalhos em razão desta situação, serão devidos, ainda, lucros cessantes (o que a vítima deixou de ganhar). De toda sorte, a conceituação de cada um dos danos facilitará sua identificação conforme o caso concreto.

Como já adiantado, o dano estético, uma espécie de dano extrapatrimonial, ocasiona uma piora na aparência de uma pessoa. Este “enfeamento”¹¹ pode se dar em partes do corpo expostas ou não, contanto que seja permanente. Trata-se de uma dor interior gerada em

¹⁰ REIS, Clayton. Os Danos Morais Decorrentes da Atividade do Médico. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 244.

¹¹ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O Dano Estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 18.

razão dessas marcas – sua quantificação envolve enorme grau de subjetividade, já que levará em consideração individualmente cada situação fática – a compensação será diretamente proporcional ao dano ocasionado, ou seja, quanto mais visível e identificável a piora estética, maior será a indenização. Embora se trate de uma dor interior, que afeta a honra subjetiva (ou seja, que ocasiona um sentimento de vergonha) de alguém, é pacífico o entendimento que há cumulação entre danos estéticos e morais¹². Miguel Kfourri bem diferencia essas modalidades de danos:

O primeiro – dano estético – está voltado para fora, vulnera o corpo, atinge, desfigura a silhueta, a beleza e a plástica, corresponde ao patrimônio da aparência.

O segundo – dano moral – é intrínseco, está voltado para dentro, afeta os sentimentos, macera a alma, penetra os domínios da emoção, incorpora-se ao psiquismo, integra a essência do ser: constitui o acervo da consciência¹³.

O conceito que conferimos ao instituto do dano moral, presente em nosso livro homônimo, é aquele

causado por uma ofensa que atinja um patrimônio imaterial da vítima, desvinculado de qualquer expressão econômica imediata, podendo ter reflexos íntimos consistentes em dor, humilhação, tristeza, vergonha e sentimentos afins, ou externos, prejudicando a boa fama ou reputação¹⁴.

A exemplo do que ocorre nos danos estéticos no momento de quantificar o valor a ser conferido à vítima a título de compensação, a indenização por danos morais envolve um caráter de grande subjetividade – deve-se levar em consideração as condições econômicas de ambas as partes, o grau de culpabilidade do ofensor e, ao mesmo tempo, a proporcionalidade ao prejuízo sofrido pela vítima.

¹² Súmula 387/STJ. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

¹³ KFOURI Neto, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 115 e 270.

¹⁴ REIS, Clayton. Dano Moral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 126.

Diferentemente do que ocorre nos danos morais e estéticos, os danos materiais, subdivididos em emergentes e lucros cessantes, devem ser devidamente quantificados pela vítima que os pleiteia. Consoante definição legal, prevista no art. 402 do Código Civil, os danos emergentes são o que a vítima “efetivamente perdeu”, ao passo que os lucros cessantes são entendidos como o que “razoavelmente deixou de lucrar”.

Nessa situação, não há qualquer grau de subjetividade em seu arbitramento, a menos que ocorra o falecimento da vítima e, caso devido pensionamento a seus familiares, a renda não seja demonstrada, quando será arbitrado levando em consideração o salário mínimo¹⁵. Assim, quanto aos danos materiais, inexistindo prova de sua ocorrência, em regra não há condenação. Quanto ao tema, assim se manifesta a doutrina:

O ato ilícito pode produzir não apenas efeitos diretos e imediatos no patrimônio da vítima (dano emergente), mas também mediatos ou futuros, reduzindo consequência futura de um fato já ocorrido. Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado. Nesse sentido a magistral lição de Aguiar Dias: “Em regra, os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio atual, cuja diminuição ele acarreta. Pode suceder, contudo, que esses efeitos se produzam em relação ao futuro, impedido ou diminuindo o benefício patrimonial a ser deferido à vítima. Ai estão identificados o dano positivo ou *dammum emergens* e o lucro frustrado ou *lucrum cessans*. As duas modalidades do dano podem, todavia, coincidir, assim como podem ocorrer distinta e insuladamente, conforme o caso concreto” (Da responsabilidade civil, Forense, 5. Ed., 1973, v. II, p. 347).¹⁶

¹⁵ (...) 6. Quanto ao cabimento do pensionamento, verifica-se que o acórdão julgou a questão de acordo com a jurisprudência desta Corte, a qual se firmou no sentido de que a pensão deve ser arbitrada com base na remuneração percebida pela vítima à época do acidente; e, quando não houver comprovação da atividade laboral, será fixada em um salário mínimo, o que não é o caso dos autos. (...) (AgInt no AREsp 1491263/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2019, DJe 22/08/2019).

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 95.

No caso de pensão por morte, ela será devida ao cônjuge sobrevivente, até a expectativa de vida da vítima ou até que contraia novas núpcias, e a seus filhos até os 25 anos caso estejam matriculados em curso superior. Via de regra, deve ser demonstrada a dependência econômica para que seja devido o pensionamento (porém, em famílias de baixa renda esta dependência é presumida). Em resumo, caso o paciente venha a falecer em razão de um erro médico, emanam as seguintes obrigações:

Ocorrendo a morte da vítima, a indenização consistirá no pagamento das despesas com o tratamento, funeral e luto da família (danos emergentes), bem como prestação de pensão às pessoas a quem o de cujus devia alimentos (lucro cessante), consoante o art. 948 do Código Civil. As despesas com tratamento médico-hospitalar deverão ser comprovadas por documentos idôneos.

As verbas indenizatórias previstas nos incisos I e II deste art. 948 não são *numerus clausus*; a expressão “sem excluir outras reparações” constante da parte final do caput, repita-se, permite a inclusão de outras verbas reparatórias de natureza patrimonial ou moral, decorrentes da morte da vítima.¹⁷

Há, ainda, outras modalidades de danos verificadas com menos frequência na responsabilidade civil médica, mas que também podem se apresentar, como a perda de uma chance, que ocorre quando a vítima perde uma oportunidade de realizar algo concreto, um evento com alguma probabilidade de certeza (em razão do erro médico, a vítima perdeu a prova do vestibular).

Destaca-se, por fim, que quando o valor da indenização for arbitrado, sofrerá ainda a incidência juros de mora e correção monetária, os chamados “consectários legais”. A data de início da contagem irá variar conforme se trate de responsabilidade contratual ou extracontratual (como em um acidente de trânsito).

É relevante delimitar que, como eventual responsabilidade por erro médico é contratual, já que decorre de um contrato entre o profissional e seu paciente, nos termos do art. 405 do Código Civil, os juros de mora de 1% ao mês passarão a correr a partir da citação, ao passo que a correção monetária incidente sobre os danos morais

¹⁷ *Ibidem*. p. 160.

passarão a correr a partir do seu arbitramento¹⁸ (conta-se da data da decisão que o instituiu), em índice que será definido pelo julgador.

Em regra, assim, especialidades responsáveis diretamente pela vida do paciente (anestesiologistas e cirurgiões de um modo geral) são suscetíveis a indenizações maiores (por, potencialmente, poderem levar mais facilmente à morte), ao passo que especialidades como a dermatologia e a psiquiatria, embora também sujeitas, têm potenciais de condenação menores que a de seus pares¹⁹. A possibilidade de indenizações maiores conforme a especialidade gerará, assim, um risco proporcionalmente maior, o que faz com que os prêmios pagos pelos médicos às seguradoras sejam por consequência maiores.

4 ASPECTOS GERAIS DOS CONTRATOS DE SEGURO E O CARÁTER COMPLESSIVO DAS VERBAS SECURITÁRIAS

Por meio do contrato de seguro, o médico pagará um prêmio e, conforme o caso, após um período de carência, estará coberto caso seja demandado por erro médico atribuído a si. Como já destacado, as seguradoras estimam o risco de cada ramo da medicina, fazendo com que o prêmio seja maior para especialidades mais críticas.

Previamente à contratação do seguro, é imprescindível que o médico fique atento, sobretudo, ao limite máximo indenizável (ou limite máximo de garantia).

Se houver uma previsão genérica de limite máximo indenizável, sem a distinção entre a natureza das verbas indenizatórias, em caso de sinistro a seguradora cobrirá a soma da condenação, desde que não ultrapasse a apólice. Assim, suponhamos que o limite máximo seja de setecentos mil reais e houve condenação do médico ao pagamento de cem mil reais a título de danos morais, trinta mil por danos estéticos e vinte mil por danos materiais. A soma dessas indenizações seria de cento e cinquenta mil reais, integralmente cobertos pela seguradora, já que os valores previstos

¹⁸ Súmula 362/STJ. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

¹⁹ KFOURI, op. cit. p. 5.

encontram-se dentro do limite máximo indenizável, estipulado genericamente.

Entretanto, a maioria dos contratos de seguro têm previsto, em suas apólices, o limite máximo indenizável subdividido por espécie de dano. O segurado desatento, assim, ficaria satisfeito ao pensar que estaria coberto por uma indenização de até setecentos mil reais para danos corporais. Contudo, deixa de perceber que o limite para danos morais é de apenas trinta mil reais.

Por que isso é importante? Porque em casos de falecimento do paciente, nos quais inúmeras pessoas poderiam postular indenizações por danos morais (esposa, filhos, pais, irmãos), o valor do ressarcimento tende a ultrapassar facilmente este patamar de trinta mil reais, ao passo que a indenização por danos corporais ficaria muito aquém do limite máximo. Diante desta situação, surgiria a seguinte indagação: seria possível que a indenização por danos morais seja suportada pelo limite máximo previsto na apólice a título de danos corporais, em um caráter complessivo (somatório) dos limites previstos? Ainda não há uma resposta definitiva do Judiciário para este tema, razão pela qual a cautela deve ser redobrada na negociação.

Não há dúvidas que, nos termos do art. 423/CC, “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Como se não bastasse, a liberdade contratual deve atingir a função social do contrato (art. 421/CC), sendo as partes obrigadas a guardar os princípios de probidade e boa-fé (art. 422/CC). Há um sistema de proteção duplo, tanto sob o enfoque da legislação consumerista quanto do Código Civil:

Nunca se contratou tantos tipos de seguros no país, e a cada dia surgem novos modelos de coberturas – de modo a suprirem toda sorte de necessidade ou interesse do cidadão consumidor. As cláusulas, segundo a inteligência do art. 47 do CDC, devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. De igual entendimento o art. 423 do CC/2002 estatuiu que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

A falha redacional, mesmo em tal situação paritária na qual não existe desequilíbrio de forças – segurado e seguradora – favorece o segurado, nos termos do art. 423 do CC/2002, uma vez que é da essência da

atividade seguradora a preparação de clausulados claros, precisos e objetivos.²⁰

Em nosso entender, a razão para que a seguradora faça distinção entre as modalidades de dano é clara: furtar-se ao cumprimento de sua obrigação. Por evidente que ao prever um limite altíssimo para algumas coberturas – que, via de regra, não tem potencial para ser atingido em caso de condenação – e desproporcionalmente baixo para outras, que facilmente atingem patamares que extrapolam tais limites, a seguradora induz o consumidor em erro e, inclusive, cobra um prêmio proporcionalmente maior.

Não se trata aqui, de negar vigência à liberdade contratual, mas de reconhecer que jamais poderá prevalecer a escancarada má-fé em nosso ordenamento jurídico, com a necessidade de que o equilíbrio de forças seja restabelecido. As cláusulas que limitam a cobertura securitária devem ser redigidas em máximo destaque, sob pena de nulidade:

[...] o consumidor segurado é um leigo, que, normalmente, não tem acesso à linguagem técnica dominada pelos profissionais do mercado securitário. A falta de detalhamento e especificação adequados à linguagem comum não pode, por isso, prejudicar o segurado, já que configurará infração do dever de informar imposto ao fornecedor (CDC. art.6º, III). Cláusulas, portanto, de sentido dúbio ou de alcance restritivo não perceptível pelo segurado tornam-se “cláusulas abusivas” e, por conseguinte, não eficazes.²¹

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é tendente a considerar as verbas indenizatórias previstas no contrato de seguro de maneira independente, ou seja, se possuírem previsões distintas para danos morais e danos corporais ainda que não se atinja o teto de um

²⁰ TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. Obrigações e contratos: serviços e circulação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção doutrinas essenciais; v.6. p.850.

²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 8 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2013.p. 402.

deles, não se admite que as indenizações sejam somadas, ou seja, que tenham caráter compressivo²².

Há casos em que a seguradora vai além, excluindo da cobertura a indenização por danos morais. Nessas hipóteses, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido como lícita a exclusão²³.

Entretanto, como expusemos acima, discordamos do posicionamento que autoriza que a seguradora se limite a ressarcir nos limites da apólice que contenha cobertura específica para danos morais, excluindo-se os danos corporais. Para suportar nosso entendimento, citamos alguns trechos de um voto proferido pelo Des. Domingos Peretto, do Tribunal de Justiça do Paraná:

Deve-se ter em mente, ademais, que o ordenamento jurídico pátrio prevê a reparação civil tão somente para duas espécies de danos, quais sejam, a lesão patrimonial (dano material) e a lesão extrapatrimonial (danos morais e estéticos), de modo que, ao se estipular no contrato de seguro previsão de indenização para dano corporal, necessariamente este deve ser enquadrado como lesão de tais naturezas, a permitir, em sua plenitude, mormente em demandas secundárias, a devida contraprestação por parte da seguradora. Pois, conceber a existência de um dano autônomo, diverso do patrimonial e do extrapatrimonial, como buscam as seguradoras apenas em benefício próprio, seria praticamente afastar a possibilidade de indenização por danos corporais na via judicial, em detrimento do consumidor. (...)

Não se pode, portanto, imaginar o dano corporal como dano autônomo, patrimonial específico, incapaz de englobar a lesão de esfera psicológica, porque torna o contrato excessivamente oneroso, em decorrência da nefasta desproporção entre as coberturas contratadas e o prêmio adimplido²⁴.

²² Súmula 402/STJ. O contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão.

²³ (...) 4. A apólice de seguro contra danos corporais pode excluir da cobertura tanto o dano moral quanto o dano estético, desde que o faça de maneira expressa e individualizada para cada uma dessas modalidades de dano extrapatrimonial, sendo descabida a pretensão da seguradora de estender tacitamente a exclusão de cobertura manifestada em relação ao dano moral para o dano estético, ou vice-versa, ante a nítida distinção existente entre as rubricas. (...)

(REsp 1408908/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 19/12/2013).

²⁴ TJPR - 9ª C.Cível - 0002058-97.2009.8.16.0079 - Dois Vizinhos - Rel.: Domingos José Peretto - J. 22.11.2018.

O que observamos é, que, na prática, as seguradoras criam modalidades de danos que não são previstas pela legislação, subdividindo-os ao máximo para dificultar o enquadramento das verbas condenatórias. Como afirmado no precedente trazido acima, havia na apólice distinção entre danos corporais e morais – o Magistrado entendeu que nosso ordenamento jurídico prevê apenas duas modalidades principais de danos: extrapatrimoniais (compreendidos aí estético e moral) e patrimoniais, e que, no momento em que a seguradora buscou distinguir danos corporais de morais, o fez fundamentando-se em conceitos indeterminados.

Existe até mesmo uma imprecisão teórica quanto ao que poderia ser enquadrado como “dano corporal” – as seguradoras entendem que se trata de garantia de pagamento de despesas médico-hospitalares da vítima. Contudo, neste caso, estaríamos diante de hipótese clássica de danos materiais, o que demonstra que a confusão ocasionada pela imprecisão terminológica é proposital – lamentavelmente, algumas Cortes têm chancelado esta nítida má-fé, muito embora não exista um conceito legal para “dano corporal”.

Enquanto não houver entendimento consolidado sobre o caráter complessivo ou não das indenizações securitárias, recomenda-se cautela na negociação das apólices – não necessariamente um prêmio maior significará um seguro com maiores coberturas. Mesmo que haja uma cobertura substancial para determinado dano (como em caso de danos corporais, por exemplo), cabe ao médico perquirir se aquela indenização atende aos riscos a que se expõe diariamente. Caso a apólice expressamente exclua danos morais ou estéticos, a contratação sequer merece ser considerada.

No momento da negociação do seguro, então, deve-se estar atento ao limite máximo indenizatório para cada modalidade de dano. Especialidades mais sujeitas à produção de danos estéticos no paciente, como dermatologistas e cirurgiões plásticos, devem buscar uma maior cobertura nesse sentido.

5 CONCLUSÃO

Através deste artigo, expusemos que o número de demandas judiciais por erro médico tem aumentado ano a ano, o que faz com que

as seguradoras encontrem terreno fértil para comercialização de seguros de responsabilidade civil médico-profissional. Entretanto, previamente à escolha do seguro pelo médico, é necessário que se tenha compreensão de elementos básicos de responsabilidade civil profissional, assim como quais verbas indenizatórias emergiriam de uma eventual condenação.

Nesta linha de intelecção, vimos que para caracterizar responsabilização do profissional por erro médico, é imprescindível que seja demonstrada sua culpa (nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia). Mesmo quando for realizado um procedimento meramente estético no paciente e a obrigação for de resultado, a responsabilidade continua sendo subjetiva – a diferença é que há uma presunção de culpa, transferindo ao médico o ônus de demonstrar que o resultado não desejado foi produzido em razão de reações peculiares do organismo do paciente ou então pelo desatendimento de orientações pós-procedimentais.

Caso se verifique a demonstração de culpa por parte do médico, podem emanar diversas verbas indenizatórias, todas perfeitamente cumuláveis. Haverá, então, dois gêneros de danos: os materiais e os extrapatrimoniais.

Os danos materiais, em regra, devem ser demonstrados e devidamente quantificados para que possam ser pleiteados, e são divididos entre danos emergentes, lucros cessantes e pensionamento. Os danos extrapatrimoniais, por sua vez, que compreendem danos estéticos e morais, em linhas gerais independem de demonstração e decorrem do próprio fato – sua quantificação se dará ao arbítrio do julgador, que deverá obedecer a critérios como a capacidade econômica das partes, o grau de culpabilidade do ofensor e a extensão/gravidade do dano.

As seguradoras, em regra, têm estipulado o limite máximo de cobertura de maneira individualizada para cada modalidade de dano. Em nosso entendimento, tais cláusulas são impostas com a nítida intenção de causar confusão no momento do enquadramento da cobertura securitária em caso de sinistro, o que denota má-fé e deve ser coibido. Entretanto, como ainda não há um entendimento consolidado no âmbito dos tribunais acerca da possibilidade de, se um dos limites de cobertura não for atingido, automaticamente crescer

aos demais – o chamado caráter complessivo –, recomenda-se cautela.

Em vista disso, cada especialidade médica estará, conforme a extensão de sua atuação, mais ou menos sujeita a cada uma dessas modalidades de dano. Um cirurgião cardíaco estaria mais sujeito a uma indenização por danos morais (em razão de um indesejado falecimento de seu paciente) do que estéticos. Por outro lado, um dermatologista, potencialmente estaria sujeito a uma indenização por danos morais menor, em razão de dificilmente se verificar o óbito de um paciente por algum fator relacionado à sua culpa, mas deveria estar atento ao valor coberto na apólice por danos estéticos.

O recomendável, do ponto de vista do médico, é que seja negociado com a seguradora um montante de cobertura global, que abarcará toda e qualquer modalidade de dano – como não há como prever a extensão de danos morais, estéticos ou materiais, seria a melhor forma de conferir segurança à relação, com a determinação exata do que seria coberto pela indenização securitária em caso de condenação por erro médico.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica**. Curitiba: Juruá, 2002.

KFOURI Neto, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. **O Dano Estético**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

REIS, Clayton. **Os Danos Morais Decorrentes da Atividade do Médico**. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos: serviços e circulação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção doutrinas essenciais; v.6. p.850.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012. Coleção direito civil; v.4.

CONSIDERAÇÕES LEGAIS EM RELAÇÃO A RECUSA E ABANDONO DE TRATAMENTO EM DECORRÊNCIA DA VONTADE DO PACIENTE

TERTIUS C. M. REBELO¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na última década, a intensificação dos debates sobre os limites da autonomia/autodeterminação do paciente é evento muito presente nas discussões de Bioética nas comunidades jurídicas e médicas, principalmente nos Conselhos de Medicina. Prova disso são os dispositivos do Código de Ética Médica (CEM), em vigor desde 2010 e no novo Código de ética Médica em vigência desde de 30 de abril de 2019.

¹ Advogado formado pela Universidade Potiguar em 2001, pós-graduando do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Saúde, pós-graduado em Direito Civil e Empresarial. Sócio do Escritório André Elali Advogados; Membro da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde do Conselho Federal da OAB de 2016/2019; Membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/RN; Membro da Comissão de Direito Médico e da Saúde da ABA - Associação Brasileira de Advogados (RN); Membro da Comitê Executivo de Demandas da Saúde do TJRN de 2016/2019; Membro da Comissão de Revisão do Código de Ética Médica no RN; Membro da World Association for Medical Law; Conselheiro da Associação dos Advogados do RN - AARN; Professor convidado do curso de Medica da UFRN - Aulas sobre Direito Médico e Bioética; Professor convidado do curso de Medica da Universidade Potiguar/RN - Aulas sobre Direito Médico e Bioética; Conferencista/Palestrante sobre Direito Médico, Direito da Saúde e Bioética.

Lattes:

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?metodo=apresentar&id=K4235113Z8>

Apesar dos todos os avanços no campo da Bioética, são inúmeros os casos relacionados com a autonomia do paciente nos quais o médico não consegue determinar, com um mínimo de segurança ético-jurídica, a melhor tomada de decisão prática e, além disso, como fazer isso de forma juridicamente segura e realizando um bom gerenciamento de riscos.

É notório que estamos em terreno delicado em razão da ocorrência de muitas situações peculiares, que só podem ser decididas diante do caso concreto, na visão prospectiva do ato médico. Contudo, é aconselhável um mínimo de direcionamento na conduta do médico, sob pena de se inviabilizar a prática médica, haja vista as infundáveis possibilidades de responsabilização nas esferas civil, administrativa, penal e ético-profissional; bem como devido ao aumento exponencial da judicialização do ato médico e do número de processos ético-profissionais nos Conselhos Regionais de medicina em todo o país.

Um dos grandes problemas enfrentados o pelos médicos em sua rotina profissional é no momento em que o paciente resolve realizar a revogação do consentimento informado e efetuar a **recusa e/ou abandono do tratamento** (quando o paciente ou seu responsável solicitam a interrupção do tratamento mesmo sem ter ocorrido sua conclusão), na medida em que esse procedimento pode gerar consequências múltiplas, tanto para o médico assistente quanto para o paciente.

2 AUTONOMIA DO PACIENTE - NORMAS - DISPOSIÇÕES LEGAIS E CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Do ponto de vista jurídico, a autonomia do paciente para a recusa de tratamento decorre do princípio da legalidade, estampado no preceitua o inciso II do art. 5º da Constituição Federal, que estatui que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Além disso, importante mencionar que é livre a locomoção das pessoas, como dispõe o inciso XV do mesmo artigo. Portanto, podemos inferir que o paciente somente seria obrigado a submeter-se a um tratamento caso houvesse uma lei que assim determinasse.

Em âmbito federal, destaca-se a Portaria 1.820/2009 do Ministério da Saúde, que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários de saúde. O artigo 4º assegura em seus incisos: a escolha do local de morte; o direito à escolha de alternativa de tratamento, quando houver, **e à consideração da recusa de tratamento proposto**. Por fim, o Código de Ética Médica reafirma, em seus artigos 24, 31, 34, que o médico só poderá desrespeitar o direito de autonomia do paciente em caso de iminente risco de morte.

Isso significa que, por maior que seja a intenção de beneficiar o paciente (princípio da beneficência), o médico não pode lhe negar o direito de recusar ou abandonar o tratamento ou sair das dependências médico-hospitalares, caso seja solicitada e mesmo contra a indicação médica, em não havendo risco de morte iminente.

O Código de Ética Médica é um norteador da conduta médica, trazendo em seu texto um conjunto de normas de conduta profissional, ao tratar dos princípios fundamentais, garante também os direitos do médico, aponta seus deveres, e em especial enfatiza como dever do médico a publicidade dos seus atos, através do termo de consentimento informado, do dever amplo de informação e o dever de documentação, sendo este materializado documentalmente pelo uso do TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO.

Já no que diz respeito ao tratamento em ambiente hospitalar, é fato que o paciente deverá ser constantemente informado sobre o desenvolvimento do tratamento, no intuito de consentir ou recusar procedimentos, diagnósticos ou terapêuticos, a serem nele realizadas. Haja vista que, a qualquer tempo, o paciente poderá revogar o consentimento anterior, sem que lhe sejam impostas sanções.

Diante dessa situação, levanta-se a questão: que atitude o médico consideraria juridicamente adequada quando o paciente explicitar sua vontade de **recusa ou desejo de abandonar o tratamento ou evadir-se das dependências médico-hospitalares com expressa contra-indicação médica**, sem risco iminente de morte? Mas em situação de necessidade de continuidade de tratamento médico!

Como articulamos acima, apesar de, na prática, tenhamos de nos ater ao caso concreto, há de se estabelecer um referencial teórico para que os médicos possam enfrentar essas situações com

segurança jurídica e para que possam estar protegidos em caso de uma reclamação posterior do paciente ou de sua família.

Com efeito, a alta hospitalar é um ato privativo do médico, como define Rey² e conforme o disposto no artigo 4º, inciso XI, da Lei 12.842/2013, conhecida como Lei do Ato Médico³.

Também encontramos na Resolução nº 1.493/1998 do Conselho Federal de Medicina a indicação de que “todo paciente hospitalizado deve ter seu médico assistente responsável, desde a internação até a alta hospitalar”.

Assim, a alta médica hospitalar, como o próprio termo identifica, **decorre de uma prerrogativa do médico assistente**, responsável direto pela internação, acompanhamento e amparo do paciente, sendo esta alta, comumente, o termo final do procedimento/tratamento a que foi submetido o paciente.

Importante registrar que a utilização do termo “alta a pedido do paciente e à revelia do médico”, muito embora utilizado corriqueiramente no meio médico, não é adequado e é tecnicamente incorreto, pois, como afirmado anteriormente, a alta é prerrogativa exclusiva do médico, não havendo possibilidade de delegação desta responsabilidade para o próprio paciente ou seu representante legal.

Logo, aconselha-se utilizar preferencialmente o termo “recusa de tratamento” ou “**recusa ou vontade de abandonar o tratamento ou de evasão das dependências médico-hospitalares, com expressa contraindicação médica**”. Importante frisar, ainda, que o paciente não tem, em tese, capacitação técnica, nem muito menos jurídica, de fazer sua própria avaliação clínica e autoconceder-se “alta hospitalar”⁴.

A Portaria SAS nº 312/2002, padronizou alguns termos utilizados em hospitais do Sistema Único de Saúde – SUS – para fins

² Rey L. Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan; 2003. Alta hospitalar; p. 40

³ Brasil. Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Diário Oficial da União. Brasília, nº 132, p. 6, 11 jul. 2013. Seção 1.

⁴ Conselho Regional de Medicina do Paraná. Parecer nº 1883/2007. Alta a pedido; transferência. Aprovado em 27 de agosto de 2007. [Internet]. 2007 [acesso 4 nov 2018]. Disponível:

http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMPR/pareceres/2007/1883_2007.htm

estatísticos, definindo “evasão como a saída do paciente do hospital sem autorização e sem comunicação da saída ao setor em que o paciente estava internado”⁵.

Neste contexto temos que observar o direito do paciente submetido a tratamento “intra-hospitalar”, a qualquer tempo, solicitar sua saída do estabelecimento de saúde, sob pena da configuração do crime de cárcere privado, estatuído no artigo 148, do Código Penal Brasileiro; além de afronta aos direitos e garantias fundamentais da pessoa.

4 MODELOS COMUNS DE “ALTA HOSPITALAR”

Contudo, o fato é que as “folhas de alta hospitalar” padronizadas, presentes na maioria dos hospitais de todo o país, trazem somente as seguintes opções para que o paciente deixe o hospital: 1) alta por ordem médica; 2) alta por licença; 3) alta por transferência; 4) alta a pedido; 5) alta por fuga; e 6) alta por óbito. Dessa forma, apesar de impróprio, o termo “alta a pedido” consta da folha de alta e hoje tornou-se realidade do cotidiano médico e das rotinas hospitalares.

Por dever de informação, passemos a uma rápida análise dos conceitos de “alta”. A “alta por licença” é concedida pelo médico para que o paciente se ausente do hospital por um período determinado, ao fim do qual deverá retornar ao hospital. Já na “alta por transferência”, o médico autoriza que o paciente continue o tratamento internado em outro estabelecimento hospitalar; ou seja, o paciente é transferido para outro hospital. Na “alta por óbito”, a morte do paciente é diagnosticada pelo médico, que preencherá a Declaração de Óbito nos casos de morte natural de causa conhecida; nos demais casos, há necessidade de necropsia no Serviço de Verificação de Óbitos (SVO) ou no Instituto Médico-Legal. A “alta por fuga” ocorre quando o paciente foge (evade-se) do hospital sem o conhecimento da equipe de saúde; deve-se enfatizar que, nesses casos, o hospital e a equipe de saúde podem ser

⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria SAS nº 312, de 02 de maio de 2002. Disponível em: <dtr2001.saude.gov.br/sas/portarias/port2002/pt-312.Htm>. Acesso em: 04 nov 2018.

responsabilizados juridicamente por falha no dever de guarda e vigilância das pessoas, a qual estão adstritos⁶.

5 INADEQUAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO TERMO “ALTA A PEDIDO”

O termo “alta a pedido”, descrito assim, isoladamente, sem nenhum outro termo qualificativo, parece de fato inadequado, podendo levar à falsa impressão de que o médico concordou com a alta, quando na verdade não foi indicada por ele. Diante disso, convém esclarecer que a alta, nesse caso, é a pedido do paciente e contra a indicação médica. Trata-se, portanto, de uma **“recusa ou vontade de abandonar o tratamento ou de sair das dependências médico-hospitalares, com expressa contraindicação médica”**, denominação mais adequada para esses casos⁷.

Como visto, caberá exclusivamente ao paciente, quando maior e capaz, o consentimento para sua internação em ambiente hospitalar, bem como a recusa na continuidade do tratamento e permanência no hospital.

6 DO IMINENTE RISCO DE MORTE E ABANDONO DO TRATAMENTO

Com efeito, questão importante para essas situações é quando o paciente está em risco iminente de morte, já que, para o artigo 22 do CEM, essa seria a única situação em que o médico poderia prescindir do consentimento do paciente, sem cometer ilícito ético. No meio jurídico, a expressão “risco iminente de morte” representa a

⁶ APELAÇÃO CÍVEL. FUGA DE PACIENTE EM HOSPITAL PARTICULAR. ERRO IN VIGILANDO. APLICAÇÃO DO CDC. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONCESSÃO DANO MORAL - Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo TJ-ES - Apelação: APL 0029069-55.2013.8.08.0024

⁷ Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso do Sul. Parecer nº 11/1997. Responsabilidade médica em casos de “alta a pedido”. Aprovado em 6 de dezembro de 1997. [Internet]. 1997 [acesso 4 nov 2018]. Disponível: <http://bit.ly/1pjdYOg>

probabilidade concreta e iminente de um resultado letal para a saúde e vida do paciente⁸. Observe-se recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.300.383 - ES (2018/0126366-7) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO AGRAVANTE: UNIMED VITÓRIA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO ADVOGADOS: FERNANDA ANDREÃO RONCHI E OUTRO (S) - ES015717 MACKSEN LEANDRO SOBREIRA - ES011894 MARINA DE ALMEIDA BRIGGS DE ALBUQUERQUE - ES016110 AGRAVADO: BRISA SAEZ FERREIRA AGRAVADO: MARIA CRISTINA SAEZ FERREIRA ADVOGADOS: GERALDO BENICIO E OUTRO (S) - ES018446 RAPHAEL JACCOUD VALORY SILVEIRA - ES015542 DECISÃO 1. Cuida-se de agravo interposto por UNIMED VITÓRIA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO contra decisão que não admitiu o seu recurso especial, por sua vez manejado em face de acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, assim ementado: APELAÇÃO CÍVEL. **FUGA DE PACIENTE EM HOSPITAL PARTICULAR. ERRO IN VIGILANDO. APLICAÇÃO DO CDC.FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANO MORAL FIXADO EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). RECURSOS DE APELAÇÃO IMPROVIDOS.** (STJ - AREsp: 1300383 ES 2018/0126366-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 19/06/2018)

Desse modo, risco iminente de morte, para fins deste estudo, é situação na qual o paciente tem alta probabilidade de evoluir para óbito nos próximos minutos ou horas, **se a intervenção médica indicada não for realizada**.

No entanto, é bem verdade que o paciente possui liberdade e autonomia e pode requerer o abandono do tratamento hospitalar, contudo, esta autonomia e liberdade não são absolutas, residindo na análise correta do médico **em relação à existência ou não de risco iminente à vida e à saúde do paciente**, as consequências posteriores da referida “alta a pedido”.

Analisando os princípios basilares da bioética (Autonomia, Não-Maleficência, Beneficência, Justiça e Equidade), vê-se a “alta a pedido” como um conflito clássico de beneficência em contraponto à autonomia do paciente, portanto, havendo a solicitação de “alta a

⁸ Ibidem

pedido”, o médico deve **avaliar o paciente e emitir parecer técnico, indicando de maneira objetiva a existência ou não de risco eminente à vida deste paciente.**

Conforme se viu anteriormente, a regra é a autonomia e a liberdade do paciente em relação aos tratamentos que será submetido, sendo seu corpo “patrimônio” inviolável, gerando consequências cíveis e penais em caso de violação deste bem maior. No entanto, a legislação traz exceções claras a esta regra, repousando nestas exceções a responsabilidade do médico.

O Código de Ética Médica expressa o seguinte:

Capítulo V:

Relação com pacientes e familiares

É vedado ao médico:

Art. 31. **Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.**

Fica claro, assim, que, no caso de iminente risco à vida, o médico tem o dever legal de agir, sob pena de responsabilidade civil e penal, estando na análise da gravidade e/ou iminência de perigo à vida o dever de condicionar a aceitação ou recusa da “alta a pedido”.

O valor supremo para a Constituição Federal é o direito à vida digna e é sob esta ótica que o médico deve aceitar ou não a **recusa ou vontade de abandonar o tratamento ou de sair das dependências médico-hospitalares, com expressa contraindicação médica**, devendo analisar com extrema prudência e precaução a situação clínica do paciente, pois, havendo agravamento do quadro em consequência do abandono voluntário, o profissional que a autorizou poderá ser por responsabilizado ética e juridicamente.

Assim, havendo iminente risco à vida do paciente, o médico deve recusar a “alta a pedido”, continuando o tratamento do paciente, situação em que o profissional estará isento de qualquer responsabilização. Ao contrário, aceitando a determinação do paciente, em resultando óbito, por exemplo, é possível, em tese, a responsabilização penal e cível do médico.

É bom destacar que, existindo impasse após a recusa em aceitar a revogação do consentimento informado e registrar o abandono de tratamento por parte do paciente, deve o médico, em conjunto com a instituição hospitalar e equipe multidisciplinar, procurar amparo perante os órgãos jurídicos competentes e na própria comissão de bioética interna, para evitar uma futura ação indenizatória ou criminal.

Por outro viés, realizando-se análise criteriosa do estado clínico do paciente e **não estando caracterizado o iminente risco à sua vida**, o médico e o hospital devem respeitar o direito à autodeterminação e à liberdade do paciente.

Porém, por tratar-se de relação técnica, o médico deve tomar diversos cuidados para proteger o paciente e também se resguardar de possíveis demandas futuras, devendo informar previamente ao paciente e/ou responsável legal todos **os riscos, sequelas e consequências de sua conduta de abandono de tratamento**, para que os mesmos consentam de maneira livre e plenamente esclarecida.

7 DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA PARA PRESERVAR OS FATOS OCORRIDOS E GARANTIR A EXISTÊNCIA DE PROVAS ESCRITAS, MULTIDISCIPLINARIDADE E RECEITA MÉDICA

Com efeito, não há consenso na literatura sobre a melhor forma de registrar os fatos ocorridos na situação de alta a pedido contra a indicação médica. Uma análise das normas legais, incluindo as resoluções dos conselhos regionais de medicina, leva à conclusão de que **não existe a obrigatoriedade de elaboração de documento específico, embora a maior parte dos pareceres emitidos pelos conselhos mencione o denominado a necessidade de tomada de termo de recusa do paciente.**

Também entendemos imprescindível a descrição minuciosa do processo de esclarecimento no prontuário médico (incluindo avaliação por equipe multidisciplinar), acompanhada da anuência por escrito do paciente, como meio importantíssimo de prova no caso de apuração de responsabilidade ética e jurídica.

Ante a esta situação do pedido de desistência do paciente na continuidade do tratamento em ambiente hospitalar, e sendo o médico assistente contrário; este deverá justificar através de um “relatório médico fundamentado de discordância” ou “motivo de indeferimento”, no qual o profissional deverá registrar no prontuário médico do paciente o motivo de sua negativa, baseada em fundamentos técnicos no atendimento ao caso específico, na prática médica e estudos científicos; a fim de resguardar-se de futura responsabilização por eventos danosos decorrentes de uma alta hospitalar “prematura”, nas esferas judicial, administrativa e/ou ética.

Quanto ao paciente, tendo em vista que ao mesmo é vedado pedir “alta”, mas garantido o direito de revogar o termo de consentimento informado, e solicitar a saída do ambiente hospitalar, a correta atitude será requerer através de documento a interrupção do tratamento em ambiente hospitalar, como medida administrativa protetiva, o médico além de fundamentar sua negativa junto ao prontuário médico, deverá ainda promover a confecção de um requerimento, ou seja, é o pedido expresso, do paciente ou seu representante legal, com justificativa, solicitando a saída do ambiente hospitalar (alta a pedido), podendo ser deferido ou não, e acostado ao Prontuário Médico do Paciente.

O Parecer-Consulta CRM-SP 20.589/2000¹⁷ é incisivo em afirmar que o paciente que, devidamente esclarecido e sem risco de morte iminente, assume o não cumprimento da determinação médica de permanecer sob tratamento “intra-hospitalar” e **desobriga o profissional de dar continuidade ao tratamento, bem como de emitir receita**. Esse posicionamento é reforçado pelo Parecer-Consulta CRM-SP 51.723/2005⁹, segundo o qual o médico não pode ser obrigado a emitir receita contra sua convicção pessoal e, se o fizer, estará assumindo responsabilidade pelo tratamento que não indicou.

Além disso, para preservação fidedigna dos fatos, é fundamental que o médico documente os acontecimentos, não se

⁹ Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Parecer-Consulta nº 51.723/2005. Parecer complementar à Consulta que trata de obrigatoriedade do fornecimento de receita médica para paciente que tiver alta a pedido. Homologado na RP nº 3.320, em 28 de junho de 2005. [Internet]. 2005 [acesso 4 nov 2018]. Disponível: <http://bit.ly/21rfSIB>

limitando a conversas e orientações verbais, buscando preservar-se por meio dos seguintes documentos formais escritos:

- a) Descrever de maneira pormenorizada em prontuário médico todas as informações prestadas e o consentimento do paciente;
- b) Confeccionar “Termo de Responsabilidade”, constando de maneira explícita os riscos, vantagens e desvantagens do abandono do tratamento, devendo o mesmo ser explicado de forma adequada ao próprio paciente e/ou aos seus responsáveis legais;
- c) Termo próprio de abandono de tratamento, fazendo constar **que não se deu com alta médica** a decisão do paciente, constando todos os riscos, consequências e sequelas, devendo ser assinado pelo paciente e/ou responsável legal juntamente com o médico assistente antes da saída do hospital.

Assim, o paciente que, devidamente esclarecido e sem iminente risco de vida, assumir o não cumprimento da determinação médica de permanecer sob tratamento hospitalar, **desobriga o profissional de dar continuidade ao tratamento.**

8 FUGA DO PACIENTE DA UNIDADE MÉDICO-HOSPITALAR E RESPONSABILIDADE CIVIL

Ainda dentro desta temática, temos uma situação que, muito embora menos frequente que a “alta a pedido”, não é fato raro dentro dos hospitais, especialmente os de grande porte, que é a **ocorrência de fuga do paciente.**

Nesse ponto da discussão, convém salientar e deixar claro que a alta é contraindicada ao paciente, mas permitir sua “fuga” não parece alternativa aceitável ética e juridicamente; até porque situações como essa poderiam redundar em responsabilização do hospital por não cumprir com seu dever de guarda do paciente (*culpa in vigilando*). Ora, todo paciente internado pode ter, a qualquer momento, uma crise de ansiedade e decidir fugir do hospital; sendo assim, a instituição hospitalar não deve permitir sua saída, sem antes prestar-lhe atendimento multidisciplinar e checar sua capacidade de decidir livre e

esclarecidamente sobre o ato e informar-lhe adequadamente das reais consequências de sua atitude.

Nestes casos, a responsabilidade do médico e do hospital é analisada em virtude da capacidade do paciente, dividida basicamente em pacientes com incapacidade de discernimento e/ou incapazes legais e pacientes capazes e que possuem discernimento.

Para os pacientes com incapacidade de discernimento e/ou incapazes legais, a responsabilidade em relação ao paciente será transferida à pessoa ou ao estabelecimento a quem o mesmo foi confiado, havendo o dever de vigilância.

Esta responsabilidade somente será afastada se a instituição hospitalar provar que não houve negligência ou falta de cuidado, devendo para tanto os profissionais responsáveis pelo atendimento destacarem no prontuário médico todas as questões pertinentes ao paciente e ao fato da fuga.

Já para os casos de pacientes que são capazes e possuem discernimento, havendo a fuga, é de extrema importância que conste no prontuário médico a capacidade do paciente de entender a situação da internação hospitalar e a condição em que se encontrava antes da fuga, **descrevendo pormenorizadamente, em seguida, como se deu o fato da fuga.**

Por cautela, indica-se, ainda, a lavratura de boletim de ocorrência junto à autoridade policial descrevendo o fato, na intenção de amparar, preservar e afastar a responsabilidade do médico e da instituição hospitalar. Bem como, no caso de menores e pessoas com limitação de discernimento, **seja realizada a notificação do caso ao representante do Ministério Público com atribuição para atuar no caso.** Essa comunicação, ao Ministério Público, também deverá ser feita se o médico assistente entender que a vida e a saúde do paciente poderão sofrer riscos ou danos em razão da recusa ou abandono do tratamento e/ou saída prematura do ambiente hospitalar contra a indicação médica.

Mencione-se que esse mesmo entendimento consta do Parecer-Consulta CRM-SP 51.723/2005¹⁰, que complementou o

¹⁰ Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Parecer-Consulta nº 51.723/2005. Parecer complementar à Consulta que trata de obrigatoriedade do

Parecer-Consulta CRM-SP 20.589/2000¹¹, o qual, ao abordar a questão específica dos riscos da alta a pedido, manifestou a seguinte interpretação: (...) estando presente a imprescindibilidade da internação hospitalar para garantia do tratamento e da salvaguarda da vida e da integridade física e mental do paciente, a alta a pedido, contrária, portanto à decisão médica, implica uma situação cujo risco o profissional não é obrigado a assumir.

Assim, quando tratamos de responsabilidade do médico e do hospital para com o paciente, estamos tratando de uma responsabilidade limitada ao período em que o aquele estiver no ambiente hospitalar, tendo como marco final a alta.

Portanto, o médico e a instituição hospitalar devem ter cuidados redobrados para a análise da alta deste paciente, pois, conforme explicado, sendo a alta médica hospitalar uma prerrogativa do médico, **esta decisão deve ser tomada de acordo com os ditames éticos e legais**, buscando sempre preservar a saúde do paciente e, no caso do médico, atuando de maneira preventiva em relações à futuras demandas ético-profissionais e judiciais.

Por fim, mas não menos importante, é essencial analisar que, mesmo tendo solicitado e recebido a revogação do tratamento ou tendo fugido do hospital, o paciente ou seus responsáveis poderão solicitar nova internação, sendo este seu direito, devendo o hospital atender à solicitação, resguardando-se com todos os apontamentos que envolvem a situação dentro do prontuário médico deste paciente de maneira prévia.

fornecimento de receita médica para paciente que tiver alta a pedido. Homologado na RP nº 3.320, em 28 de junho de 2005. [Internet]. [acesso 4 nov 2018]. Disponível: <http://bit.ly/21rfSIB>

¹¹ Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Parecer-Consulta nº 20.589/2000. Sobre a obrigatoriedade do fornecimento de receita médica para paciente que tiver alta a pedido. Homologado na RP nº 2.469, em 18 de julho de 2000. [Internet]. 2000 [acesso 4 nov 2018]. Disponível: <http://bit.ly/1M2eY3D>

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, observa-se que, de acordo com o posicionamento dos conselhos, por meio de pareceres escritos, que há a obrigação do médico de informar o paciente sobre os riscos da **recusa ou vontade de abandonar o tratamento ou de sair das dependências médico-hospitalares, com expressa contraindicação médica**. Além disso, deve o médico e a equipe multidisciplinar envidar todos os esforços para tentar convencer o paciente a realizar o tratamento indicado.

Se, mesmo após todos esses esforços, que deverão ser devidamente documentados, o paciente mantiver sua solicitação de abandono do tratamento ou saída do hospital contra a indicação médica, ela deverá ser concedida, **sem que isso implique responsabilização do médico pelo eventual agravamento das suas condições de saúde**.

Em nosso entendimento e com base na moderna literatura principiológica da Biótica, nos casos em que o paciente não se encontra em risco iminente de morte, **sua autonomia deve prevalecer**, mesmo sabendo que toda situação acarreta risco de agravamento de seu estado de saúde – caso contrário, não haveria indicação de internação.

A obrigação da equipe médica, mais do que tentar convencer o paciente, **é empenhar-se para que ele compreenda o alcance de sua decisão e, desse modo, possa fazer uma escolha livre e esclarecida**, devidamente documentada em prontuário. Nesse ponto em especial, propõe-se que o registro minucioso do processo de esclarecimento no prontuário e confecção de Termo de revogação de consentimento e recusa de tratamento seja adotado como norma pelo Conselho Federal de Medicina, em resolução específica, que definiria as etapas a serem cumpridas pelo profissional para caracterizar a correta transmissão da informação ao paciente.

Por fim, conclui-se que, diante de uma **recusa ou vontade de abandonar o tratamento ou de sair das dependências médico-hospitalares, com expressa contraindicação médica**, não deve o médico simplesmente recusá-la; ao contrário, trata-se de uma oportunidade para pôr em prática seu dever de esclarecer o paciente

da forma mais eficaz possível, a fim de que ele possa exercer sua autonomia com plenitude.

Mas, tomadas as precauções éticas e jurídicas por parte do médico, quando o paciente contraria a orientação médica, após efetiva informação e esclarecimentos sobre os riscos dessa conduta e se evade do hospital por conta e riscos próprios, configura-se a situação de “abandono do tratamento”, na qual será imputada a culpa ao paciente (culpa exclusiva da vítima) em decorrência de qualquer evento adverso que venha a ocorrer.

REFERÊNCIAS

BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva: 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria SAS nº 312, de 02 de maio de 2002. Disponível em [dtr2001. Saude. Gov. Br/sas/portarias/port2002/pt-312. Htm](http://dtr2001.saude.gov.br/sas/portarias/port2002/pt-312.htm)>

CALVO COSTA, Carlos A. **Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. BRASIL. Constituição (1988).

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de Direito Médico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. **Sistema de responsabilidade médica**. Granada: Comares, 2002.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**, Doutrina e Jurisprudência, 3ª Edição, 2014, SAOPAULO, E. ATLAS S.A.

MORAES, Iray Novah. **Erro médico e a lei**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**: elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente. p.14., Editora: Coimbra Editora, 2001.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil do Médico**, 8ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS FRENTE À ATUAÇÃO DE SEUS PROFISSIONAIS MÉDICOS

CINTHIA AYRES HOLANDA¹

ANTÔNIO LEANDRO BARBOSA DA SILVA²

SÂMEA BEATRIZ GOMES DOS SANTOS BARBOSA³

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece o Código de Defesa do Consumidor (CDC) como uma lei baseada em normas principiológicas constitucionalmente garantidas, que trouxe uma série de inovações as quais repercutiram em vários ramos do direito, conferindo maior segurança aos consumidores, parte notadamente hipossuficiente e vulnerável na relação contratual consumerista.

¹ Cinthia Ayres Holanda. Advogada. Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza, (UNIFOR). Habilitada em Mediação de Conflitos pela Columbia University, NY. Pós-graduada em Direito Médico Hospitalar pela Escola Paulista de Direito - EPD (SP). Professora Adjunta dos cursos de Direito Centro Universitário UNINOVA FAPI, FAETE E CESVALE e dos cursos Especialização em Direito Civil Escola Superior de Advocacia- ESAPI, Bioética e Responsabilidade na Associação Brasileira dos Cirurgiões Dentistas do Piauí. Ex-Presidente da Comissão de Saúde da OAB-PI (2011-2012). Parecerista *Ad Hoc* da Revista Brasileira de Bioética do Conselho Federal de Medicina. Membro do Conselho Editorial do Caderno de Estudos, Ciências e Empresas da faculdade FAETE Membro da Associação dos Escritórios de Defesa Médica(AEDM).

² Antônio Leandro Barbosa da Silva. Cirurgião-dentista (UFPI). Especialista em Saúde Pública e em Implantodontia. Bacharel em Direito (FAETE)

³ Sâmea Beatriz Gomes dos Santos Barbosa. Fisioterapeuta (UESPI) Especialista em Terapia Manual. Bacharel em Direito (FAETE)

Dentre as inovações trazidas pelo CDC, pode-se encontrar a responsabilidade civil do fornecedor, em razão da prestação de serviços defeituosos (fato do serviço). A responsabilidade civil surge a partir da prática de um ato ilícito, causado em virtude da violação de um direito, o qual gera a obrigação de indenizar a vítima, tendo por finalidade colocá-la na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.

Verificam-se duas teorias distintas para análise da responsabilidade civil, quais sejam a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva decorre de dano causado em função de ato doloso ou culposo. Esta culpa se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência. Já na responsabilidade civil objetiva, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.

Quanto aos profissionais liberais, abrangendo aqui profissionais da saúde como médicos, por exemplo, o legislador conferiu tratamento diferenciado em razão do caráter dos serviços prestados por eles, uma vez que assumem obrigação de meio e não de resultado. Sendo assim, sua responsabilidade é subjetiva, devendo o consumidor provar que o fornecedor foi negligente, imprudente ou imperito, ou tenha agido com dolo.

O presente trabalho tem como objetivos averiguar a responsabilidade civil dos hospitais privados por danos provocados em consumidores (pacientes) em decorrência de condutas de seus profissionais médicos, com base no Código de Defesa do Consumidor, examinar quais as formas de responsabilidade civil no ordenamento jurídico nacional, avaliar de que forma o profissional médico responderá individualmente por seu dano e verificar a responsabilidade civil do hospital privado perante dano cometido por médico a seu paciente.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

O termo *responsabilidade* é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar (VENOSA, 2006).

A responsabilidade civil é estudo pertencente ao direito obrigacional, através do qual garante-se a reparação, pelo agente que praticou a conduta positiva ou negativa, do dano que originou. Em regra, o problema da responsabilidade civil está voltado à reação ou mesmo à consequência jurídica gerada por uma ação, omissão, risco considerado, ilicitude, muitas vezes licitude do ato praticado, negativa de um direito assegurado, fornecimento de algo inadequado, má ou insuficiente prestação de serviço, podendo classificar-se de inúmeras formas (ROSSI e ROSSI, 2011).

Fábio Ulhoa Coelho (2012) conceitua responsabilidade civil como a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência de ato ilícito do devedor ou de fato jurídico que o envolva. Classifica-se como obrigação não negocial.

Dessa forma, o instituto da responsabilidade civil versa sobre a obrigação de indenizar os danos causados pela violação de um direito, fazendo com que seja reestabelecida a situação para o estado anterior ao dano sofrido.

O ordenamento jurídico brasileiro traz duas teorias acerca da responsabilidade civil: a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva. A ideia central na diferenciação entre elas repousa na presença ou não do elemento culpa.

A teoria da responsabilidade subjetiva (artigo 186 do Código Civil) e a teoria da responsabilidade objetiva (artigo 927, Parágrafo Único, do Código Civil) coexistem na disciplina da responsabilidade civil e podem ser identificadas quando a lei assim estabelecer ou, havendo omissão, em cada caso concreto, a partir do exame da conduta, da atividade e do resultado (ROSSI E ROSSI, 2011).

A responsabilidade civil subjetiva repousa na culpa, que pela teoria clássica, é o seu fundamento, sendo necessários todos os requisitos para gerar o dever de indenizar, quais sejam ação ou omissão,nexo de causalidade e dano. Importante ressaltar que a culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou a conduta intencional (dolo), mas também a negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito (DENSA, 2012).

A responsabilidade civil subjetiva corresponde à regra geral no direito civil e leva em consideração a situação de igualdade presumivelmente existente entre os sujeitos na relação jurídica. Para sua configuração, há necessidade da identificação dos seguintes elementos: demonstração do dano sofrido, que pode ser de ordem material ou moral; a conduta culposa do agente causador do dano, culpa caracterizada por negligência, imprudência ou imperícia; o nexo causal existente entre o dano causado e a conduta do agente (LAGES, 2015).

Nota-se que a responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos, sendo que a própria vítima deveria comprovar a culpa do agente na ocorrência do ato danoso.

Entretanto, há hipóteses em que não é necessário ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estar-se diante da chamada responsabilidade civil objetiva. Segundo tal teoria, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2007).

Para a caracterização da responsabilidade objetiva, há a necessidade da conjugação dos seguintes elementos: demonstração do dano sofrido, que pode ser de ordem material ou moral; conduta voluntária do agente, além disso, a conduta voluntária do agente não significa necessariamente a intenção de lesar, mas também a consciência do risco; o nexo causal existe entre o dano causado e a conduta do agente (LAGES, 2015).

No direito mais recente, a teoria da responsabilidade objetiva é justificada tanto sob o prisma do risco como sob o do dano. Não se indenizará unicamente porque há um risco, mas porque há um dano e, neste último aspecto, em muitas ocasiões dispensa-se o exame do

risco. Todas as teorias e adjetivações na responsabilidade objetiva decorrem da mesma ideia. Qualquer que seja a qualificação do risco, o que importa é sua essência: em todas as situações socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la. O princípio do risco repousa na necessidade de segurança jurídica (VENOSA, 2006).

Observa-se, então, que há hipóteses em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa, estando-se diante da responsabilidade civil objetiva. Tal teoria ganhou espaço dentro do ordenamento jurídico brasileiro pois leva em consideração a desigualdade existente entre os sujeitos de uma determinada relação jurídica.

A responsabilidade objetiva é exceção, sendo admitida somente nos casos contemplados em leis específicas e sob o aspecto enfocado pelo Código Civil (artigo 927), enquanto a subjetiva é a regra geral.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL MÉDICO

No tocante aos serviços dos profissionais liberais, o CDC adota a teoria da responsabilidade subjetiva, quando no §4º do art. 14 diz que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (GAMA, 2006). Ou seja, constatando-se a ocorrência de imperícia, imprudência ou negligência (GARCIA, 2007).

Na hipótese em que o fornecedor de serviço for profissional liberal, inseridos os serviços prestados por médicos, engenheiros, dentistas, advogados, dentre outros, deve o consumidor provar a culpa do fornecedor para que haja o dever de indenizar, além do nexo de causalidade e da extensão dos danos. O legislador preferiu tratamento diferenciado para os profissionais liberais em razão do caráter dos serviços prestados por estes, já que assumem obrigação de meio e não de resultado (DENSA, 2012).

Verifica-se, nesse caso, uma exceção à regra geral da responsabilidade objetiva adotada pelo CDC. Pelo fato do legislador ter dado tratamento diferenciado a essa categoria profissional, a apuração

de sua responsabilidade requer a comprovação da culpa pelo dano provocado a terceiros. Sendo assim, a responsabilidade civil dos profissionais liberais, será do tipo subjetiva.

Sob o ponto de vista do médico profissional liberal, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (artigo 14, § 4º). No mesmo sentido, o Código Civil, ao se referir aos profissionais de saúde, estabelece que a indenização é devida “por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho” (artigo 951). Assim, a responsabilidade civil pessoal do médico, na qualidade de profissional liberal, é apurada mediante a verificação de culpa (ROSSI E ROSSI, 2011).

A diversidade no tratamento é em razão desses serviços serem contratados com a natureza *intuitu personae*, ou seja, com base na confiança que os profissionais inspiram em seus clientes (GARCIA, 2007). Quando se fala em confiança se está designando um elemento subjetivo do cliente que o atrai, o liga e o mantém ligado ao prestador do serviço liberal, por aquilo que ele lhe inspira. A confiança é um critério absolutamente subjetivo e que, por causa disso, não depende nem precisa de justificativa (RIZZATTO NUNES, 2012).

O tratamento diferenciado dado pelo CDC a esses profissionais baseia-se na contratação em virtude da confiança, não havendo contrato de adesão imposto pelos fornecedores como se verifica nas contratações em massa das relações consumeristas.

A obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de meio e não de resultado. Com efeito, quando o cliente toma os serviços profissionais de um médico, este apenas se obriga a tratar do doente com zelo, diligência e carinho adequados, utilizando os recursos de sua profissão e arte, não se obrigando, portanto, a curar o doente. De modo que, se o paciente vem a falecer, não se pode falar em inadimplemento de um contrato, pois não havia o médico assumido, nem lhe seria lícito assumir, a obrigação de curar o paciente. Para que a responsabilidade do médico emergja, mister se faz que o doente ou seus herdeiros demonstrem que o resultado funesto por ele experimentado derivou de negligência ou imprudência do profissional (RODRIGUES, 2002).

Por ser uma obrigação de meio, se o médico demonstrar que utilizou as técnicas e meios necessários, aplicando-os com cautela, para a obtenção do resultado, não há que se falar na sua responsabilidade civil, pois estará comprovado que o mesmo não agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

A doutrina e a jurisprudência divergem quanto à responsabilidade em casos de cirurgia estética, se será uma obrigação de resultado ou uma obrigação de meio. Segundo Densa (2012), embora ainda tormentosa a questão, para parte expressiva da doutrina e jurisprudência, o médico assume obrigação de resultado nos casos de cirurgia plástica, já que o profissional obriga-se a atingir determinado fim, e o que interessa é o resultado de sua atividade.

No campo da cirurgia plástica, ao contrário do que ocorre na cirurgia terapêutica, a obrigação assumida pelo cirurgião é uma obrigação de resultado e não de meio. No caso da cirurgia plástica, o paciente é pessoa sadia que almeja remediar uma situação desagradável, mas não doentia. Por conseguinte, o que o paciente busca é um fim em si mesmo, tal como uma nova conformação do nariz, a supressão de rugas, a remodelação de pernas, seios, queixo, etc. De modo que o paciente espera do cirurgião, não que ele se empenhe em conseguir um resultado, mas que obtenha o resultado em si (RODRIGUES, 2002).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça segue o da corrente majoritária dos doutrinadores, que diz ser de resultado a obrigação dos profissionais que se propõem a realizar procedimentos estéticos.

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

O profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar (RT, 718/270).

Com relação a obrigação do médico na realização de procedimentos estéticos, percebe-se a existência de uma cizânia doutrinária, se esta será classificada como obrigação de meio ou de

resultado. Porém, a doutrina majoritária e a jurisprudência dos tribunais superiores, vêm adotando o posicionamento de que, nesses casos, o médico terá obrigação de resultado.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS

Embora a responsabilidade civil do profissional médico permaneça subjetiva, o mesmo não pode ser dito do hospital em que presta serviços. Por força da regra de responsabilização objetiva por ato de terceiro, contida no artigo 932, III, do Código Civil, não há como deixar de aplicar o dispositivo para tais entidades. Essa regra também se aplica a hospitais filantrópicos, pois a atividade com o intuito assistencial não afasta a responsabilidade para o dever geral de vigilância e eleição que devem manter com seus profissionais. Se o médico integra o quadro pessoal permanente do hospital, a responsabilidade deste último deflui manifesta, nos termos do referido artigo (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2007).

Essas entidades prestadoras de serviço se qualificam como fornecedor, na dicção do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. No atendimento hospitalar, como regra, haverá um contrato de prestação de serviços, de conteúdo complexo, pois serão muitos os profissionais da medicina envolvidos. No caso de danos provocados à saúde, e se o paciente houvesse que identificar e determinar a culpa de um profissional, inviabilizar-se-ia inexoravelmente a reparação do prejuízo. A esse respeito, na verdade, não discrepa o Código de Defesa do Consumidor da orientação do Código Civil. A lei de consumo torna, no entanto, mais nítida e cristalina essa responsabilização (VENOSA, 2006).

Não será possível caracterizar a responsabilidade subjetiva nos casos de profissionais liberais que atuam com algum vínculo, empregatício ou não, junto a sociedades que desenvolvem atividade empresária organizada, tais como a situação de alguns médicos junto a hospitais. Nesses casos, o consumidor lesado poderá demandar o hospital, que responde objetivamente, e também o médico, cuja responsabilidade dependerá da aferição de culpa. O hospital jamais poderá alegar que se trata de um erro do médico, que é profissional

liberal, e tentar discutir a culpa para se eximir de responsabilidade (LAGES, 2015).

Dentre os danos que os pacientes podem sofrer em hospitais destacam-se aqueles sofridos em decorrência de erro médico, ainda que omissivo.

De acordo com Farias, Rosenvald e Braga Netto (2015), o dano sofrido está ligado, emnexo causal, a uma conduta médica. Quando o dano guardar relação com a conduta médica *stricto sensu* o hospital responde objetivamente, porém essa responsabilidade traz uma nota específica: ela depende da prova da culpa do médico.

Não se pode esquecer que a responsabilidade civil dos médicos – seja à luz do CDC, seja à luz do Código Civil – é subjetiva. É imprescindível a prova da culpa do servidor na prática do ato danoso. Isto é, o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar dano produto por médico integrante de seus quadros. Os hospitais, nessa linha, só podem ser chamados a responder de modo solidário se havia dever de indenizar por parte do médico (AGUIAR JÚNIOR, 1995).

Os hospitais, em regra, dispõem de condições financeiras geralmente muito mais vastas para fazer frente ao dano, o que garante que a vítima, sob esse aspecto, será indenizada. O patrimônio do ofensor pode garantir isso. Nada impede, porém, em caso de erro médico dentro de hospital – se a conduta do médico que errou estiver claramente individualizada –, que se ingresse judicialmente apenas contra ele, provando-lhe a culpa. Trata-se de invocar a norma geral do art. 186 do Código Civil, eventualmente dialogando com normas que cuidam de modo específico da questão (FARIAS, ROSENVALD E BRAGA NETTO, 2015).

Portanto, a responsabilidade civil dos hospitais por ações ou omissões dos médicos será solidária e objetiva. É preciso, no entanto, para que essa responsabilidade se imponha, que a culpa do médico esteja configurada. Assim, decompondo-se as relações contratuais estabelecidas entre paciente e médico, paciente e clínica, e médico e clínica, tem-se que o médico, pessoalmente, responderá por seus atos somente na ocorrência de culpa. Já a clínica celebra com o paciente um contrato de hospedagem peculiar, por cuja eficiência responde objetivamente, ao mesmo tempo em que poderá ser responsável

solidariamente pelos danos causados no tratamento médico (TEPEDINO, 2006).

Fortalecendo esse entendimento, é importante observar que, ainda que não incidisse o CDC, ainda assim a responsabilidade dos hospitais, pelos danos causados por médicos que nele trabalham, seria objetiva (desde que, repita-se, seja provada a culpa do profissional liberal). Dispõe o art. 932 do Código Civil: “São também responsáveis pela reparação civil: [...] III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.” O art. 933 complementa: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.” Isto é: as entidades hospitalares, na condição de empregadoras, respondem, sem culpa, pelos atos dos seus médicos e demais empregados, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Os hospitais privados além de responderem por danos inerentes aos seus próprios serviços, devem responder pelos atos praticados pelos profissionais médicos que lá atuam.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS FRENTE AOS PACIENTES POR DANOS ADVINDOS DA ATUAÇÃO DOS MÉDICOS

Frequentemente, os hospitais vêm sendo demandados em ações de indenização por erro médico ou danos causados por médicos. Assim a questão que se põe é: qual o tipo de responsabilidade civil a que está jungido o hospital, frente ao paciente que experimentou danos advindos da atuação dos médicos?

Costuma-se fazer uma distinção na doutrina tradicional entre erro profissional e culpa, tratando-os como coisas distintas. O erro profissional ocorre quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta. Haverá imperícia, ensejadora de culpa, quando a conduta médica é incorreta. Sustenta a doutrina tradicional que o julgador não pode adentrar no exame da técnica do profissional, mas essa não pode ser uma regra inflexível. Será negligente e imperito o

médico que utilizar técnica ultrapassada, assim reconhecida pela comunidade da profissão (VENOSA, 2006).

Os hospitais podem ser responsabilizados por atos de seus prepostos (médicos), ainda que não haja qualquer ação ou omissão culposa por parte daqueles. Trata-se, portanto, de responsabilidade objetiva indireta, lastreada nos artigos 932, III, c/c 933, CC (ROSSI E ROSSI, 2011).

Os prestadores de serviços, pessoas jurídicas, respondem independentemente da existência de culpa. Só se eximem da responsabilidade dos danos advindos da defeituosa prestação do serviço se houver culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, ausência de nexo causal ou caso fortuito. O paciente, dessa forma, deve provar tão somente a culpa do médico para desencadear a responsabilidade reflexa do hospital (KFOURI NETO, 2010).

Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica atribuível tão somente ao profissional médico, principalmente quando este não tem vínculo empregatício com a instituição, não se poderá atribuir ao estabelecimento hospitalar a obrigação de indenizar. Mas, de imediato, surge a pergunta: a responsabilidade do hospital não é objetiva? Em situações como a narrada, não se trata de responsabilidade objetiva pura. Em verdade, trata-se da responsabilidade por culpa presumida em absoluto, de modo que se pacificou o entendimento de que somente em havendo dano causado culposamente pelo médico, o estabelecimento hospitalar responderá, de qualquer forma, perante terceiro. Destarte, provando a entidade que o dano não decorreu de culpa do profissional, isento estará do dever de indenizar (MICHELIN E ZANATTA, 2014).

Ocorrendo o dano ao paciente por culpa do médico, o hospital responde pelo mesmo, independentemente de qualquer demonstração quanto a sua cautela na escolha dos profissionais. Da mesma forma, se a morte do paciente em mesa de cirurgia não decorreu de erro médico ou de culpa do profissional médico, não há, também, como imputar-se ao hospital o dever de indenizar (KHOURI, 2005).

Os médicos são contratados como empregados ou prepostos de hospitais, sendo que essas entidades prestadoras de serviços se enquadram no conceito de fornecedor, conforme o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. Embora a responsabilidade civil do profissional médico permaneça subjetiva, o mesmo não pode ser dito

do hospital em que presta serviço. Depreende-se, diante do exposto, que o paciente (consumidor) lesado poderá demandar o hospital, que responderá objetivamente, e também o médico, cuja responsabilidade dependerá da aferição de culpa.

Em alguns julgados, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado em concordância com este entendimento de parte da doutrina:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital - seja de emprego ou de mera preposição -, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual - vínculo estabelecido entre médico e paciente - refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional - teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado - daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. 4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. Provido (STJ, Segunda Seção, REsp 908.359, Min. Nancy Andrighi, DJ 27.8.2008, DJe 17.12.2008).

Assim, apesar do hospital responder objetivamente, tal responsabilidade poderá ser excluída, caso o dano causado ao paciente tenha decorrido unicamente do erro do médico. O hospital também se eximirá do dever de indenizar, demonstrando a ausência

de nexos de causalidade entre a atividade do agente e o dano, cessando a responsabilidade quando provado que este adveio de caso fortuito ou força maior, fato de terceiro ou do próprio lesado.

6 CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado, concluiu-se que a responsabilidade civil integra o Direito Obrigacional, uma vez que a principal consequência da prática de um ato ilícito para seu autor é a de reparar o dano, sendo esta obrigação de natureza pessoal e que se resolve em perdas e danos. A obrigação que surge é a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado, que tem por finalidade colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.

O ordenamento jurídico brasileiro, através de regras contidas no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, traz duas teorias para responsabilidade civil: a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva. A distinção entre as duas repousa na ideia de culpa.

A responsabilidade civil subjetiva tem como fundamento a culpa, sendo, portanto, necessário a caracterização de todos os requisitos para gerar o dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, nexos de causalidade, dano e culpa. Já a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, prescinde do requisito culpa, bastando apenas que haja nexos de causalidade entre a ação ou omissão voluntária e o resultado do dano. Ao autor caberá comprovar o nexos de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o resultado danoso para que haja o respectivo ressarcimento. Dessa forma, parte do postulado que todo dano é indenizável.

A responsabilidade civil subjetiva é a regra, sem prejuízo da adoção da responsabilidade civil objetiva, em dispositivos vários e esparsos.

No tocante a responsabilidade civil dos profissionais liberais, dentre eles o médico, deve o consumidor (paciente) provar a culpa do prestador de serviços (médico), além do nexos de causalidade e da extensão dos danos para que haja o dever de indenizar. Assim, sua responsabilidade é subjetiva, devendo provar o paciente que o

profissional foi negligente, imperito ou imprudente, ou tenha agido com dolo.

Na maioria dos casos, o profissional médico possui uma obrigação de meio, devendo agir com cautela e prudência e utilizar de toda sua técnica, porém não pode responsabilizar-se pelo resultado almejado. No entanto, em se tratando de procedimentos estéticos, parte expressiva da doutrina e jurisprudência entende que o profissional médico assume obrigação de resultado, já que o médico obriga-se a atingir determinado fim, e o que interessa é o resultado de sua atividade. Quando a obrigação é de resultado, o prestador de serviço (médico) dela se exonera somente quando o fim prometido é alcançado. Não o sendo, é considerado inadimplente, devendo responder pelos prejuízos decorrentes do insucesso.

Percebeu-se assim, que tanto para uma obrigação de meio, como para uma obrigação de resultado, o CDC não fez qualquer exceção à regra prevista no art. 14, § 4º, que expressa o termo “mediante aferição de culpa” deixando claro que a intenção do legislador é a necessidade de culpa do profissional, ainda que seja presumida.

Quanto à responsabilidade civil dos hospitais particulares na prestação de serviços aos seus pacientes (consumidores), admite-se ser objetiva somente nos casos de danos decorrentes de falha de serviços de sua exclusiva atribuição, sinalizando que a responsabilidade civil do médico deve se reportar à análise da culpa, sendo, portanto, subjetiva.

Assim, concluiu-se que apesar do hospital responder objetivamente, tal responsabilidade poderá ser excluída, caso o dano causado ao paciente tenha decorrido unicamente do erro do médico. O hospital também se eximirá do dever de indenizar, demonstrando a ausência de nexo de causalidade entre a atividade do agente e o dano, cessando a responsabilidade quando provado que este adveio de caso fortuito ou força maior, fato de terceiro ou do próprio lesado.

Para garantir o direito de reparação do paciente, faz-se necessário uma apuração minuciosa dos fatos para que o real causador do dano seja responsabilizado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 84, n. 718, ago. 1995.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações. Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DENSA, Roberta. **Direito do consumidor (série leituras jurídicas: provas e concursos)**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.21.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v.3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.3.

GAMA, Hélio Zagheto. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**. 3. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LAGES, Leandro Cardoso. **Direito do Consumidor: a lei, a jurisprudência e o cotidiano**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MICHELIN, Nathana; ZANATTA, Andrea Mignoni. A relação de consumo e a responsabilidade civil na prestação de serviços hospitalares. **PERSPECTIVA, Erechim**. v. 38, n. 142, p. 29-38, junho/2014. Disponível em: < http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/142_416.pdf>. Acesso em 03/01/2017.

RIZZATTO NUNES, Luís Antônio. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. v.4.

| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

ROSSI, Júlio César; ROSSI, Maria Paula Cassone. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: ATLAS, 2011. v.6.

TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: ATLAS, 2006.

TELEMEDICINA E PROTEÇÃO DE DADOS DE SAÚDE

FERNANDA SCHAEFER¹

E será sempre a forma de acesso às informações a marcar O futuro dos processos de centralização e descentralização: Um centralismo que, agrupando em um único lugar as informações E tornando-as acessíveis a todos facilita o conhecimento e a Participação? Ou uma descentralização que, fragmentando a Informação e a reservando a grupos restritos, conduz a Uma substancial privatização do poder?
Stefano Rodotà, 2008

1 INTRODUÇÃO

No dia 06 de fevereiro do Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução n. 2.227/2018 e com ela, imediatamente, várias vozes de diferentes setores se manifestaram apontando inúmeras críticas ao documento. A polêmica resolução tinha por objeto definir e disciplinar a prestação de serviços médicos por meio da telemedicina, aperfeiçoando a genérica Resolução n. 1.643/2002 que já versava sobre o assunto.

Em seus considerandos o Conselho Federal de Medicina reconheceu que o desenvolvimento de novas tecnologias de informação e comunicação auxiliam na aproximação do médico e do paciente, facultando ao profissional a adesão ou não a essas tecnologias. A norma além de autorizar o uso da telemedicina, previa

¹ Pós-Doutora pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Bioética da PUC-PR, bolsista CAPES. Doutora em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná, curso em que realizou Doutorado Sanduíche nas Universidades do País Basco e Universidade de Deusto (Espanha) como bolsista CAPES. Professora e Coordenadora da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Médico e do Curso de Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil EAD do UniCuriitiba. Professora de Direito Civil, Direito do Consumidor e Biodireito do Curso de Direito. Advogada em Curitiba-PR.

e conceituava a teleconsulta (entre médico e paciente), o teleatendimento, a teleinterconsulta (entre dois ou mais médicos), o telediagnóstico, a telecirurgia e a teleconferência do ato cirúrgico, a teletriagem, o telemonitoramento (ou televigilância), a teleorientação e a teleconsultoria, prevendo, ainda, normas quanto aos respectivos registros eletrônicos e responsabilidades pelo uso.

No entanto, em virtude da polêmica a resolução foi revogada, restabelecendo-se a vigência da Resolução n. 1.643/2002. O Conselho Federal de Medicina abriu prazo até 31 de julho de 2019 para o envio de sugestões e o resultado: foram apresentadas mais de mil e quatrocentas propostas de aperfeiçoamento e complementação da norma que, no momento, estão em análise² e serão compiladas por uma Comissão especialmente criada para este fim.

Enquanto o resultado da consulta pública não é apresentado é preciso refletir sobre como será garantida a confidencialidade dos dados do paciente com o uso da telemática em saúde. E o primeiro desafio está justamente em pensar novas tecnologias a partir de velhos paradigmas ou princípios o que, muitas vezes, leva a incompatibilidades irremediáveis. O presente artigo não visa discutir a Resolução revogada, mas, a partir de revisão bibliográfica e normativa propõe-se a tentar conciliar os procedimentos médicos realizados a distância com o princípio da confidencialidade dos dados médicos e o consequente dever do sigilo profissional.

As premissas da telemática em saúde são sedutoras: diminuição das distâncias (desconsideração das barreiras geográficas); a facilitação da troca de informações e de conhecimentos sanitários; a aceleração da tomada de decisões médicas e até o barateamento dos custos, mas a garantia da confidencialidade dos dados deve ser algo inegociável, assim como o é o direito à saúde do paciente. O quadro que ora se apresenta é complexo e, até mesmo, de limites confusos. Grandes mudanças na prática médica ainda estão por vir e com elas debates éticos e jurídicos que exigem a ponderação de interesses diversos, mas que não são necessariamente antagônicos ente si.

² Informações constantes no *site* do Conselho Federal de Medicina. Disponíveis em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28182:cfm-amplia-o-prazo-para-o-recebimento-de-propostas&catid=3:portal>. Acesso em 13 set. 2019.

2 TELEMÁTICA EM SAÚDE: CONCEITO E DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

Não há dúvidas de que as espantosas inovações (bio)tecnológicas vêm provocando alterações importantes não só na prática médica, mas, especialmente nos conceitos de doença e saúde.

Atualmente a saúde é considerada um processo sistêmico de harmonia física, psíquica e social (e já se fala também em espiritual) que compõe a própria noção de vida e isso permite considerá-la um direito social fundamental, individual e coletivo (arts. 6º. e 196, CF³) que abrange as dimensões defensiva, prestacional e promocional.

Mas garantir o direito à saúde em todas essas dimensões revelou-se uma tarefa deveras dispendiosa tanto no setor público quanto no privado. E é nesse contexto, de busca de soluções que garantam redução de custos e maior eficácia no atendimento ao doente, que ano após ano vem popularizando (entre médicos e pacientes) a Medicina a distância.

A Telemática (**telecomunicação**⁴ + **informática**⁵) em Saúde caracteriza-se pela aplicação conjugada dos meios de

³ Art. 6º., CF. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196, CF. 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.

⁴ Telecomunicações, na definição de Ralph M. Stair e George W. Reynolds (2002, p. 172), “referem-se à transmissão eletrônica de sinais para as comunicações, incluindo meios como telefone, rádio e televisão. [...] A comunicação de dados, um subconjunto especializado das telecomunicações, refere-se à coleta eletrônica, ao processamento e à distribuição dos dados – geralmente, entre os dispositivos de hardware do computador. A comunicação de dados é completada por meio do uso da tecnologia de telecomunicação”.

⁵ Informática é a junção dos termos **informação** + **automática**, sendo considerada “a ciência que estuda o tratamento automático e racional da informação”. Termo utilizado pela primeira vez em 1957 pelo alemão Karl Steinbuch, em artigo publicado sob o título *Informatik: Automatische Informations verar beitung* (Informática: Processamento de Informação). Mas o termo se popularizou a partir de 1962 quando foi empregado pelo francês Philippe Dreyfus (*informatique*) na designação da sua empresa “Sociedade de Informática Aplicada” (SIA). Em 1967 a Academia Francesa adotou o termo para designar a “ciência do tratamento da informação” e a partir de

telecomunicação e informática às atividades sanitárias destinadas à promoção, à prevenção e à cura, individual ou coletiva e que permitem a comunicação entre profissionais de saúde ou entre esses e seus pacientes, distantes fisicamente.

A ideia de utilizar os meios de comunicação na prática médica não é recente⁶. Mas, o desenvolvimento da Medicina a distância teve início no final do século XIX com o desenvolvimento tecnológico de meios de comunicação como o telefone e o telégrafo, à época costumeiramente utilizados como simples meio de auxílio diagnóstico. No entanto, foi no século XX que a utilização das telecomunicações mostrou sua verdadeira importância para a Medicina, impulsionando o desenvolvimento da telemática em saúde.

Nas últimas décadas do século XX a prática da Medicina a distância revelou seu grande valor e conquistou significativo espaço com o aperfeiçoamento das novíssimas (e surpreendentes) tecnologias de telecomunicação e informática e, principalmente, com o barateamento dos custos dos equipamentos. Já no século XXI as aplicações da Telemática em Saúde vêm se expandindo e cativando cada vez mais adeptos (médicos, pacientes e profissionais da saúde e autoridades governamentais) que acabam depositando grandes (e nem sempre legítimas) expectativas na tecnologia.

A primeira revolução informática e sua aplicação na área técnica-científica da saúde aconteceu com a invenção e popularização dos microcomputadores na década de 70, o desenvolvimento da telecomunicação e da eletrônica⁷. Com o passar dos anos e o barateamento dos custos as telecomunicações têm apresentado

então o termo se difundiu por todo mundo. (Eduardo Alcalde LANCHARRO, *et al*, 1991, p. 01).

⁶ Se considerada apenas como a utilização de meios de comunicações, pode-se indicar como origem da Medicina a distância: 1) a utilização da voz na Europa em épocas de grandes epidemias. A essa época médicos posicionaram-se à beira de rios, enquanto agentes comunitários posicionavam-se na outra margem trocando informações sobre sintomas e evolução das doenças em suas respectivas regiões; 2) a utilização de cartas para troca de informações e experiências entre médicos, que remonta ao Egito antigo, no qual já circulavam papiros que explicavam os processos de mumificação. 3) A publicação de periódicos médicos. O primeiro deles foi o *Journal de Savans*, fundado pelo francês Denis de Sallo em 1665. Disponível no site

<http://www.virtual.epm.br/material/tis/curr-med/temas/med5/med5t12000/tele/hist_ria_da_telemedicina.html>. Acesso em 10 ago. 2009.

⁷ Maria Tereza Fernandes ABRAHÃO, 1999, p. 22-23.

soluções inovadoras para aproximar pessoas fisicamente distantes, os microcomputadores diminuíram consideravelmente de tamanho (muitos cabendo hoje na palma da mão), aumentando a sua capacidade de armazenamento de dados e, principalmente, utilizando linguagem mais simples, intuitiva e acessível a todas as pessoas, o que tem contribuído para o desenvolvimento dos mais diversos sistemas aplicáveis à área da saúde e para a popularização do seu uso. Afirma o médico Márcio José de Almeida (2001, p. 01) que

As relações da tecnologia – entendida como o conjunto de conhecimentos, especialmente científicos, aplicados a um determinado ramo de atividade – com a medicina nunca foram tão intensas como nos últimos 20 anos. Hoje a tecnologia desempenha papel fundamental na prática da medicina. Diagnósticos e procedimentos, clínicos e cirúrgicos, vêm ganhando rapidez e qualidade.

No Brasil, especialmente a partir de 1988, vários projetos de informática na área de saúde começaram a ser desenvolvidos com maior incentivo financeiro, pois se evidenciou a sua importância para a melhoria da qualidade de vida e prestação de serviços de saúde.

Desde então, a cada dia e em diferentes regiões do Brasil, diversos projetos estudam a possibilidade de usar tecnologias de comunicação e informática para melhorar a atenção à saúde individual e coletiva e, principalmente, diminuir as distâncias num país cuja extensão territorial é continental. Essas iniciativas ganham cada vez mais projeção e confirmam o valor da aliança entre Medicina e Informática na busca da melhor qualidade de vida.

O impacto de toda essa revolução tecnológica na Medicina é inquestionável. Novas técnicas de produção de imagens diagnósticas, de monitoramento de pacientes, de troca de informações médicas, de coleta e análise de dados, desenvolvem-se a cada ano, agilizando o diagnóstico, auxiliando na terapia, permitindo uma recuperação mais rápida e menos traumática dos pacientes e, principalmente autorizando a realização de políticas públicas de saúde mais personalizadas (em conformidade com as necessidades regionais). Pode-se, assim, notar que o uso das tecnologias de comunicação na área de saúde é a promessa de grandes avanços na prática médica tanto naquela destinada a pacientes individuais quanto naquela voltada à saúde pública.

O Brasil é um grande consumidor de novas tecnologias, principalmente aquelas aplicáveis à área de saúde, mas ainda são poucos os sistemas de Medicina a distância em pleno funcionamento. E, por estar ainda em desenvolvimento, não há um conceito uniforme com relação a essa nova vertente da Medicina.

Muitos dos conceitos acabam confundindo objetivos e técnicas utilizados na prática da Medicina a distância, em especial a Telemedicina⁸, com a própria definição de Telemática em Saúde, como por exemplo, o conceito constante na Declaração de Tel Aviv sobre Responsabilidade e Normas Éticas na Utilização da Telemedicina, firmada em 1999, pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, no seu item 1, parte final, que define Telemedicina como

[...] o exercício da Medicina a distância, cujas intervenções, diagnósticos, decisões de tratamentos e recomendações estão baseadas em dados, documentos e outra informação transmitida através de sistemas de telecomunicação.

Na mesma confusão conceitual, incorre a Resolução n. 1.643/2002, do Conselho Federal de Medicina (CFM), que define em seu art. 1º a Telemedicina como “o exercício da Medicina através da utilização de metodologias interativas de comunicação audio-visual [sic] e de dados, com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em Saúde”. Na realidade, este é o conceito de Telessaúde e não propriamente de Telemedicina como se verá mais adiante.

Redação semelhante foi mantida pela revogada Resolução n.2.227/2018 que definia no art. 1º. “a telemedicina como o exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, educação, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde”. Nota-se que a resolução manteve a confusão conceitual já existente no instrumento anterior.

Redigem-se ainda outros dois conceitos que mais se aproximam do conceito de Medicina a distância do que propriamente ao de Telemedicina (como fazem referência): na visão de Adilson YuujiHira (*et al*, 2001, p. 01) “a telemedicina é definida como

⁸ Sinônimo de Telemedicina é o termo Biotelemetria, expressão menos conhecida e pouco difundida.

armazenamento, transmissão e/ou manipulação de informações a distância, através de meio eletrônico, para suporte e auxílio à prática médica e aos serviços de saúde”.

E para a Organização Mundial da Saúde,

Telemedicina é a prestação de cuidados de saúde em situações em que a distância é um fator crítico, por qualquer profissional de saúde usando tecnologias de informação e de comunicações para o intercâmbio de informação relevante para o diagnóstico, tratamento e a prevenção da doença e danos físicos, pesquisa e avaliação, e para a formação continuada dos prestadores, subordinada a objetivos de melhoria da saúde dos indivíduos e das comunidades.

Como não há um conceito uniforme, para os fins do presente estudo, adotar-se-á o entendimento amplo e geral de que a Medicina a distância é o exercício da Medicina combinada com recursos avançados de informática e telecomunicações (Telemática em Saúde) que possibilitam o diagnóstico, o tratamento e a acompanhamento de pacientes distantes fisicamente dos médicos, bem como, permitem a educação, o controle epidemiológico, a coleta de dados e a troca de informações entre agentes de saúde e médicos, entre outras inúmeras utilidades.

A Medicina a distância é o esforço médico e biotecnológico que envolve profissionais da saúde e pacientes distantes fisicamente com objetivos diversos de curar, tratar, prevenir, diagnosticar, educar ou melhorar a qualidade de vida, com base em troca de informações digitalizadas por meio de sistemas modernos de telecomunicação e informática, que devem contar com alta resolução de dados, imagens e sons e, principalmente, confiabilidade e confidencialidade. Varia, portanto, com relação às suas finalidades (Telemedicina ou Telessaúde), objetivos esses que serão fixados pelas instituições e pelos profissionais que pretendem utilizar e desenvolver esses sistemas.

A adoção de sistemas de Medicina a distância não deve, em hipótese alguma, substituir a relação pessoal entre médico e paciente e a observação terapêutica; devem ser utilizados como meios complementares e não como substitutos da Medicina tradicional e, principalmente, não devem ser empregados como meios de

mercantilização da Medicina e de incentivo à dissociação entre a pessoa-fonte e seus dados clínicos. Devem, sim, serem entendidos como forma de promoção da saúde, da qualidade de vida individual e coletiva, método de ensino médico e difusão do conhecimento que visam promover o desenvolvimento social e não apenas refletir as necessidades de mercado.

2.1 TELE-SAÚDE (TELESSAÚDE): CONCEITO E ALCANCE

Didaticamente, podem-se dividir as finalidades da Telemática em Saúde em dois grandes grupos (espécies) que reúnem uma multiplicidade de técnicas de Medicina a distância que variam conforme o seu objetivo. Ensina Daniel Sigulem (2002, p.1) que

Genericamente a Telemática (telecomunicação + informática) em Saúde é a utilização dos serviços de saúde a distância, para promover a saúde global, educar e controlar doenças. Dependendo da finalidade são também utilizados o termo Tele-Saúde (Telehealth), quando a telemática está orientada para o campo da gestão da Saúde Pública e, com maior frequência, Telemedicina (Telemedicine), quando orientada aos aspectos clínicos.

Adotando-se essa orientação didática⁹ tem-se, então, dois grandes grupos: primeiro grupo é denominado Telessaúde que engloba todas as ações de Medicina a distância voltadas à prevenção de doenças (Medicina preventiva), educação e coleta de dados e, portanto, direcionadas a uma coletividade, a políticas de saúde pública e disseminação do conhecimento. E o segundo grupo é chamado Telemedicina, que abarca toda a prática médica a distância voltada para o tratamento e diagnóstico de pacientes individualizados (identificados ou identificáveis).

No grupo denominado Telessaúde as ações são voltadas para a saúde coletiva, ou seja, permitem a educação médica a distância, a coleta de dados sobre saúde de populações isoladas pela distância, o aprimoramento de profissionais de saúde que podem ficar em contato

⁹ Ainda não há um padrão terminológico globalmente definido e, por isso, confusões conceituais na nomenclatura de diversos procedimentos são comuns.

com técnicas, diagnósticos e tratamentos inovadores o que permite um melhor direcionamento da chamada Medicina preventiva e a constante atualização de dados estatísticos e das políticas nacionais e regionais de saúde, bem como, o controle epidemiológico. Os procedimentos mais utilizados pelas redes de Telessaúde são: teledidática; telefonia social; comunidades; bibliotecas virtuais e videoconferências; aplicativos didáticos para *smartphones*; e mais recente inteligência artificial (*machine learning*).

2.2 TELEMEDICINA: CONCEITO E ALCANCE

Embora alguns autores considerem Telemática em Saúde e Telemedicina sinônimos (unitermos), são expressões que não se confundem. A Telemedicina é espécie do gênero Telemática em Saúde e engloba procedimentos médicos a distância destinados à Medicina curativa, ou seja, direcionados a pacientes individualizados (perfeitamente determinados) ou individualizáveis.

André Luiz Ramires Seabra (2001, p. 01) define a Telemedicina

como a combinação das tecnologias de informática, robótica e telecomunicações com a proficiência médica, provendo condições de enviar e receber informações e realizar procedimentos. Essa combinação objetiva viabilizar ações médicas em que os profissionais e pacientes não estão fisicamente e/ou temporalmente próximos.

A *American Telemedicine Association (ATA)* define Telemedicina como “o uso de informação médica veiculada de um local para outro, por meio de comunicação eletrônica, visando à saúde e educação dos pacientes e do profissional médico, para assim melhorar a assistência à saúde”¹⁰.

¹⁰ Disponível no site
<<http://www.americantelemed.org/i4a/pages/index.cfm?pageid=1>>. Acesso em 11 ago. 2009.

A *Telemedicine Information Exchange (TIE)* define a Telemedicina

como a transferência de dados médicos eletrônicos de um lugar para outro. Esta transferência de dados médicos pode utilizar uma variedade de tecnologias de telecomunicações, que inclui, mas não está limitada a linhas telefônicas comuns, ISDN, T-1's fracionadas ou plenas, a Internet, as Intranets e satélites¹¹.

A *NASA (National Aeronautics and Space Administration)* conceitua Telemedicina como “o intercâmbio de imagens médicas e transmissão de dados para fornecer melhores cuidados de saúde para as pessoas em regiões remotas ou medicamente subatendidas”¹².

Ricardo Maceratini e Renato Sabbatini (2001, [s.p.]) definem Telemedicina como “a utilização de recursos de Telemática (redes de computadores conectados por meios de telecomunicação) para transmissão de dados biomédicos e para o controle de equipamentos biomédicos a distância”.

Javier Sánchez-Caro e Fernando Abellán (2002, p. 02) entendem a Telemedicina como a

*Realización de una actividad sanitaria propia de situaciones en las que se produce un problema de distancia física entre el facultativo y el paciente. En una línea conceptual parecida el doctor G. Tangalos la define como el proceso por el que la comunicación electrónica, visual u oral es empleada para 1) proporcionar soporte diagnóstico y consultivo a los facultativos en lugares remotos; 2) asistir en la prestación, o proporcionar ésta directamente, de servicios médicos a los paciente en lugares remotos; 3) mejorar o pulir las habilidades y conocimientos de servicios médicos en zonas remotas*¹³.

¹¹ Disponível no site <<http://tie.telemed.org/homehealth/>>. Acesso em 11 ago. 2009.

¹² Disponível no site <<http://www.sti.nasa.gov/tto/spinoff1996/27.html>>. Acesso em 11 ago. 2009.

¹³ Tradução livre: “realização de uma atividade sanitária própria de situações nas quais se produz um problema de distância física entre o médico e o paciente. Em uma linha conceitual parecida o Doutor G. Tangalos a define como o processo pelo qual a comunicação eletrônica, visual ou oral é empregada para 1) proporcionar suporte diagnóstico e consultivo a médicos em lugares remotos; 2) auxiliar na prestação, ou proporcioná-la diretamente, de serviços médicos a pacientes em lugares remotos; 3) melhorar ou polir as habilidades e conhecimentos de serviços médicos em zonas remotas”.

Como se pode notar são conceitos bastante amplos e genéricos, mas que são suficientes para identificar um dos objetos do presente estudo, ou seja, sistemas que coletam, armazenam, processam, recuperam e comunicam dados sobre os pacientes identificados ou identificáveis. São sistemas que pretendem disponibilizar atendimento médico, com um custo relativamente baixo e em tempo bastante rápido, para pacientes em todo mundo ou em regiões afastadas de grandes centros médicos. Por isso, afirma Paulo Roberto B. Barbosa (2000, p. 122) que

Especula-se que o maior impacto da telemedicina estaria na possibilidade de melhorar a qualidade e aumentar a eficiência do atendimento médico, além de expandi-lo a populações remotas, localizadas em áreas rurais e em países subdesenvolvidos, onde as condições de prática são limitadas pelo pequeno número de profissionais empenhados.

Os procedimentos mais utilizados pelas redes de Telemedicina são: teleconsulta ou consulta em conexão direta; teleatendimento; telepatologia; telerradiologia (Resolução n. 2.107/2014); telemonitoramento ou televigilância (*homecare*); telediagnóstico; teleconferência; telecirurgia; teleterapia; sistemas de apoio à decisão; aplicativos de atendimento para *smartphones*.

Nota-se, portanto, que a utilização da Telemática em Saúde em qualquer de suas espécies exige, a fixação de normas relativas à transmissão dos dados, normas técnicas de trabalho e capacitação profissional, além de normas de vigilância e controle dos sistemas dentro, é claro, dos limites jurídicos fixados pela legislação vigente.

Se, por um lado a Telemática em Saúde pode ajudar a melhorar o atendimento aumentando os benefícios, a eficiência e a eficácia da atenção à saúde¹⁴, agilizando os registros, facilitando o

¹⁴ Nesse sentido R. Nistri e Oreste Terranova (2005, p.01) destacam que "*infatti, le attuali moderne vedute del technology assessment prendono in considerazione non solo gli aspetti economici ma anche quelli riguardanti i benefici, l'efficienza, l'efficacia, l'utilità, ovvero un insieme di raffronti tendenti ad innalzare ed a migliorare la qualità di cura e di servizio*". Tradução livre: "de fato, as atuais tecnologias não levam em consideração apenas os aspectos econômicos, mas também os benefícios, a eficácia, a utilidade, ou seja, um conjunto de fatores tendentes a aumentar e melhorar a qualidade do atendimento e do serviço".

acesso à informação, diminuindo custos a médio e longo prazo, reduzindo tempo e gastos com transporte de pacientes, possibilitando uma vigilância epidemiológica mais eficaz, ampliando a troca de informações e a cooperação entre especialistas e pesquisadores. Por outro, pode também significar sérios riscos aos pacientes se alguns cuidados, fiscalizações e avaliações periódicas de sua qualidade, segurança, eficiência e, especialmente, confidencialidade não forem tomadas.

Por isso, ao regular a prática médica a distância, é importante que os parâmetros legais, bioéticos e deontológicos, sejam flexíveis o suficiente para permitir a incorporação das novas tecnologias à prestação de serviços de saúde, mas também rígidos o suficiente para garantir a proteção da saúde individual e coletiva, valorizando-se princípios como da dignidade da pessoa humana, veracidade, confidencialidade, privacidade, autodeterminação, confiança (fidelidade) e transparência.

3 TELEMEDICINA E PROTEÇÃO DE DADOS CLÍNICOS

Os novos conhecimentos sobre o corpo humano e as potencialidades anunciadas pela (bio)tecnologia afetam a capacidade preditiva e a possibilidade de intervenção da Medicina, promovendo uma constante despersonalização e desagregação da pessoa-fonte e seus dados clínicos¹⁵, trazendo novos questionamentos que se contrapõem à noção clássica do princípio da confidencialidade.

¹⁵ Não se deve confundir informações em saúde com dados clínicos. Aquelas são compostas por noções amplas formuladas a partir de estatísticas, censos, etc.; estes são a representação de informações obtidas de uma determinada pessoa, sobre a qual se aplica a noção de confidencialidade. Tem-se por dados médicos, em sua ampla concepção, dados pessoais no âmbito sanitário que são capazes de revelar o estado (passado, presente e/ou futuro) de saúde física e psíquica de seu titular, bem como, cuja divulgação possa fazer surgir uma condição físico-psíquica capaz de conduzir à discriminação ou causar prejuízo ao seu titular, familiares ou pessoas próximas. Ressalte-se, que essa definição é tomada com fins meramente didáticos, uma vez que não pode ser tomada por satisfativa, pois incapaz de enumerar exaustivamente o que se pretende por dados médicos (ou referentes à saúde), já que demasiadamente ampla (assim como amplo é o próprio conceito de saúde). Além disso, caso se optasse por um conceito restrito ou fechado, sem dúvida, acabar-se-ia colocando em risco não só a própria noção de direito à saúde, como o direito à privacidade e à autodeterminação informativa, uma vez que acabariam

A relação médico-paciente chega ao século XXI inserida na Sociedade de Informação, modo de organização social e econômico que impõe a incessante busca pela comunicação. Nesse contexto, o corpo humano passa a ser considerado um sistema amplo e importante de valiosas e cobijadas informações que possuem crescente valor econômico e que agora, poderiam (pela lógica do mercado) ser dissociadas do sujeito a quem pertencem independente dos fins.

Por isso, os dados clínicos, antes considerados de interesse meramente particular, passam a ser científica, política e economicamente desejados, fazendo crescer não apenas a preocupação com a sua proteção, mas também as causas que justificam o seu acesso por autoridades públicas e até mesmo por terceiros (considerados interessados).

A digitalização do corpo humano provoca sua maior exposição e, por consequência, produz questionamentos quanto à valorização econômica das informações obtidas com base em dados clínicos identificados ou identificáveis. Justamente para evitar a absoluta mercantilização do corpo humano é que se propõe o redimensionamento da intimidade, atribuindo-se ao paciente o direito à autodeterminação informativa. Afirma Stefano Rodotà (2004, p. 97) que

A proteção dos dados constitui, atualmente, um dos aspectos mais significativos da liberdade das pessoas. Não é uma ideia abstrata de liberdade a ser tomada em consideração, assim como não foi desencarnada a ideia de pessoa à qual as garantias devem referir-se. Se parece reducionista e perigosa uma formulação que leve a concluir que 'nós somos os nossos dados', é indubitável porém que o nexo entre corpo, informações pessoais e controle social pode assumir contornos dramáticos, a ponto de fazer evocar de imediato o respeito à dignidade da pessoa, o qual impõe uma interpretação particularmente rigorosa do princípio da estrita necessidade na coleta e no tratamento de informações, no sentido de que somente se deve recorrer a dados capazes de identificar um sujeito quando este recurso for a única forma de alcançar tal finalidade.

sendo excluídas diversas situações decorrentes da própria evolução tecnológica ou da mudança de destinação de vários dados inicialmente ou isoladamente não considerados como dados de saúde.

Dessa forma, impõe-se ao direito à privacidade um significado mais amplo e funcional e que representa um dos paradoxos da Sociedade da Informação: “a privacidade é fortalecida com o objetivo de assegurar uma ampla liberdade de atuação na esfera pública”¹⁶. Deixa a privacidade de ter um caráter eminentemente negativo (direito a estar só e ao segredo de informações pessoais), para abarcar agora uma dimensão positiva que contém o direito ao controle das informações pessoais (autodeterminação informativa), direito que se realizará ao lado do direito de reserva, no direito à informação; no respeito à autonomia (necessidade do consentimento esclarecido); no direito à impugnação de valorações negativas baseadas exclusivamente em dados armazenados; no direito de acesso, oposição, retificação e cancelamento e na reciprocidade de vantagens.

Assim, o direito à privacidade é, hoje, garantidor da autodeterminação informativa, direito fundamental que certamente engloba outros aspectos da personalidade como a igualdade (garantia contra a discriminação decorrente da classificação de dados sensíveis) e a liberdade (garantia contra restrições injustamente impostas a partir da análise de dados sensíveis).

É nesse contexto, que a prática médica, agora fortemente influenciada pelas tecnologias de telecomunicações e informática (telemática) começa a ganhar novos contornos que exigem o redimensionamento de diversos valores éticos e jurídicos, que visem, primordialmente, a tutela da dignidade da pessoa humana.

É evidente que as novas tecnologias, regra geral, são bem-vindas e extremamente importantes para a preservação, promoção e recuperação da saúde humana e para o desenvolvimento social, mas deve-se ter em mente que os procedimentos médicos realizados a distância não podem ser tidos como absolutos e insuscetíveis a falhas e, principalmente, necessitam de constante controle e fiscalização porque, em especial, utilizam e constituem bases de dados considerados sensíveis. Os exames e sintomas clínicos devem continuar sendo observados conforme afirma o médico Luiz Venere Décourt, citado pelo também médico Paulo Bezerra de Araújo Galvão (2001, p. 06),

¹⁶ Danilo DONEDA, 2009, p. 103.

| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

Acredito que não haverá momento algum em que a propedêutica perderá seu lugar. Apesar desses equipamentos serem mais sofisticados, mais precisos, mais úteis, serão sempre um complemento e não um substituto. A propedêutica inicia-se com a inspeção do paciente; é o início da abordagem, da preparação terapêutica, com a meta de um futuro mais sadio. Evidentemente, esses procedimentos se apoiam em dados fornecidos pelos equipamentos, mas embasados no real conhecimento da pessoa que sofre. É uma verdade evidente que cada pessoa se caracteriza por sua individualidade, com aspectos singulares que a diferenciam da coletividade. Isso é cada vez mais avaliado pelos trabalhos da genética molecular, que evidenciam as características pessoais. Os equipamentos serão cada vez mais precisos, porém sempre um complemento à propedêutica.

Por isso, ainda que diante de toda essa tecnologia, deve-se compreender que a história clínica é o documento mais importante gerado na relação médico-paciente. Trata-se de documento básico que compila toda a informação assistencial, do qual não se pode prescindir. O direito à história clínica e o segredo a ela imposto devem ser considerados direitos fundamentais do enfermo e que diante das novas tecnologias clamam por especial proteção uma vez que composta por dados considerados sensíveis.

Dessa forma, a utilização dos dados médicos deve ser sempre feita de maneira limitada à persecução de um determinado fim (esclarecido ao titular dos dados), que indubitavelmente estará limitado pela dignidade da pessoa humana. Desse ponto de vista, a dimensão informativa e documental do direito à saúde pode ser garantida por alguns direitos conferidos ao paciente (ou a seus responsáveis), como, por exemplo,:

- a) de ser informado sobre os serviços sanitários disponíveis e sobre os requisitos para ser por ele atendido;
- b) a confidencialidade de toda informação relacionada com seu atendimento sanitário;
- c) de ser advertido se o procedimento (diagnóstico ou terapêutico) a ser aplicado é experimental ou não e de com (dis)concordar;
- d) de se submeter a procedimentos que não provoquem riscos adicionais a sua saúde;
- e) de lhe ser designado um médico que será considerado responsável pelo seu acompanhamento e fará a comunicação entre o paciente e a equipe que lhe assiste;
- f) a participar de comunidades sanitárias;
- g) a utilizar as vias de reclamação administrativas e judiciais; bem como apresentar sugestões;
- h) a escolher o médico, quando houver essa possibilidade;
- i) a obter medicamentos e produtos sanitários necessários à promoção,

cura e prevenção de doenças; k) de consentir (ou não) com a disponibilização de seus dados para fins de pesquisa¹⁷.

Por estarem compostos por uma gama muito grande de informações pessoais especialmente qualificadas (pois capazes de revelar íntimos segredos) os dados referentes à saúde gozam de particular proteção, uma vez que afetam os aspectos mais íntimos da personalidade e forçam o indivíduo a lidar com sua própria individualidade (relacionada diretamente à própria personalidade). Por isso, à história clínica do paciente se impõe o dever de confidencialidade, obrigação que por sua própria natureza não pode ser considerada absoluta, podendo em alguns casos (doenças infectocontagiosas, epidemias, etc.) ser relativizado por questões de necessidade pública.

Por sua natureza, portanto, os dados de saúde considerados sensíveis não podem ser tratados (recolhidos, elaborados, transmitidos e conservados) automaticamente, a menos que sejam previstas garantias legais para essas situações ou consentimento expresso e específico de seu titular. A mera proibição legal de coleta e tratamento desses dados não é aconselhável pelo simples fato de existirem situações em que a utilização desses dados será considerada legítima e necessária.

3.1 CONFIDENCIALIDADE DE DADOS CLÍNICOS E TELEMEDICINA

A ideia de confidencialidade na relação médico-paciente tem origem no juramento dos médicos peripatéticos da Grécia antiga e tinha por principal objetivo incentivar que os pacientes consultassem com profissionais que eram itinerantes¹⁸. Por isso, a ideia inicial do segredo profissional tinha viés nitidamente econômico, ou seja, fazer com que pessoas depositassem confiança em profissionais que nunca haviam visto antes, entregando-se plenamente ao tratamento. Por algum tempo, esse viés econômico ficou em segundo plano

¹⁷ Pablo Lucas Murillo DE LA CUEVA, 2006, p. 26.

¹⁸ Javier Sánchez-Caro e Jesús Sánchez-Caro (2001, p. 62) acreditam que embora se possa identificar esse viés econômico, os médicos gregos, ao jurar manter a confidencialidade perante Apolo e Esculápio, realmente acreditavam na importância do segredo para a relação médico-paciente.

privilegiando-se valores mais humanistas. Mas hoje parece estar sendo retomado pelo mercado como forma de garantir acesso à matéria-prima (dados clínicos) tão importante para as empresas que desenvolvem produtos e oferecem serviços biotecnológicos.

Assim, a finalidade econômica da confidencialidade, ressurgiu com força total no final do século XX quando a tecnologia e as necessidades mercadológicas passam a ‘despersonalizar’ a relação médico-paciente, a desagregar a pessoa-fonte e seus dados clínicos e as descobertas da genética, fazendo surgir novos dilemas.

Novamente os pacientes necessitam confiar em profissionais que nunca viram antes e, dependendo da situação, não serão mais posteriormente vistos; precisam acreditar que seus dados, independente do número de pessoas (auxiliares no atendimento à saúde) que tenham com eles contato, ou da forma como será feita a coleta e armazenamento, não serão aleatoriamente divulgados sem seu consentimento ou que não serão indevidamente utilizados em pesquisas; necessitam se entregar com confiança até mesmo a profissionais com quem não terão contato pessoal (procedimentos médicos realizados a distância) e, daí, a necessidade de se renovar os ideais da confidencialidade.

O segredo¹⁹ profissional médico é o reconhecimento, pela lei, de valores que necessitam ser protegidos pelo selo do sigilo, constituindo não apenas um direito individual, mas também tutelado como um interesse social.

Portanto, segredo é o que não deve ser revelado e sigilo é o laque que atribui a qualidade de secreto. Assim, aos médicos (confidentes necessários²⁰), justamente por criarem circunstâncias que

¹⁹ A origem do termo segredo é controversa. Afirma-se que provém do latim *secenere* no particípio *secretum* que significa reservado, escondido. Já sigilo, vem do termo *sigillum* que significa marca, sinalzinho, selo. Fato é que segredo e sigilo não se confundem, embora sejam termos comumente utilizados como sinônimos. Destaca Marcus Cláudio Acquaviva, citado por Marco Antonio de Barros (1996, p. 423-441) que “o segredo é o fato que se pretende desconhecido em nome da ordem pública, e sigilo é o meio, o instrumento de que se servem os interessados para manter íntegro o desconhecimento de tal fato. Com o rompimento do sigilo opera-se a revelação do segredo”.

²⁰ São confidentes necessários todas as pessoas cujo exercício profissional suscite e exija a confiança de terceiros que, nela apoiados, revelarão fatos referentes à sua intimidade (Marco Antonio de BARROS, 1996, p. 430).

inspiram confiança, é imposto o dever de sigilo, independente da relação ter sido intermediada por novas tecnologias ou não.

O dever de sigilo não deve e não pode ser considerado absoluto na sociedade contemporânea sob pena de prejudicar terceiros e até mesmo a ordem social. Portanto, a confidencialidade dos dados médicos não pode ser tida como um bem em si mesmo, ou apenas intimamente ligada à privacidade, uma vez que se realiza como importante princípio médico (moral e jurídico) que se justifica por sua contribuição para melhorar a relação facultativo-paciente, trazendo consigo o respeito à autodeterminação, à intimidade e à dignidade do enfermo²¹, a realização do direito à saúde e à manutenção da harmonia social.

Pode-se, então, identificar no segredo médico, dois importantes elementos: um de ordem objetiva que é o fato não revelável e outro de ordem subjetiva que está na própria relação entre médico e paciente. O objeto do segredo médico, dessa forma, não é apenas aquilo que o paciente confiou ao facultativo, mas também, tudo aquilo que o médico é capaz de deduzir ao realizar a anamnese ou analisar exames e demais dados clínicos, bem como, as informações que teve acesso por outros meios ou por interpostas pessoas. Assim, na prática médica, o sigilo profissional abrange

Informações divulgadas no curso da prática profissional, as que são fornecidas pelo doente ou por seus parentes e também as que são dadas por outros profissionais. Essas informações cobrem um amplo espectro que vai das informações ligadas ao motivo da consulta até as que não têm relação direta com a doença. Entre esses dois extremos existe, evidentemente, uma zona cinza em que reina a incerteza sobre a obrigação de guardar segredo. (Guy DURAND, 2003, p. 199).

O dever de sigilo profissional não é apenas uma obrigação ética determinada pelo do Código de Ética Médica (Resolução n. 2.217/2018); mas é também dever jurídico que pode decorrer de imposição legal (arts. 153 e 154, CP; art. 21, CC) ou de disposição contratual.

²¹ Os próprios princípios bioéticos utilitaristas: não-maleficência, beneficência, justiça e autonomia; e o princípio bioético personalista de defesa da pessoa humana, justificam a relatividade conferida ao segredo médico na sociedade contemporânea.

Pode-se, então, afirmar que o segredo profissional é o reconhecimento pela lei de valores (não apenas interesses privados) que necessitam ser preservados pelo sigilo. Assim, tendo a informação sido obtida em decorrência da atividade profissional, deve o médico considerar: que só deve obter os dados necessários para o exercício de sua profissão e, por consequência, não revelar o que soube, salvo por imposição legal ou judicial, fazendo valer o ditado popular “empreste seus ouvidos às palavras, mas não forneça suas palavras a outros ouvidos”. Destaca Cláudio Cohen (2002, p. 194) que,

Sem sombra de dúvida o segredo pressupõe um tipo de relação social muito particular; de um lado está um indivíduo que necessita revelar algum fato importante e íntimo²² e de outro estará aquele indivíduo confiável que se dispõe a escutar e a guardar esse segredo, mas que terá tanto que suportar o ônus do conhecimento obtido quanto o fato de saber o segredo lhe dará também poder sobre a fraqueza de quem revelou o segredo. Socialmente o segredo é um acordo tácito entre pessoas, que se baseia em três princípios fundamentais: confiança, privacidade e veracidade.

Assim, no segredo profissional

o adjetivo limita o âmbito de aplicação do substantivo ao fato da revelação proibida por lei, conhecido em razão de confiança recebida no exercício regular de trabalho específico, em profissão regulamentada (Walter CENEVIVA, 1996, p. 21).

O sigilo, portanto, é o selo que garante a inviolabilidade das informações obtidas em decorrência do exercício profissional. Reconhece-se, dessa forma, no segredo profissional: o direito da pessoa que o detém (direito intimamente ligado aos direitos de personalidade); o direito da pessoa à qual o segredo se refere; direito-

²² Mesmo sabendo que não existe melhor forma de guardar um segredo do que não o revelando!

dever de não revelar, salvo justa causa²³ ou dever legal²⁴; o próprio direito à saúde e interesse social na proteção da confiança nas relações contratuais.

Fato é que, a simplicidade da formulação hipocrática se perdeu dentro da complexidade da sociedade hodierna e, mesmo que se reconheça esse viés econômico da confidencialidade, ela continua sendo um valor (jurídico, ético e social) importante para o relacionamento entre facultativo e enfermo. A dificuldade está, portanto, em determinar qual é o alcance desse direito-dever. Ensina Guy Durand (2003, p. 196-197) que

O termo 'confidência' designa uma declaração feita em segredo ou sob o signo do segredo. O termo confidencialidade é um pouco mais amplo: designa o caráter do que deve permanecer secreto, seja porque a informação foi obtida por confidência, seja porque ela se refere a uma coisa que, por sua natureza, deve permanecer secreta.

Assim, continua o autor,

o princípio da confidencialidade ou a obrigação ao sigilo profissional designa portanto a obrigação ética para os profissionais do mundo da saúde de guardar para si mesmos o que ficaram conhecendo (viram ou ouviram) no exercício de suas funções.

Por isso, afirma-se que é o segredo que torna confiável a relação entre médico e paciente, devendo ser considerado um dever *prima facie* pela própria importância de suas justificações.

²³ A justa causa se identifica como “justo impedimento de manter o sigilo, ou com a existência da necessidade de confidência, ela só pode ser aquilatada no caso concreto. Incluem-se obrigatoriamente neste rol o estrito cumprimento do dever legal, o estado de necessidade e a própria legítima defesa do confidente” (Marco Antônio de BARROS, 1996, p. 427). A justa causa é um conjunto de exceções reconhecido ética e juridicamente que autorizam a quebra do sigilo profissional, reduzindo, sobremaneira a esfera protegida pelo segredo.

²⁴ Vide, por exemplo, o art. 269, Código Penal. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A confidencialidade, dessa forma, decorre de uma exigência social e ética que informará não só a relação entre confidentes, mas também, face a terceiros que deverão, via de regra, respeitar o segredo²⁵. Trata-se, ainda, de um direito do paciente em controlar o acesso à sua informação pessoal o que lhe confere nítida natureza pública, qual seja, preservar o direito à saúde e impedir que dados médicos sejam utilizados como forma de exclusão social (como já o foram por tantas vezes na História da humanidade).

Assim, do ponto de vista utilitarista o princípio da confidencialidade está intimamente ligado à autonomia do paciente e à clássica e estanque distinção entre esfera pública e esfera privada. Daí se entender que a confidencialidade, como foi concebida (imaginada), é anacrônica²⁶, ou seja, na atual sociedade representa mais uma conveniente ficção frequentemente não observada pelos profissionais da área de saúde e pelos próprios pacientes²⁷ e que, aparentemente, não causou o alegado colapso da profissão conforme prenunciado por aqueles que defendem o segredo médico como uma necessidade absoluta.

O entendimento de que a confidencialidade (embora ainda seja importante para a prática médica atual) não pode mais ser entendida no sentido em que foi concebida decorre de fatores como: o grande número de profissionais da área de saúde que participam do

²⁵ Alguns autores trabalham com os graus de confidencialidade de acordo com o tipo de informação prestada: sigiloso, estritamente confidencial, etc. Certo é que uma informação médica é, em regra sigilosa, sendo a divulgação dos dados clínicos aceita apenas excepcionalmente (autorização do paciente; determinação legal ou judicial ou até mesmo razões sociais), como se visto adiante.

²⁶ Mark Siegler (2008, p. 597), em 1982, já afirmava ser um conceito decrépito porque o que médico e paciente entendem ser por confidencialidade já não existe mais, justamente em face do número de profissionais que têm contato com os documentos clínicos de um paciente, enquanto internado em instituição hospitalar.

²⁷ Nesse sentido, afirmam Tom L. Beauchamp e James F. Childress (2009, p. 303) que “[...] *some commentators ridicule these confidentiality rules as little more than a convenient fiction, publicly acknowledged by health care professionals and their professional organizations, but widely ignored and violated in practice. We agree that, unless there is a medical culture that values the protection of health information, the rules are merely ceremonial*”. Tradução livre: “alguns ridicularizam estas regras de confidencialidade tratando-as mais como uma conveniente ficção publicamente defendida por profissionais da área de saúde e suas associações profissionais, mas amplamente ignoradas e violadas na prática. Concordamos que, a menos que haja uma cultura médica que valoriza a proteção de informações de saúde, as regras são meramente cerimoniais”.

atendimento ao paciente²⁸; companhias farmacêuticas e de patologias realizam grandes e numerosos testes que acabam revelando informações sensíveis²⁹; os dados médicos são colhidos e arquivados em meios eletrônicos que, assim como os tradicionais prontuários médicos, nem sempre gozam de total proteção contra acessos indevidos. Assim, o Juramento de Hipócrates e sua previsão de confidencialidade, nesse contexto, *“has become old, worn-out, and useless”*³⁰, sendo o ‘silêncio’ meramente aparente.

Não há dúvidas, no entanto, que a relação médico-paciente exige confiança entre as partes e, essa confiança, só pode ser garantida pelo mínimo compromisso de se manter em sigilo (como regra) o que foi revelado durante uma consulta médica ou na coleta de dados clínicos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A telemática em saúde é hoje indissociável da Medicina e para que o Direito não permaneça cego e surdo diante desse cenário é necessário que realize novas valorações éticas que possam levar à construção de princípios que consigam acompanhar a evolução biotecnológica e que proporcionem a integral proteção da pessoa humana e dos aspectos de sua personalidade (como, por exemplo, a tutela dos dados clínicos e informações que deles podem ser obtidas).

Na busca da proteção adequada e da imposição de limites qualitativos às práticas médicas e científicas, aparecem as mais diferentes propostas de regulação, muitas vezes pensadas a partir de

²⁸ Mark Siegler (2008, p. 597) em levantamento realizado em 1982 apontou que entre 25 e 100 profissionais têm acesso aos dados de saúde de pacientes internados em hospitais, dividindo-se esses números em: 6 médicos; 12 auxiliares; 20 enfermeiros; 6 fisioterapeutas respiratórios; 3 nutricionistas; 2 farmacêuticos clínicos; 15 estudantes; 4 secretárias; 4 empregados do setor financeiro; 4 revisores (auditores, peritos, etc.).

²⁹ Antes mesmo da publicação da Lei n. 11.903/09 as empresas farmacêuticas multinacionais já captavam (sem consentimento do titular) 15% dos dados constantes em aproximadamente 35 milhões de receituários médicos brasileiros! Disponível no site <<http://portal.rpc.com.br/jl/online/conteudo.phtml?tl=1&id=829982&tit=Laboratorios-captam-15-dos-dados-de-receitas-medicas>>. Acesso em 20 nov. 2008.

³⁰ Mark SIEGLER, 2008, p. 597. Tradução livre: “tornou-se velho, desgastado e inútil”.

interesses econômicos e completamente dissociadas da pessoa titular dos dados de saúde ou dos impactos sociais e não é diferente com as propostas de regulação da Telemedicina.

Por isso, a racionalidade ética e jurídica deve caminhar ao lado dessas novas tecnologias não só a fim de evitar prejuízos ao paciente, mas, especialmente, promovendo melhorias e eficácia na assistência pública e privada à saúde.

As novas tecnologias exigem que velhos dilemas e paradigmas éticos e jurídicos sejam repensados para que ao mesmo tempo se protejam direitos fundamentais, mas também não se impeça o desenvolvimento científico. A legislação deve ser positiva, garantidora da segurança de pacientes e das pesquisas, evitando cercear o desenvolvimento responsável de novas técnicas que visem melhorar a saúde ou a qualidade de vida da população.

No entanto, a sociedade apenas se beneficiará das novas técnicas da Medicina e da Biotecnologia se houver respaldo social, ético e jurídico, evitando-se a prevalência de interesses econômicos e/ou individuais sobre interesses coletivos. O desafio, nesse cenário, é ter prudência suficiente para evitar danos, mas não para limitar desarrazoadamente as inovações biotecnológicas.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, M.T.F. **Contribuição à implementação de sistemas de informação em saúde utilizando HL7**. Curitiba, 1999. Dissertação de Mestrado em Informática Aplicada – Informática na Área de Saúde. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 137 f.

ALMEIDA, M.J. **Tecnologia e medicina: uma visão da academia**. [S.l.:s.n.], 2001.

BARBOSA, P.R.B. Informática médica e telemedicina. **Anais da Academia Nacional de Medicina**, São Paulo, v. 160, nº 2, jul./dez. 2000, p. 121-123.

BARROS, M.A. Sigilo profissional – reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 733, nov. 1996, p. 423-441.

BEAUCHAMP, T.L.; CHILDRESS, J.F. **Principles of bioethics**. 6ª ed. Londres, Reino Unido: Oxford University Press, 2009.

CENEVIVA, W. **Segredos profissionais**. São Paulo: Malheiros, 1996.

COHEN, C. A confidencialidade: questões éticas relativas ao segredo profissional. In: SEGRE, M; _____ (Orgs.). **Bioética**. 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: EDIUSP, 2002.

DE LA CUEVA, P.L.M. El derecho fundamental a la protección de los datos relativos a la salud. In: CARULLA, S.R. (Ed.); MARTRUS, J.B. (Coord.). **Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud**. Madrid, Espanha: Agência Catalana de Protecció de Dades, 2006. p. 21-43.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DURAND, G. **A bioética**: natureza, princípios, objetivos. São Paulo: Paulus, 1995.

GALVÃO, P.B.A. **Tecnologia e medicina**: imagens médicas e a relação médico-paciente. [S.l.:s.n.], 2001. p. 01-07.

HIRA, A.Y.; BACIC, A.S.; ZUFFO, M.K; LOPES, R.D. **A telemedicina sob o paradigma de componentes e objetos distribuídos**. Um estudo de caso: protocolos cooperativos em oncopediatria. São Paulo:USP, 2001.

HISTÓRIA da telemedicina. Disponível no site <http://www.virtual.epm.br/material/tis/curr-med/temas/med5/med5t12000/tele/hist_ria_da_telemedicina.html> Acesso em 10 ago. 2009.

LANCHARRO, E.A.; LOPEZ, M.G.; FERNANDEZ, S.P. **Informática básica**. São Paulo: Pearson Makron Books, 1991.

MACERATINI, R.; SABBATINI, R.M.E. **Telemedicina: a nova revolução**. Disponível no site Informédica<<http://www.epub.org.br/informed/telemed.htm>>, 2001. Acesso em 29 out. 2002.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **Sistemas de información y tecnología de información en salud**: desafíos y soluciones para américa latina y el caribe. Programa de Sistemas de Información sobre Servicios de Salud. División de Desarrollo de Sistemas y Servicios de Salud. Washington D.C., EUA, 1998.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Transformações do corpo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 19, jul./set. 2004.

SÁNCHEZ-CARO, Javier.; ABELLÁN, F. **Telemedicina y protección de datos sanitarios**. Granada, Espanha: Comares, 2002.

_____. SÁNCHEZ-CARO, Jesús. **El médico y la intimidad**. Espanha, Madrid: Diaz de Santos, 2001.

SCHAEFER, Fernanda. **Proteção de dados de saúde na sociedade de informação**. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Procedimentos médicos a distância e o Código de Defesa do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2006.

SEABRA, A.L.R. **Telemedicina**. Disponível no site <<http://www.lava.med.br/livro>>, 2001. Acesso em nov. 2002.

SIEGLER, M. Confidentiality in medicine: a decrepit concept. In: KUHSE, H.; SINGER, P. **Bioethics an anthology**. 2ª. ed. Reino Unido: Blackwell Publishing, 2008. p. 597-600.

SIGULEM, D. **Telemedicina: uma nova forma de assistência em saúde**. Disponível no site <<http://www.cibersaude.com.br>>. Acesso em 29 out. 2002.

STAIR, R.M.; REYNOLDS, G.W. Telecomunicações e redes. In: _____. **Princípios de sistemas de informação**. Trad. Alexandre Melo de Oliveira. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2002. p. 170-199.

TERRANOVA, O.; NISTRÌ, R.; COLIANNI, P.; MARRIOTTI, S. **Telemedicina**. Itália: Piccin, 2005.

PECULIARIDADES SOBRE A PROVA NAS AÇÕES DE ERRO MÉDICO

RAFAEL KNORR LIPPMANN¹

1 INTRODUÇÃO

A prova é, sem dúvida, um dos institutos mais complexos no estudo do direito processual.² Numa perspectiva contemporânea (e muito sintética), pode-se afirmar que a prova é o instrumento retórico destinado à formação do convencimento do magistrado sobre as proposições de fato articuladas no processo³. Este conceito é construído a partir de perspectivas jusfilosóficas modernas⁴, que

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro Fundador do Instituto Paranaense de Direito Processual. Professor da disciplina de Direito Processual Civil em cursos de graduação e pós-graduação. Advogado.

² A polêmica se inicia na própria definição da prova como um instituto afeito ao direito processual. O Código Civil tem uma série de dispositivos voltados a disciplinar a prova dos fatos (arts. 212 a 232), do pagamento (arts. 322 a 326), da filiação (art. 1.603) e até mesmo do casamento (arts. 1.543 a 1.547), panorama que, por si só, leva à reflexão sobre tratar-se a prova de instituto próprio do *material* ou *processual*, reflexão essa já enfrentada por Carnelutti antes mesmo do nosso Código Civil de 1916 (CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile. Parte generale (il concetto giuridico di prova)**. Milão, 1915). Já no Brasil, em obra monográfica sobre o tema, publicada logo após o início da vigência do CPC/1973, Gildo dos Santos justifica a elaboração de seu estudo a partir da pergunta “que todos se fazem, se a prova é de direito material ou de direito processual” (SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 2.).

³ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001. p. 170.

⁴ Ver, por todos: HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia, entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. V. 1.

descartam a frieza da *verdade formal*, ao tempo em que reconhecem a intangibilidade da propugnada *verdade real*⁵.

Ao formular pedido, o autor precisa alicerçá-lo em *fatos* (art. 319, III, CPC); ao resistir, o réu tem o ônus de negá-los e/ou de lançar mão de *fatos* (processualmente) novos capazes de afastar a eficácia jurídica que o autor pretende fazer incidir sobre os fatos e narrou (art. 336, CPC). Neste último caso, caberá ao autor impugnar os fatos trazidos ao debate pelo réu (art. 351, CPC), instaurando-se, sempre que deduzida a *alegação de fato* por uma parte e a *negação de fato* por outra, a *controvérsia*.

Em sua perspectiva processual, portanto, a prova se trata do instituto concebido com a missão de aproximar o julgador da *verdade possível* a respeito dos fatos articulados e debatidos pelos sujeitos do processo para, a partir de seu delineamento, tornar-se viável a prestação de tutela jurisdicional.

E o tema da prova, por si só denso, torna-se mais tormentoso quando tem por fim a demonstração do segundo eixo do estudo que se apresenta: o *erro médico*⁶. Isso porque, como observa Consuelo Salamancha, “a medicina não é uma ciência exata, é uma arte, e, como tal, sua avaliação é subjetiva”⁷.

Há casos em que a falha na atividade médica é tão latente que a prova o *erro* não demanda grandes esforços⁸. O presente artigo, de

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 29-74.

⁶ A expressão, que embora a técnica é bastante difundida no dia-a-dia forense, quer aqui significar a ação ou omissão do médico capaz de caracterizar sua responsabilidade civil e, bem assim, gerar o dever de indenizar os danos dela decorrentes causados a um paciente. Na definição de Giostri, o erro médico trata-se de “uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional”. (GIOSTRI. Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 136.)

⁷ SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro medico – inversão do ônus da prova**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 80.

⁸ Ilustre-se com o caso concreto que deu origem ao REsp 1.662.845. Como se extrai do voto da Min. Relatora, o paciente “submeteu-se a uma cirurgia ortopédica para reparação dos ligamentos de seu joelho direito. Entretanto, após dez dias da cirurgia e realizados os curativos recomendados, não houve cicatrização e o local apresentou início de processo infeccioso doloroso. Ao retornar ao hospital, constatou-se que durante a cirurgia foi esquecido um pedaço de fio de aço dentro do seu joelho. Marcada nova cirurgia de remoção do corpo estranho, o recorrido submeteu-se a

outro lado, tem por escopo o exame da hipótese em que a demonstração judicial do erro, e a consequente responsabilização do médico, é tão nebulosa a ponto de impedir que o magistrado atinja grau suficiente de convencimento a seu respeito, seja para reconhecer a culpa, seja para afastá-la.⁹

A proposta que se apresenta é eminentemente pragmática. Definido o problema, o artigo busca, à luz do ordenamento vigente, apresentar caminhos plausíveis para, se não superá-las, minimizar as dificuldades probatórias observadas nas demandas judiciais cujo deslinde depende da caracterização, ou não, do erro médico.

2 A DIFICULDADE NA OBTENÇÃO (E CONSEQUENTE PRODUÇÃO) DA PROVA SOBRE ERRO MÉDICO

Como instituto polifacetado que é, a prova pode ser examinada sob diferentes perspectivas. Ao apresentar o conceito de prova, Paulo Amaral apresenta três delas, prova como *atividade, meio e resultado*. Esse capítulo volta-se primordialmente à análise da prova como *meio*, definida pelo autor como o “emprego de mecanismos destinados a acessar as fontes de prova e trazer ao processo as informações necessárias para que o julgador forme a sua convicção sobre a matéria de fato”.¹⁰

O insucesso da parte em acessar a fonte da prova e transportá-la ao processo torna inócuo o exame do instituto como *resultado*, isto é, como o “desfecho da valoração realizada pelo juiz. Sob tal

duas anestésias gerais e fisioterapia”. (STJ. REsp 1.662.845. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 22.03.2018. DJe em 26.03.2018).

⁹ O problema da prova judicial nas ações de erro médico, que aqui se procura enfrentar, é, de forma precisa e objetiva, assim delimitada por Miguel Kfourri Neto: “Delineia-se, após, o problema: a existência do dano – lesão, aleijão, morte etc. – é irrefutável; a intervenção médica realizou-se, e isso também é indubitável. A ocorrência da culpa e o estabelecimento do nexo de causalidade, então, passam a desafiar a argúcia do julgador, que se valerá, nessa etapa final, de tudo quanto as partes trouxeram aos autos e das informações que o próprio juízo determinou fossem prestadas pelas partes e peritos”. (KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2018. n. 5.2).

¹⁰ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas – atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 28.

perspectiva, visualiza-se não a testemunha, mas o testemunho, cuja valoração será demonstrada na motivação da sentença”¹¹.

Sem olvidar das dificuldades cotidianamente enfrentadas na obtenção de prova destinada a demonstração dos mais variados fatos (que podem ir desde a não localização de uma testemunha até o “sumiço” de um recibo de pagamento), especificamente nas demandas envolvendo a apuração de erro médico, duas parecem ser as principais dificuldades nesta seara:

2.1 O SIGILO PROFISSIONAL

O sigilo profissional é uma “exigência fundamental da vida social”, de interesse público, que configura

elemento essencial à existência e à dignidade decertas categorias, e à necessidade de se tutelar a confiança nelas depositada, sem o que seria inviável o desempenho de suas funções, bem como por se revelar em uma exigência da vida e da paz social¹².

Justamente por isso, o Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina (Resolução n. 2.217, de 27 de setembro de 2018) não só estabelece dentre seus princípios fundamentais (inciso XI) que “o médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções (...)”, como dedica seu Capítulo IX para disciplinar o “sigilo profissional” no exercício da Medicina.

Voltando os olhos ao CPC, nada obstante a “garantia de não produção de prova contra si” derivada de seu art. 379¹³, revela ele uma

¹¹ *Ibidem*.

¹² STJ. RMS 9612/SP. 4ª Turma. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Julgado em 03.09.1998. DJ em 09.11.1998.

¹³ Atualmente, discute-se a respeito da possibilidade de aplicação do “direito de não produzir prova contra si” ao processo civil. Como se extrai da lição de Maria Elizabeth Queijo sobre o direito de não produção de provas contra si mesmo, ou princípio do *nemotenetur se detegere*, suas raízes históricas estão calcadas no processo *penal*. No ordenamento brasileiro, decorre das garantias constitucionais da *presunção de inocência* (art. 5º, LVII) e do *direito ao silêncio* (art. 5º, LXIII), de modo que “o princípio

espécie de dever geral de produção de todas as provas às quais as partes tenham acesso para contribuir na formação do convencimento do magistrado a respeito dos fatos controvertidos e relevantes, sejam elas favoráveis ou contrárias aos interesses daquela que as produziu.

Essa teleologia se extrai não só do próprio art. 378, ao dispor em sua literalidade que *ninguém* se exime do *dever* de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade, como do dever de cooperação (art. 6º), do dever de expor os fatos em juízo conforme a verdade (art. 77, I) da caracterização da litigância de má-fé (e da correspondente sanção aplicável) à parte que alterar a verdade dos fatos (art. 80, II), etc.

O Código apresenta, portanto, clara imposição para que todos colaborem com a “busca da verdade”, o que “impõe às partes que, quando estiverem sujeitas ao dever de colaboração com o Poder Judiciário, desenvolvam esse dever segundo a verdade e sinceridade”.¹⁴

A partir deste dever geral de cooperação à “descoberta da verdade” (*rectius*: à adequada formação do convencimento do magistrado a respeito dos fatos controvertidos), o médico, quando parte no processo, teria o dever de produzir em juízo todas as provas relacionadas ao ato/fato que deu origem à demanda.

Nesse cenário, duas modalidades probatórias vêm à mente: a prova *documental* (consistente em prontuários, fichas e relatórios de

nemotenetur se detegere apresenta importante dimensão no processo penal, na medida em que assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar. Dele se extrai o respeito à dignidade deste no interrogatório e que as provas de sua culpabilidade devem ser colhidas sem a sua cooperação. Tais considerações derivam da concepção de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do processo penal”. (QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25). Sob esse prisma, Marinoni e Arenhart refutam a existência de tal direito no âmbito civil, devendo ser desconsiderada a parte inicial do art. 379, CPC, ao dispor sobre o direito da parte em não produzir provas contra si própria, pois tal direito, “em que pese a aparente previsão legal, na realidade *não existe e jamais poderia existir em um sistema como o nacional*.”. Isso porque, afirmam, “o dever de produzir prova é uma imposição que decorre do próprio texto constitucional, de modo que somente em razão de outro valor também constitucional poderia ser restringido”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. [livro eletrônico]. V. VI. São Paulo: RT, 2017. Art. 379.)

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 187.

atendimento, etc., que estejam em poder do médico) e o depoimento pessoal (o relato do médico, em juízo, a respeito dos fatos). Outrossim, justamente em virtude do *sigilo profissional* aplicado à Medicina, o Código contempla restrições expressas à produção “forçada” de tais provas em juízo.

Quanto a primeira delas, caso o documento esteja em poder de uma parte que não o forneça espontaneamente (deixando de anexá-lo à inicial ou à contestação, na forma do art. 434, CPC) ou mesmo se recuse a apresentá-lo após requerimento da parte adversa, previu o CPC a técnica da “exibição de documento ou coisa” (arts. 396 a 404), através da qual o juiz, imperativamente, exige da parte que promova sua juntada aos autos.

De outro lado, em seu art. 404, IV, o CPC autoriza expressamente a recusa pela parte quando a exibição “acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo”, hipótese essa na qual, claramente, se encarta o profissional da medicina. É dizer: instado que seja o médico a fornecer, por exemplo, o prontuário de seu paciente, estará autorizado a recusar-se a fazê-lo, amparado na previsão do art. 404, IV, CPC, respeitando-se dessa forma o sigilo profissional.

Neste ponto, em que pese a imprecisão técnica da redação do dispositivo, parece haver certa incongruência entre a normativa legal e aquela extraída do art. 89, §1º, do Estatuto de Ética Médica.

O *caput* desse dispositivo veda a liberação de prontuário médico pelo profissional, *exceto para atender a ordem judicial* (e também para exercer sua defesa em juízo ou então quando autorizado pelo paciente). Até aí, nenhum problema. Ao que tudo indica, a norma dele extraída se aplica à hipótese em que: i) o juízo intima o médico para exibir o documento; e ii) o médico *não se opõe* à determinação judicial.

É a redação do §1º, do art. 89, que torna a questão um tanto nebulosa. Ao dispor que “quando requisitado judicialmente, o prontuário *será* encaminhado ao juízo requisitante”, o dispositivo dá a entender que a requisição judicial *deve* ser inexoravelmente cumprida pelo médico. Sendo essa a norma extraída do artigo, é inegável a sua absoluta contradição com aquela estabelecida a partir do art. 404, IV, CPC.

Ou seja, ao se recusar a fornecer em juízo documento acobertado pelo sigilo profissional, o médico terá observado a *lei* (art. 404, IV, CPC), mas, simultaneamente, cometido infração ética (art. 89, §1º, CEM).

Consignada a aparente disparidade entre CPC e CEM (que, se existe, à luz da pirâmide normativa de Kelsen¹⁵ revela nada mais do que a ilegalidade do art. 89, §1º, do Código de Ética), para o que importa ao presente item, o não fornecimento da prova documental pelo médico, legalmente autorizado pelo Código, pode, sem dúvida, constituir óbice ao esclarecimento de determinado fato controvertido.

E o mesmo cenário se apresenta no *depoimento pessoal* do médico. Como regra geral, sob pena de confissão ficta (art. 385, §1º, CPC), requerido por uma parte o depoimento pessoal da outra, tem essa última não só de comparecer à audiência de instrução como, ao contrário do que se verifica no processo penal¹⁶, efetivamente *responder* às perguntas que lhe forem formuladas.

Mas, tal qual se dá com a exibição de documento, o art. 388, II, CPC, exime a parte de depor (isto é, lhe autorize a permanecer em silêncio) sobre fato “a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”. Novamente, percebe-se alguma disparidade entre a legislação federal e o Código de Ética que, em seu art. 73, estabelece o dever de sigilo, excetuando-o no caso de *dever legal*¹⁷. Ocorre que, seja no processo penal, seja no processo civil, seja como parte, seja como testemunha, o médico não possui *dever* de depor em juízo, cabendo a si – e somente nos casos em que não há verdadeira *vedação* ao depoimento – a opção em falar, ou não¹⁸.

¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 155-195.

¹⁶ Vide nota n. 13.

¹⁷ Note-se que o parágrafo único do dispositivo aborda expressamente o depoimento do médico como *testemunha* e, neste ponto, desconsiderando a impropriedade técnica na utilização da expressão “impedido” (vez que, são *impedidos* de depor apenas aqueles que constam do rol do art. 447, §2º, CPC, não figurando dentre eles o *médico*), harmoniza-se perfeitamente com o CPC ao dispor que, nesta qualidade, deve comparecer em juízo e então declarar o “impedimento” (*rectius*: a impossibilidade legal) em depor (art. 448, II, CPC).

¹⁸ “As hipóteses trazidas pelo artigo em comento consistem em exceções à obrigatoriedade do depoimento, de modo a legitimar a recusa da parte, sem que se imponha como consequência a pena de confissão. Nada obstante isso, é permitido à parte, querendo, manifestar-se sobre os tópicos mencionados, sabedora todavia das consequências que de seu depoimento poderão surgir, tais como a assunção de

De toda forma, a previsão legal em exame se aplica indubitavelmente ao médico, dificultando assim a obtenção da prova nos casos em que, requerido pela parte adversa o seu depoimento, recusa-se, legalmente amparado pelo dispositivo em exame, a falar a seu respeito.

2.2. O EXAME PERICIAL

Não demanda grande esforço atingir a conclusão de que, nada obstante todas as modalidades probatórias possam ser úteis, nas demandas que envolvem a (in)ocorrência de erro médico, a prova pericial assume protagonismo na formação do convencimento do magistrado a seu respeito¹⁹.

Pontua Consuelo Salamacha que “os juízes, como leigos em matéria médica, não possuem condições para a apreciação correta de uma culpa médica. Recorrem, pois, à perícia médica” e, mais adiante, arremata que nessa categoria de demanda “a perícia somente se torna dispensável por exceção”²⁰.

fato criminoso e a violação do dever de sigilo profissional.” (NASSER, Paulo Magalhães. Art. 388, CPC/2015. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. [livro eletrônico]. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.)

¹⁹ Ao julgar a apelação n. 0593383-33.2000.8.06.0001, o TJ/CE anulou de ofício sentença proferida em ação de indenização por erro médico consubstanciada em provas diversas da perícia, sob o fundamento de que, em casos como tais, a perícia técnica é prova imprescindível: “ARGUMENTO DE SEQUELA DECORRENTE DE FALHA DE DIAGNÓSTICO APÓS PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. SENTENÇA QUE SE BASEOU EM PRESCRIÇÕES MÉDICAS. PROVA FRÁGIL. AUSÊNCIA DE CONHECIMENTO CIENTÍFICO DO JULGADOR PARA AVALIAR O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A LESÃO APONTADA E A CONDUTA MÉDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO SEM PERÍCIA TÉCNICA. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA EX OFFICIO”. (TJ/CE. Apelação n. 0593383-33.2000.8.06.0001. 4ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Maria Gladys Lima Vieira. Julgado em 07.05.2019. DJe em 13.05.2019)

²⁰ SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico – inversão do ônus da prova**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 97. Mais adiante, a autora enfatiza a relevância da prova pericial neste tipo de demanda diante da comum inexistência de outras modalidades probatórias a disposição das partes: “(...) o único material de que, não muitas vezes, o paciente dispõe é a receita médica, onde são prescritas determinadas medicações, não sendo ela (a receita) suficiente para constituir uma prova robusta no caso de uma eventual ação indenizatória” (*Idem*, p. 99.)

O magistrado não dispõe do conhecimento técnico para saber se o procedimento cirúrgico realizado no caso concreto seguiu o protocolo adequado, se a prescrição da medicação X teria evitado o agravamento do quadro clínico do paciente ao qual foi ministrada a medicação Y, etc.

Apesar de sua indiscutível relevância, a obtenção da prova pericial nem sempre se faz possível. Isso se dá por dois motivos, em especial: i) a pessoa que será “objeto” da perícia recusa-se a se submeter a ela; ou ii) por circunstâncias fáticas (muitas vezes alheia à própria vontade das partes) a realização da perícia torna-se impossível.

Não há necessidade de muito refletir para se imaginar situações em que essa dificuldade se materializa: pense-se na ação em que o autor pleiteia ser indenizado por danos decorrentes do insucesso de cirurgia plástica em seu nariz. Ao ser determinada a perícia, constata-se que, após o procedimento objeto da demanda, a parte já se submeteu a dois outros, realizados na mesma parte de seu corpo. Se não impossível, terá se tornado no mínimo difícil a extração de qualquer conclusão a respeito da ocorrência de erro médico capaz de gerar o dever de indenizar.

O mesmo ocorre na demanda a perícia teria por objetivo avaliar tecido do paciente extraído à realização de exame clínico que apresentou diagnóstico equivocado, quando tal material já tenha sido descartado.

Em casos como tais, tal qual ocorre com as hipóteses examinadas no item 2.1, acima, o magistrado não se exime de seu dever de julgar, devendo, de um modo ou de outro, com maior ou menor convicção, formar seu juízo de valor a respeito dos fatos que, pela não realização da perícia, não restaram suficientemente esclarecidos.

3 MEIOS PARA TRANSPOR A DIFICULDADE NA OBTENÇÃO E PRODUÇÃO DA PROVA SOBRE ERRO MÉDICO

Pontuadas as situações em que é possível observar dificuldade na obtenção da prova em demandas de erro médico, o trabalho dedica-se agora a, sem qualquer pretensão afirmar o que seria

pragmaticamente “certo ou errado” mas, do contrário, com o único intento de contribuir com o debate e na identificação de soluções aos problemas ora enfrentados, apontar possíveis caminhos para (tentar) superar o impasse probatório.

Esses “caminhos” são aqui divididos em duas categorias: os *repressivos*, isto é, que ocorrem *após o término da fase instrutória*, no momento em que o magistrado já se encontra em vias de proferir a decisão de mérito e, então, se depara a inexistência/insuficiência de provas e; os meios *preventivos*, assim denominados porque ocorrem *antes do início da fase instrutória* (possivelmente, antes mesmo do próprio início da demanda)e, em especial, porque têm por objetivo, justamente, evitar que a recusa e/ou dificuldade na produção de determinada prova impeça o juiz de, por meio de *outras modalidades probatórias*, atingir a cognição exauriente a respeito da controvérsia de fato.

3.1. REPRESSIVOS

Justamente por servirem como um “botão de emergência” apertado pelo magistrado nas demandas em que, já na fase de valoração, não localiza provas minimamente aptas à formação de seu convencimento, os meios aqui denominados de *repressivos* à não obtenção da prova são os que se poderiam reputar como filosoficamente “injustos”. Nem por isso, deixam de ser cogitáveis, ainda que como última alternativa.

Se ao magistrado não é lícito recusar-se a julgar a causa pela insuficiência de prova, os meios repressivos de contorno do problema revelam-se mesmo como o “mal necessário”. Em casos como tais, diante de uma “não prova” a respeito de fato controvertido central à solução do conflito, restará ao magistrado considerá-lo como ocorrido, ou não, a partir de *presunções*²¹:

²¹ A presunção, ao contrário da prova, leva o juiz ao “convencimento” sobre determinado fato não porque ele foi demonstrado, mas sim a partir de um “atalho cognitivo”, autorizado pela lei, que permite ao magistrado atingir determinada conclusão intelectual sem que haja, empiricamente, pleno convencimento a seu respeito. Na sempre elucidativa lição de Barbosa Moreira, trata-se a presunção do “processo mental que, a partir da afirmação do fato x, permite ao juiz concluir pela

3.1.1 Presunção sobre fatos decorrente da não exibição de documento/coisa ou da recusa em depor

Ao impor o ônus de colaboração com magistrado na formação de seu convencimento, o CPC estabelece grave (e idêntica) consequência à parte que, instada a levar ao processo determinado documento ou indagada em instrução a respeito de determinado fato, deixa de atender ao juízo.

Assim é que o art. 400 do Código estabelece a *presunção da veracidade* do fato que por meio do documento não exibido a parte contrária pretendia provar, enquanto o art. 385, §1º, prevê a pena de confissão ficta à parte que, devidamente intimada, deixa de comparecer à audiência designada para colheita de seu depoimento ou, comparecendo, recusa-se a responder as indagações que lhe são formuladas.

Cogitando da aplicação destes dispositivos às situações em exame, o problema da não produção probatória encontraria fácil resposta. Se com o prontuário requisitado o autor intentasse demonstrar a prescrição de medicamento equivocado que, ingerido, lhe causou graves danos físicos, a não exibição, após determinação judicial, levaria à presunção de que o medicamento prescrito foi efetivamente aquele que o autor alega ter utilizado; Se ao ser indagado a respeito de ter utilizado o procedimento X (correto) ou Y (inadequado ao caso) o médico cala-se em seu depoimento, a presunção será a de que ministrou o procedimento equivocado.

Com certa tranquilidade, essa tem sido a posição adotada pelos tribunais pátrios. Ao julgar a apelação cível n. 0021043-79.2014.8.07.0018, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal proveu-a para o fim de julgar procedente o pedido de exibição de documento para obtenção de prontuário médico, fazendo prevalecer o Código de Ética (resolução administrativa) sobre o Código de Processo Civil (lei federal), compreendendo que “a regra de sigilo profissional é relativa e

afirmação também do fato y” (...) “Quando o juiz passa da premissa à conclusão, por meio do raciocínio ‘se ocorreu x, deve ter ocorrido y’ nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, *in mente iudicis*.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. **Temas de direito processual civil – 1ª série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 57.)

está ressalvada no artigo 89 do Código de Ética Médica, segundo o qual é vedado ao médico "liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa".²²

À mesma conclusão, relativizando o sigilo profissional e determinando a exibição de documento, independentemente da previsão legal de recusa, já chegaram os Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo²³, do Rio de Janeiro²⁴ e do Amazonas²⁵.

Embora nenhum dos julgados pesquisados tenha adentrado ao tema, a questão que parece ser (ainda mais) relevante do que a flexibilização do dever de sigilo é a *consequência* do descumprimento do dever de exibição.

O autor suscita o incidente de exibição pleiteando que o juízo determine ao médico réu a juntada do prontuário. No prazo para resposta, o médico argui a recusa amparado no art. 404, IV, CPC. O juízo decide ser ilegítima a recusa e fixa prazo para que seja juntado aos autos. Decorrido o prazo sem o cumprimento da ordem judicial e esgotadas todas as técnicas do art. 400, p. ú., CPC, à obtenção forçada do documento, incidirá, nesta hipótese, a presunção tipificada no *caput* do dispositivo?

Em abstrato, não parece existir uma resposta correta à pergunta.

O sigilo profissional, como visto no item 2.1, acima, trata-se de ferramenta moldada para adequadamente atender as garantias fundamentais da intimidade e do livre exercício da profissão, insculpidas no art. 5º, incisos X e XIII, CF.

Desse modo, o "direito à recusa", embora tipificado expressamente em *lei federal* (arts. 388, II e 404, IV, CPC), tem nítida

²² TJDF. Apelação n. 0021043-79.2014.8.07.0018. 3ª Turma Cível. Rel. Des. Ana Cantarino. J. em 17.06.2015. DJe em 29.06.2015.

²³ TJ/SP. Apelação n. 1008453-52.2015.8.26.0224. 7ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Luis Mario Galbetti. Julgado em 18.02.2016. DJe em 22.02.2016.

²⁴ TJ/RJ. Apelação n. 2009.001.07578. 6ª Câmara Cível (decisão monocrática). Rel. Des. Francisco de Assis Pessanha. Julgado em 20.07.2009.

²⁵ TJ/AM. Agravo de instrumento n. 1015507-16.2011.8.04.0000. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Ari Jorge Moutinho da Costa. Julgado em 07.05.2012. DJ em 14.05.2012.

raiz *constitucional* (art. 5º, X e XIII, CF) e somente sob esse prisma pode ser examinado e interpretado.

Veja-se que os próprios Marinoni e Arenhart, que pautam sua crítica à “cláusula geral” de garantia à não produção de prova contra si próprio (extraída da parte inicial do art. 379, CPC) na magnitude constitucional do direito à tutela jurisdicional justa, efetiva e adequada, reconhecem a possibilidade de sua aplicação quando “outro valor também constitucional” estiver em jogo, citando como exemplo dessa hipótese o próprio direito ao *sigilo*.²⁶

Aliás, ao investigar a razão de ser do texto do art. 388, II, CPC, Leonardo Greco constata que “a escusa de depor protege a confiança profissional que constitucionalmente está acobertada pela inviolabilidade da intimidade como direito fundamental”, concluindo assim que “o advogado, o médico e o psicólogo, dentro das regras da sua profissão, são alcançados por esse dispositivo legal, quando se refere à *profissão*.”

Obviamente, não se está a afirmar que o direito de não produção de prova contra si do médico seja uma fortaleza inviolável. Muito ao revés, poderá (*rectius*: deverá) ser mitigada, mas apenas nas situações em que outro valor de mesma magnitude constitucional se revele, naquele específico e particular caso concreto, preponderante na salvaguarda da tutela jurisdicional dos direitos.

Em julgado paradigmático sobre o tema, foi esse o tirocínio adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destacando que “a obrigatoriedade do sigilo profissional do médico não tem caráter absoluto. A prevalência ou não do princípio que garante a intimidade, e conseqüentemente o sigilo médico, sujeita-se a um juízo de

²⁶ “(...) o dever de produzir prova é uma imposição que decorre do próprio texto constitucional, de modo que somente em razão de outro valor também constitucional poderia ser restringido. Por isso, é plenamente justificável que se restrinja o dever de colaboração para a proteção da garantia contra a autoincriminação, já que essa também tem assento constitucional (decorrendo, na ótica da doutrina e da jurisprudência, do contido no art. 5.º, LVII, da CF). (...) Enfim, é evidente que a parte inicial do art. 379 é apenas um excesso infeliz, que exige interpretação que o reduza aos seus limites constitucionais: o direito de não produzir prova *que possa repercutir em sua incriminação ou que possa repercutir em outra garantia constitucional, a exemplo do sigilo*.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. [livro eletrônico]. V. VI. São Paulo: RT, 2017. Art. 379.)

ponderação sobre as razões e fins que sustentam os princípios em confronto”²⁷.

Assim, não olvidando do entrave prático da premissa ora sustentada, não é possível admitir a flexibilização “aberta” do direito a não depor (art. 388, II, CPC) e do direito à recusa de exhibir documento ou coisa (art. 404, IV, CPC), dada a sua índole constitucional, que ocorrerá, portanto, apenas nas situações em que outro valor de igual magnitude esteja em contraste e, por meio de ponderação judicial *motivada*²⁸, constata-se que esse deve prevalecer em detrimento daquele.

Em casos tais, e apenas neles, a recusa em depor ou em exhibir judicialmente o documento ou coisa gerará a presunção de veracidade do fato que, por meio da prova, a parte contrária pretendia demonstrar.

²⁷ TJRS. Correição Parcial n. 0175116-83.2018.8.21.7000. 3ª Câmara Criminal. Rel. p/ acórdão Des. Rinez da Trindade. J. em 26.09.2018. Exatamente nesse sentido e também do Tribunal de Justiça Gaúcho, há interessante acórdão em que exibição foi rejeitada sob o fundamento de que, no caso concreto, não haveria exceção aplicável à regra do sigilo profissional: “o exercício da profissão da medicina, em consultório médico ou em hospital, está protegido pelo sigilo profissional, em proteção da profissão e do paciente, salvo as exceções tipificadas na lei.” (TJ/RS. Apelação n. 0422185-69.2014.8.21.7000. 20ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Cini Marchionatti. J. em 19.11.2014. DJe em 24.11.2014). Embora versando pontualmente sobre a distribuição da sucumbência, há julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em que se entendeu legítima a recusa em fornecimento de prontuário com base no sigilo profissional: “APELAÇÃO CÍVEL - CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - PRONTUÁRIOS MÉDICOS - RECUSA EXTRAJUDICIAL MOTIVADA PELO SIGILO PROFISSIONAL - ACATAMENTO - FALTA DE INTERESSE DE AGIR JUDICIALMENTE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS QUE DEVEM SER SUPORTADAS PELOS AUTORES”. (TJ/PR. Apelação n. 760.154-5. 10ª Câmara Cível. Rel. Des. Domingos José Perfetto. J. em 19.05.2011. DJe em 02.06.2011.)

²⁸ Apesar da conhecida crítica ao dispositivo legal (Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta]. Acesso em: 13 set. 2019.) é o que exige, textualmente, o art. 489, §2º, CPC.

3.1.2 Presunção sobre fatos decorrente da não produção da prova pericial

Conforme examinado no item 2.2., acima, a dificuldade na obtenção/realização da perícia pode derivar, em especial, de dois motivos: i) recusa da parte em se submeter a ela; ii) impossibilidade fática de sua realização. Essa distinção se faz importante porque, a depender da causa que inviabilizou o exame, consequência processual diversa pode ser extraída.

No caso de *recusa da parte* à realização do exame, a presunção decorrente da “não prova” é disciplinada pelo próprio Código Civil, de cujos arts. 231 e 232 extrai-se a norma de que o fato que com a perícia se pretendia esclarecer será considerado ocorrido em sentido contrário à pretensão da parte que se negou a se submeter ao exame.

Como esclarecem Marinoni e Arenhart, “a constatação de recusa injustificada implica na admissão de que o fato que a perícia visava demonstrar não mais precisa ser provado pelo titular do ônus”²⁹. Ou seja, se a perícia requerida pelo médico réu pretendia demonstrar que utilizou do procedimento correto em intervenção cirúrgica realizada no autor, a recusa deste em submeter-se ao exame impede que, *na falta de outras provas concretas sobre o fato*, o magistrado conclua, ao sentenciar, que houve falha no procedimento.

Já no caso em que a perícia deixa de ser realizada por *haver se tornado impossível*, a questão ganha maior complexidade. Há casos em que, seja em virtude do transcurso do tempo, da realização de novos procedimentos, enfim, de alterações de fato naquilo (ou naquele) que seria *objeto* de perícia, inviabiliza-se o exame adequado e, conseqüentemente, as conclusões técnicas que por meio da perícia eram pretendidas à elucidação do fato controvertido.

Em situações como tais, é quase que intuitivo lembrar da conhecida *inversão do ônus da prova*. Sobre o tema, algumas considerações são necessárias.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 225.

Há muito antes do CPC/2015 já era sólido na jurisprudência³⁰ e doutrina³¹ o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se à relação médico x paciente e, bem assim, a *inversão do ônus da prova* prevista em seu art. 6º, VIII.

O *erro médico* é, como regra, o *fato constitutivo* do pleito indenizatório formulado pelo autor e, seja à luz do CPC anterior (art. 333, I) ou do vigente (art. 373, I), é seu o ônus de convencer o juiz a respeito de sua ocorrência. A inversão do ônus da prova, pois, gera a presunção para o juiz sobre “o comportamento culposo do agente causador do dano, cabendo a este demonstrar, para eximir-se de responsabilidade, sua ausência no evento culposo”.³²

Mas, se na vigência do CPC/1973 era necessário recorrer à aplicação do CDC para se obter a inversão do ônus probatório, o advento do novo Código não deixa dúvida de que em toda e qualquer demanda (e não só naquelas que sofram a incidência da legislação consumerista) é possível a “relativização” do ônus estático do art. 373, incisos, tendo sido encampada §1º do dispositivo a denominada teoria da dinamização do ônus da prova³³.

Sinteticamente, “a ideia básica dessa teoria é a facilidade para a produção da prova, suportando o ônus aquele que estiver em

³⁰ “Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais” (STJ. Resp 731078/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Castro Filho. Julgado em 13.12.2005. DJ em 13.02.2006)

³¹ “O cliente ou paciente assume a posição de consumidor, nos termos do art. 2º da Lei 8.078/90. O profissional liberal, ou a pessoa jurídica que desempenha essas funções, coloca-se como fornecedor de serviços, de acordo com o art. 3º.” (VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 87.) Também sobre o tema, a aqui multicitada obra monográfica de Consuelo Salamacha (SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro medico – inversão do ônus da prova**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 96-120.)

³² *Idem*, p. 88.

³³ Como ponderou o STJ: “Embora ontologicamente distintas, a distribuição dinâmica e a inversão do ônus têm em comum o fato de excepcionarem a regra geral do art. 373, I e II, do CPC/15, de terem sido criadas para supercar dificuldades de natureza econômica ou técnica e para buscar a maior justiça possível na decisão de mérito e de se tratarem de regras de instrução que devem ser implementadas antes da sentença, a fim de que não haja surpresa à parte que recebe o ônus no curso do processo e também para que possa a parte se desincumbir do ônus recebido.” (STJ. REsp 1729110/CE. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 02.04.2019. DJe em 04.04.2019)

melhores condições de produzi-la”³⁴, ou seja, independentemente da posição ocupada no processo, “há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo”.³⁵

Sob esse prisma, é quase intuitivo pensar que, controvertida que seja a (in)ocorrência de *erro* gerador do dano experimentado, por sua própria expertise técnica, o médico detém melhores condições de esclarecer o fato do que o paciente.³⁶

Embora essa premissa seja muitas vezes verdadeira, a questão merece enfoque especial no caso em que a perícia, necessária ao deslinde da controvérsia fática, tenha se tornado impossível.

É que, o mesmo art. 373, CPC, em seu §2º, estabelece um claro requisito à dinamização do ônus probatório: “A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

Trata-se de situação muito similar (e que, a depender das nuances do caso concreto, pode mesmo configurá-la) àquela

³⁴ GODINHO, Robson. **Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 210.

³⁵ DALL'AGNOL JÚNIOR. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista RT**, vol. 788, junho de 2001.

³⁶ Vale salientar, sobre o tema, que tanto a inversão (calcada no CDC) quanto a dinamização (a partir do CPC) têm por requisito a dificuldade *técnica* (ou hipossuficiência), e não *econômica*, da parte em produzir a prova. A jurisprudência nesse sentido é farta: “Embora o CPC 373, §1º, preveja a inversão do ônus da prova diante peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte de fazer prova de seu Direito, no caso dos autos, a parte é beneficiária da justiça gratuita, sendo cediço que o Tribunal possui fundo próprio para custear a perícia judicial nesses casos. (...) Esse tribunal tem entendido que a dificuldade que justifica a inversão do ônus da prova é a dificuldade técnico-científica, e não a econômico-financeira” (TJ/DF. Agravo de Instrumento n. 0705778-11.2018.8.07.0000. 1ª Turma Cível. Rel. Des. Roberto Freitas. Julgado em 05.06.2019. DJe em 02.07.2019). Também: “1. A inversão do ônus da prova tem como fundamento o princípio da isonomia e da busca pela verdade real, cabendo ao magistrado distribuir o ônus da prova em observância às condições das partes, diante das peculiaridades do caso concreto, de modo a contribuir adequadamente à formação do convencimento do magistrado; 2. A dinamização do ônus probatório não pode ser aplicada para simplesmente compensar a inércia ou inatividade processual do litigante inicialmente onerado, tampouco para, no caso do requerente beneficiário da justiça gratuita, suprir eventual deficiência do Banco de Peritos do TJMG” (TJ/MG. Agravo de Instrumento n. 0551055-66.2018.8.13.0000. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Renato Dresch. Julgado em 14.03.2019. DJe em 19.03.2019)

observada quando da inversão, surge o ônus de provar um fato *negativo*, também conhecida como *prova diabólica*³⁷. Como advertem Marinoni e Arenhart,

quando se inverte o ônus da prova é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a *possibilidade* de cumpri-lo, sob pena de a inversão do ônus da prova significar a transferência de um prejuízo e não apenas de um ônus³⁸.

Se de um lado o médico, em abstrato, parece possui melhores condições de produzir a prova relacionada ao erro alegado, de outro, essa aparência se desfaz quando a única prova hábil ao esclarecimento dos fatos é a perícia cuja realização tenha se tornado impossível.

Mas esse cenário não é suficiente à solução da problemática em exame. Se ao próprio médico é impossível desincumbir-se do ônus de provar ante a inviabilidade fática de realização de perícia, a mesma premissa vale, obviamente, ao paciente. A questão proposta remanesce sem resposta.

Dentre todos os caminhos cogitáveis, o que de melhor forma (se é que há uma “melhor forma” em situações como tais) a resolve é a denominada *teoria da redução do módulo de prova*.

³⁷ Sobre o tema, há interessante julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins que, mesmo verificando a presença dos requisitos previstos no art. 6º, VIII, CDC à inversão do ônus da prova, deixou de determiná-lo sob a motivação de que, em o fazendo, geraria ao réu/fornecedor o “ônus” de produzir prova impossível de fato negativo: “Recurso inominado – Relação de consumo – Prova diabólica – Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova – Recurso conhecido e improvido. Embora se tratando de relação de consumo, com manifesta hipossuficiência econômica do consumidor (recorrente) e verossimilhança de suas alegações, a inversão do ônus da prova é inviável quando atribui à parte requerida a responsabilidade pela demonstração da chamada prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, como a prova de fato negativo.” (TJ/TO. Recurso Inominado n. 2013/10. Rel. Juiz Fábio Costa Gonzaga. DJe 09.07.2010). Ainda: “Exigir do agravado a prova de fato negativo (inexistência de má-fé) equivale a prescrever a produção de prova diabólica, de difícilíssima produção.” (STJ. AgRg no AREsp 533403/MS. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 18.06.2015. DJe em 04.08.2015)

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 230.

Valendo-se justamente do exemplo de dano decorrente de lesões pré-natais, Marinoni e Arenhart salientam que a “dificuldade de produção de prova direta ou de prova por presunção – em razão da insuficiência das regras de experiência – eliminaria a possibilidade de se condenar o autor do dano”³⁹.

Contrastando essa premissa com o *dever jurisdicional* de prestar a efetiva tutela dos direitos, os autores afirmam que, numa atividade de risco, como o é o exercício da medicina, não só a prova da *culpa*, como também a prova da *causalidade* seja reduzida, de modo que “não exija os mesmos requisitos dos casos comuns, em que o risco não está presente”, concluindo assim que “diante das situações de risco, basta a verossimilhança suficiente, sendo dispensável a convicção de certeza”⁴⁰.

Embora a conclusão possa, aparentemente, aproximar-se daquela que se extrairia em caso de distribuição dinâmica do ônus probatório, a redução do módulo de prova com ela não se confunde, e justamente porque a dinamização *somente pode se aplicar* nos casos em que a parte que o recebe *tem condições de dele se desincumbir*, enquanto que a redução do módulo de prova somente é cabível nas situações em que a produção da prova capaz de levar o magistrado ao convencimento pleno sobre os fatos é impossível.

Nesta última situação, e somente nela, em que a inviabilidade absoluta de esclarecimento do fato controvertido está presente, “o juiz pode reduzir as exigências de prova para decidir o mérito em favor do autor”⁴¹.

Em síntese: há uma espécie de “hierarquia” entre as técnicas aplicáveis à elucidação dos fatos e conseqüente resolução de mérito: preferencialmente, ao sanear o feito deve-se determinar a distribuição *estática* do ônus probatório; caso a prova do fato seja excessivamente onerosa para o autor e possua o réu melhor condições de produzi-la, caberá ao magistrado dinamizar o ônus e atribuí-lo ao réu; por fim,

³⁹ *Idem*, p. 251.

⁴⁰ “Quem gera um risco especial não assume apenas a responsabilidade pelo dano, porém, mais precisamente, adquire a responsabilidade *pelo perigo* que pode culminar em dano, e assim também assume o risco *de que a causalidade não possa ser devidamente elucidada*.”
Idem, p. 253.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**.3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 230.

revelando-se *impossível* a ambas as partes a sua obtenção, a última saída consistirá no julgamento a partir da *verossimilhança*⁴², pesando contra a parte que assumiu o risco da atividade a inexistência de prova conclusiva a respeito do fato.

3.2. PREVENTIVOS

Como dito acima, os meios *repressivos* de superação da dificuldade probatória foram assim denominados porque atuam no momento em que já superada a oportunidade de sua produção ou, ao mínimo, quando já proposta a demanda.

De outro lado, são aqui chamados meios *preventivos* aqueles dos quais o médico ou o paciente podem valer *antes sequer do ajuizamento da demanda*, até mesmo para evitá-la. Embora não sejam os únicos, os abaixo esmiuçados são aqueles que, acredita-se, podem se revelar de grande utilidade às lides que tenham por controvérsia central a (in)ocorrência de erro médico.

3.2.1 Ata notarial

Embora não se trate propriamente de uma novidade, a *ata notarial* ganhou especial relevo dentre os meios de prova após a edição do CPC/2015, que em seu art. 384 encartou-a como *modalidade típica* de prova.

Igualmente, embora tenha se tornado “popular” a partir de sua utilização para registro público de conversas de aplicativos telefônicos e mensagens em redes sociais, a própria redação do art. 384, CPC, revela que essa modalidade probatória serve para atestar ou

⁴² O que, destaque-se, não implica em afirmar que o juiz não precisa prova alguma para julgar. Como salientam os autores acima citados, o juízo de verossimilhança corresponde ao “grau máximo de aproximação que se consegue obter diante de uma situação concreta”. *Idem*, p. 47. Na ação em que se busca indenização por dano decorrente da realização de cirurgia, a impossibilidade de produção de prova pericial apta a demonstrar a utilização deste ou daquele procedimento médico não torna desnecessária, por exemplo, a demonstração de que a cirurgia efetivamente ocorreu, de que exista uma lesão geradora de dano, etc.

documentar “a existência e o modo de existir de algum fato”, isto é, qualquer *fato documentável* pode ser objeto de ata notarial.

Muito além de documentar páginas de internet e diálogos de aplicativos eletrônicos, a ata notarial pode ser utilizada para, por exemplo, atestar a existência de uma lesão, um estado febril, a emissão de um som, enfim, transportar para um suporte concreto qualquer fato que possa ser demonstrado na presença do tabelião.

Mais do que isso, se antes do CPC/2015 pudesse existir qualquer controvérsia a respeito do tema, o parágrafo único do art. 384 deixa claro que, além de meramente *descrever* o fato em seu conteúdo, as informações a ele relacionadas podem ser “representadas por imagem ou som gravadas em arquivos eletrônicos, que poderão constar da ata notarial”⁴³.

Desse modo, por exemplo, conjuntamente com a descrição da existência de um hematoma no tórax de uma pessoa, a ata notarial pode conter imagens captadas. Assim, caso a lesão melhore ou mesmo desapareça no futuro, poderá ser comprovada judicialmente através da ata notarial previamente produzida.

Obviamente, a mesma lesão poderia ser comprovada por meio da juntada ao processo de uma simples fotografia. Nesse ponto, o destaque da ata notarial sobre o documento particular. Aquela é dotada de *fé pública*, que incide não só sobre a formação do ato, em si, mas também “sobre tudo que se passou na presença do oficial”. Dessa forma, “as declarações feitas pelo oficial público ostentam presunção de veracidade, o que dispensa o beneficiário do ato de produzir provas a esse respeito”⁴⁴.

Trata-se, portanto, de interessante ferramenta à disposição daquele que, antes mesmo de uma demanda, procura dispor da maior gama de elementos possível à futura produção da prova em juízo.

⁴³ FERREIRA, William Santos. Art. 384. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; *et al* (Coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1171.

⁴⁴ AMARAL. Paulo Osternack. **Provas – atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 177.

3.2.2 Produção “antecipada” da prova

A ata notarial, embora facilite (ou torne menos tormentosa) a formação do convencimento do magistrado, possui natureza de *documento público*⁴⁵ e, bem assim, embora possa auxiliar na elucidação dos fatos, não tem aptidão para “suprir” a ausência de prova pericial que, como examinado no item 2.2, acima, não raras vezes é a única capaz de formar adequadamente o convencimento do magistrado a respeito da (in)ocorrência do erro médico.

Nos casos em que se verificasse a possibilidade de perecimento da prova (como, por exemplo, pela cicatrização de uma lesão, pela realização de novo procedimento cirúrgico por sobre o anterior, etc.), o CPC/1973 dispunha da ação cautelar de produção antecipada de prova.⁴⁶

Essa, acredita-se, seja a maior inovação do CPC/2015 com relação a temática objeto deste estudo. O novo Código, ao inserir na Seção II, Cap. XII, Tít. I, Livro I da Parte Especial (arts. 381 a 383) o procedimento intitulado “Da produção antecipada da prova”, tipificou em seu texto, para além do direito *instrumental à prova*, o *direito material à prova* como um direito “próprio” e que, como tal, pode constituir o objeto de uma demanda, cujo pedido (único) consistirá na realização da prova, pura e simplesmente.

Note-se que o instituto tem natureza jurídica de *ação*, ou seja, decorre do direito constitucional subjetivo de demandar prestação

⁴⁵ “A ata notarial é um documento público, porque mantém informações (conteúdo) ao longo do tempo por um meio específico impresso ou eletrônico (suporte) e é lavrado por um tabelião. Este descreve a ocorrência de fatos que se dão na sua presença e por este são descritos sem expressar qualquer opinião”. (FERREIRA, William Santos. Art. 384. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; *et al* (Coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1170.)

⁴⁶ No CPC revogado, a hipótese em que determinada prova, por risco de perecimento ou inviabilização definitiva de sua produção, não poderia aguardar o início da fase instrutória (ou sequer o ajuizamento da demanda) para ser produzida, era tutelada pelos procedimentos cautelares típicos da *exibição* (arts. 844 e 845) e da *produção antecipada de provas* (arts. 846 a 851).

jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF)⁴⁷ para um *fim* pontual e específico: obter *acesso à prova*, como direito material de cunho satisfativo.

Mais do que isso, embora a nomenclatura utilizada possa levar à ideia de que se trata de uma ação *acessória* (já que, se a produção da prova é *antecipada*, ocorre *antes* de algo, sendo que este “algo” – leia-se: um processo judicial – deveria inexoravelmente acontecer *depois*, no futuro, ou mesmo *durante*, no presente), os arts. 381 a 383 do CPC/2015 trazem em seu bojo uma *ação autônoma*, que tem origem no “puro” direito *material* de acesso à prova, cujo objetivo único consistirá na realização da prova, seja ela qual for⁴⁸, não dependendo o seu acolhimento da demonstração de risco do perecimento da prova, tampouco da necessidade de sua utilização em ação futura.

A leitura isolada do art. 381, inciso I, poderia levar à conclusão diversa, no sentido de que tal procedimento nada mais seria do que uma “releitura” da extinta *ação cautelar de produção antecipada de provas*, já que exige a demonstração do “fundado receito de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”, demarcando não só a necessidade de demonstração da *urgência* na obtenção da prova, como também

⁴⁷ Como explica Flávio Luiz Yarshell, “o CPC de 2015 positivou o que se pode qualificar como *direito autônomo à prova*. (...) A medida probatória autônoma encontra fundamento no poder ou direito de *ação* (CF, art. 5º, XXXV), que tem amplitude suficiente para autorizar o interessado, sem propriamente invocar a declaração do direito material em dado caso concreto, a postular atuação estatal dirigida à busca, obtenção e produção de providências de instrução. O *direito à prova* – com tal concepção – se afeiçoa não apenas ao escopo jurídico da jurisdição, mas especialmente ao escopo social, de pacificação pela superação da controvérsia” (grifamos). YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários ao art.381, CPC/2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; *et al.* (Coords.). **Breves comentários ao novo CPC**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1150.

⁴⁸ “É, pois, ação que busca o reconhecimento do direito autônomo à prova (...) que se esgota na produção da prova – tão somente”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 141.). Consigna-se que, para os autores, quando o objeto da demanda recair sobre a prova documental, a ação cabível será a *ação de exibição*. (*Idem*. p. 142). Em que pese o destaque quanto ao *nomen iuris*, ao tratar especificamente da referida ação de exibição, invocam expressamente os arts. 381 a 383: “a exibição de coisa ou documento contra a parte adversária poderá ocorrer por ação autônoma. Seria uma ação probatória autônoma, nos termos em que autorizada pelos arts. 381-383, CPC” (*Idem*. p. 235).

revelando a *acessoriedade*, a *instrumentalidade* e a *preventividade* da medida, características estas historicamente ligadas à *tutela cautelar*⁴⁹.

Tal hipótese, de fato, amolda-se quase que literalmente àquela que autorizava o ajuizamento da cautelar de produção antecipada de provas prevista no art. 849, do CPC/1973⁵⁰. Entretanto, a leitura integral do dispositivo revela que não só a antiga justificação foi incorporada à ação de produção antecipada de prova (art. 831, §5º), mas especialmente que a sua propositura *não depende* do perigo na demora de uma demanda futura atingir a fase instrutória (*rectius*: do risco de perecimento da prova).

Os incisos II e III, do art. 381, revelam claramente que o *direito à prova* pode ser postulado em juízo sempre que: i) a prova seja suscetível de viabilizar autocomposição ou (qualquer) outro meio de solução de conflito (inciso II); ou ii) o simples conhecimento de determinados fatos (extraídos da prova) possa “justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

Nestes casos, muito ao revés de configurar uma demanda *preparatória* (ou *antecedente*, como prefere o NCPC), a produção “antecipada” de prova terá o condão diametralmente oposto: *evitar o ajuizamento* de qualquer outra demanda futura em decorrência, justamente, da convicção formada a partir da prova produzida.

É dizer, independentemente do future (e eventual) ajuizamento de uma ação indenizatória, tanto paciente como médico podem, qualquer um deles, postular judicialmente a produção da prova pericial, que poderá, ou não, vir a ser necessária caso sobrevenha controvérsia a respeito de possível erro médico.

3.2.3 Prova emprestada

A prova emprestada também não se trata, propriamente, de uma inovação do CPC/2015. Há tempos é pacificamente admitida pelo

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 23. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2006. p. 51-56.

⁵⁰ MARINS, Graciela. Comentários ao art. 381, CPC/2015. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; *et al.* (Coords.). **Código de Processo Civil anotado**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016. p. 540.

próprio STJ⁵¹. A “novidade” está, quiçá, em sua tipificação expressa no art. 372, CPC, e, a partir do texto legal, na maior amplitude de sua utilização.

É que, como também se extrai da jurisprudência produzida na vigência do CPC/1973⁵², era forte o entendimento de que a *identidade de partes* na demanda paradigma e na demanda onde viria a ser produzida era um *requisito de admissibilidade* à utilização da prova emprestada⁵³.

E o art. 372, do Código de 2015, que trouxe para o texto da lei a “modalidade” da prova emprestada, exigiu como requisito à sua utilização, apenas, a *observância do contraditório*⁵⁴. Ou seja, colacionada aos autos a prova extraída de outra lide, poderá ser utilizada na formação do convencimento do magistrado desde que as partes possam plenamente debatê-la na demanda.

⁵¹ Vide, exemplificativamente, aresto da Corte Superior datado de 1999, em que já admitiu como válida, no âmbito do processo civil, a utilização da prova emprestada: STJ. REsp 146994/PR. 3ª Turma. Rel. Min. Nilson Naves. Julgado em 16.03.1999. DJ em 01.07.1999.

⁵² Conforme investiga Gisele Góes, como o CPC/1973 não tratava expressamente da prova emprestada, os requisitos para sua produção “foram extraídos da lição da jurisprudência: sujeição às pessoas dos litigantes; existência de contraditório no processo em que foi concretizada; identidade do fato probando; e reconhecimento por sentença transitada em julgado (processo jurisdicional).” (GÓES, Gisele Santos Fernandes. Art. 372. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; et al. (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 514.)

⁵³ “A prova emprestada, assim como as demais, é admitida no ordenamento jurídico pátrio desde que tenha sido produzida em processo no qual figurem as mesmas partes, com observância do devido processo legal e do contraditório, e não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador.” (STJ. AgRg no REsp 1171296/RJ. 5ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 24.04.2014. DJe em 02.05.2014. No mesmo sentido: STJ. HC 155149/RJ. 5ª Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em 29.04.2010. DJe em 14.06.2010, indicado no informativo de jurisprudência daquela Corte de n. 432; STJ. AgRg no AREsp 669714/SP. 2ª Turma. Julgado em 03.11.2015. DJe em 16.11.2015; AgRg no AREsp 731445/RO. 2ª Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 06.10.2015. DJe em 16.11.2015. Em sentido contrário, admitindo a utilização da prova emprestada mesmo que originada de processo em que não figuraram ambas as partes: STJ. EREsp 617428/SP. Corte Especial. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 04.06.2014. DJe em 17.06.2014.

⁵⁴ Assim é que, após a entrada em vigor do CPC/2015, o STJ editou a súmula 591, que conta com o seguinte teor: “É permitida a “prova emprestada” no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.”

A lição de Paulo Amaral demonstra a relevância dessa espécie de prova às demandas relacionadas ao erro médico que, segundo o jurista, “se justifica em razão de a nova produção da prova ter se tornado impossível ou particularmente difícil”⁵⁵.

Assim, por exemplo, a prova pericial⁵⁶ produzida no processo movido em face do Hospital poderá ser utilizada pelo paciente em futura demanda a ser movida em face do médico, quando a lesão causada e objeto da perícia na lide anterior já tiver se curado ao tempo da propositura da segunda.

De outro lado, e aliada à dificuldade probatória enfrentada no item 2.1.3, tendo obtido o reconhecimento da inexistência de culpa em três processos anteriores, movidos por diferentes pacientes mas relacionados a um determinado procedimento cirúrgico, a prova extraída daqueles feitos poderá ser utilizada pelo médico na demanda promovida por um quarto paciente e que diga respeito àquela mesma intervenção para, em caso de inviabilidade fática de realização do exame pericial, formar a seu favor o juízo de verossimilhança em caso de julgamento mediante a redução do módulo de prova.

4 CONCLUSÕES

Como afirmado nas linhas introdutórias e, acredita-se, demonstrado ao longo do texto, a dificuldade científica e prática que circunda o tema da prova, por si só espinhoso, toma proporções colossais quando voltado à elucidação do erro médico.

⁵⁵ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas – atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 104.

⁵⁶ Note-se que, como observa o autor, o “laudo pericial transportado para outro processo não deixará de ter a natureza de prova pericial. Tampouco a circunstância de o laudo ingressar no segundo processo sob a forma de documento transforma a prova pericial produzida em prova documental ou em uma prova atípica. A peculiaridade desse meio de prova relaciona-se com a forma pela qual o juiz tem acesso à fonte de prova e pela preservação da natureza da prova produzida no processo anterior”. *Ibidem*, p. 105. Em sentido contrário, Gisele Góes afirma que, no processo em que será utilizada, a prova assume a qualidade de *documental*: “Ao se fazer o transporte da prova para outro processo, ela adquire o *status* de prova documental”. (GÓES, Gisele Santos Fernandes. Art. 372. *In*: ARRUDA ALVIM, Angélica; *et al.* (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 514.)

Esse breve ensaio teve por objetivo identificar pontos nodais nesta seara e, longe de querer impor premissas ou verdades, propor possibilidades para contornar ou ao menos diminuir os entraves experimentados por aqueles que atuam em demandas relacionadas à responsabilização civil do médico.

Naturalmente, os meios *preventivos* apresentados no item 3.2 revelam-se muito mais efetivos quando se tem por escopo a solução *justa* ao conflito material. De outro lado, nem sempre é fácil (ou mesmo possível) a sua obtenção.

Sendo inviável a colheita preventiva da prova e, deparando-se as partes com entraves a seu respeito durante a lide, não restará alternativa, senão contar com o julgamento por meio das técnicas *repressivas* apresentadas no item 3.1.

REFERENCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas – atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. **Temas de direito processual civil – 1ª série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile. Parte generale (il conceto giuridico di prova)**. Milão, 1915.

DALL'AGNOL JÚNIOR. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista RT**, vol. 788, junho de 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

FERREIRA, William Santos. Art. 384. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al* (Coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016

GODINHO, Robson. **Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015

| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Art. 372. *In*: ARRUDA ALVIM, Angélica; *et al.* (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia, entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. V. 1.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. [livro eletrônico]. V. VI. São Paulo: RT, 2017.

MARINS, Graciela. Comentários ao art. 381, CPC/2015. *In*: CRUZ E TUCCI, José Rogério; *et al.* (Coords.). **Código de Processo Civil anotado**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016

NASSER, Paulo Magalhães. Art. 388, CPC/2015. *In*: CABARL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. [livro eletrônico]. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____; _____. **Prova e convicção**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico – inversão do ônus da prova**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1975.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 23. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2006

ASPECTOS TÉCNICOS JURÍDICOS DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E O PAPEL DO ADVOGADO

FELIPPE ABU-JAMRA CORRÊA¹

LUCIANA MARTINS DOS REIS RODRIGUES²

OSVALDO SIMONELLI³

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar brevemente o conceito e importância da gestação de substituição, uma das técnicas de reprodução assistida possíveis e que vem sendo bastante procurada por casais e pacientes no Brasil.

¹ Advogado atuante na área de Direito Médico e Responsabilidade Civil. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Ex-Presidente da Comissão Especial de Direito Médico da OAB/TO e ex-membro da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde do Conselho Federal da OAB.

² Médica pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto- SP. Especialista em Ginecologia e Obstetrícia pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto-SP/ FEBRAGO. Especialista em Reprodução Humana pela Faculdade de Medicina de São José do Rio- SP e Pós-Graduação em Reprodução humana pela Unievangélica / GO. Especialista em ultrassonografia de Ginecologia e Obstetrícia pelo Colégio Brasileiro de Radiologista.

³ Advogado. Mestre em Ciências da Saúde pela Escola Paulista de Medicina/UNIFESP (2017). Advogado Público – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo desde 2002. Chefe do Departamento Jurídico (2005/2015) e superintendente Jurídico do CREMESP (2016/2018). Certificado pela *Harvard Law School*. “Bioethics: The Law, Medicine, and Ethics of Reproductive Technologies and Genetics.” (2018). Professor e Palestrante de Direito Médico.

Assim inicialmente se fará algumas considerações sobre aspectos médicos, para a seguir, se analisar se existe (ou não) efetiva legislação sobre o tema no Brasil.

Por fim, se buscará entender se efetivamente o advogado é importante ao longo desse processo, e em caso positivo, de que maneira pode atuar não apenas auxiliando em aspectos jurídicos, mas também como verdadeiro conselheiro dos interessados ao trabalhar de forma multidisciplinar com os demais profissionais envolvidos no tratamento.

2 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: ASPECTOS MÉDICOS

Quais são as formas legais, morais e éticas de se exercer à maternidade e/ou paternidade? Será que elas existem ou mesmo temos respostas certas para isto? Há 40 anos, após o primeiro bebê Louise Brown vir ao mundo através de um procedimento de fertilização *in vitro* as técnicas de reprodução humana têm crescido e ganhado cada vez mais respaldo, possibilitando inclusive novos (re)arranjos familiares.

Inseminação intrauterina, fertilização *in vitro*, doação e criopreservação de gametas e embriões, gestação compartilhada em pacientes homoafetivos, diagnóstico genético pré-implantacional dos embriões e o útero de substituição são técnicas realizadas nas diversas clínicas de reprodução humana, que possibilitaram tornar realidade o sonho de muitos pais e mães. Mas, de todas as técnicas relatadas, o útero de substituição ainda é a metodologia mais questionada (e inclusive proibida em diversos países) pois para muito além de questões médicas e jurídicas, avança sobre aspectos éticos e morais que tangem ao respeito da dignidade humana.

Tratar de um tema denominado útero de substituição é uma questão complexa pois envolve além de princípios legais, questões religiosas, éticas e psicológicas de todos os envolvidos. As novas técnicas de tratamento de reprodução humana permitem que um embrião gerado por gametas de um casal denominado “pais biológicos”, possa ser gestado por uma terceira denominada “mãe gestante” ou “mãe gestora”.

Tanto na literatura científica quanto em termos populares, essa prática tem diversas denominações como: útero de substituição, maternidade de substituição, cessão temporária de útero e “barriga de aluguel”.

O relato do primeiro caso de sucesso vem de 1988 nos Estados Unidos, caso no qual o casal de cientistas William e Elizabeth Stern assinou um contrato de “locação” de útero com a senhora Mary Beth Whitehead, casada e com dois filhos, para que esta carregasse a criança concebida com espermatozoides do senhor Stern. Apesar da remuneração fixada em US\$10.000, adicionada de US\$ 2.000 para despesas variadas, a mulher recusou-se a entregar a criança após o parto. O caso foi levado a julgamento ocorrendo decisão favorável ao casal Stern, cuja sentença foi fundamentada na admissão do contrato entre as partes e no melhor interesse para a criança em ser educada em uma família com mais recursos.

Em 1990, da teledramaturgia brasileira, tratou o assunto por meio da novela “Barriga de Aluguel” onde um casal que não conseguia conceber, firmou acordo financeiro com uma jovem para ser essa a gestora do embrião fertilizado por método de fertilização *in vitro*.

Contudo, em casos reais, por fatores multifatoriais, a situação mostra-se mais complexa.

Na maioria dos casos relatados de útero de substituição, o fator psicológico da mãe genitora que se envolve com processo da gestação acaba bastante evidente, o que não necessariamente significa óbice ao procedimento.

Devido à este fator relevante, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2168/2017 estabelece que deve haver grau de parentesco em até 4º grau entre a mãe biológica e a genitora; porém em casos especiais nos quais não haja parentesco, deve o casal interessado buscar autorização – via parecer/consulta – ao Conselho Regional de Medicina local para avaliação, julgamento e aprovação de cada caso. Ademais, não se admite em nenhuma hipótese que a doação tenha caráter lucrativo ou comercial.

As indicações para útero de substituição devem passar pela avaliação médica, sendo indicações absolutas quando a mãe biológica apresenta: agenesia uterina congênita decorrente de uma Síndrome denominada “*Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser*” ou se for previamente

histerectomizada; malformações uterinas graves como Síndrome de Asherman; ou as indicações relativas a doenças maternas que impeçam uma gestação na mãe biológica, como doenças renais e cardíacas; ou ainda falha de implantação prévia em tratamentos anteriores, ou aborto de repetição de causa idiopática.

Outras causas de indicações são casais do mesmo sexo ou homens solteiros que desejam uma produção independente.

A forma de tratamento deve ser necessariamente pela via de fertilização *in vitro*. Nesta técnica, os óvulos serão coletados da “mãe biológica” ou quando esta não possui mais reserva adequada decorrente de falência ovariana, processo de menopausa, idade avançada que comprometa sua fertilidade ou casos de homoafetividade masculina, ela pode fazer uso de óvulos de doação, sendo que no Brasil a Resolução do CFM em vigor estabelece que os óvulos devem ser de doadores anônimos.

Posteriormente ao procedimento de coleta (este realizado após indução ovariana hormonal) os óvulos serão fertilizados com espermatozoide do “pai biológico” ou também nos casos do homem possuir quadro de azoospermia total ou casos de homoafetividade feminina, é possível recorrer a um banco de sêmen, este também permeado pelo anonimato.

Feita a fertilização, os embriões formados e desenvolvidos – a depender de critérios técnicos, e normalmente entre o 3º ou 5º dia – serão transferidos para o útero da mãe gestora. Para que isso ocorra, o útero desta última também deve ser devidamente preparado através de uso de modulação hormonal. Após todo este processo, espera-se o resultado de gravidez.

Os fatores biológicos e psicológicos relacionados à gestação são importantes durante a seleção e orientação da mãe gestante, pois essa deve ter consciência de que após nove meses de convivência diária no desenvolvimento fetal, o filho concebido será – em verdade – de outro casal. Além disso está sujeita à comorbidades decorrentes da gestação como hipertensão e diabetes gestacionais, hemorragias pós-parto, dentre os demais riscos inerentes a qualquer processo de gravidez.

Ao final, e independentemente de qualquer complicação, a criança gerada será, como dito acima, dos pais biológicos e legalmente responsáveis.

Portanto, e apesar dos avanços científicos que permitem com certa tranquilidade a realização do procedimento, restam ainda dúvidas sobre a efetiva regulamentação jurídica do assunto no Brasil e se há, de alguma forma, importância da participação do advogado nesse processo. É o que se propõe a analisar o artigo nos próximos dois tópicos.

3 CONSIDERAÇÕES JURIDICAS: HÁ MESMO UMA LACUNA?

Na atual configuração normativa brasileira, a questão que sempre se coloca é: existe uma “Lei”, em sentido formal, que garanta o procedimento denominado “gestação de substituição”. Particularmente, a pergunta em questão comportaria outra indagação: há necessidade de que exista uma “Lei”, em sentido formal, para a situação ora em debate?

No Brasil, a produção legiferante é intensa, sendo que em muitas situações específicas, não seria necessário o trabalho do Parlamento, mas apenas uma regulamentação, seja por intermédio de uma Agência Reguladora, seja através de um Conselho Profissional.

Destaque-se que a própria Carta Republicana de 1988, ao definir o processo legislativo, assim dispõe, *ipsis litteris que*:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

O presente introito tem por objetivo destacar o fato de que, em muitas matérias, a produção legislativa pode advir até mesmo do Poder Executivo, em matérias que dependam apenas de regulamentação para que as demais normas se tornem efetivas.

No que se refere à reprodução humana medicamente assistida, há que se ponderar que a base normativa encontra respaldo no próprio texto constitucional quando assegura como direito fundamental o planejamento familiar, por intermédio do artigo 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, **o planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (sem destaques no original).

A partir da base constitucional, podemos dizer que a Lei nº 9.263/96 já tratou de regulamentar o planejamento familiar, enquanto, por intermédio de ato normativo administrativo, o Conselho Federal de Medicina trouxe ao mundo jurídico a estandardização dos procedimentos voltados à reprodução humana medicamente assistida por intermédio de resolução administrativa.

De forma pioneira, o Conselho Federal de Medicina começou a regulamentar a questão por intermédio da Resolução nº 1.358, no então longínquo ano de 1992 quando, de forme inédita, trouxe importantes previsões acerca de um tema ainda em desenvolvimento, tal como a gestação de substituição e as regras básicas para a estruturação das clínicas voltadas aos procedimentos de reprodução.

Fato é que, hodiernamente, a questão é tratada por intermédio da Resolução CFM nº 2.168/57 que, especificamente no que tange à gestação de substituição, impõe as seguintes observações:

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe/filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau - tia/sobrinha; quarto grau - prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.
2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:
 - 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;
 - 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;
 - 3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
 - 3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;
 - 3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
 - 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Dentre as regras acima, sem qualquer menoscabo às previsões normativas, há que se refletir acerca de dois pontos principais: **i.** grau de parentesco entre a cedente temporária do útero e a família de um dos parceiros, até o quarto grau e, **ii.** termo de consentimento.

A regra do parentesco, em verdade, segue o quanto disciplinado na Lei nº 9.434/97 que, em seu artigo 9º, assim prevê:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4ºdesteartigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

Nesse toar, não se trata de uma regra inovadora no mundo jurídico, realizada pelo Conselho Federal de Medicina, mas sim, previsão em lei, em sentido formal, aplicada de forma extensiva, por similitude, ao regramento direcionado às técnicas de reprodução assistida.

Evidentemente que o Conselho Federal de Medicina, ao privilegiar a regra do planejamento familiar, estabeleceu que, sob a forma de exceção à regra, quando não houver possibilidade de gestação substitutiva dentro do seio familiar, até o quarto grau, cabe ao Regional avaliar a situação *in casu*.

E, neste sentido, bastante esclarecedora e importante, temos, *exempli gratia*, a Resolução CREMESP nº 232/11, que estabelece

os requisitos que devem ser atendidos pelos interessados na utilização das técnicas de reprodução assistida de 'doadoras temporárias de útero' que não pertencem à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau⁴, para fins de autorização do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo.

Assim, quando constatada a impossibilidade de atendimento ao requisito especial previsto na norma em vigor, há que se obter a respectiva autorização do Conselho Regional de Medicina do respectivo Estado.

Quanto ao termo de consentimento, apenas uma crítica pontual e substancial, que muitos países já vêm discutindo a respeito da cedente temporária de útero: como consentir com algo absolutamente inédito?

Evidentemente que, a levar esta afirmação à risca, quase nenhum procedimento médico seria integralmente consentido, na medida em que, invariavelmente, estaremos sempre diante do ineditismo quando da submissão à tais autorizações.

Entretanto, na hipótese vertente, trata-se de uma gestação, com todas as variações hormonais, físico-corporais, além do ato

⁴ A Resolução CFM nº 2013/13 ampliou a possibilidade até o quarto grau, condição ainda em vigor.

sublime de gestar uma nova vida que, ao final, será entregue àqueles que, pelas normas atuais, serão os genitores formais.

Assim, o ideal seria que, para a gestação de substituição fosse concedida preferência às cedentes que já tivessem gestacionado ao menos uma vez, pois assim obter-se-ia um consentimento absolutamente fidedigno em termos de autonomia e compreensão efetiva ao que, de fato, está sendo autorizado.

Mas esta é apenas uma reflexão, diante da natureza do termo de consentimento que, enquanto documento “livre e esclarecido” deve ter como premissa a máxima compreensão.

Destaque-se, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça também possui regramento a respeito do tema ora em debate, Provimento nº 63/2017 que, ao regulamentar uma questão puramente cartorial, disciplina a questão por intermédio da Seção III, abaixo transcrita:

Seção III Da Reprodução Assistida

Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.

§ 1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17, III, deste provimento.

§ 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I – declaração de nascido vivo (DNV);

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;

III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

§ 2º Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do *caput* deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

§ 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.

Art. 18. Será vedada aos oficiais registradores a recusa ao registro de nascimento e à emissão da respectiva certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida, nos termos deste provimento.

§ 1º A recusa prevista no *caput* deverá ser comunicada ao juiz competente nos termos da legislação local, para as providências disciplinares cabíveis.

§ 2º Todos os documentos referidos no art. 17 deste provimento deverão permanecer arquivados no ofício em que foi lavrado o registro civil.

Art. 19. Os registradores, para os fins do presente provimento, deverão observar as normas legais referentes à gratuidade de atos.

Veja-se que, por intermédio de atos administrativos inferiores, os procedimentos de Reprodução Humana Medicamente Assistida ganham os contornos necessários para que haja um controle mínimo estatal, de fácil adaptação às realidades, sem que seja necessária a discussão através do Parlamento brasileiro.

Não que o processo legislativo maior deva ser alijado deste processo; mas que, acaso seja levado para tal instância legislativa, que seja apenas para estabelecer regras amplas, abertas, *in abstracto*, reservando as questões peculiares aos atos normativos inferiores, de maior maleabilidade e eficácia perante os beneficiários das técnicas, sempre em prol do melhor atendimento à regra constitucional que garante o efetivo planejamento familiar.

4 O PAPEL DO ADVOGADO NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: SE NÃO OBRIGATÓRIO, FUNDAMENTAL

Por fim, e feita a análise técnica e de regulamentação sobre o tema, cabe reflexão final sobre a pertinência de assessoria (ou não) de advogado especializado ao longo do processo de gestação de substituição (ou qualquer outro correlato).

Vale a advertência inicial de Eduardo Dantas, no capítulo de sua obra que trata sobre Reprodução Assistida, de que

avanços vem sendo conquistados, mas a variedade de dilemas, sejam éticos, sejam jurídicos, advindos das questões ligadas à reprodução medicamente assistida necessitam de um disciplinamento mais rápido, amplo e completo⁵.

Nesse contexto, o profissional jurídico parece ser fundamental.

O professor Genival França⁶ aponta quando do estudo das técnicas de reprodução assistida ao menos três possíveis dilemas jurídicos essenciais, quais sejam: problema quanto a filiação; casos de casais homossexuais e mulheres solteiras que buscam essas técnicas; e questões atinentes a teórica responsabilidade civil e penal do médico nesses casos.

Seria possível ainda, muito embora não seja o foco do presente estudo, refletir sobre o eventual risco sobre conflito positivo ou negativo quanto a maternidade⁷, ou seja, no primeiro caso quando “ambas as partes querem a criança após o parto” ou no segundo “o ato da entrega é impossibilitado de ocorrer, uma vez que a contratante não mais deseja a criança, por diversos motivos”.

Como já exposto anteriormente, há no Brasil, regulamentação esparsa sobre o tema, sendo portanto fundamental que o advogado, se consultado, apresente estofo para expor os detalhes técnicos (jurídicos) sobre todo o procedimento, sanando dúvidas e prestando os aconselhamentos necessários, especialmente sobre todos os aspectos futuros que referida cessão de útero podem implicar, como direitos e deveres da cedente, direitos e deveres dos pais, e principalmente, os direitos da criança vindoura do procedimento.

⁵ DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 340.

⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Doutrina, legislação e jurisprudência atinentes a profissão médica. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 385.

⁷ Assunto muito bem explorado no artigo “Conflito de maternidade na cessão temporária do útero” de Hidéliza Cabral, Dândara Pimentel e Luiz Carvalho. Disponível em https://www.lex.com.br/doutrina_27610657_CONFLITO_DE_MATERNIDADE_NA_CESSAO_TEMPORARIA_DO_UTERO.aspx

Nos parece relevante em eventual consulta prévia que o advogado saiba não apenas o teor da Resolução do CFM que cuida do tema, mas também os aspectos que envolvem o direito de família, os direitos da criança e inclusive os direitos sucessórios dessa, afinal, filho(a) que está sendo gerado em útero de substituição, mas que ao final, será do casal que buscou o tratamento.

Importante destacar também à cedente de útero que apesar de todo o altruísmo envolvido no processo, quando do nascimento, a criança não será seu/sua filho(a), situação que se mostra muitas vezes delicada, e que demanda tempo, sensibilidade e experiência do profissional na abordagem dessas nuances. Pode ser inclusive papel do advogado a difícil tarefa de, a depender daquilo que perceber ao longo dos atendimentos aos interessados, demovê-los da ideia ou do procedimento, caso perceba risco futuro aos envolvidos ou mesmo aos interesses da criança que ainda será gerada.

Portanto, como se vê, a missão não é fácil, considerando que aos profissionais do Direito não é ensinado ao longo do curso tais aspectos, pelo que o trabalho interdisciplinar (como aliás, parece ser sempre o caso no Direito Médico) e muito afinado com a equipe médica responsável será o caminho mais assertivo.

Ponto que também parece ser importantíssimo – para a segurança de todos os envolvidos, e em alguns casos inclusive para autorização pelo Conselho para a realização do procedimento – é a boa documentação médica. E nesse tocante, uma vez mais, mesmo que o advogado não seja essencial, parece bastante recomendável que participe da elaboração dessa.

A Resolução nº 2168/2017 do CFM em seu item VII, que trata da gestação de substituição, de plano destaca que a cedente “deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau”, considerando – a par de qualquer crítica jurídica que possa merecer a classificação proposta – como de primeiro grau mãe/filha; de segundo grau avó/irmã; de terceiro grau tia/sobrinha; e de quarto grau prima.

Logo a seguir fica patente que “demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina”.

Pois bem.

A própria Resolução não determina maiores formalidades para o requerimento. Então, a princípio, bastaria que o próprio casal interessado formalizasse pedido ao Conselho, de forma sucinta, que seria feita a análise com posterior aprovação ou recusa ao tratamento.

Ocorre que as formalidades de um Órgão de Classe nem sempre são de familiaridade do cidadão comum.

Ademais disso, seria prudente instruir o eventual requerimento com documentação comprobatória? Ou o simples relato de caso bastaria?

Parece que a resposta mais adequada é que, além de requerimento fundamentado, desde logo se demonstre ao Conselho que a documentação exigida pela Resolução - e que irá constar do prontuário dos pacientes - está devidamente elaborada (documentação essa prevista no item “3” e seguinte da própria Resolução).

Tais documentos serão tratados mais adiante mas é possível afirmar que, a nosso sentir, são documentos que ultrapassam a seara exclusivamente médica, como por exemplo no item “3.1”, parte final, que diz que o termo de consentimento livre e esclarecido deve contemplar, além de outros pontos, “aspectos **legais** da filiação”.

Portanto, esse documento além de obrigatoriamente constar do prontuário pode e deve ser também apresentado ao Conselho, instruindo o pedido de autorização, afinal, quanto mais elementos comprobatórios e quão mais bem instruído estiver o requerimento, nos parece maior a chance de aprovação.

Para além disso, a Resolução prevê ainda nos casos de ausência de parentesco que esses estarão sujeitos a aprovação do Conselho.

Em havendo recusa, caberia algum tipo de pedido de reconsideração ou mesmo recurso? É mesmo crível que os interessados saberão como manejar esse eventual pedido sem auxílio de profissional habilitado e que conheça os trâmites internos dos Conselhos?

Uma vez mais, o auxílio pode ser o diferencial entre a aprovação ou não do requerimento o qual, por vezes, demanda uma análise urgente, diante das condições de saúde dos partícipes desta

relação. Um eventual indeferimento em decorrência de um requisito formal, pode inviabilizar o procedimento sob o aspecto médico.

Apesar das normas em vigor não preverem, ainda, uma instância recursal, fato é que, do indeferimento pelo Regional não nos parece inviável a reanálise pela instância superior o que, sem dúvida alguma, demandaria um manejo técnico fundamental à obtenção do quanto pleiteado.

Por fim, não há como afastar a possibilidade de, mantido o indeferimento, se buscar a autorização pela via judicial, situação que certamente exigirá a capacidade postulatória, sendo prudente, portanto, que o advogado conduza a questão desde a esfera primária, ainda perante o Conselho Regional de Medicina.

Também em respeito a Resolução, e em sequência ao raciocínio acima, veja-se que essa determina que o prontuário dos pacientes deve conter uma série de documentos.

Esses estão elencados no item “3”, ficando claro que mesmo que não demandem formalidades expressas, podem (e devem) contar com a participação de profissional da área jurídica para sua elaboração.

Como já se expôs a documentação deve contemplar os “aspectos legais” da filiação, “termo de compromisso” entre os envolvidos “estabelecendo claramente a questão da filiação”, “compromisso” por parte dos contratantes em relação a garantir ao longo de toda a gestação todo o acompanhamento médico necessário a cedente gestante; e ainda “compromisso de registro civil da criança pelos pacientes” devendo “esta documentação ser providenciada durante a gravidez”.

Pela simples leitura fica evidente que os documentos aparentemente simples possuem basilar importância para a segurança de todos os envolvidos, e até por isso, apresentam grande carga jurídica em seu teor, muitos deles assemelhando-se a verdadeiro contrato, pelo que a assessoria especializada mostra-se relevante.

Na seara do gerenciamento de risco do profissional médico, igualmente relevante a atuação do advogado especializado.

A documentação antes relatada deve sempre constar do prontuário dos pacientes. E essa obrigatoriedade não se limita apenas

aos casos de ausência de parentesco no qual o Conselho irá aprovar ou não o procedimento, mas sim a todos os pacientes que se submetam a técnica.

Essa é, para além da técnica de reprodução, uma obrigação ética do médico.

Logo, e mesmo que os pacientes não entendam importante essa documentação, ou mostrem-se próximos e portanto, a princípio, sem qualquer possibilidade futura de qualquer desentendimento, mandatário que a Clínica ou profissional responsável elabore a documentação e apresente aos pacientes para sua assinatura, com a consequente anexação ao prontuário médico.

Isso sem considerarmos ainda o aspecto básico de dever de informação aos pacientes, pelo que o termo de consentimento para todo o procedimento ganha contornos de ainda maior relevância.

Logo, o profissional ou Clínicas especializadas que se propuserem a realizar o procedimento de gestação de substituição devem se resguardar, tanto ética quanto juridicamente, elaborando toda a documentação exigida pela Resolução.

Cabe ressaltar por fim, afastando qualquer aparência pedante do presente artigo, que o advogado certamente não conhecerá todos os aspectos técnicos médicos ou mesmo psicológicos dos pacientes e do procedimento. Por isso mesmo se reitera a necessidade de atuação multidisciplinar nesses casos, sendo importante notar o que diz a própria Resolução em seu item 3.2, que exige relatório médico “com perfil psicológico, atestando a adequação clínica e emocional de todos os envolvidos”.

Sendo assim o importante é a atuação conjunta do advogado com a equipe médica, e especialmente junto aos pacientes, os quais certamente estarão fragilizados quando da busca por um tratamento de reprodução assistida pelas razões óbvias que permeiam o assunto.

Como arremata Eduardo Dantas:

É justamente nesse ponto que o Direito e a Medicina se encontram e se misturam. O Direito busca, pois oferecer respostas a velhos problemas, e apontar soluções para os novos questionamentos biomédicos do século XXI.
(...)

A atuação do advogado, o seu papel não apenas como operador do Direito, mas de mediador na administração da Justiça, na pacificação das relações sociais, ganha contornos muito mais relevantes ao defender bens jurídicos surgidos a partir de relações e conflitos ainda em formação. A melhor compreensão destes conceitos torna o exercício da medicina mais seguro, e com isso ganham todos, os próprios médicos, os pacientes, mas principalmente, a sociedade.⁸

O fundamental parece ser portanto a **humildade** do advogado ao buscar no conhecimento de outros profissionais a compreensão sobre os aspectos fundamentais da gestação de substituição e a adequação psicológica dos pacientes envolvidos; a **sensibilidade** em compreender que nestes casos, muito mais que simples profissional da área jurídica, estará lidando com sonhos e expectativas (inclusive de uma cedente que irá gestar uma criança, mas não será sua mãe!); e por fim a **seriedade** do estudo constante, afinal, como nas demais áreas do direito médico, os desafios são diários e inéditos.

Direito e realidade devem caminhar juntos, sob pena de termos um descompasso absolutamente danoso às relações sociais, identificado pelo jurista Francês George Ripertque, que no século passado, já afirmava: “Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o Direito.”

REFERÊNCIAS

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; PIMENTEL, Dândara Domingos Figueiredo Alberoni; CARVALHO, Luiz Guilherme Tinoco Picanço. **Conflito de Maternidade na cessão temporária de útero**. Disponível em <https://www.lex.com.br/doutrina_27610657_CONFLITO_DE_MATERNIDADE_NA_CESSAO_TEMPORARIA_DO_UTERO.aspx>

DANTAS, **Eduardo. Direito Médico**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 340.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Doutrina, legislação e jurisprudência atinentes a profissão médica. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁸ Dantas. Op. cit. p. 279

O RESULTADO NA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE

PEDRO H. C. FONSECA¹

1 INTRODUÇÃO

A imagem das pessoas passou a ter enorme importância no mercado de consumo. A beleza tornou-se um produto sonhado a ser alcançado a todo preço. A sociedade evoluiu em muitos aspectos e, com ela, a medicina. A biotecnologia transformou a medicina, permitindo novas perspectivas. Ao mesmo tempo, a sociedade passou a ser mais integrada pelas pessoas, resultando numa exigência impactante de padrão de beleza. Houve influência dos rápidos meios de comunicação, acesso das pessoas comuns às vidas particulares dos seus ídolos, a necessidade de aceitação entre grupos de convivência, amigos, colegas, família, enfim, houve a revelação da exigência psicológica cultural e geral de um belo admitido por todos. A junção da oferta tecnológica e a construção do conhecimento a partir dela, na medicina, permitiu acesso antes inimagináveis a transformações no corpo das pessoas a partir de cirurgias plásticas estéticas e outros procedimentos. Ao mesmo tempo, a necessidade social de aceitação e a facilidade econômica permitiu o encontro da oferta desta nova tecnologia e estrutura de conhecimento vertical e da procura social pelo belo. Cirurgias plásticas estéticas e procedimentos que antes duravam horas, passaram a ser realizadas com absoluta segurança em poucos minutos. O resultado disso foi a explosão pela procura de profissionais médicos para realizar a construção da beleza pela biotecnologia e com isso, o surgimento de um mercado da medicina em paralelo com devastadora quantidade de processos judiciais. Diante desta realidade em constante mudança, o advogado

¹ Advogado. Pós-Doutor em Direito Penal. Doutor em Direito Penal. Mestre em Direito Civil. Mestre em Direito Penal. Autor de diversas obras jurídicas. Palestrante. Professor universitário.

deverá saber dosar seus argumentos com base constitucional, processual, e a prática das normas cíveis e penais quanto a sua dogmática. De modo algum, poderá o advogado se submeter a argumentos prontos decorrentes de jurisprudências e atuais entendimentos doutrinários, havendo que apresentar reflexão e criatividade em busca de soluções jurídicas, levando o melhor resultado ao seu cliente nos processos judiciais.

2 UM MERCADO DE BELEZA E O “DIREITO”

O mercado da beleza construído pela medicina criou outro mercado na área do direito, este relacionado à imputação por erro médico ou por equívoco quanto a este conceito, na medida em que o jurisdicionado equivocadamente acredita que resultado frustrado pela sua subjetividade se encontra vinculado ao conceito de erro médico.

Em paralelo a isso, outro mercado de demandas administrativas surgiu pela publicidade dos médicos que atuam na área de cirurgia plástica, a partir do momento em que se apresentam à sociedade como especialistas na área. Para isso, foi preciso que o CFM editasse a resolução 1.974/11 e a 2.126/15 complementando a primeira, e nesse sentido, dentre outras questões, tratou da proibição de publicidade com exposição do antes e depois de resultados de cirurgia plásticas estéticas e com exposição de pacientes, além de proibição de áudio, vídeo *selfies* sensacionalistas e autopromocionais.

Uma grave distorção prática do conceito tomou conta da atual jurisprudência, que fechou entendimento quanto ao resultado negativo em cirurgias plásticas e procedimentos de beleza. O que é o resultado? É o que o paciente pensa ser satisfatório? É o resultado do erro diante da doutrina médica? É o que o magistrado entende ser adequado? Aqui reside a encruzilhada do problema.

Ao mesmo tempo, qual o poder do CFM de impedir publicidade dos médicos diante da apresentação pública e consentida destes para a sociedade? Não há violação ao princípio da reserva legal? Pois, ainda não há lei que permita ao CFM extrapolar a criação de normas fora do âmbito ético.

3 CASE DRA. PATRÍCIA LEITE X CFM/CRM

Há, na verdade, uma invasão do Conselho Federal de Medicina no âmbito do Direito, do ordenamento jurídico. O CFM é autarquia federal. Nada mais. Não tem poder de polícia sobre a atividade dos médicos. Não pode criar normas e padrões de conduta que não sejam sobre o aspecto ético. Se fizer, extrapola as suas atribuições e quaisquer normas produzidas pelo CFM serão consideradas ilegais. Assim como ocorreu pelo reconhecimento do Poder Judiciário no caso Patrícia Leite x CFM/CRM em que a médica conseguiu tornar regra imposta pelo CFM suspensa até julgamento final, por liminar. Além disso, suspendeu processo judicial contra ela, que tramitava ilegalmente no seio do CRM.

Como saber o que é regra e o que é norma deontológica. As normas deontológicas são as passíveis de imposição pelo CFM – autarquia federal. Nada mais nada menos do que princípio imposto por um grupo de mando à toda uma classe. A regra, por outro lado, molda conduta, obrigação, atividade de um jurisdicionado. O princípio é abrangente, não é delimitado por padrão de condutas. O CFM não pode criar regras impondo condutas padronizadas, como tentar “salvar” a profissão proibindo que a publicidade do médico tenha a proibição, por exemplo, das postagens do “antes e depois”.

Todo médico tem o direito de requerer os seus direitos judicialmente. E se forem perseguidos por isso, será de forma ilegal, quando alguém ou algum agente da ilicitude, usará de eventual poder para atingir o bem-estar do profissional. O que será ilegal. Por isso, a Lei deve vigorar a atividade do médico. Não o CFM, pois não é Poder da República, mas autarquia acortinada de um falso poder de legislar sobre a matéria.

4 RESPONSABILIDADE E O MÉDICO

Verifica-se que, para a construção da responsabilidade civil, sobretudo a responsabilidade por atuação do profissional da medicina, há que se considerar, na sua formação, o preenchimento de elementos

como a conduta culposa por negligência, imprudência ou imperícia, o nexo de causalidade e um resultado danoso comprovado e indenizável.

A responsabilidade civil pela atuação do médico envolve não somente o código de direitos do consumidor, determinando a verificação de culpa e retirando a responsabilidade objetiva, mas também se interage com o código civil, o código penal, o código de ética médica (princípios) e resoluções da autarquia federal que condiciona a atividade do médico à alinhamento deontológico.

Advogado, abra os olhos para o ordenamento jurídico. Comece pela Constituição da República. Encare a realidade e fundamente suas colocações com base nas regras mais básicas do direito. Veja o resultado com apoio na interdisciplinaridade da doutrina médica, sem apontar que o resultado revela a insatisfação do consumidor dos serviços do médico, e que por isso, conforme o STJ, a responsabilidade será de uma forma ou de outra. Em suma, o que alerta ao leitor advogado, nada mais é do que a importância da reflexão técnica diante de casos práticos em processos judiciais e administrativos.

5 O TRIANGULO DA RESPONSABILIDADE

O fato médico é triangular, pois envolve responsabilidade civil, responsabilidade administrativa e a responsabilidade penal. Considerando isso, importa deixar claro que um único fato, uma única cirurgia realizada pelo médico cirurgião, pode levá-lo a responder por três ações, duas judiciais e uma administrativa no CRM, exceto se for o médico funcionário público, que responderá em tais condições. Ocorre que, em que pese a demanda ou as demandas serem algo que importuna e incomoda a vida de uma pessoa, sobretudo o médico que depende de um bom nome no mercado, há que se perceber que, para haver consequências, terá o paciente que comprovar nos autos (processo) os elementos que constituem a responsabilidade civil (conduta culposa por negligência, imperícia ou imprudência), responsabilidade penal (fato típico, antijurídico e culpável) ou responsabilidade administrativa (conduta culposa, nexo de causalidade e dano comprovado do fato ético ou não ético). Caso contrário, o autor de tais ações será responsável pela sucumbência e

honorários, ou, quem sabe, abuso de autoridade se for um conselheiro do CRM.

6 O MÉDICO VÍTIMA DA MÁ-FÉ

Há milhares de ações judiciais que terminam com a absolvição do médico, julgados na esmagadora maioria pela sua inocência, por uma simples questão, qual seja, a ausência de provas e falta de comprovação dos elementos de formação da responsabilidade civil, penal e administrativa a serem preenchidos.

Existe grave equívoco do paciente que realiza a cirurgia estética quanto ao que ele considera erro médico. Muitas vezes, o paciente procura um cirurgião plástico para modificar seu corpo, com expectativa interna e absolutamente subjetiva de sua consideração do belo e do seu peculiar conceito de beleza. Quando não houver erro médico de fato, o conceito de resultado do paciente é de ordem particular e psíquica, sendo tradução de mera frustração de expectativa interna. Se, porventura, o conceito de beleza do paciente não for atingido pelo médico, mesmo que este tenha realizado o procedimento cirúrgico com extrema dedicação, correta e acertada técnica, com todos os cuidados, com toda a perícia e conhecimento que a literatura médica exige, sem qualquer possibilidade de equívoco do profissional, mesmo assim pode ainda e injustamente o cirurgião ser réu em processo judicial pela simples insatisfação pessoal do paciente. O que não significa erro médico, mas sim dessabor pessoal, quebra interna de expectativa, frustração de equivocado conceito, desalinhamento cultural do conceito de beleza entre o paciente e o que é possível alcançar com a cirurgia plástica.

7 O QUE É RESULTADO?

Existem pessoas que procuram um cirurgião plástico dizendo ao profissional que pretende ter uma boca similar a de uma atriz, ou os seios de outra atriz, ou o glúteo, pernas, abdômen de fulano de tal. Realiza a cirurgia estética, esta com perfeição técnica, mas o paciente, após o procedimento, entende, por simples crença particular e

individual, que não era aquilo que queria e, portanto, houve um erro médico. *“Pahhh! Quero meu dinheiro de volta! Vou te processar, doutor!”*

A partir daí ajuíza ação judicial contra o profissional que passa a responder processo na condição de réu sem, de fato, ter qualquer responsabilidade. Em regra, este processo terá um fim após apurar detidamente se ocorreu conduta culposa do médico, se houve nexo de causalidade, se houve dano. Na área criminal, em que pese serem outros requisitos, haverá apuração também em tal sentido – análise de requisitos e produção de provas. O CRM aproveita a situação e inicia procedimento contra o médico. Ao final, absolvido. E os danos que este profissional sofreu? Danos financeiros, psicológicos, legais!

O que se percebe na prática é uma avalanche de ações judiciais contra médico sem qualquer razão para eventual condenação do profissional, por ausência de erro, de dano, de elementos de responsabilidade, mas movimentado por quebra de expectativa pessoal do paciente.

O Superior Tribunal de Justiça, por maioria, assumiu posição no sentido de que a obrigação do médico em cirurgias plásticas estéticas é de resultado. Repito: cuidado com o conceito de resultado! Não significa que a mera insatisfação do paciente com o resultado da cirurgia revela ganho de causa. O resultado indenizável está vinculado à comprovação de dano estético por meio de indubitável contexto probatório, além de ter que comprovar nos autos a relação do resultado dano à uma conduta culposa do médico sob o entranhamento técnico do direito e da medicina.

A insatisfação do paciente não gera direitos a ele, sobretudo indenização, pois se trata de observação exclusivamente subjetiva. Para haver condenação do profissional cirurgião por uma cirurgia realizada, terá o magistrado que identificar, sem qualquer rastro de dúvidas, um dano decorrente de uma atuação culposa do médico, também comprovada. Sem isso, não há possibilidade de responsabilização do médico com base apenas na indicação de erro médico pelo paciente, pois meramente subjetivo. O bem jurídico tem que ter sido, comprovadamente, lesado por uma conduta, no mínimo, culposa por omissão ou comissão.

Muitas das vezes, o paciente age com má-fé, buscando no médico fonte de pecúnia por meio de ação judicial. Isso porque o

médico exerceu seu dever de informação exigindo do paciente, antes do procedimento cirúrgico, assinatura do consentimento livre e esclarecido e de um contrato verticalmente explicativo, sem promessa de resultado, pois o **resultado**, como dito, é de **ordem subjetiva quando não houve um erro médico identificado por técnica doutrinária médica**. Mesmo assim, o paciente utiliza do processo para forçar transferência de dinheiro, importunar o médico, fazê-lo perder prestígio por lesão ao seu nome duramente conquistado na sociedade.

8 QUAL O PADRÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA PARA O MÉDICO?

Considerando que o direito à informação é direito do paciente, e que este exerce a sua autonomia, tomando decisões a partir das informações passadas pelo médico, o paciente é responsável pelas suas escolhas, não podendo ser infantilizado e assim tratado com poderes que desequilibram a relação jurídica médico-paciente e a conseqüente relação processual. O médico deve exaurir todas as possibilidades de informação, demonstrando as singularidades do caso ao paciente, deixando completamente claro quais os riscos, conseqüências e possibilidades do procedimento cirúrgico.

O termo de consentimento e o contrato informando tudo acerca do procedimento, com linguagem clara para atingir a cultura do signatário, permitindo que entenda o procedimento, suas conseqüências, riscos, e tudo que envolve sua capacidade de compreensão possibilitando sua aceitação, exterioriza a autonomia do paciente e legitima a intervenção do médico. A prova de consentimento e aceitação do paciente pela assinatura de tais documentos comprova a boa-fé do médico e representa forte prova contra pretensão de paciente lastreada pelo subjetivismo e expectativa psíquica quebrada por resultado de procedimento cirúrgico.

Uma vez contratado os serviços do médico, havendo a assinatura pelo paciente do **termo de consentimento e contrato** em que fica claro que o médico informou ao paciente sobre todas as possíveis conseqüências da cirurgia estética/procedimento e, mesmo assim, este escolheu realizá-la, não havendo erro técnico médico, o paciente será responsável, exclusivamente, pelas suas escolhas e decisões. Com isso, o médico teria responsabilidade por resultado em

cirurgia plástica se houver provas de que agiu com culpa, negligência, imperícia ou imprudência, na sua conduta perante o paciente e provas de que houve dano decorrente da culpa do médico. E mesmo assim, doutores, ainda terá um processo que durará a média de 4 anos para resistir a produção de provas.

Portanto, quanto a resultado, não existe certeza jurídica! Ainda estamos construindo um padrão de conceito de resultado, que pode, inclusive, não ser encontrado como formato padrão *standard*.

9 ERRO MÉDICO – UM CONCEITO?

Para não restar dúvidas, o erro médico é conceito que revela uma conduta culposa do profissional da medicina em relação ao seu paciente que seja baseada em negligência, imperícia ou imprudência, e que esta conduta seja a causa de um dano passível de indenização ou sanção penal e administrativa, após identificação dos elementos que formam a responsabilidade, seja civil, criminal ou administrativa. Foi aqui exposto uma tentativa de conceito quanto ao erro médico! Pode ser que seja modificado tal conceito na medida do desenvolvimento na relação medicina e direito. Quem sabe!

10 O PACIENTE TEM OBRIGAÇÕES!

Quanto à natureza da obrigação entre o médico e o paciente, na medida em que houver a assinatura do contrato, passa o médico cirurgião a ter a obrigação de fazer – realizar uma determinada prestação de serviço, e o paciente deve pagar pelos serviços prestados. Ao considerar que há obrigação de fazer, o médico está vinculado a um resultado. Registra-se que o resultado não é o que o paciente espera, mas o resultado padrão e natural de uma cirurgia ou procedimento alinhado a uma conduta sem culpa. O resultado jurídico não é o que se acredita pela ordem psíquica do belo, mas o que não se identifica resultado danoso por conduta culposa do médico. Além disso, o resultado é aquilo que normalmente se espera pela literatura médica e pela natureza do corpo do paciente, se aproximando muito

mais de algo racional do que da expectativa de beleza a ser alcançada e do que acreditamos ser belo.

Isso posto, não é possível ao médico se comprometer com determinado resultado, pois a medicina não é ciência exata. Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina, pela resolução nº 1.621/01, art. 3º prescreve que:

Na cirurgia plástica, como em qualquer especialidade médica, não se pode prometer resultados ou garantir o sucesso do tratamento, devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento.

O Conselho Federal de Medicina vai mais adiante, extrapolando sua função e palpita ainda, com base no art. 4º da mencionada resolução, que “O objetivo do ato médico na cirurgia plástica como em toda a prática médica constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado.” São imposições de condutas éticas que valem para todos os médicos que pensam em prometer resultados. Mas lembrem-se, o CFM não tem poder de impor regras. E se o fizer, será ilegal por violação direta do princípio da reserva legal.

11 QUEM DECIDE O QUE É RESULTADO?

O conceito de resultado em cirurgia plástica ou qualquer procedimento será subjetivo e não há como identificar um padrão racional que vincule o que é belo, pois pode ser para um e não para outro. Pode o resultado ser alcançado para o médico e não para o paciente, sendo para o juiz, no seu subjetivismo, um significado e para a parte outra revelação de sentido.

O resultado neste ambiente jurídico revela relação com um trabalho executado de forma correta, alinhado à literatura médica. A doutrina médica seguida à risca pelo profissional lhe confere legitimidade e justifica sua conduta. Pode não ser possível ao médico alcançar o resultado pretendido no imaginário do paciente, e nem ser possível atingir o que o médico espera, pois as reações do organismo humano são, numeradas vezes, imprevisíveis. Assim, o não alcance

do resultado esperado pelo paciente em procedimentos não configura descumprimento de contrato e nem permite seja o paciente indenizado.

12 QUEM DEVERÁ PROVAR?

Quanto ao ônus da prova, o paciente deve comprovar a conduta culposa do médico, o nexo de causalidade e o dano, salvo se comprovar sua hipossuficiência pela via consumerista e processual. O art. 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil, determina que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Trata-se de distribuição estática do ônus da prova quebrada pela excepcionalidade de cada caso, de modo que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo do ônus estático, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. A distribuição diversa do ônus da prova pode ser acordada entre as partes.

Ocorre que ao considerar o fato do paciente assinar um contrato e um termo de consentimento, ter dinheiro para acessar a qualquer perito, ter ciência da situação em que se encontra, verifica-se demonstração perfeita de que o paciente consegue produzir e ter acesso a qualquer produção de provas, o colocando lado a lado do médico no exigido equilíbrio processual. Portanto, nesse caso, não há hipossuficiência do paciente, sendo completamente desnecessária, desequilibrada, desarrazoada e danosa a inversão do ônus da prova.

Assim, em ações judiciais decorrentes de procedimentos que envolve o belo, o ônus da prova para comprovar erro médico por atuação culposa, nexo de causalidade e dano é de responsabilidade do paciente, exceto se houver verossimilhança das alegações e prova de hipossuficiente probatória.

O entendimento² de que, por se tratar de obrigação de resultado assumida pelo médico pela via contratual e que por isso há inversão do ônus da prova em razão da culpa *in re ipsa* – presumida, não pode prosperar, pois viola a lógica e a determinação clara da lei processual.

Nesse sentido, se um paciente ajuíza ação em face de um médico alegando dano por aparência que deveria ter sido melhorada e por frustração de dano estético, passa a colocar o médico no banco dos réus e incumbe a ele provar algo fora da razão, que está na consciência do paciente, que é a beleza adequada e de alinhamento particular psíquico.

A responsabilidade da prova é do paciente, salvo se provar sua hipossuficiência probatória. Mas nada impede que o médico venha provar sua conduta correta, com atuação na adequada técnica, indicando que o resultado insatisfatório é subjetivo e que advém de força maior ou caso fortuito, além de culpa exclusiva do paciente por descumprimento de orientações pré e pós-operatórias.

A consideração de que, nas obrigações de resultado por procedimento estético, haverá inversão do ônus da prova e que basta ao paciente provar o dano, pois a culpa se presume, revela equívoco gravíssimo, onerando o profissional de forma injusta tornando-o vítima de um falho sistema de imposição equivocada de provas formatado pela jurisprudência em sua maioria.

13 CONSIDERAÇÃO FINAL

A mercantilização da beleza e a sua construção pela medicina tecnológica a partir da estruturada autonomia do paciente exercida pela sua livre escolha disponibilizada pelo termo de consentimento, o torna apto a ser responsabilizado pelas suas próprias decisões, inclusive pela insatisfação do resultado, pois este advém, em sua maioria prática, da ordem psíquica. Assim é a realidade.

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010. P.385.

A solução para o médico sair da linha de frente, nesta guerra travada num oceano vermelho de insegurança jurídica, terá seus primeiros passos contabilizados a partir da formalização da relação médico paciente pelo termo de consentimento e contrato adequado ao caso prático. Com isso, o oceano começa a ficar azul, a segurança jurídica do médico se estabiliza e se estrutura para as batalhas jurídicas que advierem de qualquer conduta de má-fé de pacientes problemas. E se, de fato, houver erro médico? Ainda assim, os mencionados instrumentos estipularão as regras de segurança na relação médico-paciente, estabilizando eventual ação judicial contra alegações falsas e exageradas. O advogado que está diante de um caso que envolve a patente situação, qual seja, a alegação de erro médico em vista de um resultado, terá que buscar conhecimento junto a interdisciplinaridade da doutrina médica, pois lá estará o que se considera a conduta técnica correta do médico ao realizar um procedimento gerador de resultado. Como exposto, o resultado será subjetivo até que a perícia identifique objetivamente patente erro do médico ao realizar o procedimento cirúrgico. Este equívoco do profissional acertado e alinhado aos elementos da responsabilidade civil e da dogmática penal poderá gerar um resultado jurídico caso a caso, não podendo admitir que o Superior Tribunal de Justiça defina, pelos seus juízes, que procedimentos estéticos geram consequências baseadas unicamente em resultados decorrentes da conclusão de leigos quanto à matéria médica.

“A inovação é o que distingue um líder de um seguidor”

(Steve Jobs)

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FONSECA, Pedro H, C., FONSECA, Maria Paula. **Direito do Médico – De acordo com o Novo CPC**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

A GESTÃO JURÍDICA DO RISCO MÉDICO-HOSPITALAR

SILVIO GUIDI¹

1 INTRODUÇÃO

A atividade médico-hospitalar traz consigo uma série de riscos que podem reduzir ou até inviabilizar seu exercício. Esses riscos podem acarretar, além de prejuízos internos, o dever da entidade hospitalar de reparar os danos causados a terceiros. Na gestão hospitalar, é certo, o risco é inerente à própria execução da atividade². Apesar disso, vê-se que a grande maioria dos hospitais, por não adotarem condutas voltadas ao gerenciamento desse risco, potencializa as chances de causar danos aos seus pacientes. Ademais, não raramente é a má organização administrativa que impede a entidade hospitalar de demonstrar (principalmente em processos judiciais) que, em determinadas hipóteses, não foi responsável pelos danos experimentados aos pacientes, fazendo com que o hospital assuma o pagamento de indenização sem que tenha lhe causado prejuízo. Dentro desse quadro, o crescente número de processos judiciais é um vetor exponencial e vem impactando de maneira considerável o orçamento dos hospitais e demais instituições de saúde.

Se é certo que, de um lado, o olhar jurídico pouco ou nada pode fazer para diminuir os erros ocorridos nas intervenções às quais

¹ Sócio do VG&P Advogados, Doutorando e Mestre em Direito Administrativo pela PUCSP.

² Esse também é o entendimento de Carla Gonçalves: Quem poderá dizer que a atividade médica não convive, diariamente, com ponderações de risco? Com o risco de se optar por um determinado tratamento, perfeitamente possível diante dos ditames da ciência, mas que resulte desastroso para o paciente em concreto; com o risco da má interpretação de um determinado exame laboratorial. GONÇALVES, Carla. **A responsabilidade civil médica**: um problema para além da culpa. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p.41.

os pacientes são submetidos, de outro, pode fazer muito para instituir políticas preventivas que: (i) diminuam o número de ações judiciais envolvendo a atividade médico-hospitalar; (ii) reduzam o risco de condenações nessas espécies de processos e; (iii) minorem o valor das indenizações.

O presente artigo se volta para esse contexto e pretende apresentar o atual cenário dos processos judiciais envolvendo a responsabilização civil pela atividade médico-hospitalar (processos popularmente rotulados como ações por “erro médico”). Tudo para demonstrar que, a partir desse quadro, os hospitais devem se pautar por políticas jurídicas de prevenção, as quais impõem a adoção de procedimentos e rotinas administrativas.

2 PANORAMA ATUAL E PROJEÇÃO FUTURA DAS AÇÕES DE ERRO MÉDICO NO BRASIL

A história recente tem revelado um aumento significativo das ações judiciais envolvendo o tema do erro médico. Contudo, dentro de um contexto mundial, pode se considerar que o país ainda está num estágio embrionário, no que concerne ao volume de ações de responsabilidade médico-hospitalar.

Traz-se adiante o exemplo do panorama histórico das ações por erro médico nos EUA, como espelho possível (para não dizer provável) do contexto contencioso futuro dessa matéria no Brasil.

2.1 O EXEMPLO NORTE-AMERICANO

Em janeiro de 2004 e maio de 2006, um dos periódicos mais respeitados da área médica naquele país, o *New England Journal of Medicine*, publicou dois estudos acerca do tema erro médico³. O panorama apresentado é alarmante.

³ **Medical Malpractice**, por David M. Studdert, LL.B., Sc.D., M.P.H., Michelle M. Mello, J.D., Ph.D., and Troyen A. Brennan, M.D., J.D., M.P.H., 15 de janeiro de 2004 e **Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation**

Desde a década de 60, onde se iniciaram as demandas jurídicas derivadas da má prática da medicina⁴, até os dias atuais, os Estados Unidos já passaram por três crises que comprometeram seu sistema de saúde.

Isso tudo porque, já naquela época, o volume de ações judiciais e respectivas condenações foi de tamanha monta que médicos e hospitais passaram a questionar a viabilidade financeira de sua atuação. O exercício profissional desprovido de um seguro específico para eventuais condenações por erro médico tornou-se impossível.

Na década de 80, as próprias seguradoras começaram a abandonar o mercado de seguros na área médica, ante ao contínuo aumento no número e no valor das condenações. Houve a necessidade de uma intervenção política e financeira por parte do governo.

Dentro dessa conjuntura, o erro médico passou a ser parte importante da economia norte-americana. Tudo pelo fato de o volume financeiro na equação (serviço médico + seguro = demanda judicial e pagamento) passar a contabilizar bilhões de dólares em arrecadação aos cofres públicos. Os estudos mostraram que a cada dólar gasto em demandas judiciais envolvendo erro médico, mais da metade é direcionada ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

O artigo *Medical Malpractice* cita que chegou aos Estados Unidos uma nova crise, na qual predomina a medicina defensiva, assim definida como um aumento de exames e consultas tidas como dispensáveis, que têm o único condão de assegurar a diminuição das condenações por erro médico. Tais práticas estão encarecendo consideravelmente o sistema de saúde, haja vista que variam anualmente entre U\$ 5 e U\$ 15 bilhões.

De outra via, o número de processo por erro médico não diminui. Além de sua manutenção, a justiça americana, cada vez mais,

por David M. Studdert, LL.B., Sc.D., M.P.H., Michelle M. Mello, J.D., Ph.D., M.Phil., Atul A. Gawande, M.D., M.P.H., Tejal K. Gandhi, M.D., M.P.H., Allen Kachalia, M.D., J.D., Catherine Yoon, M.S., Ann Louise Puopolo, B.S.N., R.N., and Troyen A. Brennan, M.D., J.D., M.P.H. em 11 de maio de 2006.

⁴ *Medical malpractice* é o termo utilizado nos EUA, que equivale à expressão do “erro médico” rotineiramente usada no Brasil.

tem se afastado das provas periciais e dos indicativos literários para julgar pela própria convicção. Ou seja, a convicção leiga do julgador está predominando e acaba por impor condenações àqueles que não causaram danos aos pacientes. Os valores das condenações oscilam entre U\$ 300 e U\$ 400 mil dólares. Embora não se tenha o número exato de demandas judiciais envolvendo os profissionais médicos, estudos mostraram que já em meados de 1970, um em cada quatro médicos norte-americanos já havia sido processado.

É possível ver, mais de dez anos após a divulgação desses estudos, o impacto da judicilização da atividade médica nos EUA. Um exemplo é a contratação de seguros profissionais, cuja cobertura compreende eventual indenização derivada de sentença judicial que reconheça que do erro do profissional médico derivou dano ao paciente. Criou-se um mercado gigantesco dessas apólices, que hoje representa mais de 29 bilhões de dólares anuais.⁵

2.2 REALIDADE NACIONAL

O panorama nacional é consideravelmente diferente daquele encontrado nos EUA. Anteriormente à década de 90, pouco se ouvia falar em ações judiciais envolvendo a responsabilidade de médicos e hospitais. Com a promulgação da Constituição de 1988 este contexto começou a se alterar. Não que anteriormente inexistia o cometimento de erros nas instituições de saúde, mas faltavam à população ferramentas jurisdicionais eficientes, capazes de repassar ao cidadão ferramentas para o exercício do direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário.

Outro marco importante foi o advento do código de defesa do consumidor (Lei nº 8.078/90). Inúmeros mecanismos legais foram criados, com o objetivo de proteger a população contra atividades abusivas e unilaterais. Dentre eles podem ser citados a possibilidade de inversão do ônus da prova⁶ nas demandas judiciais que envolverem relação de consumo e a possibilidade de afastamento de disposições

⁵ Dados da BBC disponíveis em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45492337>. Consulta em 13/09/2019.

⁶ Artigo 6º, inciso VIII.

contratuais que onerem demasiadamente o consumidor⁷, conhecidas como as cláusulas leoninas ou abusivas.

As inovações legais serviram como incentivo para a busca da tutela jurisdicional pelos cidadãos. A atividade médico-hospitalar passou a ser alvo das ações judiciais e o crescimento de processos envolvendo o erro médico progrediu em escala geométrica. Atualmente, segundo dados de 2017 do CNJ, foram ajuizadas três ações judiciais por hora no Brasil. Esse fato, tal qual ocorreu nos EUA, fez o número de contratações de seguros profissionais disparar. Em 2017, mais de R\$ 300 milhões foram gastos por profissionais médicos com a contratação de seguros.⁸

Em 2006 o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo publicou um estudo denominado “O Médico e a Justiça”. Naquela pesquisa apurou que o valor das condenações judiciais varia de 15 a 150 mil reais, dependendo do grau da lesividade, sem contar as condenações ao pagamento de pensões, que alcançam a média de 03 salários mínimos mensais. Contudo, em 53% dos casos a decisão judicial de primeira instância foi desfavorável ao paciente. Esse percentual recebeu interferência direta da má atuação dos advogados nas causas.

O mesmo estudo mostra que em 34% das ações a prova pericial sequer foi requerida. Não resta dúvida de que é a prova mais importante a ser produzida numa ação na qual se discute a responsabilidade do médico ou do hospital pelo dano causado ao paciente, já que é por meio da perícia que se descobre o nexo da causalidade, ou seja, que a origem do dano tem como fator a ação profissional ou a omissão do profissional ou da instituição hospitalar.

Os resultados apurados na pesquisa realizada pelo CREMESP levam em conta ações judiciais iniciadas anteriormente ao ano 2000. À época o tema do erro médico era incipiente nos cursos de direito. Havia poucos especialistas e doutrinadores no assunto e a própria jurisprudência acabava por oscilar, ante a falta de afinidade com o tema.

⁷ Artigo 39.

⁸ Confira dados em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/09/19/com-3-aco-es-de-erro-medico-por-hora-brasil-ve-crescer-polemico-mercado-de-seguros.ghtml>. Consulta em 13/09/2019.

A realidade atual é consideravelmente diferente. Hoje em dia, em muitas universidades, há cadeiras específicas tratando do tema direito médico. Inúmeros cursos de pós-graduação jurídica tornam o advogado especialista para atuar em ações envolvendo a responsabilidade médico-hospitalar. Não resta dúvida de que o percentual de sucesso nessas ações crescerá consideravelmente.

Outro fator de extrema relevância é o aumento do número de advogados no país. Segundo dados do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, há hoje no Brasil mais de um milhão de advogados⁹. O crescimento do número de advogados dá mais acesso à justiça para os cidadãos que se sentem lesados por práticas médico-hospitalares.

Assim, tem-se que é consideravelmente alto o nível de crescimento de ações judiciais no país envolvendo a atividade de médicos e hospitais. Pelo aumento no número e na especialização dos advogados no país, a quantidade de ações e o êxito nas condenações, dentre em breve o custo do erro médico será muitíssimo mais elevado do que o atual.

3 A GESTÃO JURÍDICA DO RISCO MÉDICO-HOSPITALAR

O cenário desenhado no capítulo anterior revela que o custo do erro médico afetará, se já não afeta, a sustentabilidade de entidades e profissionais ligados à área da saúde. Aqui, portanto, reside a principal razão para que os hospitais passem a adotar medidas preventivas, voltadas à gestão do risco jurídico. Essa gestão deve reunir um conjunto de medidas preventivas e corretivas a serem adotadas em todas as atividades desenvolvidas pelas entidades de saúde (clínicas, postos de saúde, hospitais, laboratórios etc.).

As medidas corretivas podem ser definidas como aquelas que identificam uma dada conduta médico-hospitalar incompatível com a gestão do risco. Dá-se um exemplo: um determinado hospital possui um sistema notadamente falho de arquivamento de prontuários de pacientes. Neste sistema exemplificado, não há uma verificação prévia,

⁹ <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/numero-advogados-brasil-oab/>
Consultado em 13/09/2019.

diga-se anterior ao arquivamento, do preenchimento de todas as informações que deveriam constar no prontuário ou se este foi preenchido de forma legível pelos médicos e demais profissionais envolvidos no tratamento do paciente.

Neste exemplo mostra-se prudente a adoção de uma medida corretiva no sistema de arquivamento de prontuários, a fim de que somente sejam enviados para o arquivo aqueles que foram preenchidos de forma correta. Isso porque, a falta de informações em um prontuário pode vir a ser o ponto fundamental para a uma condenação judicial, já que inevitavelmente fará parte dos autos processuais. Ainda que se tenha tomado todas as precauções e cuidados para o sucesso no tratamento do paciente, a ausência dessas informações no prontuário do paciente equivale, nos processos éticos, administrativos e judiciais, à própria inexistência destes atos. Relembre-se aqui o brocardo jurídico *Quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo).

Assim, as medidas corretivas na atuação da gestão jurídica do risco médico-hospitalar visam a ajustar as ações já adotadas pela entidade de saúde, mas que postas à luz do ordenamento jurídico e da jurisprudência pátria revelam-se como nocivas.

Já as medidas preventivas se caracterizam como aquelas ainda não adotadas pelas entidades, fundamentais para a boa gestão do risco médico-hospitalar. Traz-se à tona uma medida fundamental, pouco usada pela maioria das entidades de saúde, qual seja a adoção de políticas para a melhoria na relação com o paciente.

É considerável o número de ações judiciais nas quais se discute tão somente o dano moral causado ao paciente ou aos seus familiares. Ou seja, a má relação da entidade hospitalar com o paciente ou com a família é o único vetor para impulsionar a ação judicial. Exemplo disso é a condenação imposta pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal a hospital público que impediu o filho de um paciente de visitá-lo¹⁰. Por isso, mostra-se fundamental que sejam adotadas medidas que previnam a busca do paciente pelo Poder Judiciário, agindo de forma conciliatória para reduzir o número de insatisfações.

¹⁰ 499024020068070001 DF 0049902-40.2006.807.0001, Relator: LÉCIO RESENDE, Data de Julgamento: 19/03/2009, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 30/03/2009, DJ-e Pág. 63.

Para que isso ocorra, deve haver dentro da entidade de saúde uma política de relacionamento em prol do paciente.

Nesse sentido, as medidas preventivas podem ser consideradas como ações inovadoras na atuação médico-hospitalar, também tendo como foco a diminuição de danos causados, dando maior capacidade para a gestão do risco.

4 FORMAS DE ATUAÇÃO JURÍDICA NA GESTÃO DO RISCO MÉDICO-HOSPITALAR

As ações jurídicas em prol do gerenciamento do risco não podem ser adotadas de forma ocasional. Ou existe uma política sistemática (imutável ante as modificações do quadro funcional da entidade) de redução de risco, ou se coloca seu futuro ao arbítrio da sorte e da inafastável possibilidade de falha dos profissionais que atuam no desenvolvimento da atividade médico-hospitalar.

É de se recordar que o risco na atividade médico-hospitalar pode gerar danos consideravelmente gravosos à própria entidade de saúde. A par das indenizações, não raramente de valor expressivo, não se pode ignorar que as políticas de gerenciamento de risco diminuem a quantidade de danos causados a terceiros, aumentando a credibilidade da instituição perante a sociedade, o que também, indiscutivelmente, contribui para a saúde financeira da entidade.

O número de políticas voltadas à gestão jurídica do risco médico-hospitalar é vultoso e impossível de se exaurir neste artigo. Contudo, as ações que merecem especial destaque serão apresentadas de forma sintética a seguir.

4.1 PREENCHIMENTO E REVISÃO DE PRONTUÁRIOS

O preenchimento e a revisão dos prontuários do paciente é requisito obrigatório na gestão jurídica do risco médico-hospitalar. O Código de Ética Médica¹¹ obriga a elaboração de prontuário legível

¹¹ Artigo 39.

para cada paciente, no qual deverão constar os dados clínicos necessários a serem preenchidos em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.

Significa dizer que também recairá ao médico a responsabilidade pelo preenchimento incorreto do prontuário, digam-se aqui informações ilegíveis, faltantes ou conflitantes. Ou seja, se o médico ou o hospital dependerem do conteúdo do prontuário do paciente para comprovar que não agiram com culpa, poderão ter a produção desta prova deveras prejudicada no caso do preenchimento incorreto. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao condenar um hospital ao ressarcimento por danos morais, apontou com propriedade que o mau preenchimento do prontuário do paciente demonstra a fragilidade das anotações realizadas pela equipe do hospital que, ao ver dos julgadores, confirmaram a insuficiência de informações acerca da correção do procedimento médico e de seus riscos¹².

Ressalta-se, não se trata aqui de recomendar a deturpação do prontuário, de modo que as informações nele constantes não reflitam com exatidão o ocorrido durante o tratamento médico-hospitalar. Em verdade, chama-se a atenção para a importância do preenchimento correto do prontuário, haja vista que sua confecção errônea pode ocasionar o dispêndio financeiro, por parte do hospital ou do médico, no ressarcimento de um dano inexistente ou que não tenha como causa a sua atuação¹³.

¹² TJMG. 2006. Processo 2.0000.00.498347-5/000 (2). Relator Des. Osmando Pereira. O Hospital réu foi condenado ao pagamento de R\$ 14.000,00 a título de dano moral. “De fato, os documentos juntados nas fls. 34/43 (pelo autor), novamente nas fls. 69/74 (pelos médicos) e novamente nas fls. 100/103 (pelo nosocômio) demonstram a fragilidade das anotações realizadas pela equipe do hospital: há rasuras; não há registro de anamnese apurada do paciente, que deve preceder a operação; há divergências que poderiam causar confusões (no mesmo dia, há previsão de dieta livre e jejum oral, sem consignar que o paciente era diabético); não há exames pré-operatórios; não houve a medição da glicose imediatamente antes da cirurgia (a glicose poderia ter sido corrigida antes do início da operação para que o autor não fosse operado na faixa limite, conforme foi atestado pelos médicos); e não houve informações adequadas, mas sim insuficientes sobre o serviço e os riscos.”

¹³ Importante finalizar este tópico com as advertências de Genival Veloso de França: Uma das primeiras fontes de consulta e informação sobre um procedimento médico contestado é o prontuário do paciente. Por isso, é muito importante que ali estejam registradas todas as informações pertinentes e oriundas da prática profissional. Infelizmente, por questão de hábito ou de alegada economia de tempo, os médicos têm se preocupado muito pouco com a documentação do paciente, com destaque

Em face da relevância do correto preenchimento do prontuário do paciente foi que o Conselho Federal de Medicina disciplinou (Resolução 1638/2002) a obrigatoriedade da criação de comissão de revisão de prontuários em instituições que prestem assistência à saúde. A atuação da comissão deve assegurar a correta descrição das ações praticadas em favor do paciente, garantindo sua continuidade e o registro das intervenções e decisões tomadas durante todo o tratamento.

Não basta, contudo, que esta comissão tenha sua existência limitada a uma obrigatoriedade legal e venha atuar de forma simbólica (como usualmente ocorre). É mecanismo dos mais importantes para a gestão do risco jurídico médico-hospitalar. Para tanto, tem de partir da própria comissão, em sintonia com os demais órgãos diretivos e consultivos da entidade de saúde, normas específicas para o preenchimento do prontuário, cabendo a ela posteriormente o controle da obediência a tais normas.

Normas muito simples, como a proibição de rasuras nos prontuários, até disciplinas administrativas mais complexas que regulem o caminho do prontuário desde sua abertura até seu arquivamento, mostram-se como peças fundamentais na gestão jurídica do risco médico-hospitalar. Por isso é imperiosa a criação de uma política em prol do preenchimento e revisão dos prontuários dos pacientes.

4.2 FORMAS DE ARQUIVAMENTO DE PRONTUÁRIOS

Pergunta mais do que rotineira no universo da saúde, o tempo que se sugere para a guarda de documentos médicos do paciente gera imenso debate. Os tribunais têm rejeitado a incidência de prazos prescricionais mais exíguos. O Superior Tribunal de Justiça já afastou o prazo quinquenal estipulado no Código de Defesa do Consumidor,

para a elaboração mais cuidadosa do prontuário. FRANÇA. Genival Veloso de. Direito médico. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 229.

entendendo que no caso a prescrição da pretensão seria de vinte anos, a teor do contido no artigo 177 do Código Civil de 1.916¹⁴.

É de se reforçar também que as hipóteses de suspensão da contagem do prazo prescricional não são exceções nos casos que envolvem alegações de erro médico. Usualmente as condições pessoais dos pacientes impedem o início da contagem do prazo prescricional. Em outras situações chegam a interromper ou a suspender tal contagem. Exemplificam o aqui apresentado as situações envolvendo pessoas incapazes (menores de idade ou aqueles mentalmente debilitados), já que nestes casos os prazos prescricionais permanecem suspensos enquanto perdurar a incapacidade (artigo 198, I do Código Civil).

Todavia, mais importante do que o lapso temporal é a forma de arquivamento do prontuário do paciente. Relembre-se que a responsabilidade pela guarda do prontuário, que é do paciente, incumbe ao médico e aos seus superiores hierárquicos, a teor do artigo 2º da resolução 1638/2002 CFM.

Nesse contexto, revela-se que o extravio parcial ou total do prontuário pode por si só gerar o dever de indenização. A perda do prontuário pode gerar transtornos e responsabilidades. Comumente as autoridades judiciais solicitam a cópia de prontuários de pacientes para instrução de processos e inquéritos. O não encaminhamento destes documentos pode vir a prejudicar uma investigação de crimes contra a pessoa, tais como homicídio e lesão corporal. Parece evidente que

¹⁴ CIVIL. CONSUMIDOR. HOSPITAL. ERRO MÉDICO. PRINCÍPIO DA AMPLA REPARAÇÃO DOS DANOS DECORRENTES DE ATOS ILÍCITOS. AÇÃO PROPOSTA COM FUNDAMENTO NO CDC E NO CC/16. PRESCRIÇÃO. PRAZO. ART. 177 DO CC/16. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DE VINTE ANOS. 1. Na hipótese dos autos, a causa determinante para a verificação dos danos suportados pela recorrente foi o ato culposo do preposto do hospital recorrido, e não o exercício das atividades hospitalares, estritamente consideradas. A causa de pedir não está fundamentada no acidente de consumo, mas sim na imperícia do preposto. 2. O julgador não está adstrito aos argumentos trazidos pela parte, podendo adotar fundamentação jurídica diversa. Aplicação do princípio "jura novit curia." 3. 'A invocação desta ou daquela regra jurídica é argumento, e não razão da pretensão. A decisão deve responder às razões das pretensões porque transformadas em questões, mas não necessariamente à argumentação das partes' (AgRg em Ag 5.540/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, DJ de 11/3/1991). 4. A excepcionalidade da questão trazida a debate e a circunstância de ter a recorrente mencionado os princípios que regem a responsabilidade civil do empregador por ato culposo de preposto possibilitam a aplicação das regras contidas no CC/16 à espécie. 5. Recurso especial provido." (REsp 841.051/RS - 03.08.2010)

tanto o médico quanto os demais agentes responsáveis pela guarda do prontuário poderão vir a ser penalizados pela negligência na guarda desta documentação.

O mais grave, no entanto, é que a perda ou o extravio de prontuário inviabiliza a produção de uma defesa jurídica capaz de evitar uma condenação por erro médico. Em 2004, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina condenou entidade hospitalar que não conseguiu comprovar a ausência de culpa, por força do extravio do prontuário do paciente¹⁵.

Por conta disso, devem as entidades de saúde criar procedimentos administrativos que disciplinem com rigidez a guarda destes documentos, estipulando responsabilidades e prazos. Nesse contexto, alguns prontuários merecem maior cuidado no arquivamento do que outros. Obviamente que o acesso aos prontuários de pacientes cujo tratamento realizou-se com sucesso tem menos chance de ser exigido. Já aqueles em que houve óbito, sequelas derivadas do tratamento ou aqueles relativos a pacientes que foram vítimas de violência, hão de ter o zelo redobrado no momento da guarda, pois é alta a probabilidade de haver solicitação de acesso ou mesmo a requisição por parte das autoridades administrativas ou judiciais.

Dentro de todos estes exemplos, mostra-se evidente a importância de um procedimento administrativo capaz de identificar o grau de importância do prontuário dentro de uma escala de probabilidade de sua solicitação.

Não basta só a boa guarda da documentação, deverá também chegar às mãos do solicitante no prazo legal ou em tempo de ser útil. Em algumas ações judiciais a entidade hospitalar pode vir a arcar com multa diária, caso não cumpra o prazo de exibição do prontuário. Em outras, como, por exemplo, a concessão liminar de uma pensão ao paciente, o arquivamento incorreto do prontuário relativo àquele paciente pode fazer com que o pagamento da pensão se dê até o final do processo, causando dano financeiro de considerável monta ao hospital.

¹⁵ “Dificuldade de comprovação devido ao extravio dos prontuários médicos. Conjunto probatório que aponta no sentido da responsabilidade do estabelecimento ambulatorial. Não comprovação de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor. Dever de indenizar.” (TJSC. Apelação cível n. 2004.009346-2, de Araranguá. Julgamento: 19/08/2004).

Muito hoje tem se falado, e há inúmeros hospitais que se utilizam, do prontuário eletrônico como solução para muitos dos problemas e preocupações trazidas neste tópico. Sendo digital ou físico, o que importa é existir uma disciplina interna eficiente para a guarda dessa documentação, garantindo sempre a boa conservação para futura e possível consulta.

4.3 ADOÇÃO E REVISÃO DE ESTATUTOS, REGIMENTOS INTERNOS E DEMAIS NORMAS ADMINISTRATIVAS

A adoção de regras administrativas é de fundamental importância para diminuir o risco médico-hospitalar. Estas disciplinas têm o condão de delimitar responsabilidades, de modo a se poder identificar com mais clareza na atividade médico-hospitalar quais são os deveres de cada um dos agentes que estão envolvidos na atividade de saúde.

Todos os profissionais possuem obrigações legais de cunho civil e ético, por exemplo, mas isso não é o bastante. É importante que hospitais e clínicas editem normas de cunho administrativo, com a finalidade de dizer como os agentes que neles atuam devam se comportar dentro das instalações.

Há de se delimitar quais são os protocolos internos que os profissionais da saúde devem respeitar dentro da instituição de saúde que atuam. Emissão de relatório de atividades e de produtividade, respeito aos horários de exercício da profissão delimitados pelos chefes e diretores de setores, prazo para assinatura de guias de atendimento para cobrança de honorários médicos e demais despesas hospitalares, são apenas poucos exemplos de um rol extenso que deve estar previsto nas normas internas.

Em sede administrativa, deve haver delimitação clara de quem são as pessoas autorizadas a falar em nome da entidade perante a imprensa, por exemplo. Quem tem o poder de emitir declarações públicas, atestados e certidões a terceiros, ou ainda quem são os responsáveis pela representação judicial do hospital. Tais regras permitem um controle maior sobre a forma com que as entidades hospitalares se relacionam com terceiros, diminuindo o risco da produção de atos que atentem contra o próprio hospital.

A resolução 1.124/83 do CFM disciplina a obrigatoriedade da adoção de regimento interno do corpo clínico das entidades hospitalares. O regimento interno do corpo clínico pode interferir positiva ou negativamente no controle do risco jurídico da atividade médico-hospitalar. Não resta dúvida de que as entidades que têm menos controle dos profissionais que exercem a medicina em suas instalações correm um risco maior de responderem civilmente pelos danos causados a pacientes, principalmente se comparadas com aqueles hospitais nos quais o exercício da atividade médica é mais restritivo.

Ainda assim, o regime jurídico do regimento interno do corpo clínico tem de permitir que os profissionais que causem dano aos pacientes e à imagem da entidade hospitalar percam a permissão para atuar no hospital. Mais! Esse regramento tem de estar em consonância com o regimento interno do hospital, permitindo uma sinergia que auxilie tanto no exercício profissional quanto na prevenção de danos.

4.4 POLÍTICAS DE RELACIONAMENTO COM PACIENTES E FAMILIARES

Não resta dúvida de que a relação com pacientes e familiares é o item mais importante na atuação jurídico-preventiva do risco médico-hospitalar. Luiz Augusto Pereira e o médico norte-americano John Richards são citados pelo professor Miguel Kfoury Neto, ao indicarem as medidas preventivas a serem inseridas na relação médico-paciente.

Dar atenção ao paciente; manter a confiança dos pacientes; aplicar o documento de consentimento informado; registros médicos, documentação; Prontuário; Fornecimento de instruções; Documentar quando o paciente é negligente.

Identificar padrões comportamentais; Atender as necessidades emocionais; Investir na relação médico-paciente; Interagir com pacientes e familiares; Evitar pacientes com os quais não tenha condições objetivas de desenvolver um bom relacionamento; Evitar pacientes de risco.

Pacientes de risco são os que: Elogiam em excesso o profissional; Clínicos; Exageram nas queixas; Apresentam extrema aflição; Quase

não falam; Dificuldades com membros da família; Maliciosos; Trocam freqüentemente de médicos.¹⁶

As práticas citadas pelos autores, dentre outras recomendadas, não devem simplesmente ser realizadas por médicos e hospitais. É preciso que sejam institucionalizadas. Devem existir regras específicas para identificação e tratamento dos pacientes considerados como de risco. O médico e os demais agentes de saúde devem saber a quem avisar quando identificam um paciente de risco.

No caso de uma alta administrativa, por exemplo, já deve estar preestabelecida em normas internas a colheita de testemunho daqueles que podem atestar a inviabilidade e a falta de colaboração do paciente com o tratamento ao qual estava submetido. Nos casos de fuga do paciente, devem existir sistemas que permitam o envio desse fato à Diretoria do hospital e ao departamento jurídico.

Também há de existir no ente hospitalar um canal aberto de comunicação entre pacientes, familiares e o hospital. As queixas, reclamações e sugestões necessitam chegar a conhecimento dos agentes de saúde capazes de resolvê-las ou ao menos minimizá-las.

A atuação preventiva pode resolver um assunto que potencialmente chegaria ao Poder Judiciário. A resolução pacífica de conflito através da conciliação extrajudicial, por exemplo, pode diminuir os gastos com indenizações, evitando aqueles custos correlatos ao processo judicial (honorários advocatícios e periciais, por exemplo).

4.4.1 Termo de Consentimento Informado

Dentro do espectro da relação com pacientes e familiares, o tema do consentimento informado é dos mais relevantes, já que é prática de considerável importância no desenvolvimento da gestão do risco médico-hospitalar.

Contudo, é consideravelmente equivocado imaginar que sua existência elimina a possibilidade da interposição de uma ação judicial

¹⁶ In. Kfourri Neto. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 420.

contra o médico ou o hospital. Exemplo disso é o teor do acórdão nº 12380, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Referida Corte, ao se defrontar com o pedido de ressarcimento de danos morais pela realização de cirurgia de laqueadura sem o consentimento da paciente, sinalizou que o documento apresentado pelo hospital, supostamente entendido como o termo de consentimento informado, não comprovou a anuência da paciente com a referida cirurgia. Do citado acórdão, o seguinte trecho merece destaque: *o referido documento não tem o condão que lhe foi emprestado pelos requeridos, porque em momento algum se pode extrair dali autorização para tão grave intervenção cirúrgica, haja vista que manuscrito se verifica a retirada de cisto no ovário, tão somente. Saliente-se a imprestabilidade do documento de fl. 85, que no item 9, trata de vasectomia.* Em 2018, o STJ afirmou que *só haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado*¹⁷.

O termo de consentimento informado não pode ser equiparado a um mero formulário comercial. É de se lembrar que o conhecimento médio da população não atinge os níveis mais rasos da ciência médica. Por isso, quando se fala em consentimento informado, versa-se sobre um processo de consentimento, que objetiva garantir ao paciente que possa exercer seu direito de autodeterminação. Ou seja, o paciente só pode decidir se deseja se submeter a determinado procedimento se obtiver informações suficientes para entender a que título se dá a intervenção cirúrgica, qual é seu objetivo e quais são os seus riscos. O termo de consentimento informado tem o condão de documentar as informações repassadas pelo profissional médico¹⁸.

¹⁷ REsp 1540580/DF, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

¹⁸ Miguel Kfourri Neto faz alerta de altíssima relevância nesse sentido: A informação parte de um pressuposto inafastável: que o paciente possa, com liberdade, ausente qualquer coação, com absoluta consciência, receber todos os dados necessários e úteis, para exprimir seu consentimento em relação ao tratamento recomendado. Aqui, de nada vale ao profissional alegar a exigüidade do contrato com o enfermo, nessas 'consultas-relâmpago' patrocinadas pelo SUS. Com a saúde não se pode transigir. É dever imposto ao médico, por imperativo ético-moral, informar o paciente e dele obter adesão livre e espontânea à terapêutica recomendada "In. KFOURI

Um didático julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se enfrentou o tema da responsabilidade médica derivada do insucesso em cirurgia estética, faz anotações importantíssimas sobre a correta elaboração do termo de consentimento informado. Disserta o Acórdão, ao salvaguardar a conduta médica, que foram enumerados formalmente pelo profissional os *benefícios e complicações normalmente diagnosticadas na intervenção a que se submeteu a recorrente – inclusive as hipóteses de caso fortuito, que escapam ao controle da ciência médica*¹⁹.

NETO. Miguel. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 289.

¹⁹ REsp 1180815/MG. RelMinistra Nancy Andrichi, DJ 26/08/2.010. “*Há nestes autos, ainda, outra peculiaridade que merece atenção. Nos termos da decisão recorrida, “atua com cautela e segurança o cirurgião plástico que informa à paciente os riscos da intervenção estética e dela colhe o ‘ciente’ por escrito, dando a conhecer à pessoa as conseqüências ou decorrências do procedimento que será efetuado” (e-STJ fl. 443). Tem-se, assim, que a recorrida foi advertida sobre a possibilidade de insucesso parcial ou total da cirurgia à qual se submeteu, tendo o recorrido “explicado todo o procedimento à primeira apelada, informando-lhe sobre os possíveis riscos e complicações pós-cirúrgicas” (e-STJ fl. 457). A conscientização da recorrente, portanto, é também de fundamental importância para o deslinde da questão ora em debate, em especial diante do comando contido no art. 6º, III, do CDC. O TJMG – após minucioso exame das provas produzidas durante a instrução processual – inferiu que o recorrido, ao obter da recorrente o termo de consentimento informado, agiu com a honestidade devida, alertando-a acerca de eventuais problemas que pudessem surgir durante o pós-operatório. Esta Corte já teve a oportunidade de analisar o dever de informação dos profissionais da medicina, sendo que o i. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em uma dessas ocasiões, consignou que “(...) a obrigação de obter o consentimento informado do paciente decorre não apenas das regras de consumo, mas muito especialmente das exigências éticas que regulam a atividade médico-hospitalar, destacando-se entre elas o consentimento informado” (REsp 467.878/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 10/2/2003). Não se trata, aqui, de atribuir ao “termo de consentimento informado” a capacidade de excluir o dever do médico de indenizar o paciente por danos provocados por negligência, imprudência ou imperícia. O documento assinado pela recorrida somente comprova a boa-fé que orientou o recorrido durante a relação com a paciente, enumerando os benefícios e complicações normalmente diagnosticadas na intervenção a que se submeteu a recorrente – inclusive as hipóteses de caso fortuito, que escapam ao controle da ciência médica. É possível concluir que a recorrente, ao anuir com os termos do documento elaborado pelo recorrido, estava ciente da possibilidade de falha na cirurgia realizada e a possibilidade de maior evidência das cicatrizes, em virtude de sua maior predisposição genética e racial. Assim, não só a atuação regular do profissional retirou o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, como também foi cumprido o dever de colher o consentimento informado da recorrente, nos termos do art. 34 da recente Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (Código de Ética Médica), que veda ao médico ‘deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os*

Pelo viés aqui apresentado, suplantado pelos ensinamentos jurisprudenciais e doutrinários, tem-se como importantíssima a adoção de uma política de consentimento, que implante nas rotinas administrativas e médicas a forma e o momento na prestação da informação e na formalização deste ato, por meio do termo de consentimento. Tais termos não podem ser genéricos ou abranger uma pluralidade de procedimentos. Hão de se vincular especificamente a cada um dos atos cirúrgicos que possam ser realizados, levando em conta, inclusive, as especificidades de cada caso e do paciente.

REFERÊNCIAS

GONÇALVES, Carla. **A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa.** Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Culpa médica e ônus da prova.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Medical Malpractice, por David M. Studdert, LL.B., Sc.D., M.P.H., Michelle M. Mello, J.D., Ph.D., and Troyen A. Brennan, M.D., J.D., M.P.H., 15 de janeiro de 2004 e **Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation** por David M. Studdert, LL.B., Sc.D., M.P.H., Michelle M. Mello, J.D., Ph.D., M. Phil., Atul A. Gawande, M.D., M.P.H., Tejal K. Gandhi, M.D., M.P.H., Allen Kachalia, M.D., J.D., Catherine Yoon, M.S., Ann Louise Puopolo, B.S.N., R.N., and Troyen A. Brennan, M.D., J.D., M.P.H. em 11 de maio de 2006.

objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.”

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O ESPÍRITO DAS LEIS

TADAHIRO TSUBOUCHI¹

1 INTRODUÇÃO

O Estado é responsável pelo seu Povo, eis que elemento vital para a sua própria existência, ao lado dos outros dois elementos, Território e Governo. Significativa parcela dos Estados modernos lançou suas bases no clássico modelo de *Charles-Louis de Secondat*, conhecido como Barão de Montesquieu, na Teoria Política da Separação dos Poderes, a qual, registre-se, não se trata de ineditismo, já que preexistia de forma similar no período helênico, na antiga Grécia. Não obstante eventual imprecisão histórica de sua formulação, o certo é que a concepção desenhada por Montesquieu visava exatamente evitar a concentração de poder em qualquer um dos Poderes administradores do Estado. A sua previsão, não futurística, mas contextualizada lhe informava que o excesso de poder fragilizava o cidadão, agigantava o Estado e limitava a liberdade.

A preocupação de Montesquieu sobre a atrofia do poder do Estado em contraponto à liberdade do cidadão pode ser depreendida nos seguintes trechos de sua obra o *Espírito das Leis*²:

...é essencial para que haja a liberdade do cidadão em se sentir seguro perante o Estado e perante outro cidadão, pois se fosse dado a mais de um desses poderes o poder de legislar e ao mesmo tempo julgar essa medida seria extremamente autoritária e arbitrária perante o cidadão que estaria praticamente indefeso, ou seja, estaria à mercê de um juiz legislador

...

¹ Advogado, Pós-Graduado em Gestão de Contas Públicas, Fiscalização e Controle Externo e Interno, Pós-Graduado em Gestão de Sistemas e Serviços de Saúde, MBA FGV Direito Tributário. tadahirot@terra.com.br

² MONTESQUIEU, *Espírito das Leis*, 1748

| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente

...

O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário

O arquétipo institucional proposto por Montesquieu parte da simplicidade para gerir uma questão extremamente complexa, qual seja a distribuição do poder para administrar o Estado. De forma pragmática pode-se dizer que o desenho de Montesquieu desenvolveu a lógica da distribuição do poder pelos Poderes visando a potencialização da condução do Estado, em cada uma das suas funções executiva, legislativa e jurisdicional. Ao contrário do que possa parecer a divisão do poder permite extrair o máximo de cada uma dessas funções na medida que o seu foco concentra-se em atividade pontual, específica e com a necessária visão e sentimento de limitação em virtude dos controles que os outros Poderes naturalmente exercerão. O Poder limita o Poder!

Não se pode confundir divisão de poderes com fragmentação do Poder. O primeiro é forma resolutiva, inteligente e eficaz de otimização de uma boa gestão. Já o segundo é a forma de desestruturar o próprio Estado.

Nesse contexto, a divisão de poder enseja na natural distribuição de atribuições e competências próprias de cada Poder.

A partir da assertiva retro lançada pode-se descrever a distribuição de atribuições e competências no seguinte esquema:

Poder Legislativo: discussão e deliberação da Política Pública;

Poder Executivo: implementador e executor da Política Pública e

Poder Judiciário: julgador da escoeita execução da Política Pública. Vale o destaque que em determinadas situações a atuação do Poder Judiciário pode-se dar diretamente na análise da própria Política Pública a partir da norma que instituiu ou alterou uma política pública, por meio do Controle

Concentrado de Constitucionalidade (v.g. ADI, ADC) ou do Controle Difuso de Constitucionalidade.

A distribuição do poder enseja uma certa *expertise* em cada um dos Poderes ao exercer seu *munus*, o que é benéfico quando de sua atuação, mas altamente preocupante quando um dos Poderes atua sem a devida limitação em funções típicas dos demais, traduzindo numa avocação indevida.

Referido fenômeno tem sido identificado na atuação do Poder Judiciário quando da judicialização da saúde, mais especificamente quando além de julgar um determinado caso, na maioria das vezes, atendimento assistencial do Sistema Único de Saúde (v.g. fornecimento de medicamento, leito de UTI, cirurgias, etc.), o *decisum* judicial estabelece uma inovação procedimental ou de requisito que não existia na política pública de saúde, ou nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.

Nesse caso, o Poder Judiciário, mais do que exercendo de forma plena e legal a sua jurisdição, acaba por inovar a política pública de saúde acrescentando-lhe condições, requisitos ou situações que não foram devidamente analisadas, sopesadas, avaliadas ou sequer debatidas na esfera natural e originária da política pública, o Poder Legislativo.

2 A GÊNESE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para fins do presente artigo, um questionamento se faz inquietante, qual seja, onde nascem as políticas públicas?

Partindo da premissa que essa política pública será deflagrada no seio de uma sociedade democrática é de fácil compreensão que sua gestação será iniciada dentro da própria comunidade.

Ocorre que a gênese dessa política no bojo da sociedade não é suficiente para que ela tenha a concretude de sua existência e a compulsoriedade de sua aplicação. Ela necessita de análise, debate, aperfeiçoamento numa instância de representatividade da própria sociedade.

Esse *locus* é o Poder Legislativo!

A condição de ambiência institucional e formal do nascedouro de uma política pública é conseqüência da sua formação e finalidade, pois é nele (Poder Legislativo) onde estão os representantes da comunidade, seja na lógica bicameral (Senado Federal e Câmara dos Deputados), seja na lógica unicameral (Assembleias Legislativas e Câmara de Vereadores).

É nessa instância de Poder, na qual os mandatários, efetivos representantes da comunidade, assumem o *munus* de debater, analisar, defender, contrapor e deliberar sobre as mais diferentes políticas públicas, posto que se submeteram a um pleito eletivo a partir de programas de governo e posições partidárias, as quais podem ser consideradas verdadeiras policitações voltadas para a população, que naquele momento específico se transforma em eleitorado.

Cada agente político do Poder Legislativo é alçado à esta condição pelo povo por meio do voto, a partir da identidade eleitoral com a sua postura apresentada quando ainda candidato.

Independentemente do viés partidário ou da posição de segmento social, é certo que o agente político integrante do Poder Legislativo assume o mandato com uma finalidade, mas não a única, muito definida no que se refere a representar a comunidade frente às políticas públicas.

De forma pragmática e na confluência do Espírito das Leis de *Montesquieu* é no Poder Legislativo que devem ser debatidos e desenhados os limites e contornos das políticas públicas.

É no Poder Legislativo onde nascem as políticas públicas!

3 POLÍTICA, POLÍTICA PÚBLICA E POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

A complexidade, na maioria das vezes, nasce da simplicidade desconhecida. A partir da assertiva lançada e, para fins de compreensão do presente artigo, torna-se essencial a apropriação de conceitos simples como política, política pública, política pública da saúde para se entender as situações *sui generis* decorrentes da judicialização da saúde, principalmente quanto a forma e o nascedouro dessa política pública e seu possível confronto com as decisões judiciais que acabam por mitigar ou até mesmo descon siderar a política

de saúde e, em alguns casos redesenhando-a ou reescrevendo-a à margem da ambiência natural de seu nascedouro, o Poder Legislativo.

Por Política temos^{3, 4}:

Política (do Grego: πολιτικός / *politikos*, significa "de, para, ou relacionado a grupos que integram a Pólis") denomina-se a arte ou ciência da organização, direção e administração de nações ou Estados; a aplicação desta ciência aos assuntos internos da nação (política interna) ou aos assuntos externos (política externa)

Por Política Pública temos⁵:

As políticas públicas podem ser definidas como conjuntos de disposições, medidas e procedimentos que traduzem a orientação política do Estado e regulam as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público.

Por Política Pública da Saúde temos⁶:

As políticas públicas em saúde integram o campo de ação social do Estado orientado para a melhoria das condições de saúde da população e dos ambientes natural, social e do trabalho. Sua tarefa específica em relação às outras políticas públicas da área social consiste em organizar as funções públicas governamentais para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e da coletividade.

³ Maar, Wolfgang Leo (2013) [1982]. *O que é Política*. Col: *Primeiros Passos*, 54. São Paulo: Brasiliense.

⁴ Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco (2010) [1983]. *Dicionário de Política* (PDF). Volume 2, 13ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. pp. 954–962. ISBN 9788523003104 Tradução: Carmen C Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Coordenação: João Ferreira. Revisão Geral: João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís

⁵ LUCCHESE, Patrícia T. R. (coord.). Políticas Públicas em Saúde Pública. São Paulo: IBIREME/OPAS/OMS, 2002.

⁶ LUCCHESE, Patrícia T. R. (coord.). Políticas Públicas em Saúde Pública, coord, Dayse Santos Aguiar, Tatiana Wargas, Luciana Dias de Lima, Rosana Magalhães, Giselle Lavinias Monerat. São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2004.

Ao lado dos conceitos retro transcritos o conhecimento dos princípios constitucionais delineadores para a política pública de saúde pública no pós 1988, pelo Constituinte Originário é essencial para o conhecimento holístico do *thema*.

Nesse sentido cabe destacar cinco (5) princípios: Universalidade, Integralidade, Rede Regionalizada, Participação da Comunidade e Gratuidade.

De forma sucinta podemos compreender as bases principiológicas da seguinte forma:

Universalidade – todos brasileiros, sem exceção, são usuários do SUS.

Integralidade – o atendimento ao usuário deve dispensar todos os meios necessários, disponíveis, incorporados e disponibilizados pelo próprio sistema.

Rede Regionalizada – a gestão da saúde deve ter o olhar para além da cidade, mas sim dentro de uma rede de atendimento, levando em consideração a capacidade e o perfil epidemiológico de cada região. Não se faz saúde de forma isolada.

Participação da Comunidade – O usuário deve ter vez e voz nos serviços de saúde, sendo tal expressão efetivada na participação do usuário no controle social (v.g. Conselhos de Saúde).

Gratuidade – apesar de não estar descrito de forma taxativa no Texto Constitucional, a gratuidade é intrínseca e inafastável como direito a todo e qualquer usuário, eis que o parâmetro socioeconômico não é condição de acesso ao sistema único de saúde.

4 A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Outro entendimento essencial para a visão holística da saúde pública se relaciona ao contexto da Seguridade Social na Carta Política de 88.

O Legislador Constituinte originário no Título Da Ordem Social, no Capítulo II Da Seguridade Social da Constituição Federal tratou a Seguridade Social como Gênero e a subdividiu em três (3) Espécies:

Saúde, Previdência Social e Assistência Social, cada qual com legislações próprias, requisitos e condições específicas e principalmente com destinatários (público alvo) diferenciados, como consectário da própria finalidade e extensão de cada uma dessas políticas públicas.

De modo pragmático podemos diferenciar esses três (3) públicos-alvo da seguinte forma:

POLÍTICA PÚBLICA	PÚBLICO ALVO	CAPACIDADE SOCIOECONÔMICA
Saúde	Todo e qualquer cidadão	Não exigida
Previdência Social	Contribuintes (RGPS ou RPPS)	Exigida a Contribuição
Assistência Social	Cidadão em situação de vulnerabilidade social	Hipossuficiência Financeira Comprovada

Para fins do presente artigo cabe o devido cotejamento entre o público alvo da saúde e da Assistência Social, evitando-se uma confusão muito comum entre essas políticas.

5 A SAÚDE E A ASSISTÊNCIA SOCIAL

Como visto a Saúde e a Assistência Social integram a Seguridade Social, mas não são políticas similares ou mesmo equivalentes a ponto de se estabelecer identidade de seus públicos alvo.

Ambas políticas, de matriz constitucional, têm regramentos próprios. A Saúde estruturada na Lei 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde e a Assistência Social na Lei 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). A simples distinção dos normativos por si só já estar a sinalizar que as políticas têm escopos e finalidades diferenciadas, mas uma questão específica merece abordagem, em função de várias decisões judiciais, qual seja a capacidade econômico financeira dos usuários/beneficiários.

Como apresentado no quadro acima, no desenho da política pública de saúde, no pós 88, não se exige ou se condiciona à prestação das ações e serviços públicos de saúde a qualquer condição socioeconômica do usuário. A situação financeira de quem precisa ou recorre aos serviços do SUS não tem qualquer importância ou mesmo relevância, eis que a sua qualidade de usuário SUS está assegurada pelo Texto Constitucional, em específico pela primeira parte do Art. 196 da CF: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”. Eis a real dimensão do Princípio da Universalidade.

Nesta oportunidade, cabe rápida digressão histórica, em momento anterior à Constituição de 1988, partindo-se da segunda metade de 1970, quando um movimento embrionário na área da saúde recebeu o nome de REFORMA SANITÁRIA⁷:

A Reforma Sanitária, desde esta posição política, foi por mim definida como referindo-se a um processo de transformação da norma legal e do aparelho institucional que regulamenta e se responsabiliza pela proteção à saúde dos cidadãos e corresponde a um efetivo deslocamento do poder político em direção às camadas populares, cuja expressão material se concretiza na busca do direito universal à saúde e na criação de um sistema único sob a égide do Estado

O marco temporal determinante para o novo desenho da política pública de saúde no Brasil, que acabou consolidado na Carta Política de 88 foi a 8ª Conferência Nacional de Saúde, instalada em 17 de Março de 1986, sendo um dos seus objetivos: “obter subsídios visando contribuir para a reformulação do Sistema Nacional de Saúde e proporcionar elementos para se debater a saúde na futura Constituinte”.

Destaca-se do seu relatório final:

Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

⁷ FLEURY, Sonia (organizadora). Saúde e democracia: a luta do CEBES. São Paulo: Lemos Editorial, 1997

Isento de dúvida que a nova política da saúde inovou ao elevar ao patamar constitucional o princípio do acesso universal, independente da condição financeira ou socioeconômica do usuário, rompendo com uma seletividade perversa e discutível, naquela época, ao diferenciar os brasileiros, no fator laboral, para que o Estado prestasse serviço de saúde de forma gratuita.

Em 05/10/1988, com a nova ordem constitucional essa seletividade restou sepultada, consagrando o Princípio da Universalidade *ex vi* do Art. 196 da CF.

Como consectário do citado princípio, hoje, o SUS é o único sistema de política pública no mundo que atende a mais de cem milhões de pessoas. Desse gigantismo nascem os desafios e as problemáticas na execução da política.

6 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E CONDIÇÃO ECONÔMICA

A judicialização das políticas públicas, a qual não pode ser imputada ao Poder Judiciário, eis que não age de ofício, mas sim deve ser instado, no seu exercício de jurisdição, decorre tanto da conscientização do cidadão na necessidade de resguardo de seus direitos e da possibilidade de acesso aos meios inerentes à conservação desses direitos, mas muito, e em especial nesse momento, pela crise financeira da própria sociedade.

Ao Estado, em determinados momentos da sociedade, não basta exigir-lhe o fomento, mas sim a condição de Estado Provedor. Nessa situação quando os próprios mecanismos do Ente Estatal também são insuficientes, somente cabe ao cidadão a opção do Poder Judiciário, na acepção de Montesquieu, da lógica finalística desse Poder agir, corrigir e determinar que o Estado proveja a necessidade do cidadão, *a priori*, dentro das políticas públicas.

A atuação do judiciário deve ser a de corrigir faltas ou falhas no atendimento do cidadão dentro de uma certa política pública. Em regra, não é cabível ao Judiciário inovar ou estabelecer a melhor política pública àquele caso, mas sim aplicar a política pública ao caso.

Tomando, por empréstimo a citação de Montesquieu, a separação dos Poderes visa evitar o “juiz legislador”!

Como se sabe os medicamentos, tratamentos e atividades ou bens relacionados à prestação das ações e serviços de saúde, em boa parte das vezes, importam em cifras significativas, chegando em patamares astronômicos para a média dos padrões da sociedade brasileira. Porém, independente do custo financeiro, o texto constitucional não segregou, condicionou, relativizou a prestação dos serviços e ações de saúde pública à condição socioeconômica do usuário, ou mais especificamente à sua hipossuficiência econômica.

Essa regra foi extirpada, abolida e desconsiderada há mais de 30 anos, quando entrou em vigor o atual Texto Constitucional. Essa opção, como demonstrado, foi fruto da discussão da sociedade, na 8ª Conferência Nacional de Saúde, instância deliberativa legal para tanto (Art. 1º, I e seu §1º da Lei 8.142/90) e consolidada pelo Legislador Originário Constituinte (Art. 196 CF).

Não obstante essa garantia do usuário da saúde com assento constitucional, o Poder Judiciário em diversos julgados tem levado em consideração a capacidade socioeconômica do destinatário da saúde pública.

A opção do Judiciário em estabelecer a condição ou o requisito em apreço equivale a reescrever, redesenhar e até mesmo inovar não só a política pública de saúde, mas até desconsiderar o Texto Constitucional, a partir da constatação de que referida condição, desde 1988, jamais foi utilizada para a concessão ou negativa prestacional das ações ou serviços públicos de saúde.

Essa situação é até entendível. Só não pode ser aceitável.

Voltar a utilizar a condição socioeconômica para o usuário de saúde pode ser considerada até a mitigação do Princípio da Universalidade, ou em caso mais extremo sua desconsideração. É regredir mais de 30 anos no pré 1988! É fazer tábula rasa da Reforma Sanitária. É ter o olhar para frente, andando para trás!

Cabe nessa oportunidade, inclusive, invocar escólio do constitucionalista lusitano J.J. Gomes Canotilho, na sua formulação do Princípio da Não Retrocessão das Políticas Públicas⁸:

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª ed., 11 reimp. Portugal. Ed Almedina. 2003

quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Existem vários julgados de Tribunais Estaduais, Federais, do Superior Tribunal de Justiça, (STJ) e do Excelso Supremo Tribunal Federal (STF) nos quais a análise da capacidade socioeconômica do Demandante é levada em consideração para fins de se conceder um direito no viés da saúde pública.

A título de exemplo cite-se recente decisão do STJ⁹:

EDcI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.657.156 - RJ (2017/0025629-7)

TESE FIXADA:

A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS **exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:**

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) **incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;**
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. (g.n.)

9

https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700256297

No STF, cita-se a título de exemplo, além de vários julgados, o Tema n. 6 da Repercussão Geral:¹⁰

Tema

6 - Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

Analisar uma determinada questão na ótica da saúde pública, mas condicionar o usuário sob o crivo da capacidade socioeconômica é dispensar tratamento anômalo ao caso, eis que citado requisito não está elencado como condição para a prestação desse serviço público a cargo do Estado.

Não se pode, nem se deve adentrar na Política Pública de Saúde a partir da “antessala” da Política Pública da Assistência Social!

Essas políticas coexistem, mas não se confundem!

Parâmetro socioeconômico do usuário é requisito, formal, legal e indispensável da Assistência Social, mas vedada a sua utilização como critério para a Saúde Pública, por expresso e taxativo comando constitucional *ex vi* do Art. 196 da CF.

7 CONCLUSÃO

As políticas públicas têm seu nascedouro natural nas necessidades e discussões da própria sociedade, evoluindo para a institucionalização e a normatização por intermédio de seus representantes, o Poder Legislativo, o qual tem o *munus* de debater exaustivamente os prós e contras dessas políticas, materializando a demanda popular em normas. Eis o berço natural das políticas públicas. Essa é a real dimensão da finalidade da representação legislativa na sociedade.

¹⁰

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>

Ao Poder Executivo, na sua missão constitucional e institucional cabe, como já mencionado, ser o implementador e executor dessa política, cujo escopo é o interesse público como principal fator na execução da prestação do serviço público vinculado à essa política.

Por fim, mas não menos relevante, o Poder Judiciário, como aquele que assegura a efetiva e eficaz execução da política no caso de falta, falha, omissão ou até desconsideração por parte do Executivo.

O poder de correção do Judiciário deve balizar-se pelo desenho institucional e normatizado da política pública, eis que já ultrapassadas todas as fases antecedentes, nas quais a política foi detidamente debatida, deliberada e, principalmente, instituída.

Ao Judiciário cabe à correção. Não a inovação.

A judicialização estruturante induz o aperfeiçoamento da política pública, em eventuais falhas ou omissões. O que se deve considerar como anômalo é a judicialização, que na condição do exercício de jurisdição, avoca a si o poder de inovar dentro dessa mesma política, com o pretexto de inconsistência ou não efetividade da forma que a política está desenhada.

Nunca se deve olvidar que toda e qualquer política pública é formulada pelo todo para garantir direitos ao indivíduo.

Lado outro, em regra, excetuando as ações coletivas, uma ação é o intuito do cidadão que no caso possivelmente não atendido de forma satisfatória pelo Estado na aplicação de uma política pública, recorre ao Judiciário.

Sendo assim, inovar toda uma Política Pública a partir de uma ação judicial é inverter a gênese dessa mesma política, com o potencial risco de fazer o todo se adequar ao um!

O interesse público nunca pode se submeter ao interesse de **um público**.

A complexidade e até mesmo a ambiência natural na qual são analisadas as demandas de saúde ensejam naturalmente uma análise diferenciada, permeada de subjetividade e, às vezes até de compaixão, dado que se trata de vida humana, mas, em contraponto, não se pode perder a *ratio* no enfrentamento da questão, sob pena de a cada

juízo ser reescrita uma parte diferente da Política Pública de Saúde, eleita e consolidada na Constituição Federal de 1988.

Por fim, não se deve colocar na mesma mesa ou na mesma discussão o confronto da saúde do usuário e a saúde da população.

A Política Pública de Saúde olha o interesse público, mas foca no Cidadão. O grande desafio é não ter a visão míope frente a nossa atual realidade.

A judicialização da saúde será sempre um bem ao cidadão se for indutora ao aperfeiçoamento da Política Pública de Saúde, ensejando a sua fiel execução devendo, ao revés, ser evitado que se transforme em foro para a sua formulação e inovação.

Afinal, o Espírito das Leis de *Montesquieu* visa a convergência dos Poderes na administração do Estado, não a concentração de poderes no próprio Estado.

COMPLIANCE NOS SERVIÇOS DE SAÚDE: O PAPEL DO NÚCLEO DE SEGURANÇA DO PACIENTE

DANIELA NOGUEIRA DE ALMEIDA¹

1 INTRODUÇÃO

Os serviços de saúde brasileiros, diante dos vários desafios vividos no cotidiano de suas atividades, têm recorrido às medidas de governança corporativa, de modo a permitir sua conformidade a regulamentos e normas, em especial no que concerne ao tema segurança do paciente.

Dentre tais medidas, os Programas de Integridade, também conhecidos como Programas de Compliance, demonstram-se importante ferramenta para auxiliar na consecução da análise dos riscos, implementação de políticas internas, monitoramento e investigação dos eventos aos quais estão sujeitos.

Para tanto, no que concerne especificamente ao cumprimento dos protocolos e procedimentos que garantam a segurança do paciente, o Programa de Integridade Clínica possui como pilar essencial, o Núcleo de Segurança do Paciente, instituído pela Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa nº 36, de 25 de julho de 2013, instância à qual compete a formulação do Plano de Segurança do Paciente, política interna do serviço de saúde, de caráter obrigatória.

¹ Advogada sócia-fundadora do Nogueira Amorim Sociedade de Advogados. Especialista em Direito Público e Direito Aplicado à Saúde. Membro da Comissão da Saúde e da Comissão de Estudos Permanentes em Compliance da OAB/MG.

O objetivo do presente artigo é realizar a interface entre o Núcleo de Segurança do Paciente - NSP e a integridade nos serviços de saúde, de modo a demonstrar que o NSP, além de compor o Programa de Integridade Clínico, exerce papel de protagonista na sua consecução, seja por sua atribuição de confecção do Plano de Segurança do Paciente, seja por executar tarefas de monitoramento e investigação.

2 COMPLIANCE E INTEGRIDADE

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Muito se fala hoje sobre *compliance*, como se fosse uma novidade no cenário mundial. Entretanto, não se pode dizer que *compliance* constitua um instituto novo.

O termo *compliance*, caracterizado como um vocábulo estrangeiro, se traduzido do idioma inglês, deriva do verbo *to comply*, cuja tradução literal é “fazer de acordo com um comando, obedecer”.

De acordo com o *Oxford Advanced Learner's Dictionary*², *compliance* significa “*the practice of obeying rules or requests made by people in authority*”, ou seja, a prática de obedecer regras ou ordens emanadas de pessoas com autoridade.

No cenário mundial, podemos identificar o instituto em diversas iniciativas internacionais de combate à corrupção, nas quais algumas organizações já embasavam a implantação de seus programas de *Compliance*, como as norte-americanas *Foreign Corrupt Practice Act - FCPA* e Lei Sarbanes- Oxley- SOX.

A primeira, FCPA, datada de 1977, pretendia moralizar as práticas comerciais internacionais das empresas norte-americanas, criminalizando o pagamento de subornos a agentes ou funcionários

² Disponível em:
<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/compliance?q=compliance>, Acessado em:16.05.2018.

estrangeiros e impondo dispositivos que tornam ainda mais sérias as tentativas de ocultação de ilícitos na esfera contábil.

A segunda, SOX, aprovada 2002, teve o propósito de restaurar a confiança do público em geral na governança corporativa³ e como resposta aos escândalos corporativos envolvendo grandes empresas do país, como Enron, Wordcom e Tyco, dentre outras (NASCIMENTO, 2017).

Além disso, nos Estados Unidos, em 1991, houve o reconhecimento legal da figura do *compliance*, com a reforma da *Federal Sentencing Guidelines*⁴. Mesmo globalmente, sua aplicação mais ampla se iniciou há aproximadamente uma década, em um cenário de agravamento de riscos penais- sejam estes derivados do perigo da sanção ou por uma renovada percepção do risco de uma perseguição criminal (GORGA, 2017).

Além dessas, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção- OEA, de 1996, a Convenção sobre o combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico- OCDE, de 1997, a norma australiana AS 3806:2006, o *UK Bribery Act-UKBA*, de 2010 e o Código Penal Espanhol, de 2010.

No Brasil, em decorrência da adesão do país à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida)⁵ e às Convenções da OEA⁶ e da OCDE⁷ supracitadas, e seguindo o movimento global nesse sentido, a Controladoria Geral da União-CGU, em conjunto com o Ministério da Justiça e a Casa Civil, apresentou o Projeto de Lei nº 6.826/2010, que foi aprovado e transformado na Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

³ Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>. Acessado em: 16.05.2018.

⁴ São regras que definem uma política de condenação uniforme para indivíduos e organizações condenados por crimes e delitos graves (classe A).

⁵ Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.

⁶ Promulgada pelo Decreto Federal nº 4.410 de 2002.

⁷ Promulgada pelo Decreto Federal nº 3.678 de 2000.

Tal norma, popularmente denominada de “Lei Anticorrupção” ou “Lei de Compliance” ou ainda “Lei da Empresa Limpa”, apesar de não utilizar o termo *compliance* em seu texto, optando pelo vocábulo “integridade”, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e em seu artigo 7º incentiva a implantação de mecanismos e procedimentos internos de integridade.

Impende ressaltar que algumas organizações nacionais e internacionais com atuação em território brasileiro- paralelamente a regulamentação da lei anticorrupção, se valem, também, da certificação da *Internacional Organization for Standardization (ISO)* sob o nº 37.001:2016, conhecida como Sistema de Gestão Antissuborno (*Anti-bribery management systems-Requirements with guidance for use*), como ferramenta para prevenir, detectar e abordar o suborno, promovendo uma cultura empresarial ética.

2.2 PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como dito, no Brasil, a Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, regulamentada por meio do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, representa a primeira norma nacional a tratar de programas de integridade em sede das organizações no país.

A Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa⁸ representa importante avanço ao prever a responsabilização objetiva, no âmbito civil e administrativo, de empresas que praticam atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira.

Além de atender a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a nova lei finalmente fecha uma lacuna no ordenamento jurídico do país ao tratar diretamente da conduta dos corruptores.

A premissa básica que a norteia é o fato de as empresas possuírem a responsabilidade de implementar programas para a consolidação de valores e políticas que promovam padrões éticos e de

⁸ No cenário internacional é também conhecida como *Brazilian Clean Company Act-BCCA*.

integridade em seus negócios, rejeitando atos ilegais, ilegítimos e de corrupção.

Esses programas devem ter caráter preventivo, para evitar a ocorrência de práticas antiéticas ou corruptas, bem como prever medidas corretivas para comportamentos no ambiente organizacional que violem seus princípios.

Compete ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) grande parte dos procedimentos como instauração e julgamento dos processos administrativos de responsabilização e celebração dos acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal.⁹

Insta ressaltar que essa nova regulamentação define pontos básicos para que as empresas apliquem em seus programas de integridade, o que impõe às organizações realizar uma prévia avaliação de seus riscos e identifique quase desses pontos devem ter maior ou menor prioridade.

Além disso, ainda sobre o tema, no cenário normativo nacional destacam-se o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais – Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, a Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017– Processo Administrativo Sancionador de competência do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários - e, ainda, a Resolução BACEN nº 4.595, de 28 de agosto de 2017, que dispõe sobre a Política de Conformidade (Compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Também, no desiderato de auxiliar as empresas a se adequarem às exigências da Lei Anticorrupção, a CGU publicou a Portaria nº 909/2015, definindo critérios para avaliação dos programas de integridade, bem como a Portaria nº 2.279/2015, definindo normas de integridade com menor rigor formal, adaptadas às peculiaridades das microempresas e empresas de pequeno porte.

Ademais, aplicável aos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, em abril de 2018, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) publicou a Portaria nº 1.089/2018,

⁹ Disponível em:
<https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao>.
Acessado em: 21.05.2018.

que regulamenta o Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, estabelecendo procedimentos para estruturação, execução e monitoramento de programas de integridade em cerca de 350 órgãos e entidades do Governo Federal (ministérios, autarquias e fundações).

A regulamentação define diretrizes, etapas e prazos para que os órgãos federais criem os próprios programas, com mecanismos para prevenir, detectar, remediar e punir fraudes e atos de corrupção.

Ainda que algumas instituições públicas já estejam com ações em andamento, a diferença é que agora os programas de integridade serão obrigatórios, com data limite para implementação até 30 de novembro de 2018. O objetivo é auxiliar na construção de planos efetivos com medidas e procedimentos claros para uma mudança de cultura no setor público.¹⁰

Mais recentemente, sobre a matéria, o referido Ministério e a CGU publicaram em 23/07/2018, a Portaria nº 1970, modificando a Portaria nº 910/2015 (que define os procedimentos para apuração de responsabilidade administrativa da pessoa jurídica de que trata a Lei Anticorrupção), estabelecendo, dentre outros, que a metodologia de análise do programa de integridade e os instrumentos necessários para sua aplicação serão disciplinados em orientações e guias ou manuais publicados, em conjunto, pela CGU e pela Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção.

Também, divulgou em 14/09/18, o “Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR¹¹”, com finalidade de orientar os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário com competência para instaurar e julgar PAR, servindo de baliza ao setor privado para a elaboração e atualização dos materiais que compõem os programas de integridade das empresas.

Já no âmbito dos 26 estados da federação e do Distrito Federal, ainda que as iniciativas legislativas sejam tímidas diante do número de entes federados, o movimento nesse sentido vem ganhando força, a exemplo da Lei nº 7.753, de 18 de outubro de 2017, do Estado do Rio de Janeiro, que passou a exigir a instituição do

¹⁰ Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/programa-de-integridade>. Acessado em: 21.05.2018.

¹¹ Processo Administrativo de Responsabilização, previsto na Lei Anticorrupção, que tem como objeto a apuração de responsabilidade de pessoa jurídica investigada pela prática dos atos lesivos previstos na referida norma.

programa de integridade nas empresas que contratam com a administração pública do estado.

Da mesma forma, os decretos estaduais anticorrupção do Espírito Santo (Decreto nº 3.956-R/2016), do Mato Grosso (Decreto nº 522/2016), de Minas Gerais (Decreto nº 46.782/2015), do Paraná (Decreto nº 10.271/2014) e Tocantins (Decreto nº 4.954/2013), além do Distrito Federal (Decreto nº 37.296/2016).

Alguns municípios também já possuem suas regulamentações, como é o caso de São Paulo/SP (Decreto nº 55.107/2014), Cariacica/ES (Decreto nº 197/2014) e Canoas/RS (Lei Municipal nº 5.893/2014).

Todas as regulamentações, nos âmbitos estadual e municipal, seguem as regras gerais da lei federal, o que colabora para fortalecer a amplitude sancionatória advinda da lei anticorrupção, garantindo sua aplicação prática e seu novo modelo de responsabilidade objetiva, com a participação ativa de todos os entes da federação no combate à corrupção.

Cumprе ressaltar, entretanto, que as legislações emanadas pelos entes públicos visam a coibir os atos lesivos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, conforme o caso, mas seguramente servem de parâmetros nacionais de um Programa de Integridade Corporativa ou Programa de *Compliance*, para a nova ordem jurídica que se estabelece entre as organizações em atividade no país, em busca da boa governança corporativa.

Ainda, a Associação Brasileira de Normas Técnicas- ABNT a incorporou na denominada norma ABNT NBR ISO 37001- Sistemas de Gestão Antissuborno, abrangendo o suborno no setor público, privado e sem fins lucrativos, além das espécies como suborno pela organização, da organização, do pessoal, de parceiros, dentre outros.

Por outro turno, uma normativa mais abrangente, por ir além de orientações e recomendações antissuborno, a DSC 10.000 (Diretrizes para o Sistema de Compliance) foi elaborada por profissionais com expertise no tema, caracterizando importante instrumento para orientar instituições na obtenção da integridade corporativa (ALMEIDA, 2018a).

2.3 PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

Como citado alhures, a premissa básica que norteia as legislações que tratam dos programas de *compliance* ou de integridade no país, é o fato das empresas possuírem a responsabilidade de implementar programas para a consolidação de valores e políticas que promovam padrões éticos e de integridade em seus negócios, rejeitando atos ilegais, ilegítimos e de corrupção.

Nesse sentido, o presente artigo almeja discorrer sobre a extensão dos programas de *compliance* ou de integridade além da prevenção dos atos de corrupção, sendo ferramenta para disseminar a cultura de valores e políticas éticas no âmbito das instituições, públicas ou privadas, além do cumprimento integral do arcabouço regulatório aplicáveis ao negócio, rechaçando atos ilegais e ilegítimos, além de atos de corrupção.

Tanto que, atualmente, fala-se em *Compliance* anticorrupção, *Compliance* concorrencial, *Compliance* ambiental, *Compliance* tributário, *Compliance* trabalhista, *Compliance* criminal, *Compliance* administrativo, *Compliance* na saúde, dentre tantos outros, donde se depreende a tendência de se admitir o surgimento de um novo instituto, aplicável às organizações e que abrange, de forma ampla e comum, todos os objetos acima citados.

Entretanto, nesse novo cenário, muitas vezes quando se fala *Compliance* quer se dizer integridade e vice-versa. Isso porque ambos os vocábulos se relacionam com deveres e responsabilidade de gestores, administradores de organizações privadas e públicas, tais como o de bem administrar, o de diligência, o de informar, o de investigar e o de vigiar.

Para fins do presente artigo, diante da similaridade já mencionada, será utilizada a expressão “programas de integridade”, uma vez que se coaduna com a terminologia pátria adotada nos regramentos mais recentes, além de permitir a dissociação da imagem de um instituto estrangeiro e pouco acessível à maioria das organizações nacionais.

Compliance ou integridade atingem bens maiores dos sujeitos envolvidos e que são tutelados pelo Direito, tais como reputação,

imagem, bom nome e valor patrimonial da sociedade empresarial (OLIVEIRA, 2017).

Não se pode confundir o *Compliance* com o mero cumprimento de regras formais e informais, sendo o seu alcance bem mais amplo, ou seja, é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude de seus funcionários (RIBEIRO; DINIZ, 2016).

Certo é que a expressão “integridade” passou a ser utilizada no cenário brasileiro a partir da Lei Anticorrupção, talvez como uma maneira de se desvencilhar do termo estrangeiro *Compliance*, apropriando-se de um vocábulo que melhor expressasse o espírito da norma e do anseio nacional.

Por integridade entende-se a qualidade de íntegro, caráter daquilo que não falta nenhuma das partes, retidão, honradez.¹²

Neste contexto, conclui-se que, para uma organização, ser íntegro é estar inteiro, em conformidade não somente com todas as normas, mas também com princípios e valores éticos aplicáveis ao ramo ou negócio a que se dedica, prevaletentes em determinada sociedade ou ordenamento a que está inserida.

Prova disso extrai-se do Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção, que, em seu capítulo que trata do programa de integridade, conceitua programa de integridade, no âmbito de uma pessoa jurídica, como o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes.

Para tanto, estabelece como parâmetros, dentre outros, padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, donde se extrai o caráter amplo do programa de integridade, indo além do fator corrupção.

Nessa seara, a noção de ética é melhor compreendida quando relacionada às vicissitudes do cotidiano e do comportamento humano. A ética está estreitamente relacionada ao comportamento humano na

¹² Disponível em:
<https://dicionariodoaurelio.com/integridade>. Acessado em: 21.05.2018.

sua relação com o outro (ou com os interesses da empresa, órgão de classe, etc.).

O comportamento antiético pode ser traduzido na atitude egocêntrica do indivíduo quando, em face de um conflito de interesses, quer fazer prevalecer sua pretensão ("o que eu quero") em prejuízo de outra pessoa ou da empresa ("o que é melhor - mais justo - para o outro ou para a empresa").

Atua de maneira eticamente incorreta aquele que, para obter algum ganho imotivado, estabelece para si um sistema de vantagens que contraria regras sociais, contratuais ou normas previamente estabelecidas.

Se comportar de forma eticamente correta supõe, portanto, evitar obter vantagens indevidas de qualquer ordem (violando ou fraudando regras de conduta, leis, etc.), causando prejuízo moral ou material a outra pessoa (ou à empresa), numa mesma relação de fato considerada. O comportamento ético poderá traduzir-se em evitar situações de conflito de interesses em prejuízo de outro indivíduo ou potencialmente danosas a terceiros (ALMEIDA, 2018b).

Nesse diapasão, resta incontestado que a transparência, a ética e a confiança preconizadas em um Programa de Integridade são, para uma empresa ou organização, condições legais e de sobrevivência no mercado em que se insere, e não apenas itens de ostentação. Caracteriza poderosa ferramenta de estímulo não só do ambiente institucional, mas de toda a sociedade em que está inserido, posto que os comportamentos adotados tendem a ser copiados e replicados.

Vale citar que o setor da saúde tem se tornado protagonista por meio de iniciativas de implantação de programas de integridade, o que culminou, inclusive, no acordo setorial denominado Ética Saúde¹³, sendo que seus signatários se comprometem a implementar um programa de integridade eficaz, incluindo políticas, procedimentos e controles internos que promovam seu cumprimento no que respeita às interações entre os profissionais da saúde e fornecedores de serviços e dispositivos médicos, como importadores, distribuidores e fabricantes.

¹³ <https://eticasaude.org.br>

Ultrapassada a questão conceitual e delimitado o posicionamento do presente artigo no sentido de utilizar a terminologia Programa de Integridade, impõe-se, em linhas gerais, sua delimitação e principais elementos conformadores em um ambiente corporativo, de modo a, posteriormente, inseri-lo no sistema de saúde, como se pretende.

Diante de todos os elementos colacionados pelas legislações e pela doutrina, pode-se afirmar que são objetivos perseguidos em um Programa de Integridade Corporativa, dentre outros:

- I- Assegurar um ambiente de trabalho de respeito, livre de discriminação e assédio;
- II- Assegurar negócios éticos seja no âmbito público como privado, mediante ações e atitudes dentro do contexto de uma cultura organizacional orientada para o fazer o certo, porque é certo;
- III- Respeitar as regras de comércio internacional e cumprir as restrições adotadas por organismos internacionais, tais como embargos;
- IV- Ter produtos e serviços, e toda a cadeia produtiva por trás disso, atendendo as diversas exigências regulatórias, em especial para cada mercado que a empresa realiza negócios;
- V- Respeitar as regras de propriedade intelectual e de concorrência;
- VI- Proteger informações confidenciais, assim como assegurar a não divulgação indevida de dados de privacidade de clientes;
- VII- Manter exatidão de registros contábeis;
- VIII- Respeitar a legislação do trabalho e de segurança do trabalhador, e acima disso, relacionar-se com parceiros de negócios que efetivamente cumpram com tais preceitos e que não explorem mão-de-obra infantil, escrava ou em condição análoga (SILVA, 2017).

Para tanto, as melhores práticas demonstram que um programa de integridade efetivo deve observar, no mínimo, alguns eixos estratégicos ou pilares, de modo a alcançar os objetivos em tela:

- I- Suporte da alta administração;
- II- Mapa de risco;
- III- Código de conduta, políticas e procedimentos;
- IV- Programa de comunicação e treinamento;
- V- Monitoramento e auditoria contínua;
- VI- Canal de denúncias;
- VII- Resposta adequada.

Para o êxito de qualquer propósito em um ambiente corporativo, mister o envolvimento de todos os players, um compromisso de adesão multilateral, de todas as esferas hierárquicas da organização.

Dessa forma, ao iniciar um Programa de Integridade, partindo da premissa de que haverá uma mudança de cultura, ainda que aquela organização paute pela integridade em suas condutas e ações, é imprescindível o engajamento da alta administração, ou seja, proprietários, acionistas, membros do conselho de administração, do comitê executivo, diretores, gerentes, enfim, todos os que têm poder de gestão na empresa.

Por engajamento entende-se desde a garantia de que as políticas, objetivos e comprometimento com a integridade dos negócios serão aplicadas e mantidas em todos os níveis da organização, passando pela participação pessoal dessas autoridades em treinamentos e na difusão da cultura de integridade, dando o exemplo, até a garantia de investimento financeiro e de recursos humanos, de modo a viabilizar sua consecução.

Para que sejam identificados os riscos aos quais se submete a organização, baseados nas atividades que desenvolve, do mercado em que se insere e nas relações que estabelece, é necessário o estudo minucioso de todos esses elementos, possibilitando o mapeamento dos resultados em uma matriz, de modo a mensurar o nível de risco de cada área examinada, a probabilidade de uma violação e suas vulnerabilidades e consequências.

Tais matrizes servirão para auxiliar no desenho do Programa, priorizando as atividades que oferecem maior grau de risco. Importante salientar que o mapa ou matriz de risco deve ser revisto periodicamente, ao menos anualmente.

A partir da identificação dos riscos, a instituição está apta a iniciar procedimentos escritos, como um Código de Conduta que trace as linhas gerais de comportamento ético e de conduta, refletindo os princípios e valores da organização, de modo claro e inequívoco, aplicáveis a todos os empregados e administradores, além de terceiros, conforme o caso.

O Código de Conduta deve descrever o Programa de Integridade da organização e tratar, de modo prático, dos riscos de

conformidade relevantes à empresa. Ele deverá identificar claramente quem são os responsáveis pela condução do programa, destacar o papel da alta administração e do *compliance officer*¹⁴, bem como fornecer uma instrução geral sobre o comportamento de negócios esperado de cada funcionário (SILVA, 2017).

Além disso, do referido documento devem constar informações sobre os canais para reporte de desvios de conduta ou violações às normas (ou *hot-lines*), garantindo medidas de não retaliação aos denunciantes, além das ações disciplinares aplicáveis em caso de violação da norma.

Ademais, aliados ao Código, são necessários outros documentos, como políticas, procedimentos e normas internas, orientando os colaboradores para o que e como fazer, além do que não fazer, fornecendo orientações adequadas e detalhadas sobre a condução das relações de negócios esperada, bem como dos riscos legais e regulatórios relevantes.

Tais documentos poderão tratar, por exemplo, de áreas de conflitos de interesse, doações, homologação e *due diligence* de fornecedores e parceiros de negócios, pessoas politicamente expostas, práticas internas de contabilidade, expectativas anticorrupção, dentre outros (SILVA, 2017).

Uma vez estabelecido o sistema normativo de integridade da organização, demonstra-se imprescindível sua disponibilização, divulgação e treinamento junto aos colaboradores, sejam funcionários ou não, visando à adesão e, assim, permitindo o êxito do programa.

Por se tratar, na maioria das vezes, de uma mudança de cultura organizacional, é necessária a ampla disseminação do programa e suas normas, de modo a convencer os players dos

¹⁴ O *compliance officer* é o profissional indicado pela empresa, na qualidade de profundo conhecedor dos aspectos técnicos do compliance e da estrutura da organização, como responsável pela condução do programa de integridade, tendo o compromisso, dentre outros, de instruir e incentivar os colaboradores, analisar e dirimir dúvidas e controvérsias, além de reportar diretamente à alta administração. Nas palavras de Arnaldo Quirino de Almeida (2018b), é orientador, coordenador (ou facilitador) que atua conjuntamente com outras áreas vitais, tais como setores de controles internos, gestão de riscos e segurança da informação, orientando e monitorando para seu pleno e correto funcionamento. Deve contribuir para a manutenção da cultura ética e de integridade da empresa.

benefícios de seus princípios e bases, já que se trata de garantir a perenidade e sustentabilidade da empresa.

A comunicação é pilar essencial e deve ser permanente desde o início da implementação do programa, utilizando recursos criativos baseados em um processo de caráter profissional, o que se impõe, como dito alhures, o aporte de recursos financeiros pela alta administração (GIOVANINI, 2016).

O treinamento ganha especial relevo, na medida em que permite o monitoramento da adesão de todos os colaboradores, além de possibilitar explicitar o engajamento da alta direção por meio de sua participação presencial em tais eventos, juntamente como os demais funcionários.

Neste sentido, os treinamentos podem ser presenciais ou à distância, obrigatórios ou facultativos, mas sempre garantindo a realização de avaliações periódicas quanto ao conteúdo apreendido, de modo a comprovar sua real efetividade, sendo imperioso o planejamento de acordo com o público-alvo, com a adequada escolha do material e do instrutor.

Ademais, o Programa de Integridade, para ser efetivo, deve ser objeto de constante monitoramento e auditoria, com o intuito de detectar, prevenir e remediar condutas que afrontem o código e demais políticas da organização, além de possibilitar a identificação de lacunas ou necessidades passíveis de ajustes, visando a melhoria contínua.

O monitoramento deve ser realizado pela própria área responsável pelo Programa, utilizando, como ferramenta, a identificação periódica dos processos mais críticos ou vulneráveis dentre os riscos mapeados pela área, por meio da avaliação dos indicadores criados.

A auditoria, por sua vez, pode ser realizada internamente, por área diversa da responsável pelo Programa, ou externamente, por empresa contratada para tal fim.

Diante da ampla divulgação do Programa e das políticas da empresa, interna e externa *corporis*, bem como do treinamento de todo o pessoal e terceiros, os players e cidadãos devem contar com um canal de denúncias que possibilite o reporte à área responsável acerca de irregularidades em face do Código de Ética ou Conduta e políticas preconizadas.

Para tanto, um canal de denúncias confiável deve ser disponibilizado, como linha aberta para o relato de violações, fraudes e desvios dos envolvidos nas atividades da empresa, o que importa dizer a garantia da confidencialidade das informações relatadas, do anonimato, da não retaliação do denunciante e a imparcialidade na análise do caso, com a utilização das regras estabelecidas para a condução da investigação.

Tal canal pode ser operado pela própria empresa, desde que observada a confiabilidade, mas estudos comprovam que a terceirização traz diversos benefícios, dentre eles o funcionamento 24 horas por dia além da maior confiança dos empregados em relatar a pessoas externas ao ambiente corporativo.

Após o reporte da irregularidade no canal de denúncias, de modo a se atingir a finalidade do Programa de Integridade, impõe-se o estabelecimento de um processo de apuração das denúncias, uma investigação ampla e documentada, com a aplicação pelos gestores responsáveis, das sanções disciplinares previstas no Código de Conduta, políticas ou procedimentos, nos termos da recomendação da área responsável pelo Programa.

De toda sorte, o denunciante deve ser comunicado sobre a conclusão da área competente pela investigação, de modo a garantir a resposta adequada e, assim, demonstrar o compromisso e engajamento da alta administração, no real cumprimento do Programa, doa a quem doer, incentivando o reporte.

Como dito, a implementação de um Programa de Integridade no âmbito das empresas e organizações visa a garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionados às suas atividades, aliado à observância de princípios éticos e de integridade corporativa.

Nesse sentido, em se tratando do universo do serviço de saúde e com foco no cerne do presente artigo, qual seja, caracterizar o núcleo de segurança do paciente como um instrumento de integridade nos serviços de saúde, impõe-se discorrer sobre a segurança do paciente e sua evolução histórica.

3 A SEGURANÇA DO PACIENTE E O NÚCLEO DE SEGURANÇA DO PACIENTE

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEGURANÇA DO PACIENTE

A preocupação com a evitabilidade dos danos e consequentemente com a segurança do paciente não é recente. Segundo a doutrina sobre o tema, Hipócrates (460 a. C.- 370 a. C.) já preconizava o princípio *primum non nocere* (primeiro não causar dano), se tratando do cuidado dispensado pelo médico ao paciente. Também, Florence Nightingale (1820-1910), enfermeira que exercia seu ofício atendendo os soldados do exército britânico, concluiu que ocorriam mais mortes entre aqueles submetidos aos cuidados nosocomiais do que nos próprios campos de batalhas (ZAMBON, 2017).

Mas foi Ignaz Semmelweis (1818-1865), enquanto médico da maternidade do hospital escola em Viena, no então Império Austríaco, que, ao constatar que as mulheres cujo parto era feito por médicos ou estudantes de medicina tinham maiores taxas de mortalidade pós-parto do que as mulheres cujo parto era feito por parteiras, o responsável pela primeira iniciativa histórica rumo à segurança do paciente (ZAMBON, 2017).

Seus estudos observacionais o levaram a concluir que isso era causado pela manipulação de cadáveres em autópsias feitas pelos médicos antes de realizar os partos, uma vez que ele deduziu que de alguma forma as partículas cadavéricas eram capazes de gerar infecções. Isso motivou Semmelweis a criar uma política mandatória de lavagem de mãos para médicos e estudantes de medicina, que culminou com uma grande diminuição da mortalidade pós-parto no hospital (ZAMBON, 2017).

Além dele, Ernest A. Codman (1869-1940) foi o responsável pela Teoria dos Resultados Finais (“*A Study in Hospital Efficiency*”), um estudo no qual restou comprovado que em 337 casos atendidos em determinado hospital, 123 foram objeto de erros. Nesse caso, concluiu que os hospitais devem medir seus resultados, devem analisar seus resultados para achar pontos fortes e fracos, devem comparar seus resultados com outros hospitais e, por fim, devem levar a público seus sucessos e erros (ZAMBON, 2017).

Impende citar, ainda, a era Pré-Penicilina (1937), época em que se entendia que a medicina, e seus recursos, faziam pouca ou nenhuma diferença e a sobrevivência do paciente dependia da história natural da própria doença. A partir dos anos 1950, com a evolução dos métodos de tratamento das doenças, David Barre Robert Moser trouxeram a discussão sobre a necessidade de análise dos riscos das terapias modernas e o preço a se pagar pelo avanço, assim como que o dano não se justifica pelo avanço, devendo-se pesar os riscos *versus* benefícios (ZAMBON, 2017).

Mais à frente, o livro “Limites da Medicina”, de Ivan Illich, inflamou a discussão sobre as fronteiras entre o cuidado médico e o bem estar do paciente, sobre o que chamou “Epidemia de iatrogenias”¹⁵, com consequências clínicas, como o dano ao paciente; sociais, como o consumismo da medicina; culturais, como a incapacidade de lidar com a morte e falibilidade do profissional da medicina ao não conter tal evento (ZAMBON, 2017).

Nesse diapasão, Karl Popper enfrentou o tema da falibilidade do médico, sob a perspectiva do próprio profissional, apresentando a ele o questionamento sobre sua disposição em admitir um erro e discutir os fatores que possam ter sido responsáveis. Para Popper, experiências deveriam ser disseminadas para que os médicos pudessem aprender com os erros de outros, o que requer, outrossim, a disposição de admitir um erro (ZAMBON, 2017).

Já no período compreendido entre 1960 e 1980, estudos empíricos foram realizados por duas das mais conceituadas universidades americanas, Yale e Boston. Na primeira, em um prospectivo de 1014 (mil e quatorze) pacientes internados em 3(três) enfermarias, constatou-se que 20% (vinte por cento) sofreu o que se denominou de “episódio nocivo” (SCHIMMEL EM, 1964).

Na segunda, Universidade de Boston, de 815 (oitocentos e quinze) pacientes internados em Unidades de Tratamento Intensivo, Unidades Coronarianas e Enfermarias, 36% (trinta e seis por cento) sofreu “doença iatrogênica” (STEEL K, et al., 1981).

¹⁵ Iatrogenia era assim considerada, como o evento nocivo gerado ao paciente, pelo médico, termo introduzido na década de 1920. O termo “iatrogênico” tem origem nas palavras gregas “iatros” ou médico, e “genesis” ou origem.

Diante de tais números e da conscientização da ocorrência dos eventos adversos, como consequência, identificou-se o aumento do número de processos judiciais nos Estados Unidos da América (EUA) em face dos profissionais, passando de 1 em cada 100 médicos/ano, nos anos de 1950, para 10 em cada 100 médicos, nos anos de 1970.

Para corroborar a importância de se enfrentar o tema, em um estudo realizado no ano de 1974, na Califórnia, de 20.000 (vinte mil) prontuários analisados, de 23 (vinte e três) hospitais, constatou-se 4,65% (quatro vírgula sessenta e cinco por cento) de casos com dano, o que representaria 17% (dezesete por cento) passíveis de processo judicial (MILSS DH, 1978).

Entretanto, o tema segurança do paciente passou a ser questão de saúde pública, assumindo seu protagonismo a partir dos resultados do Estudo da Prática Médica de Harvard (BRENNAN TA, 1991), em 1991¹⁶ e, mais tarde, em 1999, com a publicação *To Err is Human* do *Institute of Medicine* – IOM (KOHN LT, CORRIGAN JM, DONALDSON MC), que provocou a mobilização da classe médica e do público em geral, das organizações norte-americanas e de diversos países para as questões relacionadas à segurança do paciente.

Parte dessa mobilização é fruto da constatação de que a ocorrência de eventos adversos (EA) envolve custos sociais e econômicos consideráveis, podendo implicar em danos irreversíveis aos pacientes e suas famílias. O relatório do IOM estimou a ocorrência de 44 a 98 mil óbitos a cada ano, nos EUA, decorrentes de EA.

A partir da década de 2000, a segurança do paciente entra para a agenda de pesquisadores de todo o mundo e passa a ser internacionalmente reconhecida como uma dimensão fundamental da qualidade em saúde.

Em decorrência de tais estudos, e reconhecendo a magnitude do problema da segurança do paciente a nível global, a Organização Mundial de Saúde (OMS) estabeleceu em 2004 a Aliança Mundial para a Segurança do Paciente (*World Alliance for Patient Safety*), com o propósito de definir e identificar prioridades na área da segurança do paciente em diversas partes do mundo e contribuir para uma agenda

¹⁶ A partir de tal estudo, abandonou-se o termo “iatrogenia”, adotando-se a expressão “evento adverso”. Por evento adverso (EA) entende-se o incidente que resulta dano à saúde.

mundial para a pesquisa no campo (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2009).

3.2 SEGURANÇA DO PACIENTE: NORMATIZAÇÃO NO BRASIL

O Brasil, já em 2004, tornou-se um dos signatários da Aliança Mundial para a Segurança do Paciente (OMS), que, como dito, instituiu medidas visando aumentar a segurança e qualidade na prestação dos serviços de saúde. A partir daí, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária- Anvisa, agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde, incorporou ao seu escopo de atuação, as ações previstas na Aliança, inclusive promovendo as campanhas globais *Uma Assistência Limpa é uma Assistência Mais Segura (2005)* e *Cirurgia Segura Salva Vidas (2008)* (ANVISA, 2015).

Mas apenas em 2011, por meio da Resolução da Diretoria Colegiada Anvisa- RDC nº 63, de 25 de novembro de 2011, o Brasil deu início à sua normatização sobre segurança do paciente, estabelecendo os requisitos de boas práticas de funcionamento para os serviços de saúde. Em 2013, instituiu o Programa Nacional de Segurança do Paciente (PNSP), meio da Portaria GM nº 529, de 1º de abril de 2013, culminando na RDC nº 36, de 25 de julho de 2013, alterada pela RDC nº 53, de 14 de novembro de 2013 e Portarias nº 1377 e nº 5085, que instituíram os 6(seis) protocolos básicos de segurança do paciente.

O Plano Nacional de Segurança do Paciente (PNSP) tem como objetivo contribuir para a qualificação do cuidado em saúde em todos os estabelecimentos de saúde do território nacional

Ainda, o referido Plano tem como objetivo específico, dentre outros, a implantação de Núcleos de Segurança do Paciente (NSP) nos estabelecimentos de saúde. Por essa razão, a RDC nº 36/2013 se prestou a regulamentar a criação dos NSP, de modo a executar as ações do PNSP em serviços de saúde, ressaltando seu caráter obrigatório.

Excetua-se dessa obrigatoriedade, apenas, os consultórios individualizados, os laboratórios clínicos, os serviços móveis, a atenção domiciliar, as instituições de longa permanência e os serviços de

atenção às pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substâncias psicoativas.

3.3 SEGURANÇA DO PACIENTE: PROTOCOLOS

Com base nos princípios preconizados no arcabouço normativo sobre a matéria, a cultura da segurança do paciente pode ser entendida como o conjunto de valores, atitudes, competências e comportamentos que determinam o comprometimento com a gestão da saúde e da segurança, substituindo a culpa e a punição pela oportunidade de aprender com as falhas e melhorar a atenção à saúde.

Nesse diapasão, entende-se por Segurança do Paciente a redução, a um mínimo aceitável, do risco de dano desnecessário associado ao cuidado de saúde, conforme preceitua o artigo 4º da Portaria nº 529/2013.

Para a redução do risco, impõe-se o estabelecimento de protocolos, assim entendidos como a descrição de um cuidado/procedimento/assistência que contém detalhes operacionais e especificações sobre o que se faz, quem faz e como se faz, conduzindo os profissionais nas decisões de assistência para a prevenção, recuperação ou reabilitação da saúde.

Tais protocolos são baseados nas melhores evidências científicas e se implementados podem minimizar riscos em serviços de saúde, corroborando para a prevenção de danos aos pacientes (FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE HOSPITAIS, 2018).

Os protocolos básicos de segurança do paciente (Ministério da Saúde/ Anvisa/Fundação Oswaldo Cruz) foram publicados em 2013, por meio da Portaria n. 1.377, de 09/07/2013 e Portaria n. 2.095, de 24/09/2013.

Como exemplos de protocolos temos: identificação do paciente; higiene das mãos; cirurgia segura; segurança na prescrição, uso e administração de medicamentos; prevenção de quedas dos pacientes; prevenção de lesões por pressão; prevenção e controle de eventos adversos em serviços de saúde, incluindo as IRAS (infecção do trato respiratório relacionado ao uso de ventilação mecânica; infecção de corrente sanguínea; infecção cirúrgica; infecção de trato

urinário; infecção de sítio cirúrgico), entre outros (FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE HOSPITAIS, 2018).

Como exemplos de práticas de segurança do paciente temos mecanismos de dupla identificação do paciente; melhoria da comunicação entre profissionais de saúde; uso e administração segura de medicamentos; realização de cirurgia em local de intervenção, procedimento e paciente corretos; higiene das mãos para a prevenção de infecções e prevenção de quedas e lesões por pressão, dentre outros.

3.4 NÚCLEO DE SEGURANÇA DO PACIENTE (NSP): OBJETO, OBJETIVOS E CARACTERÍSTICAS

Em linhas gerais, o Núcleo de Segurança do Paciente, dentre outros, tem a atribuição de elaborar o Plano de Segurança do Paciente (PSP), nos termos definidos pelo PNSP, o que demonstra a necessidade de assunção, pelo serviço de saúde¹⁷, do compromisso com a adoção de medidas que visem a segurança do paciente, assim como da adoção de medidas de planejamento institucional, de modo a sistematizar as práticas que podem levar à incidência de riscos aos pacientes.

O NSP conceitua-se como a instância do serviço de saúde criada para promover e apoiar a implementação de ações voltadas à segurança do paciente, nos termos do inciso VIII do artigo 3. da RDC nº 36/2013. É, portanto, um instrumento de garantia da realização de atos persecutórios da segurança do paciente nos serviços de saúde.

Segundo a mesma norma, o NSP deve adotar os seguintes princípios e diretrizes:

¹⁷ Por serviço de saúde, segundo o inciso XI do artigo 3. da RDC nº 36/2013, é o estabelecimento destinado ao desenvolvimento de ações relacionadas à promoção, proteção, manutenção e recuperação da saúde, qualquer que seja o seu nível de complexidade, em regime de internação ou não, incluindo a atenção realizada em consultórios, domicílios e unidades móveis.

| DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

- I - A melhoria contínua dos processos de cuidado e do uso de tecnologias da saúde;
- II - A disseminação sistemática da cultura de segurança;
- III - A articulação e a integração dos processos de gestão de risco;
- IV - A garantia das boas práticas de funcionamento do serviço de saúde.

Além de elaborar, implantar, divulgar e manter atualizado o PSP em serviços de saúde, compete ao Núcleo de Segurança do Paciente, nos termos da RDC nº 36/2013:

- I - promover ações para a gestão de risco no serviço de saúde;
- II - desenvolver ações para a integração e a articulação multiprofissional no serviço de saúde;
- III - promover mecanismos para identificar e avaliar a existência de não conformidades nos processos e procedimentos realizados e na utilização de equipamentos, medicamentos e insumos propondo ações preventivas e corretivas;
- IV - acompanhar as ações vinculadas ao Plano de Segurança do Paciente em Serviços de Saúde;
- V - implantar os Protocolos de Segurança do Paciente e realizar o monitoramento dos seus indicadores;
- VI - estabelecer barreiras para a prevenção de incidentes nos serviços de saúde;
- VII - desenvolver, implantar e acompanhar programas de capacitação em segurança do paciente e qualidade em serviços de saúde;
- VIII - analisar e avaliar os dados sobre incidentes e eventos adversos decorrentes da prestação do serviço de saúde;
- IX - compartilhar e divulgar à direção e aos profissionais do serviço de saúde os resultados da análise e avaliação dos dados sobre incidentes e eventos adversos decorrentes da prestação do serviço de saúde;

- X - notificar ao Sistema Nacional de Vigilância Sanitária os eventos adversos decorrentes da prestação do serviço de saúde;
- XI - manter sob sua guarda e disponibilizar à autoridade sanitária, quando requisitado, as notificações de eventos adversos;
- XII - acompanhar os alertas sanitários e outras comunicações de risco divulgadas pelas autoridades sanitárias.

Segundo dados da Gerência de Tecnologia em Serviços de Saúde da Anvisa (GGTES-Anvisa), até janeiro de 2018, foram cadastrados 3.000 Núcleos de Segurança do Paciente. O cadastramento consiste em um passo imprescindível para a utilização do Notivisa – Módulo Assistência à Saúde para notificação de incidentes relacionados à assistência à saúde, parte do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), coordenado pela Anvisa (PENHA, 2018).

De acordo com a RDC nº 36/2013, frente à ocorrência de quaisquer EA (eventos adversos) em serviços de saúde, o Núcleo de Segurança do Paciente deve fazer a notificação junto ao SNVS. Ressalta-se que os EA que evoluírem para óbito devem ser notificados em até 72 (setenta e duas) horas a partir do ocorrido, nos termos do Parágrafo Único do artigo 10 da citada norma.

A relevância da efetividade do NSP pode ser constatada pelo fato das informações geradas pelo sistema de notificações possibilita subsidiar os serviços de saúde nas tomadas de decisão, buscando a aprendizagem e a melhoria contínua. Tal procedimento viabiliza, assim, identificar e minimizar riscos, corroborando com a prevenção de danos ao paciente em serviços de saúde.

Segundo dados da Anvisa (PENHA, 2018), no que diz respeito aos incidentes relacionados à assistência à saúde, e em particular aos eventos adversos, estudos estimam sua ocorrência em 4% (quatro por cento) a 16% (dezesesseis por cento) de pacientes hospitalizados em países desenvolvidos. No Brasil, um estudo realizado por Mendes (MENDES et al, 2009), em três hospitais do estado do Rio de Janeiro, observou 1.103 (mil cento e três) pacientes adultos internados e estimou incidência de EA de 7,6% (sete vírgula seis por cento) e

proporção de EA evitáveis de 66,7% (sessenta e seis vírgula sete por cento) .

Ainda segundo a Agência, no ano 2016, foram recebidas, pelo Notivisa, 53.997 (cinquenta e três mil, novecentas e noventa e sete) notificações de incidentes relacionados à assistência à saúde. Observou-se um número elevado (15.144) de incidentes classificados como “Outros”, no período observado, incluindo: Perda ou Obstrução de Sondas (3.565), Flebites (2.712) e Notificações Envolvendo Cateter Venoso (2.069). Ainda, notou-se que as “falhas durante a assistência à saúde” (14.068), as Lesões por pressão (10.210) e as Quedas (5.892) foram os tipos de eventos mais frequentemente notificados.

Em relação às infecções relacionadas à assistência à saúde (IRAS), também consideradas EA, sabe-se que afetam atualmente cerca de 1,4 (um vírgula quatro) milhão de pacientes em todo o mundo, constituindo um problema de saúde pública e sua prevenção é um grande desafio, exigindo ações efetivas de controle.

Entretanto, de nada vale a persecução pela identificação dos eventos adversos ocorridos e a consequente notificação ao SNVS, se o serviço de saúde não proceder à investigação das causas destes eventos para o entendimento da dinâmica da sua ocorrência e estabelecimento das medidas para evitar suas recorrências, orientando mudanças nas práticas assistenciais para aumentar a segurança do paciente.

Por essa razão, a GGTES/Anvisa vem estimulando os profissionais a notificarem os eventos adversos relacionados à assistência com o intuito de priorizar o aprendizado com as falhas, favorecendo um aprendizado coletivo e motivando o estabelecimento de uma cultura de segurança focada na melhoria da qualidade. Sendo assim, nenhuma notificação é analisada individualmente. Poderá haver, contudo, a sanção caso seja identificado um evento adverso que não haja a notificação e investigação conforme requisitos estabelecidos.

Nesse sentido, o artigo 13, da RDC ANVISA nº 36/2013 dispõe que o descumprimento das disposições contidas na Resolução constitui infração sanitária, nos termos da Lei n. 6.437, de 20 de agosto de 1977, sem prejuízo das responsabilidades civil, administrativa e penal cabíveis.

Além disso, a Anvisa, reforçando o arcabouço normativo sobre a matéria, disponibilizou o Plano Integrado para a Gestão Sanitária da Segurança do Paciente em Serviços de Saúde – Monitoramento e Investigação de Eventos Adversos e Avaliação de Práticas de Segurança do Paciente, ressaltando a importância da vigilância, monitoramento e investigação dos incidentes relacionados à assistência à saúde pelos NSP dos serviços de saúde (ANVISA, 2015).

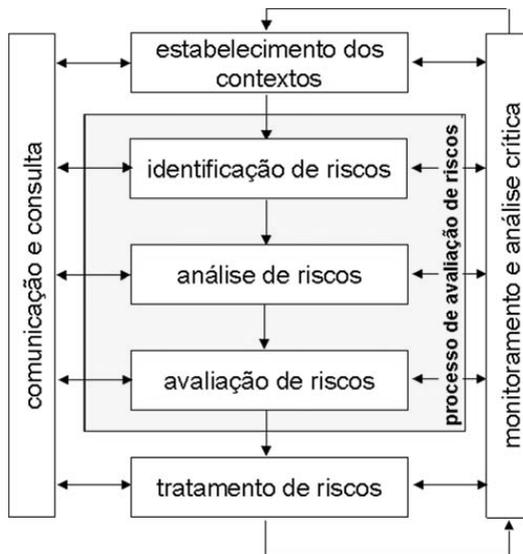
Esse plano distribui competências às 3 (três) esferas governamentais, estabelecendo como prioridade para integrar as atividades do SNVS a vigilância e o monitoramento de eventos danosos ao paciente, compreendendo a notificação e a investigação como etapas importantes da vigilância, e a avaliação da implementação das práticas de segurança essenciais em serviços de saúde.

A operacionalização deste Plano inicia-se pelos EA graves, IRAS e aqueles que resultaram em óbito em todas as unidades dos serviços de saúde, bem como a avaliação das práticas de segurança em serviços de saúde que possuem leitos de UTI.

Para tanto, o Plano leva em consideração que, embora ainda incipiente, paulatinamente os serviços de VISA de serviços de saúde estão incorporando e adotando o conceito do risco como um fator orientador nos processos de tomada de decisão na identificação de prioridades e definição de intervenções mais eficazes e eficientes para seu controle, redução e minimização.

O documento pontua, ainda, que a Gestão de Risco Sanitário envolve um conjunto diversificado de atividades e ações que se relacionam com os riscos assistenciais em serviços de saúde, incluindo, especialmente, as medidas para a redução da frequência e da gravidade de incidentes em serviços de saúde.

FIGURA 1: PROCESSO DE GESTÃO DE RISCOS SANITÁRIOS



FONTE: ISO 31010;2012¹⁸

Diante do processo sugerido pelo Plano, o objetivo almejado é que a implantação de práticas de segurança induza o aumento gradual da conformidade dos serviços de saúde em relação às exigências de estrutura e processo da RDC nº 36/2013. Este efeito poderá ser medido nos municípios, estados e Distrito Federal e nacionalmente, mediante os indicadores agregados apresentados no referido documento.

¹⁸ Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT NBR ISO 31010:2012. Gestão de Riscos – Técnicas para o processo de avaliação de riscos. Rio de Janeiro: 2012.

4 A SEGURANÇA DO PACIENTE E O PROGRAMA DE INTEGRIDADE CLÍNICA

4.1 O PROGRAMA DE INTEGRIDADE CLÍNICA

Ultrapassada a questão histórica e conceitual, e uma vez estabelecido o conceito de Programa de Integridade *lato sensu*, nesse sentido caracterizado como o instituto não apenas voltado para inibir atos de corrupção, mas também para disseminar a cultura de valores e políticas éticas no âmbito das instituições, públicas ou privadas, além do cumprimento integral do arcabouço regulatório aplicável ao negócio, rechaçando atos ilegais e ilegítimos, além de atos de corrupção, impõe-se especificar do que se trata o Programa de Integridade Clínica.

A expressão “Programa de Integridade Clínica”, no âmbito dos serviços de saúde, é utilizada no contexto do presente artigo, para diferenciar do “Programa de Integridade Corporativa”.

Nesse sentido, o que os diferencia, além do conceito etimológico de cada palavra – clínica e corporativa – são justamente os riscos envolvidos, ou seja, a quais eventos o serviço de saúde está exposto, seja por fatores internos ou externos, reunindo-os conforme a categoria “corporativa” ou “clínica”.

O próprio conceito etimológico da palavra “clínico” já delimita sua abrangência, ou seja, relativo à clínica, ao diagnóstico ou ao tratamento de doenças, que decorre da observação direta do paciente. Do grego “klinikós”, relativo ao leito.¹⁹ Já “governança”, nesse caso, corporativa, entende-se o conjunto de processos, regulamentos, decisões, costumes, ideias que mostram a maneira pela qual aquela empresa é dirigida ou governada.²⁰

Assim, a gestão clínica do serviço de saúde abrange toda a atividade voltada para o atendimento ao paciente, desde os cuidados dispensados pelos profissionais envolvidos com base em práticas baseadas na ciência, até as normatizações e mandamentos regulatórios aplicáveis à sua área de mercado, dentre outros.

¹⁹ Disponível em: <https://www.infopédia.pt>. Acessado em 30.05.2018.

²⁰ Disponível em: <https://significados.com.br>. Acessado em 30.05.2018.

Já a gestão corporativa diz respeito aos riscos do negócio propriamente dito, ao modo de administração, aos princípios éticos praticados, aos regulamentos impostos ou facultativos aplicáveis ao ramo de atividade, à direção dos empregados ou terceiros prestadores de serviços ou fornecedores, ao relacionamento com o cliente e com as instâncias governamentais, dentre outros.

Para uma boa governança corporativa é imperioso que ambas, gestão clínica e gestão corporativa ocorram de forma equilibrada, balanceada, uma vez que uma área não existe sem a outra, impondo o funcionamento conjunto e harmonioso para alcançar os resultados planejados e em prol do protagonista do serviço, ou seja, do paciente (GORDILHO, 2018).

Por risco entende-se a probabilidade de ocorrência de um determinado evento (aleatório, futuro e independentemente da vontade humana), podendo ser caracterizados por natureza em:

1. Estratégicos: associados a tomada de decisão da alta administração;
2. Operacionais: associados e possibilidade de perdas resultantes de falhas, deficiências ou inadequação de processos internos, pessoas e sistemas, assim como eventos externos, como catástrofes naturais, greves e atos terroristas;
3. Regulatórios: associados a regulação setorial, normas, regulamentos, leis;
4. Financeiros: associados a exposição das operações financeiras da organização.

A partir dos riscos identificados no estudo realizado pela Associação Nacional dos Hospitais Privados–Anahp²¹, pretende-se dividi-los nas duas categorias supracitadas, de modo a comprovar que a atuação do serviço de saúde deve girar em torno dos dois eixos, de modo a atingir a integridade em sua completude.

Para tanto, os riscos podem ser assim especificados:

1. Conduta Antiética/fraude– Desrespeito gerado pelo corpo clínico, residentes, funcionários, clientes ou fornecedores,

²¹ Revista Observatório 2017, edição 9.

aos padrões de ética estabelecidos por meio de atos irregulares em benefício próprio ou do hospital. Inclui Fraude Operacional, Crime Licitatório, Corrupção, Conflito de Interesse, Fraude Projetos de Pesquisa, Doações e Assédio.

2. Reputação e Imagem – Degradação da reputação e imagem do hospital frente ao corpo clínico, aos seus pacientes, funcionários, fornecedores, órgãos reguladores e investidores. Inclui segurança paciente, corrupção relacionada à OPME, remuneração médica e infecção hospitalar generalizada.
3. Segurança do Paciente – Ocorrência de acidentes devido à realização de atividades em desacordo com as diretrizes de saúde e normas internas.
4. Controle de Infecção Hospitalar – Ausência de mecanismos para captura e acompanhamento dos índices de infecção hospitalar a fim de evitar todas as formas que ocorram infecções hospitalares e manter o sistema de vigilância epidemiológica de forma a erradicá-la e orientar quanto aos procedimentos corretos.
5. Acesso e Confidencialidade – Acesso não autorizado a dados e informações, definição e/ou implantação inadequada de parâmetros de segurança e informações críticas não protegidas contra divulgação, exposto ao hospital no vazamento de informações do paciente, roubo de informações por colaboradores, funcionários, prestadores de serviços e corpo clínico.
6. Continuidade de Negócio e Disponibilidade – Impossibilidade de recuperação das operações (softwares, tecnologia da informação, mão-de-obra qualificada, certificações, espaço físico, etc.) e/ou paralisação das atividades do hospital.
7. Trabalhista – Práticas incompatíveis com leis e acordos trabalhistas, discriminação ou diferenciação no tratamento dos funcionários.
8. Ambiental – Passivos ambientais decorrentes da realização de atividades em desacordo com as diretrizes de saúde,

segurança do trabalho e meio ambiente legalmente definidas.

9. Efluentes e emissões atmosféricas – Falhas ou erros no tratamento de efluentes ou emissões atmosféricas, que impactam os colaboradores, o meio ambiente e a comunidade (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE HOSPITAIS PRIVADOS, 2017).

Da análise dos riscos em tela (sem prejuízo de outros porventura identificados), com base na lógica conceitual desenvolvida no presente artigo, depreende-se aqueles que possuem pertinência temática, cada qual, com a integridade clínica e com a integridade corporativa, da seguinte forma:

- 1 - Integridade clínica:
 - A - Segurança do Paciente
 - B - Controle de Infecção Hospitalar
 - C - Acesso e Confidencialidade
- 2 - Integridade corporativa:
 - A - Conduta Antiética/fraude
 - B - Reputação e Imagem;
 - C - Continuidade de Negócio e Disponibilidade;
 - D - Trabalhista;
 - E - Ambiental;
 - F - Efluentes e emissões atmosféricas.

Do exposto, considerando o conceito e a abrangência da integridade clínica ora estabelecido, resta cristalino, por consequência, que o Programa de Integridade Clínica é composto de medidas de gerenciamento contínuo, estudo e desenvolvimento de um plano para mitigação à exposição dos riscos afetos à segurança do paciente.

Como já mencionado neste artigo, tem-se, como exemplo de medidas para a mitigação de riscos, a identificação do paciente; higiene das mãos; cirurgia segura; segurança na prescrição, uso e administração de medicamentos; prevenção de quedas dos pacientes; prevenção de lesões por pressão; prevenção e controle de eventos adversos em serviços de saúde, incluindo as IRAS (infecção do trato respiratório relacionado ao uso de ventilação mecânica; infecção de

corrente sanguínea; infecção cirúrgica; infecção de trato urinário; infecção de sítio cirúrgico).

Como dito alhures, para que o Programa de Integridade seja efetivo, impõe-se o cumprimento de todas as suas etapas, quais sejam, suporte da alta administração; mapa de risco; código de conduta, políticas e procedimentos; programa de comunicação e treinamento; monitoramento e auditoria contínua; canal de denúncias; resposta adequada.

Por meio do Programa, os serviços de saúde possibilitam a incorporação da cultura de integridade nas práticas cotidianas de seus colaboradores, sedimentando procedimentos e processos oriundos da regulação interna e externa, seguindo boas práticas e, conseqüentemente, reduzindo a ocorrência de EA e, assim, alcançando níveis de governança que elevam sua situação reputacional e ganho financeiro.

4.2 O NÚCLEO DE SEGURANÇA DO PACIENTE COMO INSTRUMENTO PARA A CONSECUÇÃO DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE CLÍNICA NOS SERVIÇOS DE SAÚDE

Para que o Programa de Integridade Clínica seja efetivo, como já dito, é necessário o cumprimento de todas as etapas envolvidas. Além disso, alguns instrumentos são imprescindíveis para se alcançar com mais eficiência, a adesão e permeabilidade, sendo imprescindível a multidisciplinariedade dos temas e ações envolvidos.

Nesse sentido, paralelamente ao Núcleo de Segurança do Paciente, outras instâncias, obrigatórias ou não, devem compor a estrutura orgânica do serviço de saúde, por serem relacionadas à segurança do paciente, sendo consideradas, portanto, afins ao NSP, podendo, inclusive, seus membros atuarem como atores consultivos daquele.

A exemplo disso, pode-se elencar a Comissão de Biossegurança, a Comissão de Análise de Prontuário, Comissão de Controle de Infecção Hospitalar, Comissão de Revisão de Óbito, Comissão de Farmácia e Terapêutica, Comissão Interna de Prevenção

de Acidentes, Comissão de Mortalidade Materna e de Mortalidade Neonatal, Comitê Transfusional e Comissão de Proteção Radiológica.

FIGURA 2 – COMISSÕES AFINS AO TRABALHO DO NÚCLEO DE SEGURANÇA DO PACIENTE, PODENDO ATUAR COMO SEUS MEMBROS CONSULTIVO



FONTE: EBSERH, 2014

Entretanto, é cediço que o NSP possui protagonismo dentre os instrumentos para o atingimento da eficiência dos protocolos e medidas garantidoras da segurança do paciente, posto que caracteriza um fórum de discussão multidisciplinar articulador e coordenador de programas e atividades de gestão de riscos para prevenção de incidentes.

Aliado a isso, o NSP é instrumento de avaliação do grau de adesão do serviço de saúde para as práticas e recomendações por ele emitidas, bem como das instâncias governamentais, como Anvisa e Ministério da Saúde.

Também, possui a fundamental tarefa de definir as regras a serem seguidas pelo serviço de saúde, na medida em que, no exercício de seu *munus*, deve elaborar o Plano de Segurança do Paciente, documento interno basilar do Programa de Integridade Clínica, que norteará as ações institucionais para a segurança do paciente.

Compete ao NSP, mas sobretudo ao Programa de Integridade, disseminar sistematicamente as determinações e princípios do Plano, garantir o engajamento de todos os *players*, desde a alta administração até os empregados que atuam com o paciente e terceiros envolvidos na consecução da finalidade do negócio.

É de se salientar que a relevância do NSP em um Programa de Integridade pode ser medida pelo fato de um dos pilares do Programa é justamente o monitoramento da adesão da entidade às regras e normas a ela aplicáveis, uma das tarefas atribuídas ao Núcleo, nesse caso anualmente, por meio do preenchimento do Formulário de Autoavaliação das Práticas de Segurança do Paciente ao paciente dos hospitais que dispõem de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) do país.

A conformidade, medida de integridade, nesse caso, é classificada em três grupos: 1) conformidade alta (67%-100% de conformidade dos indicadores de estrutura e processo); 2) conformidade média (34%- 66% de conformidade dos indicadores de estrutura e processo); e 3) conformidade baixa (0%-33% de conformidade dos indicadores de estrutura e processo) (PENHA, 2018).

Após análise local dos dados preenchidos pelos hospitais participantes, os Núcleos de Segurança Estaduais/ Distrital de Vigilância Sanitária enviam à GGTES/Anvisa a lista de serviços de saúde com leitos de UTI classificados como de Alta conformidade às práticas de segurança do paciente (67%-100% de conformidade aos indicadores de estrutura e processo previstos no referido formulário), disponibilizada no Portal da Anvisa (PENHA, 2018).

Além desse pilar, como desdobramento do monitoramento, assim como no Programa de Integridade, um dos princípios preconizados pelo Plano de Segurança do Paciente após a identificação dos eventos adversos ocorridos e notificação ao SNVS, é no sentido de que o serviço de saúde proceda à investigação das causas destes eventos para o entendimento da dinâmica da sua ocorrência e estabelecimento das medidas para evitar suas recorrências, orientando mudanças nas práticas assistenciais para aumentar a segurança do paciente.

Portanto, tais elementos comprovam o protagonismo do Núcleo de Segurança do Paciente, na qualidade de parte integrante do Programa de Integridade Clínica, caracterizando elemento indispensável à sua consecução, bem como caracterizando medida obrigatória de governança clínica.

5 CONCLUSÃO

Do estudo ora realizado por meio deste artigo, ao abordar a interface entre o Núcleo de Segurança do Paciente-NSP e a integridade nos serviços de saúde, resta incontestemente que o NSP exerce fundamental papel na composição do Programa de Integridade Clínico.

Nesse sentido, demonstrou-se que, por programas de *compliance* ou de integridade entende-se não apenas aqueles voltados para inibir atos de corrupção, mas também para disseminar a cultura de valores e políticas éticas no âmbito das instituições, públicas ou privadas, além do cumprimento integral do arcabouço regulatório aplicáveis ao negócio, rechaçando atos ilegais e ilegítimos, além de atos de corrupção.

Diante do ambiente dos serviços de saúde, um dos desafios a ser ultrapassados é o relacionado com a cultura de segurança do paciente, tarefa atribuída legalmente ao Núcleo de Segurança do Paciente, instância que faz parte do Programa de Integridade Clínica, na medida em que auxilia na construção do arcabouço normativo, assim como na persecução dos pilares daquele, como o monitoramento e investigação.

Tais medidas devem coexistir em harmonia e garantir a boa articulação entre o serviço de saúde e demais integrantes do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária para a prevenção de danos aos pacientes, além de permitir, de maneira eficaz, a melhoria na promoção da cultura da segurança dos pacientes entre os *players* envolvidos em seu cuidado e vigilância do sistema de saúde.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. **O programa de conformidade em face da lei anticorrupção**. Consultor Jurídico, 2018a.

_____. A responsabilidade do Compliance Officer e a Lei Anticorrupção. Revista Síntese de Direito Administrativo, São Paulo, v. 148, p. 85/104, abril 2018b.

ANVISA. **Plano Integrado para a Gestão Sanitária da Segurança do Paciente em Serviços de Saúde**, Brasília, 2015.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE HOSPITAIS PRIVADOS. Revista Observatório, São Paulo, 2017.

BRENNAN TA, Leape LL et al. **Incidence of Adverse Events and Negligence in Hospitalized Patients Results of the Harvard Medical practice Study I**. NEJM, 1991.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE HOSPITAIS. **Revista Visão Hospitalar**. 23ª ed. Brasília, 2018.

GIOVANINI, Wagner. Programas de compliance e anticorrupção: importância e elementos essenciais: In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção e temas de compliance**. 2ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GORDILHO, Roberto. **Maturidade de gestão hospitalar e transformação digital: os caminhos para o futuro da saúde**. São Paulo: Ledripint, 2018.

GORGA, Maria Luiza. **Direito Médico preventivo: Compliance penal na área da saúde**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

<<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/compliance?q=compliance>.>

<<https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao>.>

<<http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>.>

<<https://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/programa-de-integridade.>>

<<https://dicionariodoaurelio.com/integridade.>>

<<https://www.infopédia.pt.>>

<<https://significados.com.br.>>

KOHN LT, CORRIGAN JM, DONALDSON MC editors. Committee on Quality of Health Care; Institute of Medicine. **To Err is Human: building a safer health system.** Washington (DC): National Academy.

MENDES W., MARTINS M., ROZENFELD S., TRAVASSOS C. **The assessment of adverse events in hospitals in Brazil.** International Journal for Quality in Health Care. 2009.

MILLS DH. **Medical insurance feasibility study. A technical summary.** West J. Med., 1978.

NASCIMENTO, José Carlos Martins do. Compliance e legislação internacional. In: OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de (Org.). **Compliance e integridade:** aspectos práticos e teóricos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de. A integridade como princípio conformador da ética empresarial e da governança corporativa. In: OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de (Org.). **Compliance e integridade:** aspectos práticos e teóricos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

PENHA, Diogo. **Segurança do paciente e qualidade em serviços de saúde no ambiente hospitalar.** 23ª ed. Brasília: Federação Brasileira de Hospitais, 2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n.1, ano 32, p. 44-57, jan. 2016.

SCHIMMEL EM. **The Hazards of Hospitalization.** ANN INTER MED,1964.

SILVA, Jafte Carneiro Fagundes da. Estabelecendo e aplicando um programa de integridade corporativa: prepare sua empresa para atender requisitos normativos e disseminar negócios éticos. In: OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de (Org.). Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

STEEL K, et al. **Iatrogenic illness on a general medical service at a university hospital.** NEJM,1981.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Global Priorities for patient safety research,** 2009.

ZAMBON, Lucas S. **Segurança do Paciente:** da teoria à prática. São Paulo: Instituto Brasileiro para Segurança do Paciente,2017.

A ESTREITA RELAÇÃO ENTRE O SANEAMENTO BÁSICO E A SAÚDE PÚBLICA

ANA MARIA JARA BOTTON FARIA¹

ALEXIA BROTTTO CESSETTI²

1 INTRODUÇÃO

Apesar dos inúmeros benefícios e vantagens do saneamento, mesmo que o básico, ainda temos números vergonhosos acerca de tal tema. Para que um país possa ser considerado desenvolvido e que seja possível garantir o direito a Dignidade Humana necessário que sejam oferecidos os serviços de saneamento, tratamento de água e destinação correta dos resíduos.

No Brasil o saneamento básico é um direito assegurado pela Constituição Federal e em diversos dispositivos infraconstitucionais.

A Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, reforça o direito à saúde como direito fundamental da pessoa humana (art. 2, *caput*) e determina a cooperação entre Estado, sociedade e empresa

¹ Pós-Doutorado - FCU-Orlando-USA. (2017). Doutora em Business Administration – PHD (Doctor of Philosophy in Business Administration – FCU-Orlando- Florida EUA (2012). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR (2007). Professora Universitária. Membro Comissão Meio Ambiente-OABPR; Membro IBAP- Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Membro da APRODAB- Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil.

² Doutora em Business Administration – PHD (Doctor of Philosophy in Business Administration – FCU-Orlando- Florida EUA (2014). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR (2010). Especialista em Direito Processual Civil (2008). Graduada em Direito (2006). Professora Universitária. Advogada.

na redução dos riscos de doenças, especificamente e, de maneira geral, na garantia da saúde (art. 2, § 1º/c § 2º).

Porém, como propor medidas eficazes para assegurar o direito à saúde nas cidades brasileiras?

A Lei n. 11.445/2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico sofreu alterações decorrentes da Lei 12.862 de 17 de setembro de 2013, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, com o objetivo de incentivar a economia no consumo de água, a Lei 13.308 de 06 julho de 2016, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, determinando a manutenção preventiva das redes de drenagem pluvial.

Em 01 de agosto de 2016 foi publicado a Lei 13.329, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, para criar o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento do Saneamento Básico - REISB, com o objetivo de estimular a pessoa jurídica prestadora de serviços públicos de saneamento básico a aumentar seu volume de investimentos, por meio da concessão de créditos relativos à contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP e à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

Em 06 de julho de 2018 houve a edição da Medida Provisória 844 de 06 de julho de 2018 que já perdeu a sua validade. Um novo projeto de um marco legal para o saneamento básico já está no Congresso, mas ainda sem data determinada para análise e aprovação final.

Em termos internacionais, o Brasil participou das discussões e definições que compõem a agenda mundial de 2030 que foi construída e adotada quando da realização da Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável em setembro de 2015 composta por 17 objetivos e 169 metas.

Os ODS - Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, foram baseados em oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, os ODM, estabelecidos, no ano de 2000, contando com o apoio de 191 nações.

Na referida agenda estão previstas ações mundiais nas áreas de erradicação da pobreza, segurança alimentar, agricultura, saúde, educação, igualdade de gênero, redução das desigualdades, energia,

água e saneamento, padrões sustentáveis de produção e de consumo, mudança do clima, cidades sustentáveis, proteção e uso sustentável dos oceanos e dos ecossistemas terrestres, crescimento econômico inclusivo, infraestrutura, industrialização, entre outros.

O **ODS de número 6** estipula “Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos”. São oito metas que integram tal ODS. Dentre elas:

ODS 6 – Metas -6.1. Até 2030, alcançar o acesso universal e equitativo a água potável e segura para todos; **6.2** Até 2030, alcançar o acesso a saneamento e higiene adequados e equitativos para todos, e acabar com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade; **6.3** Até 2030, melhorar a qualidade da água, reduzindo a poluição, eliminando despejo e minimizando a liberação de produtos químicos e materiais perigosos, reduzindo à metade a proporção de águas residuais não tratadas e aumentando substancialmente a reciclagem e reutilização segura globalmente; **6.4** Até 2030, aumentar substancialmente a eficiência do uso da água em todos os setores e assegurar retiradas sustentáveis e o abastecimento de água doce para enfrentar a escassez de água, e reduzir substancialmente o número de pessoas que sofrem com a escassez de água; **6.5** Até 2030, implementar a gestão integrada dos recursos hídricos em todos os níveis, inclusive via cooperação transfronteiriça, conforme apropriado; **6.6** Até 2020, proteger e restaurar ecossistemas relacionados com a água, incluindo montanhas, florestas, zonas úmidas, rios, aquíferos e lagos; **6.a** Até 2030, ampliar a cooperação internacional e o apoio à capacitação para os países em desenvolvimento em atividades e programas relacionados à água e saneamento, incluindo a coleta de água, a dessalinização, a eficiência no uso da água, o tratamento de efluentes, a reciclagem e as tecnologias de reuso; **6.b** Apoiar e fortalecer a participação das comunidades locais, para melhorar a gestão da água e do saneamento. (ONU, 2019).

Possível perceber que o prazo está cada vez menor para o atendimento das metas estabelecidas que visam assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas as pessoas.

2 SANEAMENTO

As vantagens para a saúde pública do saneamento são conhecidas desde a antiguidade. A palavra sanear derivada do latim e tem como significado tornar saudável, limpar. Quando houve a comprovação que a água suja e o acúmulo de lixo causavam doenças surgiram algumas técnicas para minimizar tais dados. (CONSULTORES, 2019).

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), saneamento é o controle de todos os fatores do meio físico do homem, que exercem ou podem exercer efeitos nocivos sobre o bem-estar físico, mental e social. De outra forma, pode-se dizer que saneamento caracteriza o conjunto de ações socioeconômicas que tem por objetivo alcançar salubridade ambiental.

Dados históricos indicam que no século V a.C passaram a ser utilizadas técnicas que foram as precursoras das medidas sanitárias como a irrigação, construção de diques, de aquedutos, de sistemas de abastecimento e drenagem, resíduos e até algumas ações para enterrar os detritos humanos. (CONSULTORES, 2019).

Uma das primeiras obras acerca do tema é o Tratado de Hipócrates com o título “Ares, Águas e Lugares” aproximadamente em 460 a.C. As recomendações da obra eram que os médicos atentassem para a estreita ligação entre o ambiente e a saúde. Já naquela ocasião Hipócrates afirmava que os sintomas são manifestações exteriores de algo do organismo, devendo sempre ser levado em consideração a ação do ambiente e da alimentação.

A humanidade já sofreu e ainda sofre com inúmeras epidemias decorrentes da ausência do saneamento por mais básico que fosse. No Brasil não é diferente.

Para melhor entendimento vamos apresentar alguns conceitos e dados acerca do tópico saneamento.

No Brasil o saneamento básico é um direito assegurado pela Constituição Federal e em diversos dispositivos infraconstitucionais conforme anteriormente indicado. O principal objetivo é preservar e conservar o meio ambiente para prevenir doenças e garantir uma saúde melhor para toda a sociedade.

Isso porque, no Brasil, o conceito de saúde, entendido como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não restringe-se ao problema sanitário ou a prevalência de doenças. E, atualmente, além das ações de prevenção e assistência, considera-se cada vez mais importante atuar sobre os fatores determinantes da saúde. É este o propósito da promoção da saúde, que constitui o elemento principal das propostas da OMS e da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS).

Saneamento básico pode ser conceituado como a oferta dos serviços de acesso à água potável, à coleta e ao tratamento dos esgotos. Com os cuidados básico de saneamento, que engloba os serviços elencados será possível obter uma melhor qualidade de vida, mais produtividade o que representa mais ganhos econômicos e sociais. Como o nome indica é o básico, ou seja, o mínimo necessário para garantir a Dignidade Humana.

Certamente o ideal seria a obtenção do saneamento ambiental que corresponde ao conjunto de ações dirigidas para a sociedade, cujo objetivo é fazer com que todos tenham acesso ao abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, coleta e disposição sanitária de resíduos sólidos e líquidos, disciplina sanitária de uso do solo, limpeza urbana, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, controle de doenças transmissíveis, para proteger e melhorar as condições de vida da população e do meio ambiente. Necessário portanto que a sociedade como um todo em conjunto com os órgãos públicos sejam envolvidos e assumam a sua responsabilidade.

O que não pode acorrer é o infelizmente ainda verificamos no território brasileiro que a ausência ou precariedade dos serviços básicos de saneamento.

Os números brasileiros no tocante ao saneamento básico não são muito otimistas, principalmente se analisarmos dentro dos prazos do Objetivos do Desenvolvimento Sustentável - ODS (ano de 2030) para oferecer água e esgoto a todos os moradores. No Brasil estão sem acesso à rede de água potável 35 milhões de brasileiros; 95 milhões de brasileiros não possuem coleta de esgotos; e somente 46% dos esgotos existentes são tratados. Existe ainda a questão do desperdício de água no Brasil que atinge um volume que corresponde a aproximadamente 38,8% de toda água tratada. (TRATA BRASIL, 2019)

Cabe ressaltar que a ausência de saneamento leva a uma má qualidade da água, o destino inadequado do lixo, má deposição de dejetos e ambientes poluídos e corresponde a fatores cruciais para proliferação de doenças pois permitem o crescimento de insetos e outros vetores de tais moléstias.

O Instituto Trata Brasil elaborou um diagnóstico em 2017 com a indicação da incidência de algumas doenças derivadas de veiculação hídrica, as mais recorrentes Leptospirose, Disenteria Bacteriana, Esquistossomose, Febre Tifóide, Cólera, Parasitóides, além do agravamento das epidemias como a Dengue. Dados da OMS revelam que 88% das mortes por diarreias no mundo são causadas pelo saneamento inadequado. (TRATA BRASIL, 2019 a)

Ainda de acordo com o Instituto Trata Brasil, além dos altos riscos envolvidos, este cenário representa elevados gastos em saúde pública. Em 2011, os gastos com internações por diarreia no Brasil chegam a R\$140 milhões. (TRATA BRASIL, 2019 b).

Para a OMS - Organização Mundial da Saúde, 2,5 bilhões de pessoas sofrem com falta de acesso a saneamento básico e 1 bilhão prática defecação ao ar livre. A OMS afirmou ainda que para cada dólar investido em saneamento, existe uma economia de 4,3 dólares investido em saúde global. A informação mostra o quão atrelado estão a saúde e o saneamento. Investir em um, afeta nos gastos do outro. (ONU, 2019)

A ausência de saneamento afeta vários setores da sociedade. O Painel Saneamento Brasil indica que existe uma grande diferença no tocante ao salário dos trabalhadores que residem em locais sem acesso aos serviços. Estima-se que no Brasil, a diferença salarial de um trabalhador com saneamento básico em sua residência para um sem esses recursos é cerca de R\$ 1200. (TRATA BRASIL, 2019 c)

Tal disparidade decorre do efeito do saneamento sobre a produtividade. Tal fato decorre da diferença na qualidade de vida dos moradores que contam com os serviços básicos, com a redução da incidência das doenças derivadas, diminuindo o número de dias de afastamento do trabalho, como consequência leva a um aumento da produtividade. (TRATA BRASIL, 2019 c).

O Painel de Saneamento Brasil indica outra consequência da precariedade dos serviços de saneamento: impacto na educação.

Dados informam que existe uma diferença considerável na escolaridade das pessoas com e sem saneamento básico. Estima-se que no Brasil, a diferença em anos de educação formal de uma pessoa com saneamento básico em sua residência para outra sem tal recurso é cerca de 2,31 anos. Tal diferença, considera o efeito do saneamento sobre a presença e o rendimento escolar. (TRATA BRASIL, 2019 d).

Na esfera da saúde conforme já citados, a ausência de saneamento é responsável por um número considerável de doenças. Dados do Painel de Saneamento Brasil apontam que em 2010, a incidência de internações por doenças associadas à falta de saneamento para cada 10 mil habitantes foi de 31,83 – ano com a maior taxa. Esse índice reduziu timidamente com anos posteriores, mas ainda não representa uma melhora significativa. No Brasil, em 2017 essa incidência de internações por doenças associadas à falta de saneamento foi de 12,46 internações por 10 mil habitantes. (TRATA BRASIL, 2019 e).

No mesmo documento consta o número de óbitos decorrentes de doenças cujo ocorrência se devem a inexistência de saneamento básico. Só no ano de 2017 foram registrados 2.340 óbitos decorrentes dessas doenças, sendo que desde 2010 não ocorreu nenhuma melhora significativa no número de mortes, deixando cada vez mais claro como a melhora no saneamento básico é fundamental para a diminuição de óbitos por doenças de veiculação hídrica no Brasil. (TRATA BRASIL, 2019 f)

Para este artigo iremos focar no tópico da saúde pública, afetada pela não disponibilidade do saneamento básico.

3 POLÍTICAS DE SAUDE

A utilização do saneamento como instrumento de promoção da saúde pressupõe a superação dos entraves tecnológicos, políticos e gerenciais que muitas vezes não alcança todas as localidades. Conforme Borja (2014):

A noção do saneamento básico como mercadoria remete à discussão marxiana sobre o valor de uso e o valor de troca. No estágio atual do capitalismo, a água, além de se constituir como um meio de produção e um elemento que dá suporte ao desenvolvimento das forças produtivas, protegendo a saúde do trabalhador e permitindo a implantação da infraestrutura sanitária das cidades, passa a ser dotada de valor de troca. Assim, a água, ou os serviços públicos de abastecimento de água, passa a ser um bem econômico que pode ser privatizado e regulado pelo mercado. A onda de privatização dos serviços públicos de abastecimento de água que se inicia em Londres e se dissemina na Europa e nos países em desenvolvimento é o testemunho desse processo. Assim, também no saneamento básico, como na cidade, no campo, na educação, na saúde, na moradia o que está em disputa é o projeto de sociedade e, conseqüentemente, o papel do Estado no campo das políticas públicas.

Ter saneamento básico é um fator essencial para um país ser chamado de desenvolvido. Os serviços de água tratada, coleta e tratamento dos esgotos levam à melhoria da qualidade na vida das pessoas, sobretudo na saúde. Possível verificar a redução da mortalidade infantil, diminuição de algumas doenças cujos vetores são reduzidos com o saneamento, melhorias na educação, na expansão do turismo, na valorização dos imóveis, na renda do trabalhador, na despoluição dos rios e preservação dos recursos hídricos e muitos outros.

Só no ano de 2017, segundo o Ministério da Saúde (DATASUS), foram notificadas mais de 258 mil internações por doenças de veiculações hídricas no país. (ANVISA, 2019). Com tal número é possível verificar os prejuízos econômicos, ambientais e sociais que ocorreram.

Em vinte anos (2016 a 2036), considerando o avanço gradativo do saneamento, o valor presente da economia com saúde, seja pelos afastamentos do trabalho, seja pelas despesas com internação no SUS, deve alcançar R\$ 5,9 bilhões no país. Valores consideráveis. (TRATA BRASIL, 2019 g).

Possível perceber que o saneamento e a saúde estão intimamente interligados. O Saneamento Básico muito além de configurar um direito fundamental do cidadão é um poderoso instrumento para viabilizar o desenvolvimento sustentável do país.

A OMS - Organização Mundial da Saúde estipula que a cada um R\$ 1 investido em saneamento gera economia de R\$ 4 na área de

saúde. Já alguns estudos mais recentes indicam para cada R\$ 1 investido em saneamento a economia pode chegar a R\$ 9.(FUNASA, 2019).

As pesquisas e avanços médicos que permitem o aumento da expectativa de vida da população, para que desempenhem realmente um papel fundamental para toda a sociedade devem ser objetos de políticas públicas.

As políticas públicas devem considerar a melhoria da infraestrutura urbana em conjunto com o progresso de outros setores em especial na saúde. A carência de serviços de saneamento, de água potável, coleta e tratamento de esgoto amplia o leque de doenças graves.

Os gastos com internações de doenças de transmissão feco-oral foram responsáveis por 87% das internações causadas pelo saneamento ambiental inadequado no período de 2000 a 2013. Estes são os dados divulgados pelo IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no ano de 2015. (FUNASA, 2019 a).

A medicina preventiva atua em quatro grandes focos de atuação: Prevenção Primária que busca atuar antes das doenças acontecerem. Secundária, busca diagnóstico e tratamento no estágio inicial da doença com o objetivo de reduzir a evolução da mesma. Terciária quando a atuação visa diminuir o impacto negativo da doença reduzindo sua evolução e maiores danos ao paciente. Quaternária inclui métodos e programas que amenizem os efeitos colaterais das intervenções medidas quando excessivas ou desnecessárias.

A maior importância da prevenção decorre da manutenção constante da qualidade de vida da sociedade. Todo investimento na prevenção além da economia que representa aos cofres públicos também viabiliza a melhoria na qualidade da vida da sociedade.

Muito se fala em medicina preventiva que busca com ações antecipadas reduzir a incidência de doenças ou lesões. As políticas públicas visando tais providências na área da saúde, mais recorrente são os programas de vacinação.

Infelizmente a administração pública ainda não percebeu o alcance e as vantagens e a imensa economia obtida com a prevenção decorrente dos serviços de saneamento básico.

Ao falarmos que investir em saneamento significa investi em saúde pública é pela aplicação da prevenção primária, ou seja, ações para evitar que as doenças aconteçam.

Quando consideramos os diversos setores integrantes da infraestrutura é possível afirmar que a essencialidade atribuída aos serviços decorre da garantia de salubridade ambiental e viabilização da obtenção da Dignidade Humana para todos os membros da sociedade.

Os benefícios para a coletividade são os mais diversos tais como saúde, defesa ambiental, garantia de manutenção das atividades econômicas, dentre elas o turismo.

Conforme mencionado infelizmente a atual situação do saneamento brasileiro ainda é bastante precário, inclusive das atividades mais básicas como o esgotamento sanitário.

Necessário que as políticas públicas efetivamente promovam as mudanças necessárias para atender as demandas de saneamento básicos destinados para toda a população.

Para tanto deve haver a disponibilidade de informação de qualidade visando um diagnóstico que além de retratarem a realidade também sejam confiáveis e transparentes.

Existe o SNIS - Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento que possui a base de dados mais detalhada e abrangente do saneamento brasileiro. As informações são de caráter operacional, qualitativo e econômico financeiro dos serviços de saneamento existente ou não em todos os Municípios, tanto da área rural como da área urbana.

O SNIS atualmente está dividido em dois componentes: SNIS-AE – água e esgoto e SNIS-RS – resíduos sólidos. Os principais objetivos de tal sistema de informação é o planejamento e execução de políticas públicas acerca do saneamento; orientação para que a aplicação dos recursos seja o mais adequado, permitir o conhecimento e a avaliação do setor de saneamento além da avaliação de desempenho de tais serviços.

Busca também permitir o aperfeiçoamento da gestão de programas com a finalidade de implantar o saneamento, orientando as

atividades regulatórias e de fiscalização além de viabilizar o exercício do controle social.

Considerando a atual situação do saneamento básico no Brasil onde uma importante parcela, em especial dos moradores com renda menor que normalmente moram em locais com menor disponibilidade de serviços públicos e na maioria das vezes nem integram os projetos de políticas públicas, ficam mais vulneráveis as doenças decorrentes da inexistência ou precariedade dos serviços de saneamento. Tais situações levam a uma elevação das despesas com a saúde pública.

4 ATENDIMENTO SAÚDE PÚBLICA

O atendimento inicial – atenção primária à saúde, tem como objetivo realizar a prevenção das doenças, com tratamento de agravos simples e na sequência com o direcionamento dos casos graves para outras esferas de atendimento considerando o grau de complexidade da enfermidade.

Se fossem levados mais a sério os serviços de saneamento básico, seria possível a minimização de grande parte dos problemas de saúde da população viabilizando também melhorar o fluxo de serviços em toda a rede de saúde pública.

A inexistência de serviços de saneamento básico e de políticas públicas efetivas e direcionadas, tem aumentado de forma considerável o fluxo de atendimentos básicos nos serviços de saúde o que tem levado ao aumento de reclamações por ocasião das consultas médicas.

As atuais políticas públicas de saúde pública têm obrigado os médicos a um número de atendimento diário, muito elevado, considerando a carga horaria da maioria dos médicos de 04 horas diárias. A média de atendimento por paciente é de 15 minutos por paciente, ou seja, 16 pacientes a cada quatro horas.

Cabe ainda mencionar que existem situações onde os médicos são obrigados a atender um número maior de pacientes na mesma jornada, reduzindo ainda mais o tempo já exíguo da consulta.

O volume de pacientes é grande, o número de médicos, na maioria dos municípios está reduzido. O profissional não pode deixar de atender, mas não pode fazer um atendimento de qualidade considerando as condições de trabalho. Um dos maiores problemas é o número de atendimento de doenças decorrentes da ausência de saneamento básico.

O Instituto Trata Brasil ao analisar o tema indica que doenças mais comuns, que lotam os postos de saúde e as UPAS são as que afetam moradores de áreas sem saneamento ou com serviço precário de água e esgoto, como diarreias, verminoses, hepatite A leptospirose e esquistossomose, dentre outras. (G1 GLOBO, 2019).

A mesma fonte informa que o Brasil, apenas com essas enfermidades, gastou R\$ 1,1 bilhão com internações entre 2010 e 2017 – isso dá uma média anual de R\$ 140 milhões. Ressalte-se que em tais valores não estão incluídos os gastos com doenças decorrentes do mosquito *Aedes aegypti*, como dengue, Chikungunya e Zika e febre amarela, enfermidades que também são agravadas pela ausência de serviços básicos de saneamento. (G1 GLOBO, 2019).

Em 2017 foi registrado mais de 258 mil internações decorrentes de doenças cuja existência é a ausência de saneamento. (TRATA BRASIL, 2019, h).

Os dados abaixo confirmam tais situações:

FIGURA 01 – INTERNAÇÕES E DESPESAS DECORRENTES DE DOENÇAS DERIVADAS DA AUSÊNCIA DE SANEAMENTO

Internações e despesas por doenças decorrentes da falta de saneamento

Diarreias, verminoses, hepatite A e esquistossomose estão entre as mais comuns

Média anual de internações de 2010 a 2017

Região Metropolitana	Número total	Despesas (em R\$ milhões)
Belém	8.092	2,9
Porto Alegre	2.588	1,2
Rio de Janeiro	3.993	1,5
São Paulo	7.371	3,9
Brasil	396.918	140,4

Taxa média de internações por doenças associadas à falta de saneamento

Por 10 mil internados

Belém	44,864
Porto Alegre	6,353
Rio de Janeiro	4,593
São Paulo	3,698
Brasil	20,731

Fonte: Instituto Trata Brasil



Infográfico elaborado em: 22/04/2019

FONTE G1 GLOBO, 2019

Infelizmente a população ainda não tem nem as informações devidas acerca dos problemas decorrentes da falta de saneamento, nem a dimensão dos problemas derivados da sua ausência.

Normalmente os serviços de saneamento configuram obras “invisíveis” e dentro do atual processo eleitoral “não dá voto”. A população de modo geral desconhece os imensos gastos da esfera da saúde e da previdência social decorrentes das doenças de veiculação hídrica que podem levar ao afastamento temporário dos empregados de seus postos de serviço.

Uma parcela considerável dos valores destinados ao atendimento a ocorrência de tais doenças, se aplicados em investimentos no saneamento, certamente permitiriam uma maior qualidade de vida para os membros da coletividade. Também viabilizariam que os valores públicos fossem gastos de forma mais responsável e adequada.

Necessário que a população tenha conhecimento e ciência dos indispensáveis serviços prestados pelo saneamento tanto no aspecto ambiental, como econômico e principalmente no âmbito social. Desta forma forçariam que as administrações públicas e as políticas públicas fossem concebidas para atender a coletividade e não interesses políticos.

Com o atual índice de doenças cujos vetores derivam da ausência de serviços básicos de tratamento de água, esgoto e coleta de resíduos exigem da saúde um orçamento considerável que poderia ser mais bem aproveitado, reduzindo o sofrimento de uma considerável parcela da população.

Certamente com uma redução de tais doenças decorrentes de veiculação hídrica os valores destinados a saúde poderão ser aproveitados para uma atenção mais profunda em outras enfermidades que exigem mais atenção, técnica e mais especialidades.

Conforme indicam os dados apresentados os prejuízos decorrentes da ausência de saneamento atingem a todos os setores da sociedade, sem distinção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tarefa da universalização do saneamento básico de qualidade no Brasil envolve um amplo esforço político-ideológico dos

diversos segmentos da sociedade civil organizada, no sentido de levar a ação de saneamento básico para o campo do direito social e como tal integrante de uma política pública sustentada em uma forte ação do Estado.

Ter ou não ter acesso a um saneamento básico, com a disponibilidade de uma água de qualidade, um sistema de coleta de resíduos e de tratamento de esgotos faz a diferença entre ter alguns tipos de doenças ou não ter.

Tais doenças decorrentes da ausência de saneamento sobrecarregam o sistema de saúde como um todo, ocupam milhares de leitos hospitalares com gastos que poderiam ter uma melhor aplicação.

Com a redução deste tipo de moléstias em razão da eliminação dos vetores de tais doenças os profissionais da saúde, em especial os médicos poderão dar um atendimento mais adequado e especializado para outras enfermidades que exigem maiores cuidados.

Sem tanto volume e pressão para o atendimento nas unidades de saúde, nas UPAS- Unidade de Pronto Atendimento e em todas as demais redes de hospitais, desde que surjam políticas públicas adequadas, será possível garantir de uma forma mais adequada o bem-estar da população, melhorando a saúde de todos e minimizando a pressão sobre o atendimento público do sistema público de saúde.

A coletividade necessita ser informada adequadamente acerca dos benefícios que o saneamento contempla edos inúmeros danos e prejuízos que a sua ausência produz.

As políticas públicas devem atender as principais necessidades da sociedade como um todo. Porém sem uma pressão da coletividade os governantes ainda podem demorar para implantar tais serviços. A responsabilidade é de todos, os benefícios também serão usufruídos por todos.

A tarefa certamente não é pequena e tampouco fácil, mas temos que buscar o mais breve possível a realização plena dos projetos de saneamento básico, disponibilizando água potável, esgotamento sanitário e coleta adequada dos resíduos. Somente assim teremos saúde, educação e desenvolvimento sustentável para todos.

O Brasil somente será uma nação desenvolvida quando o crescimento decorrer da união e do conjunto de todos, políticos, empresários, produtores, consumidores. A saúde pública agradece.

REFERENCIAS

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Guia vigilância**

Epidemiologia. Disponível

≤http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/388729/Guia_Vig_Epid_novo2.pdf/9464018-d6d1-486b-853b-9871d6eff16f?version=1.0. Acesso ago 2019

BORJA, Patrícia Campos. Política Pública de Saneamento básico: uma análise da recente experiência brasileira. 2014. Disponível em:

<https://doi.org/10.1590/S0104-12902014000200007>. Acesso em ago/2019.

CONSULTORES. **Histórico saneamento básico**. Disponível

≤<https://www.eosconsultores.com.br/historia-saneamento-basico-e-tratamento-de-agua-e-esgoto/>. Acesso ago 2019

FUNASA- Fundação Nacional de Saúde. **Gasto em saneamento**. Disponível ≤

http://www.funasa.gov.br/todas-as-noticias/-/asset_publisher/lpnzx3bJYv7G/content/-cada-real-gasto-em-saneamento-economiza-nove-em-saude-disse-ministro-da-saude?inheritRedirect=false. Acesso ago 2019

FUNASA- Fundação Nacional de Saúde. **Saneamento básico**.

Disponível ≤http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files_mf/i_caderno_pesquisa_2.pdf

<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/04/23/falta-de-acesso-a-saneamento-basico-resulta-em-baixa-renda-e-gasto-com-internacoes-diz-estudo.ghtml>. Acesso ago 2019

G1 PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO. **Falta de acesso do saneamento**

básico. Disponível ≤<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/04/23/falta-de-acesso-a-saneamento-basico-resulta-em-baixa-renda-e-gasto-com-internacoes-diz-estudo.ghtml>. Acesso ago 2019

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Brasil, milhões de pessoas sem saneamento**.

Disponível ≤<http://www.tratabrasil.org.br/blog/2018/04/05/brasil-milhoes-pessoas-sem-saneamento/> ≥ Acesso ago 2019

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Diarreia problema da falta de saneamento**.

Disponível ≤<http://www.tratabrasil.org.br/blog/2017/08/29/diarreia-problema-da-falta-de-saneamento/> ≥ Acesso ago 2019 a

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Saneamento básico x saúde no Brasil**. Disponível ≤ <https://tratabr.wordpress.com/2013/04/09/saneamento-basico-x-saude-no-brasil/>. ≥ Acesso ago 2019 b

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Dolar investido em saneamento**. Disponível ≤ <https://nacoesunidas.org/oms-para-cada-dolar-investido-em-agua-e-saneamento-economiza-se-43-dolares-em-saude-global/>. Acesso ago 2019 c

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Saneamento interferência na renda do país**. Disponível ≤ <http://www.tratabrasil.org.br/blog/2019/06/25/como-o-saneamento-interfere-na-renda-do-pais/>. Acesso ago 2019 d

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Internações de doenças**. Disponível ≤ <http://www.tratabrasil.org.br/blog/2019/05/21/internacoes-de-doencas-por-veiculacao-hidrica-no-brasil/>. Acesso ago 2019 d

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Internações por doenças**. Disponível ≤ <http://www.tratabrasil.org.br/blog/2019/05/21/internacoes-de-doencas-por-veiculacao-hidrica-no-brasil/>. Acesso ago 2019 e

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Saneamento**. Disponível ≤ <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/o-que-e-saneamento>. Acesso ago 2019 f

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Painel Saneamento Brasil**. Disponível ≤ <http://www.tratabrasil.org.br/blog/2019/05/09/as-principais-funcionalidades-do-painel-saneamento-brasil/>. Acesso ago 2019 g

ONU- Organizações Nações Unidas. **ODS 06**. Disponível ≤ <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods6/>. Acesso ago 2019

A APLICAÇÃO DA LGPD NAS CLÍNICAS E CONSULTÓRIOS MÉDICOS

LAIS FERNANDA ANDRADE DE OLIVEIRA¹

1 INTRODUÇÃO

Alvorece o dia, és acordado por seu despertador inteligente que não mais utiliza aqueles alarmes sonoros irritantes, mas sim a voz de uma assistente virtual que conversa para fazê-lo acordar; alertando que não podes prolongar o sono ao recordar dos compromissos diários. O mesmo dispositivo acessa as recentes informações de trânsito e indica o melhor horário para sair de casa. Pode, ainda, acionar outras aplicações para reprodução de música (Spotify, Deezer), pedir o café da manhã (Ifood, UberEats), solicitar viagens de táxi (Uber, 99) e até acompanhar a atividade física matinal (GoogleFit, Fitbit).

Rumo ao labor, em seu carro autônomo, é suficiente informar o trajeto pretendido para que o próprio veículo defina a melhor rota, considerando não só as condições atuais de tráfego, além de preferências particulares do usuário. E, assim, transporta-o até o destino com segurança e comodidade.

Ao longo da rota, o “motorista” fica livre para acessar as notícias do último minuto e apreciar uma lista personalizada de músicas ainda não conhecidas, mas bem selecionadas de acordo com um retrato automatizado do gosto do usuário, confeccionada por um sistema de música digital.

No fim do dia, prepara-se para seus exercícios diários. Iniciado o *cooper* em um parque inteligente, o sistema realiza o *login* de usuário

¹ Pós-graduanda em Direito Médico e da Saúde (ILMM), Graduada em Direito (ASCES-UNITA). Advogada. E-mail, lais.andrade.adv19@gmail.com.

por meio de reconhecimento facial e inicia o acompanhamento de todas as suas atividades. Enquanto se exercita, o complexo grava todos os seus movimentos, registrando tanto a velocidade quanto a distância percorrida. Ao final, seus dados são geridos e qualificados em um ranking do parque, competindo as melhores colocações com os demais usuários.

À primeira vista, aparenta tratar-se de uma narrativa trabalhada em um seriado futurista, talvez como *Os Jetsons*, famosa animação da década de 1960. Mas não, é apenas um retrato da realidade contemporânea.

O mundo vivencia a quarta revolução industrial, por muitos denominada de “revolução informacional”. Afinal, como o próprio nome destaca, a informação é o seu produto chave². Segundo Klaus Schwab, transformará fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos, “as mudanças são tão profundas que, na perspectiva da história da humanidade, nunca houve um momento tão potencialmente promissor ou perigoso.”³

A tecnologia sempre foi um aspecto presente nas temáticas cotidianas, mesmo quando sequer havia a consciência do que era e como influenciaria a realidade da sociedade. Assim como a descoberta do fogo e a invenção da roda e da eletricidade, a informação e o modo de gerenciá-la impactará não só os processos industriais, mas, sobretudo, transformará toda a sociedade.

A gestão e o compartilhamento de informações possibilitaram o desenvolvimento das tecnologias descritas inicialmente. De igual modo, os dados por elas obtidos serão colhidos, tratados e compartilhados para assegurar o contínuo desenvolvimento destas e outras inteligências.

Um novo modelo econômico surge, e os dados pessoais se tornaram o combustível para o seu desenvolvimento; uma economia alicerçada no compartilhamento de conhecimento e informações.

² MENDONÇA, Fernanda Graebin. **O Direito à Autodeterminação informativa: A (des)necessidade de criação de um novo direito fundamental para a proteção de dados pessoais no Brasil**, 2014.

³ SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**, 2016.

Tal qual as tecnologias da informação e comunicação se desenvolveram exponencialmente até democratizar⁴ o acesso à informação, estimularam também inúmeros problemas a serem enfrentados, tanto técnicos quanto econômicos, políticos, sociais e jurídicos⁵.

Destas problemáticas, a constante violação do direito à privacidade tem despertado grandes preocupações. Não poucas foram as ocorrências de compartilhamento indevido de dados pessoais, tenham sido por vazamentos acidentais ou por fins ilícitos.

Diante disto, exsurge a imprescindibilidade de proteger os cidadãos e lhes garantir o poder de controlar a utilização de seus dados pessoais, sobretudo os considerados como sensíveis.

2 PRINCÍPIOS QUE REGEM O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

A legislação brasileira tem como base, princípios que dão sustentação ao ordenamento jurídico nacional. No tema proposto - Tratamento de dados pessoais, existem princípios específicos que são utilizados para que possam legitimar a atuação da lei e estar em consonância com a Constituição Federal de 1988⁶.

Entende-se por princípios, juízos de valores que dão uma ideia de que a sociedade é regida por aquele preceito, dando sentido lógico, harmônico e diretivo para todo o sistema normativo do Estado⁷.

⁴ Há alguns anos, discutia-se sobre um potencial efeito colateral ocasionado pela ascendência das tecnologias de informação e comunicação, o qual consistia na majoração da desigualdade e exclusão social daqueles que não teriam acesso à *internet* – tanto em razão das condições econômicas quanto do analfabetismo digital. Contudo, estudos já vêm demonstrando que a *internet* tem se tornado acessível mesmo para as populações de mais baixa renda. Tanto que quem não tinha voz e sentia-se excluído por sua condição socioeconômica conseguiu se inserir no ambiente virtual, com as mesmas possibilidades de receber e repassar informações.

⁵ MENDONÇA, Fernanda Graebin. **O Direito à Autodeterminação informativa: A (des)necessidade de criação de um novo direito fundamental para a proteção de dados pessoais no Brasil**. 2014. Pág. 7.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

⁷ SUNFIELD, Carlos Ari. **Fundamento do Direito Público** 1998.

Por constituírem o alicerce dos dispositivos legais infraconstitucionais, os princípios também desempenham a função de diretrizes norteadoras para a ponderação de direitos fundamentais em colisão, como o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão, por exemplo.

Para assegurar o equilíbrio (*ou a homogeneidade*) de todo o sistema jurídico, a Carta magna⁸, no artigo 1º, trata exclusivamente sobre fundamentos que dão sustentação a todo o Estado de Direito brasileiro.

O primeiro artigo da Carta Magna⁹ de 1988, determina que

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Como visto, todas as leis em vigor, assim como as que estão por vir (*ou surgir*), devem respeitar os princípios acima expressos, sob pena de serem inconstitucionais.

Dada a sua preponderante importância frente aos demais princípios fundamentais, passamos então a analisar com maior ênfase o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inciso III da Constituição brasileira de 1988¹⁰.

Todo o regime jurídico brasileiro deve obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois, há de se considerar que todas as normas devem promover o respeito ao ser humano, sem distinção de raça, idade, religião, sexo, sexualidade, deficiência de saúde ou demais condições socioeconômicas. Afinal, nenhuma legislação nacional poderá tratar o indivíduo em situação indigna de um ser humano.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

¹⁰ idem.

Daí nasce a necessidade de preservação da convivência humana. Não somente a integridade física deve ser protegida, mas todas as formas de interação entre os seres humanos merecem respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É coerente afirmar que grande número das informações que compõem uma base de dados se relaciona tão somente a referências do indivíduo e sua personalidade. E, do mesmo modo que "assumem papel na inserção social do indivíduo"¹¹, a divulgação desses dados pessoais pode afetar a integridade moral do titular e de seus familiares.

Portanto, em um regime jurídico que visa a promoção da proteção desses dados pessoais, exsurge a necessidade de atender a imprescindível submissão das normas ao crivo do princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio será a diretriz que confirmará a sua vigência no ordenamento jurídico, como protetora de direitos fundamentais. Pois, segundo leciona Navarro¹², o direito humano fundamental está indubitavelmente ligado a essência da natureza humana.

Sendo assim, podemos integrar o Direito da Autodeterminação Informativa ao ordenamento, tendo em vista o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tal como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

Nessa condição, o princípio da dignidade da pessoa humana é princípio reitor, vinculante, que em conjunto com os demais princípios constitucionais possui força normativa, imediata, e ilumina a interpretação de todo o texto constitucional, bem como a aplicação das suas normas. Também encontra amparo nos expressos direitos à intimidade, à privacidade, à inviolabilidade de domicílio, ao sigilo das comunicações, ao acesso à informação e ao devido processo legal, com os quais está estritamente vinculado¹³

¹¹ NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O Direito Fundamental à Autodeterminação informativa**. 2011.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro**. dez./jan, 2007, p.2.

¹³ NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O Direito Fundamental à Autodeterminação informativa**. 2011.

O direito fundamental à Autodeterminação, é o direito do indivíduo ter autonomia sobre as suas informações, tendo em vista a potencialidade representativa dos dados pessoais.

Sob a perspectiva do direito geral à proteção de dados, o Estado não só mantém o poder de coletar, mas precipuamente desenvolve o relevante dever de proteger e conferir acesso aos dados pessoais,

surge a oportuna como um direito de defesa e de prevenção, individual ou coletivo, contra os desvios de finalidade nos atos de captação, tratamento e comunicação de dados pessoais pelas instituições públicas¹⁴

Devido a característica multifacetária desta norma principiológica, não há como dissociar o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana do princípio da dignidade; pois, o ordenamento jurídico deve estar alicerçado em normas que garantam ao indivíduo agir de forma livre.

Sob a óptica do direito à proteção de dados, as informações pessoais obtidas sem consentimento do titular podem constranger o indivíduo, dado o conteúdo íntimo. A título de exemplo, é como os casos em que o titular é portador de doença sexualmente transmissível, situações em que a disseminação dessa informação pode causar transtornos ao pleno desenvolvimento da personalidade deste indivíduo, assim como aos demais membros da família.

As idealizações de saúde ditadas pela mídia, através de notícias sensacionalistas, são inatingíveis para maior parte dos seres humanos, originando uma despersonalização do ser humano pela biotecnologia e pelas forças do mercado farmacêutico e informático.¹⁵ Infringindo os valores e interesses protegidos pelo ordenamento jurídico democrático de direito.

É impertinente qualquer confusão entre regras e princípios. Ambos são espécies normativas, mas, como bem alerta Robert Alexy,

¹⁴ NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O Direito Fundamental à Autodeterminação informativa**. 2011, pag. 19.

¹⁵ SCHAEFER, Fernanda, **Proteção de dados de saúde na sociedade de informação**, 2010, pág. 19-20,

é de extrema importância compreender a distinção entre os dois institutos. Enquanto os princípios são mandamentos que expressam valores e objetivos a serem alcançados e que, assim, estruturam todo o ordenamento jurídico positivado, as regras são a própria ordem expressa no texto normativo, constituída como dispositivo constitucional, legal ou infralegal¹⁶.

O Sistema Constitucional brasileiro adota os princípios como mandamentos de otimização¹⁷. Em razão disso, desempenham força normativa de modo que permitem o balanceamento de valores e interesses e, assim, promovem um equilíbrio entre a norma e o que se busca como fundamento da sociedade (estado democrático de direito, dignidade da pessoa humana, desenvolvimento nacional e justiça social, dentre outros).

A Constituição brasileira de 1988 trata dos direitos fundamentais e têm como base o princípio da dignidade da pessoa humana, "diretriz hermenêutica de todo o sistema jurídico, norte para ponderação de interesses, parâmetro para a validade dos atos estatais e privados, limite para o exercício de direitos."¹⁸ Diante disto, ganha significativa relevância a necessidade de regulamentar o tratamento dos dados pessoais, salvaguardando a dignidade de todos os seus titulares, em respeito à Constituição.

Neste íterim, o princípio da dignidade da pessoa humana, "garante a ampliação do debate sobre os direitos fundamentais"¹⁹, dando sustentação ao princípio da inviolabilidade da vida íntima e privacidade, da inviolabilidade do lar, trabalho, das correspondências, do livre desenvolvimento da personalidade humana, e de tudo que diz respeito à existência básica do ser humano.

As informações de um banco de dados sensíveis merecem a devida proteção constitucional por tratarem de informações que diz

¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

¹⁷ Diz-se por mandamentos de otimização por expressarem normas que ordenam condutas a serem realizadas na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, as quais são determinadas pelos princípios e regras colidentes.

¹⁸ SARMENTO, 2016, p. 98-99

respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, constantes no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

Deste modo, é obrigatório que à nação democrática o reconhecimento e a efetiva aplicação dos princípios fundamentais, visto que “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.”²⁰

A sociedade evoluiu e a proteção necessária para os dados pessoais que existe em nosso ordenamento jurídico constitucional, em um primeiro momento, pode ser suficiente para garantir a proteção dos dados. Não sendo necessária a criação de um novo princípio fundamental para respaldar o direito a proteção de dados pessoais.

3 PERSPECTIVA DE APLICAÇÃO DA LGPD NOS CONSULTÓRIOS MÉDICOS

A Lei Geral de Proteção de Dados, LGPD, publicada em 14 de agosto de 2018, no Diário Oficial da União, entrará em vigor após dois anos da sua publicação, e tem como objetivo garantir ao cidadão a proteção de seus dados e informações pessoais, impondo limites na coleta, armazenamento, compartilhamento e tratamento de dados, assim como, a responsabilização pelo vazamento das informações pessoais do indivíduo.

A área da saúde requer uma atenção especial, conforme previsto no inciso II do artigo 5º da LGPD, considera dados sensíveis aqueles que afetam diretamente a vida do indivíduo. Para melhor compreensão, são considerados dados sensíveis aqueles que:

[...]as informações estejam relacionadas a características da personalidade do indivíduo e às suas escolhas pessoais, a exemplo de sua origem racial ou étnica, de sua convicção religiosa, de sua opinião política, da filiação a sindicato ou a organização religiosa, filosófica ou a partido político, bem como os detalhes referentes à sua saúde ou à sua

²⁰ BOBBIO, 2002, p. 1

vida sexual, além dos dados genéticos, da biometria, da geolocalização.²¹

São necessários, mais mecanismos que restrinjam o acesso a dados pessoais sensíveis, pois, a ausência do devido controle de acesso e registro de atividade dessas informações pode causar graves dificuldades na relação médico-paciente e principalmente à integridade psíquica, física e laboral do indivíduo²².

É importante salientar que, apesar da crescente exposição pública dos dados pessoais, o espírito da "sociedade do espetáculo"²³, possui um certo "cuidado" com a disseminação das suas informações confidenciais de saúde disponibilizadas sem o consentimento do indivíduo, sejam elas por motivo de vergonha, receio de acontecimentos desagradáveis ou por achar que certa informação não possui relevância.

Na relação médico-paciente, a confiança tem um papel muito importante, tendo em vista que a Anamnese Médica é um instrumento crucial para estabelecer a conduta terapêutica mais adequada às condições de saúde do paciente, ainda mais nos casos em que o diagnóstico é absolutamente clínico. Para tanto, o fornecimento de informações seguras e transparentes é crucial para o desenvolvimento de um diagnóstico mais correto.

Sem proteções apropriadas para privacidade e segurança no sistema de saúde, os pacientes irão engajar-se em comportamentos de "proteção à privacidade" para evitar ter em sua saúde pessoal informações usadas de forma inadequada.²⁴

Há por parte do indivíduo uma expectativa razoável de privacidade no que diz respeito aos dados fornecidos no consultório médico. Os pacientes, em sua maioria, acreditam que as informações pessoais serão guardadas em sigilo, desde o momento do cadastro até

²¹ LONGI, João Victor Bozatti. **Estudos essenciais de Direito Digital**. Uberlândia, 2019, pág. 396.

²³ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**, São Paulo; Coletivo Periferia, 2003.

²⁴ **Comprehensive Privacy and Security: Critical for Health Information Technology, Washington**, 2008, pág. 2.

após o fim do tratamento médico. O sucesso desta relação está estritamente ligado à confiança no comprometimento ético-legal do profissional médico.

A transformação digital na área da saúde já faz parte do cotidiano das pessoas. O registro eletrônico trouxe inúmeras vantagens ao desenvolvimento do setor, a exemplo da substituição dos papéis pelo prontuário eletrônico e os aplicativos de saúde. Contudo, o armazenamento eletrônico de informações trouxe consigo uma nova preocupação: garantir que as informações pessoais do paciente sejam efetivamente protegidas, o vazamento de dados pessoais sensíveis pode afetar uma quantidade muito maior de pacientes, caso haja erro ou extravio.

Para corroborar com este entendimento, uma pesquisa a nível global, feita anualmente pela Unisys²⁵, mediu e contou que, a preocupação com a segurança de dados é a maior em dez anos. Em 2009, o índice estava em 119 e neste ano passou para 175, refletindo um aumento de quase 50%. Em relação a 2018, contudo, o aumento foi de dois pontos, de 173 para 175.

A preocupação dos brasileiros ficou um pouco acima da média mundial, com índice de 190. O Brasil ficou atrás de outros países cujos entrevistados manifestaram maior receio sobre o uso de seus dados, como Malásia (211), Chile (212), México (213), Colômbia (220) e Filipinas (234).

Em tempos de transformação digital, os consultórios médicos que não estiverem preocupados com a segurança de dados dos seus pacientes, estarão em descompasso com a realidade. É preciso garantir que as inovações tecnológicas em saúde se desenvolvam de maneira segura, priorizando os direitos fundamentais, à privacidade, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, assim como, o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade. A ausência de mecanismos que protejam de forma qualificada o acesso a estas informações, pode gerar responsabilidade ao profissional, pelos danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Para evitar complicações ético-legais, é necessário que os profissionais médicos, que possuem qualquer cadastro, registro, planilha ou fichário de informações pessoais do paciente, incluindo

²⁵ Disponível em: <<https://www.unisys.com.br/insights/research>>

também os dados de funcionários, clientes, parceiros e terceiros em geral atente para os seguintes pontos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD):

- **Direito do titular solicitar a exclusão de dados:** os pacientes passam a ter total direito sobre as informações coletadas no consultório. Isto é, o poder de "manter o controle da informação sobre si coletada"²⁶e, de acordo com a lei, podendo excluir suas informações pessoais sensíveis do banco de dados do consultório médico, caso queira. Contudo, a Resolução Normativa nº 1.821/07 do CFM²⁷, estabelece o prazo mínimo de 20 anos, a partir do último registro, para a preservação dos prontuários dos pacientes, estejam eles registrados e arquivados em papel ou em meio eletrônico. De modo que, a partir do dia 14 de agosto de 2020, data início da vigência da lei, caso o paciente queira solicitar expressamente a exclusão dos registros de prontuário médico, este deve ser feito, tendo em vista que, prevalecerá a lei 13.709/18 sob a Normativa, devido à natureza jurídica apenas, complementar das Normas editadas pelo CFM. De modo que, deverá estar sempre em acordo com a Legislação, caso contrário:

Revestem-se de ilegalidade atos que, a pretexto de regulamentar determinada situação jurídica, criem, modifiquem, alterem ou restrinjam direitos, bem como aqueles que impõem condições ou obrigações, quando não encontrarem conexão com as determinações legais²⁸

Contudo, é dever do profissional médico informar o paciente dos riscos e possíveis consequências da exclusão, bem como, a assinatura de termo de responsabilidade, pelo paciente.

²⁶ NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva; LEONARDO, Gabriela. **Privacidade informacional: origem e fundamentos no direito norte-americano**, 2011.

²⁷ Disponível em:
<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1821_2007.htm>

²⁸ NUNEZ, Rodrigo. **Análise da resolução 2.121/2015 sob a ótica da natureza jurídica do CFM e de suas resoluções**, 2017.

- **Necessidade de Consentimento Informado e Consciente:** o consentimento há de ser livre, ou seja, deve ser fornecido sem nenhum tipo de pressão ou coação; os pacientes deverão ser informados de forma clara e inequívoca, sobre a finalidade do uso de seus dados pessoais; através de documento por escrito (destacadas as cláusulas que versem sobre o tratamento de dados) ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular, em linguagem simples e de fácil compreensão. Compete ao controlador (aquele quem decide como os dados serão tratados), o ônus da prova do consentimento obtido em conformidade com a lei. Não serão consideradas as autorizações genéricas para o tratamento de dados, é vedada a mudança de finalidade para o tratamento de dados sem um novo consentimento do titular. Pode o proprietário dos dados revogar, a qualquer momento, caso discorde com as modificações.
- **Compartilhamento de dados:** não é permitido o compartilhamento ou comunicação de dados pessoais sensíveis referentes à saúde entre controladores ao fim de proveito econômico. Há exceção em duas hipóteses, desde que haja o consentimento do titular dos dados pessoais sensíveis: i) é possível compartilhar com outro controlador, a exemplo dos serviços de assistência à saúde e farmacêutica, bem como, os auxiliares de diagnose e terapia, permitindo que o indivíduo aproveite de suas informações pessoais para outras organizações; ou ii) nas transações com empresas de saúde suplementar ou seguradoras de saúde, quando o objeto estiver relacionado à seguro de saúde ou vida.
- **Tratamento de dados pessoais de criança e adolescente:** é necessário o consentimento específico e destacado, por pelo menos um dos representantes legais do menor, mediante comprovação, consideradas as tecnologias disponíveis, para esta constatação. De acordo com as

peculiaridades cognitivas do titular das informações pessoais, conforme estabelece o art. 14, §4º da LGPD29:

§4º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

A Lei 13.709/2018, prevê um tratamento diferenciado para as informações pessoais sensíveis de saúde. Contudo, há algumas exceções, pela qual a lei dispensa a necessidade de autorização do indivíduo para que possam ser realizadas, são elas:

- **A utilização de dados pessoais sensíveis em pesquisas com seres humanos:** é possível a utilização de dados pessoais sensíveis para a realização única e exclusiva de pesquisas científicas, sem que haja o consentimento do paciente, conforme preceitua o artigo 11, II, alínea "c" da LGPD, desde que ausente a intenção de obter vantagem econômica, e que haja cuidados no tratamento dessas informações, em ambiente seguro, de modo que não seja possível identificar o indivíduo (anonimizados ou pseudonimizados). Nesses casos, a organização de pesquisa será responsável pela segurança destes dados, não sendo possível, em condição alguma, a transferência dos dados a terceiro, a qualquer momento, bem como devem ser considerados os limites éticos relacionados a estudos e pesquisas.

Os pacientes têm direito de esperar que pesquisadores ou profissionais da saúde tratem todas as informações como confidenciais, fornecendo-as somente quando necessário a profissionais envolvidos no tratamento dos pacientes e que tenham acesso legal às informações. Algumas pesquisas, como as realizadas em pacientes soropositivos para o vírus da imunodeficiência humana, podem gerar riscos de discriminação

²⁹ BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.709**

social, que devem ser reduzidos na medida do possível. O mesmo pode acontecer em pesquisas sobre câncer ou condições genéticas/hereditárias³⁰

- **Para cumprimento de obrigação legal ou regulatória:** é dever do profissional médico preencher os Registros eletrônicos de saúde (EHRs) e Relatórios para a execução de políticas públicas de saúde. Bem como, é permitido o processamento de dados pessoal em meios de registros privado, desde que, necessários para o desenvolvimento da atividade profissional médica.

Sempre que a lei ou ato regulatório determinar o processamento de dados, ou caso o cumprimento da lei ou ato regulatório seja condicionado à obtenção dos dados, o ente público ou privado poderá processar o dado pessoal, ou pessoal sensível.³¹

- **Exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral:** de acordo com artigo 11, II, alínea "d" da LGPD³², é possível a utilização de dados pessoais de identificação, fornecidos no consultório médico para cobrança de cumprimento contratual próprio, é possível também a disponibilização das informações pessoais de saúde, em procedimento de arbitragem.
- **Para a proteção da vida ou integridade física do titular ou de terceiro:** nos casos em que houver risco à vida ou integridade física do titular ou de terceiro. Quando houver necessidade de acesso rápido as informações pessoais sensíveis para um melhor tratamento, como exemplo, do uso de drogas ou nos casos de abuso sexual, onde é importante o compartilhamento das informações de saúde do agressor para que possa ser verificado se este possui

³⁰ CARVALHAL, Gustavo Franco et al. **Recomendações para a proteção da privacidade do paciente.** Rev. Bioét, Brasília, v. 25, n. 1, p. 39-43, Abr. 2017.

³¹ VIDOR, Daniel Martins. **LGPD: dados pessoais sensíveis**, 2019.

³² BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.709**

algum tipo de doença sexualmente transmissível. Constante no artigo 11, II, alínea "e" da LGPD³³.

A proteção de dados tem que se dar de forma que, desde o pequeno consultório até a grande clínica médica deve garantir ao paciente que o processo de tratamento e armazenamento de dados será realizado de forma segura e qualificada. Pois, "a simples adoção de sistemas antivírus e barreiras tecnológicas não é o bastante para a garantia da segurança jurídica do responsável pela guarda dos dados do paciente"³⁴. Portanto, a ausência, e até mesmo a negligência de mecanismos que protejam de forma qualificada o acesso à estas informações, pode gerar responsabilidade ao profissional médico, pelos danos morais e materiais, sofridos pelo titular das informações.

Garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Caso seja reconhecida a infração desta lei, em decorrência do tratamento de dados pessoais, ficam sujeitos às sanções administrativas, previstas nos artigos 52 a 54 da LGPD, onde poderá incidir multa de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada ao total de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), além de multa diária, observado o limite total acima mencionado. Assim como, deverá haver a emissão de nota, através de meios públicos, informando a violação, a exclusão dos dados pessoais relacionados à infração, e até mesmo a suspensão das atividades empresariais.

Logo, é necessário o esclarecimento e conscientização dos profissionais médicos da importância em proteger estes dados pessoais sensíveis, sendo necessário o envolvimento de todos que os colaboradores, parceiros e sócios para um resultado eficiente e seguro.

³³ BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.709**

³⁴ TAVARES, Frederico de Melo. **Vazamento de dados médicos: de quem é a culpa?** 2008.

Além da utilização de mecanismos rígidos de restrição e identificação de acesso as informações.

4 GOVERNANÇA DE DADOS APLICADA ÀS CLÍNICAS MÉDICAS

Devido à uma mudança de comportamento da sociedade, fez-se necessária a adoção de boas práticas empresariais, a fim de atender expectativas globais que vem tomando força no mercado empresarial. Surgiu assim o que conhecemos hoje como Governança Corporativa, sistema pelo qual as organizações devem estar pautadas na transparência, equidade, respeito às leis; prestação de contas; responsabilidade corporativa e sustentabilidade. Quando alinhados aos interesses da organização, estes princípios são convertidos em recomendações objetivas que otimizam o seu valor, facilitando o acesso a recursos e contribuindo para a sua longevidade.³⁵

Tendo em vista a mudança de valores do mercado atual, têm sido muito importante para as organizações adotar boas práticas de governança corporativa, visto que agregam valor à organização e contribuem para a ordem social, "Trata-se, portanto, de um fenômeno irrevogável que tem contribuído para uma melhor condição social"³⁶.

Na saúde, especialmente nas clínicas médicas, a governança é importante para "garantir uma ligação adequada entre pacientes, médicos, enfermeiros e partes interessadas"³⁷. Assim, também servirão para diminuir os riscos da atividade e aumentar o padrão de qualidade do serviço, diminuindo custos e aumentando a rentabilidade e a confiabilidade de investidores e clientes, através de um conjunto de mecanismos que alinharão os interesses aos valores aspirados pela organização.

³⁵ VLANICH, Ana Regina Cruz; et al. **Governança corporativa em saúde: conceitos, estruturas e modelos**, 2014, págs. 5-15.

³⁶ VLANICH, Ana Regina Cruz; et al. **Governança corporativa em saúde: conceitos, estruturas e modelos**, 2014, pág. 15.

³⁷ LACAVA, Pedro Nelson. **Avaliação da adequação às boas práticas de governança corporativa em instituição filantrópica hospitalar: estudo de caso**. 2018, pág. 113.

No mundo, "pelo menos 120 países já desenvolveram códigos que recomendam boas práticas"³⁸. Em 2002, foi sancionada nos Estados Unidos a Lei Sarbanes-Oxley (SOX), em resposta aos escândalos envolvendo grandes empresas com fraudes financeiras. "Foi uma resposta legislativa para intervenção no mercado, mas que teve objetivo de restaurar a confiança perdida pelos investidores e evitar que a crise atingisse proporções ainda maiores"³⁹. Isto ocorreu devido a falta de transparência das informações relacionadas ao balanço-financeiro de organizações, a fim de ludibriar os investidores sobre a real situação econômica organizacional.

No Brasil, as regras de governança corporativa estão presentes nas legislações infraconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da: Lei das S/A (Lei nº 6.404/76); a Lei de Recuperação Judicial, a Lei Extrajudicial e de Falência (Lei nº 11.101/05), a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16) e, mais recentemente a Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD (Lei nº 13.709/18), em seu artigo 50, pelo qual pode-se observar:

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular **regras de boas práticas e de governança** que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.⁴⁰

É importante conscientizar os gestores, médicos e proprietários de clínicas de saúde a respeito da necessidade de promover a segurança das informações pessoais. Tal proteção não está somente relacionada com a utilização de programas antivírus e

³⁸ VLANICH, Ana Regina Cruz; et al. **Governança corporativa em saúde: conceitos, estruturas e modelos**, 2014, pág. 15.

³⁹ FIORINI, Filipe Antonio; ALONSO JUNIOR, Nelson; ALONSO, Vera Lucia Chaves. **Governança Corporativa: conceitos e aplicações**. 2016, pág. 9.

⁴⁰ BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 13 de agosto de 2020.

sistemas de restrição do acesso aos dados, mas, sobretudo, com a formulação de regras internas de conscientização, difusão e reforço entre os profissionais de saúde e os funcionários, através de ações educativas sobre a importância da privacidade e confidencialidade dos dados médicos. Assim como, é pertinente a adoção de mecanismos internos e externos de supervisão e diminuição de risco relacionados ao tratamento de dados pessoais.

O inciso I, do artigo 50 da LGPD⁴¹ trata sobre a implementação do programa de governança em privacidade, estabelecendo diretrizes mínimas para o cumprimento da norma e de boas práticas pertinentes a proteção de dados. É inequívoco que a transparência é o princípio basilar para o estabelecimento de boas práticas de governança de dados, principalmente quando se trata de saúde, visto que a garantia do acesso à informações seguras e transparentes está estritamente ligada com a confiabilidade do serviço prestado, “mais do que a obrigação de informar, a administração deve cultivar o desejo de informar”⁴². Como se pode observar:

I - implementar programa de governança em privacidade que, no mínimo:

- a) demonstre o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais;
- b) seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta;
- c) seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados;
- d) estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade;
- e) tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular;
- f) esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos;
- g) conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e
- h) seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas;

⁴¹ BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 13 de agosto de 2020.

⁴² SILVA, Edson Cordeiro da. **Governança corporativa nas empresas: guia prático de orientação para acionistas, investidores, conselheiros de administração e fiscal, auditores, executivos, gestores, analistas de mercado e pesquisadores**. 2012. Apud, FIORINI, Filipe Antonio ; ALONSO JUNIOR, Nelson; ALONSO, Vera Lucia Chaves. **Governança Corporativa: conceitos e aplicações**. 2016, pág. 6.

De modo que é preciso que as clínicas médicas e de saúde, implementem através de códigos de conduta o seu comprometimento com a segurança de dados pessoais, aplicável a todo o banco de dados, reconhecendo o paciente como proprietário de seus dados e concernindo a ele decidir quais os seus dados serão disponibilizados, de que forma e sob quais circunstâncias. Assim como, oportunizar que o paciente (titular dos dados) possa coparticipar do processo de tratamento de dados, como por exemplo através da pesquisa de opinião e informando-o sobre o processo de tratamento de dados da organização, finalidade, valores institucionais e mecanismos de segurança de dados.⁴³

A existência de código de conduta corporativa e o cumprimento de boas práticas reforça a boa-fé objetiva da organização. Contudo, é necessário demonstrar a eficiência destes no cumprimento da legislação de proteção de dados. Conforme preceitua o inciso II do artigo 50 da LGPD:

II - demonstrar a efetividade de seu programa de governança em privacidade quando apropriado e, em especial, a pedido da autoridade nacional ou de outra entidade responsável por promover o cumprimento de boas práticas ou códigos de conduta, os quais, de forma independente, promovam o cumprimento desta Lei.

Ainda é raridade no meio a preocupação com a segurança das informações, portanto, vale lembrar então que o inciso XII do "caput" do artigo 52 prevê a "proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados".⁴⁴As organizações que estiverem em desacordo com a LGPD poderão ter suspensas as suas atividades, de modo que a lei não caíra em desuso, primeiro porque é uma exigência do mundo moderno, e as sanções previstas pela lei são bem rígidas, principalmente quando se trata de dados pessoais sensíveis, que é o caso dos dados de saúde.

⁴³ CARVALHAL, Gustavo Franco et al. **Recomendações para a proteção da privacidade do paciente**. Rev. Bioét. v. 25, n. 1, p. 39-43, Abr. 2017.

⁴⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 13 de agosto de 2020.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há mais como dissociar a tecnologia da saúde, visto que esta tornou-se uma aliada muito importante na busca por melhores índices de saúde e uma ferramenta muito importante na redução dos custos médico-hospitalares. É também um facilitador para as demandas mais complexas, permitindo uma melhor comunicação entre profissionais de saúde, tornando-a popular e acessível a todos. Ocupando assim um papel cada vez mais relevante na sociedade.

Contudo, por trás desse discurso sobre qualidade de vida, há um forte apelo mercadológico, influência para que as empresas busquem cada vez mais por conhecimento, afim de satisfazer as necessidades ideais de seus clientes e consumidores, em razão do mundo competitivo e abrangente. Desenvolveu-se então uma nova concepção, um padrão, onde o ser humano deixa de ser um ente personalizado e torna-se um mero objeto para a obtenção de resultado, colocando em risco a noção de dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, é preciso que esses conhecimentos estejam comprometidos com os direitos a intimidade e autodeterminação informativa. Visto que, trata-se de bem jurídico indissociável ao ser humano, o livre desenvolvimento da personalidade humana e a proteção da privacidade.

Diante de todas essas prévias questões aqui apontadas, elaborou-se o presente artigo com o objetivo de propiciar discussões sobre o comprometimento com a segurança de dados pessoais entre gestores de clínicas médicas e profissionais de saúde, em especial os profissionais de medicina. Destacando a importância da realização do princípio da dignidade humana, como mecanismo de inibição à objetificação do ser humano na sociedade de consumo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 Set. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 13 de agosto de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 19 Set. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

CARVALHAL, Gustavo Franco et al. **Recomendações para a proteção da privacidade do paciente**. Rev. Bioét., Brasília, v. 25, n. 1, p. 39-43, Abr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422017000100039&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 27 Set. 2019.

Comprehensive Privacy and Security: Critical for Health Information Technology, Washington, 2008, pág. 2,

Disponível em <<https://www.cdt.org/files/healthprivacy/20080514HPframe.pdf>>. Acesso em 11 Agt. 2019.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**, São Paulo; Coletivo Periferia, 2003. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/socespetaculo.pdf>>. Acesso em 10 Set. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro**. In Revista Jurídica, Brasília, Vol. 8, n. 82, p.01-08, dez./jan, 2007, p.2.

FIORINI, Filipe Antonio; ALONSO JUNIOR, Nelson; ALONSO, Vera Lucia Chaves. **Governança Corporativa: conceitos e aplicações**. Associação Institucional Dom Bosco. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos/16/19524178.pdf>. Acesso em: 26 Set. 2019.

LACAVA, Pedro Nelson. **Avaliação da adequação às boas práticas de governança corporativa em instituição filantrópica hospitalar: estudo de caso**. São Paulo. Dissertação (Escola de Administração de Empresas de São Paulo) - Fundação Getúlio Vargas, 2018. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=2ahUKEwjXk6juka_kAhV2GbkGHSN5DDUQFjAFegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fgvsau.de.fgv.br%2Fsites%2Fgvsau.de.fgv.br%2Ffiles%2Ftese_mestrado_revisada_pra_biblioteca_pdf.pdf&usq=AOvVaw3gFCHSzxW11NKUq-gk6Ewu. Acesso em 26 set. 2019.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. **O Direito à Autodeterminação informativa: A (des)necessidade de criação de um novo direito fundamental para a proteção de dados pessoais no Brasil**, In: XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas na sociedade contemporânea VII Mostra de

Trabalhos Jurídicos Científicos, 2014. Disponível em:
<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/11702/1571>.
Acesso em: 22 set. 2019.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O direito fundamental à auto propriedade informativa**. Publica Direito. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>. Acesso em: 20 Set. 2019.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva; LEONARDO, Gabriela. **Privacidade informacional: origem e fundamentos no direito norte-americano**. 2011. Disponível em:
<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=34f9a343f945196b>>. Acesso em 20 Out. 2019.

NUNEZ, Rodrigo. **Análise da resolução 2.121/2015 sob a ótica da natureza jurídica do CFM e de suas resoluções**, 2017. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/62568/analise-da-resolucao-2-121-2015-sob-a-otica-da-natureza-juridica-do-cfm-e-de-suas-resolucoes>>. Acesso em 18 Out. 2019.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Edipro, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamento do Direito Público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, Frederico de Melo. **Vazamento de dados médicos: de quem é a culpa?**. CRM, 2008. Disponível em:
<<http://www.cremepe.org.br/2008/08/28/vazamento-de-dados-medicos-de-quem-e-a-culpa/>>. Acesso em 12 Out. 2019.

VIDOR, Daniel Martins. **LGPD: dados pessoais sensíveis**. Mercury, 2019. Disponível em <<http://mercuryIBC.com/lgpd-dados-pessoais-sensiveis/>>. Acesso em 15 Out. 2019.

VLANICH, Ana Regina Cruz; et al. **Governança corporativa em saúde: conceitos, estruturas e modelos**. Saint Paul. São Paulo, 2014.

A presente obra foi aprovada pelo nosso Conselho Científico-Editorial respeitando as diretrizes da Qualis/CAPES, quais sejam, originalidade, relevância, pertinência, embasamento teórico, densidade científica, metodologia e desenvolvimento, inclusive o sistema “double blind review” (dupla análise sigilosa, onde os conselheiros não sabem quem é o autor da obra analisada). Este sistema garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a plena autonomia do Conselho Editorial, atestando a excelência da obra que apresentamos à sociedade.



CONSELHO CIENTÍFICO-EDITORIAL

PROF. DR. CARLOS ROBERTO ANTUNES DOS SANTOS (In Memoriam – Presidente de Honra). Pós-Doutorado em História da América Latina pela Universidade de Paris III, França. Doutorado em História pela Universidade de Paris X - Nanterre, França. Mestrado em História do Brasil pela UFPR - Universidade Federal do Paraná.

PROFA. DRA. ALICE FÁTIMA MARTINS: Pós-doutorado pela Universidade de Aveiro (2017). Pós-Doutorado no Programa Avançado de Cultura Contemporânea da UFRJ (2010). Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (2004). Mestrado em Educação - área de Magistério: Formação e Trabalho Pedagógico, pela Universidade de Brasília (1997). Licenciatura em Educação Artística, habilitação em Artes Visuais, pela Universidade de Brasília (1983). **PROF. DR. AGOSTINO ENNIO LA SCALA:** Professor de la Universita Degli Studi di Palermo, Italia. Direttore del progetto "Jean Monnet" e "Towards European International Tax Law". **PROF. ANDREA PITASI:** PhD. Professor de Sociologia do Direito do Programa de Mestrado e Doutorado da "Università degli Studi Gabriele D'Annunzio - Dept. of Neuroscience", Itália. Membro do Conselho Acadêmico do "SANTA FE Associate International". Presidente na empresa WORLD COMPLEXITY SCIENCE ACADEMY (WCSA). **PROF. AUGUSTUS BONNER COCHRAN III, USA:** Academic Degrees (titulação): B.A., Davidson College; M.A., Indiana University; Ph.D., University of North Carolina; J.D., Georgia State University College of Law. Professor Titular de Ciência Política da Faculdade de Agnes Scott – GEORGIA-EUA. **PROFA. DRA. BETINA TREIGER GRUPENMACHER:** Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutorado pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduação pela Universidade de Salamanca, na Espanha e pela Universidade Austral, na Argentina. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. **PROF. DR. CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO:** Doutorado em Direito do Estado (Direito Tributário) pela PUC-SP. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduação em Direito Tributário pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM (1998). Pós-graduação em Direito Civil pela UFAM (1998). **PROF. DR. DEMETRIUS NICHELE MACCI:** Pós-

Instituto Memória

doutorado pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP (2015). Doutorado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Mestrado em Direito Econômico e Social (2004). Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000). Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). **PROF. DR. DOMINGO CÉSAR MANUEL IGHINA:** Doutorado em Letras Modernas pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC-Argentina). Diretor da Escola de Letras da Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade Nacional de Córdoba. **PROF. DR. EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO:** Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2011). Mestrado em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2003). Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica da Paraná (2000). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (1998). **PROF. DR. EDUARDO ARRUDA ALVIM:** Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Mestrado em Direito, PUC/SP. Especialização em Direito Processual Civil, PUC/SP. Especialização em Direito Tributário, PUC/SP. Bacharelado em Direito, PUC/SP. **PROF. DR. EDUARDO BIACCHI GOMES:** Pós-Doutorado em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, Facultad de Dret. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. FABIO ARTIGAS GRILLO:** Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO:** Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Membro do Conselho Técnico Científico, do Conselho Superior e do Comitê da Área do Direito da CAPES-MEC. **PROF. DR. FERNANDO ARAUJO:** Doutorado (em 1998) em Ciências Jurídico-Econômicas. Mestrado (em 1990) em Ciências Histórico-Jurídicas. Licenciatura em Direito (em 1982). **PROF. DR. FERNANDO GUSTAVO KNOERR:** Doutorado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestrado em Direito do Estado e Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). **PROF. DR. FERNANDO QUADROS DA SILVA:** Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Mestrado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná; Especialização em Direito Penal pela Universidade de Brasília. Bacharelado em Direito pelo UniCuritiba. **PROFA. DRA. FLÁVIA PIOVESAN:** Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990). **PROF. DR. FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI:** Doutorado em Direito (1995 – 1997) - Universidade Federal de Pernambuco. Doutorado em Direito (1987 – 1990) - Universidade Federal de Minas Gerais. Especialização em Direito Público (1985 – 1985) - Universidade Católica de Pernambuco. Mestrado em Sociologia (1974 – 1976) - Universidade Federal de Pernambuco. Graduação em Direito (1966 – 1970) - Universidade Católica de Pernambuco. **PROF. DR. GUIDO RODRÍGUEZ ALCALÁ:** Doutorado em Filosofia, na Dussburg Universität (1983). Mestrado em Literatura, na Ohio University e The University of New México. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Assunção (Paraguai). **PROF. DR. HERBERTO JOSÉ CHONG NETO:** Pós-doutorado em Saúde da Criança e do Adolescente (2009-2011) na Universidade Federal do Paraná. Doutorado em Medicina Interna pela Universidade Federal do Paraná (2006-09). Mestrado em Ciências da Saúde pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-05). Especialização em Alergia Pediátrica-Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná (1999-2001). Residência em Pediatria-Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná (1997-99). Graduação em Medicina pela Universidade

Instituto Memória

Federal do Paraná (1997). **PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA:** Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (em andamento). Doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010). Mestrado em Direito pela PUC-SP (2002). Mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO (2001). Especialização em Administração Financeira pela Alvares Penteado. Especialização em Mercados Futuros pela BMF – USP. Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP (1996). Graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG (1981). **PROF. DR. INGO WOLFGANG SARLET:** Doutorado em Direito pela Ludwig Maximilians Universität München (1997). É Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da PUCRS (desde 09.12.2006). Realizou estudos de Pós-Doutorado na Universidade de Munique (bolsista DAAD), como Bolsista e Pesquisador do Instituto Max-Planck de Direito Social, Estrangeiro e Internacional (Alemanha) (2001-2002 e 2003), bem como no Georgetown Law Center (Washington DC, 2004). **PROFA. DRA. JALUSA PRESTES ABAIDE:** Pós-Doutorado na Université de Saint Esprit de Kaslik, Líbano (2006). Doutorado em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha (2000). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990). Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). **PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI:** Pós-Doutorado pela Universidade "La Sapienza", Roma (2002). Doutorado (1999) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Mestrado (1994) e graduação (1986). **PROF. DR. LUC CAPDEVILA:** Pós-Doutorado. Professor Titular da Universidade de Rennes 2 (França), em História Contemporânea e História da América Latina e Diretor do Mestrado de História das Relações Internacionais. **PROF. DR. LUÍS ALEXANDRE CARTA WINTER:** Doutorado em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM (2008). Mestrado em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2001). Especialização em Filosofia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1988). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1984). **PROF. DR. LUÍS FERNANDO SGARBOSSA:** Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (CAPES 6). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (CAPES 6). **PROF. DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER:** Pós-Doutorado pela PUCPR. Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em História pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. LUIZ FELIPE VIEL MOREIRA:** Pós-Doutorado pela Universidade Nacional de Córdoba, U.N.C., Argentina. Doutorado em História Social pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestrado em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. **PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE:** Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata (2014). Doutorado em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza (2001), revalidado pela UFSC. Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). **PROF. DR. MATEUS BERTONCINI:** Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorado e Mestrado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. **PROFA. DRA. MICHELE CARDUCCI:** Doctor en Derecho Constitucional, es Profesore Ordinario (Catedrático) de Derecho Constitucional Comparado en la Universidad del Salento, Italia, habiéndolo sido anteriormente en las Universidades de Parma y Urbino. **PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR:** Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1987) e doutorado em Direito - Universität Friedrich- Alexander Erlangen-Nürnberg (1987). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1983). Graduação em Direito pela Universidade de Taubaté (1977). **PROF. DR. OCTAVIO CAMPOS FISCHER:** Doutorado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestrado em Direito Tributário pela Universidade

Instituto Memória

Federal do Paraná (1999). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). **PROF. DR. PAULO RICARDO OPUSZKA:** Doutorado em Direito (2010) pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado em Direito (2006). Bacharelado em Direito (2000) pelo Centro Universitário Curitiba. **PROF. DR. PAULO ROBERTO CIMÓ QUEIROZ:** Doutorado em História Econômica pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestrado em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil. **PROFA. DRA. PRISCILA CANEPARO DOS ANJOS:** Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2011). Especialista em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009). Graduada pelo Centro Universitário Curitiba (2007). **PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI:** Doutorado em Direito pela UFPR. **PROF. DR. RICARDO ANTÔNIO SILVA SEITENFUS:** Doutorado no Institut des Hautes Etudes Internationales (IHEI) - Universidade de Genebra (1980). Graduação em História Moderna e Contemporânea - Universidade de Genebra (1978). Graduação em Economia do Desenvolvimento - Universidade de Genebra (1973). Graduação em Ciência Política - Universidade de Genebra (1973). **PROF. DR. RICARDO LEHTONEN RODRIGUES DE SOUZA:** Doutorado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (2009). Mestrado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (1995). Graduação em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Paraná (1991). **PROF. DR. ROLAND HASSON:** Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. RUI FERNANDO PILOTTO:** Doutorado em Genética pela Universidade Estadual de Campinas (1991). Mestrado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (1973). Graduação em Medicina pela Universidade Federal do Paraná (1983). Graduação em História Natural - Biologia pela Universidade Federal do Paraná (1969). **PROFA. DRA. SARA PETROCCIA:** Research Fellow - Ph.D - Gabriele d'Annunzio University, Chieti-Pescara, Italy. **PROF. DR. SERGIO ODILON NADALIN:** Doutorado em História e Geografia das Populações - Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (1978). Mestrado em História pela Universidade Federal do Paraná (1975). Graduação em História (Licenciatura) pela Universidade Federal do Paraná (1966). **PROF. DR. SIDNEY GUERRA:** Pós-Doutorado pelo Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra e Pós-Doutorado pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PACC/UFRJ). É Doutor, Mestre e Especialista em Direito. **PROF. DR. TÁRSIS NAMETALA SARLO JORGE:** Doutorado e mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, com especialização em Direito Previdenciário. **PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR:** Pós-doutorado em Direito pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015). Doutorado pela ITE - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2012). Mestrado pela PUC - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Graduação (1996) no UNIVEM - Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha" de Marília-SP. **PROFA. DRA. VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR:** Pós-Doutoramento na Universidade de Coimbra. Doutorado em Direito do Estado pela PUC-SP. Mestrado em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Especialização em Direito Processual Civil pela PUCCAMP. **PROF. DR. WAGNER MENEZES:** Pós-doutorado (Universidade de Pádua - Itália). Doutorado (USP). Mestrado (PUCPR).

A judicialização de nossa atividade é algo que impacta e assusta a classe médica. Temos acompanhado com apreensão essa escalada, ao mesmo tempo em que, inegavelmente verificamos efeitos deletérios à nossa atividade, e especialmente, a relação médico-paciente. Exames desnecessários, clima bélico nas consultas, desconfianças, elaboração constante de documentos, enfim, uma série de questões, que, até pouco, eram estranhas a profissão médica. Para debelar esse cenário desfavorável e contraproducente (para se dizer o mínimo), entendemos fundamental o diálogo e o estudo. Essa, aliás, tem sido uma das marcas da gestão atual do Conselho Regional de Medicina do Tocantins. Diálogo e aproximação com a sociedade. Nessa obra, em homenagem ao nosso Conselho, o estudo sobre temas atuais e pertinentes é feita por grandes autoridades do direito médico.

JORGE PEREIRA GUARDIOLA

Presidente do CRM/TO

APOIO INSTITUCIONAL:



ISBN 978-85-5523-350-0



9 788555 233500 >