DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE

O direito, a saúde e a justiça – cenários e desafios

Claudio Lamachia
Sandra Krieger Gonçalves
(Organizadores)

DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE

O direito, a saúde e a justiça – cenários e desafios

Palestras proferidas e trabalhos acadêmicos aprovados no Congresso Brasileiro de Direito Médico e da Saúde, realizado pela OAB Nacional, nos dias 19 e 20 de julho de 2018, no Conselho Federal da OAB, em Brasília.

CONSELHO FEDERAL

Brasília - DF, 2018

© Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal, 2018
Setor de Autarquias Sul - Quadra 5, Lote 1, Bloco M
Brasília – DF CEP: 70070-939

Distribuição: Conselho Federal da OAB - GRE
E-mail: oabeditora@oab.org.br

FICHA CATALOGRÁFICA

C749

Direito Médico e da Saúde: o direito, a saúde e a justiça : cenários e desafios / organizador: Claudio Lamachia, Sandra Kreiger Gonçalves. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.
viii, 521 p. : il.

Palestras proferidas e trabalhos acadêmicos aprovados no Congresso Brasileiro de Direito Médico e da Saúde, realizado pela OAB Nacional, nos dias 19 e 20 de julho de 2018, no Conselho Federal da OAB, em Brasília.

ISBN: 978-85-7966-106-8.

1. Medicina legal, Brasil, coletânea. 2. Medicina, aspectos jurídicos. 3. Médico, aspectos jurídicos, Brasil. 4. Médico, responsabilidade civil, Brasil. 5. Ética médica, legislação, Brasil. 6. Morte, legislação, Brasil. I. Lamachia, Claudio. II. Gonçalves, Sandra Krieger, org. III. Título.

CDDir: 340.7

Elaborado por: CRB 1-3148

Gestão 2016/2019

Diretoria

Claudio Lamachia	Presidente
Luís Cláudio da Silva Chaves	Vice-Presidente
Felipe Sarmento Cordeiro	Secretário-Geral
Marcelo Lavocat Galvão	Secretário-Geral Adjunto em exercício
Antonio Oneildo Ferreira	Diretor-Tesoureiro

Conselheiros Federais

AC: Erick Venâncio Lima do Nascimento, João Paulo Setti Aguiar e Luiz Saraiva Correia; **AL**: Everaldo Bezerra Patriota, Felipe Sarmento Cordeiro e Thiago Rodrigues de Pontes Bomfim; **AP**: Alessandro de Jesus Uchôa de Brito, Charlles Sales Bordalo e Helder José Freitas de Lima Ferreira; **AM**: Caupolican Padilha Junior, Daniel Fábio Jacob Nogueira e José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral; **BA**: Fabrício de Castro Oliveira e Fernando Santana Rocha; **CE**: Caio Cesar Vieira Rocha, Francilene Gomes de Brito e Ricardo Bacelar Paiva; **DF**: Ibaneis Rocha Barros Junior, Marcelo Lavocat Galvão e Severino Cajazeiras; **ES**: Flavia Brandão Maia Perez, Luciano Rodrigues Machado e Marcus Felipe Botelho Pereira; **GO**: Leon Deniz Bueno da Cruz, Marcello Terto e Silva e Valentina Jugmann Cintra; **MA**: José Agenor Dourado, Luis Augusto de Miranda Guterres Filho e Roberto Charles de Menezes Dias; **MT**: Duilio Piato Júnior, Gabriela Novis Neves Pereira Lima e Joaquim Felipe Spadoni; **MS**: Alexandre Mantovani, Ary Raghiant Neto e Luís Cláudio Alves Pereira; **MG**: Eliseu Marques de Oliveira, Luís Cláudio da Silva Chaves e Vinícius Jose Marques Gontijo; **PA**: Jarbas Vasconcelos do Carmo, Marcelo Augusto Teixeira de Brito Nobre e Nelson Ribeiro de Magalhães e Souza; **PB**: Delosmar Domingos de Mendonça Júnior, Luiz Bruno Veloso Lucena e Rogério Magnus Varela Gonçalves; **PR**: Cássio Lisandro Telles, José Lucio Glomb e Juliano José Breda; **PE**: Adriana Rocha de Holanda Coutinho, Pedro Henrique Braga Reynaldo Alves e Silvio Pessoa de Carvalho Junior; **PI**: Celso Barros Coelho Neto, Cláudia Paranaguá de Carvalho Drumond e Eduarda Mourão Eduardo Pereira de Miranda; **RJ**: Carlos Roberto de Siqueira Castro, Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara e Sergio Eduardo Fisher; **RN**: Aurino Bernardo Giacomelli Carlos, Paulo Eduardo Pinheiro Teixeira e Sérgio Eduardo da Costa Freire; **RS**: Cléa Carpi da Rocha, Marcelo Machado Bertoluci e Renato da Costa Figueira; **RO**: Bruno Dias de Paula, Elton José Assis e Elton Sadi Fülber; **RR**: Alexandre César Dantas Soccorro, Antonio Oneildo Ferreira e Bernardino Dias de Souza Cruz Neto; **SC**: João Paulo Tavares Bastos Gama, Sandra Krieger Gonçalves e Tullo Cavallazzi Filho; **SP**: Guilherme Octávio Batochio, Luiz Flávio Borges D'Urso e Márcia Machado Melaré; **SE**: Arnaldo de Aguiar Machado Júnior, Maurício Gentil Monteiro e Paulo Raimundo Lima Ralin; **TO**: Andre Francelino de Moura, José Alves Maciel e Pedro Donizete Biazotto.

Conselheiros Federais Suplentes

AC: Odilardo José de Brito Marques, Sérgio Baptista Quintanilha e Wanderley Cesário Rosa; **AL**: Adrualdo de Lima Catão, Marié Lima Alves de Miranda e Raimundo Antonio Palmeira de Araujo; **AP**: Lucivaldo da Silva Costa e Maurício Silva Pereira; **AM**: Alberto Bezerra de Melo; Bartolomeu Ferreira de Azevedo Júnior e Diego D'Avila Cavalcante; **BA**: Antonio Adonias Aguiar Bastos, Ilana Kátia Vieira Campos e José Maurício Vasconcelos Coqueiro; **CE**: Vicente Bandeira de Aquino Neto; **DF**: Carolina Louzada Petrarca, Felix Angelo Palazzo e Manuel de Medeiros Dantas; **ES**: Cláudio de Oliveira Santos Colnago, Dalton Santos Morais e Henrique da Cunha Tavares; **GO**: Dalmo Jacob do Amaral Júnior, Fernando de Paula Gomes Ferreira e Marisvaldo Cortez Amado; MA: Antonio José Bittencourt de Albuquerque Junior e Alex Oliveira Murad; **MT**: Josemar Carmelino dos Santos, Liliana Agatha Hadad Simioni e Oswaldo Pereira Cardoso Filho; **MS**: Gustavo Gottardi, Marilena Freitas Silvestre e Rafael Coldibelli Francisco; **MG**: Bruno Reis de Figueiredo, Luciana Diniz Nepomuceno e Mauricio de Oliveira Campos Júnior; **PA**: Antonio Cândido Barra Monteiro de Britto, Jeferson Antonio Fernandes Bacelar e Osvaldo Jesus Serão de Aquino; **PB**: Alfredo Rangel Ribeiro, Edward Johnson Gonçalves de Abrantes e Marina Motta Benevides Gadelha; **PR**: Edni de Andrade Arruda, Flavio Pansieri e Renato Cardoso de Almeida Andrade; **PE**: Carlos Antonio Harten Filho, Erik Limongi Sial e Gustavo Ramiro Costa Neto; **PI**: Chico Couto de Noronha Pessoa, Eduardo Faustino Lima Sá e Robertonio Santos Pessoa; **RJ**: Flávio Diz Zveiter, José Roberto de Albuquerque Sampaio e Marcelo Fontes Cesar de Oliveira; **RN**: Aldo Fernandes de Sousa Neto, André Luiz Pinheiro Saraiva e Eduardo Serrano da Rocha; **RS**: Luiz Henrique Cabanellos Schuh; **RO**: Fabrício Grisi Médici Jurado, Raul Ribeiro da Fonseca Filho e Veralice Gonçalves de Souza Veris; **RR**: Emerson Luis Delgado Gomes; **SC**:

Cesar D'Avila Winckler, Luiz Antônio Palaoro e Reti Jane Popelier; **SP**: Aloísio Lacerda Medeiros, Arnoldo Wald Filho e Carlos José Santos da Silva; **SE**: Clodoaldo Andrade Junior, Glícia Thais Salmeron de Miranda e Kleber Renisson Nascimento dos Santos; **TO**: Adilar Daltoé, Nilson Antônio Araújo dos Santos e Solano Donato Carnot Damacena.

Comissão Especial do Direito Médico e da Saúde
Sandra Krieger Gonçalves - Presidente
Tadahiro Tsubouchi - Vice-Presidente
Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas - Membro
Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima - Membro
Felippe Abu-Jamra Corrêa - Membro
Giovanna Maria Assis Trad Cavalcanti - Membro
Sérgio Augusto de Castro Barata Júnior - Membro
Tereza Cristina Guerra Dória - Membro
Gutemberg Dantas Licariao - Membro Consultor
Janaina Ferri Maines - Membro Consultora
Sálvia de Souza Haddad - Membro Consultora
Tertius Cesar Moura Rebelo - Membro Consultor

Presidentes Seccionais
AC: Marcos Vinicius Jardim Rodrigues; **AL**: Fernanda Marinela de Sousa Santos; **AP**: Auriney Uchôa de Brito – em exercício; **AM**: Marco Aurélio de Lima Choy; **BA**: Luiz Viana Queiroz; **CE**: Marcelo Mota Gurgel do Amaral; **DF**: Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto; **ES**: Homero Junger Mafra; **GO**: Lúcio Flávio Siqueira de Paiva; **MA**: Thiago Roberto Morais Diaz; **MT**: Leonardo Pio da Silva Campos; **MS**: Mansour Elias Karmouche; **MG**: Antonio Fabricio de Matos Gonçalves; **PA**: Alberto Antonio de Albuquerque Campos; **PB**: Paulo Antonio Maia e Silva; **PR**: Jose Augusto Araujo de Noronha; **PE**: Ronnie Preuss Duarte; **PI**: Francisco Lucas Costa Veloso; **RJ**: Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky; **RN**: Paulo de Souza Coutinho Filho; **RS**: Ricardo Ferreira Breier; **RO**: Andrey Cavalcante de Carvalho; **RR**: Rodolpho Cesar Maia de Morais; **SC**: Paulo Marcondes Brincas; **SE**: Inácio José Krauss de Menezes – em exercício; **SP**: Marcos da Costa; **TO**: Walter Ohofugi Junior.

Ex-Presidentes
1. Levi Carneiro (1933/1938) **2**. Fernando de Melo Viana (1938/1944) **3**. Raul Fernandes (1944/1948) **4**. Augusto Pinto Lima (1948) **5**. Odilon de Andrade (1948/1950) **6**. Haroldo Valladão (1950/1952) **7**. AttílioViváqua (1952/1954) **8**. Miguel Seabra Fagundes (1954/1956) **9**. Nehemias Gueiros (1956/1958) **10**. Alcino de Paula Salazar (1958/1960) **11**. José Eduardo do P. Kelly (1960/1962) **12**. Carlos Povina Cavalcanti (1962/1965) **13**. Themístocles M. Ferreira (1965) **14**. Alberto Barreto de Melo (1965/1967) **15**. Samuel Vital Duarte (1967/1969) **16**. Laudo de Almeida Camargo (1969/1971) **17**. Membro Honorário Vitalício José Cavalcanti Neves (1971/1973) **18**. José Ribeiro de Castro Filho (1973/1975) **19**. Caio Mário da Silva Pereira (1975/1977) **20**. Raymundo Faoro (1977/1979) **21**. Membro Honorário Vitalício Eduardo Seabra Fagundes (1979/1981) **22**. Membro Honorário Vitalício J. Bernardo Cabral (1981/1983) **23**. Membro Honorário Vitalício Mário Sérgio Duarte Garcia (1983/1985) **24**. Hermann Assis Baeta (1985/1987) **25**. Márcio Thomaz Bastos (1987/1989) **26**. Ophir Filgueiras Cavalcante (1989/1991) **27**. Membro Honorário Vitalício Marcello Lavenère Machado (1991/1993) **28**. Membro Honorário Vitalício José Roberto Batochio (1993/1995) **29**. Membro Honorário Vitalício Ernando Uchoa Lima (1995/1998) **30**. Membro Honorário Vitalício Reginaldo Oscar de Castro (1998/2001) **31**. Rubens Approbato Machado (2001/2004) **32**. Membro Honorário Vitalício Roberto Antonio Busato (2004/2007) **33**. Membro Honorário Vitalício Cezar Britto (2007/2010) **34**. Membro Honorário Vitalício Ophir Cavalcante Junior (2010/2013) **35**. Membro Honorário Vitalício Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2013/2016).

CONCAD – Coordenação Nacional das Caixas de Assistências dos Advogados
Ricardo Alexandre Rodrigues Peres – Presidente da CAA/DF – Coordenador Nacional da CONCAD
Carlos Augusto Alledi de Carvalho – Presidente da CAA/ES – Coordenador Região Sudeste
Rosane Marques Ramos – Presidente da CAA/RS – Coordenadora Região Sul

Carlos Fábio Ismael do Santos Lima - Presidente da CAA/PB - Coordenador Região Nordeste – Vice-Presidente do FIDA
Ronald Rossi Ferreira - Presidente da CAA/RR - Coordenador Região Norte

Membros Suplentes
Rochilmer Mello da Rocha Filho – Presidente da CAA/RO
José Erinaldo Dantas Filho – Presidente da CAA/CE

Presidentes Caixas de Assistência dos Advogados (CAA)
AC: Rodrigo Aiache Cordeiro; **AL**: Nivaldo Barbosa da Silva Junior; **AP**: Elias Salviano Farias; **AM**: Aldenize Magalhães Aufiero; **BA**: Luiz Augusto R. de Azevedo Coutinho; **CE**: Jose Erinaldo Dantas Filho; **DF**: Ricardo Alexandre Rodrigues Peres; **ES**: Carlos Augusto Alledi de Carvalho; **GO**: Rodolfo Otávio P. da Mota Oliveira; **MA**: Diego Carlos Sá dos Santos; **MG**: Sergio Murilo Diniz Braga; **MS**: José Armando Cerqueira Amado; **MT**: Itallo Gustavo de Almeida Leite; **PA**: Oswaldo de Oliveira Coelho Filho; **PB**: Carlos Fábio Ismael dos S. Lima; **PE**: Bruno de Albuquerque Baptista; **PR**: Artur Humberto Piancastelli; **PI**: Rafael Orsano de Sousa; **RJ**: Marcello Augusto Lima de Oliveira; **RN**: Thiago Galvão Simonetti; **RS**: Rosane Marques Ramos; **RO**: Rochilmer Mello da Rocha Filho; **RR**: Ronald Rossi Ferreira; **SC**: Marcus Antônio Luiz da Silva; **SP**: Braz Martins Neto; **SE**: Ana Lúcia Dantas Souza Aguiar; **TO**: Marcelo Cézar Cordeiro.

FIDA – Fundo de Integração e Desenvolvimento Assistencial dos Advogados
Luiz Viana Queiroz – Presidente do Conselho Seccional da OAB/BA Presidente do FIDA

Membros Titulares
Felipe Sarmento Cordeiro – Secretário-Geral do CFOAB
Antonio Oneildo Ferreira – Diretor-Tesoureiro do CFOAB
Marcos Vinicius Jardim Rodrigues – Presidente do Conselho Seccional da OAB/AC
Marco Aurélio Choy – Presidente do Conselho Seccional da OAB/AM
Luís Augusto de Miranda Guterres Filho – Conselheiro Federal da OAB/MA
Tullo Cavallazzi Filho – Conselheiro Federal da OAB/SC Secretário do FIDA
Sérgio Eduardo da Costa Freire – Conselheiro Federal da OAB/RN

Membros Suplentes
Leonardo Pio da Silva Campos – Presidente do Conselho Seccional da OAB/MT
José Augusto Araújo de Noronha – Presidente do Conselho Seccional da OAB/PR
Ary Raghiant Neto – Conselheiro Federal da OAB/MS
Pedro Henrique Braga Reynaldo Alves – Conselheiro Federal da OAB/PE

ENA – Escola Nacional da Advocacia
José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral – Diretor-Geral

Conselho Consultivo:
Auriney Uchôa de Brito
Carolina Louzada Petrarca
Cristina Silvia Alves Lourenço
Eduardo Lemos Barbosa
Leandro Duarte Vasques
Luis Cláudio Alves Pereira
Moisés de Souza Coelho Neto
Valentina Jungmann Cintra

Diretores(as) das Escolas Superiores de Advocacia da OAB

AC: Igor Clem Souza Soares; **AL**: Marcelo Madeiro de Souza; **AM**: Paulo José Pereira Trindade Júnior; **AP**: Edivan Silva dos Santos; **BA**: Thais Bandeira Oliveira Passos; **CE**: Marcell Feitosa Correia Lima; **DF**: Rodrigo Frantz Becker; **ES**: Rodrigo Reis Mazzei; **GO**: Rafael Lara Martins; **MA**: Joao Batista Ericeira; **MG**: Silvana Lourenco Lobo; **MS**: Ricardo Souza Pereira; **MT**: Bruno Devesa Cintra; **PA**: Cristina Silvia Alves Lourenço; **PB**: Otto Rodrigo Melo Cruz; **PE**: Carlos da Costa Pinto Neves Filho; **PI**: Naiara de Moraes e Silva; **PR**: Graciela Iurk Marins; **RJ**: Sergio Coelho e Silva Pereira; **RN**: Marília Almeida Mascena; **RO**: Jose Vitor Costa Junior; **RR**: Michelle Evangelista Albuquerque; **RS**: Rosângela Maria Herzer dos Santos; **SC**: Pedro Miranda de Oliveira; **SE**: Kleidson Nascimento dos Santos; **SP**: Ivette Senise Ferreira; **TO**: Fabio Barbosa Chaves.

APRESENTAÇÃO

Claudio Lamachia[*]

Saúde e Direito Médico são matérias correlatas que têm suscitado numerosas reflexões no Brasil, sob os mais diversos pontos de vista. Despertam interesse contínuo por parte da sociedade, incentivando discussões relativas a temas como financiamento e implementação de políticas públicas, atuação do Poder Judiciário, exercício ético da medicina, entre muitos outros.

A proeminência do assunto é compreensível, na medida em que a saúde – consagrada na Constituição da República de 1988 entre os direitos e garantias fundamentais – representa, em grande medida, um pressuposto para o usufruto dos demais direitos assegurados no ordenamento jurídico.

Com o intuito de fomentar a interlocução entre especialistas e difundir o conhecimento acerca de matéria tão relevante, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil promoveu, em junho de 2018, o *Congresso Brasileiro de Direito Médico e da Saúde*. Complementando a iniciativa, esta publicação – disponibilizada na Biblioteca Digital da OAB – reúne uma seleção dos textos apresentados no evento, abordando tópicos fundamentais da atualidade, a exemplo de judicialização, responsabilidade civil na prática da medicina, Direito do Consumidor e mediação de conflitos. Ademais, são debatidas questões primordiais na sociedade contemporânea, como envelhecimento populacional, transtorno de depressão, ortotanásia, sigilo médico e transplante de órgãos.

Trata-se, portanto, de obra valiosa, com reflexões instrutivas e instigantes sobre temas complexos, de inestimável importância para o avanço da cidadania. Dessa forma, tenho satisfação em cumprimentar a Conselheira Federal Sandra Krieger, Presidente da Comissão Especial do Direito Médico e da Saúde da OAB Nacional, pela organização deste livro, que reitera o compromisso da Ordem dos Advogados do Brasil com o aperfeiçoamento da cultura jurídica no País.

---

[*] Advogado e Presidente da Nacional da OAB.

PREFÁCIO

Sandra Krieger[*]

O Direito à Saúde como direito fundamental de segunda geração, vem constituído em Direito Público Subjetivo de reivindicar a promoção, a proteção, prevenção e a recuperação da integridade físico-psíquica, atribuindo-se ao Poder Público efetivar e implantar políticas socioeconômicas que garantam aos cidadãos o acesso universal à assistência médico-hospitalar[1].

Para Alexy, os Direitos Sociais, ao contrário dos individuais, reclamam essencialmente prestações por parte do Estado, cujo fim poderia ser obtido pelo sujeito se o mercado oferecesse e/ou, suas condições econômicas dessem possibilidade de obtê-los.[2] Todavia, em nosso ordenamento descabe, *a priori* a premissa condicionante que não pudesse ser obtido de outro modo; não se questiona em uma primeira análise, a possibilidade/condição subjetiva para ter de efetivação de tais direitos pelo indivíduos para que tal se imponha como dever do Estado.

Para tanto, do arcabouço jurídico constitucional na ambiência dos direitos fundamentais sociais, erigem-se as bases do sistema público de saúde, cujos princípios contém caráter de universalização e atendimento integral prestado pelo Estado brasileiro, sendo o primeiro caracterizado pelo atendimento da população mediante oferta de profissionais de todos os ramos na área da saúde, e o segundo na lógica assistencial voltada ao atendimento dos usuários por meio de exames, dispensação de medicamentos e atendimento hospitalar operacionalizado através da rede pública, com a indispensável participação da saúde complementar, com destaque nos hospitais filantrópicos e sem fins lucrativos. Não há limites de acesso; qualquer pessoa que se dirigir ao serviço público, independentemente de sua condição sócio econômica, por este deverá ser atendida.

Em sendo assim, independeriam outras questões de ordem pessoal/individual para o exercício deste dever do Estado, não havendo, nesse sentido, escolha pelo poder público de qual categoria de indivíduos teria

---

[*] Presidente da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde. Conselheira Federal OAB/SC.

[1]SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 27.

[2]ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 499.

atendimento às demandas de saúde, diferentemente do que ocorre com a Política Pública de Assistência Social.

Decorrente do conteúdo axiológico e normativo da Constituição brasileira, defluem cinco princípios informadores do direito à saúde - universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação popular

> [...] os princípios do novo sistema de saúde defendiam a descentralização e o fortalecimento do papel do município, participação e controle popular na formulação de políticas, planejamento, gestão, execução e avaliação das ações de saúde, integralização das ações, universalização do acesso e da cobertura, iniciados 'pelas áreas carentes ou totalmente desassistidas' e equidade e garantia de qualidade na humanização do atendimento.[3]

Como consectário, no âmbito infraconstitucional, a Lei n.º 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), dispõe em seus artigos 2.º, § 1.º, e 4.º, respectivamente, que "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício" e "O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso".

Deve o Estado, por estipulação legislativa cogente estabelecer ações políticas, programas e serviços de Saúde por meio de rede regional, hierárquica e integrada entre todos os entes federativos para prestação dos serviços de Saúde.

Não se pode tratar da temática sem adentrar à justiciabilidade dos direitos, até porque, no limiar dos trinta anos da Constituição brasileira, muitas são as decisões judiciais emblemáticas que envolvem o tema.

Como assevera Danielli, "No Brasil, a discussão relativa ao direito à saúde teve trajetória bastante acidentada, entendendo-se inicialmente, tratar-se de norma tipicamente programática, sem nenhuma ponderação acerca de sua dimensão objetiva, tampouco reflexão acerca do mínimo existencial e sua natureza individual"[4].

Nessa perspectiva, o direito à saúde se consubstanciaria num direito cujo interesse seria coletivo, e como tal, impassível de ser reivindicado de

[3]CORDEIRO, Hésio. **Sistema Único de Saúde.** São Paulo: Ayuri, 1991. p. 85.

[4] DANIELLI, Ronei. A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem Coletivo. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 59

forma individual, sob pena de incorrer-se na realização de despesas públicas sem a devida previsão orçamentária.

Em outro passo, a proposição segundo a qual o princípio da dignidade da pessoa perpassa a qualquer outro e deste deflui a prevalência de um direito subjetivo de exigir o dever prestacional do Estado "para efetivação do mínimo existencial, não se configurando óbice oponível a essa obrigação a cláusula ou teoria da reserva do possível, destinada apenas a modular políticas públicas na concretização do máximo prometido"[5].

Nesse contexto, a discussão acerca do mínimo existencial e o máximo possível – o primeiro individual e o segundo coletivo, passariam ao longo destes vinte e nove anos, por inúmeras percepções distintas em torno das mesmas disposições constitucionais.

Para a implementação das políticas determinadas ao Estado brasileiro, cuidou o texto constitucional em estabelecer, originalmente, por ato das disposições constitucionais transitórias[6], a determinação do percentual mínimo em saúde de 30% dos recursos do Orçamento da Seguridade Social para aplicação em Saúde.

Em termos de legitimidade do Poder Judiciário para intervir na implementação de políticas públicas, na decisão monocrática proferida na Arguição de Preceito Fundamental n. 45, o Ministro Celso de Melo assentou que, configurada abusividade governamental e inércia da atuação estatal com vistas à realização do mínimo existencial na implementação de políticas públicas, tem o Poder Judiciário atuação no âmbito da jurisdição constitucional para proteção dos direitos sociais e econômicos[7].

O denominado subfinanciamento, podendo-se questionar até mesmo em desfinaciamento da saúde pública vem sendo concretizado por sucessivas emendas constitucionais, as quais inovam o fluxo orçamentário e financeiro em descompasso com a demanda e a realidade da saúde da população brasileira. Mais recentemente pelo congelamento do piso constitucional dos recursos em saúde, na forma determinada pela emenda constitucional n. 95/2016 que altera o art. 110, II do ADCT. A base de cálculo deste piso vem determinada pela Emenda Constitucional 86/2015 e seus arts. 2º e 3º são objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.595 promovida pela Procuradoria Geral da

[5] DANIELLI, Ronei. A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem Coletivo. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 88.
[6] ADCT – ART. 55
[7] Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgada em 29/04/2004.

República, cuja medida cautelar foi concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski suspendendo a eficácia dos mencionados dispositivos

Não é difícil concluir que em termos de saúde pública, o orçamento tem uma perspectiva de diminuição em valores nominais, sem considerar nenhuma outra variável tanto no gasto (aumento populacional, aumento do número de idosos, saída dos planos de saúde) tanto na receita (aumento do PIB).

Ainda acerca da efetivação dos direitos e sua justiciabilidade, afirma o Ministro Barroso que a ponderação que o Poder Judiciário realiza no caso das demandas individuais de saúde não é o direito à vida e a saúde de um lado e os princípios orçamentários e separação dos poderes de outro. O que o poder judiciário pondera na verdade é o direito à saúde e à vida de uns e o direito à saúde e à vida de outros. Não há solução jurídica simples[8].

Do âmbito privado e da saúde suplementar, dentre o imenso cipoal de normas jurídicas aí incluídas Leis Ordinárias, Resoluções, Instruções Normativas, a questão não é menos complexa. Se pelo poder público o que se denota é a ineficiência na gestão dos recursos e mesmo a insuficiência deles, no âmbito privado, a discussão gira em torno da equiparação dos direitos prestacionais, estendendo-se à relação jurídica Contratante/Contratado, o dever de prestar a assistência à saúde de forma dissociada da lei e do contrato. As questões, tanto no âmbito púbico quanto no âmbito da saúde privada se entrelaçam e merecem um olhar sistêmico, seja à luz das normas que regem o sistema de Saúde Pública, quanto àquelas que regem o sistema suplementar, mormente a Lei 9657/98.

Foi com esse propósito que ainda na **Conferência Nacional da Advocacia Brasileira em novembro de 2017**, promovemos a discussão dos temas afetos à Saúde Pública e Privada e lançamos as bases para um evento de caráter nacional que abordasse os temas mais relevantes de Direito Médico e da Saúde, que contou com o imediato apoio do Presidente Luiz Cláudio Lamachia e sua Diretoria, a quem rendemos nossa homenagem e gratidão.

Realizado em 19 e 20 de junho último, com o Tema "O Direito, A Saúde e a Justiça: Cenários e Desafios, nas dependências do Conselho Federal da OAB, o evento contou com 1675 inscritos, oriundos de todos os Estados da Federação.

Na manhã do primeiro dia de Congresso foram defendidos 23 trabalhos selecionados cuja temática abordada enriqueceu por demais o Congresso.

[8] BARROSO, Luiz Roberto. Disponível em: <https://bit.ly/2QmH2qd>. Acesso em: 17.11.2017.

Assim, essa Revista vem composta de uma primeira parte que conta com a palestras escritas de nossos conferencistas e uma segunda parte, com os trabalhos aprovados perante a Comissão Julgadora composta pelos ilustres membros da Comissão Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima, Tadahiro Tsoubouchi, Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas, Giovana Maria Assis Trad Cavalcanti, Tertius César Moura Rebelo, Tereza Cristina Guerra Dória, Sérgio Augusto de Castro barata Júnio e Janaína Ferri Maines. Meu agradecimento especial vai também à advogada Juliana Schutz Machado Bonamente, que integrou a comissão julgadora, à advogada Patricia Allevato e à Administradora Fabiana Ada Rigon Richter cujo apoio em todas as etapas de nosso evento foram primordiais.

Agradeço muito sinceramente a todos os palestrantes que proferiram magistrais conferências bem como, de modo muito especial, os que enviaram os textos para esta coletânea: **AS IMPLICAÇÕES DA PRESCRIÇÃO MÉDICA FORA DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE, por** Clenio Jair Schulze; **DIREITOS FUNDAMENTAIS E SAUDE MENTAL: o papel do estado e da sociedade** por Paulo Delgado; **HIPÓCRATES EM TEMPOS DE DR. *GOOGLE* E NA ERA DA EXPERIÊNCIA** por Leonardo Aguiar; **SAÚDE BASEADA EM EVIDÊNCIA*, CHOOSING WISELY* E *SLOW MEDICINE*: conceitos para o aprimoramento na assistência da saúde** por Lívia Callegari; **OS DESAFIOS ÉTICO-JURÍDICOS PARA O CUMPRIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ÂMBITO HOSPITALAR,** por Luciana Dadalto; **OS CONSECTÁRIOS CRIMINAIS DO EXERCÍCIO DA MEDICINA,** por Elias Mattar Assad; **DA MEDICINA DEFENSIVA AO COMPLIANCE MÉDICO-HOSPITALAR: uma análise da necessidade de implementação do método para garantir prevenção jurídica e redução de judicialização, de custos e de perdas,** por Tertius Cesar Moura Rebelo e **BRASIL. CIRURGIA PLÁSTICA. USO DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO: uma necessária revisão,** por Hildegard Taggesell Giostri.

Presidir a comissão de Direito Médico e da Saúde do Conselho Federal foi para mim, uma honra e um privilégio. Nada teria sido possível se não fosse o esforço coletivo e o apoio recíproco de todos os membros integrantes de nossa comissão, e de forma muito especial ao querido Tadahiro Tsubouchi, Vice-Presidente e Giovana Trad Cavalcanti, Secretária Geral da Comissão.

Minhas homenagens ao corpo técnico da OAB Federal, em especial, aos integrantes da Gerência de Eventos: Aline Timm, Aninha, Fernanda e Lia;

Gerência de Assessoramento às Comissões: Tarcizo, Daniel, Robert, Sandra, Allyny e Cerimonial: Francisca, Simone, Marcelo, Bruna e Rangel, que foram incansáveis para que tudo ocorresse de forma magistral.

SUMÁRIO

I – Palestras proferidas

AS IMPLICAÇÕES DA PRESCRIÇÃO MÉDICA FORA DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE 3
Clenio Jair Schulze

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SAUDE MENTAL: o papel do estado e da sociedade 17
Paulo Delgado

HIPÓCRATES EM TEMPOS DE DR. *GOOGLE* E NA ERA DA EXPERIÊNCIA 29
Leonardo Aguiar

SAÚDE BASEADA EM EVIDÊNCIA, *CHOOSING WISELY* E *SLOW MEDICINE*: conceitos para o aprimoramento na assistência da saúde..... 47
Lívia Callegari

OS DESAFIOS ÉTICO-JURÍDICOS PARA O CUMPRIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ÂMBITO HOSPITALAR..... 75
Luciana Dadalto

OS CONSECTÁRIOS CRIMINAIS DO EXERCÍCIO DA MEDICINA 95
Elias Mattar Assad

DA MEDICINA DEFENSIVA AO COMPLIANCE MÉDICO-HOSPITALAR: uma análise da necessidade de implementação do método para garantir prevenção jurídica e redução de judicialização, de custos e de perdas 103
Tertius Cesar Moura Rebelo

BRASIL. CIRURGIA PLÁSTICA. USO DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO: uma necessária revisão 151
Hildegard Taggesell Giostri

II – Artigos Aprovados

RELEITURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIA ESTÉTICA À LUZ DO NOVO CPC: obrigação de meio e não de resultado 187
Marcelo H. G. Rivera M. Santos

O USO DA MEDIAÇÃO NA BUSCA DA EFETIVA PRESTAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE 227
Danilo Fiuza Lima Verde Santos

RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO: o impacto do transtorno dismórfico corporal nos processos por erro médico e a (im)possibilidade de produção de prova pericial..... 243
Aline Regina Carrasco Vaz

A VELHICE E A LACUNA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM PREVENÇÃO PELO SUS..... 275
Natalia Carolina Verdi

O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS X ORTOTANÁSIA 289
Viviane de Carvalho Singulane / Cristiane de Carvalho Singulane / Thiago Mamede Lima Parreira

MEDIAÇÃO EM CONFLITOS DE SAÚDE: fundamentos teóricos e paradigmas jurídicos..... 305
Marcelo Lamy / Danilo de Oliveira / Ivaldo Marques Batista / Ana Laura Mendes Amaral

O DIREITO À SAÚDE E A LIMITAÇÃO DO INTERVENCIONISMO JUDICIAL..... 335
Luane Silva Nascimento

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A MEDIAÇÃO SANITÁRIA COMO MECANISMO DE GARANTIA DA DIGNIDADE E ACESSO À JUSTIÇA 373
Thaís de Camargo Oliva Rufino Andrade / Paulo Antonio Rufino de Andrade / Cláudia Moraes da Silva / Ivaldo Marques Batista / Oswaldo Luís Caetano Senger

A APLICAÇÃO DAS TEORIAS DA INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE E DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE 391
Alex Gomes Seixas / Adriana de Fátima Santos

A HIPERVULNERABILIDADE LEGISLATIVA DO CONSUMIDOR FRENTE AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE 423
Lucca Gabriel Cardoso Reis

TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS: aspectos éticos, jurídicos e o mercado negro 427
Carolina Botini

O SIGILO MÉDICO NOS APLICATIVOS DE TROCA DE MENSAGENS 463
Diogo Gonzales Julio

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/15): uma análise social do direito à saúde mental e o novo instituto da tomada de decisão apoiada como fator emancipatório 469
Laércio Martins

A DEPRESSÃO E SUA ORIGEM OCUPACIONAL SOB A ÓPTICA DO PERITO MÉDICO 497
Rodrigo Trisoglino Nazareth / Paulo Lascani Yered / Samira da Costa Fontes / Marcos Montani Caseiro

I – Palestras

AS IMPLICAÇÕES DA PRESCRIÇÃO MÉDICA FORA DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

Clenio Jair Schulze[*]

1 INTRODUÇÃO

Um tema importante na judicialização da saúde reside em saber qual é a influência do médico e a sua responsabilidade pela explosão de litígios judiciais.

Assim, o presente trabalho tem por finalidade investigar os limites ao ato médico, as responsabilidades civil e criminal decorrentes de prescrição de tecnologias em saúde não padronizadas ou incorporadas ao Sistema Único de Saúde – SUS, os limites para tratamentos experimentais e, por fim, a atuação do Ministério Público na judicialização da saúde.

2 LIMITES AO ATO MÉDICO

A judicialização da saúde, especialmente de medicamentos, produtos, próteses e outras tecnologias, sempre tem como origem uma prescrição médica.

Portanto, é importante avaliar quais são os limites que os profissionais da área médica devem observar no exercício da sua profissão.

Além do cumprimento da Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente das normas que tratam do direito à saúde, e da legislação infraconstitucional, os médicos devem obediência ao Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução 1931, de 2009, do Conselho Federal de Medicina – CFM.

O aludido Código de Ética estabelece que é direito do médico *"indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente".*

[*] Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica. Autor do livro "Judicialização da saúde no século XXI". Coautor do livro "Direito à saúde – Análise à luz da judicialização". Juiz federal. Email: cleniojschulze@yaho.com.br.

Tal preceito estabelece dois deveres aos médicos. O primeiro é o dever de obediência às práticas comprovadas cientificamente. O segundo é o dever de cumprimento da legislação pátria.

Assim, os médicos não podem prescrever medicamentos, próteses ou tecnologias que não tenham o reconhecimento científico ou que não cumpram a legislação vigente no Brasil. Contudo, não é incomum, inclusive em processos judiciais, encontrar-se prescrições médicas destituídas de critérios científicos.

No âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS muitos médicos prescrevem medicamentos e tecnologias que não estão incorporados nas listas de medicamentos (Rename, Remume, etc). E esta prática tem sido a principal fonte da judicialização da saúde.

Em razão disso, alguns entes públicos passaram a editar atos normativos para regular a atuação dos médicos vinculados ao SUS.

No Estado de Santa Catarina, por exemplo, foi publicado o Decreto 241/2015 que obriga

> *[...] os médicos e os odontólogos servidores públicos estaduais, sempre que estiverem no exercício de suas atribuições funcionais, obrigados a prescrever medicamentos e solicitar exames e procedimentos de saúde nos termos das políticas públicas, das listas padronizadas e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs) do Sistema Único de Saúde (SUS).*

O mesmo ato normativo prevê que na hipótese de prescrição de tecnologias não disponíveis no SUS, o médico deverá apresentar justificativa técnica que demonstre inadequação, a ineficiência ou a insuficiência da prescrição de medicamento padronizado.

O Secretário de Saúde do Estado de São Paulo também editou ato normativo com conteúdo semelhante (Resolução 83/2015), estabelecendo que o médico poderá, inclusive, ressarcir o erário, *"do custo do medicamento judicializado contra a Fazenda do Estado, originário da prescrição da rede estadual de saúde em desacordo com as normas e orientações que disciplinam as ações e atividades do SUS."*

Tais previsões normativas foram criadas porque o número de prescrições médicas destituídas de evidência científica aumentou nos

últimos anos, causando descontrole nos gastos com saúde, frustração das expectativas do paciente (porque nem sempre trazem resultados positivos), entre outras consequências. Em alguns casos, há fortes indícios de práticas criminosas, com atuação médica indevida, como se verificou na chamada *máfia das próteses*. Em outros casos, aparente aproximação entre o médico e os laboratórios farmacêuticos. Ou ainda, hipóteses em que o médico não possui capacidade de diagnosticar e de que conferir o tratamento adequado disponível ao paciente.

Não se pode esquecer, obviamente, das inúmeras patologias que ainda não apresentam cura.

De outro lado, os médicos não estão proibidos de prescrever medicamentos ou produtos novos, basta que apresente justificação técnica específica. Isso é necessário, inclusive, para permitir que haja a atualização das listas de fármacos do SUS. Ou seja, os médicos podem fomentar a dispensação gratuita de novos medicamentos.

Por fim, é importante deixar claro que os juízes do Brasil, diante de um processo judicial, não podem ficar reféns das prescrições médicas destituídas das melhores práticas de evidência científica. Ou seja, é indispensável a produção de prova para investigar se o produto ou medicamento pleiteado na via judicial é eficaz, é eficiente, é seguro e se tem um razoável custo-efetividade ao fim pretendido.

O juiz que simplesmente confia cegamente na prescrição médica nega jurisdição, especialmente porque a decisão judicial vai produzir coisa julgada material, vale dizer, terá força de lei entre as partes litigantes.

O importante, neste contexto, é assentar que os médicos não podem exercer a medicina deixando de observar os limites científicos, éticos e jurídicos. E eventual atuação fora destes parâmetros poderá ensejar a aplicação de tríplice sanção: cível (indenização), criminal e administrativa (com a suspensão ou afastamento do exercício da medicina).

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR PRESCRIÇÃO DE REMÉDIO FORA DA LISTA DO SUS

O número de ações judiciais pretendendo a condenação de médico ao pagamento de indenização por algum dano praticado superava cinquenta mil processos em 2016[1].

Assim, é interessante verificar se o médico que prescreve medicamentos e outras tecnologias em Saúde que não estão incorporados ou padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS pratica infração na legislação civil?

Trata-se de tema importante para o debate da Judicialização da Saúde.

A responsabilidade civil do médico é subjetiva, como regra. Desta forma, deve-se comprovar a sua negligência, imprudência ou imperícia na conduta. Exige-se, assim, o seguinte trinômio: uma conduta (ação de prescrever); um dano e; o nexo de causalidade.

Em princípio, não se vislumbra, de plano, a possibilidade de responsabilização civil do médico quando prescreve fora dos protocolos clínicos incorporados no SUS. Esta é a percepção geral sobre o tema.

De outro lado, é possível a responsabilização quando:

> a) a prescrição médica não materializa as melhores evidências científicas na área;
> b) inexistiu informação adequada ao paciente;
> c) comprovação de manifesto conflito de interesses, diante do seu vínculo com o laboratório, indústria ou terceiro;
> d) houver violação frontal às regras do Código de Ética Médica.

Neste ponto, é interessante observar que a Resolução 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina, no capítulo II, prevê que "*É direito do médico: [...] II - Indicar o procedimento adequado ao*

[1] SCHULZE, Clenio Jair. Números atualizados da judicialização da saúde no Brasil. 11 Set 2017. In: Revista Empório do Direito. Disponível em http://emporiododireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze. Acesso em: 29 Ago 2018.

paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente."[2]

Assim, o não cumprimento da aludida norma fomenta a sua responsabilização ao pagamento de indenização por danos materiais e também danos morais.

Por fim, o tema exige a produção de prova a indicar que o profissional não atuou de modo adequado.

Assim, trata-se de importante tema que merece maior análise pelos profissionais do sistema de Justiça e do sistema da Saúde, a fim de evitar danos ao cidadão e permitir a concretização do Direito à Saúde.

4 PRESCRIÇÃO MÉDICA E FALSIDADE IDEOLÓGICA

Questão interessante reside em saber se é possível um médico praticar o crime de falsidade ideológica ao prescrever um medicamento ou tratamento sem evidência científica ou sem critérios que indiquem um resultado positivo para o paciente.

O artigo 299 do Código Penal prevê que:

> *Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:*
> *Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.*
> *Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.*[3]

---

[2] BRASIL. Resolução CFM 1.931/2009. Código de Ética Médica. Disponível em https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf. Acesso em: 29 Ago 2018.

[3] BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 31 Mar. 2018.

Como se observa do dispositivo transcrito pode incidir no crime o profissional que pratica a seguinte conduta: fazer uma declaração falsa com a finalidade de criar uma obrigação.

A declaração falsa se materializa na afirmação – existente na prescrição – que o medicamento é prescrito para algo que pode não acontecer, ou seja, o resultado útil ao cidadão não será alcançado, inexistindo eficácia e eficiência no tratamento. Já a criação da obrigação decorre da sujeição do ente público (União, Estado, Distrito Federal e/ou Município) – ou do plano de saúde – a fornecer um medicamento ou tratamento sem possibilidade de sucesso.

Nesta perspectiva, em tese, é possível vislumbrar a prática de crime de falsidade ideológica quando há notória ausência de utilidade no tratamento prescrito.

Ponto a ser avaliado é se a capitulação criminal existe quando o remédio prescrito está incorporado no sistema de Saúde (ou no plano de Saúde) ou se há crime apenas quando inexiste o registro na Anvisa e/ou a incorporação.

Interessante observar que, além do aspecto penal, também se vislumbra, em tese, violação ao Código de Ética Médica, pois o seu Capítulo II exige que é direito – e também dever – a indicação do melhor procedimento ao paciente desde que "observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente."[4]

Assim, prescrever um tratamento sem que exista comprovação científica e em desobediência às regras impostas, pode ensejar ao profissional a aplicação de sanção por infração ética pelo respectivo órgão de classe ou de sanção pela prática do crime de falsidade ideológica previsto no Código Penal.

Portanto, trata-se de tema a ser abordado com maior profundidade pelos agentes do sistema de Justiça e do sistema da Saúde, com a finalidade de qualificar o Direito e a Judicialização da Saúde e, principalmente, para coibir abusos e estabelecer maior segurança à população.

[4] BRASIL. Resolução CFM 1.931/2009. Código de Ética Médica. Disponível em https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf. Acesso em 31 Mar. 2018.

4 HÁ LIMITES PARA TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS?

Tratamentos experimentais são aqueles que não possuem evidência científica e comprovação do seu sucesso, razão pela qual são utilizados sem a segurança da obtenção de um resultado útil e positivo no quadro clínico da pessoa.

Assim, questão interessante é saber se existem limites para os tratamentos experimentais, especialmente na perspectiva do Estado. Ou seja, os entes públicos são obrigados a promover e fomentar os tratamentos experimentais? Existe um direito fundamental à tentativa de submissão a qualquer tratamento?

O tema precisa ser observado a partir de dois pontos de vista.

Em primeiro lugar, a interpretação jurídica do principio da Dignidade da Pessoa Humana indica que há liberdade de atuação do cidadão na escolha das opções de tratamento existentes. A autonomia da vontade confere tal prerrogativa. Assim, se não houver necessidade de intervenção do Estado, as pessoas são livres para escolher o caminho que se lhe aprouver.

Não há, portanto, maior discussão na aludida situação.

Contudo, o debate surge quando o cidadão postula perante o Estado – ou o plano de saúde - um tratamento que não está incorporado no SUS – ou no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

A fosfoetalonamina é um bom exemplo de tratamento experimental. Em um primeiro momento, o Judiciário brasileiro, como regra geral, determinou ao Estado o fornecimento da pílula do câncer. O Supremo Tribunal Federal, contudo, no julgamento da medida cautelar da Ação Direito de Inconstitucionalidade 5501, suspendeu a eficácia da Lei 13.269/2016, que autorizava a entrega de tal substância química.

No exterior, há vários exemplos de tratamentos experimentais. Elina Barbosa relata dois casos ocorridos na Itália, em que o Judiciário determinou entre 1997 e 1998 o fornecimento de multitratamento tumoral criado pelo médico Luigi di Bella, mas que posteriormente comprovou-se que apenas 0,8% dos pacientes obtiveram sucesso[5]. No

[5] BARBOSA, Elina M. Revista de Direito Sanitário, São Paulo v.17 n.2, p. 66-92, jul./out. 2016, pág. 77.

caso Stamina, ainda em território italiano, no qual se fazia terapia com células-tronco (inclusive para esclerose lateral amiotrófica), também houve determinação judicial de custeio do tratamento pelo Estado, com ulterior revisão da posição pelo Judiciário, em razão da ausência de evidências científicas[6].

A despeito das polêmicas que envolvem os tratamentos experimentais, o tema exige, necessariamente, a ponderação de vários aspectos, tais como:

1) o artigo 196 da Constituição brasileira determina a adoção de medidas para a melhoria do estado de Saúde das pessoas;

2) as Ciências da Saúde não conseguem encontrar soluções científicas para todas as patologias;

3) em decorrência da segurança jurídica, o Estado – e os planos de Saúde – não possuem a obrigação de custear, sem limites, qualquer tratamento médico;

4) o Estado deve atuar em favor da procura de novas curas, inclusive para as doenças raras;

5) deve haver um balanceamento entre o "direito à esperança" (ou direito de tentar) do cidadão e o dever estatal de fornecimento de substâncias não comprovadas cientificamente;

6) a concessão de tratamentos experimentais pode configurar potencial violação ao princípio da isonomia;

7) a teoria do custo dos Direitos não autoriza a adoção de todo e qualquer tratamento;

8) na escolha trágica, o Estado pode limitar o fornecimento de tratamentos experimentais, em razão da escassez de recursos;

9) só há Direito à Saúde quando se tem o cumprimento de normas técnicas minimamente comprovadas no plano da ciência;

10) a pesquisa científica deve seguir padrões eticamente aceitáveis.

De qualquer forma, o tema é aberto e não possui uma posição pacífica.

Enquanto, de um lado, há discussão sobre a real existência do Direito ao tratamento experimental, de outro lado, é preciso deixar claro

[6] BARBOSA, Elina M. Revista de Direito Sanitário, São Paulo v.17 n.2, p. 66-92, jul./out. 2016, pág. 85.

que cabe ao Estado adotar posições equilibradas, a fim de evitar excessos ou omissões nas questões relacionadas ao Direito à Saúde.

5 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO À SAÚDE

A Constituição brasileira confere ao Ministério Público – MP várias atribuições, tais como tutelar os bens públicos e promover ações judiciais para a defesa dos direitos difusos e coletivos[7].

Na área da Saúde, a atuação ministerial é extremamente relevante e pode acontecer, resumidamente, em duas linhas:

1 – Extrajudicialmente: em que o Ministério Público chama todos os agentes para discutir questões sobre a Saúde, inclusive promovendo pactuações. A partir disso, fomenta-se uma solução dialogada dos problemas.

2 – Judicialmente: ocorre quando não há sucesso na pactuação; o Ministério Público atua na defesa dos interesses indisponíveis, então, em tese, não haveria legitimidade do Ministério Público para ajuizar ações individuais.

---

[7] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Contudo, o entendimento do Judiciário foi mais adiante, permitindo que o MP atue em favor de uma pessoa apenas. Neste sentido foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, de 2018, que fixou a seguinte tese: "O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se trata de direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)."[8]

[8] ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SOB A SISTEMÁTICA DOS REPETITIVOS. DEMANDAS DE SAÚDE COM BENEFICIÁRIOS INDIVIDUALIZADOS INTERPOSTAS CONTRA ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUPOSTA AFRONTA AOS DISPOSITIVOS DOS ARTS. 1º, V, E 21 DA LEI N. 7.347/1985, BEM COMO AO ART. 6º DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 1º DA LEI N. 8.625/1993 (LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO). APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015, C/C O ART. 256-N E SEGUINTES DO REGIMENTO INTERNO DO STJ. 1. Os dispositivos legais, cuja aplicação é questionada nos dois recursos especiais e a tramitação se dá pela sistemática dos repetitivos (REsp 1.681.690/SP e REsp 1.682.836/SP), terão sua resolução efetivada em conjunto, consoante determina a regra processual. 2. A discussão, neste feito, passa ao largo de qualquer consideração acerca da legitimidade ministerial para propor demandas, quando se tratar de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, até porque inexiste qualquer dúvida da sua legitimidade, nesse particular, seja por parte da legislação aplicável à espécie, seja por parte da jurisprudência. De outra parte, a discussão também não se refere à legitimidade de o Ministério Público postular em favor de interesses de menores, incapazes e de idosos em situação de vulnerabilidade. É que, em tais hipóteses, a legitimidade do órgão ministerial decorre da lei, em especial dos seguintes estatutos jurídicos: art. 201, VIII, da Lei n. 8.069/1990, e art. 74, II e III, da Lei 10.741/2003. 3. A fronteira para se discernir a legitimidade do órgão ministerial diz respeito à disponibilidade, ou não, dos direitos individuais vindicados. É que, referindo-se a direitos individuais disponíveis e uma vez não havendo uma lei especifica autorizando, de forma excepcional, a atuação do Ministério Público (como no caso da Lei n. 8.560/1992), não se pode falar em legitimidade de sua atuação. Todavia, se se tratar de direitos ou interesses indisponíveis, a legitimidade ministerial já decorreria da redação do próprio art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). 4. Com efeito, a disciplina do direito à saúde encontra na jurisprudência pátria a correspondência com o próprio

Tal entendimento já era admitido também pelo Supremo Tribunal Federal – STF. Assim, fica superada a ideia de que o MP somente poderia ajuizar ação na defesa de pessoa individualizada quando não existisse defensoria pública ou advocacia dativa na localidade.

Em verdade, o MP deve envidar esforços para atuar de modo coletivo, para beneficiar o maior número de pessoas.

Exemplo disso é a atuação do MPSC, que possui vários projetos e campanhas na área da saúde pública, destacando-se: (1) gratuidade do SUS (https://www.mpsc.mp.br/gratuidade-do-sus/gratuidade-do-sus); (2) violência obstétrica (https://www.mpsc.mp.br/campanhas/violencia-obstetrica); (3) combate à dengue (https://www.mpsc.mp.br/campanhas/e-o-fim-da-picada-) e; (4) transparência nas listas de espera do SUS (https://www.mpsc.mp.br/programas/transparencia-nas-listas-de-espera-do-sus).

Por fim, mas não menos importante, merece registrar-se que cabe ao Ministério Público a investigação e o oferecimento de denúncia contra os médicos que incidem na hipótese criminal acima mencionada, pois se trata de crime contra a administração pública.

---

direito à vida, de forma que a característica da indisponibilidade do direito já decorreria dessa premissa firmada. 5. Assim, inexiste violação dos dispositivos do art. 1º, V, e art. 21, da Lei n. 7.347/1985, bem como do art. 6º do CPC/1973, já que a atuação do Ministério Público, em demandas de saúde, assim como nas relativas à dignidade da pessoa humana, tem assento na indisponibilidade do direito individual, com fundamento no art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). 6. Tese jurídica firmada: O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se trata de direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). 7. No caso, o aresto prolatado pelo eg. Tribunal de origem está conforme o posicionamento desta Corte Superior, ao considerar a atuação do Ministério Público, por versar sobre direitos individuais indisponíveis. 8. Recurso especial conhecido e não provido. 9. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno deste STJ. (STJ, REsp 1.681.690 - SP (2017/0160213-7), Relator Ministro OG FERNANDES, julgamento 25 Abr. 2018).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hipótese que ensejou a presente pesquisa e a produção do texto foi confirmada.

Neste sentido, há várias medidas que podem ser investigadas na atuação dos médicos para coibir a alto número de processos da Judicialização da Saúde no Brasil. Tais profissionais, inegavelmente, são responsáveis por grande parte da evolução da sociedade pátria. Mas como acontece em toda categoria, sempre há agentes que atuam fora das permissões constitucionais, legais e éticas fixada pelo próprio Conselho de Fiscalização.

Neste contexto, em tese, o médico que exerce atividade no SUS que prescreve tecnologias em saúde (medicamentos, próteses, órteses, etc) fora das relações de padronização – Rename, Remume, etc – pode ser responsabilidade na área civil, administrativa e também criminal.

Tal conclusão não pode ser generalizada, pois a investigação da responsabilização exige um controle profundo e adequado quanto à atuação do médico.

Assim, não há poderes absolutos no ato de prescrever. Deve-se obediência à Constituição, às leis e, principalmente, às evidências científicas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Elina M. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v.17 n.2, p. 66-92, jul./out. 2016.

BRASIL. Resolução CFM 1.931/2009. Código de Ética Médica. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf. Acesso em 31 Jul. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 31 Jul. 2018.

SCHULZE, Clenio Jair. Números atualizados da judicialização da saúde no Brasil. 11 Set 2017. In Revista Empório do Direito. Disponível em http://emporiododireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze. Acesso em 31 Jul. 2018.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SAUDE MENTAL: o papel do estado e da sociedade

Paulo Delgado*

I

Iniciarei de três maneiras diferentes e complementares o que tenho para dizer. Primeiro, levando em conta valores humanos e o respeito que deveria derivar de sua consideração, podemos começar assim. Não chame seu irmão de tolo; não ofenda ninguém o considerando incapaz. O xingamento, vigorosa expressão pejorativa, é um insulto desde os tempos bíblicos. E a história do mundo não evoluiu o suficiente para que a brutalidade contra as pessoas submetidas a ritmos diferentes seja detida e a injustiça reparada.

Uma segunda forma de iniciar se justificaria se precisássemos falar de maneira mais cuidadosa diante de desinformados ou insensíveis, o que não é o caso. Mas como sempre existem distraídos vale a pena alertar como fazem os italianos - que lembro aqui em homenagem aos 40 anos da Lei Baságlia completados agora dia 13 de maio (1978-2018) – "*prima, bisogna conoscere il prima".* Ou seja, primeiro, é preciso conhecer o primeiro – hospício – do contrário não podemos discutir o sofrimento, espoliação e o aniquilamento que torna o enfermo mental "matéria humana", paciente como objeto de uma instituição total e fechada.

Um terceiro caminho é abordar a questão de maneira histórica e afirmar que a forma que a humanidade democrática encontrou de encarar de frente a verdade das coisas foi representar sua posição no plano jurídico e constitucional levando em conta os princípios da igualdade perante a lei e o direito de todos a um tratamento informado e justo. O doente mental visto como parte da sociedade e nenhuma autoridade médica pode estar instituída do poder de tirar dele a cidadania.

Qualquer que seja o ponto de vista que escolhermos o certo é que para a organização política das sociedades a loucura sempre foi

* contato@paulodelgado.com.br.

um nó intransponível na edificação dos ideais republicanos. Virtude, consciência moral, bondade, autoridade etc, nada disso permite a ninguém fazer o bem sem escrúpulos. É um álibi perfeito para aliviar a culpa imaginar poder ajudar o outro sem consultá-lo. O mundo está cheio de piedosas fraudes e de velado e anacrônico autoritarismo moral. Quem pode dizer que o próprio diagnóstico da insanidade não contenha, sempre, objetiva ou subjetivamente, um julgamento civil que leva à interdição e à perda de direitos? Quando Philippe Pinel, deputado constituinte, durante a Revolução Francesa de 1789, informou que a loucura precisava ser tratada como doença, pois altera a vida da pessoa, imaginou proteger os loucos nos hospícios. A Revolução havia decidido libertar todos os presos que a monarquia, com suas leis arbitrárias, havia encarcerado nas Bastilhas. A psiquiatria nasceu como especialidade médica.

200 anos depois, em 1989, após tentar sem êxito discutir a cidadania dos doentes mentais na constituinte, apresentei ao Congresso Nacional o projeto de lei que *buscava reestruturar a assistência psiquiátrica em nosso país dispondo sobre a extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por outros serviços.* Doze anos depois, em 2001, ele se converteu na lei que revolucionou o campo conceitual da psiquiatria pela ideia central de dizer que *o louco é um cidadão*. Que muitos ainda não aceitam, especialmente aqueles que continuam encarcerados às bolhas de poder que a cultura da exclusão impõe.

Mas como cancelar o hospital psiquiátrico. Como organizar o cuidado e a atenção sem recorrer à detenção. Como conter, sem deter. Qualquer negação é possível, desde que você construa outra coisa em seu lugar. Onde a lei é aplicada, funciona. O que fizemos foi buscar modernizar o ambiente clínico da assistência em direção à uma psiquiatria comunitária, sabendo que não somos todos iguais, mas todos devemos ter as mesmas liberdades. Instituir assistência, forçar o Estado a parar de fingir que cuidava do doente mental. Renovar sempre, não temer os paradoxos e as contradições da vida. “Não é bem reforma ou contra-reforma, toda ocasião é boa para recusar a diferença de nós” (Alberta Bassaglia).

II

Estamos em 2018, 17 anos depois da sanção da Lei 10.216/2001. São mais de 100 anos, em nosso país, da luta de fundadores de uma nova maneira de ver a medicina. A lei criou uma obrigação, que já existia para muitos, anterior a ela. Neste sentido não é uma lei *inventada*, é uma lei *descoberta.*

No Brasil, ajudou a descobrir a lei a persistência do Movimento Nacional da Luta Antimanicomial e os fundamentos que o impulsionam: humanismo, ciência, técnica, comunidade, afeto, história. Era preciso reorientar a medicina moderna na direção que aponta para a unidade corpo-espírito e querer, assim, encontrar a origem, a fabricação das doenças orgânicas, físicas e mentais. Fazer o órgão se reencontrar com sua função, dizer ao olho que o que importa é a visão.

Esta não é uma lei com fundamentos ideológicos de natureza partidária. A ideologia tem sim grande força para construir uma sociedade nova desde que seja capaz de desconstruir as instituições antigas e reerguer instituições novas. Nunca fique satisfeito com o que você sabe. A maioria das explicações não explicam. Cuidar dos que mais sofrem, garantir direitos e proteger a intimidade das pessoas, ajuda o Brasil a se tornar menos incivil olhando de frente seus problemas. A desinstitucionalização que a lei requer é um movimento de ondas, vai e vem, movimento que constrói e desconstrói, mas que só se solidifica, e só se mantem em pé, se tiver baseado em alguns princípios que equilibram escolha e rejeição. Princípios distantes das técnicas de autoinvenção sem evidência científica comprovada, deformando o Direito à Saúde pela oferta abundante de direitos inesperados usados para afirmação da medicina comercial que prospera pela mutilação dos outros. Nesta área o ponto de vista do paciente, o usuário, é tão importante quanto o próprio ponto de vista dos técnicos.

O dilema é enfrentar o conflito entre a cura e a custodia, entre a tutela e o acolhimento. Mudar o paradigma carceral do tratamento sem acolhimento, sem observação cuidadosa das pessoas que sofrem, pessoas com algum tipo de fratura ou fissura na sua relação com a institucionalidade dominante.

A lei se ajusta melhor a uma sociedade que veja a política como atividade de interesse geral, tenha compreensão e decisão de fazer política setorial, espaços protegidos, distinção incompreendida pela massa do povo e as elites retrógradas. Segundo, para isso é preciso a decisão técnica de fazer certo, fazer bem, pois não é possível somente decidir fazer. Pois de nada adianta você correr se está na estrada errada.

Não temos tradição de objetividade e persistência em nosso país. *"Sumiu"* é uma palavra-expressão que carrega uma condição que só existente entre nós. Não significa nada da ordem judicial, filosófica, material, política. *Sumiu* é a síntese virtual da irresponsabilidade social brasileira. Irresponsabilidade que vem banalizando as normas penais usadas para proteger um, o egoísta de todas as sociedades, alimentado pela sua pretensão de ter direito a sua própria e exclusiva porta de entrada no céu, tendo o juiz e o promotor como anjos caídos a seus pés, porque sumiu do horizonte da autoridade brasileira a visão coletiva do direito. É este egoísmo possessivo, que fere seu caráter universal, o que mais ameaça hoje o SUS, o principal fator de estabilização emocional para nosso povo.

Por isso sempre espero e alerto, em seminários como este, que não é possível esquecer qualquer movimento na área da saúde deve ser um movimento humanista, mas igualmente racionalista. A ideia de que a política e a justiça foram feitas para agradar é uma deformação da má política e de maus juízes. Juiz não é Deus, seu papel é aplicar a lei. A política, por sua vez, é feita para resolver democraticamente conflitos de interesse. Assim, ao decidir fazer, é preciso que seja feito com os recursos mais avançados possíveis para a época. Um bom exemplo de um sanitarista visionário é David Capistrano, Secretário de Saúde de Santos que enfrentou o status quo hostil ao formular a proposta técnica da intervenção no sistema manicomial e fechar o Hospital Anchieta, sem desconhecer a necessidade de confrontar, juridicamente, a ordem constitucional brasileira.

A mudança, para ser para valer, tem que ter fundamento legal, enfiar o nariz na ordem velha, botar em pé a ordem nova. A intervenção precisava criar outro estatuto jurídico para aquela situação que se criava. E foi então que Sérgio Sérvulo, o Secretário de Negócios Jurídicos, com descortino decidiu usar o ponto de luz que é possível encontrar em toda

escuridão. Agitou a inercia do Ministério da Justiça dando parecer favorável à intervenção informando à autoridade federal que sua decisão se baseava na *autonomia da vontade*. E explicava: as pessoas têm o direto de querer ser livres, autônomas e a autonomia da vontade não pode ser interrompida por razões terapêuticas, fundamentos clínicos originados em preconceito, ou por algum diagnostico que indique internação como supressão da liberdade. A doença mental não é contagiosa, dispensa o isolamento.

A melhor hora para compreender uma época é quando surgem suas ruinas. Estamos mesmo, nós próprios e a rede de atenção e serviços, em condições, pessoais, materiais, profissionais, de dar conta da internação ou do acolhimento voluntário? Que instituição realmente nova estamos criando? Para quem sofre qualquer tipo de violência ou injustiça o padrão de preponderância do fato é mais relevante do que provar sua evidência. Recolher pessoas ou acolher pessoas? Algumas dúvidas permanecem em nosso meio. Onde colocar as pessoas que não têm afinidade com a sociedade como está organizada, mas não podem ser moralmente condenadas por isso? Como aumentar a capacidade de suprimir ruídos, arquivar disputas? Concentrar a energia na explicação, absorver impactos, evitar duelos.

E hoje, para a gravar a compreensão das coisas, temos uma semelhança enganadora entre valores universais e globais. *Universalidade* diz respeito aos direitos humanos, a liberdade, democracia. *Globalização* tem a ver com comercio, tecnologia, turismo, homogeneização. A universalização tende ao desaparecimento em fuga para os braços da globalização cuja expansão reduz ao nível mais baixo toda a cultura, sufoca direitos, destrói a liberdade. É mais livre quem necessita menos e não se deixa levar pela oferta de tudo. Num mundo assim, os deslocados, os excêntricos, os loucos de todo o gênero estão cada vez mais sós.

Quem perde uma perna não perde o Direito, quem sofre precisa atenção, não punição; quem tem uma doença mental precisa cuidado, não encarceramento. É preciso enfrentar também, juridicamente, a questão de sempre embasar as ações na lei mais geral do país. Era um projeto de cidadania para o país. Pois somente seremos a expressão de uma civilização quando nos sentirmos insultados pela mentira zombeteira ou

consoladora dos que violam a lei em nome de causas autoproclamadas como justas. E essa luta da onda do mar, lembra a Veneza, terra de Basaglia, onde a maré às vezes indecisa do vai e vem, cobre e descobre, limita a locomoção, muda o meio de transporte. Este movimento é que nos faz não descuidar nunca da desinstitucionalização, para evitar a cronificação dos bons propósitos pela institucionalização equivocada. No nível superior, sucessivamente, uma e outra onda, destruir-construindo, fazer-refazendo, é essa espiral dialética de superar sempre num nível mais avançado. Quando a maré alta da intervenção do Anchieta se misturou à boa espuma do bom direito deixou na praia de Santos o equipamento técnico-médico que fez nascer o CAPS, um novo território de acolhimento e atenção, inscrito dentro dos princípios gerais que criaram o SUS, a maior rede de igualdade de atendimento do mundo.

III

Já é hora de o parlamento brasileiro, quando tiver tempo para pensar em outra coisa e não permitir ver o país aprisionado na corrupção, se movimentar outra vez e avançar na elaboração de leis correlatas, essenciais e inadiáveis, sobre a inimputabilidade e as medidas de segurança para o louco infrator. Afinal o doente mental foi colhido pelos códigos fonte do sistema penal, todo centrado na ideologia da prisão e do encarceramento. Que abriga em seus princípios o "auto de resistência", dispositivo que permite a juízes e promotores livrar policiais assassinos de processos cujas vítimas são, especialmente jovens, especialmente negros, especialmente pobres.

Uma época de dissolução não concentra seu esforço no interesse geral, nem produz autoridades objetivas e modestas. É só observar o fracasso do nosso progresso social pelo aumento crescente da população carcerária que já atingiu a trágica cifra de 780 mil prisioneiros, no mais violento país do mundo civilizado, com mais de 60 mil assassinatos por ano. Uma epidemia de homicídios diante de um judiciário elitista, caro, ineficiente e soberbo. Um Estado de autoridades distraídas do princípio que assegura que *o mal que o homem comete vive para depois da sua morte; o bem que por ventura faça quase sempre é enterrado com seus ossos*. (Shakespeare, Júlio César).

A doença mental não pode ser compreendida como estritamente orgânica apaziguada só pela quimioterapia e os remédios. Não há necessidade da psiquiatria bio-médica se agarrar à farmacologia para se fazer científica.

Mas é claro que o avanço da medicina e dos medicamentos pode permitir a reinserção social, convivência, restituindo o indivíduo, sua alma e desejos, ao mundo dos vivos. O que não significa esquecer que muitas vezes água com açúcar dada com amor faz mais efeito do que remédio dado com indiferença. A delicadeza é da mesma tonalidade da esperança. Todos deveriam saber que remédio não é tratamento. Seu destino é o sintoma. Mas o horizonte da cura, ou da convivência com o que aflige o corpo ou a mente, é o bem viver. O poder de sugestão e o desejo da alma podem ter tanta força como a resistência do corpo.

A internação é um termo médico. Mas a medicina não deve ser carceral para não ampliar a solidão moral do paciente como se sua doença criasse para ele um mundo do não direito. Para o humanismo sanitário a técnica só pode ser um instrumento da medicina se usada com respeito e bondade.

Acolhimento, tratamento precoce melhoram a evolução e a direção da doença. Agir antes do surto para não ferir, ferir-se, quebrar. Sintomas físicos, queixas, mal-estar, sempre foram indícios de várias enfermidades. Melhorar a escuta geral dos sintomas aparentemente sem importância, dores de cabeça, tremores, dores abdominais, cansaço extremo, falta de ar, agravado pelo embrulho e o ruído da adolescência: álcool, droga, conflito de gerações, esquisitices, vazio existencial, impaciência com o diferente. Com antipatia não se entende outra pessoa. Nem com mentiras e dissimulações.

É preciso estar sempre aberto para os novos paradigmas que se impõem diante da urgência que é compreender o fracasso das estruturas simbólicas dos jovens no mundo do crack. Qual o código cultural no qual se assenta a regulação da existência de tantas pessoas em tão pouco tempo? Droga que não leva ninguém a San Francisco certo que encontrará alguém com flores no cabelo. Droga que está produzindo no país uma vibração estranha e que está tirando das pessoas o movimento e as separando de sua geração. Droga que não leva a nenhuma nova explicação, ou novo conhecimento, a não ser a certeza de que o Brasil não funciona da forma

que é sonhado pelos brasileiros. Droga que destrói a família, a única instituição humana que ainda pode ser construído a partir do casamento por amor, que quebra a mãe pobre e não se regula mais pela economia dos signos, mas pela mais pura economia do mercado.

Qual a clínica praticada nos CAPS diante do hit parede barulhento das cidades que sufoca os adolescentes perseguidos? Como assessorar, defender e garantir direitos? Embora um bom caminho seja sempre o de procurar ver a realidade da posição que nos encontramos agora é fundamental não esquecer, em relação ao adolescente que a sociedade considera problemático, que uma criança maltratada cresce como uma fruta cheia de bicho. Amadurece cedo, muitas vezes apodrece incorporando o que aprendeu do seu agressor. Mas é olhando para o presente que sabemos que o menino amado certamente será o pai adulto e respeitoso do futuro.

IV

Não adianta, pois, querer medicalizar problemas sociais e manipular a política pública para enfrentamento tão complexo.

O Ministério da Saúde deve resistir aos que querem se apropriar do Plano Nacional de Combate ao Crack para ressuscitar o manicômio.

A tradição brasileira de tutela sobre pessoas doentes, agravada pela sedação e o isolamento, está culturalmente arraigada e é especialmente grave nas áreas da Saúde Mental, toxicomanias e alcoolismo. Mas a internação e o isolamento só encontram aceitação social se a sociedade não encontra os serviços descentralizados, comunitários, abertos com a mesma facilidade que encontra o mal que a desampara. É inaceitável, assim, usar o terror e o pânico para buscar legitimidade para a internação prolongada própria da obsoleta cultura manicomial.

É igualmente inaceitável regredir à doutrina moral de base religiosa que distancia da realidade do sujeito, da sua família e de seu contexto renegando a subjetividade e a vida prática. A instituição nova que criamos com a lei da reforma psiquiátrica não tem retorno e tem o nome do acolhimento, o tratamento em liberdade. Aí está nossa cidadela de solidariedade e cidadania: ver a dor dos outros como se fosse nossa própria dor. Sustentado por ações múltiplas e intersetoriais, mais

adequadas a cultura mais rica e complexa da medicina da mente e das doenças de longo percurso.

Saúde não é ausência de doenças. É um estado geral de bem-estar físico, psíquico e social como bem define a Organização Mundial de Saúde. E o CAPS não é um edifício físico. É uma prática itinerante, comunitária, descentralizada, universal e, sempre reavaliada, como são os princípios do SUS que sustentam a reforma psiquiátrica.

A doença não é um fracasso. É um evento na vida da pessoa que não cria para ela um estatuto de exilado em relação ao que é ou está normal. Se compareço a um serviço de saúde e não tenho amparo para minha dor, doente é o serviço. A doença é um processo que exige observação tolerante, advertência, preservação de direitos. A internação é uma parte do tratamento, mas não seu sinônimo e o conceito de leito, nesse caso, não se harmoniza com a terapia adequada.

A medicina da mente e suas galáxias tem que se abrir a uma certa imprecisão e passar a duvidar que cada comportamento corresponda a um medicamento. Há muita depressão e sociopatia na sociedade que é impaciente com os seus doentes, tanto quanto com crianças, mendigos, idosos, pobres, deficientes.

O doente mental é também beneficiário do ambiente jurídico oriundo da Declaração Universal dos Diretos do Homem e do Cidadão, como qualquer outro paciente. Seu tratamento não é um ato cirúrgico desde que foi abolida a lobotomia. Só a avaliação permanente do tratamento livra a psiquiatria da ideologia. Não há sucesso médico-terapêutico sem afeto, cultura, história da doença, escuta do sofrimento, subjetividade. Como bem sabia e praticava Dra. Nise da Silveira, precursora da lei.

Como ainda não sabem – mas precisam ser conquistados para esse novo horizonte do saber e da justiça – muitos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público que com desabrida ousadia invadem o saber médico e sanitário, violam a integridade do indivíduo, fazendo tábula rasa de todos os avanços, que quebraram preconceitos, sustentados pela pior tradição da psiquiatria que é o encarceramento de pacientes. Tradição para a qual não teriam coragem em outras áreas da medicina. É preciso alertá-los que, imaginando proteger direitos, decidem, por verdadeiras cartas régias, mandar internar os incômodos e,

na prática, vão reconstruindo hospícios contra a lei. Juízes e Promotores precisam se dar conta que a base de qualquer dominação é a ausência de contrapartida por parte do atingido pela lei. "O dom universal é um ato de poder e o império do bem, a violência do bem, consiste justamente em dar sem contrapartida possível" (Jean Baudrillard). O Brasil está doente de tanto receber e se tornou escravo de uma dívida insolúvel e impagável com os donos da lei, das notícias, das redes sociais, dos privilégios, do excesso de nonsense e manipulação da explicação.

Em relação ao sofrimento mental essa doença da globalização é agravada pela decisão da OMS de continuar a submeter o mundo ao sistema diagnóstico norte-americano do DSM-5, imposto pela indústria de medicamentos, e que passou a estimular ações equivocadas das autoridades judiciárias. Assim provocam mais mal, imaginando fazer o bem.

Promotores e Juízes devem sempre estar atentos para evitar o abuso da posição de grandeza tão comum em nosso pais. Afinal, a proteção dos diferentes não está baseada na diferença de proteção. E é sempre bom estar atento ao farto de que o mal e o conhecimento costumam andar juntos.

Enfim, é preciso estar atento com aqueles que ameaçam a evolução do tratamento e buscam legitimidade para suas críticas atravessando com desrespeito os fundamentos humanistas e técnicos da lei.

V

Encerro lembrando o que nos deixou Clarice Lispector em carta enviada de Berna, à sua irmã, desanimada por não saber ao certo o tipo de controle que deveria ter sobre sua vida: *Tânia, nem sei como lhe explicar, querida irmã, minha alma. Até cortar os próprios defeitos pode ser perigoso. Nunca se sabe qual é o defeito que sustenta nosso edifício inteiro*.

Quando os processos psíquicos suplantam os processos sociais vividos pelas pessoas quem pode dizer com certeza que os conceitos de normal e patológico permitem o conhecimento mais íntimo de nós? Qual a estimativa exata do que somos ou seremos? Como avaliar o peso na vida adulta dos processos inconscientes que marcam a vida desde a infância? Como ficar indiferente às alucinações de tantos

incompreendidos ouvidores de vozes? Todos sabem que a infância é de lascar. Nossa origem, a origem dos nossos desejos, identificações, recalques, fluxos de energia e criatividade. Onde está o esconderijo de nosso caráter, de nossas motivações e do inteiro teor de nossa personalidade?

Um bom caminho talvez seja procurar qualidade dos nossos defeitos para não deixar predominar na nossa vida os defeitos das nossas qualidades.

Esta é uma Lei da Sociedade Civil e seus movimentos por liberdade, atenção, justiça e harmoniosa convivência entre pessoas iguais e ao mesmo tempo diferentes.

Que este Seminário de defensores do Direito, reafirme, consolide e aperfeiçoe os princípios da Reforma.

Muito obrigado.

HIPÓCRATES EM TEMPOS DE DR. *GOOGLE* E NA ERA DA EXPERIÊNCIA

Leonardo Aguiar*

1 INTRODUÇÃO

No intervalo entre uma consulta e outra você dá uma pausa para checar seu celular, e percebe que o grupo de whatsapp de seus amigos médicos tem dezenas de mensagens que acabaram de chegar.

Tem todo tipo de informação que invariavelmente termina com lamentações e frustrações a respeito de tudo que envolve o mundo médico: consultórios, hospitais, o próprio ato de exercer a medicina e a prática da cirurgia plástica. Impossível não ficar incomodado ou preocupado com tantas queixas.

Sinceramente, parece que o caos está instalado. Você então lembra que não faz um check-up completo de saúde há alguns anos, apesar de ter um histórico familiar de diabetes e hipertensão, de estar com alguns quilos a mais, e sequer lembrar a última vez que teve aquela noite de sono reparador.

No final das contas, o olhar da medicina – seja o do consultório, ou aquele que nós utilizamos diretamente para tratar nossos pacientes e principalmente cuidar de nós mesmos – está totalmente focado na doença e não na saúde. E, a maior parte dos modelos de negócio e de remuneração médica, continuam baseados nessa mesma mentalidade.

Hoje, todos nós sabemos o resultado disso. O SUS com rombos financeiros incalculáveis, os planos de saúde com filas de espera e fechando as portas, deixando os segurados na mão. A profissão médica desvalorizada e desrespeitada e o próprio médico com diabetes, hipertenso, obeso, inflamado, estressado, desestimulado e pensando em largar a profissão. Aliás a síndrome de Burnout cresce muito entre as profissões médicas. O simples fato de você escolher ser médico já lhe rouba alguns anos de vida. Segundo o relatório do Medscape mais de 40% dos médicos americanos sofrem dessa síndrome. No Brasil, 48,5%

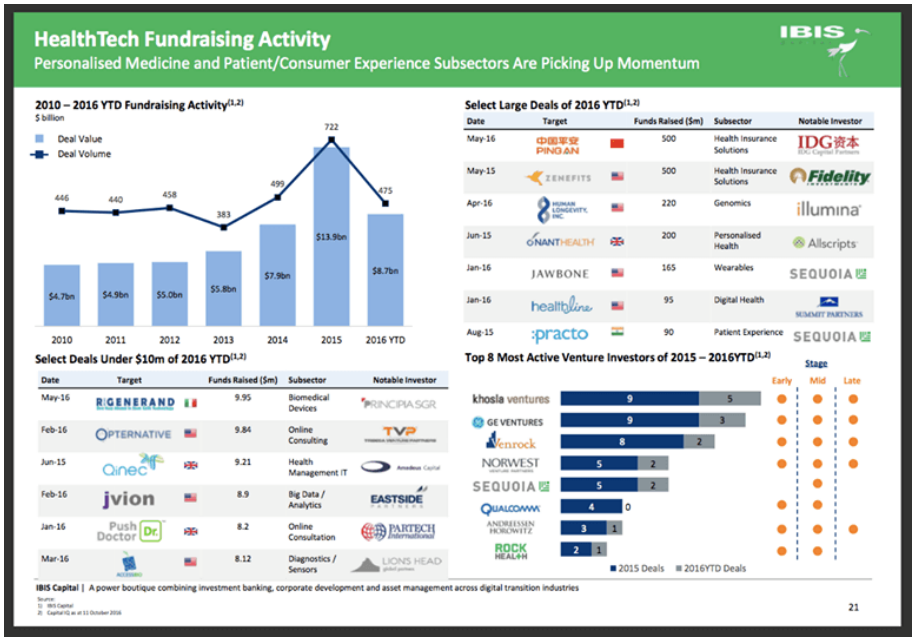
* Médico.

dos médicos já experimentaram a sensação de esgotamento – sintoma do Burnout – em algum momento de sua carreira.

A percepção de valor da nossa profissão é atacada dia após dia por alguns governos que transferem a sua incompetência na gestão da saúde e a culpa da ineficiência de todo um sistema nas costas do médico. Enfim, estamos num momento que podemos, sim, chamar de crise. E precisamos entender todo o contexto que envolve esse momento para conseguirmos agir de forma efetiva.

2 CRISE E INVESTIMENTOS

Em contraste à este cenário, atualmente, as maiores empresas de tecnologia do planeta e os maiores fundos globais estão investindo seriamente na Cadeia de Valor da Saúde, utilizando os conceitos do "Quadruple AIM" (falo disso mais adiante) para fazerem suas escolhas. Em 2017, somente nos EUA, foram investidos 11,5 bilhões de dólares em startups focadas em saúde digital.



Investimentos realizados em startups da área de saúde entre os anos de 2010 a 2016.

Google, Facebook, Amazon e Apple, serão as grandes empresas de saúde do futuro assim como foram as Big Pharma no passado. Exemplo disso foi a contratação de Scott Thomas pela Scanadu. Scott foi a mente brilhante por trás da campanha de marketing de Barack Obama, quando concorreu a presidência dos EUA. A Google Ventures tem mais de 30 empresas em seu portfólio focadas em saúde, incluindo o projeto chamado Baseline e a Calico; a Amazon iniciou recentemente um projeto focado na distribuição de medicação; Mark Z. do Facebook e sua esposa criaram uma empresa também focada em saúde. Hoje, existem mais de 30 empresas focadas na terapêutica digital[1], uma nova modalidade de tratamento que substitui o medicamento tradicional.

Mas, como tudo isso pode estar acontecendo nesse momento de crise que vivemos não somente no Brasil, mas no mundo todo? Um sistema degradado globalmente, e por vezes falido e corrompido, recebe investimentos absurdos pelo simples motivo de que chegamos ao fundo do poço e que algo precisa ser feito. E nisso gostaria de deixar bem claro que todos os países estão buscando reinventar seus modelos de assistência à saúde, pois é um problema global. E nós, médicos, também precisamos inovar e nos reinventarmos.

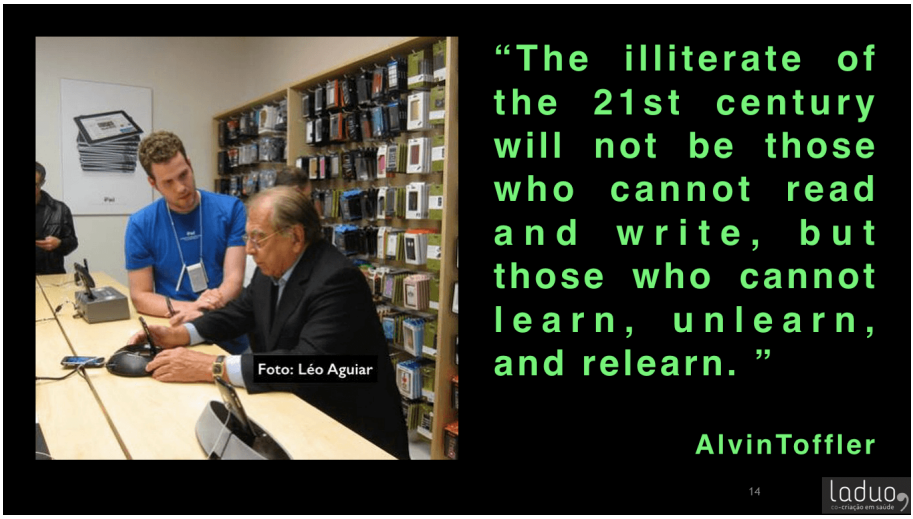
Como poderemos utilizar esses conceitos para melhorarmos a nossa prática como cirurgiões plásticos e como médicos de outras especialidades?

Um dos assuntos que mais me estimula dentro da medicina e da cirurgia plástica é a inovação. E essa paixão me levou a criar um projeto chamado de Cocriação de Saúde, reconhecido em 2012 pela Singularity University com potencial de impactar a vida de 1 bilhão de pessoas em 10 anos. Como prêmio, fui convidado para fazer uma especialização sobre Futurismo na Saúde, conhecido como Futuremed, e também participar de um treinamento em alta tecnologia focado na área da saúde. O treinamento ocorreu no NASA AMES Research Center, no vale do silício, ao lado da sede do Google, sendo esse um dos motivos que a

[1] https://www.economist.com/news/business/21736197-smartphones-are-increasingly-delivering-verified-treatments-diabetes-addictions-and-adhd

Singularity é conhecida como a Universidade do Google e da NASA. E, com a chancela de ser um médico futurista pela Singularity University, compartilho aqui minhas visão de futuro.

É preciso entrar em uma nova era de cuidados clínicos e pré clínicos e também inovar a forma de relacionamento médico-paciente. Justamente por já ter integrado a equipe de Ivo Pitanguy e hoje, estar no comando de uma empresa focada em futurismo da saúde através da inovação e do empreendedorismo, estou focado em trazer o paciente para o centro dos cuidados novamente, pois a medicina do futuro resgata atitudes extremamente valiosas que ficaram esquecidas no passado.



"*Os analfabetos do próximo século não são aqueles que não sabem ler ou escrever, mas aqueles que se recusam a desaprender, reaprender e aprender novamente*."
(Alvin Toffler)

É preciso, sim, incorporar as novas tecnologias na prática da profissão, no tratamento das doenças e na gestão de saúde, mas, acima de tudo, ouvir mais o paciente, olhar no olho e pegar na sua mão. A

principal função da tecnologia na área médica é favorecer o verdadeiro contato humano.

Incentivar diálogos é algo primordial para pensar e realizar as mudanças necessárias. A pluralidade da cadeia de valor da saúde e a união com o ecossistema empreendedor nesse novo contexto, tem despertado o interesse dos governos (incluindo o Brasil com a aprovação do Decreto 9283/18), hospitais, instituições de ensino e "planos/seguradoras" de saúde, sendo este último grupo, os clientes que mais têm se interessado pelo assunto no último ano.

Boa parte da inovação na área da saúde está se baseando em algo chamado de "Quadruple Aim" (algo como "meta quádrupla").

A ideia do "Quadruple Aim" nasceu de um artigo publicado em 2008, pelo pediatra da Universidade de Harvard e gestor da saúde, Donald Berwick.

De acordo com Berwick, para melhorar o sistema de saúde é necessário perseguir três objetivos:

1 - Melhorar a experiência do cuidado;

2 - Melhorar a saúde da população de uma forma geral, melhorando os resultados de todo o sistema;

3 - Reduzir os custos. Mais recentemente, diante do reconhecimento das dificuldades enfrentadas pelos profissionais da área da saúde, foi incluído um quarto pilar: **melhorar a experiência também dos médicos**.

É aí que somos surpreendidos, pois os critérios utilizados para o aporte de grandes investimentos na área de saúde são exatamente os mesmos que os nossos pacientes utilizam quando escolhem seus médicos. Invariavelmente os pacientes analisam os quatro pilares do "quadruple aim". Avaliam os resultados cirúrgicos e comparam com suas expectativas, levam em consideração o custo do procedimento e também são avaliados como diferenciais importantíssimos na escolha final os demais fatores que se relacionam direta ou indiretamente com a

experiência do paciente durante sua jornada antes, durante e depois do ato cirúrgico.

3 MOMENTO DE DISRUPTURA

Bom, se pensarmos em toda a história da humanidade, a tecnologia é uma ferramenta de transformação social e de mudança de comportamento. A primeira tecnologia que mudou drasticamente o comportamento das pessoas, por exemplo, foi a descoberta de como lascar a pedra e dominar o fogo. Isso permitiu o preparo e o aquecimento dos alimentos e foi fundamental para que o ser humano passasse a se organizar em tribos e ocupasse novas regiões do planeta.

A segunda grande mudança de comportamento, possibilitada pela tecnologia, foi a era industrial. Nos inícios dos anos 1800 "nasceu" a capacidade de replicar as coisas em escala. (Sapatos, eletrodomésticos e, claro, os remédios foram programados para serem produzidos em muita quantidade).

A terceira grande mudança proporcionada pela tecnologia é a que estamos presenciando neste exato momento e envolve a nossa recente amiga e já indispensável "dona internet". Conhecida como transformadora do mundo analógico para o digital.

Ocorre que por inúmeros fatores, a área da saúde no mundo todo ainda permanece dois séculos atrás. Esta disruptura digital ainda não ocorreu de forma definitiva. Toda infraestrutura do setor saúde, seja ele público ou privado, ainda vive os processos e a mentalidade da era industrial. E quais seriam as principais causas do atraso dessa transição?

A medicina convive, infelizmente, com muitos intermediários e com extrema burocracia. Por ser uma área muito regulamentada pelos governos, superprotegida pelos conselhos de classe, e com muitos "interesses" envolvidos, a sua entrada neste novo mundo tem demorado um pouco mais.

Por isso, boa parte do que é apresentado como inovação em saúde ainda não tem potencial verdadeiramente transformador. E o que

é apontado como “tecnologia de última ponta”, por sua vez, não tem conseguido mudar indicadores arcaicos, como mortalidade infantil e mortalidade materna.

4 MORTES TOTALMENTE EVITÁVEIS

Avançamos muito, é verdade. Mas há tempos estamos à deriva, convivendo com mortes facilmente evitáveis, como por pressão alta, por exemplo. Outro ponto a meu ver é que o hi-tech da saúde excluiu a prevenção genuína. Os avanços tecnológicos chegaram “com tudo” apenas aos aparelhos cirúrgicos, com as cirurgias robóticas, nos transplantes e nas microcâmeras que operam cérebros. Se você precisasse se submeter a uma dessas operações, certamente, desejaria receber estes cuidados ultramodernos, certo? E, se fosse possível evitar ser submetido a uma cirurgia, como a tecnologia te ajudaria?

Com um pouco de atraso, comparado com outros setores da sociedade, essas novas tecnologias estão chegando à área da saúde, causando uma verdadeira mudança de mentalidade e de comportamento, uma verdadeira quebra de paradigma, uma disruptura, pois a internet trouxe facilidade de acesso a todo o tipo de informação, facilitando a transformação do paciente para que ele seja o principal agente de sua saúde e de sua jornada dentro da experiência pré, trans e pós operatória.

Nós, cirurgiões plásticos, provavelmente fomos os primeiros grupos de médicos a perceber o impacto dessa mudança de comportamento, em que o paciente (me refiro àquela minoria de brasileiros que possui plano de saúde ou tem como custear) escolhe o procedimento, escolhe o profissional, o hospital e todos os demais pontos de contato que envolvem a experiência relacionada a sua cirurgia.

No passado a capacidade técnica foi o grande diferencial, pois o conhecimento era ainda muito restrito. Por esse motivo, poucos cirurgiões conseguiam obter bons resultados. Com o passar dos anos, e com a mentalidade da era industrial a competição ficou restrita à questão financeira, onde o preço era o grande diferencial na escolha do cirurgião.

Porém, o momento em que vivemos hoje, conhecido como era da experiência, o grande diferencial competitivo e o principal desafio das equipes lideradas pelos cirurgiões plásticos é desenvolver a capacidade de oferecer uma melhor e mais completa experiência de saúde.

E a busca da inovação e de novos modelos de assistência à saúde, no intuito de proporcionar a melhor experiência para o paciente, deveria ser o foco de todas as especialidades médicas, pois:

O Uber, não matou o modelo de negócios dos taxis. O acesso limitado, o controle absurdo das tarifas e o péssimo serviço prestado foram os verdadeiros responsáveis.

A Apple, não matou a indústria fonográfica. Foi o fato de sermos forçados a comprar um disco inteiro, quando na verdade queríamos ouvir somente apenas uma música específica.

A Amazon, não matou as formas tradicionais de venda. O péssimo serviço prestado e a má experiência de consumo foram os responsáveis.

A tecnologia sozinha não é a real DISRUPTORA. Não ser verdadeiramente centrado nas **reais necessidades de seus clientes** é a grande ameaça a qualquer modelo de negócio.

Os médicos deixaram de cuidar da saúde do paciente, para focar apenas na doença e nos modelos de negócio relacionados aos procedimentos e ao volume de atendimentos. A disruptura desse modelo será resgatar a essência do cuidado e promoção da saúde, um novo modelo baseado na percepção e na entrega de valor.

Inovação na cirurgia plástica não precisa necessariamente estar relacionada à tecnologia, às novas técnicas e aos novos equipamentos. A inovação pode acontecer também na forma de relacionar-se com o paciente, estimulando hábitos saudáveis e mudanças de comportamento para promoção da sua saúde, como para si mesmo enquanto pessoa e profissional de saúde.

A cirurgia plástica vem passando nos últimos anos por profundos processos de mudança na percepção de valor causados pelo surgimento de novas tecnologias, porém o propósito maior relacionado à transformação da alma de nossos pacientes permaneceu como o pilar

fundamental de nossa especialidade, que começou tratando deformidades. Com a evolução das técnicas passou a ser reconhecida como uma especialidade capaz de tratar as deformidades e também aprimorar a auto-estima.

Na transição disruptiva da cirurgia plástica, o verdadeiro diferencial competitivo do cirurgião plástico é a sua capacidade de ser humano e compreender sua importância na transformação na vida de seus pacientes.

A mudança de paradigma está justamente em manter as conquistas do passado, com a visão de promover o bem estar biológico, psicológico e social em escala global, através da busca constante pela inovação.

5 COMO A MEDICINA DO FUTURO PODE SER EM SISTEMA EXPONENCIALMENTE MELHOR

Na disruptura da saúde, o verdadeiro diferencial competitivo do médico é a sua capacidade de ser humano.

Quando falamos de futurismo, dividimos o futuro didaticamente em 3 períodos, ou blocos de tempo: Futuro emergente, o qual está relacionado com os acontecimentos nos próximos 5 anos; Futuro pós-emergente relacionado com os acontecimentos que irão ocorrer entre 5 e 10 anos e o terceiro período conhecido como Futuro propriamente dito, que estaria relacionado aos eventos que irão ocorrer a partir dos próximos 10 anos.

Uma das experiências mais marcantes da minha vida foi poder fazer esse exercício de Futurismo, imaginando qual seria o impacto das tecnologias exponenciais na área de saúde nos três blocos de tempo. Fiz esse exercício no último dia do FutureMed, em fevereiro de 2013, com um grupo de pessoas que naquela época, pelo menos para mim, eram ilustres desconhecidos. Confesso que depois terminei essa experiência fui pesquisar sobre meus colegas de turma e professores. Só hoje, alguns anos depois eu consigo ter a dimensão do que foi aquele momento.

Entre meus colegas de turma e professores no FutureMed, estavam: Ray Kurzweil, Peter Diamandis, Dan Kraft, Andrew Hessel, Anne Woicjik, Salim Ismail, Jack Andraka, Bertlan Mesko, Manessh Juneja, entre outros….

Foi uma experiência incrivelmente atordoante e hoje, acredito, tenho um pouco de maturidade para entender o que realmente aconteceu e o impacto que aqueles dias causaram em minha vida.

No FutureMed apresentando o projeto “Cocriação do Conceito de Saúde”, que coloca o paciente como principal agente da própria saúde e busca também uma maior empatia do profissional pelos problemas deste paciente.

As previsões do futuro da saúde realizadas durante aquele momento, hoje podem ser agrupadas em 3 grandes tendências.

1 - A “moda” é ser saudável e cuidar de sua saúde. Demonstrar ser saudável, confere status.

2 - A utilização da tecnologia para a digitalização e aprimoramento dos processos de consumo de saúde, possuem o objetivo final de melhorar a qualidade da experiência dos pacientes e dos prestadores de serviços de saúde melhorando os resultados e diminuindo os custos.

3- A convergência de novas tecnologias, como a Genética, a Nanotecnologia, a Robótica, a Impressão 3D, a Inteligência Artificial e a Tecnologia do Cuidado, tecnologias conhecidas como exponenciais, irão aumentar a nossa longevidade, ao mesmo tempo, proporcionando uma maior qualidade de vida.

5.1 Primeira tendência

A moda hoje é ser saudável e a saúde é percebida como símbolo de status. Por exemplo, participar de um grupo de corrida ou de yoga, fazer Pilates, ter o seu próprio personal trainer, entender sobre alimentação saudável virou sinônimo de disciplina, sofisticação e consciência que são valores semelhantes aos praticados pela indústria do luxo.

Segundo o Global Wellnes Institute o potencial de faturamento da indústria do bem estar pode chegar a mais de 3,7 bilhões de dólares em 2017.

Essa é a grande tendência atual da saúde e que deve se manter no futuro emergente pelos próximos 5 anos, pelo menos.

5.2 Segunda tendência

A segunda grande tendência iniciou nos anos de 2012-2013 e está crescendo fortemente no Brasil: é o que chamamos de Digitalização da Saúde.

Da mesma forma que a digitalização de processos mudou a forma como organizamos e planejamos nossas viagens, como também mudou a nossa relação com os bancos, diminuindo cada vez mais a necessidade da nossa presença física para efetuar algum pagamento ou transação financeira, esses conceitos de digitalização estão chegando na experiência de consumo da saúde.

A experiência de consumo, ou melhor, a jornada de saúde, inicia no momento em que sentimos algo fora do normal e pesquisamos por uma solução até o momento em que esta situação está resolvida. As experiências de consumo em saúde são muito mais sensíveis, pois o medo, a angústia, a dor e questões familiares estão sempre presentes.

Até pouco tempo atrás, o único ponto de contato digital dessa jornada era o Google, onde o paciente podia pesquisar seus sintomas e suas queixas. A partir daí, todo o restante da experiencia/jornada ocorria de uma forma tradicional.

São nesses novos pontos de contato digital que estão surgindo diversas startups com objetivo de melhorar essa experiência.

Empresas de tecnologia estão criando pulseiras, relógios, adesivos, chips e uma série de dispositivos que estimulam o paciente a colaborar no monitoramento de seus indicadores de saúde em tempo real, assumindo de forma proativa as rédeas da sua vida em busca de uma melhor qualidade de vida.

Essa participação ativa do paciente é uma ruptura de mentalidade, transferindo as decisões que antes estavam centralizadas nos médicos, para decisões em conjunto, em que a palavra final é a do paciente.

Muitos dos avanços realizados até aqui têm como foco a medicina que continua baseada somente na doença, uma medicina reativa e um sistema de saúde com seus modelos de negócios focados em volume e procedimentos. Já começamos a questionar se o sistema seria mesmo de saúde ou se seria um sistema de doença, pois literalmente a doença é o elo de ligação mais forte entre os profissionais e os pacientes.

Como deveria ser um verdadeiro sistema de saúde onde a saúde fosse o principal e mais forte elo de ligação? onde os profissionais seriam remunerados por manterem seus pacientes verdadeiramente saudáveis, e as doenças fossem diagnosticadas e tratadas em seus estágios pré-clínicos?

Para que isso realmente aconteça, precisamos ressignificar o conceito de saúde.

Qual o verdadeiro significado de saúde para você? Estar saudável é um conceito muito mais amplo do que simplesmente não estar doente, e também é algo além do completo bem estar biológico, psicológico social, ecológico e, ouso acrescentar, bem estar digital.

É preciso entrar em uma nova era de cuidados clínicos e pré clínicos e também inovar a forma de relacionamento médico-paciente. Justamente por já ter integrado a equipe de Ivo Pitanguy e hoje, estar no comando de uma empresa focada em futurismo através da inovação e do empreendedorismo nas áreas da saúde, insisto que é necessário trazer o paciente para o centro dos cuidados novamente, pois a medicina do futuro resgata atitudes extremamente valiosas que ficaram esquecidas no passado.

5.3 Terceira tendência

A terceira tendência é a convergência de novas tecnologias. É preciso, sim, incorporar as novas tecnologias na prática da profissão, no tratamento das doenças e na gestão de saúde, mas, acima de tudo, ouvir mais o paciente, olhar nos olhos dele e pegar na sua mão. Essa é a principal função da tecnologia: favorecer o contato humano.

Na co-criação em saúde, o paciente é estimulado a agir ativamente em busca de escolhas conscientes e saudáveis, graças a uma equipe multidisciplinar que atua na retaguarda.

No futuro, os pacientes se tornarão os gestores, programadores e co-criadores de seus índices em tempo real. E os médicos terão que ressignificar a essência de sua profissão, pois serão vistos pelos pacientes como novos parceiros e como curadores das novas camadas de informação que irão emergir com a convergência dos novos dados de saúde obtidos.

Com a internet das Coisas – conceito tecnológico em que todos os objetos da vida cotidiana estarão conectados à internet, agindo de modo inteligente e sensorial – nosso vaso sanitário se conectará com a nossa geladeira, que por sua vez receberá informação de nosso aparelho celular e, conforme for a alimentação nesse dia ou a quantidade de exercícios que executarmos, a geladeira poderá abrir ou não.

Os avanços tecnológicos chegaram 'com tudo' não apenas nas cirurgias robóticas, nos transplantes e nas microcâmeras que operam cérebros. Se o paciente precisar de uma dessas operações, certamente, ele desejará receber estes cuidados ultramodernos, certo?

E, caso você não quisesse ser submetido a uma cirurgia, como a tecnologia poderia te ajudar?

Com essa nova mentalidade, pacientes já perguntam: o que devo fazer hoje para estar melhor de saúde daqui a dez anos?

Avançamos muito, mas há tempos estamos à deriva, convivendo com mortes que seriam facilmente evitáveis, como por exemplo, por pressão alta. Outro ponto, é que o hi-tech da saúde excluiu a prevenção genuína.

Nos últimos 100 anos, praticamente todos os cuidados padronizados de saúde do Ocidente foram baseados nas doenças e nos

remédios. Com o avanço da tecnologia, começa a surgir um modelo de cuidado focado na monitorização dos dados de saúde. As novas tecnologias estão ajudando a criar um novo modelo padronizável, escalável e verdadeiramente baseado em evidências científicas, onde o monitoramento das pessoas conectado com algum tipo de tecnologia, como a inteligência artificial, começa a substituir o uso de medicações. A medicina, como toda indústria, não tem como fugir dessa transição.

Uma grande parte da inovação disruptiva na área da saúde está se baseando no conceito conhecido como Quadruple Aim, ou "meta quádrupla", que aponta ser necessário perseguir os seguintes objetivos:

– Melhorar a experiência do cuidado;
– Melhorar a saúde das populações;
– Reduzir os custos per capita nos cuidados de saúde.
– Melhorar a experiência dos médicos (objetivo incluído recentemente em razão das dificuldades vividas pelos profissionais de saúde).

É possível aplicar estes conceitos no dia a dia dos planos de saúde por meio de workshops e oficinas com apoio de metodologias ágeis e inovadoras como o Design Thinking e o Exponential Organization Canvas envolvendo todos os membros da cadeia de saúde.

Incentivar diálogos é algo primordial para pensar e realizar as mudanças necessárias. A pluralidade da cadeia de valor da saúde e a união com o ecossistema empreendedor nesse novo contexto tem despertado o interesse dos governos, dos hospitais, planos de saúde, instituições de ensino, sendo estes o grupo de clientes que mais tem se interessado pelo assunto no último ano.

6 TECNOLOGIA COMO DIFERENCIAL

Vive-se um período de transição na área da saúde: do analógico para o digital, e do digital para a convergência das tecnologias exponenciais. Já e possível monitorar o corpo humano, medindo os passos, o sono, as calorias, os batimentos do coração, as ondas cerebrais e muito mais. As pessoas terão dados, e esses dados serão os indicadores

de saúde. Já sabemos que tudo que pode ser medido pode ser monitorado, e tudo que pode ser monitorado pode ser melhorado. Este é o novo paradigma.

O futuro já bate à nossa porta por meio de máquinas multifuncionais para detectar doenças, antes de aparecerem os primeiros sintomas. Já existem testes genéticos mais baratos do que uma consulta médica. Computadores, dispositivos e robôs já são utilizados no diagnóstico e no tratamento e consulta à distância e aplicativos como aliados para otimizar a saúde.

A inovação na área da medicina não precisa necessariamente estar relacionada à tecnologia e aos novos equipamentos. Mas sim, na forma de relacionar-se com o paciente. Todos os profissionais que trabalham como máquina, serão substituídos por uma máquina. Os avanços tecnológicos na área da saúde evidenciam: cada vez mais o fator humano é preponderante na missão médica.

A medicina do futuro é aquela que mistura os conceitos da medicina tradicional com a medicina alternativa e complementar, e faz do paciente o centro das decisões, autônomo no autocuidado e na busca pelo seu bem-estar, que pode não ser perfeito, mas é seu.

O texto acima foi publicado em sua versão original no site O Futuro das Coisas[2]. O Futuro das Coisas é a principal plataforma do país dedicada a criar conteúdos exclusivos em Futurismo e Inovação, para as pessoas expandirem a mente e descobrirem novos interesses e oportunidades.

[2] Disponível em: <http://ofuturodascoisas.com/manifesto/>.

SAÚDE BASEADA EM EVIDÊNCIA, CHOOSING WISELY E SLOW MEDICINE: conceitos para o aprimoramento na assistência da saúde

Lívia Callegari*

1 INTRODUÇÃO

O cenário mundial é alterado a cada dia, em virtude das inúmeras alterações e proporcionadas pela evolução da tecnologia em várias vertentes da vida cotidiana. Isso traz um aspecto muito benéfico, mas também pode propiciar caminhos desconexos e fora de uma realidade ética.

O uso injustificado excessivo da tecnologia, distante da visão de agir no melhor interesse do paciente, acaba por ter um viés totalmente calcado nos lucros, geram insegurança ao paciente e ao sistema, resulta em desperdícios e falta de sustentabilidade, sem contar, ainda, com a possibilidade de trazer problemas ambientais.

A demanda por tecnologia é expansiva e necessária, mas deve ser utilizada de maneira racional e eficaz a solucionar as necessidades em Saúde, sob pena de trazer um grave colapso à Assistência na Saúde. Lucros e Fraudes, devem ser afastadas, fazendo-se prevalecer um modelo que coloque o paciente no centro das atenções.

Atentos a isso, a comunidade há algum tempo começa a se movimentar contra essas distorções, com o único objetivo de aniquilar o que não agrega. Nessa vertente, se fortalece a Medicina Baseada em Evidência e em Valores, a Choosing Wisely e a Slow Medicine.

* Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil e de Portugal, Especialista em Direito da Medicina pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e em Bioética pela Faculdade Medicina da USP, Pós-graduada em História da Filosofia pela FAAP, Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Bioética, Direito e Medicina - GBDM, da Faculdade de Medicina da USP, Professora convidada da Faculdade de Saúde Publica da Universidade de São Paulo. OAB-SP nº 169311 li_callegari@yahoo.com.br

2 DAS REFLEXÕES DO CONTEXTO ATUAL

O avanço da ciência e a inovação em tecnologia trouxeram inúmeras alterações em vários direcionamentos, na estrutura social, nas relações interpessoais e no *modus vivendi*. Em suma, a sociedade mudou porque a tecnologia mudou, mas o ser humano continua o mesmo com as suas individuais repostas biológicas.

Outrossim, esse reflexo também se expande para o Sistema de Saúde, que, notoriamente, sofre constantes transformações, contando inclusive com a resignificação de alguns conceitos e abordagens primordiais. Isso porque, com o aprimoramento dos dispositivos em Saúde, nas mais diversas vertentes, ocorreu maior probabilidade da prevenção e da detecção precoce de doenças, que resultam na chance de início imediato de tratamento. Para doenças que até outrora não se existia opção de manejo, atualmente é possível oferecer alternativa ao paciente, para se aniquilar ou controlar o progresso. Nessa avalanche de inovações, muito se investe no setor saúde, e a cada dia fármacos são criados, ou há descoberta de novas aplicações aos já existentes.

A saúde plena e uma hipotética sociedade livre de doenças são os bens preciosos mais almejados (Albuquerque; Oliveira, 1998). Assim, é de se acreditar que os estudos clínicos que possam representar ganho à qualidade de vida, devem ter o fundamental apoio da sociedade como um todo, ainda mais quando o desenvolvimento desse louvável direcionamento da ciência siga reais balizas éticas.

No entanto, nem sempre esse ideal faz parte da realidade, pois, por vezes, é ocultado um cenário escabroso que suplanta o cuidado apropriado e centrado no paciente, em detrimento às metas e ao lucro. A pessoa humana que deveria ser o fim, passa a ser o meio, em completa condição de objetificação (FOUCAULT, 1976).

Doenças e síndromes continuam a ser criadas em uma extensa linha de produção, sendo que, em muitos casos, nem sequer representam maiores ameaças para o tempo de vida. Há ampla divulgação e valorização de tais descobertas, tendo como combate os mais variados tipos de tratamentos, não raras vezes inseguros, pouco confiáveis e de duvidoso cunho científico (MELO, 2007).

Parte-se de um marketing cruel, descabido e ostensivo, destinado a explorar a aflição humana, vender vantagens, ilusões e, quiçá, modismos. A ele sempre se embute, na maioria dos discursos, a promessa de cura/controle de enfermidades de forma rápida, segura, definitiva e sem abalos consideráveis. Muita vez, para essa perniciosa divulgação, utilizam-se de eventos Congressos e outras inserções acadêmicas, donde se apresenta conhecimento incompleto, enviesado e manipulado ou mesmo - o que é pior- favorecem-se da constituição de associações supostamente em prol dos pacientes, mas que, em realidade, esconde a verdadeira face de meras captadoras, e são mantidas e geridas unicamente pela Indústria Farmacêutica e dos Dispositivos Médicos. Ficam em torno de quimeras que trazem maiores sofrimentos, estigmatização, adoção de tratamentos desnecessários que, em não raras vezes, geram danos aos pacientes e familiares, além de desperdícios para a área da saúde. Com isso, o conceito de saúde total passa a ser algo distante e inatingível, o que pode provocar angústia permanente e a experiência da vida passa a ser medicalizada.

Fato é que, de há muito esses engodos são anunciados em face das empresas e grandes laboratórios que atuam na área da saúde, notadamente, quando relacionados aos aspectos de corrupção e fraude em que participam a Indústria, o Governo, as Instituições de Saúde e os profissionais. Justifica-se e sedimenta-se esse cenário, tão somente por inexistirem regras claras sobre os testes segurança e fiscalização. A concreta responsabilização das referidas empresas também é insuficiente. Trabalhar-se, portanto, no limbo da falta de limites, calcado em um sistema falho de aprovação, que conta regulamentação precária, possibilitar um injustificado esquema de aliciamento e suborno (GOZSCHE, 2016). Isso em critério prático, acaba por constituir em verdadeira blindagem por parte de algumas empresas do setor que, praticamente, passam a usufruir de livre trânsito para a colocação de novos produtos no mercado e - pasme-se - com a conivência dos governos (AYÇAGUER, 2011). Consequentemente ao atrativo setor, muito se investe na certeza de que os ganhos serão absolutos e sem penalizações concretas.

No entanto, de acordo com Fortes (2016), o uso excessivo da tecnologia além de sofrer a influência de interesse lucrativos, aumento

de prestígio ou mesmo o prazer da prescrição de "mercadorias novas", também pode ser motivado pelo sincero desejo de ajudar. Essa é uma visão tradicional em que se postula no imperativo de agir no melhor interesse do paciente. Fato é que a demanda por tecnologia é expansiva e deve ser concebido como instrumental capacitador, racional e eficaz a solucionar as necessidades em Saúde, mas que também pode guardar o receio de estar, de alguma forma, em descumprimento de obrigações legais, que implicaria em promoção da responsabilidade jurídica e deontológica.

3 DA RELAÇÃO HUMANA EM SAÚDE

É inegável que a mudança dos valores que a sociedade experimenta, em certos aspectos trouxe muito beneficio, mas, em outro passo, paradoxalmente, trouxe imensa degeneração. As relações humanas foram massificadas e se tornaram impessoais (BAUMANN, 2014). Por consequência disso, o modelo de assistência à saúde adotou a disseminação dos atendimentos em grandes hospitais e centros de saúde. Igualmente o nível de especialização dos profissionais também contribui em muito para a despersonalização da figura do médico, pois até hoje se aplica a no modelo biomédico a concepção científica mecanicista trazida pelos filósofos Galileu, Descartes, Newton, Bacon no século XVII, a figura do médico de família e seu respectivo legado na forma de atuar, ficou escasso (MAYER, 1988).

Pela concepção adotada, frequentemente os médicos são desconhecidos e os pacientes são anônimos e, nessas circunstâncias, não se estabelece conexão nem tão pouco relação de confiança, o que abala em muito a essência a que a atividade foi concebida. Nessa mesma linha, também teve papel importante para macular o âmago da relação médico paciente o ingresso das operadoras/seguradoras de saúde nas atividades, de acordo com o pensamento de parte da doutrina. Com isso, em não raras situações são fixados valores irrisórios de remuneração ao trabalho, o que possibilitou a constituição definitiva de um cenário totalmente destituído da essência a que a profissão se destina. Nesse sentido, alerta para a falibilidade do sistema Barros Junior (2007):

> Aqueles médicos que não se prostituíram parecem à míngua, trabalhando cada vez mais e ganhando cada vez menos, estudando e aprendendo cada vez menos. Alguns muitos que se prostituíram fazem a estatística do descaso e, a pretexto de angariar clientes (e não pacientes), não raro desinformam a população e prejudicam a sociedade e a profissão. A classe médica está na linha de frente, recebendo toda a fúria da artilharia de uma sociedade em colapso, perdida e desesperada tanto quanto os profissionais da saúde. (sic)

Consequentemente, na prática médica atual houve expressivo aumento na demanda de atendimentos que deflagra na gritante falta de tempo, os profissionais apressados acabam por oferecer consultas rápidas. O estabelecimento da distorcida cultura a um suposto imediatismo para solução de todo e qualquer mal que assole o bem-estar do indivíduo contribuem para esse panorama. **Não se olha para o paciente, não se faz uma anamnese adequada, e não se estabelece um diálogo eficiente.** Tudo acontece de forma acelerada, sem tempo para escutar, avaliar e tomar decisão.

Por isso que, para otimizar o tempo e equacionar os ganhos, há injustificado o aumento de requisições dos exames desatrelado a uma criteriosa evidência científica ou ao menos a um esperado raciocínio clínico. Isso porque, atingir metas passou a ser a força matriz de alguns estabelecimentos de Saúde, notadamente, aos que adotam o modelo denominado *fee for service* (pagamento por procedimento). (Hickson, Altemeier e Perri, 1987). Nessa vertente caótica, também se devem inserir os incentivos financeiros de hospitais, laboratórios e médicos por esse tipo de remuneração, o que gera um deplorável ciclo vicioso, conforme relatório americano da State Health Care Cost Containment Commission.

Para Bobbio (2016) é o que se denomina *Fast Medicine*, segundo a qual trabalha-se com há fragmentação da medicina pelo atendimento por meio de vários especialistas que, na maioria das vezes não trocam informações entre si e não se preocupam com a totalidade do paciente. Não há o compromisso com o paciente para o auxílio mais adequado para o processo da tomada de decisão. Injustificadamente e sem um pensamento profundo do caso concreto há o aumento de

medicalização, pois assim como em parte das pesquisas clínicas, não se vislumbra o interesse no ser humano e as suas peculiaridades, mas o foco é apenas para a doença.

É bem verdade que a tecnologia é fascinante, mas apenas quando bem e inteligentemente utilizada, pois facilita em muito o cotidiano, criando boas perspectivas. No entanto, jamais deve causar abalo ou distanciamento nas relações, mesmo porque, por mais avançada que ela esteja – e nem sempre o novo supera o já existente-, ainda quem a cria, opera e interpreta o resultado das máquinas são os seres humanos. Não se pode esquecer que a clínica é soberana, e não se aprende Medicina mexendo nas máquinas, mas com o contato direto com o paciente. Um exame de laboratório ou um de imagem não são capazes de sozinhos explicarem uma doença, pois isso sempre dependerá de um profissional para a condução do diagnóstico, por mais que se avance a inteligência artificial. A precisão que pode ser obtida pelas inovações, nunca deve representar açodamento ou volume de produção, mas fundamental ganho em qualidade.

A par do exposto, com os assuntos potuados, há intensificação de um *descomensurado* desperdício, ausência de otimização de recursos e danos ao meio ambiente, além da falta de sustentabilidade, fatores esses que geram uma descabida elevação de custos para a Assistência à Saúde. Apenas para situar mais profundamente, de acordo com a **ANS, no relatório de 2017**, levantamentos estatísticos comprovaram o crescimento na quantidade de pedido de exames complementares por pessoa, que chega a 21% para Tomografia Computadorizada e 25,2% para Ressonância Magnética.

Com isso, instaura-se a saga do ***overdiagnosis*** (em tradução aproximada, excesso de diagnóstico) e *overtreatment* (excesso de tratamento), que, invariavelmente resultam na condução do caso com ausência de adoção da melhor técnica, sem contar com o desate total a uma ideal prática clínica, de acordo com Bond e outros Bond (2012). Claramente, um direcionamento que traz mais males do que benefícios a quem se vale do atendimento. **O** *primum non nocere* **(primeiro não prejudicar), que está umbilicalmente ligado ao princípio bioético da não-maleficência,** e preconiza, dentre outros aspectos, sopesar os riscos e possibilidades de danos desnecessários aos pacientes, majoração de

custos ao se requisitar exames não indicados, elaborar diagnósticos, executar procedimentos ou mesmo prescrever medicamentos, é colocado de lado. Não se assimila com parcimônia que, para o caso concreto, o menos não pode representar mais (LOWN, 2013).

E quando do resultado dos exames, o processo de comunicação entre médico e paciente é frágil e, invariavelmente, gera uma patente estigmatização no indivíduo, que reduzido meramente a uma doença, sente-se fragilizado e, tão somente, se vê conduzido a uma fútil medicalização, sem ainda receber orientação sobre a necessidade de introduzir alguma alteração de comportamento diário. **Na pressa, esquece-se da importância do direcionamento adequado ao paciente, pois jamais um ruim hábito de vida poderá ser suplantado por um medicamento.** Com efeito, oculta-se **todo esse cenário também é o reflexo da mais evidente falha no ensino e preparação desde a graduação – o ponto de partida -** por lançarem à sociedade, profissionais que se encontram com robusto saber técnico, mas extremamente distantes e carentes de uma visão humanizada. Inclusive, não se direciona espaço nas grades das aulas para as necessárias reflexões trazidas pela Bioética, pois muitos consideram a temática de somenos importância.

Tal estado de coisas tem gerado grande insatisfação dos pacientes, dos médicos e dos demais profissionais de saúde. Em suma, no aspecto prático, doença ou qualquer assunto que se direciona à saúde humana, passou a fazer parte da vertente relacionada à sociedade de massa, enquadrando-se o com viés inadequado de mercantilização, justamente contrário ao estabelecido pelos códigos deontológicos. As relações sociais por terem se tornado cada vez mais impessoais, resultam na perda do elo da confiança e da perda qualitativa processo de comunicação. A totalidade do ser, contando-se com seu sofrimento, expectativas e entendimento cultural, fica limitada, muita vez, por uma visão utilitarista que visa apenas à experimentação patrimonial. Segundo Birolini (2017), quando não se estabelece relação médico paciente, há mero negócio.

Por esse motivo, fundamentar a origem desse excesso na Assistência à Saúde unicamente por consequência da denominada

Medicina Defensiva, é algo pueril por não analisar as todas as questões, desde o seu ponto de origem e os interesses que realmente

4 DA SUPOSTA MEDICINA DEFESIVA

A conduta inadequada a um seguimento que prioriza a segurança para o paciente, para a Instituição ou para o profissional, traz o abalo não apenas ao indivíduo que se utiliza da prestação de serviços, mas também ao Sistema de Saúde como um todo, o que acaba por resvalar no risco jurídico. **Surgem, então, confrontos no judiciário que, em não raras vezes, são escoradas com teses excessivamente leigas e totalmente desprovidas de base,** posto que estribadas em conhecimento meramente vulgar de baixo grau de segurança científica, surgido da mera observação que não oferece relação causal adequada, mas sempre com o foco no profissional. Isso em nada agrega e apenas faz aumentar **ainda mais distância entre as áreas do saber**.

Estranhamente, s.m.j., não se verifica com alguma constância ações em face dos fabricantes de produtos utilizados na área da saúde, por mais que em alguns sejam alertados os pontos deficitários para aprovação, introdução no mercado e falta de controle de qualidade. Com esse raciocínio cabe, portanto, indagar quantas complicações cirúrgicas ocorrem em virtude de falha no material e não por erro de técnica? Essa questão usualmente não é levantada, pois se presume que sucumbiria por si só, tendo em vista que de um lado estruturação pericial - extremamente fundamental a um processo - é limitada, e de outro a visão de alguns Tribunais é totalmente defasada, por se utilizarem de teorias ultrapassadas do Direito, que estão desassociadas de uma análise com abrangência sistêmica, segundo a qual uma visão mais ampla do caso concreto para, de fato, se perquirir a verdade real.

Não bastasse isso, em alguns casos concretos, para intensificar a balburdia de pensamentos, são absorvidas teorias de direto comparado inadequadas, ao nosso ordenamento. Nesse contexto, desconsidera-se que a área da saúde tem peculiaridades não afeitas a outras áreas e, portanto, descabida a linha que se tem visto consolidar hodiernamente com a adoção, em alguns julgados da teoria da perda de uma chance, que trabalha na hipótese temerária da incerteza pontencializada. Segundo

Lovato Neto, isso decorre da falta de um maior comprometimento no estudo, ignora a correta interpretação e extensão da teoria, o que resulta no entendimento de impossibilidade e não cabimento da aplicação no país, por falta de adequação de estrutura e por incompatibilidade com os requisitos da responsabilidade civil.

Assim, por mero comodismo e pelo pensamento raso se manterá a adoção da cultura do "mais do mesmo", que possivelmente caminhará para a condução da responsabilização do prestador de serviço de saúde, seja pessoa física ou jurídica, mas sem nunca resvalar no verdadeiro responsável, que permanecerá sob o manto de inacreditável proteção e invisibilidade, fortalecendo, assim, ainda mais o cenário de impunidade na saúde e de um sistema inoperante e propiciador de fraudes.

A Medicina, que era uma ciência destacada e inabalável, passou a fazer parte do comportamento da sociedade através do qual prevalece a interpretação leiga de fenômenos inerentes à ciência, com conotações de futilidade, envolvendo supostos danos médicos em fóruns atécnicos e leigos pelo senso comum, desprezando-se o conhecimento científico sob o fantasioso argumento de corporativismo. (BARROS JÚNIOR, 2007). Ambos os lados, no entanto, olvidam-se que, pelo estado da ciência por mais seguras que sejam as técnicas, o risco nunca é eliminado por completo, pois não estão adstritos somente a técnica, mas às reações do próprio organismo.

Por outro lado, a degenerar totalmente a relação médico paciente também toma corpo o incentivo ao seguro de erro médico, que acaba por acarretar no total detesate com a ética e moral das profissões da saúde.

Destarte, a denominada indústria do seguro profissional, na visão de muitos, além de nada estabilizar as relações, causam iminente distanciamento no trato do profissional com o paciente, por preocupar-se com questões patrimoniais que eventualmente poderão surgir quando do desfecho do tratamento, olvidando-se do objeto principal que é a relação humana. Vendem-se a ilusória blindagem patrimonial, esquecendo-se que o caminho para se evitar conflitos é a boa estruturação da relação médico paciente.

A conseqüência desse afastamento de foco, é a piora da prestação de serviços em que o paciente fica à míngua e o profissional sem anteparo

mínimo para atuação, seja no sentido técnico e psicológico por ser pressionado em várias vertentes da sociedade (JACOVELLA, 2004).

5 DA MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS - MBE

Diante do panorama apresentado, em que se pontuou sobre a falta de credibilidade de teorias aventadas para justificar o aviltamento na área da saúde, que, em realidade, guardam o escopo de tentar mascarar aspectos mais profundos, como desperdícios injustificados, fraudes, excesso de informação não tão segura a um adequado processo de decisão diagnóstica e terapêutica, e a necessidade de reatar o paciente no foco da assistência, tem-se desenvolvido parâmetros adoção de melhor conduta e de raciocínio clinico para o caso concreto.

Emerge, assim, o vislumbrar da relação médico-paciente moldada com novos contornos, trazendo o paciente como elemento destacado no cenário, eis que calcado no direito à informação, passa a ter capacidade de interagir mais amplamente para o sucesso da aplicação terapêutica adotada, pois a partir da compreensão dos fatos concretiza sua intenção com ausência de influência, confluindo diretamente no pleno exercício da autonomia.

No entanto, esse padrão ideal de autonomia, ainda é um caminho longo e espinhoso a se percorrer, pois a maior parcela da população não é educada para a saúde e, a cada dia, são sucateados programas governamentais direcionados a esse mote. Em virtude disso, nem sempre consegue entender a informação que lhe é ofertada. Por outro lado, também contribui para essa lacuna de interlocução o fato do médico sair da faculdade com vasta carga técnica, necessitando aprender a dialogar com o paciente. Robusteceu-se o indispensável rigorismo técnico e esqueceu-se do lado humanístico da relação. Certamente, a comunicação é a viga matriz da suscitada da relação.

Na tentativa de estabelecer o mínimo de segurança ao paciente e ao sistema de saúde, além de moralizar e filtrar as informações existentes, alguns movimentos sociais buscam resgatar valores no cuidado em saúde (BOFF, 1999).

Relembra Varela (2018) que durante muito tempo, a Medicina foi baseada em teorias empíricas, improváveis, experiências individuais, ideologias e crendices populares.

Com os estudos avançados no tempo, quebrou-se esse paradigma do subjetivismo possível. Isso não significa que haverá exatidão matemática nas ações em Medicina, pois atingir um resultado depende de outros fatores, mas a construção de um conhecimento mais próximo de dados concretos e sem conflitos de interesse.

Por isso a necessidade dos países criarem órgãos independentes e imparciais para fazerem estudos concretos a fim de servir à comunidade como um todo. É um direcionamento a ser percorrido, pois poucos institutos de graduação em saúde passam conteúdo a aguçar a busca pelos conceitos de eficácia, efetividade, eficiência, segurança das drogas, por exemplo, e como se buscam as evidências para cada caso.

Por isso, com a finalidade de colocar termo a alguns direcionamentos tão desconexos na área da saúde, esclarecer dúvidas sobre as novas formas de tratamentos que em algumas situações não correspondem às expectativas criadas, e possibilitar seleção com probidade algumas informações lançadas, foi criado na Universidade McMaster, no início dos anos 1980, no Canadá, o movimento denominado Medicina Baseada em Evidências (Evidence-Based Medicine, EBM ou MBE). Tem o referido momento o objetivo de agregar os conceitos da epidemiologia com a medicina clínica, traçando a necessidade de aprendizado de metodologia, probabilidade e estatística, além da utilidade dos exames e das terapêuticas, que resultou no aumento da discussão sobre o ensino e a prática da medicina. Reflete em tomadas de decisão que se baseiam em um conhecimento científico da maior qualidade, ou seja, melhores informações e melhores evidências, o que auxilia os profissionais na seleção das condutas e exames a serem pedidos, e leva em consideração a experiência do profissional médico e a vontade do paciente.

Assim, objetivamente definem David, Willian e Muir (1996): "Medicina baseada em evidências é o uso consciencioso, explícito e judicioso da melhor evidência disponível ao tomar decisões sobre o cuidado de um paciente".

Sintetiza esse conhecimento no amplo espectro e é considerada uma das referências mundiais a Cochrane Library. Para tanto, utiliza-se de uma rede independente de pesquisadores e profissionais da saúde, cuja missão é manter e divulgar revisões sistemáticas de ensaios clínicos randomizados controlados (estudo secundário que tem por objetivo reunir e comparar estudos semelhantes com avaliação critica de metodologia e outros pontos), considerados o melhor nível de evidências cientificas e da mais alta qualidade para a tomada de decisões em saúde, o que beneficia população, o paciente, os gestores e profissionais da saúde, os gestores públicos e à Organização Mundial de Saúde (OMS).

Para um primeiro passo na busca de uma evidência precisa estar acompanhado do objetivo de analisar o disponível na atualidade, estar imbuído de um espírito **Conscienciosо (**ser cuidadoso e minucioso no que faz), **Explícito (ser** aberto, claro e transparente) e **Judicioso:** usar bom senso e julgamento apropriado (LOPES, 2000).

Tais estudos devem se encontrar na pirâmide de níveis de evidência da Cochrane. Com isso, didaticamente deve-se formular uma pergunta (Qual é o problema?), que pode ser destinada a uma população com uma determinada doença. Em seguida, "Qual a intervenção que funciona, em comparado com as a já utilizadas?" e "Qual o desfecho? Comparado com qual terapia entre as que já são utilizadas? E para que desfecho?" Em suma: 1) problema, 2) fator de predição, 3) alternativa e 4) resultado ou evento (LOPES, 2000).

Essa maneira de formular as questões são derivados da técnica denominada PICO (*patient, intervention, comparison, outcomes*), segundo a qual a população com problema é o P; o I significa a intervenção que será utilizada; o C é o grupo controle, que é a intervenção com a qual você quer comparar; e o O é o *outcome*, ou desfecho, em inglês, qual o resultado esperado. Formam os estudos de metanálise um conjunto com o mesmo PICO (SANTOS et al., 2007).

Importante, nesse sentido, utilizar da escolha de desenhos apropriados para cada pergunta e o que tem o maior nível de evidência.

Para explicitar mais adequadamente esclarece Atallah (2017):

> O primeiro nível para tratamentos é a revisão sistemática de estudos anteriores com metanálise. O segundo é o ensaio clínico controlado duplo-cego randomizado grande,

> chamado large trial, com mais de 1.000 casos. O terceiro nível de evidência é o ensaio clínico pequeno, que em geral tem de 100 a 200 casos em cada grupo. O quarto é o estudo coorte (estudo de grupo de pessoas), que acompanha um grupo tratado diferentes, mas não é o duplo-cego, os pacientes não são sorteados e aí já perde muita qualidade por isso. O quinto nível é um estudo retrospectivo, que pega os dados e tenta montar um estudo comparativo, mas com algumas lacunas. A sexta categoria corresponde às séries de casos. Se um médico tratou 50 pacientes assim e teve esses resultados, mas não os comparou com ninguém, não fez o teste cego, pois não teve isenção suficiente.
> Por fim temos a opinião do especialista, que não é ciência, mas uma opinião. Isso é, contudo, um estímulo que pode se transformar em uma pergunta estruturada e torna-se a semente do progresso da medicina.

Dessa feita, elucida Lopes (2000) que para o profissional ser considerado apto ao cotejo da MBE deve ser capaz de:

> 1. identificar os problemas relevantes do paciente;
> 2. converter os problemas em questões que conduzam às respostas necessárias;
> 3. pesquisar eficientemente as fontes de informação;
> 4. avaliar a qualidade da informação e a força da evidência, favorecendo ou negando o valor de uma determinada conduta;
> 5. chegar a uma conclusão correta quanto ao significado da informação;
> 6. aplicar as conclusões dessa avaliação na melhoria dos cuidados prestados aos pacientes.

Devido a segurança que dá ao exercício da Medicina, assim como outras áreas, a MBE solidifica um trabalho adequado para que as instituições formulem *guidelines* ou protocolos para a padronização das atividades, desde que baseadas em evidência cientifica. Isso se justifica porque o fato de ter um protocolo não significa a incolumidade do mesmo, pois pode guardar claro conflito de interesse quando da sua elaboração, ou mesmo alguma distorção para se atingir algum objetivo que não seja o paciente (MENDES, 2007).

Também não significa dizer que o fato dos protocolos existirem deva causar obrigatoriedade a serem seguidos, como em uma fórmula pronta. Devem os protocolos servir de norte, sem jamais olvidar da necessária individualização quando do atendimento do paciente para o caso concreto, pois nem sempre o que está no protocolo pode ser utilizado para algumas circunstâncias que podem ocorrer pontualmente. Usá-lo sem o devido raciocínio clinico e como se fosse algo a seguir à risca sem comportar exceções, pode causar maiores danos do que beneficio. Por isso, o perigo de algumas tendências surgidas no Direito que se o profissional seguiu o protocolo está sumariamente protegido de qualquer demanda. Não é bem assim e deve-se analisar o caso concreto e também forma com que esse protocolo foi criado, pois também pode estar transvestir um real conflito de interesse.

A MBE por se estender a uma gama enorme de aplicações e estruturação na saúde, por isso é de extrema importância esse assunto muito necessita ainda a ser aprofundado aos profissionais da saúde e aos do Direito que militam no Direito Médico e da Saúde, pois atualmente existe um reflexo importante no judiciário relativo a MBE. Isso ocorre pelo necessário aprimoramento de áreas diversas, para que a Justiça como uma instituição maior, seja também utilizada de maneira adequada.

Como dito, muitos discursos se pautam ser a judicialização a exclusa vilã pelo rombo orçamentário no sistema de saúde. Sabe-se que ela pode estar causando algum descompasso, mas não é a principal culpada. O que é mascarado são justamente os grandes esquemas de corrupção que envolvem a assistência na saúde humana, conforme exposto à exaustão, e por isso a MBE traz esclarecimento adequado à probidade técnica do que se requisita judicialmente ou o que se utiliza em Medicina para atingir o resultado esperado ou mais próximo do resultado no paciente.

No cenário atual, ainda são muito tímidas as respostas do judiciário frente aos aspectos técnicos trazidos pela MBE, conforme se verifica no estudo trazido por Dias e Silva Júnior (2016). Revela que ainda a maioria dos julgados atribuídos a análise de pedidos de medicamento não se utilizou da MBE e não contribuíram para uma análise mais adequada da situação do paciente, prevalecendo argumentos jurídicos ligados à superioridade do direito à saúde, com fundamento no

art. 196 da Constituição, e ao caráter abusivo e ilegal de restrições ao fornecimento de medicamentos e tratamentos, com base no Código de Defesa do Consumidor. Essa desconsideração levou ao fornecimento de medicamentos e tratamentos desnecessários ou inadequados, ignorando alternativas disponibilizadas por planos e saúde e pelo Sistema Único de Saúde, gerando oneração desnecessária. Precisa-se, portanto, ser intensificada uma base técnica responsável, adequada e conjunta entre todos os saberes para que as possíveis distorções, ilusões e interesses escusos sejam barrados em definitivo.

A MBE é algo para ser aliado à assistência em saúde, e não mais um fator contribuinte a se intensificar rupturas. Ela, sobretudo, deve aliar o melhor conhecimento cientifico ao raciocínio clinico e adequar esses fatores aos valores do paciente. Nãopode ser instrumento de se avaliar sob a ótica puramente monetária ou orçamentária, mas estar a serviço da pessoa.

6 *CHOOSING WISELY*: escolhas sábias

Nessa mesma conjuntura de se alinhar o pensamento científico ao raciocínio clinico, foi criada, em 2012, pelo *American Board of Internal Medicine* uma campanha que previa a utilização de sabedoria nas escolhas, que surge principalmente pela constatação da utilização exagerada ou inapropriada de recursos em saúde, ponderando que em muitas situações em Saúde, o menos é mais (*Less is More)*. (CAMPOS VELHO, 2017).

Utilizou-se da estratégia de aproximar-se de cada especialidade, segundo a qual deveria apontar condutas médicas que não deveriam estar sendo adotadas, por serem contraindicadas ou condutas fúteis. Surgiram então as recomendações do *Choosing Wisely* que trouxeram caminho reflexivo e de vanguarda.

Enfatize-se que tais recomendações não têm o intuito primário de economizar recursos, mais sim de melhorar a qualidade da assistência e levar a segurança ao paciente. São embasadas em evidências, o que aumenta a probabilidade de benefício e reduz o risco de malefício à saúde dos indivíduos, trazendo para o centro da relação o paciente.

Em outras palavras o *Choosing Wisely* em caminho diverso ao de costume recomenda o que não se deve fazer e normalmente limitam a

condutas comprovadamente deletérias. No entanto, além da prova do dano, há outras razões para não adotarmos condutas. Ou colocado de outra forma, não significa que temos que fazer algo só porque não é deletério.

Assim, para o desempenho (eficácia) e a utilidade (relevância) de uma conduta, não pode se adotar:

> 1) Terapia prejudicial - isso é óbvio, portanto não é o foco principal do *Choosing Wisely*.
> 2) Terapia desconhecida quanto à sua eficácia (não há demonstração) - há tantos exemplos de condutas que fogem à plausibilidade extrema, porém são adotadas sistematicamente, baseadas em crenças.
> 3) Terapia comprovadamente ineficaz, embora segura - isso também se faz, pois muitas vezes ensaios clínicos negativos não são valorizados por irem de encontro a nossas crenças.
> 4) Testes diagnósticos ou prognósticos aplicados em situações inúteis (fúteis), trazendo resultados potencialmente prejudiciais *(overdiagnosis).*

Cuida também a *Choosing Wisely* de analisar a pertinência de cada exame, dadas as peculiaridades seja pela metodologia, seja pela acurácia. Apenas para elucidar muito sumariamente, a acurácia, segundo Correia (2011) é a capacidade do método de acertar o diagnóstico. Para tanto são componentes da acurácia são sensibilidade (capacidade do método em reconhecer os doentes, enquanto especificidade é a capacidade do método em reconhecer os saudáveis) e especificidade é a capacidade do método em reconhecer os saudáveis. Dependendo da metodologia que é utilizada, o exame é fútil, pois não encontra parâmetros adequados a uma real detecção. Por isso, seja qual for o teste ou exame utilizado para qualquer tipo rastreamento, nunca se poderá garantir a confiabilidade total do resultado, posto que pode variar com o método, na identificação de todos os indivíduos que têm a doença (verdadeiros positivos) dos que não as têm (verdadeiros negativos). (CASABONA, 2004).

Engrandece ainda mais o objetivo com que a campanha foi moldada, não apenas pelo escopo de trazer racionalidade na assistência,

mas também quando a *Choosing Wisely* traz ao paciente a um papel destacado a figurar na relação com o profissional de saúde. Para fortalecer o meio para de atingir o autocuidado e a decisão compartilhada, elementos fundamentais a se exercitar a plena autonomia, recomendou-se pelo próprio paciente a aplicação do seguinte questionário:

> Esse exame/procedimento é realmente necessário?
> Quais são os benefícios, as contraindicações e os efeitos colaterais desse exame/procedimento?
> Existem opções mais simples e seguras?
> O que acontece se eu não investigar ou se eu não tratar meu problema?
> Quais são os custos envolvidos?

A esse direcionamento traz a possibilidade de conduz o paciente a uma seletividade, otimização e compreensão do que ocorre no seu redor. Significa o mesmo que levar para o paciente o Empowerment - termo de origem inglesa de difícil tradução para o português utilizado inicialmente para as relações em Saúde -, transcrito como fortalecimento, dar poder ou capturar poder. (TEIXEIRA, 2002; COSTA NETO, 2014). Sintetizada pela definição de Vasconcelos (2001) que diz ser "[...] o aumento do poder pessoal e coletivo de indivíduos e grupos sociais nas relações interpessoais e institucionais, principalmente daqueles submetidos a relações de opressão e dominação social".

Portanto, com a participação conjunta e inteligente é possível desconstruir alguns processos deficitários que insistem a se repetir na assistência e limitar as possíveis distorções.

7 SLOW MEDICINE: a medicina sem pressa

A tendência mundial, como explanado o colocar o paciente em uma base diferenciada de passividade, tendo o médico o dever de munir o indivíduo de todas as informações necessárias a ampla e adequada tomada de decisão, que se concretizará por meio do consentimento livre e esclarecido. Consequentemente, muda-se o enfoque da

responsabilização, passando a ser compartilhada, pois o paciente interage todo o tempo, antes do tratamento, durante e após (COUTO FILHO, 2004).

Nesse diapasão, não é demasiado rememorar que a relação médico-paciente considerada é *sui generis*, pois o que leva este a procurar aquele, em geral é uma patologia, infortúnio ou qualquer outro estado de fragilidade, na sua ampla acepção. Se não bastasse isso, baseia-se em relação contratual *intuito personae*, ou seja, baseada na confiança (GODOY, 2004).

Dessa feita o Movimento Slow Medicine que tem origem na Itália, foi trazido no artigo ***Un invito ad una Slow Medicine***, por Dolara (2002). Propõ-se uma reconstrução dos valores relacionados à saúde, particularmente uma desaceleração do processo de tomada de decisões em algumas situações clínicas comuns na prática médica.

Com o tempo, o movimento sedimentou-se em outros países sempre com a proposta de enfatizar o incentivo à adoção dos princípios básicos e tradicionais da assistência ao doente, aprimorados pelo uso sensato e criterioso de todos os avanços tecnológicos, sejam diagnósticos como terapêuticos (BIROLINI, 2018).

Pretende fundir **princípios fundamentais da ética e do respeito para com os pacientes, com a sociedade e com os colegas, deixando de lado possíveis conflitos de interesse ou de promoção pessoal e não se conceitua como especialidade Médica.**

Para Sacomani (2017) adota uma rigorosa postura ética; o paciente e as pessoas que lhe são próximas são o centro das intervenções cujo objetivo destina-se a aumentar o bem-estar psíquico e físico e a autonomia na tomada de decisões. Por isso que não se permite que os pacientes sejam manipulados na sua fragilidade com o intuito de criar dependência. Para tanto, as informações oferecidas não podem ser equivocadas ou incompletas, nem tão pouco denegrir outras formas de tratamento, para não induzir o paciente a erros.

Antes mesmo de ser um técnico competente, o Médico é um educador: daí resulta o impacto dos aspectos de comunicação e de relacionamento durante todo o tratamento, posturas estas que implicam a participação constante dos cidadãos na gestão da saúde.

Dentro da referida atribuição de cada profissional da área da saúde, encontra-se o médico, que se revestirá do papel de religar (que vem de re-ligare, mesma raiz da palavra religião) os elementos a reconstituir a individualidade do paciente atingido na totalidade do seu ser por uma doença que, de alguma forma, desarranja seus elementos constituintes e que o tornam ao mesmo tempo realidade e fenômeno, transcendência e aparência. Deverá o médico não apenas ter a função de cuidar da aparência, mas tentar atingir o doente, a pessoa do doente, não somente a doença (VASCONCELLOS, 2006).

Com recursos da medicina narrativa, pode analisar o paciente sob a ótica holística, pois não a enxerga como uma doença, mas como um doente a partir da sua história, manifestações clínicas, sinais e sintomas que podem ter significados diferentes. Quando da comunicação observa a linguagem verbal, mas também o conjunto de outras linguagens. Não se trata de prescindir dos avanços da ciência médica, mas apenas de reconhecer que ela só por si não será capaz de fornecer bases sólidas que preparem o médico para a complexidade de um profícuo encontro com o seu doente. Nesta ótica, é de suma importância o enfoque da Medicina Narrativa, pois não estará apenas no cerne do intercâmbio linguístico entre médico e doente, mas também como instrumento formativo capaz de fornecer meios para interpretação com o objetivo de promover uma atitude mais atenta e perspicaz aos modos vários modos de expressão do paciente (FERNANDES, 2014).

Dessa feita, é dever do profissional envolvido na relação com o paciente, possuir conhecimentos suficientes do emocional humano, para captar as possíveis reações do paciente no decorrer da transmissão das informações. Note-se que tais informações, deverão ser em linguajar claro e conciso, elevando sempre em consideração o grau de instrução paciente, bem como sua condição emocional. Deve, ainda, o médico noticiar o diagnóstico ou prognóstico, por meio de mensagem verdadeira, sempre deixando margem para esperança, ainda que esta seja limitada (FABRIZ, 2003).

Portanto, não mais se coaduna prevalecer o antigo modelo hipocrático, tendo o médico, hodiernamente, o dever de aconselhar e informar o paciente, e, se o caso, familiares ou próximos, da conduta a ser seguida e dos riscos da operação e tratamento recomendados. Além

disso, pela estreita relação de confiança estabelecida entre o médico e paciente, a mentira não se coaduna com ela, por isso o médico deve-lhe a verdade, embora sujeita a certos limites. Para Krieger (2017) deve ter o profissional o mínimo de técnica de comunicação por más notícias, quando for o caso para própria proteção do doente. É princípio moral de que a mentira é juridicamente uma culpa e o médico não se pode crer acima dele. A confiança do paciente no médico é dupla: de um leigo e um profissional; de um fraco e de um protetor. Mas o médico não é "dono" do doente. O paciente deve ser objeto de profundo respeito e consideração pelo profissional e tem direito de ser informado de seu estado, perspectivas e possibilidades, tratamentos existentes e riscos advindos de cada um, salvo quando a comunicação direta pudesse provocar-lhe dano, devendo, em nome da sua proteção, nesse caso, a comunicação ser feita ao responsável legal ou familiar (MONTEIRO DE CASTRO, 2004).

A informação ampla sobre os vários aspectos do tratamento é um real elemento para o pleno exercício da autonomia do paciente. Da autonomia do paciente, tem o profissional, após a informação esclarecedora, obrigação de respeitar as crenças, valores e escolhas pessoais. O consentimento é amadurecido e não apenas informado ou esclarecido, que passa a ser uma segura ponta final da comunicação, segundo o qual o paciente dentro do binômio avaliação/entendimento, pode externar a sua autodeterminação por meio da tomada de decisão. A decisão, por sua vez, é compartilhada. Tem como base as crenças, convicções, expectativas e preferências do paciente. É um direito que deve ser exercido livre de coação ou intimidação, originado de uma linguagem fornecida de maneira clara e que não induza a um erro essencial, sob pena de nulidade.

O paciente é bem direcionado e por isso se torna mais consciente e participativo. Nesse processo, em colaboração ao cuidado, redes de apoio de cuidado também são constituídas. A relação médico e paciente nasce bem constituída, e, por isso, dificilmente haverá um confronto, pois há eticidade no vínculo estabelecido.

Identifica-se A *Slow Medicine* com a "*Evidence Based Medicine*" (Medicina Baseada em Evidência), notadamente, por acreditar na postura "Fazer mais não significa fazer melhor". Outrossim

se alinha a Choosing Wisely que a uma adequada ferramenta para a pratica médica. É por isso considerada medicina baseada em valor pois pela experiência clinica, é capaz de tirar o melhor da revolução tecnológica e valores dentro de cada especialidade médica.

A Slow Medicine prega uma medicina justa, sóbria e respeitosa, sumariamente, adota princípios fundamentais, conforme extraídos do Slow Medicine na Holanda, traduzido pelo movimento Slow Medicine Brasil, segundo o qual passa a transcrever:

> **1.Tempo**
> Tempo para ouvir, para entender, para refletir. Tempo para consultar e tomar decisões. A tomada de decisões melhora quando os médicos dedicam seu tempo e sua atenção ao paciente.
> **2. Individualização**
> Cuidado particularizado, justo, apropriado. A individualidade em lugar da generalidade. O paciente deve ser o foco da atenção e seu ponto de vista e seus valores são fundamentais.
> **3. Autonomia e Auto-Cuidado**
> Decisões compartilhadas. A chave da questão são os valores, expectativas e preferências do paciente. Nela estão envolvidos o ambiente de cuidados do paciente, sua família, vizinhos, amigos e outras fontes de suporte ou apoio.
> **4. Conceito positivo de saúde**
> Neste conceito de saúde, que transcende o antigo conceito de saúde da OMS ("um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afeções e enfermidades") o foco é no auto cuidado e resiliência (*), com ênfase na saúde e não na doença, abordando os cuidados de saúde e a prevenção de doenças e a manutenção da qualidade e da acessibilidade dos cuidados.
> **5. Prevenção**
> Alimentação saudável é a prescrição básica para uma vida saudável. Atividade física regular, pensamento positivo e flexibilidade mental são essenciais para manter nossos cérebros saudáveis.
> **6. Qualidade de vida**
> Fazer mais nem sempre significa fazer melhor. Mais que quantidade deve-se investir na qualidade, na aceitação do

inevitável. Deve-se sempre considerar a arte médica de não intervir – a sabedoria da observação clínica.

7. Medicina Integrativa

O melhor de 2 mundos: medicina tradicional sempre que indicada. Medicina complementar se possível, preferencialmente baseada em evidências. Segurança em primeiro lugar, eficácia quando possível. Sem metáforas da luta ou guerra contra a doença. As palavras de ordem são recuperação, equilíbrio, harmonia.

8. Segurança em primeiro lugar:

Lembre-se do juramento de Hipócrates: Primum non nocere et in dubio abstine. Em primeiro lugar não causar o mal. Em dúvida, abstenha-se de intervir.

9. Paixão e compaixão

Resgatar a paixão pelo cuidar e o sentimento da compaixão na atenção médica. Buscar incansavelmente a humanização dos cuidados à saúde.

10. Uso parcimonioso da tecnologia

A tecnologia deve servir ao homem. As novas tecnologias devem cumprir seus objetivos de auxiliar a pessoa no autocuidado e auxiliar o médico a tomar as melhores decisões para seu paciente, que busquem primordialmente melhorar sua qualidade de vida.

A Slow Medicine é, portanto, um necessário e real resgate da medicina individualizada, pois todos somos uma única essência em nos mesmos, e não meras estatísticas em uma coletividade massificada.

8 CONCLUSÃO

A reestruturação concreta da assistência à saúde, como um todo, é urgente e necessária. De há muito se instalou quadro periclitante, em que apenas resta dificuldade a todos os atores do sistema: pacientes e profissionais. Por sua vez, os existentes projetos para humanização são lançados à margem do sistema, em virtude de má gestão e pela instalação de políticas de objetivos obscuros e de inegável intenção de prevalência aos interesses unilaterais.

Se existe corrupção é porque há, além do comportamento, a permissibilidade para tanto, sem qualquer impeditivo do Sistema. É uma vertente desvirtuada que se espera uma importante alteração. Talvez isso

possa ser intensificado programas de Compliance na saúde para estabelecer regras de conduta que inevitavelmente, refletirá no sistema de gerenciamento de riscos e de segurança do paciente, de cujas definições devem ser interpretadas da maneira mais abrangente possível. Isso porque se chegou à conclusão que agir errado, é gera transtornos de inúmeras vertentes e que não valem à pena.

Com efeito, de nada adianta partir de ação no plano macro de reeducação e realinhamento, se no plano micro não houver mudança de atitude. É bem verdade que a grande maioria dos médicos age de maneira correta e sempre farão o melhor que conseguirem dentro de um cuidado mais apropriado, ainda que exista uma fração dos médicos que se beneficiam do incentivo perverso desse universo de fraudes, direcionando a saúde alheia como um mero negócio. ou comércio, o que é terminantemente proibido pelos Códigos de Ética da maioria das profissões em saúde.

Outrossim, a enorme adoção de tecnologia, sem a preocupação com os resultados, pode aumentar os riscos sem trazer nenhum benefício. Nem sempre o que é novo é seguro e a colocação de uma nova tecnologia à disposição nem sempre significa inovação. Treinamentos insuficientes sem critério para lidar com a "nova tecnologia", também contribuem para o aumento de taxa de complicação, aniquilando vidas no seu mais amplo espectro e gerando gastos desnecessários. Se não traz melhoria, os riscos são acentuados, melhor que nada seja feito.

É, portanto, chegada a hora de uma aplicação de direcionamentos não enviesados que tenha como principal objetivo trazer aplicação de conhecimento médico e cientifico com o mais alto grau evidência. AIiado a isso, constituir-se um adequado processo de diálogo com o paciente que o conduzirá a ser o centro da relação, pois após o pleno esclarecimento poderá conduzir o exercício da tomada de decisão sem máculas, vislumbrando os seus valores e necessidades. Para tanto, em meio a esse cenário, é fundamenta e indispensável o parcimonioso uso da tecnologia, sem nunca despresá-la.

Precisa-se de um resgate fundamental finalizado pelo pensamento de Bottoni (2018), que traduz acaba por traduzir a essência de alguns movimentos como o *Slow Medicine*:

> Ouvir, informar, compartilhar a decisão e, inclusive, desenvolver técnicas para se preparar para uma consulta, são de suma importância. Cuidar sempre, curar nem sempre. Culpar o sistema apenas não resolve, mas é necessário, sobretudo, verificar e analisar a atitude pessoal. Lembrar que a sociedade sou eu, e depois os outros. Na assistência é fundamental conhecer o paciente, respeitar o valor da pessoa e ceder um pouco, quando for o caso.

REFERÊNCIAS

Albuquerque CMS, Oliveira CPF. Saúde e Doença: Significações e Perspectivas em Mudança http://www.ipv.pt/millenium/Millenium25/25_27.htm

Atallah A. O que é e como funciona a Medicina Baseada em Evidência? Disponível em http://www.namu.com.br/materias/o-que-e-e-como-funciona-medicina-baseada-em-evidencias

Ayçaguer LCS The drug industry and the obstacles for timely flow of information and their effects on the public health http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662011000500012

BRASIL, http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/4006-ans-divulga-o-rea-ouvidorias-2017

Barros Júnior EA, A responsabilidade civil do médico – uma abordagem constitucional. São Paulo: Atlas; 2007.

Bauman, Z. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014

Birolini. D. O exercício da slow medicine: à guisa de um conceito, 2018. Disponível em: https://www.slowmedicine.com.br/o-exercicio-da-slow-medicine-a-guisa-de-um-conceito/

_____D. Entrevista com Prof Dário Birolini disponível em https://www.slowmedicine.com.br/entrevista-com-prof-dario-birolini/

Boff, L. Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela terra. Rio de Janeiro: Editora Vozes,1999 Boff L. Saber cuidar: Ética do Humano – compaixão pela terra, Petrópolis, RJ: Vozes. 1999:142

Bond R M.; Bond JD Henry. D. Preventing overdiagnosis: How to stop harming the healthy BMJ2012; 344: e 3502. doi:10.1136/bmj.e3502 (Published: 29 May 2012)

Casabona CMR. Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey; 2004

Castro JM. Responsabilidade Civil do Médico, Método, São Paulo, 2005

Cochrane Brasil. Quem é e o que faz a Cochrane. Disponível em: https://brazil.cochrane.org/quem-%C3%A9-e-o-que-faz-cochrane

Correia L. Medicina baseada e evidência: O que é acurácia? 2011. Disponível em: http://medicinabaseadaemevidencias.blogspot.com/2011/05/o-que-e-acuracia.html

Costa Neto J. Dignidade Humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu. São Paulo: Saraiva, 2014

Couto Filho AF. Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar. Belo Horizonte: Del Rey; 2001

David S., William R., Muir G. Evidence based medicine: what it is and what it isn't BMJ; 13 January 1996 disponível em: http://www.bmj.com/content/312/7023/71

Dias ER, Silva Junior GB. A Medicina Baseada em Evidências na jurisprudência relativa ao direito à saúde, 2016 einstein. 2016;14(1):1-5

Dolara A. Invito ad una "Slow Medicine". Ital Heart J Suppl 2002; 3: 100-1.

EUA, State Health Care Cost Containment Commission (EUA) Report "Cracking the Code on Health Care Costs" http://web1.millercenter.org/commissions/healthcare/HealthcareCommission-Report.pdf

Fernandes, I. A pertinência da Medicina Narrativa na prática clínica Rev Port Med Geral Fam, Lisboa, vol. 30, n. 5, out. 2014

Foucault, M. The birth of the clinic: an archaeology of medical perception. New York: Vintage Books, 1976

Fortes, P. Breve reflexão ética sobre os aspectos da gestão de serviços de saúde, *in* Vecina Neto, G. Malik, A.M. Gestão em Saúde- Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016

Jacovella, PF, et al Buena/ Mala praxis médica em cirugía estética. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004

Godoy, R. A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2000 RT 777
Gotzche, Peter. Medicamentos mortais e crime organizado. Porto Alegre: Bookman, 2016

Guyatt, G; Cairns, J; Evidence-Based Medicine Working Group.Evidence-based medicine. A new approach to teaching the practice of medicine. *JAMA.* 1992;268(17):2420-2425. doi:10.1001/jama.1992.03490170092032

Hickson, GB; Altemeier WA.; Perrin, J M. Physician Reimbursement by Salary or Fee-for-Service: Effect on Physician Practice Behavior in a Randomized Prospective Study Pediatrics September 1987, VOLUME 80 / ISSUE 3 disponível em http://pediatrics.aappublications.org/content/80/3/344.short

Krieger M V Comunicação de Más Notícias em saúde: contribuições à discussão bioética, através de uma nova Ética das Virtudes, 2017 disponível em bvssp.icict.fiocruz.br/lildbi/docsonline/get.php?id=5207

Lopes AA Medicina Baseada em Evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica Rev Ass Med Brasil 2000; 46(3): 285-8 http://www.scielo.br/pdf/ramb/v46n3/3089.pdf

Lovato Neto R Aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica e críticas da doutrina pátria, disponível em www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ae31ee951b4d4bfb

Lown, Bernard A arte perdida de curar. São Paulo: Editora Petrópolis, 2013

Mayer, E.. Toward a New Philosophy of Biology. 1988.Cambridge: Harvard University Press.

Melo, M. A promoção da doença. A quem interessa? Rev Port Clin Geral 2007;23:361-4

Mendes, JP. Guidelines ou blindlines? Da evidência à clarividência. Rev Port Imunoalergologia 2007; 15 (3): 213-225

Moraes A. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas;2015

Sacomani C. 2017 https://www.slowmedicine.com.br/slow-medicine-nao-e-uma-especialidade-medica-saiba-por-que/

Santos CMC; Pimenta CAM; Nobre MRC. A estratégia PICO para a construção da pergunta de pesquisa e busca de evidências Rev. Latino-Am. Enfermagem, Ribeirão Preto, v.15, n.3, June 2007

Slow Medicine Nl. Ten basics of Slow Medicine disponível em http://slowmedicine.nl/home%20english.html

Teixeira, MB. Empoderamento como estratégia de ganho de saúde. 2002. disponível em http://portalteses.icict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00003402&lng=pt&nrm=iso

Varela D. Medicina Baseada em Evidência, 2018 https://drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/medicina-baseada-em-evidencias/

Vasconcelos, E. M, A proposta de empowerment e sua complexidade: uma revisão histórica na perspectiva do Serviço Social e da saúde mental". In: Revista Serviço Social & Sociedade: seguridade social e cidadania. 2001

Velho, JCC. As 10 Recomendações da Choosing Wisely Internacional, 2017 https://www.slowmedicine.com.br/as-10-recomendacoes-da-choosing-wisely-internacional/

OS DESAFIOS ÉTICO-JURÍDICOS PARA O CUMPRIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ÂMBITO HOSPITALAR

Luciana Dadalto[*]

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A autonomia do paciente no ambiente hospitalar é tema que desperta grandes controvérsias. Há um infindável número de discussões no que diz respeito a ele e, o presente artigo, tratará da autonomia do paciente em fim de vida, especialmente no que diz respeito ao cumprimento de suas manifestações prévias sobre os cuidados, tratamentos e procedimentos a que deseja ou não ser submetido diante da terminalidade da doença.

Para tanto, em um primeiro momento, discutir-se-á a tomada de decisão clínica no ambiente hospitalar, com vistas a compreender os dilemas que envolvem o processo decisório e os modelos de tomada de decisão existentes.

Verticalizando a temática, analisar-se-á as diretivas antecipadas de vontade no ambiente hospitalar, problematizando os entraves para seu cumprimento, tendo como método a pesquisa exploratória de natureza documental.

Pretende-se, com esse artigo, apresentar os dilemas que os profissionais de saúde brasileiros encontram diante das DAV. A falta de referências bibliográficas específicas no Brasil foi um entrave ao desenvolvimento desse trabalho, mas, com ele, trazer uma contribuição e uma maior conscientização para os profissionais de saúde acerca da autonomia do paciente em fim de vida e, por outro lado, despertar nos operadores do direito a consciência de que só será possível falar em cumprimento efetivo das DAV no Brasil quando tivermos uma prática verdadeiramente transdisciplinar entre as questões médicas e jurídicas.

[*] 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. Administradora do portal www.testamentovital.com.br.

2 A TOMADA DE DECISÃO CLÍNICA NO AMBIENTE HOSPITALAR

Segundo Gonçalves (1998) a etimologia da palavra hospital vem do latim *hospes*, termo usado para as casas de assistência que abrigavam pobres, peregrinos e doentes na Idade Média. Atualmente, o termo hospital é utilizado como sinônimo de *nosocomium*, palavra grega que significa tratar os doentes. Há uma grande divergência entre autores que pesquisam o surgimento dos hospitais, pois uma parte dos autores remonta seu surgimento à época pré-cristã e outra à época pós-cristã.

Amaral e Campos (2007) afirmam que a partir do século XVIII os hospitais deixam de ser hospedarias com condições insalubres, e passam adquirir aspecto e estrutura semelhante ao que temos na atualidade. A descoberta da transmissão dos germes em 1860, a incorporação dos procedimentos cirúrgicos aos hospitais e o surgimento da medicina científica no século XIX, somados ao desenvolvimento tecnológico do século XX produziu a setorização no ambiente hospitalar, possibilitando que enfermos com diferentes patologias fossem tratados em um mesmo espaço físico.

Esse ambiente possibilitou o controle das doenças no ambiente hospitalar e também gerou o surgimento da gestão desses espaços, com a finalidade de evitar que as doenças se espalhassem para além dos hospitais. Nesse contexto, Foucault (2014) afirma que o hospital passa a ser visto como um instrumento de cura e o médico passa a ser o principal responsável pela organização hospitalar. Castelar (1995) entende que a finalidade atual dos hospitais se relaciona a uma maior resolução da doença, otimizando os procedimentos de diagnóstico e terapêutica para reduzir a permanência do paciente, uma vez que com o avançado tecnológica, longas internações se tornam muito dispendiosas.

O Ministério da Saúde do Brasil (1997, p. 11) conceitua hospital como:

> É parte integrante de uma organização médica e social, cuja função básica consiste em proporcionar à população assistência médica integral, curativa e preventiva, sob quaisquer regimes de atendimento, inclusive o domiciliar,

> constituindo-se também em centro de educação, capacitação de recursos humanos e de pesquisas em saúde, bem como de encaminhamento de pacientes, cabendo-lhe supervisionar e orientar os estabelecimentos de saúde a ele vinculados tecnicamente.

É nesse cenário que se desenvolve a administração hospitalar, que tem o desafio de aliar a tomada de decisão clínica com a tomada de decisão administrativa afim de que o hospital seja, ao mesmo tempo um lugar de cuidados e cura dos enfermos mas também uma empresa bem administrada, independentemente de ser público ou privado.

2.1 A tomada de decisão clínica

Sabe-se que as decisões administrativas são de suma importância para o funcionamento de uma unidade hospitalar, mas o presente artigo focará o estudo na tomada de decisão clínica, uma vez que objetiva discutir os desafios para o cumprimento das DAV nos hospitais brasileiros.

A tomada de decisão clínica é historicamente delegada ao médico em virtude de ser ele o detentor da técnica diagnóstica e tratativa. Silva (2013, p. 75) afirma que o "processo de tomada de decisão na prática clínica é a mecânica aplicada pelo médico de modo a resolver um problema com base no seu conhecimento prático e teórico". Assim, deve o nosocômio partir da anamnese, do exame físico e dos exames complementares para chegar à decisão, todavia, segundo esse autor, a prática conhecida como Medicina Baseada em Evidências tem alterado o procedimento de tomada de decisão, tornando secundário o conhecimento do médico frente às estatísticas e estudos randomizados.

É possível ir além. As decisões clínicas no Brasil têm sido embasadas também em critérios econômicos definidos a partir de uma análise dos processos judiciais que envolvem saúde. Gadelha (2014) afirma que a judicialização da saúde no Brasil é se intensificou nos últimos dez anos e tem como uma das causas a ideia de que a medicina a prática comum no Poder Judiciário tratar como direitos, tecnologias que não melhoram nem curam o paciente como direitos.

O custo de oportunidade do tratamento tem adquirido especial relevo nesse processo. Trata-se, segundo Laranjeira e Petramale (2013), do valor ou do benefício da melhor opção perdida quando o profissional escolhe outra das opções possíveis, de modo que se associa os custos às oportunidades perdidas.

Ocorre que reduzir a tomada de decisão clínica à uma análise econômica do custo de oportunidade significa ignorar por completo as especificidades do caso concreto, o entendimento da história de vida do paciente, de seus valores, do contexto sociocultural no qual ele está inserido devem orientar e embasar o processo de tomada de decisão, pois, conforme afirma Zoboli (2013, p. 389) "[...] os juízos éticos, como os clínicos, não podem desconsiderar as condições reais e circunstâncias concretas de cada contexto."

Os dois métodos bioéticos mais usados na tomada de decisão são o principialista de Beauchamp e Childress e o deliberativo, de Diego Gracia (2016). A primeira parte propõe que se parta dos princípios bioéticos da autonomia, não maleficência, beneficência e justiça e, diante do caso concreto, os aplique aquele que melhor se adequar. Já na deliberação os profissionais não categorizam as questões, não confrontam de argumentos na base do *tudo ou nada*, mas realizam um esforço dialógico para compartilharem suas percepções e discutirem os diferentes sentidos morais para o caso, com o objetivo de chegar em uma decisão comum.

Curioso notar o surgimento de um novo método que utiliza a abordagem computacional. Segundo Siqueira-Batista et. al. (2014) o desenvolvimento de sistemas computacionais baseados em métodos de inteligência artificial, com redes neurais artificiais, poderá auxiliar as escolhas morais em um processo de decisão bioético.

Percebe-se assim que a tomada de decisão clínica é um grande desafio para o médico, desafio este que pode ser enfrentado com altivez que o profissional é profundo conhecedor da técnica, mas também de seu paciente.

Não é possível se falar em tomada de decisão clínica sem que o médico tenha conversado com o paciente e entendido as peculiaridades da vida biográfica deste, de seus anseios e de sua

família. Uma decisão tomada apenas com a análise da doença será sempre uma decisão técnica, mas nunca a melhor decisão para o paciente, pois desconsidera o principal: o sujeito.

3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ÂMBITO HOSPITALAR

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) são um gênero de documentos de manifestação de vontade do paciente legalizado nos Estados Unidos da América em 1991, com a *Patient Self Determination Act* (PSDA). Essa lei dispõe, em sua segunda seção, acerca das *advanced directives* – conhecidas no Brasil como DAV -, gênero de documentos de manifestação de vontade para tratamento médico, do qual são espécie o *living will* e o *durable power of attorney for health care*.

Thompson (2015) esclarece que as diretivas antecipadas são instruções escritas que o paciente prepara para guiar o cuidado médico e que se aplica em certas situações, como doenças terminais ou graves e incuráveis, surtindo efeito sempre que o médico determinar que o paciente está incapaz de tomar decisões. Segundo essa autora existem dois tipos comuns de DAV: (i) o *living will*, conhecido no Brasil como testamento vital, documento pelo qual o próprio paciente define quais tratamentos médicos ele deseja ou não ser submetido; (ii) o *durable power of attorney*, conhecido no Brasil como mandato duradouro, documento pelo qual o paciente nomeia um terceiro para tomar decisões em seu próprio nome, quando este não puder fazê-lo.

Tratam-se, em suma, de documentos conformadores da autonomia do paciente em fim de vida, que permitem o exercício à autodeterminação destes sujeitos mesmo quando eles não puderem mais, autonomamente, manifestar suas vontades, visto a existência de vontade prévia.

Como já dito em trabalho anterior (DADALTO, 2015a), além os EUA, muitos países da Europa já legislaram sobre o tema, mas mesmo nesses países o cumprimento das vontades manifestadas por DAV, especialmente no âmbito hospitalar.

Afim de contextualizar a complexidade do tema, optou-se por partir de um caso concreto que está gerando uma grande discussão nos

EUA e diz respeito ao descumprimento da vontade manifestada em uma DAV pela equipe hospitalar.

3.1 Beatrice Weisman

Beatrice Weisman, uma senhora americana de 83 anos, sofreu um AVC e passou semanas no Hospital Geral de Maryland. Havia deixado um documento intitulado diretivas antecipadas de vontade (DAV) no qual se recusava a ser mantida viva por aparelhos e dava poderes para seu marido Willian Weisman, tomar decisões sobre cuidados de saúde em seu nome.

Diante da piora do quadro clínico, William informou à equipe médica que não sua esposa não gostaria de ser reanimada, apresentou as DAV e pediu que elas fossem cumpridas. Mas em 28 de agosto de 2013 Beatrice teve uma parada cardíaca e foi reanimada pela equipe de plantão, que não observou suas DAV. Durante o procedimento de reanimação a paciente teve costelas quebradas e formou-se um pneumotórax. Além da massagem cardíaca a equipe usou desfibrilador e aplicou epiferina no intuito de reanima-la.

Após um ano da reanimação, seu marido faleceu. Graças aos esforços da família, Beatrice ainda está viva, reconhece seus familiares, mas precisa de cuidados especiais durante vinte e quatro horas.

Todavia, seu filho Cristian ajuizou em 2016 uma ação judicial contra o Hospital pedindo o reembolso das despesas hospitalares, no importe de U$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares) e o custeio com os cuidados de saúde com a paciente até a data de sua morte , no importe de U$180.000,00 (cento e oitenta mil dólares por ano), alegando, em apertada síntese que: a) as vontades da paciente foram ignoradas pela equipe; b) o descumprimento das DAV gerou graves danos psíquicos ao procurador designado pela paciente, que sentia-se culpado pela descumprimento de sua vontade; c) a família gastou todo seu patrimônio para garantir qualidade de vida à Beatrice, que ficou com muitas sequelas, algumas incuráveis; d) a paciente nunca desejou ficar viva na condição em que se encontra.

Segundo a petição inicial, houve negligência do hospital uma vez que:

> A Sra Weisman sofreu indesejadas, violentas e dolorosass intervenções médicas dolorosa no final de sua vida, em violação dos seus desejos expressos. Seu marido sofreu o estresse de cuidar de uma esposa inválida, situação que, em última instância o levou à morte. Agora, sofrerá com uma morte artificialmente prolongada, gerando enormes gastos financeiros para sua família além de outros encargos. Ademais, passará o restante de sua vida de forma contrária a seus valores e desejos[1].

O hospital alegou em sua defesa que a manutenção da vida não representa dano e que, no caso em questão, a paciente teve uma recuperação surpreendente. Contudo, ignora que três anos após o ocorrido a paciente ainda questione a razão de viver nas condições às quais está submetida.

Em setembro de 2017 as partes chegaram a um acordo cujo valor não foi especificado, mas de acordo com o jornal The New York Times esse caso reascendeu a discussão acerca do descumprimento das DAV em ambientes hospitalares nos EUA e da futilidade terapêutica.

É importante deixar claro que casos como esses estão se tornando cada dia mais comuns nos EUA. Thaddeus Pope (2017) afirma que as decisões judiciais estão mudando e que em pouco tempo as condenações por futilidade terapêutica serão realidade nos EUA. Para Pope, "esse é um importante ponto de partida para a mudança de percepção dos médicos e, consequentemente, para uma mudança de atitudes."[2]

Sabe-se que o fenômeno das judicialização das relações privadas surgiu nos Estados Unidos da América e as condenações vultosas arbitradas pelo Poder Judiciário estadounidenses, especialmente em questões de saúde, acabam por mudar a cultura, notadamente, dos médicos.

Menezes (2011) afirma que a judicialização da saúde provocou a

---

[1] WEISMAN vs MARYLAND GENERAL HOSPITAL. n. No. 24-C-16-004199. Disponível em: www.thaddeuspope.com/images/WEISMAN_v_Univ_Maryland_July_2016_resucitate_contra_POLST_.pdf, acesso em 11 set. 2018.

[2] "This is one important starting point for changing clinicians' perceptions, and, consequently, clinicians' behavior."(POPE, 2017, P.80)

mudança do modelo paternalista para o modelo informativo, de modo que o médico dá todas as informações possíveis ao paciente, sem dialogar com o mesmo. Alguns autores nomeiam esse fenômeno de medicina defensiva, que já é uma realidade nos EUA e tem se espalhado para outros países, inclusive para o Brasil, incutindo nos médicos a ideia de que a tomada de decisão clínica deve ser precedida de uma análise jurídica do dilema, desprezando por completo as especificidades do caso concreto.

A judicialização do testamento vital é fenômeno recente no Brasil e tem como principal exemplo os autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP, no qual uma pessoa sem qualquer diagnóstico pede o reconhecimento judicial de suas vontades sobre fim de vida[3]. Aqui, não se trata de judicialização pelo descumprimento das vontades – como ocorre no caso Weisman -, mas sim de um temor de que o documento seja descumprido em razão da falta de normativa específica no Direito brasileiro. Contudo, o caso Weisman demonstra que não basta uma lei que garanta o cumprimento das DAV é preciso ações concretas de implementação, como passa-se a discorrer a seguir.

3.2 Cumprimento de DAV no âmbito hospitalar no Brasil

Moreira et al. (2013) realizaram revisão integrativa dos artigos científicos publicados no Brasil entre 2009 e 2013 sobre as DAV, tendo concluído que

> [...] os anos de 2012 e 2013 corresponderam ao período em que houve um número maior de artigos científicos publicados sobre a temática investigada. [...] O aumento do quantitativo de estudos, nos anos de 2012 e 2013, deve-se à publicação da Resolução 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina, que versa sobre as diretivas antecipadas e a possibilidade de se registrar essa vontade do paciente no prontuário.

[3] DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital:
análise dos autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP. In: civilistica.com, a. 7. n. 2. 2018. Disponível em: http://civilistica.com/a-judicializacao-do-testamento-vital/, acesso em 11 set. 2018.

Muitos desses estudos realizaram pesquisas qualitativas com médicos e apontaram "dificuldades dos médicos em respeitar a vontade do paciente, ainda que escrita, quando a família é contrária a essa vontade." (GOGO, et al. 2016, p. 1032).

A dificuldade em cumprir as DAV no âmbito hospitalar perpassa por questões filosóficas, médicas, bioéticas e jurídicas e passa-se agora a analisá-las.

3.2.1 Morte do paciente como derrota do profissional

Desde seu surgimento, a Medicina está ligada à cura. Historicamente, o bom médico é aquele que salva mais vidas e, nesse contexto, o progresso científico sempre foi visto como um aliado para o propósito curativo. Ocorre que, como afirma Mario Bobbio o avanço tecnológico tem feito com que nos acostumemos com a ideia de que "a medicina pode resolver todo e qualquer sofrimento e prolongar a vida além de qualquer expectativa." (2016, p.18 e 19).

Para Bobbio, a medicina atual se preocupa mais com a doença do que com o doente, partindo de um pressuposto que o prolongamento da vida deve ser sempre preferido pelo paciente, independentemente do sofrimento causado a ele e a seus familiares.

O desafio da medicina voltada para o paciente em fim de vida é a reconstrução da relação médico-paciente perdida com a tecnologização da saúde e o desenvolvimento de um processo de humanização do cuidado, partindo da ideia de que mesmo quando o paciente não pode mais ser curado ele deve ser acolhido e cuidado até que o curso natural da doença aconteça.

Pessini (2013) afirma que a palavra *terapêutica*, muito utilizada pelos médicos para se referirem aos cuidados a serem dispensados aos pacientes com doenças curáveis, tem origem na palavra grega *therapéuo*, que significa 'eu cuido". O *thérapeuter* era aquele se colocava junto com o doente, compreendendo sua doença, cuidando do paciente mesmo sem ter certeza da curabilidade da patologia. Assim, o cuidado está na base da Medicina e deve ser sempre o objetivo maior do médico, uma vez que mesmo quando a cura não é possível, há algo a se fazer pelo paciente: cuidá-lo.

Atul Gawande (2014) afirma que aprendeu várias coisas na faculdade de Medicina, mas a mortalidade não lhe foi ensinada. Percebe-se, portanto, que a temática da mortalidade precisa estar na base da formação dos médicos, para que eles percebam que e a morte do paciente só será um fracasso quando houver abandono do profissional. O fim da vida do paciente é, sem dúvida um momento muito difícil para o médico, mas pode ser um momento de rara beleza e muito aprendizado quando o profissional alia técnica e compaixão.

3.2.2 Receio de repercussões legais

Sabe-se, que em países com uma alta taxa de obstinação terapêutica, o conteúdo das DAV tende a ser de recusa de tratamentos. Estudo norte-americano (KIM, LANGA e SILVEIRA, 2010) envolvendo 3.746 participantes idosos constatou que os pacientes que fizeram DAV eram mais propensos a querer cuidados limitados ou apenas de conforto, recusando procedimentos que tinham o condão de apenas dar sobrevida ao paciente.

Pensando na realidade brasileira em que os médicos ainda relatam temor de serem legalmente responsabilizados por realizarem esses cuidados - que aqui chama-se mais comumente de cuidados paliativos - nos pacientes, é fácil perceber que a dificuldade em cumprimento das DAV, mesmo quando o profissional acredita que a vontade do paciente.

Pesquisa recente afirma que “as implicações legais são as que mais interferem nas ações medicas diante das questões de fim de vida, fazendo que deixem de realizar o que acreditam ser o melhor para seus pacientes” (FORTE, et. al. 2012, p. 411). Almeida et. al (2015, p.579) realizaram estudo qualitativo com médicos e apontaram que os profissionais “apoiam a criação de lei específica, já que a regulamentação facilitaria a aplicabilidade do documento, trazendo mais conforto e segurança aos pacientes”.

Percebe-se assim que mesmo com existência da resolução CFM 1195/2012 os médicos se sentem desprotegidos para cumprir a vontade do paciente.

Em contrapartida, o Poder Judiciário já reconheceu a validade desses documentos mesmo diante da inexistência de lei específica:

> [...] dado o vazio legislativo, as diretivas antecipadas de vontade do paciente não encontram vedação no ordenamento jurídico. [...] A resolução do Conselho Federal de Medicina é compatível com a autonomia da vontade, o princípio da dignidade humana, e a proibição de submissão de quem quer que seja a tratamento desumano e degradante (art. 1º, inciso III e art. 5º, inciso III, CF). (JUSTIÇA FEDERAL DE GOIÁS, 2013)

Mas apenas esse reconhecimento não dá aos profissionais segurança jurídica, primeiro porque muitos desconhecem essa decisão, segundo porque vive-se no Brasil uma cultura legislativa, é importante ter lei para embasar a tomada de decisão. Em trabalho anterior (DADALTO, 2015b) defendeu-se que para além da formalização das DAV, uma legislação específica, terá o condão de dar segurança jurídica aos médicos para que cumpram as vontades manifestadas pelos pacientes sem o temor de serem penalizados por isso.

3.2.3 Falta de tempo para tratar o assunto

A feitura das DAV é um processo dialógico que necessita da disponibilidade do médico para conversar com o paciente e explicar o conteúdo. Elliot e Spoelhof (2012) estimam que o médico gaste cerca de 30 minutos nesse processo e que muitos se sentem desconfortáveis em participarem desse momento decisório.

Inexistem normativas acerca do tempo mínimo de duração da consulta médica. Não obstante o Conselho Federal de Medicina, Caprara e Rodrigues (2004) afirmar que o tempo médio de uma consulta médica no Brasil é de 9 minutos, com variações de 2 até 24 minutos. As repórteres Luciani Gomes e Monique Oliveira (2011) constatam que no Brasil as consultas médicas duram em torno de 15 minutos.

Costa et. al. (2017, p. 171) embasados em pesquisa qualitativa realizada com médicos, afirma que "é fundamental que o médico proporcione ao declarante informação completa e verdadeira sobre a situação em relação à qual vai decidir." Ocorre que para que isso ocorre

é preciso que haja tempo para a conversa. paciente possa consentir, e a DAV é uma forma de consentimento, deve ser oportunizado a ele conversar com seu médico de confiança, que, como detentor do conhecimento técnico deverá informar o paciente.

Anatole Broyard (1990), famoso ensaísta norte-americano, narrou seus sentimentos diante das dificuldades em diálogo com seu oncologista em depoimento à The New York Time Magazine:

> Eu não tomaria muito tempo do meu médico. Desejaria apenas que matutasse sobre minha situação talvez uns cinco minutos, que por uma vez me franqueasse a mente por inteiro, que por um breve tempo se vinculasse comigo, esquadrinhando-me a alma tão bem como o meu corpo, para então entender o meu mal, pois cada indivíduo adoece à sua maneira... Assim como me pede exames do sangue e dos ossos de meu corpo, desejaria que meu médico me examinasse considerando o meu espírito tanto quanto a minha próstata. Sem um reconhecimento desses, não sou mais do que uma doença.

A verdade é que o paciente ainda que em fim de vida é um sujeito biográfico que merece ser tratado com dignidade não porque está morrendo, mas porque é uma pessoa e não uma doença.

Sabe-se que o tempo é fator preponderante na comunicação de más notícias e no cuidado com o paciente. Estima-se que uma consulta adequada a um paciente em fim de vida tenha duração de quarenta e cinco a cinquenta minutos, tempo bastante superior à média de consultas no Brasil (ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS, 2012).

Portanto, fica claro que a falta de tempo é sim um entrave para o cumprimento das DAV, devendo os hospitais pensarem es estratégias para sanar o problema, com consultas agendadas de forma mais espaçadas e reuniões periódicas entre a equipe multidisciplinar para que as dúvidas e dilemas que surgem acerca do tema sejam trabalhados em conjunto.

3.2.4 Terminologia ambígua

Segundo a Organização Mundial de Saúde (2002) os cuidados paliativos:

> [...] consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameace a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais.

Ocorre que dentro dos Cuidados Paliativos há uma série de termos técnicos que geram confusão tanto por parte dos profissionais de saúde quanto dos pacientes. Maciel se posiciona acerca da necessidade de uniformização de conceitos e isso, certamente, facilitaria o cumprimento das DAV uma vez que os profissionais entenderiam a vontade manifestada pelo paciente.

Elliot e Spoelhof (2012) consideram ser essa a maior barreira no cumprimento das DAV. Para esses autores, os pacientes devem evitar usar termos como *pacientes terminais*, *sem chance de cura* e *medidas heroicas*, optando deixar claro em quais situações clinicas seus desejos se aplicam e quais são esses desejos, especificando os procedimentos, cuidados e tratamentos. Frise-se que em trabalho anterior, (DADALTO, 2013), defendeu-se essa mesma técnica após uma análise dos modelos norte-americanos e espanhóis.

3.2.5 Esperança dos familiares

A forte crença das famílias em milagre é relatada pelos médicos paliativistas como um grande entrave ao cumprimento da vontade do paciente quando esta diz respeito à recusa de tratamento. Cogo et al (2016) afirma que "[...] a esperança de cura parece sustentar e motivar o familiar para o cuidado ao doente, implicando em uma limitação da aplicação das DAVs."

Pode-se dizer que esse é uma das limitações mais difíceis de serem transpostas porque está ligada a fatores filosóficos, culturais,

morais e religiosos. Philippe Ariès (2014) apresenta as inúmeras variações do sentido da morte de acordo com as culturas. Há aqueles que veem a morte como uma breve despedida, aqueles que veem como uma fragililização da comunidade, aqueles que encaram como um fim, outros como um começo.

Todos os sentidos são legítimos e cada um deles tem uma íntima ligação com a história daquela comunidade. Nesse aspecto, a visão da Medicina como a ciência que tudo cura é típica das sociedades globalizadas contemporâneas. Acompanhar as mudanças tecno-científicas deu ao sujeito forjado nessa sociedade da falsa ideia de que a ciência tem sempre resposta e, segundo D'Assumpção (2011, p. 33).

> O processo evolutivo da ciência adquiriu tal velocidade que o ser humano já não consegue acompanhar, em suas reflexões éticas, as transformações que a tecnologia produz e lhe oferece. Vêm daí suas dificuldades para avaliar adequadamente e, sobretudo, rejeitar certas inovações que lhe são propostas. Pra não parecer retrógrado, conservador ou ignorante, aceita tudo, mesmo que surjam objeções morais e éticas por parte de grupos que ainda conseguem manter alguma consciência crítica. Predomina então o conceito, totalmente distorcido, de que tudo o que é científica e tecnicamente possível é moralmente válido. O que não é verdade.

Diante desse cenário, vive-se a era da obstinação terapêutica. Da luta contra a mortalidade, luta esta que, por mais tempo que se leva para terminar, todos já sabem quem será o vitorioso. Nessa perspectiva, a dificuldade social em aceitar a morte provoca efeitos nefastos para todos os envolvidos: para os pacientes, porque, mesmo contra suas vontades são submetidos a um infindável número de procedimentos e tratamentos que não lhes proporciona qualidade de vida; para os profissionais, porque são instados a lutarem contra a morte, mesmo diante da incurabilidade da doença e se submetem a isso porque eles próprios vêem a morte como derrota e porque têm medo das repercussões legais; para os familiares, porque não utilizar todo o aparato tecno-científico gera a sensação de terem desistido de seu ente querido.

Por todo o exposto, sabe-se que a escolha do modelo na tomada de decisão influenciará sobremaneira o processo de cumprimento das DAV. Diante de uma família que demonstra esperança no sobrenatural, naquilo que está além da medicina é preciso que a equipe de saúde saia de uma posição paternalista e se utilize do modelo deliberativo para tentar o diálogo.

Os familiares não podem ser alijados do cuidado com o paciente em fim de vida, mas é preciso entender que diante de uma DAV prevalece a vontade do paciente e caberá à equipe realizar a melhor comunicação possível para que os familiares se sintam confortáveis diante da opção do paciente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso Beatrice Weisman é um caso paradigmático nos EUA e demonstra, de forma cabal, o quanto é importante a conscientização acerca do cumprimento das DAV. Uma diretiva antecipada não pode ser vista como capricho ou documento secundário do paciente. Cumprir a vontade do paciente significa respeitá-lo em todas as suas dimensões.

Não cabe ao profissional ou ao hospital intervir na decisão do paciente, muito antes pelo contrário, é preciso criar possibilidades de coadunar a vontade do paciente com os aspectos financeiras, administrativas, existenciais e legais de todos os sujeitos envolvidos no cumprimento da DAV.

O desafio no Brasil é muito maior do que nos EUA pois ainda não temos legislação sobre o tema. É preciso, todavia, ter em mente que a ausência de lei não pode ser usada como desculpa para o descumprimento da DAV nem mesmo para pedidos de validação prévia desses documentos. Recomenda-se que se aproveite o vácuo legislativo para que profissionais de saúde, administradores hospitalares e operadores do direito tracem estratégias que possibilitem o respeito à autodeterminação do paciente em fim de vida.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS. Manual de Cuidados Paliativos ANCP. 2 ed. 2012. Disponível em: *<http://biblioteca.cofen.gov.br/wp-content/uploads/.../Manual-de-cuidados-paliativos-ANCP.pdf>, acesso em 07 set. 2018*

ALMEIDA, Guilherme Gomide, el al. Testamento vital: o que pensam profissionais de saúde? In: Rev. bioét. (Impr.). 2015; 23 (3): 572-82.

ARIÈS, Philippe. O homem diante da morte. São Paulo: Editora Unesp 2014.

BOBBIO, Mario. O doente imaginado: os riscos de uma medicina sem limite. São Paulo: Bamboo Editorial, 2016.

BORYARD, Anatole. Doctor, talk to me. Disponível em: http://www.nytimes.com/1990/08/26/magazine/doctor-talk-to-me.html?pagewanted=all, acesso em 07 set. 2018.

CAPRARA, Andrea; RODRIGUES, Josiane, A relação assimétrica médico-paciente: repensando o vínculo terapêutico. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 139-146, 2004. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=63013499014>. Acesso em: 5 jul. 2017.

CAMPOS, Gastão Wagner de Souza; AMARAL, Márcia Aparecida do. A clínica ampliada e compartilhada, a gestão democrática e redes de atenção como referenciais teórico-operacionais para a reforma do hospital. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, p. 849-859, 2007.

CASTELAR, R.M. – O hospital no Brasil. In: CASTELAR, MODELET& GRABOIS: Gestão hospitalar: um desafio para o hospital brasileiro. Brasil/França: Ed. ENSP,1995.

COSTA, Mônica Lorena Dias Meirelles da. Testamento vital na prática médica: compreensão dos profissionais. In: Rev. bioét. (Impr.). 2017; 25 (1): 168-78.

DADALTO, Luciana. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. Mirabilia (Vitória. Online), v. 4, p. 23-41, 2015ª.

_____. Testamento Vital. 4 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP. In: civilistica.com, a. 7. n. 2. 2018. Disponível em: http://civilistica.com/a-judicializacao-do-testamento-vital/, acesso em 11 set. 2018.

D'ASSUMPÇÃO. Evaldo A. Sobre o viver e o morrer. 2 ed. Petrópolis, Vozes, 2011.

ELLIOT, Barbara; SPOELHOF, G. David. Implementing Advance Directives in Office Practice. In: American Family Physician. Volume 85, Number 5, March 1, 2012, p.461-466.

FORTE, Daniel Neves, et. al. Association between education in EOL care and variability in EOL practice: a survey of ICU physicians. Intensive Care Med [Internet]. 2012;38(3):404-12.

FOUCALT, Michael. **Microfísica do poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

COGO, Silvana Bastos et al . Desafios da implementação das diretivas antecipadas de vontade à prática hospitalar. Rev. Bras. Enferm., Brasília, v. 69, n. 6, p. 1031-1038, Dec. 2016. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672016000601031&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 07 set. 2018.

GADELHA, Maria Inês Pordeus. O papel dos médicos na judicialização da saúde. Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII, n. 62, p. 65-70, jan./abril 2014.

GAWANDE, Atul. Mortais. São Paulo: Objetiva, 2014.

GOMES, Luciani: OLIVEIRA, Monique. A praga das consultas a jato. Disponível em: http://istoe.com.br/182300_A+PRAGA+DAS+CONSULTAS+A+JATO/, acesso em 05 jul. 2017.

GONÇALVES, Ernesto Lima. Estrutura organização do hospital moderno. In: RAE - Revista de Administração de Empresas São Paulo, v. 38, n. 1, p. 80-90 Jan./Mar. 1998.

GRACIA, Diego. Tomar decisiones morales: Del casuismo a la deliberación. Dilemata, Norteamérica, n. 20, p. 15-31, jan. 2016. Disponível em: <http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/420>. Acesso em: 07 set. 2018.

HONOR THE DNR. Weisman v. Maryland General Hospital. Disponível em: http://honorthednr.org/weisman-v-maryland-general-hospital/, acesso em 11 set. 2018.

JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DE GOIÁS. Sentença do Processo 1039-86.2013.4.01.3500. Disponível em: <http://*testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/.../sentença-ACP-testamento-vital.pdf*>, *acesso em 07 set. 2018.*

LARANJEIRA, Fernanda de Oliveira; PETRAMALE, Clarice Alegre. A avaliação econômica em saúde na tomada de decisão: a experiência da CONITEC. BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.), São Paulo, v. 14, n. 2, maio 2013 . Disponível em <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122013000200007&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 07 set. 2018.

MENEZES, Raquel Aisengart.Entre normas e práticas: tomada de decisões no processo saúde/doençaPhysis - Revista de Saúde Coletiva [en linea] 2011, 21 (Octubre-Diciembre) : [Fecha de consulta: 5 de julio de 2017] Disponible en:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=400838235014> ISSN 0103-7331.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conceito e definições em saúde. Disponível em: bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0117conceitos.pdf, acesso em 07 set. 2018.

MOREIRA Márcia Adriana Dias Meireles, et. al. Testamento Vital: revisão integrativa. Revista de Enfermagem UFPE, Recife, 7(esp):6272-82, out., 2013.

PESSINI, Leo. A medicina atual: entre o dilema de curar e cuidar. In: Dadalto, Luciana; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Dos Hospitais aos Tribunais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 03-27.

POPE, Thaddeus Mason Pope."Legal Briefing: New Penalties for Disregarding Advance Directives and Do-Not-Resuscitate Orders," The Journal of Clinical Ethics, v. 28, no. 1 (Spring 2017): 74-81.

SILVA, Guilherme Almeida Rosa da. O processo de tomada de decisão na prática clínica: a medicina como estado da arte. In: Rev Bras Clin Med. São Paulo, 2013 jan-mar;11(1):75-9.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo, et. al. Modelos de tomada de decisão em bioética clínica: apontamentos para a abordagem computacional. Rev. bioét. (Impr.). 2014; 22 (3): 456-61

ZOBOLI, Elma. Tomada de decisão em bioética clínica: casuística e deliberação moral. Rev. bioét. (Impr.). 2013; 21 (3): 389-96.

WEISMAN vs MARYLAND GENERAL HOSPITAL. n. No. 24-C-16-004199. Disponível em: www.thaddeuspope.com/images/WEISMAN_v_Univ_Maryland_July_2016_resucitate_contra_POLST_.pdf, acesso em 11 set. 2018.

OS CONSECTÁRIOS CRIMINAIS DO EXERCÍCIO DA MEDICINA

Elias Mattar Assad*

Boa tarde a todos, quero saudar meus colegas expositores, minha esposa Arlete, minha filha Louise, todos enfim, com muito carinho.

Na verdade, eu estava ouvindo aqui a palestra anterior e me lembrei de uma afirmação da ministra Nancy Andrighi, da existência de um decreto de um antigo imperador chinês que dizia: "todo aquele que procurar a justiça, seja tratado sem nenhuma piedade. Porque a difundir no povo a ideia de uma justiça rápida, eficiente, em breve metade da população será insuficiente para julgar os litígios da outra metade". Imaginem que era o imperador da China com todo aquele contingente de habitantes.

É claro que, se pela questão da litigiosidade contida nós começamos com o juizado especial, este tem um péssimo "efeito colateral", nas áreas processuais civil e penal. Lá nossos juízes e membros do MP aprenderam a cultuar a informalidade, com um pensamento tosco próximo do "se eu posso ser informal aqui, eu posso ser informal lá na justiça comum, nos tribunais, STJ e mesmo STF". E hoje o nosso direito posto está regado de informalidades predadoras do direito processual penal que é ramo do direito público interno que antes não admitia o "jeitinho brasileiro". O nosso direito posto, foi feito para ser cumprido de forma rígida, essa questão da informalidade do juizado especial predou o nosso Direito processual.

Ouvi aqui que temos muitos advogados, mas para rirmos um pouco, se tem 1 milhão e 200 mil advogados no Brasil, os otimistas dirão: "que bom, pois se esses 1.200.000 advogados para interpor ações, precisaremos de outros 1.200.000 mil para contestar as ações, não é mesmo?"

* Advogado. É Presidente da ABRACRIM Nacional - Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas. Membro da Academia Brasileira de Direito Criminal e Membro efetivo do IAB - Instituto dos Advogados Brasileiros, palestrante em faculdades de direito. Membro Consultor da Comissão Nacional de Defesa das Prerrogativas do Conselho Federal da OAB.

Lembro uma dura realidade brasileira, nós demos as costas para a segurança pública, quando começamos a contratar vigilantes privados, e o que aconteceu com a segurança pública, aliás, sabem quantos vigilantes privados temos no Brasil? Perto de 2 milhões, é justamente a defasagem da segurança pública, então começamos a dar as costas à segurança pública contratando segurança privada. Na hora das lágrimas, não funciona nem a segurança privada e nem a pública.

Demos as costas também para a educação pública, matriculando nossos filhos em escolas privadas. O que aconteceu com a educação pública? Sucateou e está sucateando ainda mais.

E com a saúde pública a mesma coisa. Começamos a fazer planos de saúde, planos e mais planos e a saúde pública acabou sucateando também.

Ouvindo palestrantes que me antecederam aqui, reclamando da relativização de direitos legitimamente pactuados, pelo Judiciário, lembro que no Brasil o dito dos romanos "o pacto deve ser observado", nem sempre é seguido. Então vocês fazem contratos, mesmo de planos de saúde, e de repente o judiciário acaba relativizando. "Mas vamos fazer leis", dizem os políticos, mas o brasileiro não gosta de seguir regras, aqui é na base das imposições de vontades pessoais. No judiciário nós vemos isso. Então me recordo de Honório Lemes, um gaúcho que, em tempos idos, dizia "queremos governo de leis, e não de homens", mas infelizmente nós vivemos um governo de homens e não de leis.

Quanto ao CNJ, STF, criticados aqui com palavras brandas, sinceramente, para nós criminalistas eu posso afirmar que estão vivendo dias de Pilatos, estão lavando as mãos. E para ser bem honesto com vocês, eu não vim aqui para ser falso, CNJ e STF, parecem aos meus sentidos, corpos errantes cada vez mais distanciados de suas verdadeiras almas, lamentavelmente. A Constituição Federal está sendo pisoteada todos os dias e a todas as horas.

Em frente pessoal! Nós vivemos uma democracia participativa! A tragicômica democracia participativa brasileira é aquela em que todo mundo manda e ninguém obedece! Toda regra é excepcionada e sempre dizem que aquela atitude é excepcional... Mas eu vim aqui ocupar esta tribuna como um advogado criminalista comum, completamente advogado

criminalista, porque não dá para dizer que se é "simplesmente advogado criminalista" pois nada é simples em direito penal, nos dias atuais.

Um dia tocou o telefone noticiando que uma médica intensivista estava indo presa em Curitiba, médica do Hospital Evangélico, um dos maiores da região.

No telefonema falaram que a acusação era algo ligado a eutanásia, mas eu chegando no local do aprisionamento... e aqui já vai uma dica, pois ouvi aqui um colega dizer "eu não sou criminalista", mas uma hora você vai ter de ser, pelas circunstâncias, porque vai servir alguém da família, então já vai uma dica para atendimentos emergenciais, que no mundo os advogados criminalistas buscam resposta para duas perguntas: primeira, qual é a acusação, e a primeira resposta que você deve arrancar da autoridade, e a segunda, quais são as provas. Com essas duas respostas nós conseguimos fazer o nosso trabalho, e neste caso nós vimos que eram investigados 317 homicídios na forma qualificada com penas acima de 200 anos de prisão.

E a médica já presa no núcleo de repressão dos crimes contra a saúde pública, nós chegamos e a encontramos em meio a seu interrogatório, que nós narramos em um livro, que está aí intitulado "A Medicina no Banco dos réus", que conta em 604 páginas o que foi este processo, desde o "considere-se presa", direito de responder em liberdade, até a impronúncia/absolvição sumária.

A médica que defendemos foi demonizada de pronto. Pedimos, na hora da prisão e interrogatório, para termos acesso aos conteúdos investigativos, e nos negaram. Entramos com 4 pedidos judiciais, todos com liminar para que a autoridade coautora exibisse o conteúdo das investigações e a delegada não nos exibiu, até o ponto que ela foi ameaçada de prisão, aí então nós tivemos acesso e fomos descobrir alguns problemas de interpretação da polícia do Paraná. Em uma das escutas telefônicas, a Dra. Virginia disse para outro médico: "Estamos livres para raciocinar" e o policial transcreveu" estamos livres para assassinar". E transcreveu como sendo fiel a sua degravação, daquela intercepção telefônica... Foi um caos na vida daquela mulher, acabou com a vida dela...

Mas, voltando naquele primeiro momento, quando nos avistamos com a médica presa, perguntamos à delegada quais eram as

acusações e quais as provas e pedimos para conversar em particular com a interrogada, alguns minutos. Nos apresentamos para a doutora Virginia, e eu disse "olha, recebi a ligação e vim até aqui para falar com a senhora, me dá licença doutora delegada, mas eu preciso conversar com ela um segundo. A delegada disse que não! E respondi: com a sua licença, ou sem a sua licença eu vou falar com ela, pois a lei me autoriza. Puxei a médica para um canto da sala.

Puxei a médica para um canto e indaguei: tudo o que a senhora fez naquela UTI tem respaldo na literatura médica? E ela disse no meu ouvido "tudo o que eu fiz na minha vida de médica tem respaldo na literatura médica". Eu disse para ela "posso enfrentar?" E ela disse "pode enfrentar porque tudo o que eu fiz é dentro dos protocolos de medicina intensiva". E aí eu fiquei valente com a resposta e fui em frente. Tivemos dias terríveis, mas conseguimos, no entanto, este livro narra o processo e seus bastidores, que é um exemplo e um marco histórico para o nosso país.

Eu fiz algumas anotações aqui, primeiro vou sintetizar. Existe uma falsa informação no Brasil da compreensão e a sociedade não entende os exatos limites da medicina. A medicina tem que ter igual respeito pela vida e pela morte, tanto que se um médico for obstinado e continuar fazendo tratamentos com obstinação para pessoas com prognóstico fechado, que já não tem mais o que fazer por elas, ele responde eticamente por essa obstinação, e o art. 41 em seu parágrafo único diz que não pode o médico ocorrer em obstinação. Há uma linha tênue do que ele pode ou não fazer nessa hipótese de prognóstico fechado. Há uma tênue linha apenas, entre a vida e a morte. E o nosso povo crédulo olha o hospital como uma grande porta da esperança. Até com a ambulância o povo imagina: "se chegou a ambulância e o paciente entrou nela, está salvo e está resolvido o problema". Mas, não é verdade!

Então aqui eu como criminalista, vou parodiar o Francesco Carnelutti que diz em sua obra "das misérias do processo penal", onde fala da pena, eu vou falar da cura. "As pessoas creem que a cura começa chamando a ambulância, ou indo ao médico, mas não é verdade. As pessoas creem que abrindo a porta da esperança dos hospitais e clínicas está tudo resolvido para o paciente, e não é verdade. As pessoas creem que as cirurgias por mais complexas que sejam, UTI, trazem de

volta a vida aos quase mortos, e não é verdade". Não jogam nunca com probabilidades técnicas de cada caso, a questão do paciente morrer por efeitos deletérios da própria doença, das comorbidades e os médicos estão perdidos nessas hipóteses de morte. Então nessas hipóteses de morte, Carnelutti termina "Cristo perdoa, mas os seres humanos não".

Nesse momento, diante da morte de pacientes, parentes gritam "crucificai-o" para o médico. E com a mesma força e fúria, para médico inocente e para médico culpado. Aliás, aquela turba ensandecida, do tempo de Cristo, que gritava crucificai-o, continua aí, gritando crucificai-o para inocentes e para culpados, e pior, não é porrete na mão, mudaram as roupas, os penteados, os cenários, agora é um smartphone na mão, pior ainda, porque difamam irreversivelmente as pessoas em tempo real.

E eu quero trazer só uma síntese de como foi uma das audiências do caso da médica Virginia, no livro traz tudo. A principal testemunha de acusação era um médico, chamado Mario Lobato, eu falo o nome dele porque não é segredo nenhum, está em um processo público. Ele comparou publicamente em programas de televisão, o Hospital Evangélico de Curitiba a um campo de concentração, onde entravam pacientes vivos de um lado, e saiam defuntos do outro, dando a entender isso em público, estimulando as pessoas a entrarem com ações contra o hospital e contra a médica. E esse médico quando chegou no fórum para ser ouvido, indaguei com técnicas da advocacia criminal, pura, sem perguntas técnicas da medicina: O senhor conhece os médicos do Hospital Evangélico relacionados na denúncia? "Sim". O senhor estava no tempo em que estes pacientes estiveram lá na UTI vendo cada caso, beira de leito? Não. O senhor trocou ideias técnicas com eles a respeito dos casos da denúncia? Não. Então o senhor não é testemunha presencial? "Não". O senhor é perito do delegado? Do juiz, ou do MP? "Não". Então o senhor não é nem testemunha, nem perito? "Não". O que o senhor é então? "Eu sou auditor do SUS, e olhei todos os prontuários".

Aí ele caiu na minha ratoeira, porque ali tinha que ter uma armadilha mesmo, eu disse para ele: então está bem, talvez eu tenha apenas uma pergunta para lhe fazer. Da leitura dos prontuários, dá para concluir que teve antecipação de óbito naquela UTI geral? E se o senhor

disser que sim eu quero que o senhor mostre no prontuário, e quero que cite literatura médica", ele respondeu solenemente que "da leitura dos prontuários, não dá para afirmar que tivemos antecipações de óbitos naquela UTI". Assim ele tecnicamente retratou as acusações que tinha feito e dado a entender.

Daí ele quis dizer que então matavam gente ali com remédio. Mas ele esqueceu que a dispensação de remédio daquele hospital é com código de barras, todo remédio que saía da farmácia, tinha código de barras. Tinha um prontuário no sistema telemático, tinha a pessoa da enfermagem que ia buscar remédios na farmácia com um código de barras no crachá. Não tinha como fugir, e assim, a mentira não conseguia se impor. Mesmo que desaparecessem os prontuários, até pelos controles telemáticos do estoque da farmácia nós conseguiríamos recompor tudo o que foi aplicado em cada paciente, felizmente.

Nesse dia então a imprensa toda lá fora, deu o intervalo da audiência após o depoimento desse médico, eu levantei, realmente para ir ao toalete e o promotor levantou, eu saí e ele saiu atrás, eu fui ao toalete e ele também, depois eu fui lá fora porque tinha a imprensa, e ele disse para mim "se você der uma entrevista eu vou te processar", então eu olhei para ele e disse "então, o senhor vai me processar". Fui lá, reuni a imprensa e disse que a principal testemunha da acusação, não confirmou a ocorrência da antecipação de óbitos na UTI do Hospital Evangélico, e no final não me processou. A perícia também respondeu isso, que não tinha como confirmar, e outro termo aqui, para descontrair um pouco, gente... "desenganado pelos médicos", já ouviram falar desse dito popular antigo? Já né? Esse termo é muito ruim para a medicina. Quer dizer que a vida inteira a pessoa viveu enganada, e no final se desengana, tipo: olha não tem jeito tá, vai morrer...

Então eu digo que a gente deve cuidar, porque agora essa questão de sigilo, nas investigações e processos do CRM. Esqueçam! Antigamente o processo era sigiloso, a família da pessoa que vai lá reclamar, com razão ou sem, digita no celular dela o que está acontecendo, segundo suas impressões leigas e acabou o sigilo, o médico já está difamado ali, em desgraça, pois já todos compartilham e já está demonizado. Não há como reverter isso. Como diriam os antigos "você pode exercer a medicina sem grande talento, mas sem honra você não a

exerce", então apesar da absolvição da médica do Evangélico de Curitiba, apesar deste livro, que explica tudo, apesar da absolvição, apesar da absolvição no CRM que, aliás, o acórdão não diz apenas que julga improcedente a denúncia ou a representação, no final eles usaram o verbo "INOCENTAR" em todos os 11 processos éticos. E quem provocou o CRM a se manifestar fomos nós da defesa, eu levei tudo lá e pedi para eles investigarem.

Outro problema da medicina atual é a mercantilização, principalmente no ramo da estética. Se as pessoas não obtêm o resultado imaginado que desejam, já vão diretamente para os escritórios procurar advogados.

Portanto, para aqueles que estão preocupados com a judicialização da medicina, pior que pedidos de indenizações, que podem falir uma clínica ou pequeno hospital, estão os inquéritos policiais, a imprensa leiga opinativa, as redes sociais, os processos criminais, em meio a um inferno que pode ceifar vidas, liberdades, sonhos, patrimônios, vocações para todo o sempre e sem direito ao esquecimento social. Se nada for feito, em breve todos descobriremos que "fundos de poços e infernos têm porões" para bons e maus médicos, em mesmíssimos espaços.

Obrigado.

DA MEDICINA DEFENSIVA AO COMPLIANCE MÉDICO-HOSPITALAR: uma análise da necessidade de implementação do método para garantir prevenção jurídica e redução de judicialização, de custos e de perdas

Tertius Cesar Moura Rebelo[*]

RESUMO: O presente artigo busca aproximar o *compliance* médico-hospitalar ao cotidiano do profissional da medicina e das empresas de saúde como forma de diminuição de riscos e perdas. Será analisada a possibilidade de o instituto, que tem por foco a pessoa jurídica, ser aplicado também diretamente a pessoas físicas e de forma conceitual como método de redução de riscos médicos-jurídicos. As questões do Direito Civil-Empresarial, que envolvem a medicina também serão abordadas, com foco nos principais aspectos médico-legais que podem se apresentar na rotina dos profissionais de saúde e dos estabelecimentos médicos e de saúde. Será discutido o cenário atual de judicialização da saúde, e como a implementação do método de *compliance* pode ser adaptada, com peculiaridades, às empresas de prestação de serviços em saúde. Estudaremos alguns conceitos da teoria do psicólogo Britânico James Reason sobre Princípios do Gerenciamento de Erros, a teoria do erro e os conceitos de Cultura Justa, como ferramentas que ajudam na criação de normas preventivas e de gestão de riscos. Abordaremos uma análise conceitual dos elementos que devem, preponderantemente, compor o *compliance* para os profissionais da saúde. Passearemos sobre a necessidade de se ter um maior cuidado na confecção, manuseio e guarda de documentos médicos, como o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, o Prontuário Médico, e demais documentos que podem assegurar uma maior

[*] OAB/RN 4.636. Advogado formado pela Universidade Potiguar em 2001, pós-graduando em Direito Médico e da Saúde, pós-graduado em Direito Civil e Empresarial. Especializado e dedicado ao Direito Médico, coordena esta área de atuação no escritório André Elali Advogados. Membro da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde do Conselho Federal da OAB; Membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/RN; Membro da Comitê Executivo da Saúde do TJRN; Membro da World Association for Medical Law; Integrante da Comissão de Revisão do Código de Ética Médica no RN; Diretor da Associação dos Advogados do RN – AARN; e-mail: contato@tertiusrebelo.com

prevenção jurídica para os profissionais da saúde; A conclusão do trabalho pretende responder se a adoção do *compliance* se justifica frente a todo o analisado, e se é benéfica para os profissionais e empresas da saúde no cenário atual de judicialização da saúde de nosso país.

Palavras-chave: Direito Médico; Direito da saúde Compliance; Gestão de Riscos; Prevenção; Erro Médico; Falhas na Prestação de Serviços Médicos; Documentos médico-legais.

FROM DEFENSIVE MEDICINE TO MEDICAL-HOSPITAL COMPLIANCE: an analysis of the need for the implementation of the method to guarantee a legal prevention and reduction of judicialization and costs / losses

ABSTRACT: This article seeks to bring medical-hospital compliance closer to the everyday life of medical professionals and health care companies as a way to reduce risks and losses. It will be analyzed the possibility of the institute, which focuses on the legal entity, be applied also directly to individuals and in a conceptual way as a method of reducing medical-legal risks. The issues of Civil-Business Law, which involve medicine will also be addressed, focusing on the main medical-legal aspects that may present themselves in the routine of health professionals and medical and health establishments. It will discuss the current scenario of health judicialization, and how the implementation of the compliance method can be adapted, with peculiarities, to health service delivery companies. We will study some concepts from the British psychologist James Reason's theory on Error Management Principles and Error Theory and the concepts of Fair Culture as tools that helps in the creation of risk prevention and risk management standards. We will approach a conceptual analysis of the elements that must, mainly, be part of compliance for health professionals. We will focus on the need to take greater care in the preparation, handling and custody of medical documents, such as the Informed Consent Form, Medical Records, and other documents that can ensure greater legal prevention for health professionals; The conclusion of the study intends to answer if the adoption of compliance is justified in relation to the whole

analyzed, and if it is beneficial for professionals and health companies in the current scenario of health judicialization in our country.

Keywords: Medical Law; Health Law Compliance; Risk management; Prevention; Medical error; Failure to Provide Medical Services; Medical-legal documents.

1 INTRODUÇÃO

A evolução da relação do médico com seu paciente vem ganhando contornos incomuns que repercutem sensivelmente na esfera dos direitos subjetivos dos sujeitos envolvidos no ato de "dar" serviços de saúde e de recebê-los.

De um lado temo o profissional da saúde que, de forma inequívoca, não mais se encontra – ao menos do ponto de vista fático – numa relação de hierarquia de sobreposição em relação a seu paciente e que, muitas vezes, está vinculado a contratos coligados de natureza complexa, nos quais se verifica uma produção em massa com remunerações aquém do desejado por esses profissionais, cujos efeitos são invariavelmente maléficos ao sistema de saúde como um todo.

Do outro lado, temos o paciente "moderno", que tem acesso a ferramentas de pesquisa das mais variadas (com a *internet, smartphones* e o Google, dentre outras ferramentas de busca e Apps´s) e que exige cada vez mais informações específicas a respeito do seu estado de saúde e das alternativas possíveis de tratamento.

Além disso, em razão dessa oscilação do paternalismo para a autodeterminação, importa mencionar, por ser realidade do país, o aumento significativo das ações indenizatórias movidas contra os médicos e das denúncias realizadas junto aos Conselhos Regionais de Medicina em face dos profissionais.

No relatório de Judicialização da saúde em números de 2017, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e coordenado pelo Juiz Federal Clênio Schulze, encontramos um número assustador de ações ajuizadas em razão de "erros médicos", que chegaram a um total de 57.739, o que perfaz um número 158 demandas versando sobre erro médico ajuizadas diariamente em nosso país.

Em meio a esse panorama passado e atual, como é inevitável, surgiu a discussão referente à medicina defensiva, cujo objetivo é o desenvolvimento de atividades aptas a diminuir a ocorrência de divergências havidas entre o médico e seu paciente que poderão ser objeto de um possível conflito de natureza civil, ética ou mesmo penal.

Essa medicina envolve uma prescrição desenfreada de exames e buscas que custam muito dinheiro par o SUS e para as operadoras de saúde. Há ainda outras inúmeras práticas adotadas que configuram a medicina defensiva, tais como elaboração de guias orientadores, manuais de defesas profissionais e mesmo a inclusão de uma disciplina específica nas entidades de ensino.

Segundo informação referida por Miguel Kfouri Neto, nos Estados Unidos a medicina defensiva está essencialmente vinculada ao investimento em exames que permitem uma "certeza" diagnóstica com o intuito de evitar demandas por má-prática médica. Anualmente, são gastos naquele país 15 milhões de dólares com a realização desses procedimentos.[1]

Mas, será que todo esse gasto em dinheiro público e privado é a melhor resposta para a proteção dos profissionais de saúde?

Talvez, precisemos mudar o olhar e migrar de uma medicina defensiva para uma "medicina bioética"! Ou seja, que busca tanto o bem-estar do paciente quanto a proteção médico-jurídica do profissional de saúde.

O bom médico, diligente, deve conhecer os novos paradigmas e as atuais nuances que fazem "simbiose" com a profissão, sempre com a intenção de melhorar o desenvolvimento de sua atividade e visando os princípios da beneficência, não maleficência, equidade e justiça.

Contudo, acreditamos que a chamada medicina defensiva não pode mais se tornar um óbice ao exercício da profissão; nesses termos, o médico, fiel ao objeto precípuo de sua profissão, deve antes de tudo orientar as suas condutas em benefício do melhor interesse do seu paciente, sempre segundo o atual estado da arte médica.

---

[1] **KFOURI NETO**, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.416.

Citamos mais uma vez o Professor Miguel Kfouri Neto que assinala três fatores, mencionados pelos próprios médicos, que podem evitar demandas promovidas por pacientes: honestidade, humildade e humanidade.[2]

Importante mencionar, por oportuno que, a contratação, pelo médico, de um seguro de responsabilidade civil é outro assunto que invoca debates acalorados; mas que está presente no cotidiano da maioria das especialidades. Com efeito, a socialização do risco na área médica, projeta algumas variáveis importantes, algumas delas vantajosas, como por exemplo: (a) preservação do patrimônio do profissional; (b) efetiva reparação da vítima; (c) segurança e liberdade no desenvolvimento do ofício e outras desfavoráveis, como: (a) interferência negativa na relação médico-paciente; (b) elevação os custos dos serviços médicos; (c) um suposto fomento da chamada "indústria das indenizações".

A classe médica e suas entidades representativas[3], historicamente, vêm manifestando entendimento frontalmente contrário à contratação dessa modalidade de seguro, sob o argumento de que essa situação interferiria negativamente na relação médico paciente.[4] Mas, em nossa opinião, se o

---

[2] **KFOURI NETO**, Miguel. *Culpa médica ... cit*., p.422.

[3] Inúmeras são as desvantagens do Seguro de Responsabilidade Civil: interfere negativamente na relação médico-paciente, estimula os processos contra médicos, eleva os custos dos serviços médicos, pode facilitar o erro médico, facilita a "indústria" das indenizações, fornece uma proteção aparente para o profissional, cria um cenário cativo para o médico e não cobre o dano moral. Desde a década de oitenta do século passado, o Conselho Federal de Medicina vem, reiteradamente, colocando-se contrário à participação dos médicos em seguros de responsabilidade civil por entender que essa medida traz grandes prejuízos à relação médico – paciente. Se esta relação é a grande alavanca do médico, fica claro, diante dos argumentos aqui expostos, que médicos e suas entidades representativas criem mecanismos de resistência a implantação destes propósitos, não permitindo a participação de novos intermediários na relação médico – paciente, além daqueles, pertinentes as operadoras de saúde." (Parecer nº 2004/2008, CRM/PR, disponível em: <https://bit.ly/2NYUNdA>. Acesso em 20/10/2011).

[4] "A menor passividade com que as pessoas em nosso país começam a reagir contra a violação de seus direitos repercute notadamente na área de saúde e é, certamente, um dos motivos principais dos cada vez mais frequentes questionamentos judiciais dos prestadores de serviços de saúde por seus pacientes. Essa tendência faz com que os profissionais desta área se sintam cada vez mais expostos e comecem efetivamente a se preocupar com medidas que possam adotar para sua proteção. A palavra "proteção", associada ao verbo proteger, refere-se a medidas defensivas contra algo que se tem por indesejado ou prejudicial.

seguro for sigiloso e bem utilizado pelo médico ou instituição de saúde, não encontramos problemas ou óbices para sua adesão.

Devemos considerar, também que a alegações de "erro médico" custam ao setor de saúde bilhões de reais anuais. E no cenário mundial, bilhões de dólares.

Mas, além de dinheiro, a ausência de *compliance* e falta de uma boa conduta de prevenção são potenciais geradores de danos à reputação de um médico, clínica ou de um hospital.

O termo *compliance* ficou muito difundido no Brasil após a repercussão e desdobramentos da operação Lava-Jato da Polícia Federal e ficou conhecido e comentado no vocabulário de grandes e pequenas corporações brasileiras.

É notório que o país está vivendo uma época de grandes mudanças, próxima ao caos, no cenário político e jurídico, mas que não é possível conviver mais com todos esses malfeitos. Precisamos viver melhor na questão sustentabilidade no sistema de saúde (que engloba o SUS, a Saúde Complementar e, sem sombra de dúvidas, a Saúde Suplementar). Logo, é preciso integração da cadeia para encontrar as soluções e a convergência de valores.

Por isso, entendemos que o setor de serviços em saúde também não pode deixar de incorporar o *compliance* na gestão das suas atividades.

Aparentemente, nada mais adequado que a busca dos prestadores de serviços de saúde por proteção contra os questionamentos judiciais aos quais estão expostos. Contudo, ao direcionarem essa proteção equivocam-se quanto o objeto do alvo. Os maiores questionamentos dos serviços de saúde pairam na despersonalização da relação entre o profissional de saúde e o paciente, originada a partir da chamada "massificação" da medicina e dos serviços de saúde em geral. Este distanciamento eliminou desta relação médico-paciente, quase por completo, elementos fortemente inibidores da eventual vontade do paciente questionar: confiança, respeito e, até mesmo, um certo temor reverencial que se tinha anos atrás. Havia uma autoridade quase suprema de seu médico, que lhe impedia de questionar. A prevenção de questionamentos de pacientes mediante estudo das causas que os levam a questionar e a adoção de medidas que eliminem ou reduzam estas causas de há muito são realizadas em outros países que já enfrentam estas demandas judiciais. A "banalização" das queixas e a "judicialização" da medicina, acrescida da chamada "justiça gratuita" são geradoras desta dificuldade no exercício médico. É de Armando de Oliveira Assis, que afirma: "seguro é o método pelo qual se busca por meio de ajuda financeira mútua de um grande número de existências ameaçadas pelos mesmos perigos, a garantia de uma compensação para as necessidades fortuitas e avaliáveis decorrentes de um evento danoso".

As atividades de saúde, desde as mais simples realizadas dentro de um consultório médico, até as mais complexas desenvolvidas em um hospital geral, envolvem uma enorme quantidade de riscos que, com a gestão médico-jurídica adequada, podem ser minimizados ou até eliminados.

As vultosas indenizações a que os médicos e hospitais vêm sendo condenados que, muitas vezes, decorrem unicamente da má gestão de riscos e que poderiam ter sido evitadas, podem chegar a inviabilizar a atividade, sem falar na infâmia que poderá recair nos profissionais e entidades envolvidas.

Por este motivo, cada vez mais os profissionais e instituições que desenvolvem atividades ligadas à saúde tem buscado orientação jurídico-assistencial para gerenciar adequadamente os riscos dos atos e eventos em saúde e implementar programas de *compliance* e gestão de riscos.

Sobre o tema, uma das vantagens que os hospitais já possuem versus outros setores da economia é o fato de já terem o histórico de trabalhar com questões como ética, cultura, padrões formalizados, manuais de conduta e treinamentos, assim como a gestão de relacionamento com pacientes, médicos, fontes pagadoras e fornecedores e análise de riscos, entre outras ações que fazem parte ou se assemelham às que são necessárias na adoção de um programa eficaz de *compliance*. Mas, além desses pontos também é necessário aplicar alguns conceitos de básicos de segurança jurídica documental e de treinamento de equipes sobre conceitos jurídicos (Direito do Consumidor, Código de Ética Médica, Direitos dos Médicos, Direitos dos Pacientes, dentre outros), que permeiam a atividade médico-hospitalar.

Alguns riscos inerentes ao setor médico-hospitalar são mais óbvios, como aqueles ambientais ou sanitários (por exemplo, relacionados à manipulação, destinação e descarte de resíduos), aqueles ligados à relação com a indústria farmacêutica ou os vinculados à relação com o Poder Público (por exemplo, na obtenção de licenças e alvarás ou participação em licitações etc.), em que a preocupação com a ocorrência de falhas é manifesta.

Já outros riscos, como a 'confidencialidade de informações de pacientes', justamente porque a atividade médica já gravita em torno da questão ética, talvez sequer sejam encarados como cruciais ou tidos como pontos de atenção. É devem ser encarados assim, principalmente

com o avanço da tecnologia da informação e com a ampla utilização de prontuários eletrônicos. Lembremos o casso do ciberataque[5], que ocorreu em 12 de maio de 2017, e que paralisou 17 hospitais na Inglaterra e afetou mais de 70 países em todo o mundo.

Levando em consideração todo esse contexto, podemos afirmar que a 'conformidade' das empresas e prestadores de serviços em saúde afeta desde o médico autônomo até o maior conglomerado global de saúde. Para alguns, a conformidade com a saúde é vista como uma intrusão governamental desnecessária e a imposição de uma supervisão desnecessária sobre pessoas sobrecarregadas, mal pagas e subvalorizadas que estão dedicando suas vidas a ajudar os outros. Para outros, a conformidade com a saúde é vista como um meio de melhorar a qualidade e a disponibilidade dos cuidados de saúde, controlando ao mesmo tempo os custos desses cuidados de saúde. E é, exatamente, nesse aspecto que acreditamos.

Além disso, a supervisão governamental e a regulamentação dos cuidados de saúde nunca serão totalmente eliminadas. Na verdade, a regulamentação e supervisão governamental provavelmente aumentarão, à medida em que as agências governamentais e outros pagadores de terceiros implementarem mais requisitos de qualidade, em decorrência do aumento da telesaúde, telemedicina e da própria evolução da ciência médica e da tecnologia da informação.

No mundo em que vivemos e respiramos, a "confiança" é desenvolvida através de interações repetidas entre as partes com as quais um relacionamento é construído, e isso se aplica indubitavelmente e deve retornar à relação médico-paciente e ao complexo médico-hospitalar.

Assim, a aplicação do *compliance* na profissão médica pode municiar os profissionais e empresas da saúde para que estejam aptos a melhor sustentar a correição de sua atuação, servindo de apoio à sua defesa em reclamações administrativas, judiciais, ético-profissionais e penais. Isso é relevante porque os erros médicos inserem-se num contexto dinâmico, ocorrendo, principalmente, devido a falhas multifatoriais e inevitáveis.

[5] Ciberataques em larga escala atingem empresas no mundo e afetam Brasil. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/hospitais-publicos-na-inglaterra-sao-alvo-cyber-ataques-em-larga-escala.ghtml.> Acesso em: 26/08/2018

No âmbito dos Conselhos de Medicina, resta evidente sua histórica e contínua atuação no campo do *compliance*, através do Código de Ética Médica (CEM) e de suas resoluções, que buscam moldar as condutas médicas na direção da boa prática, em respeito ao prestígio social da profissão hipocrática, em respeito ao prestígio social do médico. Contudo, as regras definidas pelos conselhos buscam fundamentalmente a garantia do cumprimento daquilo que está prescrito no segundo princípio fundamental do CEM: "O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional."

O principal alicerce da atividade profissional médica é a relação médico-paciente e que deve estar baseada no princípio da confiança. São deveres inerentes para bem construí-la a atualização do conhecimento, a busca permanente por novas informações, por novos métodos, a atitude de não exagerar com meios diagnósticos e condutas terapêuticas, o zelo e o trato diligente das pessoas/pacientes. Para o médico, as prioridades são a vida, a saúde, a cura da doença, o benefício da atenuação da dor e do sofrimento e o amparo do doente. Para atingir todos esses objetivos, é pertinente adotar medidas éticas condizentes e, além disso, medidas de *compliance*, de prevenção e de gestão de riscos.

Além disso, não podemos esquecer que a relação médico-paciente sofreu, inquestionavelmente, um grande enfraquecimento nos últimos anos, em decorrência de vários fatores, seja a ausência de estrutura adequada, falta de investimento público no setor, defasagem na remuneração, dentre outros. E é, exatamente, nesse ambiente que entram a Bioética e o Direito Médico, aquela no âmbito das discussões sobre as práticas aceitáveis da profissão e este último abarcando os reflexos da bioética e projetando-os dentro de um ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, no qual a liberdade, tanto individual quanto profissional são exaltadas, desde que a lei não proíba.

Com efeito, a Lei, o Direito, tornam-se interfaces obrigatórias para o exercício da profissão médica para as regras de mercado da sociedade atual. Além disso, não só nas Leis estão conjeturados todos os aspectos sobre a realidade da profissão médica. Neste sentido, há que se falar também em outras limitações que, apesar de não serem leis *estrito sensu*, possuem um certo aspecto de legalidade e inclusive de amparo

legal e que regulam a atividade médica, como resoluções de conselho profissional, normativas e portarias do governo através de seus ministérios e agências reguladoras, convenções sindicais, dentre outras influências externas à medicina e que interferem diretamente na autonomia e na atividade médica.

A cultura e a ética estão "na moda" na teoria da administração e nas discussões de conformidade, mas nunca as vemos discutidas como absolutamente dependentes uma da outra. Se a ética da organização não estiver correta, a cultura também nunca estará e a ética e a cultura formam rotinas (hábitos) e padrões[6], com impulsionamento dos profissionais e organizações da saúde. Logo, a cultura é a personalidade de uma empresa e ela manifesta para o público qual a verdadeira identidade de uma organização; e quais as situações que são importantes e relevantes para a empresa (médicos, clínicas e hospitais).

Este processo de rotinas e padrões — em que o cérebro converte uma sequência de ações numa rotina automática — é conhecido como *chunking* (agrupamento) e está na raiz de como os hábitos se formam. Há dezenas — se não centenas — de blocos (*chunks*) comportamentais dos quais dependemos todos os dias[7], e por isso que os profissionais da saúde precisão implementar rotinas de segurança e prevenção que se transformem em hábitos de segurança.

Não obstante, o uso desse instrumento proposto enfrenta dificuldades, inclusive para ser compreendido. Apesar de ser comum a aplicação dos programas de *compliance* em organizações empresariais de saúde, além dos grandes hospitais, entende-se que os procedimentos de controle de uso regular nas instituições de saúde sejam suficientes para lidar com os frequentes problemas decorrentes de acusações de imperícia, imprudência e negligência (culpa) na atividade médica. Mas não são.

E por uma simples razão; a mentalidade norteadora dessas práticas visa, com raras exceções, a proteção do procedimento hospitalar frente a fiscalizações diversas. Ou seja, é um sistema de proteção norteado pela burocracia profissional da atividade. Por isso que o uso do

[6] The Business Case for a Strong Culture of Ethics. Disponível em: <https://www.corporatecomplianceinsights.com/a-new-way-of-thinking-about-ethics-and-culture/>. Acesso em: 19/08/2018.
[7] DUHIGG, Charles, O Poder do Hábito, Ed. Objetiva, pág. 42.

compliance por pessoas físicas/médicos/enfermeiros e todos os colaboradores tem propósito maior, o de proteção integral da equipe de trabalho, da clínica ou hospital e do próprio paciente.

A realidade é que não há como ter uma cultura empresarial que impulsione uma organização, a menos que a empresa tenha uma cultura ética fundante, embasada em uma responsabilidade social da empresa enraizada no conceito e método do *compliance,* da prevenção e da gestão de riscos, para que os funcionários saibam "como fazer as coisas", para que eles aproveitem seu trabalho e não sintam a necessidade de agir de forma antiética e em desconformidade com as normas que regulam uma categoria, trabalho ou função.

Há anos que os gestores e auditores internos das empresas de saúde têm sido seus olhos e ouvidos, oferecendo segurança em torno da eficácia das estratégias e controles de mitigação de risco. Mas hoje eles estão sendo solicitados a fazer muito mais do que isso - ir além de simplesmente proteger o valor do negócio e realmente criar valor para a empresa. Na área da saúde, o *compliance* pode gerar uma enorme segurança jurídica e agregar valor e eficiência aos serviços da empresa de saúde.

Numa sociedade conflagrada pelo espírito de litígios judiciais – o Brasil é o país da judicialização de tudo -, indivíduos de profissões como as da área médica adquirem cada vez mais consciência para a necessidade de blindar efeitos negativos relacionados à imagem diante de suspeitas no descumprimento de normas e princípios morais. E, por isso, querem evitar o risco da aplicação de sanções correspondentes às normas violadas, como medidas disciplinares, perda de cargo, censuras públicas e cassação da inscrição de conselho profissional, cominação de multas e, em casos extremos, até a perda de liberdade.

Grande parte dessa mudança está sendo impulsionada por alterações maiores nos negócios e no mercado. A tecnologia e a informação acessível estão avançando a passos galopantes. Riscos emergentes em torno da privacidade de dados (sigilo de documentos médicos estão mais rígidos). E as preocupações globais em torno da ética e integridade corporativa estão em larga ascensão.

Agora, com maior razão, os auditores internos, inclusive os advogados especializados em Direito da Saúde e regras de gestão de riscos, são cada vez mais necessários nas mesas de diretoria e executivos, não

apenas para garantir segurança, mas também para fornecer inteligência estratégica que possa acelerar o desempenho e o crescimento dos negócios, destacar riscos e oportunidades importantes e impulsionar decisões de negócios com informações importantes para tomadas de decisões.

Os médicos, empresários e gestores em saúde querem saber se algo está errado ou, principalmente, o que pode dar errado em seus negócios bem antes de ocorrer algum dano, visando a redução custos e perdas. Nenhuma outra função é indiscutivelmente tão bem posicionada quanto a auditoria jurídica para fornecer essas percepções em tempo hábil. E essa auditoria (*due diligence)* jurídico-médica mostra-se muito eficaz para criar método, rotinas e padrões; acelerando o desempenho e o crescimento dos negócios em saúde e propiciando decisões embasadas em informações metrificadas e em conformidade com o sistema jurídico vigente.

Infelizmente, o *Enterprise Risk Management* (ERM) ainda não é tão difundido e utilizado por médicos, gestores de clínicas e hospitais, pois, se esses entendessem e conhecessem bem as regras as quais estão submetidos, realizassem auditoria jurídicas de processos e documentos médicos, treinassem as equipes sobre os direitos e deveres dos médicos e pacientes, provavelmente, conseguir-se-ia reduzir os números de reclamações administrativas e, inclusive, de processos judiciais sobre danos morais ou supostos erros médicos.

Na visão do presidente da KPMG no Brasil e América do Sul, Charles Krieck; "O *compliance* precisa ser visto como uma fonte de vantagem competitiva e não como custo".[8]

2 ORIGEM E DEFINIÇÃO DO *COMPLIANCE*

Estima-se o *Compliance* teve origem ainda no final do século XX, nos Estados Unidos, quando começaram a surgir as principais agências reguladoras. Foi em 1906 que o governo americano resolveu criar um modelo de fiscalização central, com o objetivo de regular algumas empresas da área da saúde e de alimentação.

Em 1913, quando da criação do Banco Central Americano, o *Federal Reserve System*, o *Compliance* ganhou mais visibilidade. Um

[8] Fórum de Compliance Healthcare, promovido pela Aliança Brasileira da Indústria Inovadora em Saúde – ABIIS.

conjunto de regras foi desenvolvido com o objetivo de dar mais estabilidade e segurança às transações financeiras e coibir crimes de lavagem de dinheiro. A partir daí, houve sólido embate do governo americano sobre essas instituições, o que ajudou a regulamentar e, assim, articular elementos de *Compliance* e Ética mais eficientes.

Na década de 70, surge a US *Foreign Corrupt Practices Act (UFCPA),* de forma que garantisse que quem quisesse fazer negócios com EUA deveria seguir suas regras anticorrupção.

Mas, e o que significa *compliance*? O termo *compliance* tem origem no verbo em inglês *to comply*, ou seja, "agir de acordo com uma ordem, um conjunto de regras ou um pedido" [9].

No mundo empresarial, *compliance* pode ser definido como um conjunto de ferramentas de gestão corporativa, que envolvem o desenvolvimento de processos internos de controle e mitigação de riscos e que, em nossa visão, no que diz respeito ao universo corporativo, "Compliance" deva ser entendido com uma abrangência maior e multidisciplinar.

O c*ompliance* ganha cada vez mais força dentro das corporações brasileiras - e o setor de saúde não está alheio a esses conceitos - e pode ser entendido como conjunto de disciplinas, procedimentos, políticas e regulamentos para fazer valer as normas de uma instituição, assim como detectar, evitar e tratar inconformidades e eventos adversos de conduta ética.

Nesse sentido, o *compliance* também tem se inserido no contexto hospitalar e orientado corpo clínico, comunicação, gestão e demais setores diante da prestação de assistência à saúde.

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 dos seus funcionários"[10].

Com efeito, os objetivos da implantação de uma política de *Compliance* são inúmeros; mas, entre os principais, estão: cumprir com

[9] Cambridge English Dictionare.
[10] CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012, p. 30

a legislação nacional e internacional, além das regulações do mercado e das normas internas da empresa; prevenir demandas judiciais; obter transparência na condução dos negócios; "salvaguardar a confidencialidade da informação outorgada à instituição por seus clientes"; evitar o conflito de interesse entre os diversos atores da instituição; "evitar ganhos pessoais indevidos por meio da criação de condições artificiais de mercado, ou da manipulação e uso da informação privilegiada"; evitar o ilícito da lavagem de dinheiro; e, por fim, disseminar na cultura organizacional, por meio de treinamento e educação, os valores de *Compliance*[11].

Pela junção entre economia (mercado), direito e ética, surge a transparência, requisito essencial para o *Compliance* e, por consequência, para o bom funcionamento do mercado, visto que gera confiança e cooperação, pois os *stakeholders* podem analisar os riscos dos negócios.

Atualmente, além de manter as informações seguras e seu negócio sempre funcionando, as organizações precisam mostrar, e comprovar, para o mercado que estão adotando as boas práticas. Para isso as organizações precisam estar em conformidade, ou em *compliance*.

Destaca-se que não se deve aplicar uma estrutura de *Compliance* única para toda e qualquer empresa, sob pena de ineficiência, pois cada empresa terá um tempo próprio de preparação para receber e desenvolver o referido sistema.[12]

Assim, faz-se cada vez mais necessário que os médicos, clínicas e hospitais adotem posturas preventivas como forma de gerenciar e minimizar o risco[13] de ações judiciais na atividade médico-hospitalar.

[11] CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 37-38

[12] O programa de compliance deve ser estruturado de acordo com a realidade particular da organização, as suas circunstâncias específicas, a sua cultura, o seu tamanho, o seu setor de atuação, o tipo de atividade por ela desenvolvido e o local da sua operação" (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 20).

[13] "Risco legal ou regulatório relaciona-se a não conformidade com leis, regulações e padrões de compliance que englobam matérias como gerenciamento de segregação de função, conflitos de interesse, adequação na venda dos produtos, prevenção à lavagem de dinheiro etc. Este arcabouço regulatório tem como fonte leis, convenções do

Além disso, os próprios médicos e os administradores de empresas da saúde precisam saber como são vistos pela legislação Brasileira e quais suas responsabilidades civis, penais e ético-profissionais pelos atos supostamente defeituosos.

E se a própria imputação generalizada e indiscriminada de erro do atuar médico já não é extremamente desmedida, é notório que essa generalização se avoluma para toda a classe e estende-se em todo o atuar médico. Assim, não é surpresa que a maioria dos pacientes passam a duvidar dos médicos e de seu compromisso com a beneficência e com o princípio da justiça e, mais grave ainda, fica em jogo a própria credibilidade da medicina brasileira.

Além de interpretar as leis que rege suas atividades, a empresa precisa ter um eficiente controle interno de estratégias e documentos jurídicos, e estar atenta para os diversos riscos operacionais.

Um aspecto que não pode deixar de ser comentado é o total despreparo da maioria dos médicos em relação às medidas preventivas jurídicas, minimamente necessárias para uma atuação segura, diante de tantos problemas existentes no mercado de serviços em saúde. É fato que na imensa maioria da grade curricular dos cursos de medicina do nosso País, inexiste ensinamentos jurídico para que o estudante se prepare para uma atuação juridicamente segura, quando entrar no mercado de trabalho. Soma-se a este fato a total dedicação dos estudantes e médicos aos constantes estudos e aprimoramentos que a atuação médica demanda, tomando todo o tempo disponível do profissional e fazendo com que o mesmo seja especialista na sua área, mas leigo em tantas outras tão importantes como os conhecimentos básicos de regras jurídicas para atuação na área da saúde.

Oportuno mencionar que, por um bom tempo, os médicos praticara a denominada "Medicina Defensiva"[14], que pode ser definida como a modificação na prática da Medicina na qual o médico visa obter

mercado, códigos e padrões estabelecidos por associações, órgãos regulatórios e códigos de conduta" (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 2).

[14] SOTO NIETO, Francisco. *Op. cit.* p. 896. Sobre o tema, e seu viés negativo, como aumento dos custos e risco de lesões iatrogênicas por excesso de intervenções, cf.: MORREI, E. Haavi. Medical errors: pinning the blame versus blaming the system. In: SHARPE, Virginia A. (ed.). *Accountability:* Patient Safety and Policy Reform. Washington, D.C.: Georgetown University Press, p. 213-232, 2004. p. 224.

uma "blindagem" contra futuros processos por responsabilidade médica aumentando e utilizando-se exageradamente, em geral, de recursos técnicos dispensáveis e que acabam gerando grande custo para o Sistema único de Saúde ou para as empresas de Saúde Suplementar.

Podemos, assim, afirmar que a concepção estritamente defensiva da medicina é muito limitada, deixando desprotegidos os interesses do paciente. Já a concepção bioética do atendimento, da relação médico-paciente e dos documentos médicos é, do ponto de vista ético-jurídico, bem mais adequada, por resguardar os interesses de ambas as partes da relação assistencial, quais sejam, o médico e o paciente.

Com efeito, um plausível contexto para a o aumento do interesse desses programas de adequação das empresas de saúde às normas jurídicas e ético-profissionais é o aumento exponencial da judicialização da saúde, que tem assustado os estudiosos sobre o tema em razão de estar desenfreada no país, situação que agrava os conflitos entre pacientes, profissionais e instituições de saúde, além da ausência de regulação séria do sistema de saúde pela ANS. Por isso, o *compliance* médico-hospitalar tem sido usado para diagnosticar problemas e dar soluções a possíveis riscos jurídicos existentes em hospitais e clínicas, e no próprio ato médico.

No Brasil, o *compliance*, *estricto sensu*, também surgiu para tentar combater a corrupção, por meio da Lei 12.846/13. Com a promulgação dessa Lei, que entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014, todas as empresas brasileiras e seus dirigentes passam, agora, a ser expostos a graves consequências, na esfera civil e administrativa, por práticas de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira.

Pode-se afirmar com propriedade, conforme definido por Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad, que o *compliance* orienta-se por sua finalidade preventiva, com a programação de uma série de condutas que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. É, portanto, uma posição de observância e cumprimento de normas, unida a estratégias de prevenção de perigos futuros[15].

[15] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 56, 2012. p. 600.

O *compliance*, via de regra, é implementado através de um programa, o qual pode possuir diversas formas de abordagem, sendo que, para a aplicação que se pretende, o modelo mais relevante é aquele focado na prevenção[16]. Neste, além da determinação de condutas preventivas, é importante sempre buscar a cobertura de quaisquer lacunas, com formas de detecção de atos que fujam ao consignado – através de mecanismos de análise e verificação das atitudes tomadas – e a rápida aplicação de medidas de correção caso seja detectado alguma anormalidade.[30]

Em termos práticos, um bom programa de *compliance* deve ter, pelo menos: a) Estrutura definida a partir de um mapeamento dos riscos; b) Código de Conduta; c) Programa de Treinamento dos sócios e colaboradores da empresa; d) Equipe com capacidade e independência para monitoramento; e) Comprometimento da alta administração; f) Avaliações de eficácia (critérios de métricas definidos); g) Adequações de documentos médico-legais; h) Canal de denúncias e i) Punições em caso de descumprimento.

A motivação inicial das empresas que procuram por planos de conformidades no âmbito hospitalar é simplesmente minimizar a manifestação de fraudes e corrupção, de variadas formas, a fim de evitar perdas financeiras diretas. Contudo, quando se deparam com um trabalho conciso e feito de maneira mais assertiva, dão-se conta de que a proposta do *compliance* vai além: é capaz de criar boa reputação, aumentar o crescimento, gerar comprometimento dentro do ambiente de trabalho e desenvolver relações sociais de cooperação.

Como dissemos, é óbvio que a atividade médico-hospitalar tem muitos riscos e que tem como prioridade a vida e a sua atuação é fundada na relação de confiança. Por isso, qualquer inconformidade em sua atuação profissional gera debate, visibilidade e julgamento perante todos. Em razão desses fatos, temos observado o quão negativa é a visão de uma instituição envolvida casos de fraude, assédio moral, corrupção, descumprimento da legislação, desvio de conduta e infração ético-profissional.

Nos últimos dois anos, vimos a imprensa relatar graves eventos de infrações éticas, como quebra de sigilo, vazamento de documentos

[16] GIOVANINI, Wagner. Compliance – A excelência na prática. São Paulo, 2014. p. 51.

para imprensa, publicidade em desconformidade com as normas, além da ignorância dos procedimentos de gestão de riscos. Nesse sentido, a implantação e execução de conformidades hospitalares é um salto à humanização e gerenciamento do tratamento médico. Porém, é preciso deixar claro que para haver adaptação e cumprimento das normas de condutas estabelecidas deve ocorrer o comprometimento e envolvimento de todos os setores. Apenas as definições formal e documental não asseguram uma boa gestão de *compliance*, mas sim com a criação de conformidades com envolvimento e consulta de cada departamento, realização de treinamentos, criação de um relacionamento organizacional e a definição de regras com clareza e transparência.

A ideia é que o *compliance* médico-hospitalar seja encarado como uma certificação de governança para o corpo da instituição e para a prestação de serviço. A decisão em implantar tal sistema requer foco e investimento. Para isso, é fundamental estudar uma estrutura de criação e ter uma pessoa responsável para viabilizar as atividades de *compliance* e implementação de segurança jurídica.

Assim, uma boa assessoria jurídica e de comunicação também é imprescindível para uma governança transparente, cooperativa e co-participativa. Dessa forma, protegem-se profissionais, instituições e pacientes com a indicação de melhores práticas, dando assistência e segurança para todos os envolvidos.

3 E O QUE É CONFORMIDADE COM A SAÚDE?

A conformidade com os serviços de saúde é o processo contínuo de atender ou exceder os padrões legais, éticos e profissionais aplicáveis a uma determinada organização ou fornecedor de serviços de saúde. A conformidade com a saúde requer que as organizações e provedores de serviços de saúde desenvolvam processos, políticas e procedimentos eficazes para definir a conduta apropriada, treinar a equipe da organização e monitorar a adesão aos processos, políticas e procedimentos. A conformidade com a saúde abrange inúmeras áreas, incluindo, mas não limitadas a atendimento ao paciente, faturamento, reembolso, contratação de assistência gerenciada, Comissão Conjunta de

Acreditação de Organizações de Saúde e privacidade/segurança, para citar apenas algumas.

A conformidade com a saúde não é um conceito novo. Uma das formas mais antigas de conformidade com a saúde foi o estabelecimento de padrões mínimos para instalações cirúrgicas pelo Colégio Americano de Cirurgiões em 1918. Hoje, o volume de regulamentações aplicáveis a organizações e fornecedores de serviços de saúde exige que eles tenham membros dedicados especificamente à conformidade com a saúde.

Assim, a conformidade com a saúde é o processo contínuo de atender ou exceder todos os padrões legais, éticos e profissionais aplicáveis a uma organização ou fornecedor. À medida que as regulamentações aplicáveis à organização de saúde mudam, o mesmo deve acontecer com seu programa de conformidade.

4 O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

O ato de confiar é, em verdade, da essência das relações humanas. No trato diário das relações pessoais e profissionais, as pessoas lançam mão da confiança inúmeras vezes, simplesmente porque acreditam que aqueles com quem estão lidando corresponderão às expectativas que naturalmente defluem dessas relações.

Pode-se dizer, assim, que confiança consiste no depósito de expectativas e credibilidade por uma pessoa em outra, ou numa determinada instituição (também conhecido no Direito como o Princípio da Confiança).

De fato, confiança[17] e risco são elementos que estão fortemente imbricados entre si, haja vista que o aumento e conceito da primeira conduzem, inevitavelmente, à redução do segundo, funcionando aquela como um forte instrumento de apoio e incremento da segurança jurídica.

[17] Com efeito, como leciona Luiz Edson Fachin, "um claro cenário se reproduz em torno da confiança: o repensar das relações jurídicas nucleadas em torno da pessoa e sua revalorização como centro das preocupações do ordenamento civil". FACHIN, Luiz Edson. *O "aggionarmento" do direito civil e confiança negocial, in Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 145.

Em outras palavras, confiança e risco constituem grandezas inversamente proporcionais: quanto maior o nível de confiança verificada nas relações humanas – e, sobretudo, quanto mais honrada for esta confiança – menos incertezas e menos riscos haverá, aumentando, assim, a segurança jurídica das relações.

Preliminarmente, entender o papel e a importância do médico não parece um trabalho de árdua compreensão. O profissional médico pode ser entendido como aquele indivíduo que cursou a graduação em medicina e atua profissionalmente com o objetivo de cuidar da saúde de seus pacientes.

Em um curto período de tempo, podemos observar que a relação médico-paciente está sendo influenciada pelas novas técnicas, tecnologias e especializações, e, por isso, este relacionamento tomou aspectos muito mais comerciais (contratualistas) do que tecnicamente profissional.[18]

Em um primeiro plano, devemos entender que a relação médico-paciente consiste precipuamente em um contrato de prestação de serviços, no qual são estabelecidos direitos e obrigações entre as partes, na qual o profissional médico, via de regra, utilizará de todos os recursos e meios necessários, dentro da boa técnica (*Lex Artis*), para cuidar e/ou restabelecer a saúde do paciente que requer os seus cuidados técnicos.

Dessa forma, a confiança é elemento que assume papel fundamental para o bom desenvolvimento da relação médico-paciente, pois é ela que torna fecunda a terra para que essa relação germine e se desenvolva. Pois, uma vez a quebrada a confiança que reciproca entre o médico e o paciente, será quase impossível a preservação da relação nos moldes em que ela foi iniciada e deveria ser mantida.

Apenas com a base oferecida pela confiança, podem as pessoas levar a bom termo as relações que estabelecem, sem o quê pacientes jamais poderiam sentir-se tranquilos em relação a todo conhecimento técnico de Medicina, que afinal não possuem, e que lhes deve ser sempre transmitido por seus médicos, em razão do dever de informação plena[19] (estatuído no inciso III do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor).

[18] Como abordado em Santos Santos (2004, p. 48-65) e Bergstein (2012, p. 2-7)

[19] Em contrapartida, também há o dever de prestar de informações completas ao médico pelo paciente, decorre diretamente do art. 422 do Código Civil, que especifica que "Os

Pelo princípio da transparência, positivado em nosso ordenamento jurídico no art. 6°, III, da Lei 8078/90, assegura-se ao consumidor/paciente a plena ciência da exata extensão das obrigações assumidas perante a prestação do serviço de saúde. Assim, deve o fornecedor transmitir efetivamente ao consumidor todas as informações indispensáveis à decisão de consumir ou não o produto ou serviço, de maneira clara, correta e precisa.

Fundamental ter-se em mente que as informações fornecidas pelo profissional ao seu cliente, ao mesmo tempo em que nele criam expectativas, para aquele criam deveres.

Possivelmente, ao ver frustrada expectativa legítima criada com base em vínculo de fidúcia – como é, ou deveria ser – o paciente poderá reclamar do médico a reparação do dano daí decorrente. Daí surge o conselho jurídico de nunca gerar expectativa ilusórias nos pacientes, principalmente nos serviços médicos que envolvem a área da Plástica e da Cosmiatria.

5 O PACIENTE E O DEVER DE LEALDADE E BOA-FÉ NA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES AO MÉDICO

É preciso também discutir o papel do paciente dentro desta relação, pois este indivíduo com direitos personalíssimos e autonomia da vontade garantida por amplos dispositivos legais, também encontra limites tanto para o seu agir mediante suas vontades próprias quanto ao recebimento da atenção médica e do atendimento médico devido e de forma correta.

A relação médico-paciente, além de uma relação de saúde, é também uma relação econômica, inserida em uma dinâmica de mercado na qual o profissional fornece um serviço pelo qual é devidamente remunerado. Conforme abordado por Santos (2004, p. 48-65), a profissão médica é uma atividade complexa tanto no quesito técnico e tecnológico quanto no quesito econômico e também político-social. Pois, apesar do profissional exercer o monopólio da técnica, a profissão

contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

médica não pode ser considerada liberal num todo. Pois o médico tem a autonomia no tratamento e o paciente tem seu direito de autodeterminação; por isso, o médico deve seguir convenções que guiem a sua atuação sob risco de transcender limites éticos, além de legais; bem como buscar a prática médica com foco humanizado e oferecida como assistência digna, de qualidade e eficiente.

Portanto, a relação médico-paciente deve ser abordada dentro de uma lógica de confiança e que pode ser instrumentalizada mediante um instrumento chamado "Termo de Consentimento Livre e Esclarecido" que contenha as informações da atuação das partes juridicamente envolvidas. Neste âmbito não há como deixar de lado a correlação com um dos princípios básicos do direito civil brasileiro, o princípio da boa-fé objetiva, pois, ao se considerar a relação médico paciente em um aspecto jurídico, não há também como afastar suas características de uma relação contratual e de prestação de serviço, bem como a garantia da proteção da parte menos favorecida no processo, que no caso, refere-se ao paciente (em razão da inversão do ônus da prova para o hiposufuciente[20]).

Muito se discute a autoderminação do paciente como a garantia do princípio autonomia da sua vontade em situações extremas, tais como tratamentos de saúde de paciente com doença terminal e procedimentos de Eutanásia e transfusão de sangue em pessoas que professam a religião das Testemunhas de Jeová. Entretanto, existem outros momentos e mais simples na relação médico paciente em que há que se falar da autodeterminação da vontade do paciente e do papel impositivo e de autoridade médica do profissional da saúde, visto que na medicina atual os meus terapêuticos não trabalham apenas com a prevenção e tratamento de doenças mas existem verdadeiros meios de interferência no curso do que seria chamado por vida natural, conforme abordado por Domingos, Kfouri Neto e Lima (2017, p. 73).

Da observância desses princípios de probidade e boa-fé derivam **os deveres de cooperação e lealdade**, nos quais inserimos o dever do paciente em bem informar o médico da sua situação de saúde e de todas suas queixas. Ou seja, o paciente não pode esconder do médico, quando questionado na anamnese, todos os fatos e aspectos que

[20] Recurso Especial n.º 81.101 Paraná (95/0063170-9). STJ. DJ 31.05.1999.

circunscrevem a enfermidade ou estado geral do paciente, sob pena de ter culpa exclusiva em um possível resultado indesejado.

Com efeito, percebemos, assim, que a boa-fé é a mais imediata tradução do princípio jurídico **da confiança (*honeste vivere*)**, verdadeiro alicerce da convivência social.

O capítulo V do Código de Ética Médica trata unicamente da relação do médico com seus pacientes e familiares. E dessa relação podemos inferir que cabe sempre ao paciente, ou seu responsável legal, em **conjunto** com seu médico assistente, **decidir sobre o tratamento a ser seguido**. Por isso, as informações prestadas de maneira insuficiente ou inverídicas podem levar a um diagnóstico impreciso.

Por isso mesmo, é muito importante que o médico incentive e crie um bom ambiente para que o paciente possa prestar as informações corretamente e, dessa forma, haja uma mitigação de riscos profissionais.

Como já dissemos, a relação médico-paciente consiste precipuamente em um contrato de prestação de serviços. Contudo, esta relação vai além de um vínculo contratual, pois os deveres do médico para com o paciente **devem ser sempre pautados na ética e no respeito à pessoa**, já que o objeto do contrato é o próprio paciente e seu bem-estar psicofísico (Temos um contrato *sui generis*).

É oportuno mencionar que a falta de informação adequada prestada pelo paciente pode determinar a não imputação de responsabilidade ao médico, na medida em que, se o enfermo oculta dados sobre a sua saúde, a responsabilidade do médico pelo erro no diagnóstico pode, no mínimo, ver-se, quando não, excluída. É a denominada culpa exclusiva da **vítima** no ordenamento jurídico de nosso país.

E como o médico pode se proteger de situações adversas causadas por omissão de informações por parte do paciente?

Nas relações médico-paciente, as informações podem ser repassadas de forma oral ou escrita. No entanto, não há norma específica determinando que seja de forma escrita e, por isso, ainda há a prevalência da oralidade e ausência de formalidade no repasse e registro dessas informações na relação médico-paciente (Como estatui o próprio Código de Ética Médica em seus arts. 22 e 34)

Logo, a relação médico-paciente deve ser permeada pela boa-fé e observar o princípio jurídico da confiança para que os serviços médicos prestados possam alcançar os melhores resultados possíveis.

6 COMPLIANCE NA ROTINA MÉDICO-HOSPITALAR

Um dos documentos mais importantes na atividade de saúde é o prontuário médico. A falta deste documento ou a falha nos registros podem significar a diferença para o sucesso de uma ação judicial. No prontuário do paciente, o médico deve anotar, com o maior detalhamento possível, todo o atendimento prestado ao paciente, desde a anamnese, passando pelas queixas e sintomas, achados no exame clínico, conclusões diagnósticas, orientações dadas ao paciente, prescrições e outras informações que entender relevante.

As observações pessoais do médico em relação ao paciente também devem ser anotadas no prontuário, especialmente se o paciente for de difícil manejo, resistente às orientações. Os registros do prontuário durante um internamento ou um procedimento cirúrgico devem conter todas as intercorrências, sem desprezar nenhuma circunstância, por menores que possam parecer. Tudo deve ser registrado! O prontuário médico é um documento que pertence ao paciente e é tutelado pela lei, que lhe garante o sigilo. Entretanto, a guarda do prontuário cabe ao estabelecimento de saúde que prestou atendimento ao paciente, no caso, as clínicas, consultórios e hospitais[21].

Numa eventual ação em que se alegue suposto erro profissional, inclusive com pedido de condenação da instituição hospitalar, o prontuário médico corretamente registrado será prova crucial apta a demonstrar a conduta, sendo documento essencial também para a realização da prova pericial. Isso sem falar que a displicência nos registros e arquivamento do prontuário, por si, já pode levar o julgador a entender pela negligência do estabelecimento ou do próprio profissional

[21] Uma vez que o prontuário esteja digitalizado, ou sendo ele produzido em meio eletrônico desde sua origem, a guarda dessa documentação não mais se limita a 20 anos, DEVENDO SER PERMANENTE, como estabelece o artigo 7º da Resolução CFM 1.821/2007.

(negligência informacional). Isso inclui o uso de letra legível, quando o prontuário não for eletrônico.

Estudos já demonstraram que, quanto melhor a relação médico-paciente, menores são as chances de o paciente processar o profissional em razão do vínculo de confiança estabelecido. Isso significa que o paciente deve ser esclarecido acerca de todos os riscos inerentes ao procedimento ou tratamento ao qual vai se submeter, se há outras opções terapêuticas e são quais os respectivos riscos. O paciente tem direito a todas as informações de forma clara e em linguagem acessível, evitando-se termos técnicos e formulários padronizados.

O magistrado ou os membros de conselho profissional, ao confirmar que o paciente foi devidamente esclarecido dos riscos a que se expôs e que, mesmo assim, consentiu em submeter-se ao tratamento, dificilmente condenará um profissional ou uma instituição pela ocorrência de uma intercorrência esperada não decorrente de negligência, imprudência ou imperícia.

Como se viu, há muitas variáveis no cotidiano de uma instituição de saúde que podem determinar o sucesso ou o fracasso de uma defesa judicial, de forma que a adequada gestão das rotinas poderá minimizar os motivos que levam os pacientes a buscarem a tutela judicial ou ético-profissional ou, caso não impeça, torne bem-sucedida a defesa processual.

Com efeito, a chave para um bom *compliance* médico-hospitalar é a não abstenção do médico, colaborador ou hospital, para não gerar uma suposta ideia de "negligência" do ato médico ou da empresa da saúde nos cuidados com os pacientes.

O aumento dessas ações decorre, geralmente, de série de fatores, dos quais se destacam: a) paciente, atualmente, mais informado, exigente e menos tolerante; b) mais acesso à justiça; c) queda de qualidade do serviço médico provocada por falta de estrutura e grande quantidade de pacientes por médico, em determinados serviços; d) necessidade do paciente de "encontrar" um culpado, seja pela existência de seu problema de saúde ou por insucesso do tratamento, não considerando que a obrigação do médico é de meio, não de resultado; e e) "indústria" da indenização.

Para evitar essas reclamações, o profissional médico deve adotar ao menos cinco cuidados: 1) agir tecnicamente, de acordo com os protocolos médicos; 2) desenvolver uma boa relação com o paciente, pautada na ética, boa fé e transparência; 3) diante de um problema, chamar o paciente e, se for o caso, a família, para explicar didaticamente o caso (prestação de informações); 4) fazer um bom prontuário médico para documentar todas as ações realizadas; e 5) sempre se dedicar ao seu aprimoramento técnico (educação continuada/atualização).

Outra questão é a comunicação por vezes deficiente entre profissional e paciente. Dada a natureza técnica da medicina, não raro os pacientes não conseguem compreender, por si sós, toda a problemática de sua condição e tampouco os procedimentos adotados pela equipe médica[22]. Tais falhas na comunicação podem ensejar incompreensão e mesmo sentimento de abandono ou revolta nos indivíduos atendidos, podendo levar a denúncias (*whisteblowing).*

7 A APLICAÇÃO DO *COMPLIANCE* A PESSOAS FÍSICAS

Apesar da aplicação dos programas de *compliance* ser mais comum a grandes organizações empresariais[23], sendo esta sua origem, o médico autônomo também se beneficia de sua utilização, já que, além de efeitos negativos relacionados à imagem, o descumprimento de normas e princípios morais gera o risco da aplicação de sanções correspondentes às normas violadas.

Uma grande organização de saúde deve ter um programa abrangente de conformidade envolvendo vários indivíduos de várias disciplinas. Alguns grandes sistemas hospitalares possuem departamentos de conformidade que incluem centenas de indivíduos.

[22] CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro. *Op. cit.* p. 332.

[23] Neste sentido, geralmente se propaga a eficácia dos programas de *compliance* como medidas que reduzem custos operacionais a longo prazo. Contudo, para pessoas físicas, o foco é na tranquilidade e proteção. Cf.: BUONICORE, Bruno Tadeu. Breves linhas de reflexão sobre *criminal compliance*, *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 81, v. 14, p. 109-113, 2013. p. 111-112.

É certo que médico autônomo pode não precisar de um extenso departamento de conformidade, mas esse médico precisará de um programa de conformidade da mesma forma, só que adequado a sua realidade.

Ademais, deve-se ter em mente que a evolução técnico-científica das ciências médicas e biológicas, ao mesmo tempo em que permitem que os profissionais da saúde disponham de meios e instrumentos mais avançados e precisos, também gera um incremento do risco ao paciente, posto que alguns tratamentos passem a ser mais agressivos ou possuam efeitos secundários possivelmente mais arriscados.[24]

É neste contexto normativo e social que o profissional da medicina se insere, atuando em área particularmente vulnerável a acusações, sejam elas civis, administrativas, ou criminais, vendo-se cercado de riscos potenciais, derivados de suas ações ou omissões, e contando com a carga adicional de lidar com ambientes estressantes e pacientes muitas vezes pouco colaborativos.

Alie-se a isso a tendência natural dos indivíduos de, ansiosamente, buscarem sempre um culpado[25], e tem-se um cenário extremamente complexo e perigoso.

Igualmente, é comum a visão – presente inclusive nos órgãos da administração da Justiça, posto serem estes compostos por indivíduos – de que o profissional da medicina possui o 'dever de curar' seus pacientes, sendo a cura um "direito" de todo aquele a ser atendido. Essa perspectiva obscurece os fatos que ocorrem durante procedimentos médicos, já que resultados não esperados (maus resultados) passam a ser vistos como uma quebra de expectativa imputável ao profissional da saúde.

Neste quadro, a adoção do *compliance* por organizações ou profissionais se afigura não apenas como opção, mas como necessidade intrínseca à prestação dos serviços.

Em se tratando da análise de condutas médicas pelas autoridades policiais e/ou judiciárias, devemos vislumbrar, ainda, grande dificuldade de diálogo entre as partes, seja por uma desigualdade de conhecimentos técnicos, seja por uma visão errada das reais

[24] HOLLNAGEL, Erik. *Barriers and Accident Analysis*. Reino Unido: Ashgate, 2004, p. 5-6.
[25] CASABONA, Carlos María Romeo. *Op. cit.*. p. 10.

possibilidades e limites da medicina e da realidade de atuação do profissional da saúde.

Dessa forma, não nos parece incongruente a aplicação direta do *compliance* a médicos autônomos (pessoas físicas), ou seja, a criação de normas e regras que se apliquem apenas a um indivíduo, ou grupo de indivíduos, tão somente em razão de sua atividade profissional, e não por pertencerem a uma organização específica – o que não impede que estes se submetam às regras de conduta de suas organizações, como Hospitais ou clínicas médicas, fato que, ademais, apenas serviria para fortalecer a proteção dos próprios profissionais e das organizações.

De fato, a criação de um programa voltado a uma atividade profissional pode atender a todos os requisitos que caracterizam o *compliance*, tratando-se apenas de uma inversão de foco – a auto regulação de uma atividade, ao invés de apenas uma empresa.

8 POR QUE A CONFORMIDADE COM ASSISTÊNCIA MÉDICA É IMPORTANTE?

Em última análise, o objetivo e o principal benefício da conformidade com a saúde é melhorar o atendimento ao paciente. O atendimento ao paciente é melhorado quando as decisões de cuidados de saúde são baseadas em padrões clínicos apropriados e atuais. Decisões de cuidados ao paciente baseadas em motivos impróprios raramente resultam na prestação de cuidados de qualidade.

A conformidade com a saúde também ajuda organizações e provedores de assistência médica a evitar problemas com autoridades governamentais.

Um programa eficaz de conformidade com a saúde pode identificar problemas e encontrar soluções para esses problemas antes que uma agência governamental encontre o problema. Um programa eficaz de conformidade com a saúde também pode mitigar a imposição de sanções ou penalidades financeiras que poderiam ser impostas à organização ou prestador de serviços de saúde. Também pode ajudar uma organização ou prestador de serviços de saúde a evitar a responsabilidade por supostos erros médicos.

9 PRINCÍPIOS DO GERENCIAMENTO DE RISCO E A TEORIA DO QUEIJO SUÍÇO DE JAMES REASON[26]

Do ponto de vista dos Fatores Humanos, não existe a possibilidade de uma operação livre de erros humanos. Por ser a falibilidade humana um fato inegável, diversas teorias foram desenvolvidas para explicar as razões dos diferentes tipos de erro, pois alguns deles podem ser causados por simples incompatibilidade física, como letras impressas que podem ser confundidas quando muito pequenas, enquanto outros podem ser causados por complexos fatores psicológicos, dentre outros.

A teoria das múltiplas causas considera como fato incontroverso que os indivíduos falharão, sendo os erros, portanto, esperados, uma vez que são verdadeiras consequências da atividade humana, e advém, em geral, de fatores sistêmicos que vão além da contribuição individual.[27]

Isso porque, em um contexto hipotético, cada camada de defesa deveria estar íntegra. Todavia, na realidade tais barreiras são mais como as fatias de um queijo suíço, cheias de buracos, que estão continuamente abrindo e fechando em diferentes momentos e locais. Assim, tais buracos em uma única salvaguarda seriam inofensivos, porém quando ocorre um alinhamento destes surge a possibilidade de ocorrência de um evento perigoso.[28]

REASON (2000) escolheu a imagem gráfica do "queijo suíço" (figura abaixo) para explicar seu modelo, inspirado na "teoria dos dominós" desenvolvida por Heinrich[29], que representaria a trajetória do acidente através das camadas defensivas do sistema.

---

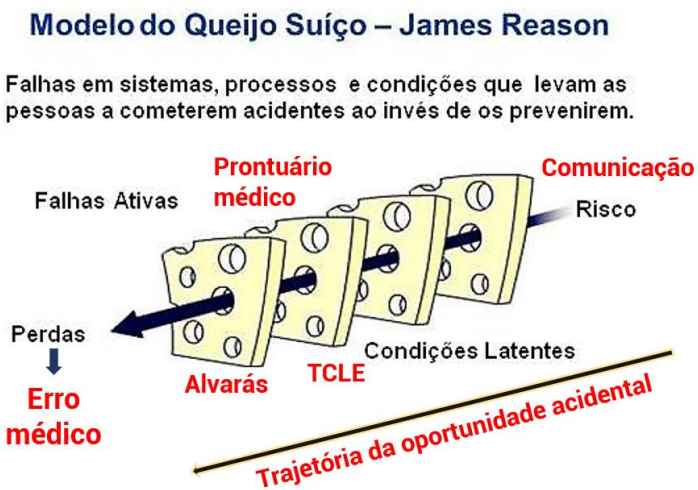
[26] James Reason é especialista em fatores humanos, membro da British Psychological Society , do Royal Aeronautical Society, foi nomeado Comandante da Ordem do Império Britânico em 2003 em reconhecimento ao seu trabalho na redução de riscos em hospitais.

[27] REASON, James. *Human error*. New York: Cambridge University press, 1990. p. 372.

[28] REASON, James. Human error: models and management. *British Medical Journal*, London, n. 320, p. 768-770, 2000.

[29] No início dos anos 30, o engenheiro norte-americano Hebert William Heinrich divulgou em sua obra "Industrial Accident Prevention: A Scientific Approach" (1931), uma teoria que dizia que o acidente e a lesão são causados por alguma situação anterior e que todo acidente é causado, ou seja, nunca acontece por acaso. Os principais fatores

Na imagem do "queijo suíço", as falhas ativas causam acidentes quando combinadas com rupturas nas camadas de defesa. As falhas latentes são "janelas" nas defesas do sistema que, ao se combinarem com falhas ativas, criam uma trajetória de oportunidades de acidente através de algumas ou de todas as camadas protetoras do sistema. São estas janelas alinhadas nas várias defesas que constituem um evento. Dessa maneira, os caminhos das falhas ativas e latentes se juntam para criar trajetórias completas ou parciais de oportunidades de acidentes[30]. Para REASON (1995), as falhas humanas, mais do que as técnicas, representam a maior ameaça a sistemas complexos e potencialmente perigosos. Isso ocorre porque os problemas relacionados aos Fatores Humanos são produto de uma corrente de causas na qual os fatores psicológicos individuais (desatenção momentânea, esquecimento, entre outros) são os elos últimos e menos gerenciáveis. Vejamos o modelo do Queijo Suíço aplicado a área da saúde:



na causa dos acidentes são, segundo Heinrich, os atos inseguros, cometidos pelo homem, e as condições inseguras, que comprometem a segurança do trabalhador. O estudo de Heinrich mostrou que para cada 300 acidentes com lesão, ocorrem 29 com lesão leve e 1 com lesão incapacitante.

[30] REASON, 2000

Como ensina James Reason:

> O problema do erro humano pode ser visto de duas maneiras: a abordagem da pessoa e a abordagem do sistema. Cada um tem seu modelo de causação de erro e cada modelo dá origem a filosofias bem diferentes de gerenciamento de erros. A compreensão dessas diferenças tem implicações práticas importantes para lidar com o risco sempre presente de contratempos na prática clínica.[31]

Por oportuno, importante ressaltar que defesas e barreiras ocupam uma posição chave na abordagem do sistema de gerenciamento de riscos. Sistemas de alta tecnologia têm muitas camadas defensivas (*layers*) e algumas são projetadas como pontos de interrupção da cadeia danosa (alarmes, barreiras físicas, desligamentos automáticos, etc...). Já outras dependem da atuação direta de pessoas (cirurgiões, anestesistas, pilotos, operadores de sala de controle, etc.) e outras dependem de procedimentos e controles administrativos. Sua função é proteger possíveis vítimas e ativos contra riscos locais.

Reason ensina que,

> Em um mundo ideal, cada camada defensiva estaria intacta. Na realidade, porém, eles são mais como fatias de queijo suíço, tendo muitos buracos - embora, ao contrário do queijo, esses buracos estejam continuamente se abrindo, fechando e mudando de lugar. A presença de furos em qualquer "fatia" normalmente não causa um resultado ruim. Geralmente, isso só pode acontecer quando os furos em várias camadas se alinham momentaneamente para permitir uma trajetória de oportunidade de acidente - trazendo riscos para o contato prejudicial com as vítimas.[32]

Ensina, ainda, que, os buracos nas defesas surgem por dois motivos: falhas ativas e condições latentes. Quase todos os eventos adversos envolvem uma combinação desses dois conjuntos de fatores. As *Falhas ativas* são os atos inseguros cometidos por pessoas que estão

[31] https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1117770/.
[32] REASON, 2000.

em contato direto com o paciente ou sistema. Eles assumem uma variedade de formas: escorregões, lapsos, erros e violações de processos. Falhas ativas têm um impacto direto e geralmente curto na integridade das defesas.

Já as *Condições latentes* são os inevitáveis "patógenos residentes" dentro do sistema. Eles surgem de decisões tomadas por diversos *player´s*.

Tais decisões podem estar erradas, mas não precisam ser. Todas essas decisões estratégicas têm o potencial de introduzir patógenos no sistema. As condições latentes têm dois tipos de efeitos adversos: podem se traduzir em condições que provocam erros no local de trabalho (por exemplo, pressão de tempo, falta de pessoal, fadiga, inexperiência, falha de treinamento, estresse, desatenção, imprudência, imperícia, negligência, erro de julgamento, falha de planejamento, supervisão deficiente, falta de coordenação entre a equipes, falhas de comunicação, operação indevida do equipamento e outros) e podem criar furos ou fraquezas duradouras nas defesas. As condições latentes - como o termo sugere - podem permanecer inativas no sistema por muitos anos antes de se combinarem com falhas ativas e acionadores locais para criar uma oportunidade de acidente. Ao contrário das falhas ativas, cujas formas específicas são frequentemente difíceis de prever, as condições latentes podem ser identificadas e corrigidas antes que ocorra um evento adverso. Entender isso leva a um gerenciamento de riscos proativo, em vez de reativo.

Filiamo-nos ao enfoque de que o erro médico, em regra, não é uma falha ética, técnica, ou cognitiva inerente a um indivíduo, mas faz parte de ações e omissões, muitas vezes previsíveis, que compõem as engrenagens das ferramentas e tarefas diárias de cada um, sendo mais benéfico que se lide com a questão de forma sistêmica do que tão somente pontual[33].

[33] DEKKER, Sidney W. A. LEVESON, Nancy G. The bad apple theory won't work: response to 'Challenging the systems approach: why adverse event rates are not improving' by Dr Levitt. *BMJ Quality & Safety*, v. 23, n. 12, p. 1050-1051, dez. 2014. p. 1050.

Para a implementação de um programa que encare o erro como uma questão sistêmica, é essencial que se desenvolva uma cultura[34] de transparência e relato das ocorrências (*reporting culture*), o que possibilita o constante aperfeiçoamento dos procedimentos e parâmetros. Tal costume, contudo, depende que os indivíduos envolvidos se imbuam de confiança e da noção de que existe uma linha divisória entre erros e condutas escusáveis e culpáveis, para que se coíbam arbitrariedades punitivas.[35]

Essa necessidade de denúncia – no sentido de expor o que era secreto, *in casu* o erro – liga-se à utilização de sistemas de *whisteblowing*, que são os canais que receberão os relatos das ocorrências, de uma pessoa impelida a agir por razões morais, diante da repugnância natural que exsurge pela constatação de um ato errado. A peculiaridade de tal sistema, em oposição a um canal aberto de denúncias, é que apenas aqueles indivíduos que possuem relação com as atividades podem utilizá-lo.[36]

Nos textos que tratam sobre o tema, a exemplo do Relatório da Transparência Internacional "*Whistleblowing: an effective tool in the fight against corruption*".[37] Pelo mesmo Relatório, depreende-se o *whistleblower* como aquela pessoa que relata informações que acredita ser evidência de crime, violação de regras de trabalho, conduta ímproba ou antiética, atos de corrupção ou qualquer outra atividade ilegal ou irregular que deva ser de conhecimento das autoridades responsáveis, em razão de seu interesse público. Assim, define-se *whistleblowing* como a denúncia e a revelação de informações sobre malfeitos – ou risco da

[34] É fundamental que se tenha em mente que, para o sucesso de qualquer programa de prevenção de falhas e, consequentemente, de incidentes penais, é essencial que todos os envolvidos tomem parte na questão. A este respeito, cf.: SCARDAMALIA, Marlene. Collective cognitive responsibility for the advancement of knowledge. In: SMITH, B. (Ed.). *Liberal Education in a Knowledge Society*, Chicago: Open Court, p. 67-98, 2002.
[35] A esse respeito, válida a observação de que é importante para o sucesso da *reporting culture* que as punições sejam vistas por todos como justas, não incidindo – a menos quando estritamente necessário – sobre aquele que reportou as condutas. Cf.: KOHN, Linda T. CORRIGAN, Janet M. DONALDSON, Molla S. *Op. cit.* p. 180.
[36] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing:* uma aproximación desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 20.
[37] Disponível em: <https://bit.ly/2RlofIR>. Acesso em: 6 de abril de 2015.

ocorrência destes – detectados em uma organização para indivíduos ou entidades capazes de ações efetivas.

Com efeito, o gerenciamento dos erros (passados, presentes e futuros) deve ter dois componentes, a redução e a contenção.[38] A primeira busca limitar a ocorrência daqueles, enquanto a segunda visa melhorar a detecção e a recuperação, minimizando as consequências do evento indesejado.

Ainda segundo James Reason[39], e em consonância com aqui defendido, o erro humano mais prevalente é derivado da omissão – deliberada ou não – de alguma ação ou prática que deveria ter sido adotada. Para combater este fato, ele defende que sejam elaborados (lembretes, etiquetas, sinais, códigos, etc.) preferencialmente por aqueles indivíduos melhor familiarizados com a tarefa em questão, já que estes saberão todos o processo para o sucesso do trabalho a ser desenvolvido, como também quais são os mais complicados ou mais fáceis de serem esquecidos, sendo tais avisos frequentemente atualizados para evitar que se tornem inócuos.[40]

Desta forma, a implementação de uma cultura organizacional adequada, e os processos padrões de conduta que ela engloba, devem combater duas frentes: a das condições locais de trabalho e a das condições situacionais, as quais podem instigar a ocorrência de erros ou violações procedimentais. É esta cultura que irá determinar quais as barreiras existentes entre as condutas e os possíveis resultados adversos – acidentais ou incidentais – devendo-se, portanto, dar especial atenção às falhas latentes, conforme abordado acima.

Portanto, para alcançar um nível adequado de prevenção, os padrões de conduta dos médicos e todos colaboradores da equipe devem contemplar, criação e readequação de documentos médico-hospitalares, treinamentos em equipe, otimização da comunicação interpessoal, estabelecimento de códigos visuais (ex: cubas com etiquetas de cores

[38] REASON, James. Combating omission errors through task analysis and good reminders. *Qual Saf Health Care*, n. 11, p. 40-44, 2002.
[39] *Ibidem*
[40] Como, por exemplo, diferenciar cubas que contenham substâncias químicas transparentes, por meio de etiquetas coloridas. https://www.promtec.com.br/como-identificar-produtos-perigosos/

diferentes), incrementos na supervisão e monitoramento constante de pontos vulneráveis.

10 PRINCÍPIOS DO GERENCIAMENTO DE ERROS

Conforme ensina James Reason, existem 12 Princípios do Gerenciamento de Erros: 1 - O erro humano é universal e inevitável: nunca pode ser eliminado; 2- Erros não são intrinsecamente ruins: pode-se aprender com os erros; 3 - Você não pode mudar a condição humana, mas pode mudar as condições em que os humanos trabalham; 4 - As melhores pessoas podem cometer os piores erros*:* ninguém está imune!; 5 - As pessoas não podem evitar facilmente as ações que não pretendem cometer*:* culpar as pessoas por seus erros é emocionalmente satisfatório, mas remitivelmente inútil; 6 - Erros são consequências e não causas*:* … os erros possuem um histórico; 7 - Muitos erros se enquadram em padrões recorrentes; 8 - Erros significativos de segurança podem ocorrer em todos os níveis do sistema: Cometer erros não é o monopólio daqueles que sujam as mãos; 9 - O gerenciamento de erros é sobre gerenciar o gerenciável: A natureza humana - no sentido mais amplo - não é gerenciável; 10 - O gerenciamento de erros consiste em tornar as pessoas boas excelentes: melhorar as habilidades de detecção de erros; 11 - Não há uma maneira melhor: cada instituição deve encontrar seu modelo; 12 - O gerenciamento eficaz de erros visa a reforma contínua e não as correções locais: a reforma do sistema como um todo deve ser um processo contínuo.

Ao longo da última década, pesquisadores em fatores humanos têm se preocupado cada vez mais com o desenvolvimento de ferramentas para gerenciar atos inseguros. O gerenciamento de erros tem dois componentes: limitar a incidência de erros perigosos e, como isso nunca será totalmente efetivo, criar sistemas mais capazes de tolerar a ocorrência de erros e conter seus efeitos prejudiciais. Enquanto seguidores da abordagem pessoal direcionam a maioria de seus recursos administrativos para tentar tornar os indivíduos menos falíveis ou rebeldes, os adeptos da abordagem sistêmica buscam um programa abrangente de gerenciamento voltado para vários alvos diferentes: a pessoa, a equipe, a tarefa, o local de trabalho e a instituição como um todo.

Conforme já explicitado, podemos dizer que mesmo os profissionais diligentes e cuidadosos cometerão erros. E isso se dá porque não basta, para que a prevenção tenha eficiência, que a haja diligência individual e focada somente momento do ato médico, pois é fundamental a criação de uma rotina que propicie segurança ao médico, a equipe ao paciente, e que sivar como *"modelo de conduta"* e de forma que se possa impedir a ocorrência ou continuidade de condutas e mau resultados indesejados.

11 SUGESTÕES DE ROTINAS E CONDUTAS PARA MELHORA A SEGURANÇA E PREVENÇÃO

Como já dissemos, em tempos de *big data*, rede mundial de computadores e Apps em *helthcare*, mostra-se indispensável que sejam tomados todos os cuidados possíveis para assegurar o sigilo dos dados e informações dos pacientes (essencial tanto do ponto de vista legal quanto ético), certificando-se o profissional de que esses só possam ser acessados pela equipe médica ou de enfermagem e, o ideal era que fosse por meio de banco de prontuários nacional e que fosse acessado por meio de chaves duplas de segurança.

De não menos importância é a definição clara de quais serão as *regras de parada (red rules)* que regerão as condutas de todos aqueles envolvidos no atendimento aos pacientes, para evitar acidentes indesejados.

Também se mostra fundamental a adoção de *checklists*[41] para qualquer tipo de procedimento, por mais simples que sejam, o qual deve sempre passar pelo crivo de dois indivíduos (*check e double-check*)[42]. Como acontece com o material utilizados nos procedimentos cirúrgicos e, posteriormente ao ato, a contagem – física e visual – desses, de forma a verificar se nenhum artefato foi deixado no paciente.

A adoção de uma rotação fixa de visitação aos leitos também é salutar, devendo ser regra a anotação – tanto pela equipe médica quanto

[41] Portaria do MS 529/2013 - Política Nacional de Segurança do Paciente, e o Manual da ANVISA "Cirurgias Seguras Salvam Vidas".

[42] Há, a respeito, estudo detalhado que conta com a listagem dos métodos mais recomendados de controle, cf.: GAVIN, R. J. Drug errors: consequences, mechanisms, and avoidance. *British Journal of Anaesthesia*, v.105, n. 1, p. 76-80, 2010. p. 80.

pela equipe de enfermagem –, no prontuário do paciente, de todo ato ou fato ocorrido, como exames clínicos, medicação utilizada, orientações, pedidos de exame, intercorrências, dentre outros.

Em relação ao prontuário médico, este deve sempre ser verificado no momento inicial da do atendimento, sendo necessário seu preenchimento de forma legível (art. 84 do CEM), clara, e precisa, sem abreviações desnecessárias ou siglas entendidas apenas por uma equipe, com hora carimbo e assinatura de quem fez a anotação.

Igualmente, a prática de qualquer ato invasivo, procedimento médico-cirúrgico ou de sedação/anestesia necessita ser precedida da tomada do consentimento livre e esclarecido do paciente ou de seu responsável legal[43], explicando-se efetivamente todas as questões que envolvem o ato, seus riscos, consequências, e alternativas, e somente depois de sanadas as dúvidas do paciente, e o com TCLE assinado é que se deve iniciar o procedimento. A comunicação entre os profissionais é também importante, devendo ser esta clara e contínua, não se deixando espaços (*gaps*) para interpretações equivocadas ou dúvidas.

Igualmente, não se pode perder de vista que, em ocorrendo erros e eventos adversos durante ou após a implementação de novas condutas, estes devem ser utilizados como base para a adaptação dos modelos de prevenção utilizados, aprimorando o sistema e proporcionando maior segurança.[44]

É evidente que procedimentos padronizados e *checklists* não são inibidores infalíveis do erro. Mas, essas ferramentas reduzem as variáveis presentes em diversas situações de risco, auxiliando o

[43] Indica-se que o médico, durante os esclarecimentos, se faça acompanhar por uma testemunha (assistente, membro da equipe de enfermagem, etc.), que poderá validar que a anuência foi obtida de forma livre e esclarecida e sem coerção, deixando-o confortável para relatar seus sintomas e histórico, tirar suas dúvidas e opinar em seu tratamento.

[44] HOFFMAN, Barbara. ROHE, Julia. Patient Safety and Error Management: What Causes Adverse Events and How Can They Be Prevented?. *Deutsches Ärzteblatt International*, v. 107, n. 6, p. 92-99, 2010. p. 92.

profissional a atuar de forma responsável e competente[45], constituindo assim valiosos subsídios para a melhor atuação médica.[46]

Ademais, mostra-se fundamental que todas as providências de rotina de segurança façam parte de um contexto de Cultura Justa, com ferramentas de denúncia que preservem a confidencialidade do delator, disciplinando-se os responsáveis de forma transparente e justificada.

De se ter em vista, também, que é necessário criar um protocolo de atuação para casos de requisição de informações por autoridades públicas, devendo os profissionais respeitarem as solicitações, atendendo-as de maneira breve e completa, observando a questão do Sigilo Médico e as orientações do Código de Ética Médica, e pareceres e normas do CFM.

As providências indicadas podem até parecer exageradas, mas rotinas se transforma em hábitos e que criam em torno do profissional uma rede de proteção, não apenas servindo como eficaz ferramenta preventiva, como também permitindo que qualquer investigação em razão de denúncia contra o médico ou organização de saúde seja solucionada de forma rápida e justa[47].

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implementação de uma política de *Compliance* é essencial para médicos e empresas da saúde que prezem pela eficiência e pela segurança do paciente e que busquem manter e aumentar os seus lucros, pois a transparência, a ética e a confiança são condições legais, e não apenas elementos de criação cerebrina.

Esse tipo de exigência foi criada pelo próprio mercado (que regula os negócios) porquanto atualmente é inimaginável que uma empresa que se preze atue sem a adoção dos princípios de governança

[45] Diversas das sugestões ora apontadas foram também levantadas pelo comitê americano que avaliou a qualidade dos serviços de saúde no país, cf.: KOHN, Linda T. CORRIGAN, Janet M. DONALDSON, Molla S. *Op. cit.* p. 62, 170, e 183.

[46] DEKKER, Sidney W.A. LEVESON, Nancy G. The systems approach to medicine: controversy and misconceptions. *BMJ Quality & Safety*, v. 24, n. 1, p. 7-8, jan. 2015. p. 7-8.

[47] Não se deve olvidar que o prontuário será, como já afirmado, a principal prova utilizada nas investigações – realizadas por indivíduos leigos às particularidades da medicina.

corporativa e de uma adequada política de *Compliance*, principalmente após a Revolução Tecnológica e o fortalecimento de uma massa de consumidores críticos e muito informados, que buscam "comprar" condutas e valores, e não mais somente produtos e serviços.

Como exposto, o papel do médico e a sua atuação na sociedade tem sofrido alterações no decurso do tempo. Anteriormente observado de uma forma paternalista, impositiva e inquestionável, o médico atual tem um papel interativo com o paciente, no qual este último deve ser ouvido e ser informado sobre as reais condições de sua saúde (princípios da bioética).

Com efeito, a informação na relação médico-paciente torna-se o principal sustentáculo de relacionamento harmônico e deve funcionar como um instrumento de mão dupla, pois o paciente além de relatar com fidedignidade sobre sua saúde; deve também observar todos os cuidados e orientações transmitidas pelo médico, tudo em comum acordo para que haja sucesso no tratamento objetivado, respeitando-se a autonomia do médico e o Direito de Autodeterminação do paciente.

Além disso, importante comentar que estudo acadêmico sobre Direito Médico preventivo demonstrou a viabilidade da adoção do *compliance* e de ferramentas de gestão de riscos. No mais, às medidas propostas não são nem difíceis nem tão dispendiosas para implementação, de maneira que se mostra totalmente praticável e recomendável a criação, implementação e uso das técnicas de *compliance* para os profissionais médicos e de saúde em geral.

Além da responsabilidade ética do trabalho médico, este profissional também deve se atentar às suas responsabilizações perante a lei, pois seus atos na profissão podem surtir efeitos tanto, administrativos, civis, quanto penais, além dos ético-profissionais previstos no Código de Ética profissional. Deste modo, a melhor maneira de manter um relacionamento médico-paciente é a realização de um trabalho humanístico em que o objetivo fim seja empregar todos os meios necessários e conhecimentos possíveis para o tratamento da saúde do paciente, sendo este o principal instrumento de trabalho do médico e o qual deve ter sempre as suas vontades e autonomia respeitadas, dentro do que diz a ética profissional e os limites do sistema normativo pátrio.

Ao implementar um programa abrangente de conformidade, uma prática pode encontrar e corrigir vulnerabilidades potenciais, minimizando erros, reduzindo perdas e salvando vidas.

Conseguimos observar que a profissão médica possui inúmeros pontos de vulnerabilidade, eventualmente ensejadores de responsabilização ético-profissional e jurídica dos envolvidos, aberturas essas que são de dois tipos: as inerentes à profissão e a seu caráter de ciência inexata, e as derivadas de comportamentos inadequados entranhados nas estruturas existentes.

É sobre estas últimas que o *compliance* se foca, através da identificação das ocorrências mais comuns e da criação de mecanismos de controle, os quais possuem uma dupla finalidade, protegendo tanto o profissional quanto o paciente.

Quanto às aberturas inerentes à profissão, o *compliance* pode, quando bem aplicado, municiar o profissional para que este esteja apto a melhor sustentar a correição de sua atuação, servindo de apoio à sua defesa em quaisquer questionamentos.

Foi visto que os erros médicos se inserem em um contexto dinâmico, ocorrendo, precipuamente, devido a falhas multifatoriais. Sendo assim, foram apontadas diversas ferramentas a serem utilizadas em conjunto e no contexto do *compliance*, para que se criem múltiplas e diversas barreiras de supressão e contenção de erros.

Desta forma, conclui-se ser útil, e até mesmo essencial, que os profissionais da saúde passem a adotar técnicas de *compliance*, com as ferramentas de proteção ora indicadas, adequando-se assim a uma realidade pautada pela dificuldade de exercício da profissão médica e de facilidade de acesso de pacientes a mecanismos de judicialização da medicina.

REFERÊNCIAS

AVELING EL, Parker M, Dixon-Woods M. What is the role of individual accountability in patient safety? A multi-site ethnographic study. Sociol Health Illn. 2016;38(2):216–232. [PMC free article] [PubMed]

CARSON-STEVENS A, Hibbert P, Avery A, et al. A cross-sectional mixed methods study protocol to generate learning from patient safety incidents reported from general practice. BMJ Open. 2015;5(12): e009079. [PMC free article] [PubMed]

ANTONIK, Luis Roberto, Compliance, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial, 1. ed. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico, in Direito & Medicina*, Coord.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos de direito da bioética, in Associação Portuguesa de Direito Intelectual*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE. Redes de cooperação empresarial: estratégias de gestão na nova economia. Porto Alegre: Bookman, 2008.

BERWICK D. Uma Promessa de Aprender - Um Compromisso de Agir: Melhorar a Segurança de Pacientes na Inglaterra. Londres, Inglaterra: Crown Publishing; 2013.

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

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, José Antônio Pereira. Alinhando processos, estrutura e compliance à gestão estratégica. São Paulo: Atlas, 2012.

CREMESP. *O médico e a justiça*: um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006.

DOMINGOS, Isabela Moreira; KFOURI NETO, Miguel; LIMA, Sandra Maciel. A relação médico-paciente face às condições de terminalidade da vida com dignidade. Revista Unicuritiba. 2017. Disponível em: Acesso em 10 ago. 2017.

DOMINGOS DE MELO, Nehemias, Responsabilidade Civil Por Erro Médico, Responsabilidade Civil Por Erro Médico - Doutrina e Jurisprudência -Ed. Atlas, 3ª Ed. 2014.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUHIGG, Charles. O Poder do Hábito, Ed. Objetiva, pág. 42.

FACHIN, Luiz Edson *et* RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica, in Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *O caráter oculto da saúde*. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

GARAY, Oscar E. *Derechos fundamentales de los pacientes*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

GHERSI, Carlos Alberto *Problemática moderna, relación médico-paciente*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 1999.

GIOVANINI, Wagner. *Compliance* – A excelência na Prática. São Paulo, 2014.

GONZÁLEZ, Matilde Zavala de. *Resarcimiento del daño moral*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2009. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007.
INSTITUTE OF MEDICINE (US) Committee on Quality of Health Care in America; Kohn LT, Corrigan JM, Donaldson MS, editors. Washington (DC): National Academies Press (US); 2000. To Err is Human: Building a Safer Health System.

JACKMAN, David – Wiley - The Compliance Revolution - How Compliance Needs to Change to Survive - e-book, 1 ed., Wiley (Digital), 29/03/2017.

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

KOHN, Linda T. CORRIGAN, Janet M. DONALDSON, Molla S. *To err is human:* Building a Safer Health System. Washington D.C.: National Academy Press, 2000.

LÚCIA RAPOSO, Vera - Do ato médico ao problema jurídico, Ed. Almedina, 2018.

MARQUES, Claudia Lima, *A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTIN GP, McKee L, Dixon-Woods M. Além das métricas? Utilizando a 'inteligência suave' para a qualidade e segurança dos cuidados de saúde. Soc Sci Med. 2015; 142 : 19-[Artigo gratuito do PMC] [PubMed]

MASSARA R. DE OLIVEIRA, Mariana Responsabilidade Civil dos Médicos, Ed. Juruá, Rio de Janeiro, 2007.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da medicina*. 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

PAPA C, ZIEBLAND S, Mays N. Pesquisa qualitativa em saúde. Analisando dados qualitativos. BMJ. 2000; 320 (7227): 114-116. [Artigo gratuito do PMC] [PubMed]

REASON, James. *Human error*. New York: Cambridge University Press, 1990.

_____. Understanding adverse events: human factors. *Qual Health Care*, n. 4, p. 80-89. 1995.

_____. Human error: models and management. *British Medical Journal*, London, n. 320, p. 768-770, 2000.

_____. Combating omission errors through task analysis and good reminders. *Qual Saf Health Care*, n. 11, p. 40-44, 2002.

SILVA AYRES, Carlos Henrique da. Programas de *compliance* no âmbito da Lei n. 12.846/2013: importância e principais elementos. *Revista do Advogado*, v. 43, n. 125, p. 42-50, 2014. p. 46-47.

SOTO NIETO, Francisco. Principios básicos de la responsabilidad civil y penal del médico. *Actualidad Penal*, Madrid, v. 2, n. 46/11, p. 895-904, 17 de dezembro de 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

STANHOPE N, Crowley-Murphy M., Vincent C, O'Connor AM, Taylor-Adams SE. Uma avaliação do relato de incidentes adversos. J Eval Clin Pract. 1999; 5 (1): 5–12. [PubMed]

SANTOS, Neilton Santana. Componentes e atributos que configuram a qualidade na relação médico-paciente. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 20014. Disponível em: Acesso em: 09 ago. 2018.

UDELSMANN, Artur. Responsabilidade Civil, penal e ética dos Médicos. *In*: Revista Associação Médica Brasileira, v. 48, n. 2, 2002, p. 172-182. Disponível em:. Acesso em 15 ago. 2017.

WARING JJ. Além da culpa: barreiras culturais ao relato de incidentes médicos. Soc Sci Med. 2005; 60 (9): 1927-1935. [PubMed]

Sites consultados:

Resolução CFM 1931/2009. Código de Ética Médica. Publicado no DOU 24 set. 2009, seção I, p.90 e retificado em 13 out. 2009, seção I, p. 173. Disponível em: http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual. Acesso em: 11 ago. 2017.

https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/hospitais-publicos-na-inglaterra-sao-alvo-cyber-ataques-em-larga-escala.ghtml. Acessado em 26/08/2018

https://www.fef.unicamp.br/fef/sites/uploads/deafa/qvaf/fadiga_cap14.pdf. Acessado em: 25.8.2018.

Grupo de Trabalho sobre Segurança do Paciente e Qualidade do Cuidado (PSQCWG). Principais conclusões e recomendações sobre relatórios e sistemas de aprendizagem para incidentes de segurança do paciente em toda a Europa. http://ec.europa.eu/health//sites/health/files/patient_safety/docs/guidelines_psqcwg_reporting_learningsystems_en.pdf . Publicado em maio de 2014.

https://oglobo.globo.com/opiniao/compliance-or-not-compliance-22948102 Acesso em 26/08/2018

Jennifer Cooper, MBBCh,[1] Adrian Edwards, PhD, MRCGP,[2] Huw Williams, MCRGP,[1] Aziz Sheikh, MD, FRCGP,[3,4]Gareth Parry, PhD,[4,5] Peter Hibbert, BAppSc (Physio),[6] Amy Butlin, MBBCh,[1] Liam Donaldson, MD, MBChB,[7] andAndrew Carson-Stevens, PhD, MBBCh[1,6,8] Nature of Blame in Patient Safety Incident Reports: Mixed Methods Analysis of a National Database https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5593729/ Acesso em 14 de julho de 2018.

BERGSTEIN, Gilberto**. Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: < https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjlrZCR7cfVAhVO2GMKHQmHAu8QFghHMAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2131%2Ftde-30042013-44339%2Fpublico%2FDEVER_DE_INFORMACAO_NA_RELACAO_MEDICO_PACIENTE_E_SUA_PROVA_PARCIAL.pdf&usg=AFQjCNHoNiS_9uM-75jaIK98JK3upw8j5A >. Acesso em: 09 ago. 2018.

http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitul o=21. Acessado em: 9.7.2018.

http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitul o=22. Acessado em: 10.7.2018.

http://www.ethics.org/resource/federal-sentencing-guidelines. Acessado em: 7.1.2015.

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1638_2002.htm. 12.1.2015.

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acessado em 19.4.2015.

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm. 11.5.2015.

https://psnet.ahrq.gov/perspectives/perspective/145. Acessado em: 6.10.2015.

http://www.projetodiretrizes.org.br/ans/diretrizes.html.Acessado em: 12.01.2016.

http://www.projetodiretrizes.org.br/amb.php. Acessado em: 12.01.2016.

http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/1989/23090_1989.htm. Acessado em: 13.1.2016.

http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2002/13_2002.htm. Acessado em: 13.1.2016.

http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&buscaEfetuada=true&pareceres Uf=&pareceresNumero=23&pareceresAno=2015&pareceresAssunto=&pareceresTexto=#buscaPareceres. Acessado em: 13.1.2016.

http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AB53CD89DE60B845970C347202127155.proposicoesWeb2?codteor=1425565&filename=PL+4156/2015. Acessado em: 13.1.2016.

https://www.segurancadopaciente.com.br/noticia/da-identificacao-a-contagem-de-material-checklist-evita-erro-em-cirurgia/ Acesso em 23/08/2018

BRASIL. CIRURGIA PLÁSTICA. USO DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO: uma necessária revisão

Hildegard Taggesell Giostri*

"*Até cortar os defeitos pode ser perigoso, nunca se sabe qual o defeito que sustenta nosso edifício interior*".
(Clarice Lispector)

SUMÁRIO: 1 *Introitu*. 2 As duas áreas (teóricas) da cirurgia plástica. 3 Sobre as obrigações de meio e de resultado. 4 Revisitando Demogue: seu pensamento e sua época. 5 A obrigação de resultado na visão de Demogue. 6 Racionalidade e adequação. 7 A obrigação e a objetividade do liame obrigacional na visão de Demogue. 8 A racionalização e o elemento álea. 9 Caso concreto: inadequação do uso da obrigação de resultado. 10 A valorização da álea no Direito Comparado. 11 A necessária mudança no pensamento jurídico brasileiro: o início. 12 Quando a obrigação será de resultado. 13 Conclusão.

1 *INTROITU*

A OMS (Organização Mundial da Saúde) define a saúde como sendo "um estado completo de bem-estar físico, mental e social" e não simplesmente a ausência de doença, como era o entendimento anterior.

Essa nova e abrangente postura, por ser mais condizente com a realidade, vai possibilitar uma releitura de alguns setores da área médica, dentre os quais, e por ser pertinente à matéria em comento, destaca-se a cirurgia plástica.

Tal especialidade, até alguns anos atrás, era vista como fruto de uma vaidade fútil, sendo motivo de crítica por parte da própria sociedade. Ocorre que sendo a saúde um bem-estar "físico, mental e social", é de se concluir que os defeitos físicos, sejam eles-aparentes ou não, adquiridos

* Advogada. Bioquímica. Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais. Pós-graduada em Filosofia e Língua Portuguesa. Escritora e Palestrante. Autora de várias obras na área do Direito Médico, Odontológico e da Saúde.

ou congênitos, reais ou imaginários, acabam por se constituir em um entrave para este "bem-estar".

E bem-estar, nada mais é do que estar bem. Bem, consigo, e bem com seus pares. E isto inclui nossa aparência, especialmente, em uma época, quando a mídia se encarrega de estereotipar um tipo padrão, representado, idealmente, pelos que são jovens, bonitos e, de preferência, magros.

E é nesse novo *status* que a cirurgia plástica passou de instrumento de "vaidade fútil" (para alguns), à importante função de coadjuvante no equilíbrio psicológico do indivíduo, colaborando para que o seu **bem-estar físico, mental e social** se efetive.

Paralelamente, modificações se fizeram sentir no âmbito da legislação e da conduta ética daqueles que exercitam tal especialidade. Sendo a **informação do paciente** um dado que ganhou relevante importância, os Consentimentos Informados passaram a fazer parte da rotina médica obrigatória dos cirurgiões plásticos, podendo, até mesmo, caracterizar uma conduta negligente se efetuar um procedimento cirúrgico que não seja precedido da **anuência expressa e esclarecida** do paciente (ou de seu representante legal).

Por seu lado, as Associações de Classe dos cirurgiões plásticos desencadearam verdadeiro mutirão no sentido de separar o médico, profissional qualificado com os devidos e longos anos de curso de especialização, daqueles que, sendo apenas graduados em Medicina, lançavam-se na seara da cirurgia plástica, como se Especialistas fossem.

A prestação obrigacional do cirurgião plástico (dito estético) também vem sofrendo sensível modificação, pois se antes era vista por unanimidade como sendo uma obrigação de resultado, hoje esta postura mostra-se apenas majoritária. Isto porque, para os estudiosos da matéria está claro que o local onde se desenrola uma cirurgia plástica, seja ela de cunho estético ou reparador, não está absolutamente livre do fator álea (imprevisibilidade), além do que o resultado final de um procedimento cirúrgico não depende só do médico, mas também da participação pessoal do paciente e de sua resposta orgânica.

O presente trabalho propõe-se a apontar, não só algumas mudanças já colhidas no panorama jurídico (doutrinário e jurisprudencial) da seara da cirurgia plástica, mas também salientar o

quanto ainda está se distante daquilo que seria o ideal, e adotado em vários países, mas ignorado pela maioria, no Brasil.

2 AS DUAS ÁREAS (TEÓRICAS) DA CIRURGIA PLÁSTICA

Por uma questão mais metodológica do que científica, acostumou-se dividir a seara da cirurgia plástica em cirurgia estética e reparadora. Tal divisão, todavia, tem perdido cada vez mais sua razão de ser, limitando-se apenas a finalidades metodológico-pedagógicas.

Entretanto, antes de conceituar aquelas duas divisões, necessário se faz definir o que seja a própria cirurgia plástica que, segundo Magrini é uma "subespecialidade do ramo da medicina de cirurgia geral que tem por finalidade modificar, reconstruir, ou embelezar parte externa do corpo, deformada por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita, reunindo o nobilíssimo ramo da medicina, que trata de doenças por meio de cirurgia, com a beleza da arte de improvisar e criar".[1]

Por sua vez, a modalidade da cirurgia plástica, dita **estética**, como o próprio nome indica, tem por finalidade aperfeiçoar a aparência física do indivíduo, o que pode se efetivar pela busca de um embelezamento maior, pela retirada de marcas do tempo ou de sinais outros que possam perturbar o seu bem-estar e, desta maneira, alterando, em um sentido negativo, a sua qualidade de vida.

As cirurgias plásticas estéticas são, também, conhecidas pelas denominações tais quais: *cosmética*, *embelezadora*, *estrutural* e, até, do *equilíbrio psíquico*. Esta última denominação, conforme é possível concluir, está em consonância com a nova definição de saúde dada pela OMS, acima mencionada.

Por seu lado, as cirurgias plásticas do tipo **reparadora** ou **reconstrutiva** se destinam a corrigir defeitos congênitos ou adquiridos, tais como aqueles resultantes de acidentes de trânsito, de queimaduras, acidentes de trabalho e outros tipos possíveis de mutilação.

Todavia, a incongruência em insistir na dicotomia estética/reparadora já se faz sentir a partir do momento em que se conclui

[1] MAGRINI, Rosana Jane. Médico – **Cirurgia plástica reparadora e estética**: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião? *In* **RT** – 809, março de 2003, p. 138.

que se as cirurgias reparadoras têm uma finalidade **terapêutica**, têm, contudo, e igualmente, um cunho **estético**, vez que nenhuma deformidade é agradável aos olhos.

Paralelamente, no caso das cirurgias ditas **embelezadoras**, mesmo sendo o seu motivo principal o estético, não se pode ignorar que há nelas um cunho **terapêutico**, pois ninguém vai buscar modificar algo com o qual já está satisfeito. Uma insatisfação, ainda que subjetiva e ou inaparente aos olhos dos outros, pode alterar o estado de bem-estar de uma pessoa. Que, segundo a OMS, cabe repetir, é um "estado completo de bem-estar físico, mental e social".

Sobre isso, vale referendar que o psiquiatra francês, Dr. Benjamin Joseph Logré, publicou um estudo sobre os graus de desequilíbrio psicológico e comportamental que uma deformidade física ou uma alteração estética podem trazer a uma pessoa. Daí a justificativa para que uma das denominações da cirurgia plástica seja a "cirurgia do equilíbrio psíquico".

Segundo Logré, o hipocondríaco estético sente uma preocupação exagerada e se inquieta patologicamente por uma mínima imperfeição em seu corpo, ou por se achar fora dos cânones da beleza convencional ou, ainda, porque pensa não fazer uma boa presença frente a seus pares devido a um defeito mínimo, o qual, aos olhos dos outros, passa despercebido, mas que, para si, torna-se intolerável, sendo, à vezes, até menos suportável que uma grave enfermidade.[2]

Destarte, não há como ignorar que uma cirurgia, ainda que considerada como meramente estética, em um indivíduo com tais características, teria um cunho preponderantemente terapêutico. Mais ainda, impossível não concluir que o bem-estar pessoal de cada indivíduo, incluindo-se aí sua auto-estima, está em íntima correlação com seu físico, com seu psiquismo e com a maneira como ele se relaciona no seu meio social (reforçando, uma vez mais, o conceito de saúde da OMS).

Corroborando a imprestabilidade da dicotomia cirurgia plástica estética/reparadora observe-se que já no ano de 1997 o Conselho

[2] *Apud* BUERES, Alberto J. ***Responsabilidad civil de los médicos***. Buenos Aires: Ábaco, 1979, p. 37.

Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP) fez publicar a Resolução de nº 81/97 (*DOE* 19.06.1997), na qual se lê:

> Art. 1º - A Cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e, como tal, deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais, reconhecidas cientificamente.

Retira-se do citado artigo três requisitos de certa importância: a) a especialidade é única, portanto é irrelevante a dicotomia estética/reparadora; b) os médicos que se propuserem a exercer tal especialidade devem ter a respectiva qualificação, o que equivale dizer Curso de Graduação em Medicina, seguido de uma Pós-graduação com duração de cinco anos, sendo dois na área de cirurgia geral e três em cirurgia plástica. Após o que deverão prestar um exame junto ao seu órgão nacional de classe, a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP) e, em sendo aprovados, receberão o Certificado de Membro Titular daquela Sociedade, o que deve ser homologado pelo Conselho Federal de Medicina; c) as técnicas utilizadas pelos referidos profissionais devem ser reconhecidas cientificamente, não sendo aceitas inovações de cunho individual ou a título de experiência.

Como consequência do consenso de que a cirurgia plástica é "especialidade única e indivisível" a própria SBCP modificou sua denominação, pois anteriormente se chamava *Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica Estética e Reparadora*.

Se tal dicotomia não se justifica, menos ainda seria coerente determinar que a cirurgia plástica reparadora inserir-se-ia em uma **obrigação de meio**, enquanto a cirurgia plástica, dita estética, estaria ligada a uma **obrigação de resultado**. O fato de a literatura jurídica pátria dispor de quase nenhuma pesquisa acerca daqueles dois tipos de obrigação, esgotando-se o tema apenas no seu conceito, gerou, igualmente, a possibilidade de um **uso inadequado**, em especial no que diz respeito à obrigação de resultado. Tema principal deste trabalho.

3 SOBRE AS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

No início do ano de 1993, esta autora deu início a uma pesquisa, na doutrina pátria, sobre a temática das obrigações de meio e de resultado, ocasião em que foi possível concluir que o tema, à época, se exauria, tão somente, em seu próprio conceito, abrangendo, não mais, que alguns poucos parágrafos.

Estendendo o estudo para a prática da casuística, observou-se que casos semelhantes ou, ao menos, com históricos bastante próximos, eram julgados – nos diversos Estados brasileiros – ora como estando inseridos em uma obrigação de meio, ora em uma obrigação de resultado ou, ainda, em uma obrigação mista.

Impossível não concluir que um tema, sobre o qual há pouca pesquisa e, como consequência óbvia, muito pouco se escreverá a respeito, terá grande chance de – não só ser mal interpretado, mas, também, de ser usado inadequadamente –, em razão do desconhecimento da matéria na sua essência e conteúdo.

É de se frisar que quando o tema diz respeito à *obrigação de meio*, pouco ou quase nenhum problema traz para os que dela se utilizam para caracterizar determinado tipo de prestação obrigacional. Entretanto, o problema se avoluma, e fica mais complexo, quando o assunto passa a versar sobre a *obrigação de resultado*. E não é para menos, pois o dilema já começa por aí, ou seja, com o seu próprio nome, o vocábulo "resultado", haja vista que toda obrigação, em si mesma, costuma visar um determinado resultado...

É norma conhecida, e aceita, não só por aqueles que julgam causas, mas bem como pelos (ainda) poucos que escrevem sobre a temática da "obrigação de resultado", o fato de que as prestações obrigacionais inseridas neste tipo de obrigação prevêem um resultado final, presumível e adredemente vinculado entre as partes. Não atingir tal resultado significa **prestação não adimplida**. E, de forma dramática, é como se a própria "obrigação de resultado", no Brasil, se esgotasse nessa informação.

No entanto, quando se estende a pesquisa até os domínios da doutrina do Direito Comparado, especialmente a francesa, a espanhola e a argentina, é possível concluir, com preocupação, que o tema não se

exaure nessa simplista definição, conforme encontrada e anotada no já longínquo ano de 1993.[3]

Lamentavelmente, as conclusões obtidas não foram as mais felizes, haja vista ter ficado bem claro que tem sido ignorado por muitos, no Brasil (já que não consta nas definições que se tem acerca do tema), que, em uma prestação obrigacional, inserida em uma "obrigação de resultado" o elemento diligência (leia-se zelo, cuidado, dedicação e empenho do devedor), não é levado em conta no caso de a prestação não vir a ser totalmente adimplida ou resultar diferente do esperado pelo credor.

Mais ainda, é ignorado, no Brasil, que a referida obrigação se destina, única e exclusivamente, a searas onde não exista o "**fator álea**", ou seja, o imprevisível, o fortuito o aleatório[4]. Pois, foi para este tipo de situações que seu criador, o jurista francês **René Demogue**, criou tal obrigação. Detalhe, este, que também tem sido ignorado no Brasil.

Portanto, o correto seria entender, concluir e colocar em prática, que uma *obrigação de resultado* não é apenas, e tão somente, aquela que caracteriza uma prestação obrigacional que visa um resultado predeterminado. Mas é, também, um tipo de obrigação que se destina a searas **onde não exista o *fator álea*** e na qual a ***diligência* empregada pelo devedor, em caso de descontentamento do paciente, de nada vale**, já que o que importa é apenas atingir o resultado avençado.

Resulta daí, que as **excludentes de responsabilidade**, em caso de prestação obrigacional, inserida em uma *obrigação de resultado* não adimplida, se restringem ao **caso fortuito**, **força maior** ou **culpa exclusiva do credor.**

É de se observar, então, que as duas características constantes na segunda parte da definição da mencionada obrigação – **fator álea e**

[3] Nos oito anos seguintes ao início desta pesquisa (1993), esta autora buscou, por vários meios, entender o porquê da discrepância do uso equivocado da *obrigação de resultado*, no Brasil. O que incluiu um Curso na Universidade de Sorbonne/Paris e mais uma Dissertação de Mestrado e uma Tese de Doutoramento, ambas junto à honorável Universidade Federal do Paraná.

[4] Aleatório, segundo informam os dicionários, é o que depende de acontecimentos incertos, favoráveis ou não a um determinado evento. Aliás, a História ensina que "*aleatoriu*", no tempo dos antigos romanos, era o nome dado à sala, ou casa, especialmente consagrada aos jogos de azar.

diligência –, são, praticamente, ignoradas na doutrina pátria. Tal feito, contudo, não seria um problema tão preocupante se tal obrigação não estivesse sendo **inadequadamente** usada para caracterizar a prestação obrigacional de profissionais liberais, tais quais, o cirurgião plástico (dito estético), o anestesiologista (este agora nem tanto), e o cirurgião-dentista.

Então, é de oportuno indagar: a "**obrigação de resultado brasileira**" é diferente das demais? Ela vale para searas infestadas pelo fator álea, tal e qual o organismo humano? É ignorado, propositadamente, o valor da **diligência do profissional**, ou tão somente é ignorado que a obrigação de resultado tem essa característica? Ao ater-se tão somente ao sentido do vocábulo "resultado" estar-se-ia a confundir ou desvirtuar o que seja, realmente, uma obrigação de resultado?

Se a diligência do devedor não deve ser levada em conta, como entender o genial ensinamento do Prof. Orlando Gomes quando escreveu: "A diligência constitui e exaure o objeto mesmo da obrigação."?[5] Por óbvio que um melhor resultado nem sempre é obtido, apesar da diligência do devedor. Mas esta diligência tem que ser levada em conta, deve ser sopesada, em especial quando há um outro co-participante de peso no resultado final: – o paciente.

Na casuística, o que se tem observado é que em nome desse "resultado", e não de uma prestação obrigacional inserida em uma "obrigação de resultado", muitos julgados têm enveredado para caminho equivocado: o do "erro médico", e que, na seara jurídica, significa o mesmo que injustiça.

Se uma das propostas desse trabalho é entender o que realmente abrange e/ou o que está inserido em uma prestação obrigacional de resultado, qual o uso e a adequação desta, então o primeiro passo é fazer o caminho que esta autora percorreu para entendê-la, tomando conhecimento de **quando** e **porque** tal tipo de obrigação foi criada.[6]

---

[5] GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. São Paulo: Forense, 2004, p. 25.

[6] Talvez fosse mais exato usar o vocábulo "recriada", pois, Demogue, como bom estudioso do Direito alienígena, foi buscar nas entranhas do antigo Direito Romano a inspiração de dois tipos e obrigação que já eram utilizadas pelos romanos, a saber: "Obrigação geral de prudência e diligência", a qual ele re-nomeou-a como "obrigação de meio" e, a outra, "Obrigação determinada", rebatizada, então, como obrigação de resultado".

4 REVISITANDO RENÉ DEMOGUE: seu pensamento e sua época

O francês René Demogue é considerado o patrono da divisão das obrigações, quanto ao seu conteúdo, em *obrigação de meio e de resultado*. Conquanto vários autores reportem esse fato, a verdade é que outros estudiosos, antes dele, já haviam abordado tal dicotomia, tendo ela suas raízes no próprio Direito Romano. Contudo, Demogue teve o grande mérito de pinçá-las do baú da história jurídica, e o fez no momento oportuno.

Impossível entender o que se aponta como inadequação de uso de uma obrigação de resultado, sem revisitar Demogue, sem procurar palmilhar novamente a trajetória feita por ele, seu pensamento arguto e as necessidades de sua época. E, uma boa maneira de conhecer-se um homem, é fazê-lo por meio do conhecimento de sua obra e de seu tempo.

5 A OBRIGAÇÃO DE RESULTADO NA VISÃO DE DEMOGUE

A publicação da volumosa obra de Demogue sobre a temática das *obrigações* deu-se a partir do ano de 1923, prolongando-se até 1933. Todavia, suas reflexões e estudos sobre a dicotomia das obrigações, quanto ao conteúdo, data de uma ou duas décadas anteriores. Por tal razão, vários autores assinalam esse evento dentro de um espaço temporal intermediário, como sendo o ano de 1920.

E essa data é importante, pois a grande vedete daquele momento era a nascente indústria automobilística, cuja produção além de aumentar, imprevista e sensivelmente, o número de veículos a trafegar nas vias, ainda lhes conferia a possibilidade de atingir uma velocidade cada vez maior.

Se o convívio com uma pluralidade sem-fim de marcas de automóveis, cada vez mais velozes e competitivos, faz parte do nosso dia a dia – ao ponto de ser difícil imaginar um mundo sem automóveis –, é de se indagar, então, como eram as ruas e estradas no ano de 1900, já que projetadas para carruagens, carroças, cavalos, bicicletas (estas últimas já trafegavam desde 1839) e pedestres. Como era a sinalização, se é que havia? Como se resolviam os pequenos, médios e grandes problemas advindos com o surgimento de máquina tão espetacular?

Por óbvio que o mundo jurídico daquela nova era viu-se impulsionado e, mesmo, pressionado a dar sua colaboração frente à ampla gama de problemas que se iniciaram com o advento da, então, nova e prodigiosa máquina.

E é nesse momento que entram em cena Demogue e a "sua" obrigação de resultado: – ele vai concluir que tal categoria se presta admiravelmente bem para caracterizar aquele *novo tipo* de prestação obrigacional, representado pelo trabalho do transportador de pessoas, de coisas e de mercadorias. Entendeu o jurista francês que transportar aqueles elementos se constituiria em uma prestação com resultado predeterminado, na qual só interessava o adimplemento final e acabado, em acordância total com o que, previamente, fora avençado.

Aquelas áreas (transporte de pessoas e de bens), deveriam ser consideradas, segundo Demogue, como setores ausentes de *fator álea* e, em caso de dano, só se isentaria o devedor, mediante prova de ocorrência de *caso fortuito* ou *força maior* (ou ainda, por *exclusiva culpa do pretenso lesado*). A diligência, nestes casos, não seria (e não era), levada em conta.

E, conforme é sabido, no ramo dos transportes não há lugar para subjetividade: se um passageiro embarca em determinado local com a finalidade de se dirigir a outro, ele deverá lá chegar, são e salvo. Quando uma determinada mercadoria é enviada, ela deve chegar, ao seu destinatário, íntegra e em tempo hábil. Qualquer irregularidade ou intercorrência havida entre o avençado e o resultado final, certo e predeterminado, será de inteira responsabilidade do transportador, só se eximindo ele mediante a prova de ocorrência de *caso fortuito* ou *força maior* ou, ainda, pela direta participação do credor no resultado nefasto.

6 RACIONALIDADE E ADEQUAÇÃO

Ensina, Demogue, que a sobrevivência das normas relativas às obrigações é mais aparente que real, e é a permanência enganosa do direito formal que dissimula as mutações do direito vivo.[7]

[7] DEMOGUE, René. **Droit des Obligations**. Paris: Arthur Rousseau, v. 1, 1923, p. 10. "Les survivances sont d'ailleurs plus apparentes que réelles et la permanence trompeuse du droit formal dissimule ici les mutations du droit vivant".

Ora, sabe-se bem que a racionalidade equivale à adequação de meios eficientes para alcançar determinados fins. Katie Argüello, em excelente trabalho, alicerçado sobre o referencial de Max Weber, faz um alerta para a problemática da racionalidade formal e material do Direito.[8]

Informa Argüelo que Weber, enquanto sociólogo, interessava-se em analisar a crescente racionalização referente às diversas atividades humanas, comparando-as umas às outras e buscando compreender o que advém como consequência da racionalização destes comportamentos humanos. "Na esfera jurídica, por exemplo ele (Weber) evidencia que a racionalização técnica excessiva criou um abismo entre a lógica interna do sistema jurídico e os seus destinatários".[9]

Demogue, por sua vez, explica que a obrigação supõe, como primeiro elemento, um liame de direito,[10] sendo que todo o direito comporta um limite na vontade do obrigado,[11] até porque o direito não é uma força indefinida: ele tem suas gradações.[12]

7 A OBRIGAÇÃO E A OBJETIVIDADE DO LIAME OBRIGACIONAL NA VISÃO DE DEMOGUE

Então, não há como não questionar até que ponto a racionalização do *direito formal* pode dificultar a eficácia e o bom andamento do *direito material*.

Sabe-se que toda obrigação tem por objeto uma prestação, à qual corresponde uma ação do devedor em relação ao credor. Esta prestação tem um conteúdo, que é o objeto mediato da obrigação; contudo, este objeto pode ser extremamente variável.[13]

---

[8] ARGÜELLO, Katie**. O Ícaro da modernidade**. Direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 151.

[9] Ibid., p. 151.

[10] *"L'obligation suppose commme premier élement un lien de droit, le mot étant pris bien entendu dans un sens figuré".*DEMOGUE, *op. cit.*, p. 10.

[11] "*Tout droit comporte une limite dans la volonté de l'obligé". Ibid*., p. 11

[12] *"Le droit n'est pas une force indefinie. Il y a des questions de degré". Ibid*., p. 12.

[13] *"Toute obligation a pour objet une prestation, c'est-à-dire une action du débiteur envers le créancier. Cette prestation a elle-même un contenu qui est l'objet médiat de l'obligation. Ce contenu peut être très varié". Ibid*., p. 15.

Do que resulta que, não só a obrigação do lado ativo pode sofrer uma modificação, quanto aquela do lado do credor. Ou seja, de acordo com Demogue: "todo direito comporta um limite na vontade do devedor. (16). E mais, o direito não é uma força indefinida: ele tem graduações. (17). E o conteúdo da obrigação pode ser, por si mesmo muito variado (18), o mesmo ocorrendo com a vontade do credor. Pode-se, então, daí, concluir algo mais complexo: existe a possibilidade de ocorrência de uma obrigação – indeterminada – a se inserir no seio da obrigação predeterminada.

Vertendo-se esta situação para o campo da prática médica, vê-se que não é incomum o profissional ter que assumir uma responsabilidade maior, ou diferente da inicialmente contratada, devido ao **paciente não ter cumprido a sua parte no contrato**, favorecendo, em razão disso, o aparecimento de sequelas, a ponto de que um outro tratamento e/ou retoque passa a se fazer necessário, com base na nova patologia, representada por aquela sequela inesperada e/ou que poderia ter sido evitada. Ou, ainda, pode surgir uma sequela por conta da iatrogenia, que é um distúrbio ou doença provocada pelo médico, sem culpa (em qualquer de suas três modalidades: imperícia, imprudência ou negligência), e que pode ocorrer após tratamentos prescritos, sejam eles clínicos ou cirúrgicos.

8 A RACIONALIZAÇÃO E O ELEMENTO ÁLEA

Se a racionalização, conforme mencionado anteriormente, é, entre outras coisas, a adequação dos meios eficientes para alcançar determinados fins, então é possível concluir que Demogue foi extremamente racional quando se utilizou do *elemento álea* para diferenciar uma obrigação de *cunho predeterminado* (de resultado), distinta daquela outra, cujo *resultado não poderia ser previsível* (de meio).

No seu entender, cabia ao transportador de pessoas, coisas e mercadorias recebê-las e entregá-las sãs, salvas e íntegras, no lugar previamente avençado, só se eximindo de responsabilidade por conta de elementos poderosos, tais quais o caso fortuito, a força maior ou a própria intervenção do interessado, conforme já mencionado.

Quanto à obrigação de meio, destinou-a, racionalmente, a caracterizar o trabalho médico. E, este, só se obrigaria à obtenção de um resultado predeterminado, quando se comprometesse a tanto.

Rememorando Weber, parece ser possível concluir que a excessiva racionalização técnica do direito formal e sua necessidade de colocar tudo em estruturas pré-moldadas e estanques acabaram por inserir a prestação obrigacional do cirurgião plástico estético em uma moldura inadequada, o que, além de criar um abismo entre a lógica interna do sistema jurídico e os seus destinatários, ainda favorece a criação de um tipo de injustiça maquiada, vestida e produzida como se *Themis* fosse, mas que, ao final, não passa de um *fac simile*, haja vista o volume de julgados injustos alicerçados e embasados em uma obrigação de resultado (por ignorar a força e a presença do fator álea).

Sabe-se que o Direito deve esposar o fato social, conforme ensinava Ihering. E o faz. Todavia, o faz com lentidão. Então, há que questionar se a falta de uma categoria especificamente adequada para caracterizar a nova prestação obrigacional, surgida com as Especialidades da anestesiologia[14], da odontologia e da cirurgia plástica, dita estética, não teria levado juristas e julgadores a se servirem de uma modalidade de categoria jurídica não adequada de todo, para caracterizá-las, mas que acabou sendo usada por falta de outra mais apropriada? É a indagação que fica no ar, mas que, de bom grado, mereceria uma resposta.

9 CASO CONCRETO: inadequação do uso da obrigação de resultado

Parece que o tempo tem demonstrado que aquele uso pode se mostrar não só inadequado como, também, favorecer algum tipo de injustiça. À guisa de demonstrativo prático, aponta-se o contido em um

[14] Registre-se que na atualidade já não se vê com tanta frequência a caracterização da anestesiologia como inserida em um a obrigação de resultado, mas à época em que esta autora iniciou suas pesquisas nesta área, era comum ocorrer condenação de anestesiologista, por força de uma obrigação de resultado. Felizmente os julgadores estudiosos se convenceram de que anestesia não é só fazer o paciente dormir e, depois, fazê-lo acordar!!! É, sim, um arte-ciência muito complexa.

caso concreto. Veja-se o julgado a seguir e analise-se o caso ao qual ele se refere:

> **CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO E NÃO DE MEIOS**. O médico que se propõe a realizar melhoria estética da paciente, mediante cirurgia plástica do abdômen, se obriga a produzir resultado favorável à contratante e não danos. Desvantagem estética e cicatriz hipertrófica, serosidade e hematoma resultantes da cirurgia, no caso, devem ter indenização devida. [...].[15]

O fato que deu origem à esta lide diz respeito a uma paciente obesa (43 anos e 88 quilos), apresentando abdômen em avental, com dobras sobre o monte de Vênus e mais hérnia umbilical, e que se submeteu à cirurgia de abdominoplastia. Devido, provavelmente, ao meio onde se desenvolveu o procedimento cirúrgico, ocorreram hematoma, seroma[16] e abscesso na cicatriz, deixando-a com "aparência feia após a cirurgia", conforme relato do corpo do acórdão.

Interessante frisar que tanto o laudo do Perito, quanto o Parecer do Assistente Técnico da própria Autora, foram unânimes em afirmar que tal intercorrência não se deveu à negligência ou imprudência da paciente, nos seus cuidados durante o pós-operatório, bem como não ficou evidenciada prova alguma de ocorrência de erro médico, ou mesmo negligência por parte do profissional. (!)

É importante lembrar que a Medicina, até os dias de hoje, ainda não tem explicação científica convincente e esclarecedora para a formação de **queloides** e de alguns tipos de cicatrizes hipertróficas (ambas são cicatrizes em cordão)[17]. Sabe-se, apenas, que este tipo de

---

[15] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Acórdão. Ap. cív. 6.348/92. 4 CC. Rel. Des. Décio Xavier Gama. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. J. 25.03.93. Cópia de doc. original.

[16] "Seroma: líquido segregado e contido nas cavidades serosas. Líquido semelhante ao soro. Serosa: membrana cuja forma lembra um saco e que segrega serosidade em sua face interna, facilitando o deslizamento de órgão contidos em seu interior". **Dicionário Aurélio Eletrônico**.

[17] "As cicatrizes hipertróficas se caracterizam pela elevação e espessura, ficando nos limites do ferimento inicial e frequentemente regridem espontaneamente. Por sua vez,

cicatrização anormal e antiestética (queloide), tem relação com a carga genética das pessoas da raça negra e amarela, ocorrendo também nos mulatos e morenos. E o interessante é que tal fenômeno pode ocorrer ou não, portanto não é um dado absoluto. E, assim sendo, o médico não tem como prevê-lo.

A intervenção acima relatada, por ter sido feita por cirurgião plástico, e por entenderem os julgadores estar ela inserida na área estética – portanto, para eles, caracterizando obrigação de resultado –, foi o bastante e suficiente para que o médico operador fosse considerado culpado e condenado a ressarcir o equivalente à nova cirurgia para correção da cicatriz hipertrófica remanescente (o que, diga-se de passagem, é o mínimo se comparado a todos os dissabores e prejuízos financeiros e morais para um médico, os quais vêm todos juntos, tipo "combo", atrelados ao processo judicial).[18]

Os compêndios de Medicina, por sua vez, ensinam e alertam para o tipo de ocorrência como aquela apresentada pela paciente do caso em comento, ou seja, a pessoa obesa está incluída no risco dos seromas, das necroses e das cicatrizes hipertróficas, sem que isto venha,

---

o queloide é uma cicatriz espessa e elevada, que ultrapassa os limites do ferimento inicial e raramente regride (Peacock e cols., 1970). Ambos apresentam abundante depósito de colágeno, quer por aumento de sua síntese, quer por redução de sua degradação ou pelos dois mecanismos". CORRÊA NETTO, Alípio. **Clínica Cirúrgica**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Sarvier, 1988, p. 148-9.

[18] Em obra específica, lê-se o seguinte comentário ao caso do acórdão acima citado: "A tal ponto chegam a inadequação e a injustiça de classificar como sendo de resultado a prestação obrigacional em determinadas searas da área médica, que tal fato possibilita situações nas quais o médico passa a ser considerado culpado por um resultado que só se deveu ao DNA de sua paciente (como no caso em tela). Não houve deformidade, não houve interferência na vida laborativa da paciente; pelo contrário: ela deve ter se sentido muito melhor depois de livrar-se de uma tal carga adiposa. Todavia, um médico foi processado porque uma cicatriz se formou de maneira irregular, sem que ninguém concluísse – nem da parte contrária – que o médico tivesse exercitado sua arte com imperícia, imprudência ou negligência. Quer dizer: não houve culpa, não houve erro; contudo, uma vez mais, por conta de um conceito utilizado de maneira errônea, alguém foi considerado culpado... **Caracterização**: Culpa não configurada. Processo de cicatrização comprometido pela resposta orgânica da paciente. Condenação injusta advinda de uso errôneo e inadequado de conceito jurídico". GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2004, p. 151.

necessariamente, a se caracterizar como "erro médico". Depende da resposta do organismo e, esta, como se sabe, é diferente para cada caso. Portanto, é aleatória.

Todavia, em nome de uma "obrigação de resultado", até **o que a ciência ensina**, e **fatos para os quais ela alerta**, parecem perder o valor. É como se a Medicina se transformasse em ciência exata e como se o corpo humano fosse feito de argila, substância inerte e sem vida. A respeito da cirurgia acima mencionada, veja-se a importante seguinte informação:

> De aparência simples, as plásticas de abdômen são, no nosso entender, as que maior frequência de complicações apresentam. Ao lado de resultados estéticos desagradáveis, as mais comuns são os seromas (de grande ou pequeno volume); as deiscências e as necroses cutâneas (de marginais a grandes perdas); infecções; cicatrizes hipertróficas e queloideanas.[19]

Portanto, o quadro apresentado pela paciente estava fisiologicamente inserido nas possibilidades consideradas como possíveis, ficando na dependência da resposta orgânica de cada indivíduo. Observe-se que não se tratava de um "erro médico", mas assim foi considerado, apenas e tão somente por conta e força de uma "*obrigação de resultado*", usada erroneamente, ou, pelo menos, para causas bem distintas daquelas para as quais seu criador a destinou. O que é lamentável.

Foi dito, *in casu*, que a paciente apresentou formação de *seroma*, elemento produzido pelo próprio organismo da paciente, sendo, normalmente, encontradiço no pós-cirúrgico de pessoas obesas, já que uma grande extensão de pele (e gordura) é removida nestes casos. Portanto, nem se tratava de *álea*, ou de uma imprevisibilidade: o fato já era previsível. Mas foi considerado "erro médico" em nome de uma "obrigação de resultado".

Frise-se que o próprio laudo pericial, deste caso, não encontrou negligência por parte da paciente em seus cuidados pessoais no pós-operatório, bem como não registrou imperícia, imprudência ou

[19] AVELAR, Juarez M. **Ensino da cirurgia plástica nas Faculdades de Medicina**. São Paulo: Hipócrates, 1994, p. 172.

negligência da parte do médico no pré, per e pós-operatório. Tratava-se de uma complicação prevista e, como tal, ocorreu. Mas, novamente, em nome de uma "obrigação de resultado" o médico foi condenado.

Ou seja, todo o acontecido com a paciente já estava cientificamente previsto, independentemente de haver ou não constatação de "erro médico". E aqui não houve. Contudo, como é possível concluir, e acima já mencionado, em nome de uma obrigação de resultado, o cientificamente previsto como possível de acontecer transforma-se em "culpa" de um profissional, culpa esta, passível de ressarcimento indenizatório. É a sucumbência do racionalismo. É o holocausto do conhecimento científico sacrificado no altar de uma obrigação de resultado, utilizada de maneira inadequada e surreal... O que continua acontecendo, com frequência, em nosso país. O que é lamentável!

10 A VALORIZAÇÃO DA ÁLEA NO DIREITO COMPARADO

Conquanto no século XXI, no Brasil, a maioria dos julgadores e dos autores que produzem doutrina jurídica ainda esteja apegada à idéia de que a prestação obrigacional do cirurgião plástico, dito estético, e do odontólogo se encontra inserida em uma obrigação de resultado (o que demonstra desatualização na área jurídica e desconhecimento na área biológica), vê-se que em países onde a matéria foi, e ainda é, motivo de constante e séria pesquisa, essa postura já está, há muito, superada.

É de se observar que no ano de 1962, Henri Lalou, em França, já ensinava que "cada vez que o resultado buscado pelas partes é tido por elas como aleatório, a obrigação é uma simples obrigação geral de prudência e diligência (meio); se este resultado é, ao contrário, considerado como possível de ser alcançado sem álea, então a obrigação é determinada (resultado)".[20]

[20] LALOU, Henri. ***Traité pratique de la responsabilité civile***. 6 éd. Paris: Sirey, 1962, p. 279, v. 1. "*Chaque fois que le résultat cherché par les parties est envisagé par elles comme aleatoire, l'obligation est une simple obligation générale de prudence et de diligence; si ce résultat est au contraire consideré comme devent être atteint sans aléa, l'obligation est determinée*". Observar que no texto, a "obrigação geral de prudência e diligência" refere-se à *obrigação de meio*, enquanto que a "obrigação determinada" é o mesmo que *obrigação de resultado*, conforme nomenclatura dada pelos irmãos Mazeaud, em 1947, em acordância com o antigo Direito Romano.

A confusão entre o vocábulo "resultado" e a própria entidade jurídica da "obrigação de resultado" (confusão esta que, ao nosso ver, é a maior responsável pela inadequação do uso desta última em nosso País, no momento de caracterizar a prestação obrigacional dos profissionais já mencionados), também foi motivo de preocupação para os irmãos Mazeaud (França). Estes, preocupados com a má interpretação que poderia ser gerada pela amplitude do vocábulo "resultado", propuseram, no ano de 1947, que a divisão das obrigações, quanto ao conteúdo, se denominasse "obrigação geral de prudência e diligência" (equivalente à obrigação de meio) e "obrigação determinada" (equivalente à obrigação de resultado). Assim como era no antigo Direito Romano.

De acordo com o entendimento dos irmãos Mazeaud, "a crítica se destina mais à terminologia da qual se serviu Demogue do que à classificação propriamente dita. Ela toma o termo 'resultado' no sentido de prestação devida, mas a natureza desta prestação é bem diferente segundo ela deva atingir um resultado determinado, ou somente deva tentar atingi-lo por meio de uma conduta prudente e diligente".[21]

A divisão de Demogue (obrigação de meio e de resultado) foi também criticada por Esmein,[22] pois no seu entender toda obrigação tem por objeto um certo resultado. Por sua vez, Henri Mazeaud[23] discordou do enfoque dado por Esmein pois, segundo ele, naquela divisão a distinção repousa sobre o caráter determinado da prestação ou do fim visado. **Assim, quando o fim último depender de uma álea, a obrigação é apenas de meio; se não depender, será de resultado**.

Ainda no ano de 1962, Henri Lalou, determinando com clareza a distinção entre as duas obrigações informou que "assim, o médico está

---

[21] MAZEAUD et MAZEAUD. ***Traité théorique et pratique de la responsabilité civile***. 4 éd. Paris: Sirey, 1947, p. 110, v. 1. "*Parreille critique s'adresse plus à la terminolgie dont s'est servi Demogue, qu'à la classification elle-même. Elle prend le term 'résultat' dans le sens de prestation due, mais la nature de cette prestation est bien différente selon qu'elle est de parvenir à un résultat determiné, ou seulement d'essayer d'y parvenir par une conduite prudente et diligente*".

[22] *Apud* LALOU, *op. cit*., p. 279.

[23] MAZEAUD, Henri. *Essai de classification des obligations. In* ***Revue Trimestrielle de Droit Civil***. Paris: Sirey, t. 35, p. 24.

adstrito a uma obrigação de meio, ao contrário de uma empresa de transporte, cuja obrigação é de resultado".[24]

Em 1977, Jean Penneau escreveu uma frase lapidar a respeito do assunto. Assim se expressou ele: "A jurisprudência admitiu, ainda que com uma certa hesitação, que a obrigação do cirurgião estético não era, fundamentalmente, diferente da obrigação de qualquer outro cirurgião, em virtude da álea inerente a todo ato cirúrgico". [25]

Quinze anos depois, este mesmo autor assim se expressou: "Alguns atos médicos têm dado lugar, sob este ponto de vista, a algumas hesitações. Foi assim com a cirurgia estética, mas ela permanece submetida ao regime das obrigações de meios, por estar inserida, fundamentalmente, na álea de todo ato cirúrgico".[26]

Ou seja, os próprios franceses, pioneiros no estudo da responsabilidade médica, também tiveram sua fase de "hesitação" sobre estar a prestação obrigacional do cirurgião plástico inserida, ou não, em uma obrigação de resultado. Mas na década de setenta, do século passado, essa controvérsia não mais representava dúvidas para eles, honrando, assim, condignamente, todo o esforço de pesquisa e lógica de René Demogue.

No vizinho país argentino, o jurista Luis O. Andorno assim se expressou sobre o assunto em tela: "Se bem que tenhamos participado durante algum tempo deste critério de colocar a cirurgia plástica no campo das obrigações de resultado, um exame meditado e profundo da questão levou-nos à conclusão de que resulta mais adequado não fazer distinções a respeito, situando também a cirurgia estética no âmbito das obrigações de meios, isto é, no campo das obrigações gerais de prudência e diligência".

Após comentar sobre a imprevisibilidade do comportamento da pele humana, um dado de elevada importância na seara da cirurgia plástica, aduz ele que toda a intervenção no corpo humano é aleatória, postura seguida pela doutrina e jurisprudência francesas. Para, então, concluir: "A nosso juízo, o cirurgião plástico não está obrigado a obter

---

[24] LALOU, *op. cit*., p. 279. "*Ainsi, le médecin n'est tenu que d'une obligation de moyen; au contraire le transporteur, d'une obligation de résultat*".

[25] PENNEAU, Jean. ***La responsabilité médicale***. Paris: Sirey, 1977, p. 35.

[26] PENNEAU, Jean. ***La responsabilité du médecin***. Paris: Dalloz, 1992, p. 9.

um resultado satisfatório para o cliente, mas somente a empregar todas as técnicas e meios adequados, conforme o estado atual da ciência, para o melhor resultado da intervenção solicitada pelo paciente".[27]

E quanto a nós, brasileiros? Num atestado incontroverso de **desatualização jurídica** e de **desconhecimento da fisiologia humana**, continuamos (a maioria da doutrina e dos julgados), a confirmar tratar-se de uma "obrigação de resultado" a prestação obrigacional do cirurgião plástico, dito estético. Não satisfeitos, ainda, com tal inadequação, vamos mais longe em nosso erro, e ainda inserimos, neste tipo de prestação obrigacional, os odontólogos e, até algum tempo atrás, também os anestesiologistas.

Então, não há como não questionar: – quantas décadas serão ainda necessárias para que este lastimável equívoco seja eliminado de nossa corrente jurisprudencial, de nossa doutrina e de nossos julgados? E, enquanto isso não acontecer, quantas injustiças ainda ocorrerão e quantos cirurgiões idôneos serão penalizados (moral, financeira e profissionalmente), sacrificados na pira da desinformação, por conta de tal postura??? [28]

---

[27] ANDORNO, Luís O. ***La responsabilidad civil médica***. AJURIS 59/224-235.

[28] Recentemente um cirurgião plástico foi condenado a pagar boa soma a uma paciente, que portava mamas gigantes e diferentes entre si e que após a cirurgia desenvolveu um nódulo cicatricial (fibrose) em uma das mamas, o que lhe causava dor e desconforto, tendo que se submeter, posteriormente, a uma pequena intervenção para a retirada daquele nódulo, que nada mais era do que uma resposta orgânica não ideal na formação da cicatriz. Com laudo pericial totalmente favorável e exame demonstrando tratar-se de fibrose, a improcedência da ação, em sentença de 1º grau, foi reformada por entenderem os julgadores que se tratava de cirurgia estética (que não era, e sim reparadora) e obrigação de resultado (um erro lastimável). De nada adiantaram os informes biológicos sobre como se forma uma fibrose. De nada adiantou informar que a segunda cirurgia não se destinou a corrigir a primeira e, sim, a retirar o tumor formado pela fibrose. Em nome de uma "obrigação de resultado" todas as informações científicas foram jogadas às hienas, como se material morto fosse. Então, aqui, não há que se falar em "erro médico", mas sim, em "erro de magistrado". **Faltou conhecimento jurídico sobre o que seja uma obrigação de resultado, pois ignoraram o fator álea, representado pela fibrose. Faltou conhecimento médico sobre o que é uma cirurgia reparadora, e faltou conhecimento biológico sobre como se forma um tecido cicatricial anômalo, uma resposta que só tem a ver com o organismo (DNA) da paciente. Talvez tenha faltado, também, humildade para**

11 A NECESSÁRIA MUDANÇA NO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: o início já foi deflagrado...

Demonstrado o pensamento alienígena, frontalmente favorável ao uso da **obrigação de meio** para caracterizar a prestação obrigacional do cirurgião plástico, dito estético, bem assim, apontados e exemplificados os lamentáveis erros advindos da inadequação do uso de uma **obrigação de resultado**, no nosso país, apontar-se-á, a seguir, que já existe uma tênue luz no fim do túnel, representada por aqueles que já buscaram, e outros que ainda estão buscando, na pesquisa e no estudo, em especial no Direito Comparado, uma maior atualização do conhecimento jurídico. O que significa dizer que no Brasil, juristas de renomes, estudiosos e buscadores da verdade científica, já pensavam como os franceses, aceitando as brilhantes propostas de René Demogue. Senão, veja-se.

No ano de 1990, o **Desembargador Sylvio Capanema**, já vislumbrando a inadequação de uso da obrigação de resultado para caracterizar a prestação obrigacional do cirurgião plástico, assim se expressou:

> Não nos parece, *data venia*, que se possa classificar uma cirurgia, e nesse plano as cirurgias plásticas se equiparam às de qualquer outra espécie, de obrigação de resultado, porque, como se sabe, quando se trata de mexer com a fisiologia humana, além da técnica empregada pelo médico, havida no conhecimento científico, há sempre um outro componente que o homem, frágil e impotente diante do desconhecido, chama de imprevisível. Então, ninguém pode se obrigar pela realização plena de uma tarefa que em parte, ou até em grande parte, está fora dos limites de atuação ou deliberação... Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. Ac. Apel. nº 1.329/90. Rel. Des. Carpena Amorin. J. 06 nov. 1990.

E, na continuidade, preleciona o mesmo Desembargador:

---

reconhecer a necessidade de um estudo continuado para assegurar um conhecimento mais atualizado.

> [...] nenhum médico seria capaz de afirmar que uma cirurgia tem 100% de possibilidade de êxito e 0% de insucesso... Sintetizando: não há cirurgias sem risco. Portanto, conceituar-se o trabalho médico como obrigação de resultado, mesmo na cirurgia plástica embelezadora, é algo que está em contradição com a própria natureza das coisas (Apel. 1.390/90).

No ano de 1996, foi defendida (e aprovada) uma Dissertação de Mestrado na Universidade Federal do Paraná, sob o título "Obrigação de meio e de resultado na responsabilidade civil do médico",[29] a qual trazia em seu cerne uma análise sistemática sobre a inadequação de considerar como sendo de resultado a prestação obrigacional do cirurgião plástico (ainda à época cognominado de "estético").

Curiosamente, apenas dois anos depois, em uma Apelação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e antes mesmo de ser publicada, a referida Dissertação serviu de embasamento para um voto vencido, o qual deu origem aos Embargos Infringentes que, acolhidos, resultaram na improcedência do pleito de indenização em desfavor de uma cirurgiã plástica. Foram utilizadas cinco páginas, na íntegra, da citada Dissertação para reforçar a tese da inadequação do uso da obrigação de resultado para a cirurgia plástica estética, em razão da presença do fator álea.[30] E este foi um dos julgados pioneiros no Brasil a reconhecer, de maneira ainda inédita neste país, como sendo de meio a prestação obrigacional do cirurgião plástico na área dos procedimentos ditos estéticos.

O Acórdão final – um dos poucos existentes no Brasil, à época, que se refere à cirurgia estética como sendo obrigação de meio – ficou assim elaborado:

---

[29] BRASIL. UFPR. Dep. de Ciências Jurídicas. Dissertação de Mestrado: *Obrigação de meio e de resultado na responsabilidade civil do médico*. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Defendida em 05.11.96. Publicados os principais excertos pela Editora Juruá, Curitiba/PR, em 1998, sob o título *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. A 2ª edição, revista, atualizada e ampliada foi publicada pela mesma editora em junho de 2004.

[30] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apel. Cível nº 863/98. Julg. Em 06.06.98. Voto vencido da autoria do Des. Roberto Wilder.

> Ementa: Cirurgia embelezadora. Se o cirurgião efetuou seu trabalho fazendo tudo que estava ao seu alcance e ainda assim o resultado não foi o esperado pela paciente, não pode disso gerar a presunção de culpa do cirurgião. Inaceitabilidade da tese de que se trata de obrigação de resultado, pois que se trata de obrigação cujo cumprimento se desenvolve em zona aleatória como é o corpo humano. A responsabilização resultaria, então, da verificação de um erro médico e aí esse erro deverá ser demonstrado. Acolhimento dos primeiros embargos infringentes para julgar improcedente o pedido da inicial.[31]

Também, sobre a inadequação do uso da obrigação de resultado, assim se pronunciou o **Ministro Carlos Alberto Direito**, em palestra proferida no 3º Seminário da Câmara Técnica de Cirurgia Plástica, com base no Direito Comparado, citado pelo Des. Roberto Wider:

> Para concluir, em relação à rigidez pretoriana em estabelecer sem questionamentos a natureza da obrigação do cirurgião plástico, na cirurgia embelezadora ou estética, sempre, como sendo de resultado, sem levar em conta o fator álea existente em todos os processos invasivos do organismo humano, com ênfase que: *'*O que não se pode admitir é a repetição, a meu ver, de um *standard* jurisprudencial que está em desalinho com a realidade mais moderna dos avanços da ciência médica e da ciência jurídica'.[32]

E, na continuidade, o mesmo **Des. Roberto Wider** cita as palavras do **Des. Sylvio Capanema**, proferida no Simpósio acima mencionado, e que assim prelecionou:

> [...] hoje não se deve mais fazer esta distinção, primeiro porque não há nenhum texto legal que o afirme, quer dizer, essa posição doutrinária e jurisprudencial não se arrima em

[31] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 7ª Grupo de Câmaras Cíveis. Emb. Infring. nº 180/98. Rel.: Des. Ruyz Athaide Ancântara Carvalho. Embargante: Wanda Elizabeth Massieri Correa. Embargada: Arine Maria Daumas Teixeira.

[32] *In* Apel. Cív. citada, nº 863/98. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Voto vencido do Des. Roberto Wider, p. 76.

> nenhum dispositivo legal, quer dizer, nunca houve nenhuma lei que dissesse que cirurgia plástica é obrigação de resultado. Isso é uma construção pretoriana e doutrinária.[33]

No ano de 1997, **Nestor José Forster** assim enfatizou:

> A cirurgia estética ocorre, sempre, no ambiente biológico do corpo humano, mesma área onde se processam os demais atos médicos. Ora, a biologia é eminentemente dinâmica, instável, frequentemente imprevisível. Assim como não é certo o resultado numa cirurgia gástrica, também não é certo o resultado numa cirurgia estética. Como exigir do médico um resultado, quando para ele concorrem fatores que refogem, por completo, ao controle do profissional?[34]

Em 1997, a já citada Resolução do CREMESP, de nº 81/97, que criou normas rígidas em relação à formação e à atividade do cirurgião plástico dispôs em seu art. 5º que "O objetivo do ato médico, na Cirurgia Plástica, como em toda a prática médica, constitui obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado".

Também no ano de 1997, **Ruy Rosado de Aguiar Jr**., então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, referindo-se à cirurgia plástica, dita estética, após informar que:

> No Brasil, a maioria da doutrina e da jurisprudência defende a tese de que se trata de uma obrigação de resultado, assim concluiu: "O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda

[33] *Ibiden, idem*, p. 277.
[34] FORSTER. Nestor José. Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios? *In* **RT** – 738, abril de 1997, p. 85.

> intervenção cirúrgica, e são imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico.[35]

Aguiar Jr. é favorável a que se examine com maior rigor o elemento culpa, quando se trata de cirurgia estética, bem assim insiste que a atenção dada à informação a ser fornecida ao paciente deve merecer especial cuidado, mas sem que isso venha a transformar aquela prestação obrigacional em uma obrigação de resultado.

Pondera, ele, que: "Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco".[36]

Entende **Aguiar Jr.** que não informar com precisão sobre um determinado risco ou se eximir de obter do paciente um consentimento plenamente esclarecido, podem levar à responsabilização do cirurgião, mas insiste ele, tal responsabilidade se daria por descumprimento culposo de uma obrigação de meios, e não de resultado.

Informa, ainda, o mesmo autor, com base no ensinamento de Penneau, que:

> A orientação hoje vigente na França, na doutrina e na jurisprudência, se inclina por admitir que a obrigação a que está submetido o cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais cirurgiões, pois corre os mesmos riscos e depende da mesma álea. A particularidade residiria no recrudescimento dos deveres de informação, que deve ser exaustiva e de consentimento claramente manifestado, esclarecido e determinado.[37]

No ano de 2000, corroborando a mesma linha de pensamento (contrária à utilização da obrigação de resultado para caracterizar prestação obrigacional em seara plena do fator álea), foi defendida, na Universidade Federal do Paraná, Tese de Doutoramento, publicada, no

---

[35] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *In* **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Síntese. Ano XLV, nº 231, jan/97 – Assunto Especial –, p. 131.
[36] AGUIAR JUNIOR, *op. cit*., p. 131.
[37] *Ibidem, idem*, p. 130.

ano seguinte, na íntegra, pela Editora Juruá, sob o título *Responsabilidade médica. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*.[38]

Em 2002 foi publicada a obra *A improcedência no suposto erro médico*, cujo autor, aderindo à corrente que entende ser de meio a obrigação na cirurgia estética, dita estética, complementa:

> Ora, nos parece sensato este pensar, pois não podemos olvidar que as mesmas intercorrências existentes em outros tratamentos, quer terapêuticos, quer cirúrgicos, existem igualmente nas cirurgias plásticas reparadoras ou embelezadoras, tais como: rejeição do organismo, reações provenientes da própria genética do paciente, o não cumprimento pelo paciente das prescrições e recomendações médicas etc." [39] Nesta esteira, cita a decisão da Apelação Cível nº 6.680/97 da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, do ano de 1998, também pioneira no ineditismo de considerar como sendo de meio a prestação obrigacional do cirurgião plástico na área da estética.[40]

[38] A Tese mencionada é de autoria de GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Publicada pela Editora Juruá, Curitiba/PR.

[39] COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **A improcedência no suposto erro médico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 21.

[40] RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA MAL SUCEDIDA. DANO MATERIAL. DANO MORAL. RESPONSABILIODADE DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. INOCORRÊNCIA. Na celebração do contrato, o médico, cirurgião plástico, não se compromete à obtenção de um resultado melhor do que o já existente, mas o de proceder de acordo com as regras técnicas e métodos de sua profissão. É limitada para o cliente a obtenção de uma vantagem de melhora estética, e o fato da não obtenção do resultado não implica o reconhecimento de que o médico foi inadimplente. O contrato celebrado com o cirurgião plástico não é obrigação de resultado, e sim de meio. É o médico civilmente responsável desde que comprovada sua culpa, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia. Não responde a clínica que, tão-somente, cedeu suas instalações para que o médico realizasse a cirurgia, inexistindo relação de preposto e proponente. Comprovação de que a clínica não causou danos à paciente por defeitos de sua prestação de serviço. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apel. cív. nº 6.680/97. 1ª C.C. Unânime. Rel. Des. Sergio Fabião. Julg. 28.04.98.

Do que acima foi exposto, pode-se concluir que a doutrina já vem alertando para as mudanças que se fazem necessárias no âmbito jurisprudencial desde o ano de 1990. Todavia, agora, decorridos **vinte e oito anos**, parece que a incongruência de conceituar uma prestação obrigacional como sendo obrigação de resultado, em seara plena do fator álea, continua ocorrendo, ainda, majoritariamente, na corrente jurisprudencial de nosso país.

Então, não há como não dedicar um momento de reflexão, procurando entender tal fenômeno. Primeira hipótese: isso se deve à dimensão continental do Brasil? Provavelmente, não, pois hoje, graças à *Internet*, vive-se, literalmente, em uma aldeia global. Segunda hipótese: talvez aqueles que julgam, devido ao acúmulo de trabalho, não dispõem mais de tempo para se atualizarem por meio da leitura e da pesquisa? É provável, mas as estatísticas informam que nunca os magistrados e promotores se preocuparam tanto, quanto agora, em aprimorar seu conhecimento em Cursos de Pós-graduação, bem assim ministrando aulas nas Universidades, para o que, também, se exige preparo. Terceira hipótese: acomodação. O que está posto (*positum*) é mais cômodo. Mudança exige tomada de posição, sair do conforto da rotina. E pensar diferente da maioria nem sempre é visto com bons olhos, então, também, nem sempre é confortável.

Qual das três hipóteses responderia, a contento, a indagação feita acima? Nenhuma delas? As três juntas? O que não se pode deixar de lamentar é o fato, corrente e comum no Brasil de que, em nome de uma obrigação de resultado, julgados sejam concebidos de maneira equivocada, possibilitando que um suposto "erro médico" se transforme, na realidade, em "erro de magistrado", com a consequente condenação do cirurgião.

Só a falta de conhecimento na área biológica poderia justificar o pressuposto de exigir um resultado predeterminado, em seara de tal complexidade, cuja diligência de um profissional competente nem sempre é o bastante e o suficiente para garantir o melhor resultado. Mais ainda, nem sempre um bom resultado para o médico, sob o aspecto técnico e científico, significa um resultado ideal para o paciente, pois na área da cirurgia plástica esbarra-se no subjetivismo da expectativa pessoal. Sem levar em conta, também, os "estragos" que muito paciente

consegue fazer com sua cirurgia, no pós-operatório imediato e/ou mediato, por não obedecer ao lhe foi recomendado e proposto, e que só a ele (a) paciente, cabe pôr em prática.

Se, hodiernamente, conta-se com recursos fantásticos de técnicas cirúrgicas e tratamentos clínicos miraculosos, bem assim que se pode dispor de uma tecnologia avançadíssima, todavia, a biologia do organismo humano continua a mesma: – imprevisível. Conforme nos ensina Jean Penneau, "A eficácia é o que caracteriza a Medicina moderna [...]. Essa eficácia, entretanto, é inseparável de três outros elementos, seguidamente desconhecidos do leigo: agressividade, periculosidade e complexidade".[41] Portanto, é em nome desta eficácia comprometida por tantos elementos e variantes, representados pelo **fator álea**, que se torna inaceitável conceituar a prestação obrigacional do cirurgião plástico como estando inserida em uma **obrigação de resultado**.

Frise-se que a França, país pioneiro e vanguardista em matéria de responsabilidade médica, seja na área doutrinária, seja na jurisprudencial, já superou esta dúvida desde os anos setenta (do século passado). Portanto, há quase cinquenta anos. E o Brasil? Precisará de quanto tempo ainda para ler tudo (ou pelo menos parte) do que tem sido escrito sobre a inadequação do uso da obrigação de resultado em área infestada pelo fator álea? Até quando, parafraseando as palavras do brilhante Ministro Carlos Alberto Direito, vai-se continuar apenas a repetir um *standard* jurisprudencial que está em total desalinho com a realidade dos avanços da ciência médica e com a atualidade da ciência jurídica???

Conforme ensinamento da Profª. Maria Cecília Bodin, "Cada época tem os seus danos indenizáveis e, portanto, cada época cria o instrumental, teórico e prático, além dos meios de prova necessários para repará-los".[42]

Percebe-se que já faz algum tempo que no Brasil vem se desenvolvendo o que se determinou nomear como sendo a "**indústria da indenização por pseudo erro médico**". A continuar a presente

[41] PENNEAU, Jean. *La réforme de la responsabilité médicale*. ***Revue Internationalle de Droit Comparé***, 1990, nº 2, p. 525.

[42] MORAES, Maria Cecília Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 150.

desatualização acerca de matéria doutrinária contemporânea, aliada ao desconhecimento dos meandros da área biológica, é bem provável que esta época ainda tenha longos anos de vida em nosso país, em detrimento de uma Justiça, que poderia estar ao alcance de muitos profissionais já demandados, mas que acabaram injustiçados por uma condenação alicerçada em uma obrigação de resultado.

12 QUANDO A OBRIGAÇÃO SERÁ DE RESULTADO

Na prática podem ocorrer situações nas quais a prestação obrigacional do cirurgião plástico pode se inserir em uma obrigação de resultado. A primeira delas diz respeito ao fato de o profissional se comprometer com um resultado predeterminado. Se ele, expressa – e conscientemente, oferece tal garantia –, então, por óbvio, é ele próprio quem está a inserir sua atividade profissional em uma obrigação de resultado, e como tal deverá cumpri-la.

De acordo com a doutrina francesa, Jean Penneau entende que há casos nos quais a obrigação do médico é vista como sendo de resultado, mas segundo ele, trata-se de casos excepcionais, podendo ocorrer em três circunstâncias, a saber: a) pela vontade das partes, b) pela natureza da prestação, c) pela força da lei.[43]

A *vontade das partes* pode conferir à obrigação do médico a natureza de obrigação de resultado em circunstâncias diversas, porém precisas, tais quais: a) quando o médico promete executar certo ato em um determinado momento, ou promete executar pessoalmente tal ato; b) quando o médico promete que sua intervenção terá um resultado certo e determinado (conforme mencionado acima).

A *natureza da prestação*, segundo Penneau, é bom elemento para distinguir quando se trata de uma obrigação de meio ou de resultado, pois quando a natureza da prestação excluir toda a álea, o que no entender do autor é verdadeiramente excepcional, bem assim quando inexistir participação ativa do paciente, estar-se-á frente a uma obrigação de resultado.

A *lei*, por sua vez, pode impor reparação pelos prejuízos advindos da atividade médica, em especial no que diz respeito às

[43] PENNEAU, ***La responsabilité du médecin***, p. 10.

pesquisas biomédicas que possam trazer resultado nefasto ou sem benefício individual direto. Nestes casos, aquele que promove tal tipo de pesquisa, mesmo sem culpa, assumiria indenização pelas conseqüências danosas sofridas pela pessoa testada, caracterizando uma pura obrigação de resultado.[44]

13 CONCLUSÃO

Em razão de todas estas variantes analisadas é de se concluir que o fator álea estará sempre presente e não pode ser ignorado. Que a diligência do profissional é fator de extrema importância, pois o resultado não ideal pode não estar ligado à sua negligência, mas à negligência do paciente. Que nunca se fala em "erro do paciente". Que é inadequado considerar como sendo de resultado uma prestação obrigacional que se desenvolve em áreas de imprevisibilidade e, consequentemente, em presença do fator álea. Que é comum na literatura pátria, bem assim nos julgados, a repetição de um *standard* já de há muito superado nos países que se dedicam ao estudo da responsabilidade dos cirurgiões plásticos, qual seja, de que a prestação obrigacional daqueles estaria sempre submetida a uma obrigação de resultado. Que é inadequado tal *standadt*, haja vista ser, tal obrigação, própria para áreas onde não exista o fator álea, com previsão de resultado predeterminado e previsível e, portanto, onde a diligência do devedor não conta e onde o credor não tem como interferir no resultado final.

Lamentavelmente há que, uma vez mais, concluir o quanto de verdade existe nas palavras de FACHIN, quando alerta: "Há um vazio na doutrina civilista brasileira, que vai do desconhecimento à rejeição de novas idéias", para então, concluir que "a técnica engessada das fórmulas acabadas não pode achar guarida em um Direito que se propõe aberto e sensível às modificações das realidades sociais". [45]

---

[44] *Ibidem*, *idem*, p. 10.

[45] FACHIN, Luiz Edson. (Coord.) **Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 318.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *In* **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Síntese. Ano XLV, nº 231, jan/97 – Assunto Especial.

ANDORNO, Luís O. ***La responsabilidad civil médica***. AJURIS 59/224-235.

ARGÜELLO, Katie**. O Ícaro da modernidade**. Direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

AVELAR, Juarez M. **Ensino da cirurgia plástica nas Faculdades de Medicina**. São Paulo: Hipócrates, 1994.

BRASIL. UFPR. Dep. de Ciências Jurídicas. Dissertação de Mestrado: *Obrigação de meio e de resultado na responsabilidade civil do médico*. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. 05.11.96.

BUERES, Alberto J. ***Responsabilidad civil de los médicos***. Buenos Aires: Ábaco, 1979.

CORRÊA NETTO, Alípio. **Clínica Cirúrgica**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Sarvier, 1988.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **A improcedência no suposto erro médico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DEMOGUE, René. ***Droit des Obligations***. Paris: Arthur Rousseau, v. 1, 1923.

FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FORSTER. Nestor José. Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios? *In* **RT** – 738, abril de 1997.

GARCÍA SÁNCHES, Maria Del Carmen. *Responsabilidad del cirujano estético. In* ***Responsabilidad Profesional***. Dir. GHERSI, Carlos Alberto. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica**. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. (Tese de Doutorado). 1. ed, 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2004.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. São Paulo: Forense, 2004.

LALOU, Henri. ***Traité pratique de la responsabilité civile***. 6 éd. Paris: Sirey, 1962.

MAGRINI, Rosana Jane. Médico – Cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião? *In* **RT** – 809, março de 2003.

MAZEAUD et MAZEAUD. ***Traité théorique et pratique de la responsabilité civile***. 4 éd. Paris: Sirey, 1947, p. 110, v. 1.

MAZEAUD, Henri. *Essai de classification des obligations. In* ***Revue Trimestrielle de Droit Civil***. Paris: Sirey, t. 35.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PENNEAU, Jean. ***La responsabilité médicale***. Paris: Sirey, 1977.

_____. *La réforme de la responsabilité médicale*. ***Revue Internationalle de Droit Comparé***, 1990, nº 2.

_____. ***La responsabilité du médecin***. Paris: Dalloz, 1992.
STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Julgados:

BRASIL. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apel. cív. nº 1.329/90. Rel. Des. Carpena Amorin. J. 6 nov. 1990.

BRASIL. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apel. cív. 6.348/92. 4 CC. Rel. Des. Décio Xavier Gama. J. 25.03.93.

BRASIL. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. Apel. cív. nº 863/98.. Voto vencido da autoria do Des. Roberto Wilder. J. 06.06.98

BRASIL. Rio de Janeiro Tribunal de Justiça. 7ª C. C. Emb. Infring. nº 180/98. Rel. Des. Ruyz Athaide Ancântara Carvalho.

BRASIL. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. Apel. cív. nº 6.680/97. 1ª C.C. Unânime. Rel. Des. Sergio Fabião. J. 28.04.98.

II – Artigos Aprovados

RELEITURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIA ESTÉTICA À LUZ DO NOVO CPC: obrigação de meio e não de resultado[*]

Marcelo H. G. Rivera M. Santos[**]

RESUMO: O presente trabalho propõe uma releitura da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico à luz do novo Código de Processo Civil (CPC) e das particularidades do procedimento plástico estético. Para tanto, com fundamento no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, são analisados os aspectos gerais da responsabilidade civil dos médicos, que se conclui ser subjetiva e decorrente de uma obrigação de meio. São expostos os fundamentos de julgados dos tribunais brasileiros sobre o tema, para que seja possível em seguida questionar suas premissas. À luz da classificação dos contratos firmados entre pacientes e médicos, dado o caráter *intuito personae* da nomeação do profissional, reforça-se o argumento de que se trata de obrigação de meio. Quanto à análise da obrigação de resultado, sustenta-se que essa classificação é incompatível com a necessidade de averiguação de culpa. Essa, por sua vez, deve ser exigida de todos os profissionais liberais, sem exceção. Quanto ao ônus da prova, sugere-se que com a inserção expressa da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Brasil deve-se alterar o posicionamento tradicional a respeito da responsabilidade do médico cirurgião esteticista. Quanto à hipótese de presunção de culpa, argumenta-se que não há fundamento legal ou material para se presumir que o profissional tenha agido de forma culposa, o que vai de encontro com os princípios da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, da presunção de inocência. Quanto à avaliação efetiva do resultado da cirurgia plástica, questiona-se a quem competiria fazer tal avaliação, dada a subjetividade da determinação do grau de beleza. Atenta-se para a importância do debate a respeito do tipo

[*] *Artigo publicado na Revista dos Tribunais, volume 982, ago. 2017.*

[**] Advogado. Sócio Fundador da Brayer & Rivera Advocacia. Especialista em Direito Processual Civil; LLM – Direito Empresarial pela FGV e Especialista em Direito Médico.

de obrigação imposta aos cirurgiões plásticos esteticistas no Brasil, na medida em que essa foi a subespecialidade médica que abriu as portas para que outras subespecialidades (tais como radiologia e a anestesiologia) passassem a enfrentar a mesma imputação de obrigação de resultado, subvertendo a lógica das disposições legais existentes.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Cirurgia plástica estética. Obrigação de meio/resultado. Responsabilidade subjetiva.

REINTERPRATATION OF THE CIVIL LIABILITY OF THE PLASTIC SURGEON IN COMESTIC SURGEYR BASE ON THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE: obligation of means, not an obligation of result

ABSTRACT: This present paper offers a reinterpretation of the civil liability of the plastic surgeon, taking into consideration the new Brazilian Code of Civil Procedure (CPC) and some particularities of the plastic surgery procedure. In order to question some of the traditional premises of the legal reasoning in Brazil, it is presented some case law of the Brazilian courts. The general aspects of the civil liability of those doctors are analyzed, based on the Brazilian Civil Code and the Brazilian Consumer Code, wherewith we conclude that plastic surgeon's civil liability is subjective and subject to an obligation of means. It is an obligation of means given the confidential character of the appointment of the professional and the contract's terms signed between patients and physicians. Additionally, an obligation of result would be incompatible with the need to inquest the fault of the doctor in a proceeding, which must be demanded of all liberal professionals, without exception, including the doctors. Regarding the burden of proof, it is suggested that as the new Brazilian CPC expressly provides the theory of the dynamic distribution of the burden of proof, it should be interpreted the traditional positioning about the responsibility of those plastic surgeons. There is no legal or material basis for presuming that that professional specifically and generally has acted guilty, as a presumption of guilt. That would contradict Brazil's established principles of ample defense, contradictory

and presumption of innocence. Moreover, given the subjectivity of the determination of the degree of beauty resulting from a plastic surgery procedure, it is questioned who would compete to make such an evaluation: the patient, the doctor, a third party? This debate on the civil liability of the plastic surgeon is crucial in Brazil since this is the medical subspecialty that opened a new avenue for similar charges into other subspecialties (such as radiology and anesthesiology) which, in our opinion, subverts the legal provisions.

Keywords: Civil liability. Plastic surgery. Obligation of means/result. Subjective liability.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Responsabilidade Civil sob o enfoque dos profissionais liberais. 3 Análise Jurisprudencial sobre a responsabilidade civil decorrente de cirurgias plásticas estéticas nos Tribunais Brasileiros. 4 Obrigação de resultado: elementos em relação à cirurgia plástica estética. 4.1 Classificação do contrato de prestação de serviços entre paciente e médico cirurgião plástico esteticista. 4.2 Conceito de obrigação de resultado. 4.3 Inversão do ônus da prova: determinação da obrigação de resultado - inaplicabilidade. 4.4 Obrigação de resultado: Presunção de culpa. 4.5 Obrigação de resultado - Avaliação efetiva do resultado na cirurgia plástica estética. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A jurisprudência brasileira firmou historicamente posicionamento no sentido de que a responsabilidade civil dos médicos cirurgiões plásticos em cirurgias plásticas puramente estéticas é decorrente de uma obrigação de resultado e não de meio. A nosso ver, no entanto, é preciso uma releitura desse entendimento à luz (i) do novo Código de Processo Civil Brasileiro - CPC e (ii) das particularidades do procedimento plástico estético.

A cirurgia plástica, segundo PITANGUY[1], tem por finalidade a reconstituição artificial de uma parte do corpo. Esse ramo da medicina se subdivide em dois tipos: cirurgia plástica reparadora e cirurgia plástica estética. A reparadora é aquela que visa recuperar a função e/ou restaurar a forma do corpo que fora alterada em razão de alguma enfermidade, traumatismo ou *defeito*[2] congênito. A cirurgia estética, por sua vez, tem por objetivo o embelezamento do corpo humano. O que ambas desejam alcançar é o equilíbrio da estrutura corporal com a finalidade de uma unidade estética[3]. O enfoque do presente trabalho, portanto, é analisar a responsabilidade civil do médico em casos de cirurgia plástica exclusivamente estética.

Dados da Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica (ISAPS) de 2013 indicam que cerca de 23 (vinte e três) milhões de cirurgias plásticas teriam sido feitas no mundo[4]. O Brasil, no citado ano, teria ocupado a primeira posição, ficando à frente dos Estados Unidos, com mais de 1,4 milhão de cirurgias realizadas. No Brasil, as cirurgias mais realizadas teriam sido a lipoaspiração e a colocação de próteses mamárias, consistentes em cirurgias plásticas exclusivamente estéticas. Diante de um número tão expressivo de procedimentos realizados, é estatisticamente previsível que eventos adversos ocorram com maior frequência. Nesse contexto, passou-se a exigir do Judiciário um posicionamento acerca da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico. Considerando que aqueles que procuram realizar uma cirurgia plástica estética buscam primordialmente o embelezamento do seu corpo, surge a seguinte

[1] PITANGUY, Ivo. **Aspectos filosóficos e psicossociais da cirurgia plástica**. In: Mello Filho J, organizador. Psicossomática hoje. Porto Alegre: Artes Médicas; 1992. p. 264-272.

[2] No entender o Autor desse trabalho, o conceito de *defeito* é demasiadamente amplo e, aqui, é utilizado como sendo que foge aos padrões atualmente considerados "normais" na constituição do corpo humano.

[3] LEAL, Vírginia Costa Lima Verde; CATRIB, Ana Maria Fontenelle. AMORIM, Rosendo Freitas; MONTAGNER, Miguel Angelo. **O corpo, a cirurgia estética e a Saúde Coletiva: um estudo de caso**.

[4] Matéria divulgada no site: http://www2.cirurgiaplastica.org.br/de-acordo-com-a-isaps-brasil-lidera-ranking-de-cirurgias-plasticas-no-mundo/

reflexão: como saber se o objetivo da cirurgia fora realmente atingido? Ou seja, como saber se o grau de embelezamento, resultante da cirurgia foi considerado, no mínimo, satisfatório?

A obtenção da resposta para os questionamentos realizados, arrisca-se a dizer, é quase que impossível, na medida em que os critérios de beleza são completamente subjetivos e se manifestam das mais variadas maneiras em cada um de nós. Mas, tendo em vista que é nesse contexto que são ajuizadas ações judiciais que buscam uma indenização (uma reparação de um *dano*) após a realização da cirurgia plástica estética, indaga-se: como é possível definir o sucesso de uma cirurgia plástica estética, sob esse ponto de vista à luz do Direito? Diante do conflito de conceitos, como se conseguirá atingir a justiça[5], nesses casos?

Para se alcançar respostas satisfatórias a essas perguntas, entende-se que é preciso analisar inicialmente os aspectos gerais da responsabilidade civil dos médicos, tal como está prevista na legislação, donde se aponta para a existência única da responsabilidade civil subjetiva (Seção II). Após, cumpre entender como os tribunais, ao longo dos anos, passaram a analisar a obrigação dos cirurgiões plásticos (Seção III). A nosso ver, a análise do tipo de obrigação imposta aos cirurgiões plásticos esteticistas é de suma importância para o Brasil, na medida em que essa foi a subespecialidade médica que abriu as portas para que outras subespecialidades (tais como radiologia e a anestesiologia[6]) passassem a enfrentar o mesmo debate. E é nesse contexto que se propõe, portanto, uma releitura da responsabilidade civil em cirurgia estética à luz do novo CPC e das particularidades do procedimento plástico estético, de modo a ser analisada como uma obrigação de meio e não de resultado (Seção IV).

---

[5] Segundo André Franco Montoro, "*só é justiça propriamente dita a relação que tem por objeto dar a outrem, o que lhe é devido, segundo uma igualdade*.". MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, SP. 2000. p. 129-130.

[6] FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 13 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2016. p. 334.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL SOB O ENFOQUE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS

A responsabilidade civil no Brasil está regulamentada no Código Civil, mais precisamente nos artigos 186[7], 187[8], combinado com os artigos 927[9]. O instituto da responsabilidade civil também está disciplinado em outras legislações pátrias, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n. 8.078/90). O que os dispositivos legais trazem acerca da responsabilidade civil é que ela se subdivide em responsabilidade subjetiva (aquela em que é preciso demonstrar a culpa do agente em estrito senso) e responsabilidade objetiva (aquela em que prescinde a análise da conduta do agente). O que está estabelecido, em relação à responsabilidade civil, é que – em regra – ela será subjetiva, conforme preconiza o § único do artigo 927, do Código Civil, e que só será objetiva aquela responsabilidade regulamentada por lei. A teoria da responsabilidade objetiva ganha força à medida em que há uma maior necessidade de proteção à vítima do dano, com a intenção de inverter o ônus da prova, suprimindo a dificuldade do lesado em provar a *culpa* do responsável pela ação ou pela omissão[10] geradora de dano.

A par de qual tipo de responsabilidade civil existente em uma dada situação – se subjetiva ou objetiva –, é certo que todo e qualquer processo judicial que seja ajuizado com o objetivo de conseguir uma reparação de um dano, com o consequente recebimento de uma

[7] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
[8] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
[9] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.
[10] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2014. P. 237

indenização precisa demonstrar/provar a coexistência de três elementos: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade.

No que tange a responsabilização dos profissionais liberais, mais precisamente dos médicos cirurgiões plásticos esteticistas, é preciso analisar tanto as disposições do Código Civil, quanto as disposições do CDC, que regulará a relação contratual médico/paciente. Nos termos do artigo 14, §4º[11] do CDC, a responsabilidade do profissional liberal deve ser analisada levando-se em conta a conduta do agente, de modo que se impõe a necessária análise de culpa[12] (em sentido estrito). Ou seja, avalia-se se o profissional agiu com negligência[13]; imprudência[14]; ou imperícia[15].

---

[11] Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
[...]
§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

[12] O que chama atenção para o fato de o legislador ter indicado que eventual infração cometida por profissionais liberais, não apenas médicos, deve ser apurada com verificação da existência de culpa, apesar de se saber que a constatação da existência do elemento *culpa*, estrito senso, por vezes não soluciona todas as hipóteses surgidas. Isso porque é muito difícil apurar, no caso concreto, a existência do *dolo* ou definir que a ação ou omissão fora revestida de *imprudência*, *negligência* ou *imperícia*.

[13] Uma conduta negligente seria aquela em que o agente se omite, deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo. STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2014. P. 204

[14] É a conduta ou comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo. Idem, p. 204.

[15] É a atuação do profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano. Idem, p. 204.
Quanto à imperícia e em se tratando de cirurgias plásticas, realizadas por médicos cirurgiões plásticos, seria possível afastar a imperícia. Isso porque o médico é profissional habilitado para exercer essa especialidade médica, e, portanto, detentor de expertise para a realização do ato. O médico é, por definição, um perito. No entanto, mesmo que o profissional detenha o título de *expert* em cirurgia plástica, se não detiver o conhecimento técnico necessário para a realização de um procedimento específico da cirurgia plástica, isso acabará por torna-lo imperito para a realização daquele procedimento.

A jurisprudência brasileira, porém, tem se solidificado no sentido de entender que a obrigação do médico cirurgião plástico esteticista seria de resultado. Isso significa dizer que a esse profissional cabe atingir um resultado específico, sem o qual se configurará o inadimplemento de sua obrigação, emergindo daí a necessidade de reparar o paciente. Nesses casos, portanto, não se analisaria propriamente a conduta do médico. Sendo uma obrigação de resultado, bastaria ao paciente demonstrar, além da existência do contrato firmado com o médico, a não obtenção do objetivo prometido, caracterizando o descumprimento do contrato. Independentemente das razões do médico, caberia ao profissional provar a ocorrência do caso fortuito ou força maior[16], como únicos meios de ilidir a culpa. Como consequência, a conclusão que se poderia chegar é que se trataria, portanto, de uma responsabilidade objetiva, na medida em que não se levaria em consideração a conduta do profissional. Ocorre que – apesar de existir a necessidade de se chegar a um resultado com o procedimento estético – não se deve desconsiderar a averiguação da conduta do profissional. A única diferença entre uma obrigação de meio para uma de resultado seria que na primeira caberia ao paciente provar a culpa do profissional, enquanto na segunda a culpa estaria presumida, em razão da não obtenção do resultado. A obrigação de resultado, desse modo, implicaria em uma exceção à regra geral da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais.

A nosso ver, essa lógica não se mostra razoável, na medida em que desvirtua por completo o ordenamento jurídico, os preceitos da profissão e deixam o médico cirurgião em uma posição de extrema fragilidade, tanto material (sob o enfoque do sucesso da cirurgia), quanto processual (dificuldade em provar que o resultado foi satisfatório). Pelas razões expostas, argumenta-se que **à cirurgia plástica estética deve ser entendida como obrigação de meio e não de resultado**.

III ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

[16] Ibidem, p. 253.

A par da análise da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico, importa elucidar como os Tribunais pátrios estão se posicionando sobre o tema ao longo dos anos.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) há precedente, julgado de 1991[17], no sentido de que a cirurgia plástica estética consiste em uma obrigação de resultado. Tratava-se de uma situação em que uma paciente procurou o profissional para contratar os seus serviços profissionais, visando a uma correção estética de seu corpo, mais precisamente relacionada a uma redução de mamas e de abdômen. A paciente então sofrera danos estéticos e morais decorrentes do procedimento, **de modo que gerou *grave deformidade* em seu corpo**. O Ministro Relator do caso, Dias Trindade, fundamentou o seu voto aduzindo que o "*dever de indenizar não é decorrente de um ato ilícito, senão de falta de cumprimento do contrato, a dizer que não estamos no campo da responsabilidade aquiliana, se não na decorrente do inadimplemento contratual"*. E assim concluindo, fundamentou-se que, considerando ser uma obrigação de resultado, não se deveria levar em consideração a conduta do agente, ou seja, dispensaria uma análise do ato ter sido ou não praticado com imperícia, negligência ou imprudência. Diante desse entendimento, eventual ilação da responsabilidade civil só teria lugar caso se constatasse ocorrência de força maior ou caso fortuito.

Passados mais oito anos, em 1999[18], o STJ aprecia um caso que chegou à Corte Superior para definir a possibilidade de se inverter, ou não, o ônus da prova em demanda movida pelo paciente contra o profissional médico. Tratava-se de lide para apuração de eventual obrigação de reparar danos sofridos pela paciente. A par do tema do recurso ser apenas uma questão processual, a Corte Superior acabou por reafirmar o entendimento de que a obrigação da cirurgia plástica estética configura obrigação de resultado, de modo a indicar que a

[17] Trata-se do julgamento do Recurso Especial n. 10536/RJ, publicado no DJ do dia 19/08/1991.

[18] Trata-se do Recurso Especial n. 81.101/PR, acórdão publicado no DJ do dia 31/05/1999.

responsabilidade civil seria contratual; objetiva ou de resultado[19]. O Ministro Relator Waldemar Zveitter fundamentou seu voto que a responsabilidade do médico decorreria do contrato firmado com o paciente, em que se teria avençado a perspectiva de uma plástica, com determinada imagem ou configuração. A embasar tal fundamento, citou-se outro precedente[20], tendo sido consignado ao final que *"o profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física do paciente, assume compromisso de que,* ***no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos***[21]*, cabendo ao cirurgião a avaliação do risco. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou intervenção de fato imprevisível o que lhe cabe provar.*" E, com esses fundamentos, se deu provimento ao recurso especial, por maioria, determinando então a inversão do ônus da prova em desfavor do profissional médico.

A par dessa conclusão, o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito pediu vista do processo e conduziu, sozinho, voto de forma contrária ao Relator. Referido Ministro sustentou, após uma longa abordagem histórica sobre a profissão médica e a prática cirúrgica, que o compromisso com o resultado e a ausência de uma eventual patologia a ser enfrentada no pós-cirúrgico não serviriam para desqualificar a unidade científica do ato cirúrgico. A cirurgia estética, assim, teria a mesma natureza e seria tão dependente de elementos aleatórios quanto os demais atos cirúrgicos, não importando a subespecialidade. Desse modo, a determinação da responsabilidade civil do médico deveria decorrer da existência de um *erro médico*[22] e não do compromisso de alcançar o resultado. Sustentou o Min. Menezes de Direito, ainda, que continuar a determinar a cirurgia plástica como uma obrigação de resultado poderia levar a absurdos jurídicos. Um destes absurdos seria, por exemplo, o conceito de aceitação do resultado diante de determinado

[19] Importa destacar que o Exmo. Ministro Relator entendeu, com todo respeito e acatamento, que responsabilidade contratual; objetiva; e de resultado; seriam institutos idênticos, com o que não concordamos.
[20] Agravo Interno no Agravo de Instrumento n. 37.060/RS.
[21] Grifos não originais.
[22] O Min. Menezes de Direito conceituou o *erro médico* como sendo aquele erro cometido pelo profissional que em comparação a outro profissional de média capacidade, em idêntica situação, não cometeria.

detalhe, exemplificando, como o tamanho da mama, sua angularidade, tamanho exato da cicatriz. Acrescentou ainda que não seria possível estabelecer um padrão de resultado em todos os pacientes, donde o resultado dependeria de uma infinidade de fatores, inclusive do comportamento do paciente. Aduziu ainda que o contrato estabelecido entre o paciente e o médico é a própria realização do ato cirúrgico com o emprego da melhor técnica possível, além de o profissional ter que prestar todas as informações sobre as consequências da cirurgia, as comuns e as raras. Finalizou sustentando que a mera afirmação do paciente na petição inicial da ação não teria o condão suficiente de presumir a culpa do médico, com a determinação inclusive da inversão do ônus da prova.

Apesar do esforço do Ministro Menezes de Direito, ao longo dos anos o Superior Tribunal de Justiça foi solidificando o entendimento de que a cirurgia plástica exclusivamente estética consistiria em uma obrigação de resultado. No ano de 2009, a Corte Superior analisou o recurso especial n. 236.708/MG, cujo relator foi o Ministro Carlos Fernando Mathias – Juiz Federal Convocado a compor a Corte Superior. *In casu*, determinou-se que, sendo obrigação de resultado, se presumiria a culpa do agente (médico cirurgião), o que, nas palavras do Ministro, diverge da responsabilidade objetiva. A consequência do estabelecimento de que a obrigação é de resultado, portanto, seria apenas na inversão do ônus da prova. Nesse mesmo julgamento, o Ministro João Otávio de Noronha fez importante intervenção. Apesar de acompanhar o voto do Relator, posicionou-se no sentido de que na medicina é inviável pretender a obtenção de um resultado específico, de modo que cabe ao cirurgião empenhar-se com toda diligência para a obtenção do melhor resultado possível.

Em 2010[23], a Ministra Nancy Andrighi continuou a entoar que a obrigação da cirurgia plástica estética seria de resultado, mas passou a fazer ressalva de que **o "*simples fato de a obrigação ser de resultado não torna objetiva a responsabilidade* *[...]*"**. Nesse sentido, continuar-se-ia necessária

[23] Trata-se do Recurso Especial n. 1.180.815/MG, publicado no DJ do dia 26/08/2010.

a comprovação da culpa do médico, conforme o artigo 14[24] do Código de Defesa do Consumidor. Concluiu a Ministra que a responsabilidade civil do profissional continua a ser subjetiva, transferindo apenas ao profissional o ônus de demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. No caso analisado, a busca pela reparação teria se dado em razão do aparecimento de cicatrizes "*salientes e escuras*", mas o laudo pericial produzido teria afastado o nexo de causalidade do dano com a conduta do profissional, muito em razão de não se ter percebido qualquer conduta negligente, imprudente ou imperita do profissional. A conclusão foi pela negativa de provimento do recurso especial, a não condenar o profissional.

Seguindo a linha do julgamento realizado em 2009, no ano de 2012[25] a Corte Superior confirma o entendimento de que o fato de se considerar a cirurgia plástica estética uma obrigação de resultado, não resulta em responsabilidade objetiva. Tratar-se-ia de mera presunção de culpa médica, o que importaria na inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidir a culpa, provando que realizou o procedimento dentro da máxima diligência possível e que empregou as melhores técnicas para obter os melhores resultados possíveis. Apesar de assim entender, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão acrescentou que somente a intercorrência de fatores e reações estranhas à cirurgia consubstanciaria causa eficiente e autônoma que seria capaz de romper o nexo de causalidade.

A partir do exposto, é possível perceber que **o STJ entende**, desde 1991, **que a obrigação do médico cirurgião plástico, quando realiza procedimento puramente estético, é de resultado. Apesar de ser uma obrigação de resultado,** afirma o Tribunal Superior que **não se trata de responsabilidade civil objetiva, mas uma presunção de**

[24] Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
[...]
§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

[25] Trata-se do Recurso Especial n. 985.888/SP, DJ do dia 13/03/2012.

culpa, de modo a inverter o ônus da prova, elegendo como fatores possíveis para a elidir a culpa, o caso fortuito e a força maior.

Por sua vez, em uma análise nos Tribunais de Justiça dos Estados, o que se verifica é que se acompanhou o entendimento do Tribunal Superior, ao indicar que a obrigação decorrente de uma cirurgia plástica seria de resultado. No entanto, encontrou-se julgados que acabam por aplicar entendimentos divergentes ou, ainda, interpretações não condizentes com o que ficou firmado no STJ, sobretudo no que diz respeito à responsabilização não objetiva do cirurgião plástico. Esse comportamento acaba por emergir grande insegurança jurídica, como se expõe.

No Tribunal de Justiça de São Paulo há julgado[26] indicando que, como se tratava de uma cirurgia plástica, a obrigação seria de resultado, de modo que não tendo alcançado o *benefício estético esperado*, não se poderia exigir do paciente o pagamento do serviço realizado. Já em 2004, ainda no TJSP, há julgado[27] no sentido de que, apesar de a cirurgia ser estética, o paciente deveria provar a culpa do profissional. E mais, ainda que se admitisse a obrigação decorrente da cirurgia como sendo uma obrigação de resultado, ainda assim a responsabilidade do profissional deveria ser aferida mediante culpa. Destacou-se também que o resultado estético é em grande parte subjetivo, pelo que não se poderia exonerar o paciente do pagamento dos honorários médicos, por uma insatisfação pessoal, afirmando que *a rigor, nenhuma cirurgia plástica estética teria seu pagamento garantido, bastando ao paciente afirmar seu descontentamento com o resultado embelezador alcançado*.

Em outro julgado, em 2007[28], o Tribunal Paulista volta a entender que a obrigação da cirurgia plástica é de resultado, de modo que existiria por parte do médico o compromisso de atingir um determinado resultado/objetivo. Apesar de assim consignar, o julgado traz provas de que o médico não teria agido com cautela e com a perícia recomendada, o que teria culminado no insucesso da cirurgia, caracterizando uma atuação culposa do profissional e, consequentemente, resultando no dever de indenizar.

[26] Trata-se da Apelação Cível n. 0003741-25.1998.8.26.0000, DJ do dia 11/04/2002
[27] Trata-se da Apelação Cível n. 9086574-90.2000.8.26.000, DJ do dia 03/02/2004.
[28] Trata-se da Apelação Cível n. 9217060-73.2005.8.26.0000 – DJ do dia 10/12/2007.

Em 2008[29], continua o Tribunal de Justiça de São Paulo entendendo que a cirurgia plástica é uma obrigação de resultado. Acrescenta-se, contudo, que, em razão da obrigação ser de resultado, a responsabilidade há de ser contratual objetiva. No voto, ficou consignado que:

> [...] no procedimento estético, em que o médico lida com o paciente que apenas deseja melhorar a sua aparência física e, consequentemente, sentir-se psiquicamente melhor, estabelece-se uma relação de resultado que impõe ao profissional da medicina, em casos de insucesso da cirurgia plástica, o que restou evidenciado no processo, a presunção de culpa [...].

Como o profissional, no caso analisado, não teria ilidido sua culpa, fora condenado ao pagamento de danos morais e materiais, de modo que, além de devolver o dinheiro que recebeu para realizar o procedimento, o médico foi compelido a indenizar o paciente.

Nesse mesmo ano, o Tribunal de São Paulo julgou um processo[30] cujo posicionamento foi no sentido de que o simples fato de o paciente não se sentir satisfeito com o resultado da cirurgia em si não é suficiente para atribuir qualquer modalidade de culpa, de modo que o profissional da medicina não fora condenado. Consignou-se no julgado que o médico teria empregado a técnica adequada, pelo que eventual frustação do paciente não é suficiente para configurar os danos morais e materiais pleiteados.

Já em 2010[31], há julgamento de caso em que uma paciente desejou implantar silicone nos seios. A paciente, porém, fora acometida por uma infecção em uma das mamas, tendo sido obrigada a retirar uma das próteses para curar a infecção, de modo que, posteriormente, fosse reimplantada uma nova prótese. O Tribunal entendeu que não restou provada qualquer culpa do médico cirurgião, enaltecendo que o profissional agiu da melhor maneira que pode. Esses fatos, no entender

[29] Trata-se da Apelação Cível n. 9072068-24.2002.8.26.0000 – DJ do dia 19/01/2009.
[30] Trata-se da Apelação Cível n. 9065661-31.2004.8.26.0000 – DJ do dia 11/12/2008
[31] Trata-se da Apelação Cível n. 0219969-67.2007.8.26.0100 – DJ do dia 22/12/2010.

do Tribunal, foram suficientes para afastar a condenação referente a danos morais. No entanto, como não se atingiu o resultado esperado, já que se teve complicações em uma das mamas, o profissional deveria ser condenado ao pagamento de danos materiais, na proporção de 50% dos valores despendidos pelo paciente com a cirurgia e exames laboratoriais.

Em julgado recente, de 2016[32], o Tribunal Paulista entendeu que os resultados insatisfatórios de uma cirurgia bariátrica, em um determinado caso, não deixavam dúvidas de que o objetivo do procedimento cirúrgico não fora atingido, o que demonstrava a culpa do cirurgião e, portanto, o seu dever de indenizar.

Os precedentes exemplificativos relatados no Tribunal do Estado de São Paulo refletem o entendimento geral dos Tribunais de Justiça dos Estados no sentido de que a cirurgia plástica possui obrigação de resultado[33]. **O que não se tem como uniforme, porém, é o entendimento das consequências decorrentes da definição de uma obrigação de resultado.** Uma cirurgia *meramente embelezadora/*estética é capaz de promover algum tipo de cura? Deve haver – ou não – averiguação de culpa (em sentido estrito) do profissional? A obrigação de resultado implica em necessária presunção de culpa do profissional? Qual é a consequência da presunção de culpa? Deve-se inverter o ônus da prova? A ilação da culpa do profissional deve se dar apenas mediante avaliação de ocorrência de força maior ou caso fortuito? A obrigação de resultado implica em uma responsabilidade objetiva? Como se avaliaria o resultado de uma cirurgia estética? Sobre estes pontos é que se passa a detalhar na Seção a seguir.

[32] Trata-se da Apelação Cível n. 0008890-89.2009.8.26.0590, DJ do dia 08/11/2016.

[33] Cita-se, como exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio da Apelação cível n. 70068305739 – publicada no DJ do dia 24/10/2016; o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por meio da Apelação Cível n. 0044584-09.2007.8.19.0001, julgamento do dia 26/10/2016; o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por meio da Apelação Cível n. 1.0024.06.266068-3/001, publicada no DJ do dia 16/11/2016; o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por meio da Apelação Cível n. 2011.01.1.018709-2, publicado no DJ do dia 07/11/2016; o Tribunal de Justiça da Bahia, por meio da Apelação Cível n. 0087873-89.2001.8.05.0001.

4 OBRIGAÇÃO DE RESULTADO: elementos em relação à cirurgia plástica estética

Para se responder aos questionamentos aqui levantados, entende-se que a melhor didática para respondê-los passa por analisar a classificação do contrato de prestação de serviços firmado entre médico e paciente; depois analisar-se-á o conceito de obrigação de resultado, para entender se se deve ou não averiguar a culpa do profissional; em seguida se analisará se se deve, em razão da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, inverter o ônus da prova; após se analisará se é possível presumir a culpa do profissional; e, por fim, como é que se poderia realizar a avaliação do resultado de uma cirurgia estética.

4.1 Classificação do contrato de prestação de serviços entre paciente e médico cirurgião plástico esteticista

Tradicionalmente, quando se tece comentários sobre a obrigação de resultado, há entendimento de que essas obrigações se originam de contratos ou de disposição de lei. No presente estudo, ter-se-á **foco apenas nas obrigações decorrentes de contratos** – especialmente aqueles firmados entre pacientes e cirurgiões plásticos –, já que **não decorre de lei a obrigação do médico de qualquer especialidade atingir um determinado resultado**.

De tal sorte, analisa-se em específico as características de um contrato de prestação de serviços médicos firmado entre um paciente e um cirurgião plástico, em especial no âmbito da cirurgia plástica estética.

Trata-se de um contrato bilateral[34]; oneroso[35]; comutativos[36]; consensual[37]; não-solenes[38]; principal[39]; *intuito personae*[40].

[34] Segundo FARIAS e ROSENVALD: "*ao contrato bilateral não basta a mera bilateralidade das obrigações para ambos os contratantes, mas a correspectividade e a reciprocidade entre elas. É essencial à bilateralidade a caracterização do sinalagma, no sentido de uma obrigação ser a causa da outra*.". FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil Direito dos Contratos**, volume 4, 3ª ed., Ed. JusPodivm. Salvador, BA. 2013. p. 255.

[35] Segundo FARIAS e ROSENVALD: "São onerosos os contratos que geram vantagens e sacrifícios para ambas as partes [...]". Idem, p. 257.

[36] Nos ensinamentos de FARIAS e ROSENVALD Os contratos onerosos se subdividem em comutativos ou aleatórios. Os aleatórios trazem ao menos uma prestação incerta, quanto à sua exigibilidade da coisa ou fato, ou mesmo do seu valor, o que demanda um evento futuro e incerto e que dependerá do acaso. Nessa classificação, os aleatórios possuem duas espécies, os aleatórios absolutos e os relativos. Nos dois casos, o elemento sorte é o fator de risco preponderante, mas opera de modo diverso em cada espécie. Nos absolutos, a sorte escolhe qual dos contratantes terá a vantagem com a sua execução, não sendo possível as duas partes saírem vitoriosas do contrato. Já os relativamente aleatórios, é sabido, desde o início, qual dos contratantes poderá sofrer prejuízo por azar e qual definitivamente está poupado desse risco. Já os contratos onerosos comutativos seriam aqueles em que a correspectividade é fixada pelas partes, imutável a variações, ou seja, a prestação de cada uma das partes é pré-determinada de início, sendo os resultados econômicos previstos desde a formação, pelo que se mantém uma relação de equivalência imediata. No caso, o paciente sabe a quantia que deve pagar, pelo serviço que será prestado pelo profissional. O paciente se obriga a pagar uma dada quantia, pré-determinada, e o profissional se compromete a realizar o serviço, que corresponderá à quantia dispendida pelo paciente. Idem, p. 261.

[37] O contrato consensual, segundo FARIAS e ROSENVALD, diz respeito à constituição do contrato, correspondendo àquele em que o acordo de vontade das partes é bastante ao seu aperfeiçoamento, não necessita a tradição de qualquer objeto. Idem, p. 268.

[38] Quanto ao ponto, importa destacar que não há, na lei, um formato específico para se validar um contrato firmado entre um paciente e o cirurgião, de modo que se pode celebra-lo de qualquer forma, bastando que o seu conteúdo seja socialmente reconhecível. Ibidem, p. 270.

[39] Diz-se que se trata de um contrato principal, pois possui existência autônoma, independentemente de qualquer outro negócio jurídico. Idem. P. 275

[40] Segundo FARIAS e ROSENVALD: "um contrato é *intuito personae* quando a consideração da pessoa de um dos contratantes é para o outro o elemento determinante de sua conclusão. O consentimento da parte será decisivamente vinculado à concretude da pessoa do parceiro contratual. Por isso, a pessoa do contratante passa a ser elemento causal do contrato". idem. P. 278. No caso de uma cirurgia plástica, o paciente busca a

Com esteio nessa classificação, há de se constatar que o paciente assume sua parcela de risco ao consentir com o que será feito, mas se acautela na nomeação do profissional (caráter *intuito personae*) que realizará o procedimento. As características do contrato firmado entre médico/paciente, em especial o caráter personalíssimo, afastam, preliminarmente, a conclusão de que se trata, portanto, de uma obrigação de resultado. Isso porque, com a nomeação específica do médico que realizará o procedimento, o paciente confia e tem a presunção mínima de que aquele profissional detém a expertise para o procedimento e empregará o grau de zelo que se espera. Como se está falando de expertise e emprego de zelo no cumprimento da obrigação, se está a tratar de responsabilidade subjetiva, pois importa a maneira pela qual a obrigação será cumprida. Caso fosse contrário, não importaria qual seria o profissional a realizar o procedimento, desde que se cumprisse com o resultado. Nessa hipótese, o contrato estabelecido entre médico/paciente perderia seu requisito mais importante, o caráter *intuito personae*.

4.2 Conceito de obrigação de resultado

Cumpre inicialmente observar que **nem todas as obrigações assumidas em um contrato são obrigações de resultado,** pelo que se tem contratos em que as obrigações assumidas são de meio. O que diferencia os contratos que regulam obrigações de meios dos que regulam obrigação de resultado é que, nos contratos com obrigação de meio, o contratado se obriga apenas a empregar toda diligência, perícia e habilidade no desempenho da atividade, não se comprometendo a obtenção de um resultado. Por sua vez, nos contratos com obrigação de resultado, o contratado se obriga a atingir a finalidade para a qual se dispôs a realizar[41], não importando o quão diligente, perito e prudente, ele seja, pois o que interessa é única e exclusivamente atingir a finalidade

execução do procedimento por uma pessoa específica – O cirurgião. Isso torna o contrato personalíssimo.

[41] ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Responsabilidade Civil na cirurgia estética**. Brasília-DF, 2006. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/2278, último acesso em 03 de dezembro de 2016.

do contrato. Nessas hipóteses, as únicas exceções ao cumprimento do contrato seria a comprovação da ocorrência do caso fortuito e da força maior, por serem elementos que não seriam controlados pelo contratado e que, eventualmente, impactam frontalmente na execução da sua obrigação. Assim, apenas pela interferência desses elementos é que o obrigado pelo resultado não poderia entregar tal resultado.

No âmbito específico desse artigo, o que se chama atenção, em primeiro lugar, é para o confronto entre a legislação especial que regula a prestação do serviço do profissional liberal - o CDC, com apoio também do Código de Ética Médica (CEM)[42] –, e o conceito de uma obrigação de resultado. O CDC e o CEM determinam que a responsabilidade civil do profissional médico deve ser analisada mediante a verificação de culpa em sentido estrito, ou seja, deve-se analisar se o profissional agiu com negligência, imprudência e/ou imperícia. Em que pese isso; se tem entendido que em uma obrigação do resultado se presume a culpa do profissional. Ou seja, há uma incompatibilidade entre a legislação especial (CDC) e a concepção da obrigação de resultado. Ora, ou se aplica a legislação especial (CDC); ou se abandona o preceito legal e aplica aos médicos – indistintamente – a obrigação de resultado, abandonando a avaliação da conduta do profissional.

Com a devida vênia, não se poderia sequer sustentar a caracterização de uma obrigação de resultado pela presunção da culpa, na medida em que tal posicionamento contraria o ordenamento jurídico e o Estado Democrático de Direito, ao impor ao profissional liberal, no exercício legal da sua profissão, uma presunção de culpa que a lei não impõe.

Nunca é demais lembrar que se entende "obrigação" como um dever jurídico originário[43]. Ou seja, não faz muito sentido que o dever jurídico originário do cirurgião plástico estético, seja o resultado, ao invés da aplicação correta da técnica aprendida ou desenvolvida. Isso porque, antes de se chegar no resultado, o profissional deve aplicar a técnica aprendida ou desenvolvida, o que torna o primeiro ato (aplicação

[42] Lembra-se de que o Código de Ética Médica não é uma legislação, mas regulamenta o exercício da profissão.

[43] FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012, n. 1.2, p. 2-3.

da técnica correta) a sua obrigação originária. Assim, com base nesse primeiro argumento de que **não se pode ter um contrato cuja obrigação seja de resultado, com a necessidade de averiguação da culpa (ou, ainda, com a presunção de culpa do profissional)**, se analisa e critica a posição adotada pelo STJ em 1991[44] – já referenciada acima – e por outros julgados já citados.

Com o devido respeito e acatamento, não se pode conceber que um contrato firmado entre um médico e um paciente para a realização de um procedimento, qualquer que seja o procedimento, tenha a obrigação do profissional a característica de ser de resultado. Essa conclusão é suportada pelos dispositivos legais que determinam a necessária averiguação da culpa em sentido estrito do profissional[45] – artigo 14, §4º, CDC – o que afasta o compromisso inarredável do profissional para se atingir a finalidade do contrato.

Analisar a cirurgia plástica estética como sendo uma obrigação de resultado pelo simples fato de o paciente que se submete a essa cirurgia almejar um resultado específico é uma visão, com a devida *venia*, limitada. Isso porque o homem médio que firma qualquer compromisso contratual almeja, em todos os casos, que o resultado daquele contrato seja atingido. Não se imagina que um paciente que necessite de uma cirurgia no seu

[44] Em rápida retomada do citado julgado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a cirurgia plástica estética consistiria em uma obrigação de resultado, na medida em que, além de não se ter atingido ao objetivo pretendido, a paciente sofreu grave deformidade. Para o julgamento, se considerou que apenas a prova de ocorrência de força maior ou caso fortuito é que poderia ilidir a responsabilidade do profissional. Ao se decidir pelo abandono da verificação da culpa, acabou por te tornar a responsabilidade de um profissional liberal em objetiva. Essa conclusão contraria o disposto no CDC, que já àquela época dispunha que seria necessária a verificação da culpa. E fez mais, se isolou uma especialidade médica, de modo a determinar uma interpretação diferenciada quanto à sua obrigação, sem que exista qualquer respaldo legal. O que chama atenção é o fato de que, em razão de um insucesso da cirurgia, já se presumiu o profissional culpado, sem que fosse feita a averiguação de sua conduta (negligência, imprudência ou imperícia).

[45] Cabe lembrar que não há exceção à exceção. Ou seja, o CDC indica que se deve apurar a culpa do profissional liberal, como uma exceção à leitura de uma responsabilidade objetiva trazida pela lei consumerista. E não há, na própria lei consumerista, uma exceção à essa exceção, tornando, pois, obrigatória a averiguação de culpa na prestação de serviço do profissional liberal.

coração, por exemplo, não crie a expectativa, ou ainda, que não deseje que a cirurgia seja bem-sucedida e que saia, no mínimo, com vida da sala cirúrgica, com o seu coração tratado. Esse paciente não contrata um determinado profissional apenas levando em consideração a confiança de que esse profissional será o mais diligente na condução da cirurgia. Ou seja, o paciente, ainda que no seu íntimo, certamente não leva em consideração apenas[46] a conduta do profissional, pois ele quer sim o resultado. E esse *animus* do paciente, para o exemplo citado, não traz o condão de transformar o contrato firmado em uma obrigação de resultado, o que nos faz questionar a razão pela qual se aplica um entendimento diferenciado à cirurgia plástica estética, sem que haja qualquer respaldo em lei para uma interpretação diferenciada.

Alguns responderão a esse questionamento indicando que o paciente do exemplo da cirurgia do coração precisa ser *curado*[47], sendo que se teria uma presunção absoluta de que a nenhum médico é imposta a obrigação da *cura*[48]. Acrescentarão também a ideia de que um paciente que se submete a uma cirurgia plástica estética não estaria doente, não precisaria ser *curado*, de modo que a cirurgia plástica não lhe promete uma *cura*, mas um *embelezamento*[49].

---

[46] Considera-se aqui que a escolha do profissional traz consigo a expectativa de que este profissional gerou a confiança no paciente que empregará a melhor técnica e terá melhor grau de zelo na execução dos serviços, mas não são os únicos elementos levados em consideração para se firmar o contrato.

[47] Significado de curado trazido pelo dicionário Houaiss: "*que se curou.1. restabelecimento de saúde, sarada de ferimento ou doença. 2. Corrigido quanto a um defeito de comportamento*." HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 892.

[48] Ato, processo ou efeito de curar(-se). 1. Restabelecimento da saúde. 2. Método especial de tratamento. 3. Melhora, remédio, solução. [...] por primeira intenção med aquela em que as partes de uma ferida se unem sem a formação de uma granulação. Por segundo intenção med aquela em que ocorre união dos bordos de uma ferida pela adesão de superfícies granulosas; cicatrização por primeira intenção. Por terceira intenção med aquela em que a união dos bordos ocorre pela repleção da ferida por tecido de granulação; cicatrização por segunda intenção. Idem. p. 892.

[49] Aqui, é importante destacar o que ficou consignado no julgado de 2008, realizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, quando o Relator, em seu voto, destacou que "*no procedimento estético, em que o médico lida com o paciente que apenas deseja melhorar a sua aparência física e, consequentemente,* ***sentir-se psiquicamente melhor****, estabelece-se uma relação de resultado que impõe ao profissional da medicina, em*

Sob esse viés, questiona-se: o que leva então uma pessoa a se submeter a uma cirurgia plástica? A resposta mais comum seria: "o paciente quer uma melhora do seu estado físico". Se assim se responder, se conduz a uma conclusão lógica de que esse paciente está em uma posição de *desvantagem*, ou seja, há algo nele que precisa ser *melhorado*/*curado*. O estado de espírito do paciente não está satisfeito com o físico que tem e que, portanto, busca uma melhora – uma *cura* – para o seu sentimento e para o seu corpo, da forma que entende melhor. Por exemplo, uma mulher que está insatisfeita com o tamanho dos seus seios sofre abalo psíquico, de modo que uma cirurgia plástica estética que insira próteses de silicone em suas mamas, ou diminua o seu tamanho, não estaria apenas *embelezando* a paciente, estaria sim oferecendo uma *cura* física/psicológica. Essa mulher passará a se sentir mais confiante, bonita, permitindo que não sinta mais o abalo psíquico que antes lhe afligia. O mesmo se observa em um homem, ao se submeter, por exemplo, a uma cirurgia de implante de cabelo. O homem, no exemplo, não está satisfeito com a sua aparência e deseja se *embelezar*, possuindo mais cabelo. Isso lhe proporcionará mais confiança, se sentirá *melhor*/*curado* da calvície. Sob essa ótica, a *cura* psíquica é tão, ou mais importante, que a própria *cura* física.

Nessa linha, se poderia levantar outro questionamento: uma cirurgia plástica de um transexual seria categorizada de que maneira? Seria considerada reparadora ou estética? Afinal de contas a pessoa não estaria fisicamente doente, o seu organismo está em pleno e correto funcionamento. Mas, a psique está em sofrimento, pois a pessoa nasceu biologicamente de uma determinada maneira, mas a sua mente a vê de outra. Com essa análise, a fim de *curar* a pessoa desse sofrimento, é que, para Camila de Jesus Mello Gonçalves, essa cirurgia seria reparadora[50].

---

casos de insucesso da cirurgia plástica, o que restou evidenciado no processo, a presunção de culpa [...]". O fundamento do voto do Relator traz que o médico deve trazer ao paciente uma *melhora* psíquica, com o resultado do procedimento, de modo que isso é tentar garantir uma *cura*, ainda que meramente psicológica.

[50] GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Breves notas sobre a responsabilidade civil nas cirurgias plásticas reparadora, estética e de transgenitalização e nos tratamentos dermatológicos. Análise da jurisprudência.** Disponível em http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/Artigos/DirCivilProcCivilView.aspx?ID=26270#_ftnref49, último acesso em 17/12/2016.

Com o devido respeito e acatamento, entender que a cirurgia plástica, nesse caso, como sendo reparadora, é uma posição preconceituosa e retrógrada, na medida em que denota um entendimento de que aquela pessoa estaria com um *defeito*. A par dessa crítica, se se está a considerar a melhora da psique da pessoa como fundamento de enquadrar a cirurgia plástica em reparadora. Nesse sentido, a conclusão que se chega é que toda cirurgia plástica é, no seu fim, reparadora.

Assim, a nosso ver a cirurgia plástica estética, em maior ou menor grau, está a *curar* o paciente, não necessariamente apenas do seu estado físico, mas do seu estado mental. Esse entendimento encontra amparo no exemplo da cirurgia plástica do transexual. Desse modo, a conclusão que se chega é que se a cura do estado psicológico transforma a cirurgia plástica em reparadora, deve-se – portanto – afastar o entendimento de se tratar de obrigação de resultado. Além de providenciar uma *cura*, nos moldes mencionados, não se tem na legislação, qualquer que seja ela (especial ou "comum"), mecanismos que modifiquem ou que tratem de modo diverso as especialidades médicas, de modo que não se poderia entender diferentes áreas da medicina como sistemas autônomos. Foi inclusive nesse sentido que argumentou o Min. Menezes de Direito[51] quando do julgamento do Recurso Especial n. 81.101/PR, de relatoria do Min. Waldemar Zveitter, já mencionado anteriormente. **Entender que se deve impor à cirurgia plástica estética uma obrigação contratual diversa de uma cirurgia plástica reparadora, por exemplo, é o mesmo que definir que a responsabilidade de um advogado civilista seja diversa de um advogado tributarista ou criminalista.**

É certo que alterar a determinação da obrigação do médico cirurgião plástico esteticista não significa extirpar qualquer responsabilidade civil. O que se pretende é simplesmente que o médico cirurgião plástico seja categorizado de forma igualitária aos outros médicos cirurgiões, aliás de forma igualitária a todos os profissionais

[51] No julgamento do Recurso Especial n. 81.101/PR salientou corretamente o Min. Menezes que o compromisso com o resultado e a ausência de uma eventual patologia a ser enfrentada no pós-cirúrgico não serviriam para desqualificar a unidade científica do ato cirúrgico que teria a mesma natureza e dependente de elementos aleatórios, não importando a sub-especialidade da cirurgia praticada.

liberais. Isso nos leva ao mesmo sentido da conclusão já observada pelo Min. Menezes de Direito, de que uma eventual responsabilidade civil do médico cirurgião plástico decorreria da eventual existência de um *erro médico*[52] e não do compromisso de alcançar o resultado.

4.3 Inversão do ônus da prova – determinação de obrigação de resultado – inaplicabilidade

Uma vez classificado o contrato, em que a confiança na eleição do profissional é requisito intrínseco no adimplemento contratual, pelo que se presume que aquele profissional será diligente e empregará a melhor técnica, bem como analisado o conceito de obrigação de resultado e a sua não aplicação para os médicos cirurgiões plásticos, passa-se a discutir a questão do ônus da prova como o fundamento da obrigação do cirurgião plástico estético ser de resultado[53]. De acordo com os julgados narrados na Seção III, o médico deveria provar nos autos que agiu de maneira correta, empregando a melhor técnica e diligência. Ou seja, apesar de se considerar a obrigação de resultado, caso esse não ocorresse, o médico provando que agiu de forma prudente, perita e não negligente, não deveria ser condenado. Em desfavor dos médicos cirurgiões plásticos esteticistas, portanto, haveria a inversão do ônus da prova. Nesse contexto, emerge uma necessária releitura do tema, haja vista a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (CPC), que alterou a dinâmica do ônus da prova.

A prova é elemento essencial para o devido e legítimo processo judicial, tanto no exercício do direito de ação quanto do contraditório. Não por outra razão, o direito à prova é direito fundamental que decorre da Constituição Federal, emanado do desdobramento ao devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, conforme indica Fredie Didier Jr[54]. Este direito à prova também é, segundo este autor, externo à Constituição

[52] O Min. Menezes de Direito conceituou o *erro médico* como sendo aquele erro cometido pelo profissional que em comparação a outro profissional de média capacidade, em idêntica situação, não cometeria.
[53] Conforme se verifica no julgamento do Recurso Especial n. 236.708/MG.
[54] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. 4ª ed. Ed. JusPodvim. Salvador, BA. 2009. p. 19.

Federal, já que previsto em dois tratados internacionais recepcionados pela Constituição, quais sejam: (i) Pacto de São José da Costa Rica; e (ii) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Trata-se, porém, de direito não absoluto, podendo ser limitado excepcionalmente quando colida com outros valores e princípios constitucionais.[55]

A prova é conceituada por Carreira Alvim[56], sob a perspectiva técnica jurídica, em seus sentidos objetivo e subjetivo. O sentido objetivo seria aquele em que a prova é o "[...] meio de demonstrar a existência de um fator jurídico, ou o meio destinado a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos no processo; quando se fala então em prova testemunhal, documental e pericial". Já no sentido subjetivo, a prova seria "*a convicção que se forma no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos.*". Nesse sentido, entende o citado autor que a prova judiciária reúne esses dois sentidos, sendo apreciada como um fato (sentido objetivo) e como uma indução lógica (sentido subjetivo).

Complementando-se o conceito acima apontada, verifica-se que a prova tem duas funções, segundo as lições de Eduardo Cambi[57], sendo uma interna e outra externa. A prova em sua função interna "[...] serve como um instrumento para que as partes preparem ou instruam o processo (cognição). A prova se destina à reconstrução dos fatos, permitindo a discussão e a formação do convencimento a respeito dos fatos necessários ao julgamento da causa". A prova em sua função interna se destina, então, a preparar o processo para o seu julgamento, sendo essencial para a elaboração de decisões justas. A prova em sua função externa, por sua vez, advém do fato de que "*quanto melhor é a prova produzida, maior é a chance de a decisão ser justa.*". Como consequência, quanto melhores as provas e melhores as decisões judiciais, maior será a legitimação social para o exercício do poder jurisdicional.

O Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), dando azo a esse direito fundamental à prova, formaliza tal direito no artigo 369 e

[55] Idem.
[56] ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 16ª ed. rev. atual. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2014. P. 219.
[57] CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Ed. Juruá. 2014. Curitiba. pp. 29-30.

seguintes[58], e no artigo 373[59], distribui o chamado "ônus da prova". O ônus da prova pode ser entendido, conforme definição de Cassio Scarpinela Bueno[60], "*como a indicação feita pela própria lei de quem deve produzir a prova em juízo. A palavra 'ônus' relaciona-se com a necessidade da prática de um ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo e, na hipótese oposta, que haverá, muito provavelmente, um prejuízo para aquele que não praticou o ato ou o praticou insuficientemente."*. Assim, nos termos de Eduardo Cambi[61], "*o ônus da prova é a atribuição, pela lei, a cada*

[58] Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.
Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.
Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.
Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.
Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

[59] Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, 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.
§ 2º A decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.
§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte;
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
§ 4º A convenção de que trata o §3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

[60] BUENO, Cassio Scarpinella. **A inversão do ônus da prova no projeto do Novo Código de Processo Civil (PL n. 8046/2010). A Prova no Direito Processual Civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. 1ª ed. São Paulo. 2013. Olavo de Oliveira Neto (coord.) Ed. Verbatim. p. 120.

[61] CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Ed. Juruá. 2014. Curitiba. p. 161

uma das partes, de demonstrar a ocorrência de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo.".

Ou seja, cabe a cada parte provar a alegação que sustenta e/ou o direito por ela invocado, razão pela qual o ônus é do autor[62] quando se tratar de fato constitutivo do seu direito, e do réu[63], quando se tratar de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor – nos termos do artigo 373 do CPC supramencionado. Essa é a regra básica da distribuição do ônus da prova, e é por essa razão que se diz que "*o ônus de cada alegação das partes compete a elas próprias: quem alega, tem o ônus de provar o que alegou.*". [64]

O novo CPC, que entrou em vigor em março de 2016, instituiu, contudo**, a teoria da distribuição dinâmica da prova**[65], com o texto do parágrafo primeiro do arrigo 373. Tal dispositivo legal conferiu ao juiz, diante de cada caso, estipular de modo diverso do que fora previsto por lei acerca do ônus de cada uma das partes na produção da prova. A

---

[62] Seguindo as lições Cassio Scarpinella Bueno, o *fato constitutivo* do direito do autor seria o suporte fático da pretensão do autor, ou seja, "*é extraído da 'causa de pedir'.*". BUENO, Cassio Scarpinella. **A inversão do ônus da prova no projeto do Novo Código de Processo Civil (PL n. 8046/2010). A Prova no Direito Processual Civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. 1ª ed. São Paulo. 2013. Olavo de Oliveira Neto (coord.) Ed. Verbatim. P. 120.

[63] Seguindo as lições Cassio Scarpinella Bueno, para o réu restam os fatos "novos" que se pode alegar em "*detrimento da posição jurídica sustentada pelo autor [...]*.". BUENO, Cassio Scarpinella. **A inversão do ônus da prova no projeto do Novo Código de Processo Civil (PL n. 8046/2010). A Prova no Direito Processual Civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. 1ª ed. São Paulo. 2013. Olavo de Oliveira Neto (coord.) Ed. Verbatim. P. 120.

[64] BUENO, Cassio Scarpinella. **A inversão do ônus da prova no projeto do Novo Código de Processo Civil (PL n. 8046/2010). A Prova no Direito Processual Civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. 1ª ed. São Paulo. 2013. Olavo de Oliveira Neto (coord.) Ed. Verbatim. P. 120.

[65] Nos termos de Eduardo Cambi, "*pela teoria das cargas probatórias dinâmicas, o ônus da prova de determinado fato recai sobre a parte que encontra melhores condições fáticas, econômicas, técnicas, jurídicas, etc., de demonstrá-lo no caso concreto. Logo, não importa o lugar que o litigante ocupa no processo (demandante ou demandado), nem qual é a natureza dos fatos (constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos), nem tampouco quais dos litigantes alega os fatos como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção*". (CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 227).

distribuição do ônus da prova é matéria de fundamental importância para o desfecho do processo, pois é justamente sobre o dever e a capacidade de cada uma das partes de provar o que se alega é que o juiz se convencerá do melhor direito a ser aplicado no caso concreto. E, sobre a distribuição desse ônus, têm-se os denominados *ônus objetivo* e *ônus subjetivo*.

Segundo Daniel Penteado[66],

> [...] o ônus objetivo *reflete a própria função jurisdicional inerente à atividade do juiz, sendo a ele vedado se abster de julgar (non liquet), sob a premissa de que os fatos trazidos aos autos não restaram comprovados. [...] o aspecto objetivo do ônus da prova guarda ligação com o princípio da aquisição processual ou da comunhão nos resultados da prova, o qual preceitua que pouco importa qual parte tenha trazido a prova aos autos, porquanto ela pertence ao processo e se faz necessária para formar o livre convencimento do juiz.*

Por sua vez, o ônus subjetivo está

> [...] *ligado à conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz, de sorte que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados, dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional*.

Com base nessa distinção, importa observar que para a parte, o que importa é o ônus subjetivo, pois é ele o determinante para o desfecho do processo.

Apesar da existência de uma regra na produção da prova, o sistema processual estabeleceu, como já apontado, mecanismos em que se poderá conduzir a definição do ônus da prova de modo diverso do estabelecido por lei. Esse modo diferenciado de distribuição do ônus da prova traz consigo a ideia de propiciar aos litigantes uma

[66] CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil**. Ed. Saraiva. São Paulo. 2013. P. 149

igualdade de condições de formar o convencimento do magistrado, já que a prova é elemento essencial para o devido e legítimo processo judicial, tanto no exercício do direito de ação quanto do contraditório. Isso porque, em alguns casos, a onerosidade na produção de determinada prova colocaria em risco o julgamento em si do processo, afetando negativamente a toda sociedade.

Nestes termos, **a nosso ver a entrada em vigor do novo CPC e a inserção expressa da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Brasil permite uma alteração no posicionamento tradicional a respeito da responsabilidade do médico cirurgião esteticista**. O juiz não precisa entender que o contrato de uma cirurgia plástica estética configura uma obrigação de resultado para permitir que atribua um determinado ônus de prova ao profissional. Para tanto, basta que o juiz aponte as razões pelas quais entende que é mais fácil ao profissional provar que agiu da forma que era esperado, do que determinar que o paciente consiga provar uma má conduta do profissional. Via de regra, em um primeiro momento o profissional é aquele que detém maior facilidade e controle na produção das provas do processo, pelo que cabe a ele demonstrar como se deu o procedimento[67]. **Contudo, essa alocação do ônus da prova não implica tornar a sua obrigação como de resultado. Ou seja, sustentar que a cirurgia plástica estética consiste em uma obrigação de resultado, para possibilitar ao juiz a inversão do ônus da prova, tornou-se fundamento vazio pela inserção da teoria dinâmica da prova no Código de Processo Civil.** Por sua vez, em um segundo momento, considerando que em toda e qualquer cirurgia – estética ou não –, o paciente precisa tomar cuidados com o pós-operatório, após esse momento inicial de ônus da prova ao profissional, a incumbência da prova em relação aos cuidados com o pós-operatório deve ficar com o paciente. Trata-se, portanto, de uma **releitura da possibilidade/conveniência da inversão do ônus da prova, que**

[67] Quanto ao ponto, sugere-se que o profissional tenha mecanismos de gravação da realização dos procedimentos, para eventual produção de prova. Tal qual se tem em aviões, com a "caixa preta", os médicos cirurgiões poderiam repensar a possibilidade/conveniência de gravarem o desenrolar de suas cirurgias, como meio de produzirem prova cabal de sua conduta.

permite afastar o entendimento de que a obrigação seria de resultado nas cirurgias plásticas, como fundamento para se inverter o ônus da prova.

4.4 Obrigação de resultado: Presunção de Culpa

Outro ponto que se sugere como razão para entender a cirurgia plástica estética como obrigação de resultado se revela na aplicação da teoria da presunção da culpa do profissional dessa especialidade médica, cuja única implicação prática – supostamente – seria a inversão do ônus da prova, tema abordado no item anterior.

Tradicionalmente tem-se a compreensão de que a obrigação de resultado não implicaria em uma responsabilidade objetiva do cirurgião plástico esteticista, mas em uma *presunção de culpa*, de modo que apenas ilidindo a culpa, provando que agiu conforme era esperado, o médico poderia ser negado o pedido de indenização[68]. O que se sustenta é que, na presunção da culpa, a averiguação dos seus elementos (negligência, imprudência, imperícia) não são descartados, tal como é feito na responsabilidade objetiva, cuja discussão não comporta a análise da conduta do agente.

Segundo STOCO[69], A presunção da culpa surge como forma de "alargamento da responsabilidade". A teoria da culpa presumida representaria uma fase intermediária entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, na medida em que não perde a necessidade de averiguação da culpa, mas transfere ao agente o ônus de provar que agiu de forma prudente e diligente. A adoção da teoria da culpa presumida, para os profissionais liberais, aponta para um futuro nebuloso e inseguro a nosso sentir, pois vivenciamos tempos de judicialização intensa[70] dos fatos que

[68] Nesse sentido, Recurso Especial n. 985.888/SP, o E. Superior Tribunal de Justiça.
[69] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2014. P. 235/236.
[70] O CNJ apresentou um estudo em que aponta que em 2015, o Judiciário finalizou o ano com quase 74 milhões de processos pendentes, com aumento de estoque de 1,9 milhão de processos, apesar de se ter baixado 1,2 milhão de processos a mais do que o número de processos ajuizados. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a93357 9915488.pdf>, último acesso em 17/12/2016.

ocorrem no dia-a-dia, o que pode representar severa punição ao exercício da profissão, sem a acuidade na averiguação da conduta do profissional.

O reconhecimento da presunção da culpa, ainda segundo STOCO[71], foi um dos instrumentos para a abertura do caminho para a aceitação da responsabilidade objetiva. É justamente analisando esse critério histórico é que se opõe acerca da aplicação da presunção de culpa em relação aos cirurgiões plásticos esteticista. Isso porque, no nosso sentir, seria o primeiro passo para aceitar uma aplicação de responsabilidade objetiva no exercício da profissão. A tese de presunção da culpa está intimamente ligada à possibilidade de inversão do ônus da prova – tratada no item anterior –, de modo que se não há mais em que se falar em uma inversão do ônus da prova, o que acaba por derrubar também a aplicação da teoria de presunção de culpa.

Não se pode concordar com a aplicação da teoria da culpa presumida relativamente ao profissional liberal, na medida em que a presunção de culpa, ou seja, presumir que um profissional tenha agido de forma negligente, imprudente ou imperito, vai de encontro com os princípios da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, da presunção de inocência. Não há qualquer dispositivo legal, em qualquer tipo de legislação que preveja a presunção de culpa relativamente aos profissionais liberais. Não é crível imaginar que em uma dada circunstância, na cirurgia plástica – por exemplo –, que o profissional se coloque em uma posição de questionamento de sua conduta de forma automática ou originária. Ou seja, antes mesmo de iniciar o labor, a conduta do profissional é posta em dúvida. A lógica, ao nosso sentir, deve ser oposta. Deve-se presumir a boa conduta do profissional.

4.5 Obrigação de resultado: Avaliação efetiva do resultado

Ultrapassados todos os pontos aqui levantados, quais sejam: (i) a confiança depositada pelo paciente no profissional que realizará o procedimento, como sendo aquele que em tese empregará a melhor técnica e será mais diligente; (ii) a análise do que é uma obrigação de resultado e a impossibilidade de se aplicar tais conceitos à cirurgia

[71] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2014. P. 235/236.

plástica esteticista; (iii) a análise da inversão do ônus da prova, balizada com o novo CPC; e (iv) a inaplicabilidade da presunção da culpa em relação ao profissional liberal, emerge uma questão de difícil solução, qual seja: quem é capaz de avaliar se o resultado do procedimento estético foi adequado, satisfatório? Em se tratando de uma cirurgia plástica estética o único, supostamente, capaz de avaliar o resultado do procedimento seria, em tese, o paciente. Ele teria, supostamente, o poder de avaliar o trabalho desenvolvido, na medida em que ele é quem buscou o determinado *resultado*, cabendo a ele a avaliação de que se chegou, ou não, no resultado que ele pretendia com o procedimento.

No entanto, não nos parece razoável conferir ao paciente total poder de determinação do resultado obtido, pelo que, em tese, o médico cirurgião também teria o poder de avaliar se o resultado do *embelezamento* foi atingido. Seja por um lado (paciente), seja pelo outro (médico), não seria crível deixar o poder para qualquer um dos dois determinar se o resultado foi obtido e, havendo uma disputa, parece menos razoável ainda entregar esse poder de avaliação do resultado, seja para um juiz – que não é formado em medicina, ainda que o fosse –, seja para um *expert*, já que o conceito de *embelezamento* é estritamente subjetivo. A subjetividade da determinação do grau de beleza que fora atingido nos levar a crer que ninguém seria capaz de defini-lo.

Quanto ao ponto, se tem julgados[72] em que se afastou o dever de indenizar do profissional pois se considerou que a reclamação quanto

[72] Como exemplo, cita-se:
Ementa: ACAO DE INDENIZACAO. ERRO MEDICO. CIRURGIA QUE TERIA PREPONDERANCIA ESTETICA E QUE CULMINOU EM SER CURATIVA. IMPERICIA NAO COMPROVADA. O CIRURGIAO NAO TEM PODERES, NEM O DEVER PARA TRANSFORMAR O FEIO EM BONITO. RECURSO PROVIDO PARA SE JULGAR A ACAO IMPROCEDENTE. (Apelação Cível Nº 596188144, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Décio Antônio Erpen, Julgado em 03/12/1996)
Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. ERRO MÉDICO. CULPA MÉDICA NÃO EVIDENCIADA. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. 1. Responsabilidade do médico. Os médicos enquanto pessoas físicas prestadoras de serviços assumem obrigação de meio, com raras exceções como, por exemplo, a das intervenções estéticas embelezadoras e serviços radiológicos. Tanto a legislação substantiva civil como o CDC, em seu § 4º do art. 14,

ao resultado, pelo paciente, não teria sido suficientemente forte. Ainda que se concorde com esse posicionamento, não se pode deixar de registrar que essa conclusão é demasiadamente perigosa, na medida em que é extremamente subjetiva, o que, entende-se, não é o melhor caminho a ser trilhado.

É, pois, diante de tudo que se apresentou, que entende-se ser inadequado o entendimento de que a obrigação de uma cirurgia plástica estética seja de resultado, a uma porque é inarredável a necessidade de averiguação da culpa por parte da conduta do profissional; a duas porque a cirurgia estética, em maior ou menor grau promove uma cura ao paciente – ainda que seja do seu psique; a três porque não faz mais sentido, com a entrada em vigor do novo CPC, sustentar a tese de que seja obrigação de resultado, apenas para se garantir a inversão do ônus da prova; a quatro porque declarar um profissional no exercício da profissão como presumidamente culpado, vai de encontro com todos os preceitos do Estado Democrático de Direito e, ainda, se dá o primeiro passo na direção de eleger o exercício da profissão como sendo de responsabilidade objetiva.

6 CONCLUSÃO

No presente trabalho argumentou-se no sentido de que não há elementos legais, contratuais e doutrinários, que possam sustentar que a obrigação decorrente de um contrato de prestação de serviço de um cirurgião plástico esteticista seja de resultado.

---

estabelecem que a responsabilidade do médico é subjetiva, pressupondo-se, portanto, a comprovação de culpa para o resultado danoso em uma de suas formas: negligência, imprudência ou imperícia. 2. Caso concreto. A autora submeteu-se a cirurgia plástica de rejuvenescimento facial alegando que ela foi mal sucedida, pois teria ficado com a pálpebra caída, com o olho esquerdo mais fechado, caído e lacrimejando muito. A prova produzida nos autos não é conclusiva quanto ao alegado defeito da cirurgia, porquanto há fortes indícios de que a autora já possuía um olho mais caído que o outro, além de que não seguiu o pós-operatório sugerido pelo cirurgião, havendo se submetido a uma segunda intervenção antes mesmo de decorrido um ano - período necessário para consolidação do resultado do procedimento -, o que impede uma efetiva avaliação do resultado da intervenção questionada. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70070990189, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 09/11/2016)

Em primeiro lugar, verificou-se que a legislação em vigor[73] aponta para uma necessária avaliação da conduta do agente, o que implica na averiguação de ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia. Desse modo, não haveria como se conceber um contrato de obrigação de resultado com a necessidade de averiguação da conduta do agente, porque nessa modalidade de obrigação (a de resultado), em tese, a ilação da culpa só se daria em casos fortuitos ou força maior.

Em segundo lugar, não há elementos contratuais que apontem para a determinação de que a obrigação deve ser de resultado. A nosso ver, uma cirurgia plástica estética providencia, em maior ou menor grau, a *cura* – aqui entendida como um *melhoramento* – do paciente. E, se a cirurgia estética provê a *cura* do paciente, não há razão para entender ser uma obrigação de resultado, mas sim como obrigação de meio, tal qual todas as demais cirurgias realizadas por médicos. O exemplo que se demonstrou ao longo deste trabalho que embasa a noção de cura da cirurgia estética é a cirurgia realizada em transexuais[74].

Em terceiro lugar, quando se sustentava ser a cirurgia estética uma obrigação de resultado, para fins de inversão do ônus da prova, não faz sentido manter tal posicionamento com o advento do "novo" Código de Processo Civil, que instituiu a teoria dinâmica da prova. Com base nessa teoria, o juiz pode determinar uma dinâmica do ônus da prova de forma diferenciada, para que a parte que tenha mais facilidade para provar um determinado ponto seja a incumbida desse ônus.

Em quarto lugar, demonstrou-se, também, que a mera avaliação do resultado, como requisito intrínseco nas obrigações de resultados, não pode ficar sob o crivo do paciente e/ou do profissional. Pontuou-se também a extrema dificuldade que terá o julgador ou qualquer outra pessoa de conseguir definir o sucesso de um procedimento estético levando em conta, apenas e unicamente, o resultado. Tal análise carrega um subjetivismo tão forte que impossibilita a sua constatação.

Em quinto lugar, entende-se que não se pode admitir, como alguns julgados já o fazem, que o profissional de uma determinada área seja presumidamente culpado, para que – acionado na justiça – prove que

[73] Artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

[74] É importante frisar que a classificação da cirurgia dos transexuais como sendo estética ou reparadora não é uniforme.

não agiu de forma negligente, imprudente ou imperita. Um sistema baseado na presunção de cometimento de um ilícito vai de encontro com as bases de um Estado Democrático de Direito, onde há como pilar a presunção da inocência.

Nesse sentido de rechaçar a obrigação de uma cirurgia estética como de resultado posicionam-se, por exemplo, Japão e Coréia do Sul[75].

[75] Em artigo escrito por HAMASAKI e HAGIHARA[75], onde analisam alguns dados relativos ao comportamento de pacientes e médicos, bem como sobre a responsabilidade civil do cirurgião, no Japão, constatou-se que todas as condenações dos profissionais levaram em consideração algum ato de negligência. Ou seja, não se encontrou qualquer dado que pudesse concluir que mesmo agindo da maneira mais diligente possível, o profissional fora condenado. Os autores ressaltam, contudo, que em relação às cirurgias estéticas, o dever de informação do profissional para com o paciente é julgado de maneira mais severa, do que em relação as outras especialidades médicas. Assim, se o profissional deixa de alertar sobre os riscos do procedimento e, por ventura, algum desses riscos se concretiza, tem-se que o profissional fora negligente e, portanto, deverá indenizar o paciente.
O comportamento do Japão é similar ao adotado na Coréia do Sul. Segundo PARK, KIM, KANG e HONG[75], os procedimentos estéticos têm sido realizados com muito mais frequência, ano após ano, o que tem gerado um número de ações judiciais igualmente crescente. Nos dados coletados por eles, se dividiu em 03 (três) categorias de processos judiciais: (i) aqueles em que o paciente alega insatisfação quanto ao resultado, em indicar qualquer violação de conduta do profissional; (ii) aqueles em que se alega a ocorrência de uma violação na conduta do profissional; e (iii) aqueles em que se alega a ocorrência de duas violações na conduta do profissional. As violações referenciadas nas categorias foram catalogadas basicamente em dois comportamentos: (i) a falta de informação ao paciente; e (ii) uma não observância no dever de cautela da saúde do paciente. Na Coréia do Sul, segundo o estudo, não houve condenação nos casos em que não se alegou ocorrência de qualquer violação de conduta do profissional. O que nos chama atenção para a necessidade de averiguação da culpa do profissional.
O estudo apontou também o fenômeno de aumento para o número de processos judicias sobre problemas relativos às cirurgias estéticas está intimamente relacionado ao fato dos pacientes estarem mais esclarecidos sobre os seus direitos, bem como pelo alcance da mídia, na venda desses tratamentos. Sugere o estudo também que os pacientes não possuem conhecimento dos procedimentos médicos e criam expectativas irreais sobre os procedimentos estéticos, o que acaba por frustrá-los, levando ao ajuizamento das ações. Diante das características dos procedimentos estéticos, a Suprema Corte da Coreia considera violação de conduta (negligência) o fato de o profissional não esclarecer por completo todas as possibilidades que possam surgir pela realização do tratamento. Ao final do artigo, sugerem os autores que seria impossível retirar o ponto fundamental para a propositura das ações judiciais, na medida em que guardam relação

Não se cogitou nessas jurisdições estrangeiras a condenação do profissional sem a averiguação da culpa, pelo que nos serve de inspiração, para que não adotemos posicionamentos em que apenas a ocorrência de força maior e caso fortuito consigam ilidir a responsabilidade do profissional.

Diante do exposto, conclui-se que sustentar a posição que a obrigação do cirurgião esteticista seja de resultado apenas favorece que isso se alastre para outras especialidades médicas, como por exemplo a radiologia e a anestesiologia, sem qualquer amparo legal ou contratual, além de se iniciar uma caminhada para, eventualmente, estabelecer a responsabilidade civil de um profissional liberal como sendo objetiva, subvertendo a lógica das disposições legais existentes.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. Teoria Geral do Processo. 16ª ed. rev. atual. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2014.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Responsabilidade Civil na cirurgia estética**. Brasília-DF, 2006. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/2278.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. A Justiça em números.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

com o elemento subjetivo da satisfação do paciente, quanto ao resultado. Contudo, indicam que apesar da insatisfação do paciente, as ações podem ser evitadas se o profissional tomar cuidado em informar corretamente o paciente de todos os riscos que envolvem o procedimento a que deseja ser submetido.

O que se consegue verificar dessas jurisdições é que a avaliação da culpa do profissional é algo inarredável, pelo que não se tem qualquer dado de possível condenação, sem que haja a averiguação de, no mínimo, uma conduta negligente. É certo que também que a negligência é rigorosamente apurada nesses países, onde se considera que uma eventual explicação falha do profissional sobre todos os riscos aos quais o paciente está se submetendo ao realizar o procedimento estético, culmina na caracterização da negligência, permitindo a condenação do profissional. A par do rigor na avaliação da conduta negligente, não se afasta a sua averiguação, tão pouco se presume o profissional culpado.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial n. 10.536/RJ, publicado no DJ do dia 19/02/1991.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial n. 81.101/PR, publicado no DJ do dia 31/05/1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial n. 1.180.815/MG, publicado no DJ do dia 26/08/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial n. 985.888/SP, publicado no DJ do dia 13/03/2012.

_____. Tribunal de Justiça da Bahia. Acórdão em Apelação Cível n. 0087873-89.2001.8.05.0001, publicado no DJ do dia 26/10/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão em Apelação Cível n. 2011.01.1.018709-2 publicado no DJ do dia 07/11/2016.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão em Apelação Cível n. 1.0024.06.266068-3/001, publicado no DJ do dia 16/11/2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 0003741-25.1998.8.26.0000, publicado no DJ do dia 11/04/2002.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 0003741-25.1998.8.26.0000, publicado no DJ do dia 11/04/2002.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 9086574-90.2000.8.26.000, publicado no DJ do dia 03/02/2004.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 9217060-73.2005.8.26.0000, publicado no DJ do dia 10/12/2007

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 9072068-24.2002.8.26.0000, publicado no DJ do dia 19/01/2009

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 9065661-31.2004.8.26.0000, publicado no DJ do dia 11/12/2008.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 0219969-67.2007.8.26.0100, publicado no DJ do dia 22/12/2010.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 0008890-89.2009.8.26.0590, publicado no DJ do dia 08/11/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão em Apelação Cível n. 70068305739, publicado no DJ do dia 24/10/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão em Apelação Cível n. 0044584-09.2007.8.19.0001, publicado no DJ do dia 26/10/2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. A inversão do ônus da prova no projeto do Novo Código de Processo Civil (PL n. 8046/2010). A Prova no Direito Processual Civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. 1ª ed. São Paulo. 2013. Olavo de Oliveira Neto (coord.) Ed. Verbatim.

CAMBI, Eduardo. Curso de Direito Probatório. Ed. Juruá. 2014. Curitiba.

CASTRO, Daniel Penteado de. Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil. Ed. Saraiva. São Paulo. 2013.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa

Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. 4ª ed. Ed. JusPodvim. Salvador, BA. 2009.

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da **Língua Portuguesa.** 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil Direito dos Contratos, volume 4, 3ª ed., Ed. JusPodivm. Salvador, BA. 2013.

FILHO, Cavalieri Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2012, n. 17

FRANÇA, Genival Veloso de. Direito Médico. 13 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2016.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves notas sobre a responsabilidade civil nas cirurgias plásticas reparadora, estética e de transgenitalização e nos tratamentos dermatológicos. Análise da jurisprudência.

LEAL, Vírginia Costa Lima Verde; CATRIB, Ana Maria Fontenelle. AMORIM, Rosendo Freitas; MONTAGNER, Miguel Angelo. O corpo, a cirurgia estética e a Saúde Coletiva: um estudo de caso.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 25 ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, SP. 2000.

PITANGUY, Ivo. Aspectos filosóficos e psicossociais da cirurgia plástica. In: Mello Filho J, organizador. Psicossomática hoje. Porto Alegre: Artes Médicas; 1992.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2014.

O USO DA MEDIAÇÃO NA BUSCA DA EFETIVA PRESTAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

Danilo Fiuza Lima Verde Santos*

RESUMO: Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito a saúde foi alçado à condição de direito fundamental devidamente protegido por cláusula pétrea. A efetiva prestação do direito a saúde não se resume mais em apenas tratar a doença, agora, em verdade, trata-se de uma prestação de serviço focada na qualidade do atendimento, na atenção à dignidade da pessoa humana e acompanhamento integral. Considerando que o ambiente hospitalar é preenchido por uma gama de relações - entre médicos, enfermeiros, prestadores, fornecedores, pacientes e terceiros - apresenta-se o procedimento de mediação como meio adequado para transformar possíveis conflitos que embaracem o efetivo cumprimento dos preceitos constitucionais previstos ao direito da saúde. Portanto, o direito a saúde deixa de ter caráter simplório de tratamento de doenças, passando a exigir preocupação com o indivíduo na sua natural complexidade, tendo agora a mediação como instrumento para reestabelecer as relações, facilitar diálogos, promover acordos e traçar compromissos. Portanto, o presente trabalho tem como base pesquisa teórica e exploratória, afim de restar comprovado que a nova visão do conceito de saúde permite com que se utilize mecanismos como a mediação para aproximar os entes das relações que envolve a prestação de serviços hospitalares.

Palavras-Chave: Direito. Saúde. Serviço. Mediação.

1 INTRODUÇÃO

A intenção deste trabalho é apresentar um viés às melhores práticas e controle da qualidade nos serviços de saúde diante dos preceitos constitucionais que rezam expressamente pela busca incessante ao respeito às complexas necessidades do paciente na manutenção e recuperação do seu estado de saúde.

* Advogado.

Assim como várias concepções a nível científico e social, o conceito de saúde também sofreu mutações ao longo dos anos. O salto mais significativo deu-se com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da criação da Organização Mundial da Saúde – OMS.

Atualmente, saúde engloba o bem-estar físico, social e psíquico do paciente, desconstruindo, portanto, o conceito clássico que se referia em exclusivo ao tratamento de moléstias.

O direito fundamental de acesso a saúde sai de uma concepção clássica, onde o paciente era submetido a análises clínicas, tratamentos adequados e prescrição de medicamentos, para uma concepção moderna e realista, onde a saúde não é mais considerada apenas a ausência de doença, mas sim a convergência de complexos fatores que agem direta ou indiretamente sobre o ser humano.

O foco deste trabalho é conhecer mais sobre as relações e os conflitos gerados nos atendimentos hospitalares. Por via de consequência, apresentar a necessidade de se reestabelecer os diálogos perdidos ao longo dos desencontros de concepções.

No momento em que surgem conflitos em meio hospitalar é natural que haja prejuízo para a relação médico-paciente, podendo refletir na família que o acompanha ou em outros profissionais que ali prestam serviços. Restando claro que há necessidade de se manter a boa convivência e a cordialidade entre estes personagens, afim de que não seja experimentada insatisfação ou má prestação de serviços.

A presunção é de que pela própria forma como se constitui o próprio ambiente hospitalar, aliando-se aos novos princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988 que tratam do novo conceito de saúde, o procedimento de mediação pode ser implantado para sanar possíveis divergências que possam surgir nas complexas relações hospitalares, proporcionando assim a exposição de posicionamentos conflitantes para que se obtenha o fim do embate e sejam firmados compromissos.

Importa destacar que os mecanismos proporcionados pelo instituto da mediação podem também ser utilizados como instrumentos de diálogo entre o paciente e a instituição, entre a instituição e fornecedores, médicos e enfermeiros, entre prestadores e entre vendedores. Não há impedimento técnico quanto aos polos nestes casos.

O presente estudo procura demonstrar que a mediação de conflitos é um meio eficaz na reestruturação e manutenção das relações existentes no ambiente hospitalar, tendo como fim a efetiva prestação de serviços de saúde trazida no bojo da Constituição Federal de 1988, Declaração Universal dos Direitos do Homem e diretrizes da Organização Mundial da Saúde – OMS.

2 TRANSFORMANDO CONFLITOS COM USO DA MEDIAÇÃO EM UNIDADES HOSPITALARES

Carlos Eduardo de Vasconcelos, em sua obra "Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas"[1], defende que em comparação com outros métodos de solução de controvérsias e conflitos, a mediação tem demonstrado ser o mais adequado e eficiente. Argumenta-se neste sentido, levando-se em consideração o fato de que restituição de um diálogo proporciona o resgate da comunicação, possibilitando ainda o afastamento de possíveis atos violentos ou depreciativos, já que resta por estabelecida a equivalência de tratamento às partes em suas manifestações.

O processo de mediação possui caráter informal, obrigatoriamente sigiloso e cooperativo, onde não se vê o conflito sob uma ótica estritamente negativa, e sim com a concepção de que há tendência natural da existência de desencontro de ideias ou pontos de vista nas relações humanas, e que há possibilidade de retomar-se o diálogo para buscar postura colaborativa entre os indivíduos.

Um ponto a se considerar é que a mediação é o mecanismo mais adequado e eficiente para resolver conflitos que abalem relações duradouras, vez que o mediador estimula o retorno do diálogo e da comunicação entre as partes e faz com que resgatem os sentimentos originários que fundaram ditas relações, trazendo à tona sentimentos de hombridade, respeito e cooperação.

O método a ser adotado é de natureza construtiva. Leva-se em consideração que as divergências são efeitos naturais das relações e deve-se buscar de maneira breve, causando menor impacto e

[1] VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2017.

providencialmente objetiva, a resolução de possíveis atritos provocados pelo desencontro de diálogos.

Aplica-se neste processo, a política do "ganha-ganha". Está é política ideologia focada no positivo para ambas as partes, uma vez que, no momento da assunção de seus compromissos, embora possa ocorrer de renunciarem por um ou outro direito pleiteado, chegam em um ponto no qual não há vantagem de uma parte em troca de prejuízo da outra. Assim, as duas sairiam "ganhando" quando chegassem a um acordo ou ajustamento de condutas.

As técnicas da escuta ativa, da delimitação de diálogo e das perguntas objetivas, permitem que as partes possam expor claramente os seus posicionamentos, respeitando a vez do outro falar, num tempo definido, por parâmetros legitimamente acertados, permitindo que as partes deem atenção para os pontos de conflito de suas ideias, possam compreender a origem do problema e achem a solução mais viável para aquele momento.

Maria Tereza Maldonado[2] diz que:

> [...] para construir uma cultura de paz é preciso mudar atitudes, crenças e comportamentos, até se tornar natural resolver os conflitos de modo não violento (por meio de acordos) e não de modo hostil.

A qualidade no atendimento é resultado de diversas estratégias adotadas pelas empresas, repassadas aos seus colaboradores por meio de treinamentos e capacitação. Acredita-se que o surgimento reiterado de conflitos, sem dúvida, acaba por prejudicar os índices que inferem no quadro positivo de dita qualidade. A mediação se mostra essencial para atender às exigências da gestão do controle de qualidade nas empresas de prestação de serviços, como assim são os hospitais.

O que se entende é que com a presença constante de agentes mediadores os colaboradores e agentes de saúde começam a desempenhar melhor suas atividades e buscam ter atitudes positivas frente aos possíveis desencontros de ideias, almejando sempre o

[2] MALDONADO, Maria Tereza. **Os construtores da paz**: **caminhos da prevenção da violência**. São Paulo: Moderna, 2004.

estabelecimento de ligações significativas nos seus processos de comunicação, resultando num desempenho de equipes e produtividade cada vez maiores.

O mediador não tem poder nem atribuição legal de resolver a divergência, dar parecer, sentença ou decisão sobre o caso. O seu papel é de ouvir igualmente as partes, fazer perguntas importantes, respeitar a história de cada uma e procurar estabelecer um processo de diálogo que tenha como resultado o reestabelecimento do diálogo e a obtenção de solução que traga benefícios para ambas as partes.

Nas palavras de Lília Maia de Morais Sales[3]:

> Mediação procede do latim *mediare*, que significa mediar, dividir ao meio ou intervir. Estes termos expressam o entendimento do vocábulo *mediação*, que se revela um procedimento pacífico de resolução de conflitos. A mediação apresenta-se como uma forma amigável e colaborativa de resolução das controvérsias que busca a melhor solução pelas próprias partes. É um procedimento em que e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa, evitando antagonismos, porém sem prescrever a solução. As partes são as responsáveis pela decisão que atribuirá fim ao conflito. A mediação, quando oferece liberdade às partes de solucionar seus conflitos, agindo como meio facilitador para tal, passa não somente a ajudar na solução de conflitos, mas também a preveni-los.

Segundo Vasconcelos[4], são princípios basilares da mediação: a prevenção da má administração de conflitos futuros, a inclusão e a pacificação sociais, independência, autonomia e a sigilosidade. Todos estes princípios não possuem, entretanto, previsão legal expressa, mas a aplicação do instituto ao longo do tempo tem mostrado que estes embasam os manuais das melhores práticas.

Há um fenômeno curioso que só ocorre com a mediação. Os indivíduos que resolvem por se submeter aos ritos do processo

---

[3] SALES, Lília Maia de Morais**. Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte, Del Rey: 2004.

[4] VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2017.

mediativo, acabam por entender que há um respeito efetivo à dignidade da pessoa humana, pois naquela oportunidade estão sendo ouvidos na essência, atenuando a resistência natural que haveria qualquer outra tentativa de estabelecimento de um debate de ideias.

Carlos Eduardo de Vasconcelos [5]defende que não se pode aplicar mediação a direitos que não estão juridicamente disponíveis. Essa, inclusive tem previsão legal expressa. Considerando esse fato, não há, portanto, delimitação de matéria de direito que possa ser analisada sob o foco da mediação, salvo, por óbvio, as que sejam relacionadas a direitos indisponíveis. Assim, pode-se utilizar a mediação em matérias contratuais, de consumo, obrigacionais, família, médico, trabalhista e quaisquer outras que não estejam naturalmente impedidas.

A escolha pelo procedimento de mediação deve ser livre entre as partes. Não pode o administrador impor aos pacientes a obrigatoriedade por este tipo de processo. Assim, tanto o começo quanto a própria continuidade são de decisão das partes.

Todo o processo que envolve a medição será realizado em um ambiente privado. Há de fato um pacto de confidencialidade que irá envolver as partes que acordaram submeter-se àquela natureza de solução alternativa de conflito. Caso estejam acompanhadas de advogado, esta situação estende-se aos demais.

Importa saber que o mediador sempre será imparcial. Não cabe a ele sugerir a solução para o problema que se apresenta. Existe uma ordem correta de seguir com o processo, normas regulam a sua preparação e execução, mas não há hipótese do mediador tomar ou sugerir melhor decisão para as partes.

A oralidade é plenamente executada. Diferentemente do rito judicial, aqui encontra-se possibilidade de fazer-se todo o procedimento por via oral, não obrigando que se tenha redução a termo do que se foi debatido na sessão.

A intenção primordial deste processo é a reaproximação das partes. Não adianta ter-se um acordo onde as partes não reatem suas relações. O caráter desta medida é de fato transformativo.

---

[5] VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2017.

Os sentimentos de confiança e respeito tão presentes nas relações médicas permitem que possa executar procedimentos de mediação na hipótese de desencontro de ideias em processo de comunicação, não havendo neste caso qualquer impedimento legal específico.

Ademais, a mediação mostra-se como adequada para conflitos de natureza médico-hospitalar no turno em que possui capacidade de ajustar as práticas de saúde às constantes variações que corriqueiramente se apresentam, uma vez que compactua com a satisfação das partes, o respeito à opinião do outro e às diferenças, além de aderir à ideia de que o conflito faz parte de qualquer atividade humana.

Partindo da ideia de que o conceito de saúde não se completa mais apenas com a ausência de moléstia, que se trata em verdade de ter, bem-estar físico, equilíbrio em relacionamentos, bom trânsito no meio-social e ajustamento mental, e que, a Constituição da Organização Mundial de Saúde e da Constituição Federal de 1988 reformularam os arcaicos entendimentos das definições de saúde do homem, cria-se a partir daí um novo paradigma. Agora tem-se como obrigatória a assistência completa a saúde, pautando-se pela humanização, baseando-se nas melhores práticas e respeitando os preceitos fundamentais ligados a dignidade humana.

Nesta perspectiva, a prática médica de simplesmente realizar diagnósticos em ambiente clínico, por meio de consultas rápidas com baixo caráter informativo e que resulta em novos agendamentos e prescrição de exames, se torna por completo equivocada, vez que, como dito alhures, não respeita a nova visão trazida em termos legais, que abandona esta visão simplista e desumana, tratada com repúdio pela comunidade médica mais atualizada com as tendências mundiais.

O estreitamento das relações entre a equipe médica e pacientes se faz necessária e relevante para o atendimento, pois cada indivíduo possui minúcias em seus quadros clínicos e dotam de necessidades específicas. Como há limitação técnica na atuação destes profissionais, e não há maneiras viáveis de se obter particularidades clínicas por exames, o diálogo entre médico e paciente é crucial até para decidir-se qual seria o tratamento mais ajustado.

A presente exposição teórica tem como intenção primordial demonstrar que o processo de mediação pode ser usado como instrumento

técnico no escopo do equilíbrio das relações pessoais e profissionais que ocorrem nas unidades de prestação de serviços de saúde.

Numa perspectiva pessoal, o processo de mediação é utilizado dentro do corpo clínico, entre colaboradores, ou entre os próprios médicos. A intenção é que problemas pessoais que envolvam estes profissionais não afetem as atividades da empresa. Com o reestabelecimento do diálogo, os profissionais continuariam a ter postura colaborativa entre si.

A nível organizacional, a mediação pode induzir na mudança de comportamentos, fazendo com que um possível colaborador que tenha se envolvido em uma divergência solucionada possa se tornar proativo, proporcionando melhor convivência e maiores resultados para sua equipe.

Em outra concepção, na visão do paciente, o processo pode lhe conferir conforto pela manutenção do estado de confiança com seu médico, além de deixar a família em ponto confortável em relação aos direcionamentos do tratamento e às expectativas de cura. O simples amparo e informação, mesmo em situações drásticas já é de qualquer forma, reconfortante.

Tanto na relação entre médico e paciente, entre médicos, entre médico e prestador, entre o hospital e seus fornecedores, pode-se encontrar exemplos de aplicação prática da mediação de conflitos, porque a empresa é lugar natural de conflito.

Com isso, vê-se que a presença de mediadores em ambientes que se executam prestações de serviços de natureza clínica, médica e hospitalar é adequada e essencial para o bom andamento da atividade.

A teoria mais moderna é de que o atendimento médico quando aliado à concepção do melhor atendimento de saúde, acabam por autorizar que seja implantada a mediação em ambientes hospitalares, pois aproxima as pessoas, facilita a relação entre o médico e o paciente, faz com que as partes possam exercer livremente sua opinião respeitando os limites do outro e deixa que as partes encontrem o melhor ponto para definir um pacto diante da divergência que porventura se apresentar.

Há determinadas circunstâncias em que a mediação não se apresenta como o meio mais adequado para resolver certa demanda. A título de exemplo, pode-se citar o serviço público de saúde, onde se

possui limitações jurídicas e administrativas que vetam o patrocínio de processos diversos.

Situações como falta de médicos, insuficiência de leitos ou de medicamentos, possuem ritos ligados a concurso público, procedimentos administrativos e licitações. Não poderia, portanto, tratar-se a respeito destes por meio de processos de mediação.

O cuidado com a saúde deixou de ser o tratamento simples da moléstia, para tornar-se uma gama de procedimentos que procuram tratar o ser humano na sua complexidade de necessidades. Agora se preza também pela saúde mental, pelo equilíbrio emocional e pelo direito a informações referentes ao tratamento e ao estado clínico do paciente.

Há necessidade de que os profissionais de saúde tenham postura isenta e ajam com lisura na sua prática diária. Assim, é crucial que estes profissionais sejam envoltos por equilíbrio e por sensibilidade no ato do seu atendimento, para que possam extrair do paciente as suas necessidades e as informações terapêuticas mais exatas.

Mesmo quando as atividades usuais são implementadas em uma unidade de saúde, resta evidente que requerem devida atenção, já que nesta relação há um enfermo que naturalmente precisa de cuidados. Além disso, é necessário que se dê igual atenção à família do paciente, pois, muitas vezes, ela não consegue administrar bem toda a situação, necessitando de um apoio com as devidas informações afim de manter-se um padrão tranquilizador para seguirem suas vidas com ordem.

O grande desafio que vislumbram os profissionais da saúde é o de individualização na atenção aos pacientes, vez que com as práticas usuais o processo natural é tratar todos de maneira uniforme. Assim, a busca pela atenção individualizada e pontual se mostra extremamente necessária.

Caso evidente á o de profissionais que acompanham paciente que portam doenças crônicas ou em estado terminal. O fluxo da própria profissão e a convivência usual com esses quadros clínicos faz com que esses profissionais, em muitos casos, não se abalem com o contexto. Mas hoje, o que se espera é que haja uma sensibilização do profissional com o estado do paciente e com os anseios da família, que este se desprenda um pouco do dito automatismo.

Jean-François Six[6] descreve:

[6] SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

> O visitante que entra em um hospital para assistir aos casos extremos, aos doentes da Aids, aos cuidados paliativos, por exemplo, encontra-se diante daquilo que em nossa sociedade tornou-se um tabu: a morte - a ponto de pensar que uma "bela morte" é uma morte inconsciente, uma morte sem sentir. Diante da morte inexorável, o médico não faz outra coisa que não renunciar: por vezes ele se esquiva do doente, estimando que seu papel terminou; ou então ele continua a segui-lo com tratamentos inúteis e enganosos, nos quais, é claro, nem ele próprio crê. **Mas ainda há duas coisas a fazer. Uma, técnica, indispensável: aliviar a dor. A outra, humana simplesmente: continuar mais do que nunca a relação, e a mais viva possível, entre o doente e a pessoa que está ali, parente, amigo, visitante. É a vida, ainda e sempre, a vida da qual a morte faz parte, é a vida que é o mediador entre o doente e aqueles que ali estão - entre eles, o próprio médico que conheceu bem o doente cuidando dele - e isto até o último momento. A técnica, então, é muito reduzida; mas a presença tem um lugar imenso, a presença do médico que não tem mais suas armas, da enfermeira, dos parentes e amigos que estão sem defesas.**

A medicina possui limitações técnicas naturais e não possui a fórmula e o tratamento adequado para todas as doenças. Ao longo da história se prova que é uma ciência que está em constante adaptação e mutação. Novas descobertas são feitas todos os dias.

Ocorre que, por conta disso, alguns profissionais resolvem por manter um certo afastamento com seus pacientes, para evitar envolver-se com suas histórias e acabar sendo abalado na ocorrência de falecimentos.

Portanto, a mediação pode ser usada até para demonstrar a necessidade que alguns profissionais da saúde têm por manter um afastamento do paciente e de sua família. Que ali não se trata de um caso de desinteresse, desleixo ou insensibilidade.

Em outra ótica, profissionais que tem uma postura mais sensível e mais ligada à conexão com pacientes, acreditam que mesmo em casos crônicos ou de pacientes que estejam em estado terminal, há que se

existir um diálogo, uma conversa que proporcione ao paciente e à sua família a oportunidade de expor suas necessidades.

Se faz imprescindível estabelecer-se um diálogo com os atores destes encontros. Todos devem ser ouvidos na essência. De um lado temos o paciente que merece ser informado sobre seu quadro clínico, junto com ele sua família que também necessita de apoio, e de outro lado, o profissional, que dentro das suas limitações técnicas está buscando a melhor solução para o caso do cliente.

A atividade que envolva tratamento de saúde deve ter como objetivo a preservação do bem-estar geral do paciente, não devendo, portanto, existirem desencontro de informações ou desequilíbrio nas relações que envolvam pacientes e prestadores de serviços. Assim, os princípios gerais da mediação se apresentam como meio para criar relações estáveis e duradouras nesta seara.

Na linha da doutrina de Fernanda Tartuce[7], a mediação se apresenta como instrumento para ouvir as pessoas na essência, estabelecer diálogos, firmar compromissos, estabelecer noções efetivas da realidade e afastar olhos de julgamento quando há pequenas falhas nestas relações entre profissionais e pacientes.

Outro papel deste processo é a conscientização das pessoas no sentido de que são responsáveis diretamente pela melhor convivência independente do meio que estejam inseridos. A mediação acaba por ter um caráter transformativo no ponto em que traz uma visão modificadora à visão como que as pessoas possuem do mundo e de seus conflitos.

Tanto em rede pública quanto em rede privada tem-se notado um incremento na implantação de ouvidorias. Percebe-se que os administradores vêm sentindo necessidade de ter na sua empresa um profissional que cuide diretamente das questões de insatisfação de seus clientes.

Percebe-se que este pode ser um canal de entrada das mediações nestes ambientes. A ouvidoria ao invés de ter um papel estritamente de levantamento de ocorrências e punição, pode começar a buscar o reestabelecimento de diálogos.

Importa saber que existe confusão conceitual do que seria o ouvidor. Muito se acredita que estes profissionais trabalham

[7] TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Conflitos Civis**. São Paulo: Método, 2008.

exclusivamente em prol das reclamações dos pacientes, que só tem como função encaminhar as querelas à administração.

Em verdade, cabe ao ouvidor representar os interesses e valores da empresa. Por obvio, lhe compete proteger o cidadão de práticas que não condizem que as condizentes do que busca o corpo fundador da instituição. Não basta apenas ouvir. O ouvidor deve tomar providências para sanar a ocorrência.

O ouvidor, portanto, pode ser meio hábil para prática de mediação em ambientes hospitalares. No seu ambiente de trabalho naturalmente executa-se a prática de acordos e o reestabelecimento de diálogos, que não deixam de ser traços marcantes de princípios ligados ao processo de mediação.

O trabalho executado pelos ouvidores e mediadores vem conquistando notoriedade em época recente. Embora seja prudente apegar-se à tese de que muito ainda se falta para se chegar ao ponto ideal, acredita-se que a ouvidoria e a mediação fazem importante papel na aplicação de preceitos constitucionais impostos e na pacificação social.

Através da ouvidoria o cidadão pode encaminhar à empresa reclamações, sugestões e denúncias, no sentido de preservar as melhores práticas e os princípios norteadores da atividade praticada pela instituição, na intenção de curar possível impasse.

O ouvidor não exerce, entretanto, papel de inimigo da instituição. Em verdade este profissional escuta as reclamações dos clientes, procura atender às suas expectativas e ao mesmo tempo leva ao conhecimento da administração possíveis pontos de melhoria. A empresa tem a vantagem de mensurar exatamente o ponto no qual cometeu determinada falha e pode estudar maneiras específica para não incidir em conduta semelhante.

Observa-se que a mediação é de fato um meio adequado para transformar conflitos em um ambiente hospitalar, já que consegue estimular a escuta na essência, o reconhecimento do direito de errar, reestabelece diálogos e tem como objetivo o fazimento de acordos entre as partes.

Afirma-se isto porque o direito à saúde possui a concepção atual de que se deve preservar e manter o bem-estar físico, mental e social do indivíduo na intenção precípua de inseri-lo num contexto de

diálogo, informação e atenção integral à sua pessoa. A prática médica não consistiria apenas em analisar o paciente e trata-lo com medicamentos e cirurgias.

Desta forma, manter um ambiente que seja repleto de diálogos entre paciente, família, médicos, enfermeiros e fisioterapeutas é imprescindível para que se crie uma ecologia favorável ao respeito da dignidade da pessoa humana e efetivação do direito fundamental de acesso e tratamento de saúde.

3 METODOLOGIA

Este estudo sobre a aplicação de processos de mediação em ambientes hospitalares foi realizado na cidade de Teresina por meio de pesquisa bibliográfica. O levantamento de dados foi feito a partir da leitura de livros, periódicos, dissertações e teses relacionadas ao tema.

Por não existir literatura vasta com estudos sobre o tema, a solução foi adentrar-se na literatura que trata sobre conceitos, princípios e características da mediação e utilizar-se de casos de experiência prática que possui o próprio autor deste trabalho.

Inicialmente procurou-se por conceitos gerais em obras que tratam sobre o tema. Em fase posterior, pesquisou-se brevemente em sites e trabalhos científicos que tinham como base o assunto a ser discutido neste trabalho. Observou-se que o instituto da mediação em ambientes hospitalares é pouco comentado em obras literárias e seu uso ainda é muito embrionário nas redes de saúde em todo o país. Pouco se fala sobre essa ferramenta.

Pode-se concluir que, em tese, o uso da mediação pode ser bastante valoroso à administração e transformação de conflitos em ambientes de saúde, mas é um trabalho que envolve maturação por parte dos empresários, cabendo aos estudiosos deste tema, levarem o assunto para debate e prospectarem maneiras de introduzir os mecanismos de gestão de conflitos gradativamente nas empresas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É diante da complexa concepção de saúde, resultado de uma série de evoluções ao longo da história, que se pretendeu demonstrar a relevância da efetivação do direito à saúde, mormente após a criação da Organização Mundial da Saúde – OMS e da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Faz-se necessário, portanto, incentivar práticas que valorizem e incentivem sentimentos de solidariedade e de corresponsabilidade, na medida em que estas características geram um sentimento de bem-estar que possibilita a efetivação do direito à saúde em toda sua complexidade.

A compreensão de que as práticas de saúde podem ser reestruturadas para melhor garantir a efetivação do direito à saúde é imprescindível para que se concretize uma mudança de paradigma.

A partir desta constatação confirma-se a possibilidade de utilização da mediação para resolução de conflitos oriundos do meio hospitalar como um instrumento que viabilizando a concretização de uma nova forma de se praticar estas relações, mostra-se como meio para se efetivar o direito à saúde sob a perspectiva do completo bem-estar físico, psíquico e social do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luis Alberto Gómez. **Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como ferramentas na busca da paz**. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.). Mediação: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: 1999.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais**: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional : guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2007.

MALDONADO, Maria Tereza. **Os construtores da paz**: caminhos da prevenção da violência. São Paulo: Moderna, 2004.

NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 26, n. 87, p. 129-133, set. 2006.

SALES, Lília Maia de Morais**. Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte, Del Rey: 2004.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Conflitos Civis**. São Paulo: Método, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2017.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO: o impacto do transtorno dismórfico corporal nos processos por erro médico e a (im)possibilidade de produção de prova pericial

Aline Regina Carrasco Vaz*

RESUMO: A responsabilidade civil dos médicos é tema que, diante das próprias peculiaridades, gera inúmeras polêmicas. Ainda mais dissenso ronda o tema quando o enfoque é o erro médico decorrente de cirurgia plástica ou procedimentos meramente estéticos. Quando está em pauta a tese de responsabilização do profissional decorrente da obrigação de resultado, diante do alegado incumprimento contratual, deve-se levar em consideração a subjetividade inerente ao próprio sucesso do procedimento e da plausibilidade do resultado almejado. Ainda, há que se admitir a existência de patologias psiquiátricas capazes de afetar a percepção da realidade e a imagem do próprio corpo, gerando nos pacientes expectativa de resultados inalcançáveis. Nesse sentido, a distribuição do ônus da prova e determinação do cumprimento da obrigação se torna tarefa desafiadora para os juristas. No presente trabalho, será analisada a responsabilidade civil do cirurgião plástico, a distribuição do ônus probatório nos processos por erro médico, o impacto de doenças psiquiátricas e a sua relação com os processos que visam responsabilizar o profissional, bem como os meios de provas à sua disposição para elidir a obrigação de indenizar.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Cirurgião Plástico. Pressupostos de responsabilização. Responsabilidade Subjetiva. Garantia de resultado. Meios de prova. Perícia médica. Capacidade do paciente. Transtorno Dismórfico Corporal. Distorção da realidade e impossibilidade de autodeterminação. Ausência de responsabilidade.

* Advogada inscrita na OAB/SC sob n. 39.424 e OAB/RS sob n. 86.149. Mestranda em Direito e Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Bioética pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Médico pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci – UNIASSELVI. Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Correio eletrônico: alinercvaz@hotmail.com.

SUMÁRIO: 1. Responsabilidade Civil Médica. 1.1 Ordenamento Jurídico Aplicável – Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor? 1.2 Pressupostos Constitutivos. 1.2.1 Conduta. 1.2.2 Ilicitude. 1.2.3 Dano. 1.2.4 Nexo de Causalidade. 1.2.5 Culpa. 1.3 Modalidades de Responsabilidade Civil. 1.3.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual. 1.3.2 Obrigações de meio e obrigações de resultado. 1.4 Responsabilidade do Cirurgião Plástico. 2 Ônus da Prova. 2.1 Distribuição do Ônus da Prova. 2.2 Inversão do Ônus da Prova. 2.3 Meios de prova admitidos no Direito Brasileiro. 3 Transtorno Dismórfico Corporal. 3.1 Epidemiologia e Etiologia. 3.2 Características Clínicas. 3.3 Relação com os processos por erro médico. 3.4 (Im)possibilidade da avaliação psiquiátrica como meio de prova. 4 Conclusões.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A medicina, enquanto arte de curar, está presente na sociedade desde o seu primórdio. A relação médico-paciente, em um período inicial, era essencialmente vertical e pautava-se na confiança depositada no profissional.

Raras eram as especialidades existentes e, consequentemente, o profissional atendia diversos membros da mesma família. Tratava-se da medicina "pessoalizada" ou "familiar".

A teoria da irresponsabilidade, predominante à época, justificava-se diante do temor de que os profissionais, caso fossem responsabilizados por sua atuação, pudessem adotar postura defensiva, culminando com o retardo da evolução da ciência médica. Ainda, baseava-se na presunção de idoneidade decorrente do diploma universitário e na excessiva dificuldade probatória que recairia sobre o médico[1] caso fosse responsabilizado por sua atuação.

Com o passar dos anos, a teoria da irresponsabilidade foi largamente refutada. Passou-se a privilegiar o direito à vida e à

[1] BARRA, Kylie Michelle Cardoso. *O ônus da prova na responsabilidade civil médica*. FDUL, 2014, p. 18.

integridade física dos cidadãos em detrimento da presunção de idoneidade do profissional, admitindo-se a responsabilização quando a conduta culposa do profissional causasse efetivos danos aos pacientes.

A evolução da medicina e do *status* do médico na sociedade, decorrentes da massificação da atividade, aliada à evolução do instituto da responsabilidade civil no Direito pátrio, culminou no crescente número de demandas judiciais acerca da atuação do médico[2].

1.1 Ordenamento Jurídico Aplicável

Deverão ser aplicadas as normas gerais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, diante da inexistência de legislação especial acerca da responsabilidade civil médica.

A responsabilidade civil é regulamentada nos artigos 927 e seguintes do Código Civil. Consiste, em linhas gerais, na obrigação de reparar os danos causados à outrem mediante a prática de um ato ilícito[3].

O próprio Código Civil cuidou da conceituação de ato ilícito. Depreende-se do artigo 186 os requisitos cumulativos para a sua verificação, quais sejam: a) conduta humana voluntária, seja ela

[2] Rute Teixeira Pedro (*A Responsabilidade Civil do médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, v. 15, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 38-39) atribui a mudança, também, à "imagem triunfalista – menos compaginável com o fracasso – que a medicina apresenta junto das pessoas e a dessacralização do profissional médico aliam-se à melhoria do nível cultural das populações e ao sentimento vigente de inflação de direito e de procura de um ´responsável para todos os males´, provocando a diminuição do sentimento de resignação perante as falhas da medicina – entendidas, até há algum tempo, como decorrências do *fattum*".

[3] Nas palavras de Rui Stoco (Tratado de Responsabilidade Civil, 7 ed., São Paulo: RT Editora, 2007, p. 114) "a noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim respondere, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana".

omissiva ou comissiva; b) existência de culpa *lato sensu*[4]; e c) dano, ainda que exclusivamente moral, decorrente da conduta do agente.

Denota-se que a regra no Direito brasileiro é a responsabilidade civil mediante a verificação de culpa. No entanto, admite-se a responsabilidade objetiva, ou seja, ainda que ausente culpa do agente, nos casos legalmente estabelecidos bem como nos casos em que a atividade normalmente desenvolvida pelo agente, pela sua própria natureza, implicar risco para os direitos de terceiros.

Aplica-se, ainda, à relação médico-paciente as regras do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a relação se traduz na prestação de serviço por profissional liberal. Assim, a responsabilização do médico pressupõe a existência de culpa[5] e a inversão do ônus da prova, ao menos em princípio, afigura-se plenamente possível.

1.2 Pressupostos Constitutivos

São pressupostos para a responsabilização civil do médico: a) conduta voluntária, seja ela omissiva ou comissiva; b) ilicitude da conduta; c) dano[6]; d) nexo de causalidade; e e) culpa[7] lato sensu.

[4] A culpa lato sensu abrange tanto o dolo quanto a negligência e imprudência, ambas previstas no dispositivo legal anteriormente mencionado.
[5] Artigo 14, §4º, do CDC.
[6] Como bem elucida Genival de França Veloso (*Direito Médico*, 11º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 251), o dano sofrido pelo paciente poderá ser tanto de natureza patrimonial quanto extrapatrimonial.
[7] Miguel Teixeira de Sousa (*Sobre o ônus da prova na responsabilidade civil médica*, In Direito da Saúde e Bioética, Edição AAFDL, 1996, p. 134) fica, acertadamente, como fatos constitutivos da responsabilidade civil médica "o não cumprimento, ou o cumprimento defeituoso, dos deveres médicos, a culpa do médico e o nexo de causalidade entre aquele incumprimento, ou cumprimento defeituoso, e os danos sofridos pelo doente".

1.2.1 Conduta

A conduta[8], primeiro dos pressupostos para a configuração da responsabilidade civil[9], nada mais é que a prática, mediante uma ação ou omissão, de um fato voluntário, controlável pelo agente, que venha a causar dano a outrem[10].

No âmbito médico, têm-se que a conduta poderá ser caracterizada mediante uma ação (realização de exames, cirurgias ou outros procedimentos ambulatoriais médicos) ou omissão (falta de realização dos mesmos, quando era esperado e aconselhável que o fizesse naquele momento), que resulte em danos capazes de repercutir no estado do paciente.

Ressalta-se que a responsabilização por ato omissivo é excepcional e pressupõe tanto que exista o dever jurídico da prática do ato pelo agente, como a demonstração de que, caso a conduta tivesse sido praticada, o dano teria sido evitado.

1.2.2 Ilicitude

Não basta, para a responsabilização do médico, a comprovação de uma ação voluntária. Necessário se faz que essa ação também seja censurável pelo ordenamento jurídico pátrio.

---

[8] Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Manual de Direito Civil: volume único*, São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 874) a "ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo. [...] O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz".

[9] José Manuel Fernándes Hierro (*Sistema de Responsabilidad Médica*, 3ª ed., Comares, Granada, 2000, p. 67) acredita que "[...] *cualquier acto u omisión humana voluntaria o no, mediata o no puede ser bastante para cumplir el primero de los requisitos em matéria de responsabilidade civil que se establece. Por supuesto que para la existencia de responsabilidad civil no bastará esta sola premisa, sino que deberán rellernarse las demás antes enumeradas*".

[10] TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 339.

A ilicitude da conduta[11] poderá derivar de uma violação de obrigação extracontratual ou contratual. Restará caracterizada a violação de uma obrigação extracontratual quando decorrer da afronta à um direito absoluto (dentre os quais incluem-se o direito à vida e à integridade física) ou previsto em norma legal (inclusive normas deontológicas médicas); contratual quando a violação for referente à obrigação assumida na relação entre as partes ou dos deveres acessórios de conduta neste âmbito[12].

O ato médico estará eivado de ilicitude quando verificada a inobservância da *legis artis*[13], de normas legais, regulamentares ou estatutárias cumulada com o resultado nefasto no quadro clínico do paciente.[14]

1.2.3 Dano

O dano[15], por seu turno, consubstancia-se no prejuízo resultante da conduta voluntária e ilícita do médico, na violação de um interesse, bem ou direito do paciente juridicamente protegido.

Para que seja reconhecida a existência de um dano e para que este seja indenizável, ele deverá ser certo e não meramente eventual

[11] Luis González Morán (*La responsabilidad civil del médico*, Barcelona: Bosch, 1990, p. 57) afirma que "la antijuridicidad puede brotar del incumplimiento de una obligación previamente pactada inter partes o del incumplimiento del deber general de *neminem laedere*, principio universal de comportamento: al médico, las normas esenciales de su profesión, independientemente de que esté vinculado contractualmente con una persona o de que no tenga con ella ninguma relación voluntaria y contractualmente consolidada, le imponen unos comportamentos y unas reglas de conducta".

[12] PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade...,* cit. p.88-89. Referida autora define, ainda, como deveres acessórios aqueles assumidos com fundamento nas cláusulas contratuais, normas legais ou princípio da boa fé.

[13] Conjunto de regras e recomendações médicas a serem observadas para a prática de alguns atos.

[14] BARRA, Kylie Michelle Cardoso. *O ônus...*, cit., p. 20-21.

[15] José Manuel Fernándes Hierro (*Sistema...*, cit., p. 231 e ss.) enumera e discorre sobre cada uma das características do dano. Afirma que, para ser indenizável, o dano deverá ser certo e restar efetivamente comprovada sua existência; e o prejuízo deverá ser pessoal da pessoa que o reclama.

ou possível, apresentar o mínimo de gravidade e, ainda, ser direto, imediato e injusto[16].

No tocante à natureza dos danos, admite-se a existência de danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Os danos patrimoniais na seara médica poderão se consubstanciar em danos emergentes, resultantes de gastos efetivos que o paciente dispendeu, por exemplo, com exames, medicamentos e procedimentos complementares, ou derivados da conduta ilícita do médico, ou lucros cessantes, correspondentes aos valores que o paciente deixou de angariar devido à prática do ato ilícito do médico.

Os danos extrapatrimoniais poderão ser morais, biológicos, existências, etc., decorrentes da conduta ilícita do médico. Aqui incluem-se os danos morais decorrentes das dores físicas e psicológicas sofridas pelo paciente, derivadas da violação direta dos direitos da personalidade (direito à imagem, direito à intimidade privada, etc.), da violação de um direito subjetivo ou das consequências da violação do direito à integridade física ou à vida[17].

Outrossim, é plenamente possível a cumulação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais no Direito brasileiro, conforme entendimento consolidado na Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

1.2.4 Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade nada mais é que a correspondência lógica entre a conduta voluntária ilícita praticada pelo médico e o dano correspondente sofrido pelo doente.

Admite-se a existência de três teorias distintas acerca do nexo de causalidade, quais sejam: a) Teoria da *Conditio sine qua non*, que considera causa toda e qualquer circunstância que, de alguma forma, tenha concorrido para a produção do dano[18]-[19]; b) Teoria da última

[16] BARRA, Kylie Michelle Cardoso. *O ônus...*, cit., p. 24-25.
[17] DIAS, João Álvaro. *Procriação assistida e responsabilidade médica*, In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1996, pp. 388-389.
[18] MELO, Nehemia Domingos de. *Responsabilidade Civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 48); TARTUCE, Flávio, *Manual...*, cit., pp. 346; NADER, Paulo, *Curso...*, cit., pp. 158.
[19] Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde (*Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil: a sobreposição das concepções normativas*, In:

condição ou de causa próxima, para a qual causa é a que está mais próxima cronologicamente do dano[20]; e c) Teoria da causalidade adequada, adotada pela legislação brasileira, para a qual será considerada causa o antecedente necessário e adequado à produção do resultado.[21]-[22]

Muitas são as dificuldades práticas de comprovação do nexo de causalidade, especialmente porque em alguns casos é difícil determinar se o resultado lesivo é decorrente da própria evolução patológica ou de atuação culposa médica.

1.2.5 Culpa

O último dos pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil médica é a culpa[23]-[24] na realização da conduta,

---

Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010. - 3.v., pp.190-191) aponta algumas críticas tecidas à teoria em tela, porquanto "em alguns casos, alarga em demasia a responsabilidade, estendendo-a a danos que não podem com razoabilidade ser imputados ao facto, de que seriam exemplo certas intervenções dolosas de terceiros. Noutros, para ser consequente, tem que a excluir, embora indevidamente, como sucede com os referidos processos de causalidade cumulativa (dita, por vezes, alternativa, conceito que, contudo, se deve preferivelmente reservar aos casos de autoria incerta), em que a supressão em abstracto de qualquer das condutas não impedia a subsistência do evento lesivo, razão pela qual, em rigor, nenhum dos autores seria responsável".

[20] BARRA, Kylie Michelle Cardoso, *O ônus...*, cit., p.27

[21] GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *Manual...*, cit. pp.903; TARTUCE, Flávio, *Manual...*, cit., pp. 346; NADER, Paulo, *Curso...*, cit., pp. 160..

[22] No Direito Espanhol, segundo Luis González Morán (*La responsabilidad...*, cit., pp. 126 e ss.lç.l.-), existem duas teorias principais acerca do nexo de causalidade, quais sejam: Teoria da proximidade da causa e Teoria da equivalência das condições, as quais irão se desdobrar em outras teorias conhecidas, como, por exemplo, a teoria da causalidade adequada.

[23] Ataz López (*Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, p. 290) afirma que a culpa médica é "*la infracción por parte del médico o del cirujano, de algún deber próprio de su profesión, y, más concretamente, del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*".

[24] Luis González Morán (*La responsabilidad...*, cit., p. 66) refere que "la imputabilidad incluye una capacidade por parte del sujeto para comprender la antijuridicidad lo injusto, lo ilícito de su conduta y la posibilidad de actuar em consecuencia, es decir, para evitarla; en la base de la imputación está el principio de que tal violación del

geradora do dano ao paciente.[25] Não irei tratar do dolo porquanto raramente o médico age com a intenção deliberada de causar danos aos pacientes.

O médico, ao realizar sua atividade profissional, deve observar toda a diligência e aplicar todos os conhecimentos que possui para a persecução do fim proposto. No entanto, o desvio da atuação diligente, atenciosa e prudente do médico, quando assim o podia e deveria agir, poderá caracterizar a culpa na ocorrência do dano. O desvio do comportamento poderá se manifestar através de uma das modalidades de conduta culposa, quais sejam, imprudência ou negligência.

Fica caracterizada a conduta negligente quando o médico não observar um dever de cuidado, mediante uma conduta omissiva[26]. Admite-se, assim, a existência de negligência diante de uma conduta negativa nos casos em que o médico for omisso ou deixe de agir com a agilidade que lhe era esperada.[27]

A imperícia decorre da falta de aptidão técnica ou habilidade para a realização de uma atividade específica. É o que ocorre, por exemplo, com médico que, por falta de habilidade, realiza erroneamente a técnica de incisão[28].

---

ordenamento hubiera podido evitarse con un comportamiento ajustado a las normas y al infractor se le imputa tal incumplimiento y se le imponen las consecuencias del mismo porque con una conducta adecuada se hubiera podido cumplir el contrato, dar satisfacción al interés del acreedor, y respetar la norma general del comportamento".

[25] José Manuel Fernándes Hierro (*Sistema...*, cit., p. 94-96) discorre sobre três teorias existentes no sistema espanhol sobre a culpa responsabilidade civil médica. A primeira teoria preconiza a irresponsabilidade total do médico pelas atuações propriamente médicas ou técnicas, fortemente refutada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência espanhola. A segunda teoria é da culpa lato sensu, diferenciando a culpa profissional do médico da culpa pessoal, que poderia incorrer como qualquer outra pessoa. Para esta teoria, caso comprovada a existência de culpa pessoal, deverá o médico indenizar pelos danos causados apurando-se os requisitos da responsabilidade civil comum; por outro lado, a responsabilização profissional só seria possível ante a comprovação da atitude culposa do médico no decorrer da prestação de serviços. Por fim, a última teoria, mais aceita perante a doutrina e jurisprudência espanholas, preconiza a responsabilização total dos médicos pelas faltas que tenha cometido no exercício de sua atividade profissional.

[26] GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *Manual...*, cit., pp. 930; TARTUCE, Flávio, *Manual...*, cit., p. 341

[27] MELO, Nehemias Domingo de, *Responsabilidade...*, cit., p. 99.

[28] GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *Manual...*, cit., pp. 930; TARTUCE, Flávio, *Manual...*, cit., p. 341

Por fim, a imprudência[29] é a prática do ato sem a observância da cautela necessária e recomendada para tanto. Ela resulta do ato impregnado de intempestividade, precipitação, insensatez, impulsividade.[30]

Ressalta-se que a existência da culpa deverá ser sempre analisada diante das circunstâncias do caso concreto, com os mesmos meios físicos, circunstâncias e qualificação profissional na data do fato[31_32].

Ainda, na aferição de culpabilidade na seara médica, deve-se atentar se houve a observância pelo profissional da *leges artis medicinae*[33], que consiste em "*um complexo de regras e princípios*

[29] Como bem exposto por Nehemias Domingos de Melo (*Responsabilidade...*, cit., p. 98), "médicos prudentes são aqueles que, conhecendo os resultados da experiência e também as regras que desta se extraem, agem antevendo o evento que deriva de uma determinada ação, tomando depois as cautelas aptas e necessárias a evitar o insucesso da empreitada".

[30] FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*, cit., pp. 255.

[31] PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade...* cit., p. 128. Ainda sobre o assunto, a autora pondera que "trata-se de um critério objectivo de aferição da culpa, já que o modelo a empregar para determinar aquilo que se podia exigir àquele concreto profissional é exterior ao específico agente, sendo pensado em função de um paradigma ideal abstractamente edificado. A abstracção não é, no entanto, absoluta, já que o arquétipo é forjado com base em elementos extraídos da hipótese considerada, nomeadamente no que concerne às características do médico, cuja responsabilidade está a ser equacionada. Por consequência, não há um único arquétipo, mas vários arquétipos – que corresponderão ao bom profissional médico da concreta categoria do agente. Há, assim, que considerar se se trata de um médico generalista ou médico especialista; um médico que actua num meio rural ou com condições precárias, ou num grande centro urbano, com um maior acesso às informações, técnicas e aparelhagens médicas; um médico recém-licenciado ou um médico com vários anos de experiência: o que se pode exigir a estes diversos sujeitos também é diverso".

[32] Carla Gonçalves (*A responsabilidade civil médica: um problema além da culpa*, vol. 14, Coimbra, 2008, p. 22) pondera que, na análise da culpa, deverá ter-se como padrão um "médico normal", considerando que este também não se encontra escape de cometer erros. Ressalta, ainda, que "se tivermos em conta que a humanização da medicina subtraiu do médico o estatuto de semi-Deus que outrora lhe fora reservado havemos também de reconhecer que este processo acabou por colocar em cheque a própria falibilidade dos profissionais de saúde, passando a ser mais fácil admitir que o médico – assim como todo e qualquer profissional – não está livre de cometer determinados erros, no exercício de sua profissão".

[33] José Manuel Fernándes Hierro (*Sistema...*, cit., p. 221) assevera que "*en definitiva la lex artis parece un parâmetro de conducta más que una concreción de los deberes ya que de no entederlo de esta forma nos encontraríamos con una especie de norma en blanco con el*

profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais".[34]

Denota-se que, pela própria natureza da atividade, nem sempre será possível seguir fielmente o protocolo estabelecido. Todavia, sempre que desvios aos protocolos se fizerem necessários, deverá o médico fundamentá-los no processo clínico do paciente.[35]

---

peligro que tal tipo de actuaciones tienen [...]. *En cuanto a la lex artis ad hoc sí ha habido una cierta mayor conreción aunque señalando ya de entrada, que se trata de un regla de medición de conducta a tenor y en función de las normas de la profesión médica. Em definitiva la lex artis es algo parecido a la elección del buen profissional como parâmetro ideal – que no real – de conducta (ya que parafraseando a Tunc se podría decir que el buen profesional nunca comete un error, nunca llega tarde a una cita, nunca se olvida de un dato que se le ha confiado, etc., lo cual evidentemente choca de manera frontal com las más palmarias realidades de la vida cotidiana*)". Luis Martinez-Calcerrada (*Derecho Medico*, Madrid, 1986, p. 12) acrescenta que "*en la medicina es una verdade apodíctica "cada acto, una Ley", en la idea de que cada acto médico precisa para su adecuado ajuste de corrección – es decir, para valorar tanto el elemento causal, autor y diligencia desplegada, como el efecto o fin obtenido, resultado de dicho acto em el paciente/sociedad – la preexisntecia de una lex que así lo juzgue, o, incluso, y en razón de la peculiar gestación de éste em relación com aquél, se podría hasta opinar que es el mismo acto el que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propria Ley, con la que, indefectiblemente, habrá de enjuiciarlo. De todas esas manifestaciones se subraya la singularidad de la responsabilidad*". Aponta, ainda, que (*Derecho Tecnologico, La nueva Inseminacion Artificial*, Ed. Central de Artes Fráficas, S.A., Madrid, 1989, pp. 473-474) a *lex artis* "*es el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina – ciencia o arte médica – que tiene em cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del actor; y em su caso, de la influencia en otros factores endógenos – estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de lamisma organización sanitária -, para calificar dicho acto de conforme o no com la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigências o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficácia de los servicios prestados y em particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado*".

[34] RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade Civil por Erro Médico: esclarecimento/consentimento do doente*, In Data Venia, Ano 1, nº 1, Julho – Dezembro, 2012, p. 17.

[35] PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Responsabilidade...*, cit., p. 59.

1.3 Modalidade de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil médica, como anteriormente mencionado, não possui regramento próprio, amoldando-se ao regramento geral previsto no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. Disso decorre que as regras ali insculpidas serão aplicadas, com o temperamento necessários, às situações de dano causados pelos médicos.

Assim, importa à responsabilidade civil médica as mesmas distinções e enquadramentos clássicos, dentre os quais destaca-se a responsabilidade contratual e extracontratual, bem como a diferenciação de obrigação de meio e resultado assumidas pelos profissionais.

1.3.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

A responsabilidade civil poderá ter natureza contratual/obrigacional ou extracontratual/aquiliana. Em linhas gerais, será contratual quando a violação decorrer da celebração ou execução de um contrato.

Por sua vez, será extracontratual ou aquiliana nos casos em que houver dano decorrente de violação das normas jurídicas como um todo, sem ser necessário que exista qualquer relação pessoal prévia entre os envolvidos.[36]

Admite-se que, em regra, no âmbito médico, o negócio jurídico existente entre as partes é bilateral, possuindo natureza eminentemente contratual[37], e consiste na prestação de assistência médica mediante retribuição financeira por parte do paciente[38].

Não obstante, é possível reconhecer-se a existência de responsabilidade extracontratual entre as partes, nomeadamente nas

[36] GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *Manual...*, cit., p. 864; NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil*, vol. 7: responsabilidade civil, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 47-48; FIUZA, César, *Direito Civil: curso completo*, 2ª ed., em ebook baseada na 18ª ed. impressa, São Paulo: RT, 2016, p. 213.

[37] Conforme bem pontuado por João Álvares Dias (*Procriação...*, cit., pp. 221-223), o médico, ao manter consultório aberto ao público, está, por si só, estabelecendo uma proposta contratual que se perfectibiliza quando o doente se dirige ao consultório e requer a prestação dos serviços oferecidos.

[38] PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade...*, cit., p. 60.

situações de atendimento gratuito ou de urgência, em que a parte é incapaz de consentir ou celebrar contrato, ainda que tácito.

1.3.2 Obrigação de meio e obrigação de resultado

Cumpre diferenciar, ainda, as obrigações de meio e obrigações de resultado[39]. Nas obrigações de meio, o devedor apenas se vincula a desenvolver certa atividade de maneira diligente e prudente, empregando os meios necessários e possíveis para a obtenção de um determinado efeito, sem se vincular, no entanto, à concreta obtenção do mesmo.

Nas obrigações de resultado, por sua vez, o devedor fica vinculado não somente ao desenvolvimento diligente e prudente da obrigação, mas à concreta obtenção do resultado em favor do credor[40].

Em síntese, enquanto na obrigação de resultados o devedor se compromete à efetiva obtenção do resultado perante o credor, respondendo pelo incumprimento caso este não seja obtido, na obrigação de meios o devedor se compromete, única e exclusivamente, a empregar toda a sua diligência na execução da obrigação com vistas ao resultado.

Na seara da responsabilidade civil médica, a doutrina e jurisprudência majoritárias[41] admitem que, via de regra, a obrigação dos

---

[39] À título de curiosidade, embora a distinção entre as modalidades de obrigação já estivesse presente na doutrina germânica, o termo foi inaugurado pelo doutrinador francês René Demogue (Traité Des Obligations em Général, Paris, Libraire Arthur Rousseau, 1925, T. V, n. 1237, ppp. 538 e ss.).

[40] ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2011, p. 73; MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade...*, cit. p. 69; FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*, cit., p. 266.

[41] Neste sentido: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. LAQUEADURA DE TROMPAS E POSTERIOR GRAVIDEZ. IMPROCEDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO INEXISTENTES. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 211 DO STJ. A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE É CONTRATUAL. OBRIGAÇÃO DE MEIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE À VÍTIMA. PRECEDENTES. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE AFASTOU O DEVER DE INDENIZAR EM RAZÃO DA FALTA DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. REFORMA. SÚMULA Nº 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. 1. Não há falar em violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolveu fundamentadamente

profissionais será de meio e não de resultado[42]. Isso se justifica pela aleatoriedade da atividade médica, das circunstâncias peculiares de cada caso e da reação diversa que cada organismo poderá apresentar diante do mesmo tratamento ou medicação. São estes fatores incontroláveis e, em muitos casos, imprevisíveis, que justificam a não vinculação do médico ao alcance pretendido pelo paciente.

No entanto, admite-se a existência da obrigação de resultado em algumas especialidades médicas[43], nas quais o médico se responsabilizaria

---

as questões pertinentes ao litígio, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. 2. O tema inserido no dispositivo do art. 319 do Código de Processo Civil, tido por ofendido, não foi enfrentado pelo Tribunal de origem nem mesmo depois da oposição dos embargos de declaração. Aplica-se, no ponto, a Súmula nº 211 desta Corte. 3. A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética (REsp n. 1.046.632/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, DJe 13/11/2013). 4. Cabe à autora demonstrar o dano e provar que este decorreu de culpa por parte do médico, razão pela qual não há falar em inversão dos ônus da prova. 5. As instâncias ordinárias, de forma uníssona, e com amparo no acervo fático-probatório reunido nos autos, notadamente o laudo pericial, reconheceram não se encontrar demonstrado o fato constitutivo do direito vindicado, qual seja, a ocorrência de erro médico, que resultou em gravidez posterior ao procedimento de laqueadura de trompas. A reforma de tal entendimento atrai a incidência da Súmula nº 7 do STJ. 6. Não é possível o conhecimento do recurso especial interposto pela divergência jurisprudencial, na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula 7 do STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea "c", do permissivo constitucional. Precedente: AgRg no Ag 1.276.510/SP, Rel. Ministro PAULO FURTADO (Desembargador Convocado do TJ/BA), DJe 30/6/2010. 7. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1395293/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 03/09/2015)

[42] MELO, Nehemias Domingos de. Reponsabilidade..., cit., p. 72; NADER, Paulo, *Curso...*, cit., pp. 499; FIUZA, César, *Direito...*, cit., pp.258. Também na Espanha, conforme José Manuel Fernández Hierro (*Sistema...*, cit., p. 37), "*la doctrina ha entendido, casi sin excepción, que la obligación del médico es uma obligación de medios en supuestos normales de intervención el profesional de la medicina. [...] En el orden jurisprudencial, o bien se ha indicado específicamente que la obligación del médico es de medios, o, lo que es lo mismo, se ha señalado que motivos a él imputables, por los tribunales franceses, italianos, belgas e ingleses, aunque estos últimos de una manera implícita, atendiendo a su diferente sistema jurídico y procesal*".

[43] Carla Gonçalves (*A responsabilidade...*, cit., p. 29), em interessante análise, pondera sobre a possibilidade de, no contrato de prestação de serviços médicos, ser

não somente pelo emprego da melhor técnica e diligência na execução do seu ofício, mas também pelo efetivo resultado almejado pelo paciente. Exemplos clássicos são os decorrentes das cirurgias meramente estéticas[44], anestesia, transfusão de sangue, dentre outros.

A principal decorrência prática da determinação da obrigação assumida pelo profissional, se de meios ou resultado, se revela na distribuição do ônus da prova pelas partes.

1.4 Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico

Como visto, embora a obrigação assumida pelo médico seja, em regra, de meios, a jurisprudência e doutrina excepcionam a situação dos cirurgiões plásticos em algumas situações.

Inicialmente, cumpre diferenciar o tratamento dado às cirurgias estéticas reparadoras e às cirurgias embelezadoras ou meramente estéticas. Naquelas, é pacífico o entendimento jurisprudencial de que a obrigação assumida pelo cirurgião será de meio, porquanto se trata de procedimento curativo e necessário[45] à saúde do paciente.

---

convencionado a modalidade de obrigação assumida pelo profissional, se de meios ou resultado deveria prevalecer sobre a lógica do sistema, porquanto "[...] no âmbito contratual, tendo as partes liberdade para pactuar, nada impede (ao menos, no plano teórico) que a obrigação de resultado venha a se aplicar a um número maior (ou menor) de intervenções médicas, consoante o interesse dos sujeitos envolvidos. Neste contexto, duas dificuldades afloram, com mais evidência: de um lado, os profissionais de saúde poderiam afastar a obrigação de resultado, bastando, para isto, que se comprometessem, apenas, a fazer uso dos meios técnicos disponíveis; e, de outro lado, estes mesmo profissionais poderiam se comprometer a prestar um determinado resultado, mesmo que, na prática, não fosse possível assegurá-lo. Em síntese, a solução mais ajustada parece ser aquele que tem em conta a lógica do sistema. Isto é, não se nos afigura defensável conferir ao profissional de saúde a possibilidade de afastar a obrigação de resultado, quando ela existir em termos gerais; em contrapartida, caso o profissional de saúde se comprometa a prestar um determinado resultado, deverá responder por aquilo a que se obrigou".

[44] MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade*..., cit., pp. 73.

[45] O TJSC, sobre o assunto, já se manifestou inúmeras vezes. Acerca da cirurgia estética corretiva e da obrigação assumida pelos médicos nestes casos, destaco os seguintes julgados: APELAÇÕES CÍVEIS E RECLAMO ADESIVO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS - ERRO MÉDICO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD

Deverá, portanto, o cirurgião empregar a melhor técnica e conhecimentos disponíveis para a obtenção do resultado pretendido, não estando, no entanto, vinculado à sua obtenção.

Tradicionalmente, admite-se a assunção pelo cirurgião plástico, mormente às cirurgias e procedimentos meramente estéticos, da obrigação

---

CAUSAM E CARÊNCIA DA AÇÃO AFASTADAS - CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA CUSTEADA PELO SUS E QUE NÃO ALCANÇOU O RESULTADO ESPERADO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL DA SAÚDE E OBJETIVA DO ESTADO - OBRIGAÇÃO DE MEIO - CONDUTA CULPOSA DO CIRURGIÃO - PROCEDIMENTO MAL SUCEDIDO E OMISSÃO NA SOLICITAÇÃO DE EXAMES PRÉ-OPERATÓRIOS NECESSÁRIOS - DEVER DE INDENIZAR OS PREJUÍZOS SUPORTADOS - MANUTENÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO PELO JUÍZO - PENSÃO MENSAL VITALÍCIA - MATÉRIA NÃO VENTILADA NA ORIGEM - IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA QUESTÃO SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - RECURSOS DESPROVIDOS (TJSC, Apelação Cível n. 2011.012371-1, da Capital, rel. Des. Rodrigo Collaço, Quarta Câmara de Direito Público, j. 16-06-2011); e APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. MAMOPLASTIA REPARADORA DECORRENTE DE DORSALGIA CRÔNICA. CIRURGIA QUE CONSUBSTANCIA OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE INFECÇÃO E ANOMALIA NO PROCESSO DE CICATRIZAÇÃO DAS INCISÕES CIRÚRGICAS. PROVAS QUE NÃO EVIDENCIAM A CONDUTA CULPOSA DO RÉU. ABANDONO DO TRATAMENTO PELA AUTORA QUE LEVOU AO AGRAVAMENTO DAS SEQUELAS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Na cirurgia plástica mamária de caráter eminentemente reparador, o aspecto estético, embora inafastável, é secundário, pelo que se exige do médico-cirurgião o emprego da técnica cirúrgica mais adequada e capaz de viabilizar a cura da enfermidade que atinge a paciente. Se o Réu demonstrou ter adotado técnica amplamente divulgada e apropriada ao caso, não há falar em imperícia. Ademais, a falta de provas de sua conduta negligente aliada ao abandono do tratamento pela paciente, é contexto suficiente à afastar a responsabilidade civil do médico. (TJSC, Apelação Cível n. 2007.064909-2, de Itajaí, rel. Des. Victor Ferreira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 11-03-2010).

de resultados[46], diante do seu caráter eletivo e, até mesmo, "desnecessário"[47].

Embora não exista, efetivamente, necessidade terapêutica da prática da cirurgia, deve-se levar em consideração a incolumidade psíquica e social do paciente[48], que muitas vezes se encontra em estado

[46] Neste sentido: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SÚMULA 83/STJ. POSSIBILIDADE DE O PROFISSIONAL DE SAÚDE ELIDIR SUA CULPA MEDIANTE PROVA. PERÍCIA QUE COMPROVA O NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. ANÁLISE OBSTADA PELA SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. De acordo com vasta doutrina e jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido. 2. A reforma do aresto no tocante à comprovação do nexo de causalidade entre a conduta médica e os danos experimentados pela recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do complexo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. 3. A revisão da indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ausentes tais hipóteses, incide a Súmula n. 7/STJ a impedir o conhecimento do recurso. 4. No caso vertente, verifica-se que o Tribunal de origem arbitra o quantum indenizatório em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pelos danos morais que a recorrida experimentou em decorrência do erro médico produzido pelo recorrente, que além de ter contrariado as expectativas da paciente com os resultados alcançados na cirurgia íntima de natureza estética a que foi submetida, gerou-lhe prejuízos em sua saúde. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no AREsp 328.110/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 25/09/2013)

[47] Miguel Kfouri Neto (*Responsabilidade Civil do Médico*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2001, p. 160) refere que "não há dúvida que a cirurgia plástica integra-se normalmente ao universo do tratamento médico e não deve ser considerada uma ´cirurgia de luxo´ ou mero capricho de quem a ela se submete. Dificilmente um paciente busca a cirurgia estética com absoluta leviandade e sem real necessidade, ao menos de ordem psíquica".

[48] DANTAS, Eduardo, *A responsabilidade civil do cirurgião plástico: A cirurgia plástica como obrigação de meio*, In: Lex Medicinae: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, nº 7 (janeiro/julho de 2007), Coimbra: Coimbra Editora, pp.71).

de sofrimento psicológico e busca a cura do seu sofrimento justamente através da mudança estética[49].

Outrossim, o paciente se submete ao procedimento consciente, voluntaria e devidamente informado de todos os riscos inerentes à cirurgia ou procedimento[50], bem como das intercorrências e de possíveis resultados inesperados que poderão deles advir.

Ainda, também nessa especialidade irá operar a aleatoriedade dos resultados diante de fatores exógenos[51], estando os pacientes

[49] Neste sentido, Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza (*Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, Ed. Juruá, 1ª ed., Curitiba, 2001, p. 122) asseveram que "hodiernamente, esta questão de outrora se encontra pacificada, pois é dever da medicina zelar pela saúde física e mental dos pacientes. Nesta marcha, não se pode olvidar que mesmo alguém aparentemente perfeito, que se enquadre nos padrões normais de beleza, e que deseje realizar certa cirurgia para modificar, por exemplo, a mama, tornando-a menor, não esteja, em algum nível, sofrendo de um mal, ainda que em órbita mental. Resulta que esse mal vai desde a angústia e a sofreguidão, por achar-se com uma mama feia, até o profundo estado de depressão".

[50] Ricardo Rabinovick-Berkman (*Responsabilidad del Médico*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 482), professor argentino, diz que "si la paciente se sometió a la operación plástica, es porque así lo quiso, en su evaliación de riesgos y de benefícios. Es decir, porque entendió que para volver a lucir un busto agradable (lo cual constituye um deseo más que respetable) valia la pena correr los peligros que toda intervención quirúrgica entraña. Presumir lo contrario importa considerar a la interesada una persona fatua, por no decir una tonta, sin que evidencia alguna indique que lo sea".

[51] Miguel Kfouri Neto (*Culpa médica e ônus da prova*, 1ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, pp. 252 e ss.) transcreve e discorre sobre trechos de julgamentos brasileiros sobre a responsabilidade do cirurgião plástico, destacando que "pela própria natureza do ato cirúrgico, cientificamente igual, pouco importando a subespecialidade, a relação entre o cirurgião e o paciente está subordinada a uma expectativa do melhor resultado possível, tal como em qualquer atuação terapêutica, muito embora haja possibilidade de bons ou não tão bons resultados, mesmo na ausência de imperícia, imprudência ou negligência, dependente de fatores alheios, assim, por exemplo, o próprio comportamento do paciente, a reação metabólica, ainda que cercado o ato cirúrgico de todas as cautelas possíveis, a saúde prévia do paciente, a sua vida pregressa, a sua atitude somatopsíquica em relação ao ato cirúrgico. Toda intervenção cirúrgica, qualquer que ela seja, pode apresentar resultados não esperados, mesmo na ausência de erro médico. E, ainda, há em certas técnicas consequências que podem ocorrer, independentemente da qualificação do profissional e da diligência, perícia e prudência com que realize o ato cirúrgico".

suscetíveis à intercorrências que independem do atuar do médico[52], tais como problemas de cicatrização, reações alérgicas, rejeição de próteses ou corpo estranho, etc..

Presentes as razões que exigem a aplicação da obrigação de meios para as demais especialidades também na cirurgia plástica, tenho que o tratamento diferenciado e mais gravoso aplicado pelo Tribunais Superiores não se justifica, devendo prevalecer a obrigação de meios e todas as consequências decorrentes dela, especialmente em matéria probatória.

Indubitavelmente, estará o cirurgião atrelado ao emprego das melhores técnicas disponíveis para a obtenção do resultado, sendo certo que, caso o paciente não fique satisfeito com a cirurgia, apenas surgirá o dever de indenizar se restar cabalmente comprovada a existência de culpa e de resultado danoso decorrente da culpa do médico, decorrente da inobservância das normas técnicas e legais.

2 ÔNUS DA PROVA

O Novo Código de Processo Civil destina o Capítulo XII às provas, definindo sua função, distribuindo o ônus, regendo situações de presunção e dispondo acerca das modalidades de provas admitidas no ordenamento jurídico civilista.

As provas possuem como função precípua revelar a realidade dos fatos[53] controvertidos na relação processual, com o intuito de influenciar na formação da convicção do julgador[54]. Tem-se que a prova busca demonstrar a probabilidade de os fatos alegados pelas partes terem efetivamente ocorrido, porquanto a verdade "real" é incerta e varia de acordo com a forma como é absorvida e interpretada por cada um dos envolvidos no fato[55].

---

[52] No mesmo sentido: COUTO FILHO, A. Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no suposto erro médico*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora LumenJuris, 2002, p. 18; MARTINS, Joana Galff. *Cirurgia plástica e estética: natureza da obrigação do cirurgião*, in Revista de Direito Privado, v. 37, 2009, pp. 105-129.

[53] Art. 369 do CPC.

[54] MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade*..., cit., p. 197.

[55] BARRA, Kylie Michelle Cardoso. *O ônus...*, cit., p. 57.

Daí se justifica a importância da distribuição do ônus da prova e a existência de um efetivo contraditório processual. O ônus da prova, em linhas gerais, pode ser definido como o encargo que é atribuído às partes de provar certo fato, sob pena do insucesso de sua pretensão[56].

Admite-se a existência do ônus da prova objetivo e subjetivo[57]. O ônus da prova objetivo dirige-se ao julgador e decorre do princípio inquisitório, que o possibilita investigar a ocorrência dos fatos e determinar a produção de provas para sanar eventuais dúvidas que possua sobre os mesmos, diante da inércia das partes.

O ônus da prova subjetivo é o dirigido diretamente às partes e consiste justamente na distribuição do encargo entre as mesmas.

Tradicionalmente, o ônus da prova recai sobre quem alega o fato. Assim, nos termos do art. 373, I e II, do Código de Processo Civil, os fatos constitutivos do direito do autor devem restar devidamente comprovados pelo mesmo, assim como os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor deverão ser demonstrados pelo réu.

Diante da falha em comprovar os fatos que alegados, a parte a quem incumbia a demonstração dos fatos sucumbirá na sua pretensão.

2.1 Distribuição e Inversão do Ônus da Prova

Em regra, o ônus da prova distribui-se de acordo com os ditames do art. 373 do CPC. Ou seja, caberá ao autor comprovar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, eventualmente alegados, do direito do autor.

No entanto, o próprio Código de Processo Civil traz algumas situações em que poderá ocorrer a inversão ou redistribuição do ônus da prova de maneira diferente. Assim, diante de situações peculiares, em que a produção da prova seja impossível ou excessivamente difícil de ser cumprida por uma das partes ou, ainda, diante da facilidade da obtenção

[56] MATEUS, Nídia Maria Vicente. *O ônus da prova na responsabilidade civil médica*, FDUL, 2014, p. 56.

[57] Miguel Teixeira de Sousa (*Sobre o ônus...*, cit., pp. 129) entende que o ônus subjetivo determina sobre qual das partes irá recair o ônus da prova, enquanto o ônus objetivo determina sobre qual parte incide o risco da falta de provas do fato controvertido.

da prova do fato contrário, poderá o juiz, fundamentadamente, atribuir à parte adversa o encargo.

Outrossim, as partes também poderão convencionar sobre a distribuição do ônus da prova, desde que observados os limites impostos pelo ordenamento jurídico. A lei põe à salvo a possibilidade de convenção do ônus da prova acerca de direito indisponível da parte, bem como nos casos em que se tornar excessivamente difícil o exercício do direito decorrente da inversão.

Por fim, nas relações consumeristas é garantida a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, parte hipossuficiente da relação contratual, pelo juiz, quando constata a verossimilhança da alegação[58].

Nos processos por erro médico, incumbirá, em regra, pela própria decorrência do reconhecimento da assunção da obrigação de meios na relação estabelecida entre médico-paciente, ao paciente a prova dos fatos constitutivos do seu direito. Portanto, deverá demonstrar, para fazer jus à indenização pleiteada, a existência da conduta ilícita, bem como do dano, do nexo de causalidade e da culpa do profissional.

Ao médico, nesta esteira, recairá a prova dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, dentre os quais se insere a inobservância das recomendações pré e pós operatórias, que tenham, por si só, dado causa ao resultado obtido, ou concorrido para tanto, bem como à culpa exclusiva do paciente na produção do resultado.

Ao revés, quando em pauta a obrigação de resultado do médico, reconhecida na jurisprudência em determinadas especialidades, recairá sobre o paciente a prova da conduta, do dano e do nexo de causalidade, transferindo-se, no entanto, ao profissional a prova da inexistência de culpa e do cumprimento da obrigação com o alcance do bom resultado.

Qualquer que seja a modalidade da obrigação, de meios ou de resultado, é plenamente possível que, diante da dificuldade probatória e do notório desequilíbrio entre as partes, decorrentes do conhecimento técnico e acesso às provas documentais (fichas médicas, ficha de internação, prontuários, etc.), o juiz determine a inversão do ônus probatório em favor do paciente.

Nestes casos, recairá sobre o médico o encargo probatório, devendo comprovar que agiu com observância da legis artes e que o dano

[58] Art. 6º, VIII, do CDC.

não decorreu da sua conduta, mas de fatores externos e sobre os quais não possui controle.

2.2 Meios de prova admitidos no Direito Brasileiro

São admitidos, no processo civil brasileiro, todos os meios de prova legalmente previstos, bem como os que, ainda que não previstos na legislação, sejam moralmente legítimos e que se prestem a provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa apresentada, quando capazes de influir eficazmente na convicção do juiz[59].

São previstos no CPC os seguintes meios de prova: depoimento pessoal (arts. 385 e ss.); confissão (arts. 389 e ss.); prova documental (arts. 405 e ss.); prova testemunhal (arts. 442 e ss.); prova pericial (arts. 464 e ss.); e inspeção judicial (arts. 481 e ss.).

O depoimento pessoal, em termos gerais, consiste no requerimento de interrogatório da parte contrária em audiência de instrução e julgamento. Ainda que não seja requerido pela parte, o juiz poderá ordená-la de ofício, por decorrência do princípio inquisitório.

Presta-se à tentativa de confissão da parte contrária e elucidação dos fatos alegados. Assim, quando pessoalmente intimada e advertida da pena de confesso, a parte não comparecer à audiência aprazada ou, ainda, comparecendo, se recusar a prestar depoimentos ou utilizar-se de evasivas nas respostas, poderá o juiz declarar a sua recusa e aplicar-lhe a pena de confissão.

A confissão, por sua vez, consiste na admissão da verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário, podendo ocorrer judicial ou extrajudicialmente, de maneira espontânea ou provocada.

A prova documento consiste na apresentação de documento público ou particulares nos autos. Quando exigido documento público por como substância do ato por lei, nenhuma outra prova poderá suprir-lhe a prova.

No tocante aos documentos particulares, as declarações escritas e assinadas, ou somente assinada, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. No entanto, deve-se admitir que a presunção estabelecida no CPC é relativa, ou seja, admite a produção de provas em contrário.

[59] Art. 369, CPC.

Daí resulta, por exemplo, a presunção de que os riscos inerentes aos procedimentos cirúrgicos e as possíveis intercorrências dele decorrentes foram devidamente informados ao paciente e por ele aceite, quando assinado o termo de consentimento informado.

Por seu turno, a prova testemunhal consiste na oitiva de terceiros capazes, não suspeitos ou legalmente impedidos, que possuam conhecimento dos fatos alegados pelas partes e possam atestá-los em Juízo.

O juiz poderá indeferir, no entanto, a inquirição de testemunhas acerca de fatos já provados por documento ou confissão ou que somente através de documento ou exame pericial se admita a prova[60].

A prova pericial, nos termos do artigo 464, do CPC, consiste em exame, vistoria ou avaliação. Deverá ser realizada por especialista no objeto da perícia, nomeado pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes.

Por fim, a inspeção judicial consiste na avaliação, pelo próprio juiz, de pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse ao deslinde do feito. Poderá o juiz fazer-se assistir de um ou mais peritos.

3 TRANSTORNO DISMÓRFICO CORPORAL

Historicamente conhecido por dismorfofobia, o transtorno dismórfico corporal se consubstancia na presença de preocupação exacerbada em torno de um defeito imaginário ou preocupação exagerada em relação a uma leve imperfeição corporal, causando intenso sofrimento e prejuízo significativo na vida do indivíduo.[61]

---

[60] Artigos 443 e seguintes do CPC.

[61] BOFF, Almerindo Antônio. *Transtorno Dismórfico Corporal* In org. CATALDO NETO, Alfredo, et. Al. *Psiquiatria para estudantes de medicina*, 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013, p. 468-469. O autor informa que "um estudo interessante investigou a ocorrência de tratamentos não psiquiátricos em 289 indivíduos (250 adultos e 39 crianças ou adolescentes, entre 6 e 17 anos de idade) com diagnóstico de TDC. Dos adultos, 76,4% havia procurado tratamentos não psiquiátricos para o seu problema de aparência. Desses indivíduos, 38,2% havia procurado mais de um tipo de tratamento não psiquiátrico, mais frequentemente cirurgia e tratamento dermatológico (63%). Dos adultos que procuraram tratamentos, 86,4% os receberam. Outro achado importante do estudo é que a realização dos diversos tratamentos não psiquiátricos não diminuiu a intensidade do quadro de TDC na grande maioria dos pacientes".

Embora reconhecida e descrita na literatura psiquiátrica em momento anterior[62], somente recebeu categoria diagnóstica independente na quarta edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV), no ano de 1994.

3.1 Epidemiologia e Etiologia

Trata-se de uma patologia subdiagnosticada, porquanto os pacientes têm mais propensão a procurarem médicos especialistas em dermatologia e cirurgia plástica que psiquiatras.[63]

Dados disponíveis denotam que a patologia mais comumente aos 16, sendo em 70% dos casos ocorrem antes dos 18 anos de idade. Alguns autores apontam indícios de que a doença acomete a mesma proporção de homens e mulheres[64].

Segundo o DSM-IV, a patologia pode ter início gradual ou súbito, bem como os sintomas podem alcançar diferentes intensidades ao longo do tempo. Em alguns casos, sem tratamento, o transtorno se torna crônico, perdurando por toda a vida do indivíduo[65].

Embora ainda não se tenha dados concretos acerca da prevalência na população geral, estima-se que ela varia de 0,7% a 2,2% da população, percentual que sofre aumento significativo em clínicas de cirurgia plástica[66].

A causa do transtorno dismórfico corporal é desconhecida, embora comumente os pacientes acometidos pela doença apresentem

---

[62] De acordo com Josy Moriyama o TDC aparece pela primeira vez na literatura médica em 1886, em escritos de Morselli, para o qual dismorfofobia era "um sentimento subjetivo de feiúra ou de defeito físico que os pacientes sentiam ser norado pelos outros, embora suas aparências estivessem dentro dos limites normais".

[63] SADOCK, Benjamin James. *Compêndio de psiquiatria: ciências do comportamento e psiquiatria clínica*, 9. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 697.

[64] Philipps, K.A., e Diaz, S., *Gender Differences in Body Dysmorphic Disorder*, in Journal Neurvous Ment. Dis., 1997, 185(9): pp. 570-577.

[65] MORIYAMA, Josy de Souza, *Transtorno Dismórfico Corporal sob a perspectiva da análise do comportamento*, PUC-Campinas, 2003, p. 3. Disponível em: http://tede.bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br:8080/jspui/bitstream/tede/187/1/Josy%20de%20Souza%20Moriyama-1.pdf.

[66] MORIYAMA, Josy de Souza, *Transtorno..*, cit.,, p. 3.

comorbidades. Entre os estados comórbidos mais frequentes, citam-se transtornos depressivos, transtornos de ansiedade, transtornos alimentares, delirantes e de personalidade.

Estudo realizado sobre o TDC apontou que mais de 90% dos pacientes afetados tinham experimentado episódio depressivo maior durante sua vida; aproximadamente 70% teve transtorno de ansiedade e 30% experimentaram transtorno psicótico[67].

3.2 Características Clínicas

As queixas mais comuns apresentadas envolvem falhas imaginadas ou leves na face ou na cabeça, tais como cabelos, acne, rugas, cicatrizes, assimetria, nariz, queixo "amassado".

Não raro, os pacientes apresentam preocupações com mais de uma região do corpo. Em média, os portadores da patologia relatam obsessão com cinco a sete partes do corpo durante o curso do TDC[68]. A parte específica objeto da preocupação pode mudar durante o curso da evolução da doença.

A principal característica encontrada nos indivíduos que sofrem de TDC é a distorção cognitiva da realidade, que se torna uma obsessão, desencadeando estresse e a falta de controle dos pensamentos[69], que causam prejuízos no funcionamento cotidiano.

Muito comumente tratam-se de "defeitos" ou características imperceptíveis aos terceiros, mas levam o paciente a uma busca incessante e irracional do reparo da sua aparência.

Sintomas recorrentes associados incluem a necessidade constante de se olhar no espelho ou, ao contrário, a excessiva preocupação em evitá-lo. Muitos indivíduos se isolam e tentam ocultar a deformidade presumida através de roupas largas, maquiagens, etc.

---

[67] SADOCK, Benjamin James. *Compêndio...*, cit., p. 697.

[68] Crerand CE, Phillips KA, Menard W, Fay C. Nonpsychiatric medical treatment of body dysmorphic disorder. Psychosomatics. 2005;46:549-55.

[69] CONRADO, Luciana Archetti. *Transtorno dismórfico corporal em dermatologia: diagnóstico, epidemiologia e aspectos clínicos,* In An. Bras. Dermatol., vol. 84, n. 6, Rio de Janeiro, nov./dez. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0365-05962009000600002&lng=pt&tlng=pt

Inúmeros são os pacientes que recorrem à diversos procedimentos estéticos e consecutivas cirurgias, diante da insatisfação permanente com o próprio corpo. Não rara é a tentativa de suicídio nos casos mais graves.

3.3 Relação com os processos por erro médico

Como anteriormente mencionado, a dificuldade de constatar a prevalência do TDC na população em geral, em parte, decorre da resistência dos pacientes em procurarem tratamento psicológico ou psiquiátrico adequados.

A grande maioria dos portadores do transtorno procuram clínicas dermatológicas, estéticas ou de cirurgia plástica, por acreditarem que os seus problemas, em todas as áreas da vida – pessoal, profissional, amorosa, são decorrentes exclusivamente do "defeito" físico que possuem.[70]

Ante a falsa percepção que possuem da realidade e do seu "defeito", criam expectativas irreais, ilusórias e idealizam um resultado inatingível mediante cirurgia estética, daí decorrendo a insatisfação com o resultado obtido no procedimento[71].

Ressalta-se que, na maioria dos casos, não existe efetivamente um mau resultado, mas sim uma supervalorização de pequenos defeitos (cicatrizes, por exemplo) e quebra da expectativa inicial acerca do resultado, sendo que esta era completamente impossível de ser alcançada por qualquer profissional.

A existência de um dano efetivo é *conditio sine qua non* do dever de indenizar do profissional, porquanto elemento indispensável à responsabilidade civil, bem como, caso adotada a obrigação de resultados, o incumprimento da obrigação e falha da prestação de serviços para obtenção do fim almejado, que deverão ser cabalmente comprovadas pelo paciente.

[70] Segundo Luciana Archetti Conrado (*Transtorno...*, cit, p. 02) algumas literaturas demonstram que a prevalência de pacientes de TDC que se submetem à procedimentos estéticos, pode variar de 2,9 a 53,6%, a depender do país e região em que considerados.
[71] MORIYAMA, Josy de Souza, *Transtorno..*, cit.,, p. 5.

3.4 (Im)possibilidade de avaliação psiquiátrica como meio de prova

Por fim, cabe analisar se, diante da suspeita do paciente ser portador do TDC, poderá o médico requerer a produção de prova pericial nos processos por erro médico, a ser realizada com médico psiquiatra, a fim de desincumbir-se o cirurgião do dever de indenizar.

Diante do reconhecimento da obrigação de resultado assumida pelo cirurgião plástico, e da inversão do ônus probatório largamente deferida pelos juízes, é sabido que recairá sobre ele o dever de comprovar a inexistência de culpa na sua atuação e na obtenção do resultado almejado pela parte. Outrossim, será dele a incumbência de comprovar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do paciente.

Indubitavelmente o ônus da prova acerca da existência de dano recai sobre o paciente, porquanto constitutivo do seu direito, mas nada impede que o médico, diante da circunstância concreta e da análise do resultado obtido, produza prova de que o resultado foi satisfatório, ao revés das alegações do paciente, e o dano, consequentemente, inexistente.

O meio hábil à comprovação da possibilidade de o paciente ter criado expectativas irreais em decorrência da falsa percepção que possui da realidade, bem como dele não ser capaz de obter uma análise objeta acerca da própria imagem, é, necessariamente, dependente de conhecimentos técnicos especializados.

Assim, a presente situação amolda-se perfeitamente aos casos em que se faz necessária a produção de prova pericial. Tenho que a submissão do paciente à perícia psiquiátrica poderá ser requerida pelo médico, nos casos em que necessária e adequada para a comprovação de suas alegações, bem como de ofício pelo juiz, quando entender necessário ao deslinde do feito.

4 CONCLUSÕES

Inicialmente, conclui-se que o cirurgião plástico, em sentido contrário à majoritária jurisprudência, no cumprimento da relação contratual estabelecida com o paciente, assumirá obrigação de meios, porquanto sujeito aos mesmos riscos e possíveis intercorrências das

demais especialidades médicas, não se justificando o tratamento diferenciado e mais gravoso.

Ademais, deve-se privilegiar a autonomia da vontade do paciente que, devidamente informado e advertido dos possíveis riscos, consentiu de maneira livre e consciente com a prática dos mesmos.

No tocante à análise da responsabilidade civil do cirurgião plástico, deve-se levar em conta a possível concorrência de doença psiquiátrica para a insatisfação do paciente com o resultado obtido no tratamento ou procedimento médico, em especial de transtorno dismórfico corporal, principalmente nos casos em que inexiste defeito na prestação de serviço e o mau resultado imperceptível e aparentemente satisfatório.

O TDC, como exaustivamente relatado, causa a falsa percepção da realidade e distorção da própria imagem, levando o indivíduo a procurar e se submeter à inúmeros e sucessivos tratamentos estéticos, criando expectativas sobrenaturais acerca do resultado dos mesmos.

Nestes casos, não se está diante de incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação. O que ocorre, em verdade, é a transferência da insatisfação com a própria imagem ao médico, sintoma do transtorno, e necessidade de puni-lo por não ter alcançando o resultado, irreal e inatingível, pretendido.

Nos casos em que as alegações acerca do resultado do procedimento estético e da própria imagem do paciente se apresentam exacerbadas, o deferimento da produção da prova pericial psiquiátrica para diagnóstico de eventual patologia, capaz de interferir na percepção da realidade do paciente, é de vital importância para a defesa do profissional.

Assim, caso comprovado a existência de transtorno, decorreria a isenção da responsabilidade do profissional e do consequente dever de indenizar, mediante comprovação da inexistência de dano ou resultado lesivo.

REFERÊNCIAS

ALARCÃO, Rui de. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Os contratos de prestação de serviço médico. **Direito da Saúde e Bioética**, Lisboa, p. 75-120, 1996.

BARRA, Kylie Michelle Cardoso. **O ônus da prova na Responsabilidade Civil Médica**. 2014. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

BOFF, Almerindo Antônio. Transtorno Dismórfico Corporal. In: CATALDO NETO, Alfredo et al (org.). **Psiquiatria para estudantes de medicina**, 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

CONRADO, Luciana Archetti. Transtorno dismórfico corporal em dermatologia: diagnóstico, epidemiologia e aspectos clínicos. **An. Bras. Dermatol**., Rio de Janeiro, v. 84, n. 6, nov./dez. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0365-05962009000600002&lng=pt&tlng=pt

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CRERAND, C.E., Phillips KA, Menard W, Fay C. Nonpsychiatric medical treatment of body dysmorphic disorder. **Psychosomatics**, New York, v. 46, n. 5, p. 49-55, 2005.

DANTAS, Eduardo. A responsabilidade civil do cirurgião plástico: a cirurgia plástica como obrigação de meio. **Lex Medicinae**: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 4, n. 7, p. 65-79, set. 2007.

DIAS, João Álvaro. Procriação assistida e responsabilidade médica. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, 1996.

FERREIRA, Rui Cardona. The loss of chance in Civil Law Countries: a comparative analysis. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, v. 20, n. 1, 2013.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil**: curso completo. 2. ed. em ebook baseada na 18. ed. impressa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carla. **A responsabilidade Civil Médica**: Um problema para além da culpa. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. A responsabilidade médica objectiva. **Responsabilidade Civil dos Médicos**, Coimbra, v. 11, 2005.

HIERRO, José Manuel Fernandés. **Sistema de Responsabilidad Médica**, 3. ed. Granada: Comares, 2000.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Culpa médica e ônus da prova**, 1. ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2002.

LEITÃO, Luís Manuel Teledes de Menezes. **Direito das obrigações**, 14. ed. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1.

LOPEZ, Joaquín Ataz. **Los médicos y la Responsabilidad Civil**. Madrid: Montecorvo, 1985.

MARTINEZ-CALCERRADA, Luis. **Derecho Medico**. Madrid, 1986.

_____. **Derecho Tecnologico**: La nueva Inseminación artificial. Madrid: Central de Artes Gráficas, S.A., 1989.

MATEUS, Nidia Maria Vicente. **O ônus da prova na Responsabilidade Civil Médica**. 2014. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, 164 f.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORÁN, Luis González. **La responsabilidad civil del médico**. Barcelona: Bosch, 1990.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7.

PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade Civil do Médico**: reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 15.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitaleres – alguns casos da jurisprudência. **Lex Medicinae**: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 4, n. 7, p. 53-67. set. 2007.

RABINOVICK-BERKMAN, Ricardo. **Responsabilidad del médico**. Buenos Aires: Astrea, 1999.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Responsabilidade Civil por Erro Médico: esclarecimento/consentimento do doente. **Data Venia**, ano 1, n. 1, p. 6-26, jul./ dez. 2012.

RIBEIRO, Ricardo Lucas. **Obrigações de meio e obrigações de resultado**, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SADOCK, Benjamin James. **Compêndio de psiquiatria**: ciências do comportamento e psiquiatria clínica, 9. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 697.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o ônus da prova nas acções de responsabilidade civil médica. In: AA. VV. **Direito da Saúde e Bioética**. Lisboa: AAFDL, 1996, p. 121-144.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único, 7. ed. Rio de Janeiro ; São Paulo: Forense ; Método, 2017.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**, 7. ed., Coimbra: Almedina, 2011. v. 2.

A VELHICE E A LACUNA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM PREVENÇÃO PELO SUS

Natalia Carolina Verdi[*]

Palavras-chave: Velhice. Políticas Públicas. Prevenção.

A sociedade brasileira possui hoje uma população aproximada de mais de 30 milhões de idosos[1], com estimativas de que até o ano de 2060 serão mais de 66 milhões de pessoas[2] na faixa etária de 60 (sessenta) anos ou mais, segundo o IBGE.

A idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos é a que define no Brasil a chegada da velhice segundo o Estatuto do Idoso[3], vez que o normativo legal disciplina uma série de especificidades à parcela da população considerada frágil pelas peculiaridades adquiridas com a passagem do tempo pelos sexagenários.

A velhice não pode ser considerada como um sinônimo de doença, já que a idade elevada não deve servir como rótulo para que as pessoas mais velhas sejam vistas ou taxadas como doentes, principalmente porque há inúmeras pessoas com 60 (sessenta) anos ou mais que vivem anos de suas longas vidas fazendo uso diário de medicamentos, realizando tratamentos em saúde e mesmo assim se autoconsideram como saudáveis e vivendo melhor.

Todavia, considerada a projeção do IBGE, com a população sexagenária duplicando nos próximos anos exatamente porque se vive

[*] Especialista em Direito Médico, Odontológico e Hospitalar pela Escola Paulista de Direito, especialista em Direito da Medicina pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Mestranda em Gerontologia pela PUCSP, autora do Blog Direitos do Longeviver junto ao site Portal do Envelhecimento, Professora convidada de cursos de Pós-Graduação e Palestrante nas áreas do Direito e da Gerontologia.

[1] PADARELLA, Rodrigo. Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. **Agência IBGE Notícias**, Brasília, 26 abr. 2018. Estatísticas Sociais. Disponível em: <http://bit.ly/2N2GLmH>. Acesso em: 28 maio 2018.

[2] LEAL, Luciana Nunes. População idosa vai triplicar entre 2010 e 2050, aponta publicação do IBGE. **Estadão**, São Paulo, 29 ago. 2016. Brasil. Disponível em: <http://bit.ly/2w3CrgB>. Acesso em: 28 maio 2018.

[3] BRASIL. Lei Federal n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, 3 out. 2003, p. 1.

mais e se vive melhor, fato é que a passagem dos anos traz consigo algumas implicações de significativa relevância, as fragilidades da velhice, tornando como absolutamente necessários seus enfrentamentos e suas reflexões pelo universo jurídico, por parte daqueles se propõem a estudar e a direcionar o futuro destas questões.

Dentro desta relevância, nos atentemos às questões relacionadas às situações cada vez mais comuns, trazidas pelo passar dos anos, nas quais inúmeras fragilidades advindas da longevidade impossibilitam um cidadão já considerado idoso de exercer por si os atos diários da vida quando acometido por limitações que o impedem de efetivar por si, toda e qualquer vontade própria.

Com a existência destas limitações, surge o que chamamos de incapacidade, que poderá ser absoluta ou relativa, a depender do grau de comprometimento da concretização da própria vontade[4] ao estar impossibilitada a prática de atos por si.

Configurada uma situação de comprometimento da própria vontade, seja ela absoluta ou relativa, o ordenamento jurídico prevê como medida de efetivação dos atos que se fizerem necessários o procedimento de jurisdição voluntária denominado de curatela, muitíssimo comum na atualidade, exatamente porque a longevidade é fato inconteste, mas sem que se possa dele fazer uso indiscriminado.

O ordenamento vigente estabelece, dentre outros, como sujeitos à curatela, aqueles que por causa transitória ou permanente[5] não puderem exprimir suas vontades, ou seja, aqueles que acometidos por males em saúde encontrarem-se privados de exteriorizar e/ou de efetivar, por si, seus próprios desejos.

Para a interposição da ação de curatela, a legislação vigente estabelece um rol de legitimados, a saber: cônjuge ou companheiro, parente ou tutor, representante da entidade na qual aquele que se encontre impossibilitado de expressar suas vontades esteja internado/institucionalizado, ainda que transitoriamente, o Ministério

[4] BRASIL. Lei Federal n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 4º, inciso III. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, 11 jan. 2002, p. 1.
[5] Ibid., Artigo 1.767, inciso I.

Público[6], sem que nos esqueçamos de que, em algumas situações, a própria pessoa também poderá desejar a nomeação de um curador a fim de que um desejo seu seja efetivado por terceiro, já que aquele que assim o deseja não pode realizar o ato por si próprio.

A ação de curatela é medida extrema, vez que reflete em uma significativa redução da autonomia daquele que é curatelado, o que muitas vezes implica em uma efetiva cassação de seu poder de escolha, já que passará a agir por intermédio daquele que o representa, nomeado judicialmente como seu curador, o qual nem sempre fará o que aquele que é curatelado efetivamente gostaria que fosse feito, ainda que delimitados e estabelecidos seus atos por uma sentença judicial.

Para a efetivação da curatela pretendida, respeitados os preceitos legais para seu fundamento e sua legitimidade, é fundamental a elaboração de parecer técnico, já que mediante a realização de perícia, feita por aquele que detém conhecimento técnico a fazê-la, se confirmará ou se afastará o alegado comprometimento daquele que se pretende ter como curatelado.

Este parecer poderá, inclusive, ser elaborado por equipe multidisciplinar[7], caso a situação evidencie esta necessidade, a fim de que a efetiva capacidade de gestão sobre a própria vida em questão seja averiguada, evitando-se eventuais nulidades ou anulabilidades de sentença[8].

Na elaboração destes laudos periciais, os profissionais que realizam a perícia a fim de auferir o grau de comprometimento daquele que se pretende ter a curatela decretada, delimitarão sobre um comprometimento absoluto ou relativo.

---

[6] BRASIL. Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Artigo 747, incisos I-IV. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, 17 mar. 2015, p. 1.

[7] SÁ, Renato Montans de. **Manual de Direito Processual Civil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 688.

[8] A jurisprudência pátria já decidiu que não há como substituir o laudo pericial, vez que "é imprescindível que o exame médico resulte em laudo pericial fundamentado, no qual deverão ser examinadas todas as circunstâncias relacionadas à existência da patologia do interditando, bem como a sua extensão e limites. Inteligência do art. 1.183, "caput", do CPC/73. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial º 1685826-BA, Terceira Turma. Relatora; Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de setembro de 2017. **Diário de Justiça eletrônico**: 26 set. 2017).

Nesta situação, alguns questionamentos são observados (genéricos, específicos, capacidades funcionais e capacidades de controle da vontade e do impulso)[9], ponderando-se o caráter extremo da medida de curatela que será declarada com o preenchimento dos apontamentos dispostos no laudo, de maneira irretocável a comprovar o grau de comprometimento daquele que se pretende ver como curatelado.

Com o envelhecimento populacional e diante de muitos casos em que se questiona a respeito de uma possível ação de curatela, a ponderação e a impossibilidade da procedência de uma ação de curatela vão além do fato de ser cada vez mais comum pessoas somarem anos às suas vidas sem a presença de suas famílias ou de qualquer ente mais próximo, vez que os idosos acabam muitas das vezes morando sozinhos em suas residências ou em instituições de longa permanência por não possuírem mais nenhum laço afetivo ou qualquer grau de parentesco com qualquer daqueles ditos como legitimados a propor a ação de interdição pela curatela ou simplesmente porque assim o desejam.

A ponderação e a impossibilidade no tocante à interposição da ação de curatela e à sua procedência advêm da realidade de ser também uma constante o fato de que as pessoas estão envelhecendo e adquirindo fragilidades comuns à velhice, limitações decorrentes de complicações e de comprometimentos físicos, advindos do passar dos anos, sem que nenhum deles lhes afete o poder de decidir sobre o que querem ou sobre o que não querem para si, já que não há nenhum comprometimento cognitivo em muitos dos casos daquelas pessoas que são consideradas e taxadas como velhas, já que são saudáveis e vivem muito bem com a realidade que as cerca, as compreendendo muito bem.

Diante destas situações, surge como reflexo o crescente número de idosos que a cada dia fica cada vez mais isolado em suas residências e que, quando eventualmente acionados judicialmente para que se apure a possibilidade de serem curatelados para que lhes sejam nomeados um curador, ao serem avaliados pelo perito ou pela equipe multidisciplinar, são

[9] LIMA, Mauro Gomes Aranha de. Quesitos para avaliação de incapacidade civil relativa ou absoluta. **Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis, do Idoso e da Pessoa com Deficiência**, São Paulo, [20-?]. Disponível em: <http://bit.ly/2MLU65U>. Acesso em: 28 maio 2018.

diagnosticados como sem qualquer comprometimento de capacidade e com a autonomia totalmente preservada, a qual deve e precisa ser respeitada.

Em algumas incontáveis situações, um vizinho ou um conhecido acaba acionando o Ministério Público ou a Defensoria Pública[10] mais próximos porque há perto deles alguém de idade elevada que não têm mais família que por essa pessoa se responsabilize, mostrando-se uma preocupação com aquele identificado e definido como idoso frágil e dependente.

Assim, interposta a ação de curatela, respeitados todos os seus trâmites e comprovado que não há razão para procedência do pleiteado, surge então uma grande emblemática: como proteger aquele que, em idade elevada, tem a cognição preservada, comprovada por laudo pericial e chancelada por uma sentença transitada em julgado, que deve ter sua autonomia respeitada, principalmente em acatamento ao princípio da dignidade da pessoa humana que lhe é constitucionalmente assegurado[11], mas que pelas limitações advindas com a idade está sujeito a sofrer uma queda, em decorrência de não conseguir mais se locomover sem grandes esforços, por exemplo, e que acabará gerando custos ao Sistema Único de Saúde ao cair em sua residência na prática das atividades diárias?

Pensemos em um idoso que tem limitações físicas, por exemplo, o qual, além de ter o amparo do Estatuto do Idoso[12], tem o respaldo jurídico do que disciplina o Estatuto da Pessoa com Deficiência[13], normativo legal que desde seu advento explicitou de maneira taxativa que a curatela aos deficientes afetará tão somente os atos relacionados

---

[10] A jurisprudência pátria já admitiu a legitimidade da Defensoria Pública para promoções de ações de interdição, referendando seu entendimento no sentido de que o órgão, "no exercício de sua função atípica, busca defender direito fundamental de pessoa idosa em situação de vulnerabilidade, o que se insere nas suas funções institucionais e constitui um dos seus objetivos, tudo na esteira da cláusula geral de tutela da dignidade humana" (RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (Estado). Apelação Cível n.º 0253955-37.2012.8.19.0001, Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Camilo Ribeiro Rulière. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 2015. **Diário de Justiça do Estado**: 2 mar. 2015).

[11] BRASIL. Constituição (1988). Artigo 1º, inciso III. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

[12] BRASIL, 2003.

[13] BRASIL. Lei Federal n.º 13.146, de 6 de julho de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, 7 jul. 2015, p. 2.

aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não havendo, portanto, que se cogitar em uma interdição e uma nomeação de curador para gerir, por exemplo, os cuidados da vida diária desta pessoa.

Imaginemos então, de acordo com o exemplo, que essa pessoa em questão, com 80 (oitenta) anos, tem movimentos lentos e passos curtos porque há alguns anos sofreu um acidente de automobilístico e teve um encurtamento de membros, mora sozinha e não tem mais nenhum familiar vivo ou próximo.

Em decorrência desse quadro, foi acionado judicialmente porque um vizinho, preocupado com uma eventual queda deste idoso na prática de suas atividades pessoais diárias, procurou pelo Ministério Público mais próximo para a interposição de uma ação de curatela.

No decorrer da ação foi constatado por uma junta de peritos que este idoso não tem nenhum comprometimento de cognição e ele, por si, decidiu que quer continuar morando sozinho e realizando suas tarefas diárias, dentro de seu ritmo e com suas limitações, vez que diante do que se evidencia possibilitam que ele se autoconsidere saudável, sem que nenhum problema exista nisso.

Na somatória dos fatos e de acordo com o que prevê a legislação vigente, sua autonomia deve ser preservada, não havendo que se falar em nomear-lhe curador algum ou em suprimir sua autonomia sob qualquer ordem, e assim ele permanece, morando sozinho, sem a presença ou a ajuda diária de quem quer que seja.

Passados alguns meses do término desta ação, este idoso que manteve sua rotina da forma como melhor entendeu, não tem um plano de saúde e sofre uma queda no apartamento onde reside. É encontrado depois de dois dias da queda no banheiro de sua residência e levado ao pronto atendimento de um hospital mais próximo, com o custeio pelo SUS – Sistema Único de Saúde de todos os tratamentos e os cuidados necessários à melhora de seu complicado quadro em saúde.

Em decorrência da queda e das complicações adquiridas em virtude da demora para que fosse encontrado em sua residência, precisou ser hospitalizado, e acabou indo para a ala da Unidade de Terapia Intensiva, tudo custeado pelo Sistema Único de Saúde, apresentando quadro de pneumonia e inúmeras outras complicações, inclusive a

quebra dos ossos da bacia, em decorrência do tombo sofrido no banheiro de seu apartamento.

Por ter sua autonomia preservada e não ter sido previamente amparado pelo Poder Público que, ciente de sua cognição preservada, mas também de sua redução de independência pelos fatores correlatos à idade, este exemplo leva a uma reflexão que a todos toca: qual é o valor despendido pelo Sistema Único de Saúde em prol deste idoso que não pode ser curatelado e institucionalizado porque não tinha comprometimento cognitivo algum e porque não era de sua vontade ter alguém que dele cuidasse, optando por morar sozinho, com esta vontade respeitada como reflexo de sua autonomia? Por que não se pensou em nenhuma minimização de custos ao longo de toda esta história tão comum por todo o país com tantos idosos que vivem esta realidade e que caem, sofrem contusões e são acometidos de tantas fragilidades por todo o país?

A justiça brasileira, no que se refere ao Sistema Único de Saúde, considera como finitos os recursos financeiros disponíveis a custear as infinitas as tecnologias diuturnamente disponíveis na área médica e da saúde.

Por esta razão, tem traçado paradigmas para nortear decisões com a estruturação de Câmaras Técnicas nos Tribunais, por exemplo, cujos entendimentos tem como objetivo estabelecer o norte a ser seguido em cada caso, de formar a mostrar-se bastante preocupada com a crescente judicialização em saúde[14], objetivando delimitar e estabelecer condições para que haja a procedência do que se entende como devido, dentro de tudo aquilo que eventualmente se judicialize.

A questão exemplificada com relação ao idoso está fora deste contexto diretamente, mas na mesma esteira de gastos impactará a concretização das despesas despendidas por aquele que não quis ser cuidado por alguém porque se considerava em condições de ser autocuidado e que teve, acertadamente, esta sua autonomia preservada.

Pensemos a emblemática à ótica da Constituição Federal, que estabelece em seu artigo 196 que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, **garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem**

[14] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.657.156, Primeira Seção. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 25 de abril de 2018. **Diário de Justiça eletrônico**: 4 maio 2018.

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" (grifo nosso).

Tomamos a liberdade de frisar a parte do citado dispositivo porque consideramos que é a que melhor ampara a situação exemplificada, contextualizado o caso em questão ao referido diploma legal, o mesmo que norteia os gastos do Poder Público e que preocupa tantas autoridades judiciárias, Brasil afora.

No caso do idoso, por óbvio que não há de se aventar a possibilidade de não se realizar a prestação de todo o tratamento necessitado por ele, em observância à ordem cronológica disposta quando vier bater às portas do Sistema Único de Saúde e buscar pelo tratamento que se fizer necessário à melhoria do quadro que apresente.

A questão é sobre o necessário alargamento reflexivo sobre os valores que serão despendidos por ele que, ao fazer uso da Unidade de Terapia Intensiva e se for o caso, se precisar de assistência médica de larga escala após sua alta hospitalar, por exemplo, continuará a ter o Estado como fonte pagadora e responsável por garantir-lhe o amparo extra-hospitalar, como na prestação de um serviço de *home care*, por exemplo.

Indaga-se, portanto, porque este mesmo Estado, que tem o dever de garantir uma política social preventiva, que efetive a redução do risco da queda deste e de tantos outros idosos na mesma condição, optou por silenciar e elevou os índices de gastos despendidos pelos cofres públicos que poderiam minimamente ser contidos?

É simples: porque a velhice, indiscutivelmente, depara-se, diuturnamente, com uma lacuna de políticas públicas preventivas pelo Sistema Único de Saúde.

Esta prevenção se efetivaria caso o Estado tivesse, por exemplo, para o caso em questão e para tantos outros, algum ditame público pré-estabelecido como norma, ainda que a título de sugestão, para os casos em que idosos nas condições descritas no exemplo, que se negam a sair de suas casas, que permanecem morando sozinhos, por respeito à autonomia e à dignidade humana que lhes são inerentes, que têm restrições de movimentos, colocando em risco a sua própria integridade, ao sofrerem acidentes caseiros, tão comuns nesta faixa etária, estivessem minimamente respaldados.

As quedas e as demais fragilidades da velhice, tão carentes de políticas públicas preventivas por parte do Sistema Único de Saúde, acabam, faticamente, desencadeando infinitas despesas médico-hospitalares, como no caso exemplificado, em decorrência das inúmeras complicações e das necessidades de alto custo a serem custeadas pelos cofres públicos.

O que a realidade nos revela é que a legislação possui uma lacuna que necessita urgentemente ser preenchida, de forma a preservar-se a integridade de todos os idosos, já que sua autonomia nestes casos deve e precisa ser preservada e respeitada, e a atenuarem-se os gastos a incidir ao Sistema Único de Saúde, já que a constatação fática é a de que o Poder Público, simultaneamente.

Deparamo-nos, diariamente, com avanços nas áreas da farmacologia, da medicina e da saúde em geral que farão surgir cada vez mais pessoas nas condições como a exemplificada, já que fazendo uso do que lhes for prescrito, com o amparo financeiro do Sistema Único de Saúde, os idosos terão sua autonomia e sua cognição cada vez mais preservadas, mas em contrapartida se tornarão cada vez mais dependentes das consequências que podem advir das situações em que passem a sofrer com a perda da independência que imaginam ter com relação ao próprio corpo, tão natural com a chegada de idades mais avançadas, e da ausência de recursos públicos para custear esta somatória.

A dignidade humana, amplamente alardeada e perseguida, perder-se-á de vista e de concretude a todo aquele que, por vivenciar alguns anos a mais, deparar-se-á com um Poder Público que deixa de agir em caráter preventivo e que continua apenas a pulverizar os gastos promovidos com o pagamento de sua própria omissão.

Como se falar em manutenção de uma autonomia, absoluta como deve ser, caso não haja uma reformulação de condutas e uma reestruturação de atitudes com relação a esta lacuna, reflexo de uma realidade tão latente, referente a uma ausência de políticas públicas preventivas para a promoção da saúde e a prevenção das doenças de todos os brasileiros que vivem, e que por viverem, envelhecem?

Hoje há uma realidade em que existe a opção de escolha sobre morar sozinho, como garantia e reflexo de uma autonomia, a qual se perde a partir do momento em que não há verba estatal para custear o

necessário em saúde quando um acidente acontece por exemplo. Aquele que viveu mais tem sua autonomia tolhida ao deparar-se com filas intermináveis de processos, todos buscando do Estado uma verba para custear tratamentos, medicamentos e procedimentos, decorrentes de situações muitas vezes possivelmente evitáveis, caso políticas preventivas existissem e fossem eficientes.

Afirma-se isso porque o idoso, vitimado pelas consequências de uma queda, acometido por um câncer ou por qualquer demência, tão comum às idades mais elevadas, como o Alzheimer, acabará por sofrer restrições à sua autonomia quando os custos de sua efetivação acabar por impactar na impossibilidade de que ela seja ratificada ao ser buscada nos cofres públicos, já que os recursos para qualquer tratamento são escassos, ainda que as alternativas para qualquer decisão e a concretização de qualquer escolha, sejam muito maiores.

A saúde passa a ser tratada da forma contenciosa como é na maioria das vezes, um direito de poucos em detrimento de muitos, ainda que continue a ser um dever do Estado, de forma inquestionável pelo que dispõe a Magna Carta.

Torna-se absolutamente necessário alargar-se a discussão e fazer algumas ponderações, ainda que soem, em um primeiro momento, como uma realidade distante, mas lembrando-se que sempre será necessário um ponto de partida para algo que se pretende ver mudar.

A saúde é um direito social[15], cuja competência comum pelo cuidado compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios[16].

Ao Sistema Único de Saúde como meio de efetivação desta garantia e reflexo desta competência, compete incrementar, em sua área de atuação, o seu desenvolvimento científico e tecnológico e a sua inovação[17].

A somatória destes vetores constitucionais nos leva à algumas conclusões na tentativa de direcionar à uma possível solução a ser disseminada em nossa realidade social.

[15] BRASIL, 1988, Artigo 6º.
[16] Ibid., Artigo 23º, inciso I.
[17] Ibid., Artigo 200, inciso V.

Não há como dissociar a responsabilidade pela promoção de saúde e pela prevenção de doenças de nenhuma unidade de saúde pública, seja ela municipal, estadual, distrital ou federal, o que torna irretocável a conclusão de que a integração dos avanços científicos e tecnológicos em saúde deve andar de mãos dadas com todas as pessoas jurídicas de direito público.

Os avanços científicos e tecnológicos, cuja divulgação e utilização são rotineiramente atrelados às parcelas da população com maior poder aquisitivo, se usados em prol dos menos favorecidos e de uma maior parcela da população, quebrando-se este paradigma, acabará por impactar na redução dos custos despendidos em saúde por todos os órgãos públicos em prol de seus usuários.

No exemplo do idoso que reside sozinho e que precisa ter sua autonomia respeitada sem que isso tenha grandes impactos financeiros ao Sistema Único de Saúde, caso ele venha a sofrer uma queda como a exemplificada, é de se cogitar a hipótese nada impossível de que a unidade básica em saúde que deste idoso seja mais próxima, possa acompanhar sua rotina de vida por meio de aplicativos tecnológicos que podem ser inseridos à vida desta pessoa sem que isso lhe tolha ou reduza a autodeterminação, tão relevante enquanto valor de vida.

Uma possibilidade para isso seria o uso de uma pulseira, por exemplo, a qual por intermédio de um programa de computador, ligado à unidade básica em saúde mais próxima da casa deste idoso, acionasse um dispositivo no caso de haver uma queda dele em sua residência, enviando ajuda o mais rápido possível, o que, indiscutivelmente, minimizaria em muito os custos despendidos pelo Poder Público, diante do que mencionamos ao longo deste trabalho.

A ideia é apenas uma dentre tantas outras que podem ser efetivamente concretizadas a partir do momento em que o Poder Público assumir para si mais do que o ônus pelos pagamentos das despesas decorrentes de complicações em saúde, mas também a responsabilidade pela atuação preventiva em promover o bem estar de todos, entendendo esta atitude como diminuição das próprias despesas e uma melhora na qualidade de vida e da longevidade comprovada de todos.

Não há que se falar em curatela daquele que tem a autonomia preservada, já que isso lhe fere de maneira indubitável a dignidade

enquanto pessoa humana, assim como não há de se anuir ao veto das alternativas preventivas em saúde àquele que viveu alguns anos a mais, simplesmente porque o Estado[18], responsável pelo seu bem-estar, deixou de agir preventivamente e não promoveu o necessário, vindo a tolher-lhe posteriormente as escolhas quando subsidiará recursos tão ínfimos diante de já constatadas complicações em saúde.

O preço por viver mais deve ser sempre o de viver melhor, e não apenas o que se vive hoje, já que ainda que se afirme não ter a saúde preço, mas ter custo, a verdade é a de que há os dois. Incide àqueles que vivem mais o reflexo de pagar um preço alto demais a um custo passível de privar-lhe a autonomia, simplesmente porque aquele que deveria agir preventivamente o coloca, diuturnamente, em filas intermináveis de espera e ainda alega que suas despesas, algumas vezes decorrentes de suas escolhas conscientes em preservação à sua autonomia, são altas demais.

Assim, como entendimento a ser difundido cultural e socialmente, necessário se faz compreender que a consciência sobre a prevenção, sua dimensão e seus impactos, é a que faz do mundo um lugar onde seja possível projetar-se um futuro, lembrando que este futuro, inevitavelmente trará consigo a velhice, que precisa e merece ser respeitada em toda a sua integralidade e magnitude, sem que se pague pelo tempo vivido com a supressão da própria autonomia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei Federal n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, 11 jan. 2002, p. 1.

BRASIL. Lei Federal n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, 3 out. 2003, p. 1.

BRASIL. Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, 17 mar. 2015, p. 1.

[18] BRASIL, 2003, Artigo 3º.

BRASIL. Lei Federal n.º 13.146, de 6 de julho de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, 7 jul. 2015, p. 2.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.657.156, Primeira Seção. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 25 de abril de 2018. **Diário de Justiça eletrônico**: 4 maio 2018.

PADARELLA, Rodrigo. Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. **Agência IBGE Notícias**, Brasília, 26 abr. 2018. Estatísticas Sociais. Disponível em: <http://bit.ly/2N2GLmH>. Acesso em: 28 maio 2018.

LEAL, Luciana Nunes. População idosa vai triplicar entre 2010 e 2050, aponta publicação do IBGE. **Estadão**, São Paulo, 29 ago. 2016. Brasil. Disponível em: <http://bit.ly/2w3CrgB>. Acesso em: 28 maio 2018.

LIMA, Mauro Gomes Aranha de. Quesitos para avaliação de incapacidade civil relativa ou absoluta. **Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis, do Idoso e da Pessoa com Deficiência**, São Paulo, [20-?]. Disponível em: <http://bit.ly/2MLU65U>. Acesso em: 28 maio 2018.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (Estado). Apelação Cível n.º 0253955-37.2012.8.19.0001, Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Camilo Ribeiro Rulière. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 2015. **Diário de Justiça do Estado**: 2 mar. 2015.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de Direito Processual Civil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial º 1685826-BA, Terceira Turma. Relatora; Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de setembro de 2017. **Diário de Justiça eletrônico**: 26 set. 2017.

O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS X ORTOTANÁSIA

Viviane de Carvalho Singulane[*]
Cristiane de Carvalho Singulane[*]
Thiago Mamede Lima Parreira[*]

RESUMO: O presente artigo trata de um breve estudo de três princípios fundamentais consagrados pela Carta Magna, quais sejam: direito à vida, direito à liberdade e direito à saúde com dignidade, bem como o conflito destes com a terminalidade da vida, em especial com a ortotanásia. Desta forma, analisaremos algumas hipóteses de conflitos entre tais princípios fundamentais diante do diagnóstico de um quadro clínico irreversível, analisando a possibilidade da prática da ortotanásia.

Palavras-chave: Direto à vida. Direito à liberdade. Direito à saúde com dignidade. Ortotanásia.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo a análise direita de fundamentais presentes no contexto das situações clínicas irreversíveis, aplicando-se a ponderação entre o direito à vida, direito à saúde com dignidade e o direito à liberdade, verificando-se em tais casos a possiblidade da aplicação da ortotanásia.

[*] Advogada, OAB/MT nº 15.864, graduada em direito em 2011, na Universidade de Cuiabá – UNIC, pós-graduanda de Direito Médico pela Faculdade Verbo Educacional e aluna especial de Pós-Graduação em Saúde Coletiva na Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Endereço eletrônico: vi_singulane@hotmail.com.

[*] Cardiologista Clínica, pela Faculdade de Medicina de São Joé do Rio Preto – FAMERP – Hospital de Base, com título conferido pela Sociedade Brasileira de Cardiologia (SBC) e Associação Médica Brasileira (AMB) nº 171.818, com subespecialidade em Ecocardiografia Adulto.

[*] Advogado, graduado pela Universidade de Cuiabá, OAB/MT nº19.809, sócio proprietário do escritório Parreira & Migueis Advogados.

Com efeito, cumpre destacar que Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à vida como valor supremo do ordenamento jurídico brasileiro, constituindo-o como pressuposto fundamental à existência de todos os demais ramos infraconstitucionais existentes.

Noutro giro, a Carta Magna dispõe de forma expressa a dignidade da pessoa como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo este inerente a todos os seres humanos, não sendo possível renunciar ou alienar, de forma que sua essência contém a base de todas outras as normas do ordenamento jurídico atual.

Nesse contexto, denota-se que é possível que o paciente busque o direito de viver, o direito de saúde e o direito à dignidade, bem como que tais direitos sejam garantidos em conjunto, qual seja um direito à vida saudável e digna.

Assim, imaginemos a situação de um paciente não possuir mais a possibilidade de cura para sua doença, pressuponha ainda que esteja sendo ministradas intervenções que impeçam que a sua morte ocorra de forma natural, o que em muitos casos pode prolongar a dor e o sofrimento do doente.

Desse modo, com escopo de impedir tratamentos que tragam ao paciente mais dores que apenas prorrogariam à espera da sua morte, deve ser concedido ao mesmo o direito de morrer com dignidade.

Desta feita, o direito à morte digna manifesta-se da ponderação entre os direitos à vida, à dignidade e à liberdade, com base na análise do caso em tela.

Destarte, é a partir do direito de morrer com dignidade que a prática da ortotanásia é autorizada, podendo ser considerada como morte correta, ou ainda, a morte que acontece no tempo certo, não submetendo o paciente a tratamentos cruéis e degradantes com objetivo de estender a morte já prevista e certa, nos casos em que não há possibilidade alguma de reverter o quadro clínico do paciente.

Diante do explanado, o presente artigo abordará os conflitos entre os direitos fundamentais e a ortotanásia, sob a análise do direito de morrer com dignidade.

2 DO DIREITO À VIDA

De acordo com o dicionário *online* Michaelis vida possui o seguinte significado:

> 1. Atividade interna substancial por meio da qual atua o ser onde ela existe; estado de atividade imanente dos seres organizados. 2. Duração das coisas; existência. 3. União da alma com o corpo. 4. Espaço de tempo compreendido entre o nascimento e a morte do ser humano. 5. Espaço de tempo em que se mantém a organização dos seres viventes. 6. Animação em composições literárias o u artísticas. 7. Maneira de viver no tocante à fortuna ou desgraça de uma pessoa ou às comodidades ou incomodidades com que vive. 8. Estado da alma depois da morte. 9. Ocupação, emprego, profissão. 10. Alimentação, subsistência, sustento, passadio. 11. Condições para viver e durar; vitalidade. 12. Princípio de existência de força; condições de bem-estar, vigor, energia, progresso. 13. Expressão viva e animada, animação, entusiasmo. 14. Causa, origem. 15. Sustentáculo, apoio principal, fundamento, essência. 16. O que constitui a principal ocupação, o máximo prazer, a maior afeição de alguém.[1]

Dessa maneira, nota-se que a vida é uma palavra com inúmeros significados, todavia, podemos afirmar que a vida é o decurso de tempo entre o nascer e o morrer.

De acordo com Almeida:

> Viver não é a mesma coisa que estar vivo. Viver engloba o conjunto dos elementos que compõem o ser humano, enquanto estar vivo remete apenas ao elemento biológico estar vivo não é igual a viver. Viver engloba o conjunto

[1] MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://bit.ly/2PsqngP>. Acesso em: 10 jun. 2018.

> dos elementos que compõem o ser humano, enquanto estar vivo remete apenas ao elemento biológico.[2]

Portanto, um ser humano pode estar vivo devido aos instrumentos que o mantenham estável, ou seja, possuir seu estado biológico equilibrado, no entanto, sem apresentar algum componente psicológico ou social, visto que seu quadro clínico é diagnosticado como imutável.

Diante de tal fato, a manutenção do suporte de tais ferramentas que mantêm a pessoa viva se motiva apenas pelos desígnios dos seus familiares.

Nesse diapasão, nos cabe a reflexão acerca da obrigatoriedade da vida.

Qual seja, perante a interpretação constitucional, a vida é considerada um bem inviolável, contudo, seria um bem disponível?

Para Azevedo e Ligiera:

> Não há como negar a disponibilidade da vida, a própria Constituição assim dispõe. Embora se reconheça que a vida é um bem supremo e o direito natural proíba o ser humano de renunciar à própria vida, a Magna Carta prevê a privação da vida.[3]

Nesse liame, pode-se inferir que o direito à vida se altera para o dever de estar vivo, subtraindo por vezes do paciente o direito de libertar-se da dor que na maioria das circunstâncias é muito intensa.

Desta feita, uma vida de dor é capaz de perder o sentido ao seu titular, que está condenado a viver o resto dos seus dias sofrendo.

Desta forma, o direito à vida, como garantia fundamental de forma indisponível, conforme garantido pela Carta Magna englobaria o direito à saúde e a existência da saúde com digna, resguardando a integridade física e a integridade moral da pessoa.

---

[2] ALMEIDA, A. J. T. de. A ortotanásia e a lacuna legislativa. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça.; LIGIERA, Wilson. Ricardo. (coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

[3] AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). **Direitos do paciente.** São Paulo: Saraiva, 2012.

Assim, a indisponibilidade do direito à vida opõe-se, então, algumas barreiras, tendo em vista que se aprofundaria no tocante da dignidade humana.

Questão que nos leva a pensar, até que momento seria exequível a defesa indisponível da vida de um indivíduo que não mais possui conjunturas para uma vida digna, ou de uma vida saudável, ou de uma vida saudável com dignidade, bem como não deseja permanecer em tal estado?

3 DIREITO À SAÚDE COM DIGNIDADE

O direito à saúde representa um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo classificada como dever do Estado e direito de todo o cidadão.

Nessa senda, verifica-se que o direito à saúde se manifesta em conjunto com o direito à vida e com o da dignidade da pessoa humana.

Nos moldes da Carta Magna, a saúde deve ser assegurada desde a prevenção até a fase terminal da doença, o que não expressa em suportar de forma penosa a todos os meios para a prorrogação da vida, sob pena de violação à dignidade do ser humano.

Neste contexto, pode-se perceber que o direito à vida não é apenas viver, e sim viver com dignidade, com qualidade de vida, com liberdade, com integridade física e moral, dentre muitas outras percepções biológicas inerentes ao ser humano.

Nesse sentido, importante trazer à baila os ensinamentos de Roxana Borges:

> A concepção de dignidade humana que nós temos liga-se à possibilidade de a pessoa conduzir sua vida e realizar sua personalidade conforme sua importa própria consciência, desde que não sejam afetados direitos de terceiros. Esse poder de autonomia também alcança os momentos finais da vida da pessoa. [4]

[4] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges**.** Direito de morrer de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 294.

Lado outro, Cristian Barchifontaine, define a saúde como:

> [...] Em lugar de entender a saúde como mera ausência de doença, propõe-se uma compreensão da saúde como bem-estar global da pessoa: bem-estar físico, mental e social. Quando se acrescenta a esses três elementos a preocupação com o bem-estar espiritual, cria-se uma estrutura de pensamento que permite uma revolução em termos de abordagem do doente crônico ou terminal.[5]

Portanto, nota-se que a há uma nova roupagem do conceito de saúde que atualmente traz em seu conteúdo uma percepção do bem-estar do ser humano em todo suas percepções, e não apenas o de mera ausência de doença, do qual pode-se relacionar a prática da ortotanásia com o objetivo de eliminar a dor e do sofrimento do paciente que possui uma doença terminal visando proporcionar ao mesmo um fim de vida digno.

4 DIREITO À LIBERDADE

O direito à liberdade encontra-se amparado no artigo 5º, da Constituição da República de 1988 dispondo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade da igualdade e liberdade.

Tal direito está diretamente ligado com a autonomia de vontade das partes, ou seja, com suas escolhas pessoais, protegendo assim capacidade de tomar decisões do ser humano, bem como o poder de decidir seus caminhos de forma livre e desimpedida, desde que os direitos alheios sejam respeitados.

Deste modo, percebe-se que há liberdade plena do ser humano de buscar realização de suas vontades, desde que estas não prejudiquem liberdades individuais alheias, ainda que tais vontades sejam expressadas no estágio final de sua vida.

De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira:

[5] BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. A dignidade no processo de morrer. In.: _____.; PESSINI, Leocir. **Bioética**: alguns desafios, 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 292.

> [...] quando a Constituição previu o catálogo aberto de direitos fundamentais, para que a pessoa encontre a melhor forma de se realizar, pode-se entender como implícita a liberdade de dispor do próprio corpo." E prossegue, sintetizando que o se o corpo humano se constitui em "espaço de autonomia, a liberdade de dispor do próprio corpo deve ser a regra e suas limitações são exceções, pois os conceitos de saúde, liberdade e personalidade devem ter a mesma direção.[6]

Nota-se assim, que o direito à liberdade como qualquer outro direito não dever ser violado, inclusive o direito à autonomia sobre o próprio corpo.

Desta forma, ainda que diante de situações de doenças terminais que incluem o processo do morrer, deve ser resguardada a liberdade de autonomia de vontade daquele que busca ter um término de vida digna, assim dito, como o direito de morrer dignamente, não se impondo ao paciente tratamentos prolongados sem perspectiva de melhora ou de cura, sem consciência, sendo mantido vivo devido aos aparelhos de forma inútil e lenta, devendo no entanto, os profissionais da saúde ministrar as medicações paliativas para amenizar as dores dos pacientes.

Outrossim, o Código de Ética Médica elenca que a autonomia da vontade do paciente deve ser respeitada, sendo vedado ao médico o desrespeito a tais prescrições. Ademais, o aludido Código de Ética Médica permite a possibilidade da ortotanásia, ponderando a sua aplicação com a dignidade da pessoa humana.

Assim, nota-se que apesar do paciente estar em estágio terminal o mesmo ainda é sujeito de direitos e deveres, possuidor de autonomia e vontade, devendo, portanto, tal disposição ser respeitada pela equipe médica e por seus familiares.

---

[6] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: _____.; DADALTO, Luciana. **Dos hospitais aos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

5 A ORTOTANÁSIA

A palavra “Ortotanásia” etimologicamente significa "morte correta", cujo *orto* = certo e *thanatos* = morte.

Com efeito, pode-se entender que a ortotanásia é o não prolongamento artificial do processo da morte, em que o médico, deixa de aplicar tratamentos extraordinários ou ainda vistos como desnecessários, que somente ofertariam dores e sofrimentos ao paciente, sem, contudo, realizar melhoras em seu diagnóstico.

Contudo, de salientar que na ortotanásia o médico não causa a morte direta do paciente, ele apenas suprime tratamentos prolongados que não acrescentariam diferença no quadro clínico do doente terminal. Porém, de se enfatizar que os profissionais da saúde realizam os tratamentos paliativos para que os pacientes não sofram dores extraordinárias ou para que estas sejam amenizadas.

Desta forma, de acordo com a obra de Pessini, pode-se inferir que:

> A morte é algo que faz parte da vida, e procura-se fazer que o paciente em fase terminal e seus familiares enfrentem-na com certa tranquilidade. Nesse processo, há a conjugação do conhecimento ético com o componente técnico. Respeita-se a autonomia do doente e proporciona-se a ele um tratamento paliativo para diminuir sua agonia e seu sofrimento. Ele não é tratado como mero objeto, sujeito ao prolongamento ou à abreviação de sua vida de acordo com as conveniências da família ou as escolhas da equipe médica.[7]

A Organização Mundial da Saúde (OMS) instituiu como cuidados paliativos aqueles que têm por objetivo melhorar a qualidade de vida dos doentes que estejam vivenciando uma doença grave ou incurável, que ameace a vida. O tratamento visa, sobretudo, a prevenção e a diminuição do

[7] PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. **Humanização e cuidados paliativos**. São Paulo: EDUNISC-Edições Loyola, 2004, p. 319.

sofrimento, mas não se restringe às dores físicas, pois é oferecido apoio para enfrentar os problemas psicossociais e espirituais.[8]

Nesse cenário, os profissionais da saúde não devem atuar de forma a promover indistintamente a dor do paciente, causando-lhe o sofrimento desnecessário e insuportável. Muito pelo contrário, estes devem analisar o caso concreto e verificar as reais possibilidades do paciente, evitando assim tratamentos sem utilidades e irrelevantes, a menos que o próprio paciente assim deseje.

Portanto, de uma forma mais aprofundada, verifica-se que a prática da ortotanásia é mais que uma atitude hospitalar, é um ideal, uma luta por dignidade, no qual os ramos da medicina e do direito devem lutar em conjunto.

A ortotanásia encontra-se prevista na Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina, e como já mencionada foi elaborada sob a influência do princípio da dignidade do ser humano.

A referida resolução permite o impedimento ou cancelamento de procedimentos, terapias, medicações e intervenções que prolonguem a vida do doente terminal, no entanto, dispõe que a vontade do mesmo seja aceita e impõe ao médico a obrigação de informar-lhe quais são os tratamentos mais adequados para o caso do paciente, bem como resguarda a este o direito de requerer uma segunda opinião médica.

Admite ainda o direito de o doente continuar a receber cuidados paliativos, que minimizam os sintomas e diminuem a dor e proporciona-lhe a assistência integral, de modo a assegura-lhe mais conforto na fase terminal, sendo-lhe, contudo, permitido o direito de alta hospitalar, caso assim deseje.

Logo, resta nítido que, na ortotanásia, a vida do paciente não é ceivada, nem mesmo prolongada, e sim ocorre naturalmente, sem interferência de tratamentos médicos.

O que se propõe é amparar o paciente, que se encontra debilitado devido à doença e que não pretende ter sua dor prolongada com tratamentos que não lhe darão resultados.

---

[8] WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Cancer control**: knowledge into action: WHO Guide for Effective Programmes: Palliative Care, 12 dez. 2007; Disponível em: <http://bit.ly/2OPfKDG>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Todavia, ainda que haja expressa previsão no Código de Ética Médica este não impede o ingresso futuro de ações judiciais por familiares ou outros legitimados, motivo que que deixa o profissional da saúde privado de amparo maior, devido a tal previsão resguardar o profissional apenas na via administrativa, não o resguardando nas demais esferas da jurisdição.

Diante do explanado, resta cristalino a polêmica e negativa de alguns profissionais de utilizar a aludida prática, questão que pode ser solucionada com a prática das diretivas antecipadas de vontade, que tem como espécies o testamento vital e o mandato duradouro, previstas na Resolução nº 1.995 do CFM.

Nessa senda, o testamento vital é um documento feito por uma pessoa com discernimento, civilmente capaz, com o escopo de firmar as disposições sobre os cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetida quando possuir alguma doença grave, que não lhe possibilite medidas terapêuticas curativas e lhe impossibilite na ocasião de manifestar livremente sua vontade. De se salientar que a referida resolução não dispõe qualquer forma para tal documento, podendo ser registrado em cartório ou ainda ser feito no próprio registro do prontuário médico. Quanto ao mandado duradouro é um documento que dispõe que um terceiro irá decidir acerca das questões inerentes a saúde do paciente no caso de o mesmo não possuir mais o discernimento para tomar suas decisões, logo, nomeia-se um curador para definir sobre qual procedimento poderá ser realizado quando o outorgante estiver acometido por uma doença grave.

Ademais, a Resolução nº 1.995 do CFM dispõe em seu art. 2º:

> Art. 2º: Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.
> § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.[9]

[9] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade. **Diário Oficial da União**,

Portanto, tais institutos são de suma importância para as relações médico-paciente, em especial para os casos de paciente em estágio terminal, pois neste caso o paciente tem a oportunidade de manifestar-se fazendo valer a sua vontade em relação a qual procedimento deseja que seja realizado ou não, bem como para o médico que através de tal instrumento resguarda a sua conduta profissional, demonstrando que no caso em tela foi verificada a vontade do paciente.

O ordenamento jurídico brasileiro não dispõe o direito à vida na condição contrária ao direito à morte, assim, podemos verificar que há possibilidade do respeito ao direito a morte com dignidade, sem dor, no qual se acrescenta ao respeito aos princípios da dignidade da pessoa, da autonomia da vontade e da liberdade do indivíduo.

Para Renata de Lima Rodrigues:

> Diretivas Antecipadas de Vontade são expressão da autonomia do indivíduo, atuando como garantia de que a planificação do ideal de tratamento, cura ou abrandamento da dor de cada um seja integralmente respeitado, evitando possíveis danos a esses aspectos fundamentais da personalidade humana.[10]

De acordo com o posicionamento do STF[11] a ortotanásia é considerada uma conduta criminosa apenas se for exercida de forma arbitrária, aplicando-se o disposto no art. 4º, da Convenção Americana de Direitos Humanos que estabelece "[...] toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral,

---

Brasília, seção 1, 31 ago. 2012, p. 269-270. Disponível em: <http://bit.ly/2MJrmL8>. Acesso em: 22 jun. 2018.

[10] RODRIGUES, Renata de Lima. Diretivas antecipadas: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao próprio corpo, à saúde e à vida digna. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. **Dos hospitais aos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cesar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. **Diário de Justiça eletrônico**, n. 104, 5 jun. 2009.

desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente."[12]

Nesse sentido, se houver doente em estágio terminal, ou seja, doença grave e incurável, com pedido do paciente; no entendimento do STF não há conduta criminosa.

Na ortotanásia, não há a ação de ofender a vida, desta feita, não se pode falar em crime de homicídio, previsto no artigo 121, do Código Penal, logo, não se pode conceituar tal prática em omissão de socorro, nos termos do artigo 135, do Código Penal, vez aqui se trata de paciente em estado irreversível.

Em 2013, o Poder Judiciário de São Paulo deferiu uma advogada o direito de ter a morte digna, o que, nesse caso, significa não passar por tratamento desnecessário caso desenvolva, no futuro, doença irreversível que comprometa a capacidade física e a consciência. A sentença foi proferida pela 2.ª Vara Cível do Fórum João Mendes, que esclareceu em sua decisão:

> [...] não se pretende a morte, obtida mediante intervenção humana, mas sim a vida, com toda a sua dignidade, evitando-se apenas a positivação de procedimentos médico-hospitalares que sabidamente nenhum resultado obterão quanto à recuperação da saúde e reversão do quadro mórbido.[13]

Destarte, ao pensarmos em ortotanásia, não falamos de uma situação onde é permitido que o sujeito faleça por desleixo, ou falta de cuidados.

Quando falamos de ortotanásia, estamos diante de uma situação em que o paciente já recebeu todas as medicações e tratamentos possíveis, contudo, a sua morte é inevitável.

---

[12] BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://bit.ly/2BxvF89>. Acesso em: 22 jun. 2018.

[13] CAMBRICOLI, Fabiana. Justiça autoriza advogada a ter morte digna. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 25 jan. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2LaECDS>. Acesso em: 13 jun. 2018.

Nessa linha de raciocínio, prorrogar algo inevitável e prolongar a vida de um doente que sofre é algo torturante.

Diante do exposto, conclui-se que de que ortotanásia é mais do que uma prática permitida, em muitos casos é a melhor forma aliviar a dor do paciente em estágio terminal, assegurando assim, o princípio da dignidade humana e da autonomia de vontade, devendo portando, ser melhor estudada e aplicada no cotidiano hospitalar.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, na conjuntura do fim da vida, denota-se o conflito entre o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à saúde com dignidade.

Pautando-se pelos requisitos de solução de conflitos, a medida correta, no caso concreto, corresponde em designar uma ponderação entre os direitos fundamentais em análise, determinando-se um princípio de maior valor e relativizando os demais, sem que, contudo, nenhum direito seja completamente anulado.

Portanto, nesta ponderação que surge a prática da ortotanásia, visto que visa a morte no tempo certo, evitando mais dores e sofrimentos ao doente em estágio terminal, atendendo a dignidade do paciente.

Assim, o presente estudo apresentou a possibilidade da prática da ortotanásia nos casos clínicos irreversíveis, como forma de amenizar o sofrimento do doente terminal, bem como de respeitar a autonomia de vontade do mesmo, devendo tal prática ser melhor analisada e estudada pela sociedade e também pela comunidade médica, visando ampliar a sua aplicação e retirar da atualidade as práticas reiteradas de paternalismos médicos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. J. T. de. A ortotanásia e a lacuna legislativa. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça.; LIGIERA, Wilson. Ricardo. (coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://bit.ly/2BxvF89>. Acesso em: 22 jun. 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. A dignidade no processo de morrer. In.: _____.; PESSINI, Leocir. **Bioética**: alguns desafios, 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges**.** Direito de morrer de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cesar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. **Diário de Justiça eletrônico**, n. 104, 5 jun. 2009.

CAMBRICOLI, Fabiana. Justiça autoriza advogada a ter morte digna. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 25 jan. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2LaECDS>. Acesso em: 13 jun. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, 31 ago. 2012, p. 269-270. Disponível em: <http://bit.ly/2MJrmL8>. Acesso em: 22 jun. 2018.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://bit.ly/2PsqngP>. Acesso em: 10 jun. 2018.

PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. **Humanização e cuidados paliativos**. São Paulo: EDUNISC-Edições Loyola, 2004.

RODRIGUES, Renata de Lima. Diretivas antecipadas: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao próprio corpo, à saúde e à vida digna. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. **Dos hospitais aos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: _____.; DADALTO, Luciana. **Dos hospitais aos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Cancer control**: knowledge into action: WHO Guide for Effective Programmes: Palliative Care. 12 dez. 2007; Disponível em: <http://bit.ly/2OPfKDG>. Acesso em: 10 jun. 2018.

MEDIAÇÃO EM CONFLITOS DE SAÚDE: fundamentos teóricos e paradigmas jurídicos

Marcelo Lamy[*]
Danilo de Oliveira[*]
Ivaldo Marques Batista[*]
Ana Laura Mendes Amaral[*]

RESUMO: As ações, os serviços e os produtos de saúde são considerados pelo ordenamento jurídico e constitucional brasileiro um dever estatal, que os deve revestir de universalidade e integralidade. Parte da população, no entanto, sofre dificuldades fáticas para acessar esses serviços e produtos, o que estabelece sério conflito entre o Estado, os prestadores e os usuários. Os usuários, na prática, são compelidos a se socorrer do Poder Judiciário, via que vislumbram como a disponível para assegurar os serviços ou produtos de que necessitam. Ocorre que a judicialização da saúde também caminha para o colapso. Razão pela qual começa a ser discutida e experimentada a possibilidade de se utilizar

[*] Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP). Mestre em Direito Administrativo (USP). Bacharel em Direito (UFPR). Professor Permanente e Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Saúde e Professor da Faculdade de Direito, ambos da Universidade Santa Cecília (Unisanta). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq\Unisanta "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável". Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas e do Observatório dos Direitos do Migrante da Unisanta. Advogado (OAB/SP 122.446). Email: marcelolamy@unisanta.br

[*] Mestre em Direito Humanos (PUC-SP). Bacharel em Direito. Professor de Direito Processual Civil e de Técnicas de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília (Unisanta). Coordenador do Núcleo de Orientação ao Desenvolvimento de TCC da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília (Unisanta). Advogado (OAB/SP 239.628). Presidente da Comissão de Temas Previdenciários da OAB/Santos. Email: direito@danilodeoliveira.com.br

[*] Mestrando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília (Unisanta). Bacharel em Análise de Sistemas e Bacharel em Direito. Especialista em Sistemas de Informação. Professor do Instituto Federal de Educação de São Paulo. Email: ivaldo_marques@yahoo.com.br

[*] Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília (Unisanta). Email: ana-lauraamaral@hotmail.com

instrumentos alternativos de solução de conflitos. Faz-se, no presente texto, uma reflexão sobre princípios e paradigmas jurídicos que tem de ser levados em conta para a construção dos fundamentos teóricos dessas soluções alternativas.

Palavras-chave: Mediação; Resolução Alternativa de Conflitos; Saúde; Direito; Cidadania.

MEDIATION IN HEALTH CONFLICTS: theoretical foundations and legal paradigms

ABSTRACT: Health actions, services and products are considered by the Brazilian legal and constitutional order as a state duty, which must be universally and comprehensively. Part of the population, however, suffers factual difficulties to access these services and products, this establishes serious conflict between the state, providers and users. Users are, in practice, forced to come to the rescue of the Judiciary, as envisaged what is available to ensure the services or products they need. It occurs that the judicialization of health also is headed for collapse. This is why the possibility of using alternative conflict resolution tools begins to be discussed and tried. In this text, a reflection on legal principles and paradigms is proposed, which is aimed at solving theoretical foundations for alternative solutions.

Keywords: Mediation; Alternative Dispute Resolution; Health; Law; Citizenship.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Dever e responsabilidade do Estado com relação à saúde. 3 O fenômeno da judicialização da saúde. 4 Métodos alternativos de solução de conflitos - MASCs. 4.1 A mediação sanitária como alternativa à judicialização. 4.2 Participação das instituições que desempenham Funções Essenciais à Justiça. 5 Das obrigações mínimas e das obrigações esperadas. 6 Saúde coletiva e Saúde individual. 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Reconheceu-se internacionalmente, em 1966, ao se celebrar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (incorporado no ordenamento nacional pelo Dec. 591/1992), que os direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, são direitos que exigem uma concretização gradativa e contínua (art. 2º, 1). Os direitos fundamentais civis e políticos podem ser exigidos imediata e prontamente, os sociais constituem paradigmas de realização que necessitam da progressiva concretização.

O direito constitucional brasileiro, por sua vez, fez uma opção: elegeu alguns direitos para serem buscados o mais prontamente em sua universalidade e completude – o direito à educação básica (art. 208, I da CF) e ao ensino médio (art. 208, II da CF), o direito à seguridade social (saúde, assistência e previdência – art. 194, I da CF), do qual pertence o direito à saúde (art. 196 da CF), o direito de acesso aos bens e serviços culturais (art. 206-A, II da CF) e o direito ao sufrágio universal (art. 14 da CF).

Com relação à saúde, a Constituição de 1988 foi ainda mais explícita atribuindo ao direito à saúde os paradigmas da universalidade (*caput* do art. 196 da CF) e da integralidade (art. 198, II da CF). A integralidade, ademais, é reforçada no art. 227, §1º como requisito da assistência à saúde oferecida para as crianças, jovens e adolescentes.

A efetivação do direito à saúde alcançou, nos últimos anos, significativas conquistas formais desses paradigmas conceituais: deixou de ser um direito de apenas algumas classes privilegiadas, passou a ser um direito compreensivo (abrangendo ações preventivas, curativas e reabilitadoras; abarcando as dimensões físicas, mentais e sociais, bem como os fatores socioambientais).A realidade, no entanto, de um país afetado com tanta pobreza e tanta desigualdade, ainda dista e muito do almejado, haja vista o aumento de famílias na miséria[1]. A conquista formal da universalidade e da integralidade não se fez acompanhar ainda da conquista material.

[1] Cf. SILVEIRA, Daniel. Número de famílias na miséria volta a crescer em 2015. **G1**, Rio de Janeiro, 2 dez. 2016. Economia. Disponível em: <https://glo.bo/2hPGZ6l>. Acesso em: 2 jun. 2017; ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2017. Número de pobres no Brasil terá aumento de no mínimo 2,5 milhões em 2017, aponta Banco Mundial.

A sociedade, revestida de inquietude e de enorme necessidade financeira, impaciente diante da omissão do poder executivo e amparada pela sua nova condição cidadã, reagiu: buscou de maneira maciça ao Poder Judiciário para fazer valer na prática aquilo que formalmente já fora conquistado no papel.

A consolidação da cidadania em nossas terras, motivo de orgulho para todos – que fora propiciada pela concretização de direitos constitucionais relevantíssimos como são o direito à informação (art. 5º, XIV), de petição e de certidão (art. 5º, XXXIV), de ação (art. 5º, XXXV), de assistência jurídica integral (art. 5º, LXXIV) e de defesa integral pela Defensoria Pública (art. 134) –, traz essa consequência salutar, a luta pelos direitos.

A consequência é que o Judiciário se vê colapsado de demandas judiciais relacionadas à saúde: pode-se estimar aproximadamente 1,5 milhão de demandas.

Diante desse desafio jurídico-prático, o próprio Poder Judiciário volta seus olhos para a construção de alternativas de gestão (Res. CNJ 107/10), das quais duas se destacam, a constituição de Comitês Estaduais de Saúde e Núcleos de Apoio Técnico no âmbito dos tribunais estaduais e regionais federais (Res. CNJ 238/16), e a formação de mecanismos de solução alternativa de conflitos para a saúde.

A mediação sanitária é, portanto, um modelo alternativo de resolução de conflitos relacionados à saúde que visa evitar a abertura de processos judiciais de caráter contencioso e que pode pôr fim aos iniciados ou pelo menos reduzir o seu alcance.

2 DEVER E RESPONSABILIDADE DO ESTADO COM RELAÇÃO À SAÚDE

Do reconhecimento do direito fundamental de todos à saúde – que abrange o direito aos serviços de prevenção e assistência à saúde física e mental, o direito aos produtos e tecnologias de saúde física e mental, bem como o direito aos condicionantes socioambientais de saúde, à saúde social – decorre o dever do Estado (*caput* do art. 196 da CF), que tem de assegurar as condições de seu pleno exercício (art. 2º da lei 8.080/90).

Ao Estado incumbe, portanto, concretizar:

(a) ações e serviços diretamente ou em regime jurídico de colaboração com pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (art. 197 da CF) – para atender as primeiras facetas apontadas do direito à saúde física e mental;

(b) políticas econômicas e sociais que reduzam o risco de doenças e garantam a universalidade e a equidade na saúde (art. 196 da CF) – para atender a faceta dos condicionantes de saúde (nos termos do art. 3º da Lei 8080/90, abrangente pelo menos dos seguintes aspectos: alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, atividade física, transporte, lazer e acesso aos bens e serviços de saúde).

O pano de fundo dos deveres estatais relacionados à saúde é regido pelas ousadas e desafiadoras diretrizes constitucionais da universalidade (art. 194, II e *caput* do art. 196 da CF) e do "atendimento integral" (art. 198, II da CF).

Sob essas diretrizes, o Estado tem de oferecer medidas amplificadas de prevenção e de assistência curativa; pois, ao considerar o usuário em todas suas dimensões existenciais (contexto histórico, cultural, político, familiar, profissional e ambiental), há de acolher as necessidades explícitas e implícitas dos usuários, bem como as necessidades individuais e sociais de transformação.

3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A elevada meta jurídica do dever de assistência universal e integral à saúde não corresponde à realidade fática da saúde em nossas terras. Ao contrário, a realidade dista e muito da meta.

Diuturnamente em diversas regiões do País, visualizamos nas mídias sociais as dificuldades impostas aos cidadãos, filas imensas, exames que não são realizados ou são marcados para meses à frente, falta de medicamentos, leitos para internação e assim por diante.

Razão pela qual os usuários são compelidos a se socorrer do Poder Judiciário, via que vislumbram como a disponível para assegurar os serviços ou produtos de que necessitam.

Ao fenômeno fático de um número muito elevado de cidadãos socorrer-se do Judiciário para reivindicar serviços e produtos de saúde chamamos de judicialização da saúde.

Basta verificar algumas pesquisas quantitativas sobre a judicialização da saúde para constatarmos a relevância essa realidade.

No que diz respeito à assistência médica suplementar, citamos[2]:

> Em 2011, o total de ações contra operadoras de planos e seguro saúde na primeira instância somava 2.602. Em 2016, esse quantitativo aumentou 631%, saltando para 19.025, aponta a pesquisa coordenada por Mário Scheffer [...]. No período de seis anos, foram 77 mil ações judiciais na primeira instância. Já na segunda instância, houve um crescimento de 146%, subindo de 4.823 em 2011 para 11.377 em 2016. No total, em seis anos, foram 58.512 ações nessa instância. [...]
>
> No período analisado, o número de usuários de planos de saúde no Estado de São Paulo praticamente se manteve estável. Em setembro de 2016, 17,8 milhões de paulistas tinham plano de saúde – apenas 300 mil a mais que em 2011. Para os pesquisadores, isso significa que as ações na Justiça não aumentaram devido a um crescimento do número de usuários, mas sim da quantidade de reclamações.

O relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, considerando os processos ajuizados até 2015, era alarmante. Considerando as demandas existentes no 1º e 2º grau, nos Juizados especiais e no STJ, nas Turmas recursais e nas Turmas regionais de uniformização, relatava o seguinte universo quantitativo de litigância relacionada à saúde (Tabela 1):

[2] MOURA, Paulo. Ações na Justiça de SP contra planos de saúde aumentam 631% desde 2011. Uol Notícias. Ciência e Saúde, 07/02/2017.

Tabela 1: Litigância da Saúde em 2015

ASSUNTO	**QUANTIDADE**
Serviços em saúde	61.655
Fornecimento de medicamentos	200.090
Tratamento médico-hospitalar	60.696
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos	151.856
Convênio médico com o SUS	737
Planos de saúde (direito do consumidor)	293.449
Planos de saúde (benefício trabalhista)	36.611
Doação e transplante órgãos/tecidos	491
Saúde mental	3.001
Controle social e Conselhos de saúde	1.468
Hospitais e outras unidades de saúde	5.642
Erro médico	38.810
TOTAL	**854.506**

Fonte: Schulze (2016)

O relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, considerando os processos ajuizados até 2016, é ainda mais alarmante. Considerando as demandas existentes no 1º e 2º grau, nos Juizados especiais e no STJ, nas Turmas recursais e nas Turmas regionais de uniformização, relatava o seguinte universo quantitativo de litigância relacionada à saúde (Tabela 2):

Tabela 2: Litigância da Saúde em 2016

ASSUNTO	QUANTIDADE
Saúde (direito administrativo e outras matérias de direito público)	103.907
Fornecimento de medicamentos – SUS	312.147
Tratamento médico-hospitalar – SUS	98.579
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos – SUS	214.947
Assistência à Saúde	28.097
Ressarcimento ao SUS	3.489
Reajuste da tabela do SUS	2.439
Convênio médico com o SUS	1.037
Repasse de verbas do SUS	786
Terceirização do SUS	676
Planos de saúde (direito do consumidor)	427.267
Serviços hospitalares – Consumidor	23.725
Planos de saúde (benefício trabalhista)	56.105
Doação e transplante órgãos/tecidos	597
Saúde mental	4.612
Controle social e Conselhos de saúde	2.008
Hospitais e outras unidades de saúde	8.774
Erro médico	57.739
TOTAL	**1.346.931**

Fonte: Schulze (2016).

3 MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS - MASCS

Os chamados Métodos Alternativos para a Solução de Conflitos (MASCs)[3] surgiram com a intenção de solucionar conflitos de maneira mais eficaz do que os mecanismos judiciais tradicionais que, por sua vez, já não respondiam satisfatoriamente ao papel de mecanismo de pacificação social.

[3] Há distintas nomenclaturas para o mesmo fenômeno no amálgama doutrinário: desde Métodos ou Meios, Adequados ou Alternativos, até de Conflitos ou de Controvérsias; há, ainda, a denominação Resolução Apropriada de Disputas (RADs).

Niceto Alcalá Zamora y Castillo propõe trilogia clássica, por nós adaptada, que explica uma espécie de linha evolutiva cronológica (e, talvez, linha cíclica) dos métodos para a solução de conflitos (Quadro 1):

Quadro 1: Apresentação dos Métodos para a Solução de Conflitos

	Responsável pela Solução	**Instrumento Utilizado**	**Exemplos**
AUTOTUTELA	um dos envolvidos no conflito	imposição da força (física, econômica, social, intelectual)	- subjugação do mais fraco; - legítima defesa, inclusive da posse; - estado de necessidade; e - consumidor.gov.br
HETEROTUTELA	um terceiro imparcial	imposição do Direito ou da equidade	- jurisdição estatal; e - jurisdição privada (arbitragem)
AUTOCOMPOSIÇÃO	os próprios envolvidos no conflito	consenso, com ou sem a presença de um facilitador	- negociação (mesas redondas, acordos e convenções coletivos); - conciliação; e - mediação

Fonte: Os autores (2018).

A autoutela caracterizou-se, tradicionalmente, pela injustiça quase sempre presente nas soluções impostas pelos mais fortes entre os envolvidos nos conflitos, por meio das quais subjugavam os mais fracos as suas vontades. A força física, embora emirja naturalmente como exemplo, não pode ser lembrada com exclusividade. Havia (e ainda persistem) outras forças que mal empregadas não resolviam efetivamente o conflito, ocasionando não só a insatisfação do subjugado, mas também grande instabilidade social, como a força econômica (*i.e.*, abuso do poder econômico) e a social (*i.e.*, "amigo do rei"). Assim, quase nunca se atingia o ideal de Justiça por meio da autotutela. Então, com o passar do tempo, o Estado passou a intervir nos conflitos, responsabilizando-se pela sua solução: jurisdição estatal como método de heterotutela (ou heterocompositivo) para a solução de conflitos. Entretanto, entre nós, não apenas subsiste a autotutela nos casos

constitucional e legalmente estabelecidos (preenchidos os respectivos requisitos) como, hodiernamente, em virtude de um crescente fenômeno de desjudicialização da solução de alguns tipos específicos de conflitos, ela ganha maior abrangência (*i.e.*, consumidor.gov.br), o que pode nos levar a questionar sua consagrada excepcionalidade.

A jurisdição estatal enquanto método para a solução de conflitos ganhou reconhecida primazia (para alguns, exclusividade, do que ousamos discordar). Como tal, o seu instrumento é a decisão judicial. Por meio dela a vontade das partes em conflito (pretensão do autor resistida pelo réu) é substituída pelo saber do julgador, o que equivale, grosso modo, ao Direito (*naha mihi factum dabu tibi jus, jura novit curia*). Não obstante a coerção inerente ao Direito, há quem defenda a manutenção do sentimento de injustiça nutrido por quem sucumbe numa demanda judicial. Além disso, outras mazelas são notoriamente reconhecidas: alto número de demandas ajuizadas e em tramitação, razoável duração do processo e celeridade na sua tramitação apenas formalmente estabelecidas e a própria imparcialidade do julgador, embora necessária, como um dos motivos que obstaculizam a humanização do processo judicial. Então, observa-se que os MASCs emergem não somente a partir da verificação de problemas operacionais, mas, somando-se a isso, da quase inexistente humanização da jurisdição estatal como método para a solução de conflitos. A jurisdição estatal não tem conseguido observar o viés humano nas relações conflituosas. Novamente, o ideal de Justiça não atingiu a sua plenitude, ou talvez, sequer um patamar minimamente aceitável de efetividade.

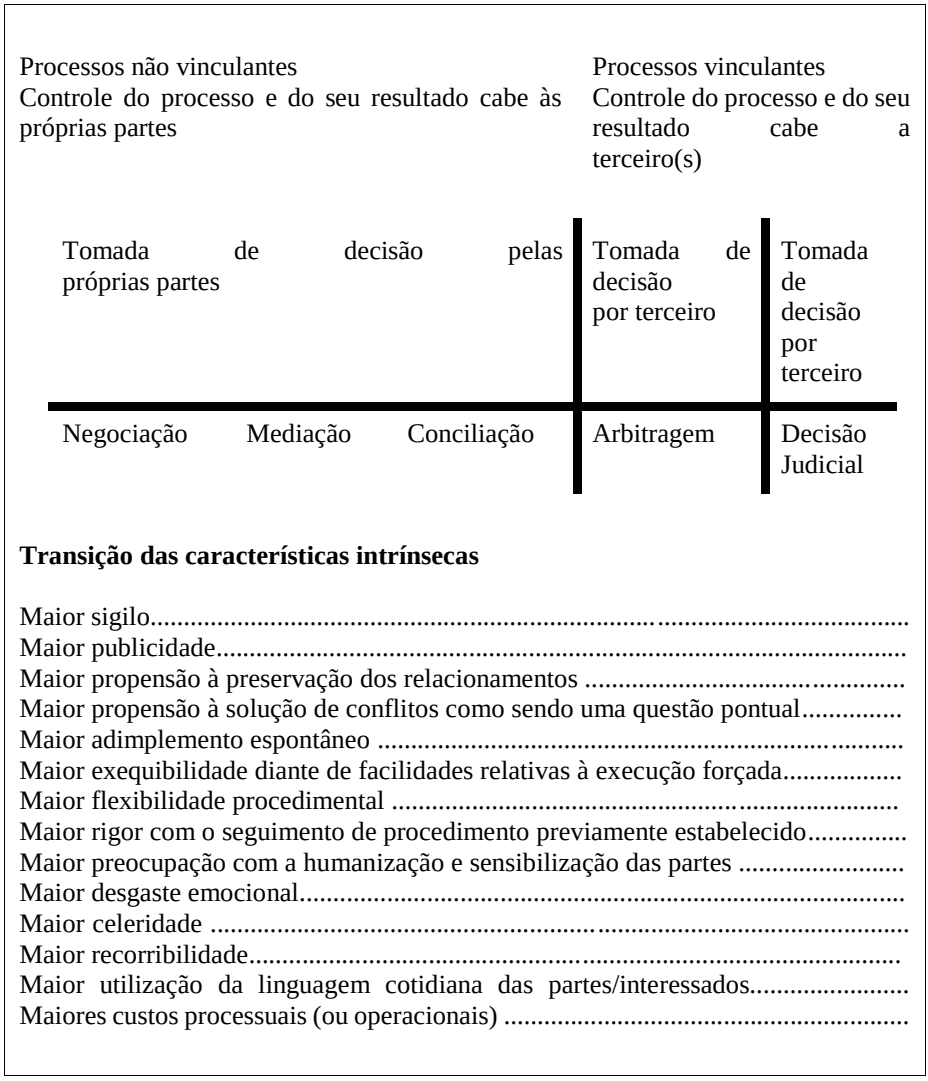
À autocomposição, então, atribui-se o papel de, por meio do consenso, atingir soluções mais próximas do sentimento de Justiça, posto que não há sucumbentes (ganha-ganha). É inegável que a autocomposição emerge com pujança para esse mister. Exemplo disso é o modelo cooperativo de processo civil estatuído pelo Código de 2015 (arts. 3º, §§ 2º e 3º, e 6º) que para alguns dispõe certa primazia da solução consensual sobre a imposta pelo juízo.

Os MASCs mais conhecidos na atualidade são a negociação, a conciliação, a mediação e, também, a arbitragem.

Não há como defini-los de forma absoluta, pois podem ser alterados para satisfazer de melhor maneira a vontade das partes na busca pela solução de conflitos. É comum em países cuja compreensão do que seja Justiça extrapole a obtida via jurisdição estatal, até mesmo que se moldem em formas híbridas e um exemplo disso é a mediação com a arbitragem, popularmente conhecida como Med-Arb, ou ainda, arbitragem de última oferta - arbitragem *baseball* ou *final-offer*.

Para compreender melhor os métodos para a solução de conflitos, é muito útil o seguinte gráfico de características (Quadro 2):

Quadro 2: Características dos Métodos para a Solução de Conflitos



Fonte: Adaptado do Manual de Conciliação e Mediação Judicial (CNJ, 2016, p. 19).

Na esquerda do gráfico encontra-se a *negociação*, ocorre de forma simples e direta, geralmente definida como método que dispensa a presença de um facilitador (conciliador ou mediador), onde as partes:

I) escolhem o momento e o local; II) determinam como se dará a negociação, inclusive quanto à ordem e ocasião de discussão de questões que se seguirão e o instante de discussão das propostas; III) podem continuar, suspender, abandonar ou recomeçar as negociações; IV) estabelecem os protocolos dos trabalhos na negociação; V) podem ou não chegar a um acordo e têm o total controle de resultado. A negociação é a maneira mais simples e informal de solucionar um conflito, onde as partes chegam a um acordo mutuamente aceitável.

A *mediação* é o processo onde as partes em disputa escolhem a terceira parte ou ainda um painel de pessoas que são neutras ao conflito em questão para apenas auxiliá-las a chegar a um acordo – facilitador(es). De maneira geral, é meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação entre as pessoas em conflito para propiciar que elas possam, a partir da restauração do diálogo, por si mesmas, encontrar formas produtivas de lidar com as disputas[4].

A *conciliação*, assim como a mediação, precisa de uma terceira pessoa ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, para que cheguem a um acordo ou solução do conflito inicial, inclusive sugerindo soluções ou alternativas para a resolução do conflito – facilitador(es). E neste sentido, reconhece há muito a doutrina, é diversa da mediação.

O Código de Processo Civil de 2015, contudo, estabelece 03 (três) critérios legais distintivos da atuação do facilitador enquanto conciliador ou mediador, ainda que disponha certa liberdade na adoção duma e doutra por meio do emprego da expressão *preferencialmente* (art. 165, §§ 2º e 3º): I) vínculos; II) limite de atuação; e III) finalidade. Textualmente, o Código de 2015 sugere a conciliação para partes em conflito sem vínculo anterior (conflitos decorrentes de relações de consumo) e a mediação para as que possuam tal vínculo (direito de família). Talvez, pudéssemos pensar na manutenção ou não de vínculos jurídicos após eventual solução consensual da disputa, pois para a primeira hipótese o Código sugere a mediação, tendo em vista que o mediador *se limita* a inaugurar ou restabelecer um canal de comunicação

[4] TARTUCE. Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

sadio (diálogo sem ruídos para a teoria da comunicação) entre as partes, empoderando-as, inclusive, a não depender mais dele para a eventual necessidade superveniente de se autocomporem – *rapport*. Então, percebemos que a finalidade da mediação é mais ampla que a da conciliação, a qual se restringe à solução de uma dada disputa conflituosa. Por isso, o paradigma legal de atuação do conciliador não lhe permite impor a solução da controvérsia, mas lhe faculta, se for o caso, sugeri-la às partes, no que difere da mediação.

Em ambas o sigilo é característico de modo que nada do que se argumente ou debata consta de registro, exceto a redução a termo da autocomposição uma vez alcançada.

A *arbitragem* é uma alternativa à jurisdição estatal como método para a solução de conflitos onde as partes, embora em disputa, consentem na desjudicialização da sua resolução. Ainda que persista um instrumento impositivo para a resolução da disputa, a sentença arbitral cuja natureza jurídica entre nós, inclusive, é a de título executivo judicial (CPC/2015, art. 515, VII), é inegável que há um consenso entre as partes em conflito, no sentido de que não são obrigadas a desjudicializar a questão, podendo optar pela via arbitral. Por isso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996 (LArb), no fim de 2001 (SE 5206). Portanto, não se reconheceu ofensa ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição (CF/88, art. 5º, XXXV), porém a arbitragem é método heterocompositivo, porque o árbitro, detentor de conhecimento técnico profundo e de experiência acerca de uma determinada área do saber, proferirá sentença arbitral pautada no direito ou na equidade (LArb, art. 2º) impondo a solução do conflito.

Apresenta como vantagens à jurisdição estatal maior efetividade, haja vista demorar em média 01 (um) ano para ser proferida[5] e costumeiramente ser cumprida voluntariamente sem a necessidade de execução forçada do título. Outra vantagem é a confiabilidade no árbitro ou painel, razão pela qual, via de regra, a sentença arbitral é irrecorrível. Isso deságua no afastamento da

[5] CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5ª ed. rev. e atual., de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015. p. 116.

sensação de injustiça mesmo por quem a sentença arbitral não favoreça, sem contar que o investimento econômico inicial é compensado pela economia gerada por uma solução não morosa.

Por caber nas hipóteses em que se busca dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (LArb, art. 1º), podendo envolver grandes quantias e interesses, a praxe cuidou de estabelecer a arbitragem como um método regido por confidencialidade – o que não ocorre quando envolver a Administração Pública – importante para a preservação da imagem dos envolvidos na disputa.

Finalmente, algumas formas de arbitragem praticadas nos E.U.A. merecem nosso conhecimento (Quadro 3):

Quadro 3: Algumas formas de arbitragem

Arbitragem *baseball – final-offer*	- *Arbitragem de última oferta* - Geralmente realizada após mediação frustrada na área empresarial - Tem por base as posições finais expostas pelos envolvidos no conflito que outorgam ao árbitro o poder de decidir dentre uma delas
Arbitragem *night baseball*	- Modalidade de Arbitragem *baseball* - Primeiro o árbitro elabora o seu laudo (sentença arbitral) para, depois, sem revelá-lo, receber as ofertas finas dos envolvidos no conflito - A solução do conflito corresponderá àquela que mais se aproximar do laudo
Arbitragem *bounded – High low*	- Semelhante a anterior, porém com desfecho diferente: sem a ciência do árbitro, as partes envolvidas no conflito estabelecem parâmetros dentro dos quais prevalecerá a sentença arbitral - Caso aquém ou além, prevalecem os limites acordados
Court-annexed arbitration	- *Arbitragem anexa ao juízo* - Solução facultada às partes que litigam em juízo, por meio de convênios com instituições privadas de arbitragem que atuam em conjunto com a Justiça estatal
Rent a judge	- *Juiz de aluguel* - Prática comum nos E.U.A

	- Trata-se de contratação de um árbitro apenas para prolatar sentença, diante da eventual morosidade do Poder Judiciário, após a colhida das provas

Fonte: Os autores (2018).

Parece-nos tranquila a possibilidade da inferência de que o que se busca, na verdade, é a Justiça. Justiça enquanto valor. Então, a rigor, não importa qual o método para a solução de conflitos usado, máxime se assegurada concretamente a sua efetividade, quando o valor da Justiça e os seus efeitos serão preservados.

Consequentemente, cabe-nos ressaltar o que entendemos como a escorreita compreensão do mandamento constitucional estatuído no art. 133, primeira parte, da Carta de 1988: "O advogado é indispensável à administração da justiça." Ora, já se reconheceu que a advocacia corresponde à única atividade privada cuja essencialidade é exaltada constitucionalmente.

Todavia, a sua essencialidade não diz respeito apenas à tendente ao alcance da efetividade da Justiça obtida via jurisdição estatal. A Justiça a que se refere o dispositivo constitucional carece de exegese que não lhe amesquinhe indevidamente o alcance. A Justiça disposta no art. 133 condiz com o valor que se almeja independentemente do método que a concretiza. Nesse sentido, a hermenêutica constitucional que propomos pode ser assim explicitada: a advocacia é função essencial à concretização da Justiça, devendo a advogado acompanhar a parte (consultoria, assessoria, direção e postulação – EAOAB) quando de sua obtenção, seja qual for o método empregado para a solução do conflito (negociação, jurisdição estatal, arbitragem, conciliação, mediação).

3.1 A mediação sanitária como alternativa à judicialização

A concessão judicial de bens e serviços de saúde decorrentes do exercício do direito à saúde traz à tona parcial desordem em nosso sistema político e jurídico. Por um lado, as necessidades individuais que dominam as garantias judiciais do direito à saúde, rotineiramente geram efeitos sociais indesejados: assegura-se o direito aos impetrantes, mas a coletividade vê-se perturbada pela retirada de recursos (especialmente

quando se leva em conta que a realidade não é impactada por uma ou outra demanda individual, mas por quase 1 milhão de demandas individuais). Por outro lado, as demandas judiciais coletivas, por ingressarem na seara da conformação de políticas públicas, são rotineiramente rejeitadas pelo Judiciário, pois há efetivamente o risco de o Judiciário transbordar o papel que lhe foi atribuído na repartição de competências constitucionais.

Segundo Faria[6], a jurisdição não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito, por desconhecer o campo do tema a ser julgado e também, por muitas vezes, exercer a aplicação jurisdicional da lei focada exclusivamente no caso concreto.

O Judiciário, ao decidir casos envolvendo direitos sociais, não pode usar a mesma lógica dos casos que envolvem direitos individuais. Os conflitos de direitos individuais envolvem a lógica retributiva, enquanto os de direitos sociais, a lógica distributiva[7]. Ao conceder direitos sociais na lógica retributiva, o Judiciário provoca desvios de recursos da coletividade para uma parcela limitada da população[8].

A judicialização da saúde é um fenômeno que, em si, não pode ser criticado, pois já dissemos que é o resultado de algo muito positivo, do amadurecimento político de nossa sociedade. Mas a judicialização provoca efeitos muito perversos na gestão das políticas públicas em função de 3 características: pelo excesso, pelo desvio de demandas sociais serem analisadas na lógica retributiva e, por fim, pelo que Lenir Santos[9] intitula de aleatoriedade.

---

[6] FARIA, J. E. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. Revista de Estudos Avançados, São Paulo, v. 51, n. 18, p. 103-125, 2004.

[7] BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. Revista de Direito Sanitário, v. 10, n. 1, p. 13-38, jul. 2009.

[8] SILVA, Vírgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

[9] SANTOS, Lenir. Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 821, 2 out. 2005.

Para esse autor, a compreensão equivocada e excessivamente alargada do Judiciário sobre a integralidade[10], leva a que os juízes admitam nas demandas a lógica do desejo e não da necessidade. Aceita-se que os impetrantes pleiteiem todo e qualquer tratamento, que os profissionais da saúde tenham total liberdade de prescrição.

A aleatoriedade há muito pode ser mitigada pelo nosso sistema jurídico pela adoção da sistemática dos Protocolos e Diretrizes da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). Quando o Judiciário incorpora a racionalização dos protocolos, afasta-se a aleatoriedade.

Ressalva se faça, no entanto, a pertinente observação apontada por Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior[11] de que a padronização no atendimento decorrente dos protocolos e diretrizes não pode ser uma maneira de se limitar o direito constitucional à saúde. Os direitos fundamentais somente podem ser restringidos pela via infraconstitucional se a Constituição a isso permitir. O que não é o caso.

A lógica distributiva pode ser incorporada em cursos de formação judicial, partindo da diferenciação das questões de saúde individual das questões de saúde coletiva, como faremos nos tópicos finais desse texto.

Resta-nos encontrar solução para o excesso das demandas, sem que, como isso, ofendamos o princípio constitucional estruturante do acesso à Justiça.

O acesso à Justiça pode ser compreendido de três formas: a primeira, como eliminação de obstáculos (onde se insere a garantia de assessoramento aos carentes e a garantia da gratuidade aos hipossuficientes econômicos); a segunda, como representação dos interesses (onde se insere a necessidade e a garantia das representações coletivas e difusas); a terceira, como solução (onde se insere a garantia da efetividade da prestação jurisdicional).

Tanto a segunda como a terceira forma descritas de acesso à Justiça (como representação de interesses e como solução) são

[10] VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. Revista Saúde Pública, 42(2):1-5, 2008.
[11] DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direito Sanitário. São Paulo: Verbatim, 2010.

compatíveis com o instrumental da mediação. E esse instrumental pode superar a desordem apontada anteriormente.

Pela mediação podem ser construídos caminhos de entendimento coletivo dos problemas públicos, pois é típico da mediação colocar na mesa de negociação não apenas o que fora apresentado pelos presentes, mas tudo o que é necessário para considerar amplamente o conflito. A mediação possui efetiva abertura para pacificar os conflitos na área da saúde sob o olhar coletivo.

Nesse sentido, o manual de Mediação Judicial do CNJ[12] é enfático ao alertar que a mediação tem de estar atenta à

> [...] litigiosidade remanescente – aquela que persiste entre as partes após o término de um processo de composição de conflitos em razão da existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial – seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada [...], seja por não se ter aventado tal matéria juridicamente tutelada perante o Estado.

As amarras do objeto da demanda judicial são afrouxadas no instrumental da mediação, o que permite a construção de soluções mais abrangentes, coletivas.

Defendemos que pela sua expertise, ao menos potencial, o advogado pode funcionar como mediador em demandas coletivas de saúde, pública ou privada, além de negociar ou litigar em prol de um dos polos envolvidos numa disputa dessa natureza.

3.2 Participação das instituições essenciais à Justiça

A Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a Justiça depende de vários intervenientes, foi sábia ao elencar instituições que desempenham funções essenciais à Justiça.

Para o instituto da mediação, parece-nos relevante destacar que o protagonismo desse meio alternativo de solução de conflitos deveria ser assumido por três dessas instituições: a Ordem dos Advogados do Brasil, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

[12] BRASIL. CNJ. Manual de mediação judicial, edição nº 6, 2016, p.146.

Segundo o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994), a OAB tem por finalidade defender os direitos humanos e pugnar pela rápida administração da justiça:

> Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:
> I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

A Constituição Federal de 1988 estabelece que à Defensoria cabe promover e defender os direitos humanos individuais e coletivas, de todas as formas – judiciais e extrajudiciais:

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 é explicita ao atribuir "relevância pública" às ações e serviços de saúde (art. 197) e ao atribuir ao Ministério Público a função institucional de zelar pela efetividade dos serviços de relevância pública e promover medidas necessárias para a sua garantia (art. 129, II), bem como a função de defender os interesses individuais e sociais indisponíveis (art. 127).

A lei orgânica do Ministério Público (lei 8.625/93), por sua vez, deixa evidente caber ao Ministério Público:

> - instituir inquérito civil e ação civil pública para proteger, prevenir ou reparar danos causados a interesses difusos, coletivos ou individuais indisponíveis (art. 25, IV, a);

- instaurar outros procedimentos administrativos pertinentes ao exercício de suas funções (art. 26, I);
- promover, diante de notícias de irregularidades ou reclamações de qualquer natureza, apurações em âmbito estadual ou municipal cabíveis para exercer a defesa dos direitos assegurados na Constituição e dar-lhes as soluções adequadas (art. 27, parágrafo único, I), podendo, inclusive, emitir recomendações aos órgãos públicos estaduais ou municipais da Administração direita ou indireta ou a qualquer entidade que exerça serviço de relevância pública (art. 27, parágrafo único, IV).

Todas essas instituições, em nosso ver, poderiam assumir o protagonismo de mediar conflitos relacionados ao direito da saúde. Ademais, as Advocacias ou Procuradorias federais, estaduais e especialmente as municipais poderiam participar desses processos. Não nos parece adequado que assumam o papel de promotoras da mediação, pois isso desvirtuaria parte do núcleo conceitual desse instituto (valer-se de terceiros e não de partes para a sua condução).

A organização das ações, serviços e produtos de saúde, segundo disposição constitucional, deve ser pautada pela participação da comunidade (art. 198, III). Se há risco das decisões judiciais que envolvem conflitos coletivos ofender esse paradigma constitucional[13], o mesmo pode se dar com a mediação. Quando há desigualdade de recursos e informações em qualquer assembleia, sempre existe o risco da parte mais forte impor acordo desvantajoso à parte vulnerável.

Por isso, para resguardar o paradigma constitucional da participação, é importante que a Mediação em conflitos de Saúde Coletiva deve ser acompanhada pelas instituições vocacionadas a defender a sociedade como um todo.

[13] AITH, Fernando. A saúde como direito de todos e dever do estado: o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil. In: AITH, Fernando et al (org.). Direito sanitário: saúde e direito, um diálogo possível. Belo Horizonte: ESP-MG, 2010, p. 73-105.

4 O CENÁRIO ATUAL E A PROJEÇÃO PARA O FUTURO

Diversas iniciativas estão alinhadas ao nosso olhar, o de que várias instituições essenciais à justiça têm de se envolver:

> - Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde, coordenada pela Secretaria de Saúde Distrital e pela Defensoria Pública do Distrito Federal;
> - projeto "Mediação Sanitária: direito, saúde e cidadania" do Ministério Público de Minas Gerais;
> - Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde em funcionamento em Rio Grande do Norte e no Pará, envolvendo a advocacia da União dos Estados e Municípios, Defensorias, Ministério Público e Secretarias respectivas.

O Ministério Público e a Defensoria Pública, de forma geral, assumiram a tarefa da implantação da Mediação Sanitária em inúmeros Estados.

O Ministério da Saúde – Relatório de Resultados, Subgrupo Tripartite, Resolução CIT 01/2013 – demonstra a preocupação com o tema. Após a compilação de respostas das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, tendo como fonte o FormSus, apresenta inúmeras estratégias, tais como a formação de juntas ou câmaras para conciliação e mediação.

Em setembro de 2016, por ordem do Ministro de Estado de Saúde, foram iniciados grupos de trabalhos, onde o intuito principal era a discussão sobre o possível projeto de mediação na área de Saúde para todo o País. Em fevereiro de 2017, o Ministério da Saúde recebeu o reforço nessa empreitada de 14 membros da Advocacia Geral da União[14]. A AGU, em consequência, apresentou estudo sobre a "Judicialização da Saúde no Brasil: Desafios para a Mediação"[15] e criou, por meio do memorando circular nº 025/2016/GM/MS, grupo para discutir a

[14] MINISTÉRIO DA SAÙDE. Portal da Saúde. Fev/2017. A ideia é discutir um possível projeto de mediação na área da saúde para todo o país, levando-se em conta as iniciativas existentes e respeitando os princípios e competências do SUS.

[15] ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde. Judicialização da Saúde no Brasil: Desafios para a Mediação. Brasília, Abril/2017.

viabilidade da mediação como alternativa à judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil.

O Ministério da Saúde vem creditando à mediação sanitária a possibilidade de diminuir as demandas de saúde no Judiciário, e para obter êxito neste plano de ação busca a formação de convênios com o Ministério Público, Defensoria Pública e a Fundação Oswaldo Cruz (FioCruz).

Câmaras de Resolução de Litígios da Saúde estão em pleno funcionamento nos Estados de DF, SE, RN, PB, RS, MG, SC e RJ, demonstrando assim a aposta na Mediação.

A OAB vem compondo as câmaras de resolução de litígios, como membro ativo. Além disto, no cenário nacional, formam continuamente mediadores em cursos realizados em suas dependências.

Ainda faltam dados acessíveis para mensurar o impacto real da mediação em todo o cenário nacional, no entanto já são ocupados alguns lugares de destaque.

5 DAS OBRIGAÇÕES MÍNIMAS E DAS OBRIGAÇÕES ESPERADAS

Diante do quadro fático brasileiro brevemente descrito, que não é diverso de muitos e muitos países, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Cultural da Organização das Nações Unidas tem propugnado a necessidade de identificarmos um conjunto de obrigações mínimas que todo e qualquer Estado tem de assegurar de forma inescusável, acompanhado de um conjunto de obrigações esperadas que somente as circunstâncias poderão ditar a medida do possível.

Na Observação Geral n. 14/2000, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Cultural da Organização das Nações Unidas passou a considerar "obrigações básicas" ou "mínimo essencial" o cumprimento das seguintes obrigações:

> a) garantir o direito de acesso aos estabelecimentos, bens e serviços de saúde de maneira não-discriminatória, especialmente para os grupos vulneráveis ou marginalizados;
> b) assegurar o acesso a uma alimentação essencial mínima que seja nutritiva, adequada e segura e que garanta ninguém padecer de fome;

> c) garantir o acesso a um lar, uma moradia que conte com as condições básicas de saneamento e com o fornecimento de água potável;
> d) facilitar os medicamentos essenciais que figuram no programa de medicamentos essenciais da OMS;
> e) velar por uma distribuição equitativa de todas as instalações, bens e serviços de saúde;
> f) adotar e aplicar uma estratégia e um plano de ação nacional de saúde pública – elaborado e revisto periodicamente de maneira transparente e com participação popular – para fazer frente às preocupações sanitárias da população, que estabeleça indicadores e bases de referência que permitam vigiar os progressos.

No campo dessas obrigações mínimas, parece-nos adequado que o Ministério Público se utilize do inquérito civil e da ação civil pública.

A utilização do instrumental da ação civil pública para as obrigações mínimas certamente reduziria número significativo das demandas judiciais individuais, pois restaria estabelecido para todos quais são os deveres estatais de âmbito coletivo.

No campo das obrigações esperadas, parece-nos adequado e educativo que se utilize do instrumental da Mediação Sanitária.

A utilização do instrumental da Mediação Sanitária, desde que imbuída do olhar coletivo, focada em questões de saúde coletiva, seguindo o ditame constitucional da participação comunitária (art. 198, III), evitaria o ingresso de tantas e tantas demandas judiciais individuais e garantir-se-ia, de forma indireta, a justiça distributiva.

Haveria, no entanto, que se assegurar normativamente que as demandas judiciais individuais que buscam a proteção da dimensão saúde coletiva, ficassem obstadas pela composição estabelecida pela Mediação. O que não afastaria o acesso à Justiça para se tutelar o direito individual à saúde.

6 SAÚDE COLETIVA E SAÚDE INDIVIDUAL

Em nosso ver, faz-se necessário diferenciar as demandas judiciais que visam tutelar a saúde coletiva ou pública das demandas judiciais que visam tutelar a saúde individual.

Tomemos por exemplo um dos tipos de ação judicial que mais tem acometido ao Poder Judiciário, as demandas que visam o fornecimento de medicamentos.

Há casos em que o remédio pleiteado consta da lista de medicamentos aprovados pelo Ministério da Saúde a serem distribuídos gratuitamente para a população. Ocorre que o mesmo não foi recebido por alguma situação singular que precisa ser superada. Nesses casos, não se efetiva uma intervenção judicial no âmago da política, na sua formulação – objetivos, metas e estratégias. No máximo, em sua implantação ou execução, que foi mal desenhada ou mal planejada.

Se a demanda visa apenas o recebimento desse medicamento, a questão é de saúde individual. Se a demanda visar corrigir a implantação da política ou sua execução, a questão torna-se de saúde coletiva.

Há casos, no entanto, em que o medicamento pleiteado não consta da lista. Nesses casos, é preciso passarmos a uma segunda diferenciação.

Se o medicamento não consta e nem deveria constar, pois não atende ao tratamento de uma doença que acomete a coletividade com presença marcante; não se trata uma questão de saúde pública, mas de saúde individual. A decisão não constituirá uma intervenção na política pública de medicamentos.

Por outro lado, se o medicamento não consta da lista, mas deveria constar, pois atende ao tratamento de uma questão de saúde pública, teria de se estabelecer não apenas uma concessão singular do medicamento, mas também uma revisão da lista pré-aprovada. Haveria que, nesses casos, instituir-se mecanismos de transformação da demanda individual em coletiva, sem que por isso se descuide da tutela de urgência a que faz jus o impetrante individual.

7 CONCLUSÃO

Parece-nos que o instrumental da Medição Sanitária é um instrumental adequado para encontrar soluções para a saúde coletiva e não para construir soluções conciliadoras de saúde individual.

Para que esse instrumental se revista da legitimidade almejada como diretriz constitucional e internacional, da legitimidade advinda da participação comunitária, que se oportunize voz e poder negocial às

entidades estruturantes do sistema de saúde, como são os Conselhos de Saúde, à Ordem dos Advogados do Brasil, às Defensorias Públicas e ao Ministério Público, bem como às entidades da sociedade civil organizada.

É necessário que as instituições citadas diferenciem os casos em que suas ações devam ser conduzidas pela via judicial das ações civis públicas ou das ações judiciais individuais, dos casos em que podem assumir o papel de condutor de arranjamentos sociais compromissórios.

A Ordem dos Advogados do Brasil, honrando sua história de instituição voltada à construção de uma sociedade mais justa e solidária, pode desempenhar papel relevante na consolidação do perfil democrático da Mediação Sanitária.

Uma vez convencidos da pertinência e adequação desse instrumental, uma vez experimentado os resultados positivos das iniciativas já implantadas, espera-se que o Poder Legislativo normatize em detalhes essa solução seguindo os parâmetros aqui apresentados.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde. Judicialização da Saúde no Brasil: Desafios para a Mediação. Brasília, Abril/2017. Disponível em: <https://bit.ly/2DsjGJN>.

AITH, Fernando. A saúde como direito de todos e dever do estado: o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil. In: AITH, Fernando et al (org.). **Direito sanitário**: saúde e direito, um diálogo possível. Belo Horizonte: ESP-MG, 2010, p. 73-105.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 13-38, jul. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2pyD6mK>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 59-69, jan. 2010.

BRASIL. CNJ. **Manual de mediação judicial**, edição nº 6, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2t0UvHx>. Acesso em: 12 jun. 2017.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010**. 5ª ed. rev. e atual., de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vasquez. A mediação sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, jun. 2015.

FARIA, J. E. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, v. 51, n. 18, p. 103-125, 2004.

FONSECA, T. M. P. **O Ministério Público e a tutela coletiva da saúde nos estados brasileiros**. 2014. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Rio de Janeiro, 2014.

GOUVÊA, Carlos Portugal. Social Rights against the Poor (February 17, 2013). **Vienna Journal on International Constitutional Law**, Vol. 7, 4/2013, p. 454-475. Disponível em: <https://bit.ly/2xz5wRZ>. Acesso em: 12 jun. 2017.

MEDICINA. Brasília: Conselho Federal de Medicina, ano 32, n, 268, jul./2017. Disponível em: <https://bit.ly/2pxQA28>. Acesso em: 20 out. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÙDE. **Portal da Saúde**: A ideia é discutir um possível projeto de mediação na área da saúde para todo o país, levando-se em conta as iniciativas existentes e respeitando os princípios e competências do SUS. Brasília: MS, fev. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2MRWFzz>. Acesso em: 12 jun. 2017.

_____. **Portal da Saúde**: Resumo executivo da 4ª reunião ordinária da comissão intergestores tripartite de 2016. Brasília: MS, jul. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2pw25H9>. Acesso em: 12 jun. 2017.

MOURA, Paulo. Ações na Justiça de SP contra planos de saúde aumentam 631% desde 2011. **Uol Notícias**, São Paulo, 7 fev. 2017. Ciência e Saúde. Disponível em: <https://bit.ly/2kE2rbt>. Acesso em: 12 jun. 2017.

NÚMERO de pobres no Brasil terá aumento de no mínimo 2,5 milhões em 2017, aponta Banco Mundial. **Nações Unidas no Brasil**, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2kEqgDk>. Acesso em: 12 ago. 2017.

PENA, Flávio. Saúde compartilhada. MPMG se une a órgãos e instituições em busca de alternativas aos problemas de saúde no estado. **MPMG Notícias**: Informativo da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 13, n. 211, p. 2, jul./ago. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2DyJJ1U>. Acesso em: 12 jun. 2017.

RODRIGUES, J. G. A nova dinâmica resolutiva do Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4240, 9 fev. 2015. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/30584>. Acesso em: 12 jun. 2017.

SANTOS, Lenir. Direito à saúde x consumo de saúde. In: OLIVEIRA, Neilton Araujo de (org.). **Direito Sanitário**: oportuna discussão via

coletânea de textos do blog 'Direito Sanitário: saúde e cidadania', Brasília: ANVISA ; CONASEMS ; CONASS, 2012, p. 85-90.

SANTOS, Lenir. Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 821, 2 out. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7378>. Acesso em: 12 jun. 2017.

SCHEFFER, Mário César; TRETTEL, Daniela; KOZAN, Juliana. **Judicialização na saúde suplementar**. Conhecimento técnico-científico para qualificação da saúde suplementar. 1ª Edição, p. 135-144, 2015.

SCHULZE, Clenio Jair. Novos números sobre a judicialização da saúde. **Empório do Direito**, 24 out. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2xz3ZeE>. Acesso em: 28 maio 2018.

SCHULZE, Clenio Jair. Números atualizados da Judicialização da Saúde no Brasil. **Empório do Direito,** 24 set. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2NBtl5E>. Acesso em: 28 maio 2018.

SILVA, Vírgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

SILVEIRA, Daniel. Número de famílias na miséria volta a crescer em 2015. **G1**, Rio de Janeiro, 2 dez. 2016. Economia. Disponível em: <https://glo.bo/2hPGZ6l>. Acesso em: 2 jun. 2017.

TARTUCE. Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**, 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 42, n. 2, p. 1-5, 2008.

O DIREITO À SAÚDE E A LIMITAÇÃO DO INTERVENCIONISMO JUDICIAL

Luane Silva Nascimento*

1 DIREITO À SAÚDE: considerações preliminares

O direito à saúde e outra série de direitos conexos, como ao meio ambiente, etc., foram reconhecidos nas constituições e também nas distintas declarações de direitos, como o que se denomina segunda geração dos direitos fundamentais. O principal documento responsável pela emersão dos direitos econômicos, sociais e culturais foi a Constituição Francesa de 1848, que determinou ao Estado a assistência fraternal aos cidadãos necessitados, especialmente no que tange ao direito ao trabalho e inserção social[1]. Suas características fizeram parte das políticas do *Welfare State*.

Os primeiros ordenamentos constitucionais que reconheceram o direito à saúde foram o México (1917), a constituição alemã de Weimar (1919) e a constituição espanhola (1931)[2]. O ideal pós-guerra de saúde contemplava em sua gênese e afirmação um contexto utilitarista, marcadamente crente nas possibilidades de um Estado Social que caminharia para uma sociedade da abundância e de bem-estar[3].

O conceito de saúde é complexo e de difícil demarcação, especialmente de forma consolidada ou limitada, uma vez que a cada dia mais controvérsias são debatidas. Contudo, o que podemos destacar, *a priori*, é a colocação desse direito em diversos diplomas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção Internacional

---

* Advogada.

[1] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63-64.

[2] LEMA AÑÓN, Carlos. **Salud, Justicia, Derechos**: el derecho a la salud como derecho social. Madri: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid ; Editora Dykinson, 2009, p. 26.

[3] LOUREIRO, João Carlos. **Direito à (proteção da) saúde**. Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano. No centenário de seu nascimento. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 662.

sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988[4], dentre tantos outros. Cite-se, igualmente, a Constituição da Organização Mundial da Saúde que dispôs em seu preâmbulo o direito de todas as pessoas desfrutarem de forma elevada e de alto nível[5] a saúde, sem distinções de raça, religião, crenças políticas, condição social ou econômica[6]-[7].

Nessa esteira, depreende-se do artigo XXV, da Declaração Universal dos Direitos Humanos que a saúde tem como pontos basilares a observância de pelo menos três elementos que foram dispostos no referido Diploma consistentes no (1) direito a um nível de vida adequado que assegure a saúde e o bem-estar; o (2) direito a assistência médica e serviços sociais necessários; e (3) o direito ao seguro saúde, em casos de doença que incapacite ou promova a perda dos meios de subsistência por meio do trabalho, em razão de circunstâncias alheias à vontade do indivíduo[8].

Em que pese as controvérsias que circundam o conceito do direito à saúde a Organização Mundial da Saúde (OMS) a definiu como um "[...] estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade"[9], cuja definição não sofreu emendas pela OMS e vige até hoje. Assim, Gracia[10] defende que a OMS seria pouco realista e capaz de gerar várias frustações à medida que nenhuma sociedade estaria apta a gerar pleno gozo de bem-estar físico,

[4] LEMA AÑON, 2009, p. 27-28.
[5] Ibid., p. 54.
[6] Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <http://bit.ly/2okWaE6>. Acesso em: 1º jul. 2013.
[7] LEMA AÑON, Carlos Lema. **Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud**: historia del derecho a la salud en el siglo XX. Madri: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas Universidad Carlos III de Madrid ; Editora Dykinson, 2012, p. 74.
[8] LEMA AÑON, 2009, p. 41.
[9] LOUREIRO, João Carlos. Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito. I – Circunstâncias e conceitos. **Revista Portuguesa de Bioética**, Porto, n. 3, dez., 2007, p. 276.
[10] GRACIA, D. **Fundamentos de Bioética**. Madrid: Eudema, 1988, p. 277 apud LEMA AÑON, 2009, p. 47.

psíquico e social. Nesta esteira, Berlinguer[11] observou que a saúde não é nem um estado nem é perfeição, tratando-se de uma situação de equilíbrio que se faz durante o transcorrer do tempo.

Para João Carlos Loureiro[12] a construção de um conceito de saúde compreende também um "[...] conjunto de critérios (morfológico, etiológico, funcional, utilitário, comportamental) que permitem recortar uma noção de saúde e, consequentemente, uma aproximação à doença[13]". Etimologicamente, saúde pertence à família semântica de integridade, que deriva de uma perspectiva holística do homem. Seu significado pode ser coletado da confluência de três palavras do Latim, interligando individual e descritivo, moral e normatividade, coletividade e dimensões políticas: *salus* (saúde), *sanitas* (sanitário) e *salubrias* (higiene)[14]. (tradução da autora)

A democracia, a eficiente distribuição e alocação de recursos para o setor sanitário culminam no reconhecimento da saúde como objeto de um direito fundamental social que tem sido transformado progressivamente num real eixo de direito de proteção à saúde[15]. Por isso, é possível considerarmos o direito à proteção da saúde como o complexo normativo-jurídico de princípios e critérios fundamentais que tomam a saúde como conteúdo, regulando em particular a organização e o funcionamento das instituições aptas a fornecer os mecanismos de concretização e a defesa da saúde disciplinando genericamente as relações estabelecidas em torno deste direito[16]. Além disso, a saúde pode

---

[11] BERLINGUER, G. **Bioética cotidiana**. Cidade do México: Siglo XXI, 2002, p. 175 apud LIMA AÑON, 2009, p. 48.

[12] LOUREIRO, 2007, p. 277.

[13] João Carlos Loureiro recorda que 'doença' por Pedro Laín Entralgo (**Antropologia médica**, p. 159) como "um modo doloroso e anómalo da vida da pessoa, reactivo a uma alteração do corpo psico-organicamente determinada; alteração por obra da qual as funções e as acções do indivíduo afectado sujeitam-se a um sofrimento e reacção graças à qual o doente torna ao estado de saúde (doença curável), morre (doença mortal) ou ganha uma deficiência vital permanente (doença cicatrizada)". Vide LOUREIRO, 2007, p. 277.

[14] VALE, Luís A. M. Meneses do. Access to health care between rationing and responsiveness: problem(s) and meaning(s). **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 88, t. 1, 2012, p. 129.

[15] Ibid., p. 130-131.

[16] Ibid., p. 131.

ser considerada como um direito primário por excelência, que traz em seu bojo a noção de transcendentalidade, de forma que a mera proteção isolada sem a devida "cooperação inter-regional e internacional, não se torna suficiente para sua efetiva concretização"[17].

Há que se observar, outrossim, que a saúde é compreendida pela conjugação de certos elementos e, dentre eles, podemos citar: a disponibilidade, a acessibilidade, a aceitabilidade e a qualidade[18]. Nesta esteira, o direito à saúde assume quanto ao seu conteúdo, no mínimo, três dimensões correspondentes às ações e prestações, a curativa, a preventiva e promocional. Referidas dimensões têm por escopo abranger as vertentes negativa e positiva ditas alhures, consubstanciando-se na noção de respeito e proteção, bem como na sua promoção relacionada com o direito a uma boa qualidade de vida[19].

2 DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE E A INCUMBÊNCIA DO PODER EXECUTIVO

Com base nas delineações supramencionadas, necessário se faz correlacionar a competência e o exercício da função executiva no que diz respeito ao direito à saúde, sua proteção e o dever de promoção/concretização. Primeiramente, cuida-se de um dever constitucionalmente imposto ao Poder Executivo, como administrador do bem-público e promotor do bem-estar social, de cumprir as previsões legais que foram objeto do princípio da fixação de competência legislativa[20] relativas à concretização do direito à saúde.

Nesse diapasão, indaga-se: "[...] até que ponto o Estado deve *dar* o atendimento a esses direitos, até que ponto deve apenas amparar

[17] SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia**: – Separação de Poderes, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro. Observatório do Direito à Saúde. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2011, p. 30.
[18] LEMA AÑON, 2009, p. 54-55.
[19] SARLET; MOLINARO, op. cit., p. 30.
[20] Sobre o princípio da fixação de competência, cfr. MIRANDA, Jorge. **Funções, Órgãos e Actos do Estado**: apontamentos de lições do Prof. Jorge Miranda. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990, p. 240-243.

a busca do indivíduo pelo atendimento desses direitos?"[21] Como é cediço a verdadeira obrigação de guarda e tutela pelos direitos econômicos, sociais e culturais advém da concretização por meio da implementação de políticas públicas efetivas pelo Poder Executivo, mediante a previsão legal exercida pelo Poder Legislativo. Algumas teorias e princípios têm sido invocados pelo Estado como forma de eximir ou minorar suas atribuições, dentre eles destacamos a observância do mínimo existencial[22], a cláusula da reserva do possível e o princípio da proporcionalidade, desmembrado no binômio necessidade *versus* possibilidade.

Sem nos delongarmos sobremaneira aos temas propostos, apresentaremos breves conceitos referentes a eles. Assim sendo, podemos depreender do Informativo **n.º 345**, sobre a **ADPF n.º 45 MC/DF**, que versa sobre políticas públicas, intervenção judicial e reserva do possível, analisada pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, o conceito tracejado com relação à reserva do possível. Nesta esteira, necessário se faz a subordinação dos direitos a serem garantidos à possibilidade econômico-financeira do Estado de modo que, comprovada objetivamente a incapacidade orçamentária estatal, não é exigível a imediata efetivação do mandamento constitucional.

Em contrapartida, não poderá o Estado invocar fundamentos desproporcionais, inverídicos ou fraudulentos que revelem o ilegítimo e arbitrário propósito de privar ou inviabilizar o estabelecimento e a preservação dos valores e direitos fundamentais do cidadão aptos a garantirem o seu mínimo existencial[23]. Por essa razão, a cláusula da reserva do possível não poderá ser arguida quando não se constatar justo motivo objetivamente aferível, considerando que ao Estado não compete exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais,

[21] FERREIRA FILHO, op. cit., p. 69.

[22] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul./2008. Disponível em: <http://bit.ly/2N31euN>. Acesso em: 24 set. 2014.

[23] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico ; Elsevier, 2012, p. 36.

sobretudo no que pertine à concretização da proteção da saúde[24], direito fundamental social intimamente ligado ao direito à vida.

O mínimo existencial envolve a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais e direitos econômicos, sociais e culturais, constituindo uma das premissas da proporcionalidade[25].

> Assim, mesmo diante da 'reserva do possível', jamais será admissível que o Estado abandone simplesmente um interesse fundamental. Sempre será exigível – ainda diante da reserva do possível – a preservação de um mínimo vital (direito fundamental mínimo), correspondente ao mínimo razoavelmente exigível para a satisfação de uma vida digna.[26]

Nesta esteira, a concepção de proporcionalidade[27], grosso modo, encontra-se vinculada ao que é necessário e suficiente para a adequada satisfação das necessidades sociais. Assim sendo, uma vez que o administrador não realize este juízo de "meio termo" caberá ao Poder Judiciário realizá-lo[28].

De igual sorte, quando da análise do melhor meio para adequação da solução de um conflito de normas dotadas de preceitos fundamentais, necessário se faz observar o critério da exigibilidade, no aspecto referente à eleição do meio menos ofensivo e que acarrete menor

---

[24] FERREIRA FILHO, op. cit., p. 128.

[25] Sobre o princípio da proporcionalidade, conferir ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 111-115.

[26] ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. 2009. Disponível em: <http://bit.ly/2wxNZIl>. Acesso em: 5 fev. 2014.

[27] Ainda no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, v., entre outros, CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 383-385; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 213 et seq.; BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, passim; STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

[28] BRASIL, Bárbara Dayana. **Limites e Vínculos do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Estado Constitucional**. 2008. Dissertação (Mestrado) – Universidade Vale do Itajaí, Itajaí, 2008, f. 139-140.

sacrifício[29] possível ao outro interesse que será subjugado, de tal sorte que a proporcionalidade em sentido estrito será avaliada e inclinada a apresentar o resultado mais vantajoso, qual seja, aquele que obtém o melhor resultado em relação a um interesse com o menor sacrifício aos demais envolvidos no conflito.[30]

Imperioso reafirmar que a formulação e a execução das políticas públicas estão diretamente ligadas à eleição de opções políticas delegadas ao Poder Executivo sob o comando do Legislativo. Contudo, isto não é absoluto, uma vez que significaria o reconhecimento amplificado de uma liberdade de escolha dos poderes executivo e legislativo na concretização das políticas públicas, de forma que se as escolhas efetuadas por eles conduzirem à neutralidade ou ineficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais, justificar-se-á a intervenção do Poder Judiciário com fulcro na viabilização e equalização de acesso a todos os bens cuja fruição tenha sido injustamente limitada pelo Estado almejando assegurar as condições mínimas necessárias para uma existência condigna e essenciais à própria existência do indivíduo[31].

3 O PODER JUDICIAL E A ATUAL CONJUNTURA EXCESSIVA JURISDICIONAL. DISCUSSÃO SOBRE A SUA POSSÍVEL LEGITIMIDADE DE INTERVENÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Preliminarmente, cumpre mencionar que o Poder Jurisdicional foi concebido por Montesquieu como mera boca que pronuncia a lei, vinculando-se restritamente à lei e sem qualquer manifestação de

[29] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. Nova York ; London: W. W. Norton & Company, 1999, p. 146 apud GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos Não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 214.

[30] ARENHART, 2009.

[31] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo n. 345, **STF**, Brasília, 26 a 30 abr. 2004. Disponível em: <http://bit.ly/2omKjWj>. Sobre a **ADPF n.º 45 MC/DF**, que versa sobre políticas públicas, intervenção judicial e reserva do possível, analisada pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, Brasília, publicação entre os dias 26 e 30 de abril de 2004.

autonomia[32] ou qualquer intervenção constitutiva, em que competia ao juiz apenas a escolha da interpretação mais adequada da norma dentro do sentido literal da lei[33]. O julgador era entendido, segundo a lição de Francesco Ferrara, como:

> [...] o intermediário entre a norma e a vida: é o instrumento vivo que transforma a regulamentação típica imposta pelo legislador na regulamentação individual das relações dos particulares; que traduz o comando da lei no comando concreto entre as partes, formulado na sentença.[34]

De outra sorte, Rousseau atribuía ao Poder Judicial um "[...] papel activo e criativo, especialmente perante leis passíveis de diversas interpretações [...]"[35], ocasião em que cabia ao Judiciário escolher a que mais se adequasse à norma, dentro de um sentido literal da lei. Atualmente, o Poder Judicial pode ser entendido como o poder que tem como finalidade promover a guarda da Constituição e a concretização da norma abstrata criada pelo Legislativo satisfazendo o interesse coletivo e individual[36]. De igual sorte, a função jurisdicional se caracteriza, essencialmente, por uma

[32] "[...] na construção montesquivina, os juízes não têm legitimidade porque aplicam a lei, eles aplicam a lei porque têm legitimidade. É que, apesar de serem meros executores da lei, os juízes gozam de uma especial legitimidade democrático-corporativa, por isso que são eleitos temporariamente dentro da respectiva 'ordem social'." Cfr. RANGEL, Paulo Castro. **Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos**. Porto: Edição Publicações Universidade Católica, 2001, p. 120.

[33] OTERO, Paulo. **O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento Dogmático-Constitucional**. 1995. Tese (Doutorado em em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 1995. v. 1, p. 33-34.

[34] FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 111 apud SILVA, Eduardo Santos. Latitude do poder do juiz na interpretação da norma jurídica: Breves considerações. **Revista Meridional**, Santiago, n. 3, abr. /2003, p. 57.

[35] OTERO, op. cit., p. 35-36.

[36] SOARES, Rogério Guilherme E. **Interesse Público, Legalidade e Mérito**. 1995. Tese (Doutorado em Ciências Político-Económicas) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995, f. 101.

> ‘intenção axiológica’ (procura dos ‘fundamentos’, do ‘valor’, do ‘justo’ – Castanheira Neves), tendo como conteúdo e, sobretudo, como *fim exclusivo* a resolução de uma ‘*questão de direito*’ [...] normalmente e, em última instância, sempre a cargo de um órgão ‘indiferente’ (imparcial) e ‘inoficioso’ quando dirime um conflito de interesses[37].

Com o advento das Constituições Portuguesa (1976) e Brasileira (1988), a criação do Tribunal Constitucional Português e a valorização do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, a posição ocupada por eles como guardiães da Constituição concedeu um papel político-jurídico conformador da vida constitucional, sendo suas decisões dotadas de teor político, uma vez que elas exercem influência determinante junto aos demais tribunais exercendo papel condicionante dos órgãos de direção política.

Neste ínterim, fala-se que aos Tribunais foi conferida certa legitimidade democrática derivada da participação direta no seu processo de escolha e composição realizadas pelos órgãos de soberania direta ou indiretamente legitimados. A teor desta exposição argumenta-se a existência de determinada “transparência política” sob o fundamento de que é preferível “[...] emanarem os juízes constitucionais de órgãos democraticamente legitimados, embora com indiscutível cunho político, do que de outros órgãos com uma mundividência política também irrecusável, mas disfarçada num aparente ‘apartidarismo institucional’”[38].

Todavia, salienta-se a necessidade de limitação e controle da própria atividade jurisdicional, “[...] excluindo dos seus juízos valorações políticas ou apreciações de mérito político”[39]. É importante reafirmar que não compete ao Poder Judiciário imiscuir-se no espaço de conformação legitimamente pertencente aos demais poderes. Diversamente, legitimar-se-á para atuar nos casos em que ocorrer clara situação de desrespeito aos

[37] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Lições de Direito Administrativo**. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013, p. 33.
[38] CANOTILHO, 1993, p. 766.
[39] Ibid., p. 765.

direitos fundamentais sociais ocasionando violação evidente e arbitrária pelo legislador da incumbência constitucional[40].

Um quesito bastante debatido na atualidade refere-se à legitimidade democrática ou a ausência dela no âmbito denominado como "governo de juízes". É indiscutível que a citada legitimidade está diretamente atrelada à realização de eleição visando a designação dos dirigentes e a representação da sociedade por meio de uma legitimidade política, ocasião em que, por meio desta, são efetuadas as escolhas de meios e de definição dos fins econômicos, sociais e culturais[41].

A questão da legitimidade democrática é ponto controverso no que tange ao contexto do ativismo judicial e o crescente destaque do Poder Judiciário na solução de conflitos entre os cidadãos e o Estado impelindo, inúmeras vezes, o Poder Público a satisfação de um direito individual absolutamente considerado. Circunstâncias que levam à indagação acerca da ausência de legitimidade democrática atribuída ao Judiciário, uma vez que este não se submete ao pleito eleitoral correspondente. Em contrapartida, é argumentável a suposta legitimidade democrática advinda do processo de escolha e formação do Colendo Tribunal, já que seus integrantes são diretamente nomeados pelo Presidente da República, depois de ser submetida a escolha a aprovação por maioria absoluta dos componentes do Senado.

O traço marcante relacionado às funções desempenhadas pelos Poderes atualmente reside na consolidação de uma verdadeira interdependência funcional[42] deixando para trás conceitos ultrapassados quanto a uma separação radical de poderes e firmando num complexo regime de colaboração entre eles, respeitada a independência funcional singular e resguardando a limitação de interferência no exercício de competências próprias de um órgão nas do outro.

É com fulcro neste pensamento que constatamos o questionamento referente a uma interferência exagerada do Poder

[40] Neste sentido, conferir KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 22-23 apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004.
[41] AFONSO, Orlando Viegas Martins. **Poder Judicial**: Independência in Dependência. Coimbra: Almedina, 2004, p. 50.
[42] CANOTILHO, 1993, p. 709.

Judicial no âmbito dos demais poderes, especialmente no que concerne às medidas satisfativas concretizadoras de direitos individuais relacionados à proteção e restabelecimento da saúde, o que acarreta, por sentido lógico, uma verdadeira ilegitimidade funcional.

Os limites traçados ao Tribunal Constitucional ou ao Poder Judiciário em si têm como fundamento o receio do advento de um "governo de juízes", uma vez que esse possível governo poderia comprometer a liberdade constitutiva ou conformadora do legislador[43]. É justamente fundado no temor da prevalência de um grande ativismo judicial que a doutrina recomenda a abstenção do Poder Judicial pela cláusula da autocontenção, ou também conhecida como *selfrestraint*, de influência anglo-saxônica[44]. Contudo, temos que considerar o caráter relevante e indispensável atribuído ao direito à saúde, uma vez que está intimamente ligado ao direito à vida, igualmente o seu enquadramento como direito autônomo e separado de outros direitos e garantias constitucionais.

Diante de tal fato, o Supremo Tribunal Federal brasileiro traçou metas dispondo sobre o direito à saúde e a consequente intervenção do Poder Judicial, quando do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, do Estado do Ceará[45]. Na oportunidade, definiu a legitimidade dos Tribunais ao apreciar demandas concernentes à concretização da proteção ao direito à saúde, bem como a titularidade do referido direito reconhecendo, tanto uma dimensão

---

[43] RANGEL, op. cit., p. 130-131.

[44] A auto-contenção judicial, no entendimento do autor Keenan Kmiec, está em sentido completamente oposto ao ativismo judicial, uma vez que envolve a abstenção do Tribunal no domínio de certos direitos civis e políticos, devendo os juízes olharem com "olhos ciumentos" sobre a legislação cortando a abertura de "valas" em tais direitos. De outra sorte, o autor enuncia em seu texto a vertente defendida pelo juiz McWhinney que afirma que: "*'judicial review is not always a very efficient form of policy-making...'. Judges are well versed in the law but they are 'manifestly not the best equipped' to translate 'community values into constitutional policies…'*". KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of "judicial activism". **Revista California Law Review**, California, v. 92, n. 5, out. 2004. Disponível em: <http://bit.ly/2oojK2T>. Acesso em: 18 ago. 2014.

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175-CE, Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. **Diário de Justiça eletrônico**: 30 abr. 2010.

coletiva no âmbito dos direitos sociais quanto uma dimensão individual, ambos insculpidos na norma consagrada no artigo 196 da Constituição Brasileira de 1988[46].

Nesta esteira, consolidou a vertente de que o Poder Judiciário não fere o princípio da separação de poderes ao determinar a observância de políticas públicas por parte do Estado, considerando que na maioria dos casos já existe uma política pública de saúde não sendo cumprida pelo Poder Público, razão pela qual o Poder Judiciário pode conceder a medida satisfativa individual assegurando a salvaguarda do direito à saúde, bem como sua recuperação ou preservação do estado de bem-estar.

Vale ressaltar o reconhecimento do direito do indivíduo receber tratamento adequado apto a restabelecer sua saúde não disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde brasileiro, mesmo que este não tenha sido inserido no bojo de tratamentos disponíveis na rede pública. Contudo, nos casos em que o medicamento ou tratamento forem disponibilizados apenas na via experimental no âmbito dos estudos clínicos ou de programas de acesso expandido[47] não será obrigatório ao Poder Público custeá-los.

Dessa forma, infere-se que o Judiciário tem determinado à Administração Pública que atue ativamente na prossecução da saúde, sob a alegação de que não há violação do princípio da separação dos poderes, já que em nenhuma das esferas institucionais de Poder pode a saúde ser tratada com indiferença, sob pena de seu comportamento incorrer em flagrante ação ou omissão inconstitucional[48].

---

[46] SARLET; MOLINARO, 2011, p. 32.

[47] Em consonância com a Resolução - RDC n.º 38, de 12 de agosto de 2013 (que aprova o regulamento para os programas de acesso expandido, uso compassivo e fornecimento de medicamento pós-estudo), podemos depreender do artigo 2º, inciso VIII, que o acesso expandido constitui o "programa de disponibilização de medicamento novo, promissor, ainda sem registro na Anvisa ou não disponível comercialmente no país, que esteja em estudo de fase III em desenvolvimento ou concluído, destinado a um grupo de pacientes portadores de doenças debilitantes graves e/ou que ameacem a vida e sem alternativa terapêutica satisfatória com produtos registrados".

[48] Neste sentido, conferir a decisão recentemente exarada pela Suprema Corte Brasileira: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 429903-RJ, Primeira Turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 25 de junho de 2014. **Diário de Justiça eletrônico**: 14 ago. 2014.

4 EXTRAPOLAÇÃO JUDICIAL NO CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SATISFATIVAS INDIVIDUAIS

A grande questão que se coloca nos dias de hoje com relação ao papel atuante em sede de justiça constitucional diz respeito ao receio do estabelecimento de limites funcionais materialmente ajustados e constitucionalmente adequados das várias funções do Estado e não exclusivamente no que tange a um suposto Estado de Justiça conducente a uma "politização da justiça" ou "jurisdicização da política"[49].

Não há que se olvidar sublinhar a necessidade básica de recursos financeiros provenientes do Estado para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, por essa razão devem ser garantidos segundo o âmbito possível e adequado, especialmente por carecerem de estalão jurídico-constitucional[50]. Popularmente, esta ponderação tornou-se conhecida como a cláusula da reserva do possível[51], ocasião em que o julgador deve avaliar a viabilização do direito social em questão sob o prisma da possibilidade financeira pública graduando a dimensão lógica e correlacionando o binômio necessidade e adequação com os orçamentos, a fim de que possa resguardar, primordialmente, o interesse público primário[52].

O questionamento que deve ser levado em conta sublinha-se no recorte jurídico-estrutural[53] de um direito não dever ser confundido com o seu financiamento, ao passo que a reserva dos orçamentos do Estado

---

[49] CANOTILHO, J. J. Gomes. A concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Nos Dez anos da Constituição**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1987, p. 362.

[50] Esta expressão é originária de W. Martens, podendo ser encontrada em *Grundrecht im Leistungsstaat*, VVDSTRL, 30 (1972) apud CANOTILHO, J. J. Gomes. "Metodologia Fuzzy" e "Camaleões Normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 106-107.

[51] Para melhor desenvolvimento acerca dos sentidos atribuídos à reserva do possível, cf. CANOTILHO, 2008, p. 107.

[52] SARLET MOLINARO, 2011, p. 37-41.

[53] R. Alexy, Theorie der Grundrechte, p. 462 apud CANOTILHO, 2008, p. 108.

ocasiona problemas financeiros, mas não pode comprometer a vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores dos direitos fundamentais sociais. Diante desta conjuntura, o fornecimento de medicamentos e o financiamento de tratamentos de alto custo[54] por parte do Estado tem se tornado um direito absoluto sem a possibilidade de qualquer questionamento do "[...] Poder Executivo quanto à maneira de gestão, de divisão de gastos, de repartição de atribuições de políticas públicas de saúde, para a sua possível efetivação e concretização"[55].

Neste sentido, é possível sintetizar a consequência atualmente vivenciada na órbita de intromissão do Judiciário no campo da feitura de políticas públicas de atribuição originariamente pertencentes aos Poderes Legislativo e Executivo, a partir do entendimento já manifestado por Carl Schmitt, sob o destaque de Gomes Canotilho, de que "[...] com a justicialização da política, a política não tem nada a ganhar e a justiça tem tudo a perder"[56].

Ora, o incurso tema polemiza a interferência demasiada do Judiciário acarretando a seguinte questão formulada por Gomes Canotilho: "[...] qual o justo equilíbrio de um 'tribunal excessivamente jurisdicional' e um 'tribunal excessivamente político'?"[57]. Na ocasião, ele oferta resposta, no sentido de que no primeiro caso, um tribunal aplicará com rigor a "guilhotina fiscalizadora" cortando pela raiz a inconstitucionalidade postulada nos atos normativos aproximando-se, em medida, ao que se caracteriza como legislador negativo. De outra sorte, no caso dos tribunais excessivamente políticos será realizada uma apreciação mais ponderada, graduada e plasmada da inconstitucionalidade dos atos normativos de acordo com uma

[54] MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O Ativismo Judicial e o Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 36.
[55] ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde**: "O direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais?". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 30.
[56] SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**, Turbingen: Duncker & Humblot ; Auflage, 1931, apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge. (org.). **Perspectivas Constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. 1, p. 873.
[57] Ibid., p. 882.

sensibilidade política do problema em questão, levando em conta os efeitos traumáticos que sua decisão pode acarretar[58].

Dentre os riscos existentes neste tipo de postura excessivamente ativista, podemos vislumbrar a diminuição do poder argumentativo do Executivo, uma vez que ele não poderá alegar nada em face das proposições conducentes à salvaguarda dos direitos à vida e à saúde devendo "[...] suplantar qualquer óbice legislativo ou administrativo de lista fornecida pelo Ministério da Saúde e fornecer o tratamento ao indivíduo enfermo, custe o que custar"[59]. Interferindo direta e ativamente na formulação de políticas públicas e ocasionando, com isso, alterações significativas no que tange às inúmeras escolhas realizadas durante todo o processo de elaboração das políticas públicas[60].

Para que isso não ocorra o Poder Judiciário Brasileiro deverá se atentar mais para a sua função típica (julgar)[61], com a consideração de que eles refletem um conglomerado de procedimentos administrativos que almejam os objetivos sociais de forma gradual e articulada[62] que deverão ser diretamente formulados pelo Poder Público e diante do fato de que sequer a eventual omissão[63] estatal, ensejadora da propositura de ação de inconstitucionalidade por omissão ou da ação de mandado de injunção, justificaria a excessiva atuação do Judiciário "[...] formulando e prestando as medidas sociais necessárias à completa satisfação do direito"[64].

---

[58] Ibid., p. 882-883.
[59] ROCHA, op. cit., p. 45, grifo do autor.
[60] MEDEIROS, op. cit., p. 36.
[61] BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 412.
[62] ROCHA, op. cit., p. 44.
[63] "Há omissão legislativa sempre que o legislador não cumpre (ou cumpre insuficientemente) o dever constitucional de concretizar imposições constitucionais concretas". KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, out./dez. 1999, p. 251.
[64] MEDEIROS, op. cit., p. 70. PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a 'Existem direitos sociais', de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 172 apud MEDEIROS, op. cit., p. 70.

O maior reflexo inferido de uma conduta absolutamente concessiva do direito à saúde refere-se ao seguinte questionamento: quem paga a conta? Ora, uma vez que a concretização da proteção do direito à saúde é avocada pelo Poder Judiciário determinando seu cumprimento "[...] 'a qualquer custo', temos de ter em mente de onde sairão os recursos para que este direito seja plenamente viabilizado. Para que isso ocorra, não basta a previsão normativo-institucional unicamente"[65], uma vez que os recursos financeiros necessários para a observância destes direitos são expressivos e referidos "direitos não nascem das árvores".[66]

Além do mais, a postura assumida pelo Judiciário brasileiro e a consideração de uma possível releitura do princípio da separação dos poderes leva a crer que suas determinações tendem a abolir o texto constitucional, no tocante ao que prevê o artigo 2º, da Constituição Federal, ao conceder indistintamente as medidas satisfativas de proteção ao direito à saúde[67].

Nesta esteira, a desconsideração da cláusula da reserva do possível caracteriza a intromissão desenfreada do Judiciário na gestão do orçamento público e na participação da escolha das melhores políticas públicas e retirando do âmbito previamente definido pela Administração as ações sociais anteriormente programadas. Por este motivo, sua atuação se revela altamente temerária e, diante disso, configura-se flagrante violação ao que estabelece o princípio da separação dos poderes, consequentemente, quebrando a suposta harmonia e equilíbrio de uma sociedade democraticamente organizada e a noção de representação popular.

Por outro lado, corre-se o risco de acarretar eventual disparidade entre os cidadãos, uma vez que só terão a satisfação e o gozo plenos do direito à saúde aqueles que tiverem acesso ao Judiciário. Não se nega a legitimidade de um direito amplo e acessível a todos de ter a saúde tutelada antes ou após o acometimento de determinada moléstia, *a contrario sensu* acreditamos ser uma das soluções passíveis para a

[65] MEDEIROS, op. cit., p. 55.
[66] Expressão utilizada por Flávio Galdino em sua obra: GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
[67] ROCHA, op. cit., p. 86-88.

melhoria da qualidade de vida e saúde da população a adoção de medidas preventivas[68] assecuratórias do direito à saúde.

Em consonância com a solução ofertada por Márcio Oliveira Rocha[69], uma das possíveis respostas ao direito à saúde ilimitado seria baseada no pragmatismo jurídico[70] que, por sua vez, deixariam claras as consequências práticas e úteis advindas das decisões amplamente concessivas em prol de uma "judicialização política equilibrada e de bom senso". De igual sorte, ressalta que eventual cooperação entre os Poderes Executivo e Judiciário não seria o suficiente para a solução da questão fazendo-se necessário promover uma melhor prestação jurisdicional ou de autocontenção judicial objetivando minimizar os custos para os entes públicos reduzindo automaticamente a propositura de demandas judiciais desafogando o Poder Judiciário e o tornando mais eficiente.

Até porque, como bem sabemos, as políticas de saúde são formuladas num primeiro momento pela atuação do legislador infraconstitucional e, num segundo momento, pelo Poder Executivo a partir de estudos e constatações extraídas da realidade empírica vivenciada em determinado contexto social[71]. Por tais razões, indaga-se se "[...] está o Judiciário Brasileiro habilitado, em nome do direito social encartado na Lei Maior, para, por ato próprio, estender benefícios de um determinado programa normativo àqueles não foram originariamente contemplados?"[72].

A resposta para tal indagação advém da própria Constituição ao estatuir a atribuição do Poder Judiciário para apreciar as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, ocasião em

---

[68] O critério preventivo das medidas de saúde pública é também ressaltada por SARLET; FIGUEIREDO, 2012, p. 35.

[69] ROCHA, op. cit., p. 109.

[70] Ressalva-se, contudo, que o pragmatismo referido no texto não condiz com a concepção pura que "'valoriza a liberdade de investigação, a diversidade dos investigadores e a experimentação', de sorte que não se vislumbra no pragmatismo a ideia de pesquisadores descobridores de 'verdades' categóricas e inquestionáveis". ROCHA, op. cit., p. 5, 117.

[71] GALDINO, op. cit., p. 211. "O tempo e o lugar – por que não dizê-lo, as condições econômicas e financeiras – definem as prioridades dos indivíduos e das comunidades, definindo o que seja *direito*".

[72] MEDEIROS, op. cit., p. 99.

que declarará que os direitos constitucionalmente garantidos e pendentes da edição de norma regulamentadora não poderão ser diretamente satisfeitos sem o devido ato normativo, constituindo o Poder Público correspondente em mora e instando-o a editar a norma requerida, já que, frise-se, o juiz não poderá fazê-lo. Neste sentido, Fabrício Mendes Medeiros[73] sintetiza muito bem as atribuições inerentes ao Judiciário diante das omissões estatais.

Perante tudo isso, resta consolidado o entendimento de que as políticas públicas legitimamente são de incumbência dos atores sociais que representam a população e que a ela presta contas periodicamente. Para arrematar, salienta-se que não pode o Estado privilegiar apenas aqueles que acionam a via jurisdicional, já que há tantos cidadãos igualmente carentes que não têm acesso às vias judiciais, porquanto estes não serão amparados no que concerne aos seus direitos sociais[74]. Dessa forma, o Judiciário estaria desarrazoadamente imiscuindo-se na política de administração pública destinada ao atendimento da população[75].

5 RESTRIÇÃO DA ATIVIDADE JUDICANTE E A LIMITAÇÃO DOS CUSTOS DOS DIREITOS

5.1 Princípio da autocontenção judicial ou cláusula da *judicial self-restraint*

Após as exposições fáticas e jurídicas anteriormente elucidadas é de extrema relevância a sedimentação da limitação do

[73] MEDEIROS, op. cit., p. 106.

[74] "[...] O que se impõe é a reflexão sobre a aplicação desses argumentos apenas aos casos concretos que chegam ao Poder Judiciário e não a todos aqueles que realmente necessitam da concretização do direito à saúde". Neste sentido, conferir: CARLINI, Angélica. A saúde pública e as decisões dos Tribunais: apontamentos para uma reflexão crítica. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico; Elsevier, 2012, p. 490-500.

[75] Ementário exarado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação Cível n.º 1994.001.01749, sob a relatoria do Desembargador Carpena Amorim. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em 26 de agosto de 2014.

intervencionismo do Poder Judicial mediante a observância da clásula da autocontenção judicial[76].

Assim, a cláusula da autocontenção judicial ou *judicial self-restraint* é uma orientação dada aos juizes acerca dos perigos de invasão em decisões próprias da Administração configurando-se pela prolação de sentenças anulatórias de decisões administrativas, por sentenças impositórias à prática de atos visando a adoção ou pela proibição de comportamentos ou realização de prestações particularmente ativas[77], situações em que os juízes interpretam ou constroem o direito modulando ou relativizando as compreensões jurídicas relacionadas à competência e à responsabilidade do Judiciário perante os outros Poderes[78].

O propósito da cláusula da autocontenção exige que os juízes exerçam com cautela a interpretação dos direitos fundamentais fora da deferência do corpo representativo eleito, que detém a principal responsabilidade numa sociedade para promulgar as mudanças legislativas importantes e devem, em particular, absterem-se de estatuir legalmente quaisquer direitos que não estavam previstos no corpo da lei previamente[79].

Cuida-se de um princípio importado da jurisprudência norte-americana, consistente no fato dos juízes deverem "[...] autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas"[80]. Ao passo que foi definido em sua configuração original pelo juiz Marshall significa que determinadas matérias e "questões políticas" propriamente pertencentes às competências do Presidente não são passíveis do exercício de um verdadeiro controle jurisdicional.

Contudo, não deve ser admitida a recusa de controle de constitucionalidade sobre uma matéria com base apenas no seu caráter político devendo a questão ser decidida por instâncias políticas, o que significaria grave ofensa à própria guarda e tutela da Constituição. Neste

---

[76] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1308-1309.
[77] ANDRADE, 2013, p. 37.
[78] ROCHA, op. cit., p. 22.
[79] MAHONEY, Paul. Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin. **Human Rights Law Journal**, Oxford, v. 11, 1990, parts 1-2, p. 58.
[80] CANOTILHO, 1993, p. 1110-1111.

sentido, "[...] cabe-lhes conhecer dos *vícios de constitucionalidade* dos actos normativos, mas não dos *vícios de mérito* (oportunidade política dos actos e uso do poder discricionário pelo Parlamento e Governo)"[81].

Em sentido oposto, de acordo com uma postura mais ativa e intervencionista[82] do Poder Judiciário, cada qual dos órgãos soberanos "[...] está legislando dentro dos limites de sua competência. Não há dúvida de que os limites para o juiz são mais estreitos. Ele legisla apenas entre as lacunas. Ele preenche as brechas da lei"[83]. A priori, é impreterível dizer que compete precipuamente ao Poder Legislativo regular a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Isto se deve às causas de sensibilidade e legitimidade políticas, o que quer dizer que primeiramente incumbe ao legislador atuar para concretizar os direitos sociais, devendo o Judiciário respeitar o poder da maioria naturalmente inerente ao Legislativo, desde que este não ultrapasse os limites constitucionais[84].

Neste âmbito, caberá ao Tribunal Constitucional fiscalizar o cumprimento pelo legislador das normas constitucionais caracterizando o equilíbrio desejado pela separação dos poderes por meio da legitimidade da justiça constitucional e a legitimidade do legislador[85]. Esta autolimitação que deve ser observada pelos juízes, sobretudo os juízes constitucionais, tem como alicerce a autocontenção do poder judicial ao imiscuir-se na atividade típida dos demais poderes. Com base nesta cláusula poder-se-á chegar ao equilíbrio almejado pela separação dos poderes e o consequente respeito entre eles, fazendo com que os direitos econômicos sociais e culturais se concretizem de acordo com

[81] CANOTILHO, 1993, p. 1111.
[82] O ativismo aumenta o espectro da ilegitimidade dos juízes alargando seu papel na sociedade e excedendo sua função de interpretação originária, enquanto a *self-restraint* carrega o risco dos juízes abdicarem da sua responsabilidade de revisão independente das ações governamentais. MAHONEY, op. cit., p. 58.
[83] CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 83 apud ROCHA, op. cit., p. 15.
[84] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Legitimidade da Justiça Constitucional e princípio da maioria In: BRITO, J. Sousa e (org.). **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional realizado em Lisboa, em maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 80.
[85] Ibid., p. 81.

cada competência primitiva, especialmente no tocante ao direito à proteção da saúde, em que se pode constatar o maior cometimento de excessos de invasões atributivas.

Conforme podemos constatar, a clássica separação dos poderes não é absoluta. O reconhecimento de lei suprema do país (*supreme law of the land*)[86] à Constituição, bem como a crescente colaboração entre os poderes[87] são movimentos que retratam a evolução do pensamento montesquivino transportando, com isso, a imagem do juiz como mera boca que pronuncia a lei para fiscalizador ativo da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. De igual sorte, a consideração e respeito absolutos dados à Constituição Federal fazendo com que ela seja cumprida em todas as suas esferas, ou seja, a salvaguarda da supremacia e prevalência da Constituição[88].

É com base nisso que fundamentamos a colaboração dos poderes, na busca conjunta pelo respeito às normas constitucionais e aos direitos, liberdades e garantias do ser humano, igualmente à concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais por meio da implementação de políticas públicas previstas normativamente pelo Legislativo e realizadas pelo Executivo, sob a fiscalização do Judiciário.

Para arrematar, fala-se da "[...] doutrina da margem de apreciação"[89], que de certa forma pode ser caracterizada como uma

---

[86] MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: BRITO, J. Sousa e (org.). **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional realizado em Lisboa, em maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 179.

[87] CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. 1987. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) Universidade de Lisboa, Lisboa, 1987, p. 28.

[88] MOREIRA, op. cit., p. 192.

[89] MAHONEY, op. cit., p. 80-81. "[…] The doctrine of the margin of appreciation is the natural product of that distribution of powers: it serves to delineate the dividing line. The Convention, like a national constitution safeguarding fundamental freedoms and human rights, reflects a desire to disable democratic discretion of certain respects. […] Judicial review forms part of a system of check and balances to prevent individuals suffering from the excesses of majoritarian rule. Most cases usually involve a conflict between individual rights and majoritarianism. To make a proper assessment of the 'fair balance' between the individual and the community, the judges must pay some

abdicação realizada pelo Tribunal do seu dever de julgar ou ainda como uma leitura inadequada de uma restrição textual em prol do governo. De outra sorte, a chamada cláusula da autocontenção judicial em contraposição ao ativismo judicial não pode ser diametralmente considerada opostos e irreconciliáveis, na medida que o juiz diz de quem é o direito e por vezes o faz de acordo com os complementos essenciais componentes de um processo em curso reforçando os direitos fundamentais por meio da interpretação judicial[90].

5.2 Teoria do "cobertor curto" e a limitação orçamentária dos custos dos direitos

Conforme podemos constatar ao longo do presente enredo, a ampliação de concessões de medidas satisfativas ao indivíduo mediante decisões judiciais determinando aos demais entes públicos que promovam e assegurem o direito à saúde integralmente tem acarretado profunda distorção nos cofres públicos, vez que ao Estado incumbe a realização de outras políticas públicas e, não somente no que tange ao direito à saúde. Especialmente se considerarmos que a apreciação dos fatores econômicos embasadores para uma "tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos órgãos políticos e legislativos"[91].

Ante o exposto, é possível extrair dos julgados exarados a disposição de quantias exorbitantes em prol do restabelecimento da saúde de uma única pessoa, ocasião por vezes ensejadora de uma fórmula de "tapa-buraco", pois, se retira do orçamento previamente elaborado recursos financeiros que seriam destinados ao cumprimento de outras políticas públicas, a fim de não desobedecerem às ordens judiciais podendo incorrer, inclusive, no pagamento de multas de valor expressivo compelindo a satisfação das medidas pleiteadas.

---

deference, through the doctrine of the margin of appreciation, to the wishes expressed by the people's freely elected representatives. A degree of so-called judicial self-restraint is therefore inevitable".

[90] MAHONEY, op. cit., p. 88.

[91] KRELL, op. cit., p. 241.

Com base nesta circunstância fala-se de uma metáfora conhecida como "cobertor curto", ou seja, "[...] quando se cobre a cabeça, se descobrem os pés. [...] Em setores como o da saúde, decisões judiciais que não consideram problemas de organização administrativa podem gerar consequências contrárias aos próprios valores que pretendem promover"[92]. O que se deve ter em conta é a verificação da insuficiência dos recursos financeiros públicos fazendo-se necessário observar e considerar a totalidade dos casos semelhantes, de modo que haja probabilidade de satisfação e exequibilidade integral da decisão judicial, caso fosse universalizada a providência tomada[93].

Uma possível solução para este desafio pode estar diretamente associada ao estabelecimento de parâmetros adequados de concretização dos direitos sociais em harmonia com a disciplina legislativa e administrativa. A observância da solução mais econômica dentre as eficazes, de modo que resguarde os recursos financeiros e atenda à demanda formulada pelo cidadão necessitado, sobretudo respeitando a premissa que cuida dos recursos públicos e o argumento de que é "apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes"[94].

5.3 A equalização do acesso à saúde como meio de solução pacífica para os conflitos entre os três poderes

A efetivação dos direitos prestacionais por meio de políticas públicas implica uma especial incidência da carga fiscal e, consequentemente, uma redistribuição de riqueza, não sendo capaz,

[92] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____.; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Editora Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 528-529.
[93] Ibid., p. 526-527.
[94] SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, set./out. 2007, p. 13.

contudo, de garantir que se desenvolva um padrão de perfeita justiça distributiva e com acesso igualitário a todos os cidadãos. Isto porque sempre haverá situações ensejadoras de escolhas trágicas[95] e o conflito entre ditos direitos fundamentais sociais, ocasião em que o Poder Público efetuará uma escolha implicando o sacrifício de um preterido em prol de outro direito, ainda que seja a melhor opção e que atenda ao maior número de pessoas.

Com base nisso é possível dizer que a reserva parlamentar na definição de linhas de orientação para as políticas públicas e a concretização pelo Executivo são meios aparentemente mais eficazes para se atingir o interesse das pessoas e suas necessidades básicas[96]. Mesmo que, em virtude da limitação dos recursos, o Estado tenha de efetuar escolhas sacrificando

[95] A partir da retórica da tragédia, Guido Calabresi e Philip Bobbit (1978) demonstram que a escassez de recursos econômicos e financeiros públicos impede a realização de todos os objetivos sociais, de tal sorte que a realização de alguns desses relevantes objetivos impõe necessária e inevitavelmente o sacrifício de outros, igualmente importantes, e por mais imprescindíveis que sejam. (CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices**: the conflicts Society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York ; London: W. W. Norton & Company, 1978). Ainda sobre as escolhas e os sacrifícios, ver BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Ed. UnB, 1969, p. 167. (Pensamento Político ; 39). Não sendo possível – e muitas vezes, nem desejável, sobre a eventualmente desejável manutenção dos conflitos entre os valores como meio de promoção da participação e deliberação democrática, consulte-se SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalis at the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, passim, e, ainda uma vez, o nosso estudo: GALDINO, Flávio. Sobre o minimalismo judicial de CASS SUNSTEIN. In: MELLO, Celso D. de. A. (org.). Arquivos de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 2, p. 173-215 – a solução imediata da permanente tensão entre os valores subjacentes aos mencionados objetivos sociais em conflito, há a necessidade de serem feitas escolhas (CALABRESI; BOBBIT, op. cit., p. 19). Essa opção entre valores denuncia o inafastável conteúdo ético das escolhas públicas (TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 36). Escolhas realmente trágicas. Todas as referências foram extraídas de GALDINO, op. cit., p. 158-159.

[96] SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Princípio da legalidade e Administração Constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 57, 1981, p. 184.

prestações igualmente essenciais, vez que nem sempre há recursos para satisfazer ambos. São as denominadas *trade-offs*[97].

Para que isso seja realizável sob uma forma mais equânime, há que se empreender esforços para atingir a igualdade material num nível máximo entre os cidadãos e o respectivo acesso aos serviços básicos. Nesta esteira, não merece prosperar a posição estendida pelo *caput* do artigo 5º, que elucida a garantia dos direitos fundamentais a todos os cidadãos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, sequer as políticas públicas de saúde atualmente vigentes são restritivas, de modo que são de caráter nitidamente inclusivo[98].

De outra sorte, não há que se confundir a titularidade universal do direito fundamental à saúde com a universalidade[99] do acesso ao Sistema Único de Saúde. Por certo que há discriminações positivas quanto ao acesso à saúde pública, com vistas a concretização da equidade do sistema e do princípio da igualdade[100] em seu sentido material "que

---

[97] Reproduzimos, *ipsis litteris*, esta expressão que foi utilizada por Flávio Galdino. Segundo sua nota explicativa, não há tradução exata para *tradde-off*, contudo, ela designa a situação de escolha efetuada dentro do conjunto de oportunidades. E dá o seguinte exemplo: "Na verdade, todos os dias as pessoas fazem essas opções. Uma família estuda o seu orçamento e faz opções por (i) lazer sofisticado ou (ii) ensino de qualidade, dentre outras despesas. Partindo-se da premissa de que os recursos da família são limitados, é necessário efetuar *trade-offs*. Assim, por exemplo, quanto maior se tornar a despesa com ensino de qualidade, menos recursos sobrarão para o lazer sofisticado. Com o Estado acontece exatamente a mesma coisa. Também o Estado efetua *trade-offs* todos os dias". Além do mais, sobre esta ideia de *trade-off* e sua correlação com a escassez, ele aponta: STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. Introdução à microeconomia. São Paulo: Elsevier, 2003, p. 9 et seq. apud GALDINO, op. cit., p. 160.

[98] SARLET, 2007, p. 6-7.

[99] "A universalidade deve ser uma aspiração em direção àqueles que não possuem os meios para buscar a prestação privada do serviço de saúde" (PAULA, Daniel Giotti de. Direito à saúde e finanças públicas: uma questão "trágica". In: **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 201). No que diz respeito à universalidade das prestaçõs sociais, conferir: LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** A segurança social entre o Crocodilo da economia e a Medusa da ideologia dos "direitos adquiridos". Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 202-213.

[100] "*Por lo tanto, el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los respectos. Por otra parte, no puede permitir toda*

impõe o tratamento desigual entre os desiguais, e não significa direito a idênticas prestações para todas as pessoas irrestritamente"[101]. De igual modo, não pode implicar o corolário da gratuidade integral das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, da mesma forma que a integralidade do atendimento não quer dizer que todas as pretensões perquiridas para o restabelecimento da saúde devam ser satisfeitas em termos ideais. Por isso, fala-se de uma igualdade[102] em termos substanciais assegurando o acesso universal à cobertura do sistema, aos serviços de qualidade e levando "à restrição da gratuidade [...] do acesso e das prestações oferecidas no âmbito do SUS, como já verificado em algumas políticas públicas"[103].

Outro ponto de acesso à proteção do direito à saúde é a garantia de acesso à jurisdição[104], uma vez que a despeito de se tratar de um direito com dimensões coletivas, o direito à saúde é assegurado individualmente, razão pela qual não refutamos completamente a tese que sustenta a judicialização do direito à saúde[105] e sim a atuação

diferenciación y toda distinción si ha de tener algún contenido. Cabe perguntarse si y cómo puede encontrarse una vía media entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: 'Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual' que – en múltiples variaciones y complementaciones [...]". ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 385, subscrevendo: Platón, Leyes, VI 757.

[101] SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico ; Elsevier, 2012, p. 102-103. Conferir, igualmente, SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 38, 62.

[102] "Comece-se por advertir que do princípio da igualdade em matéria de prestações não resulta que todos os cidadãos tenham acesso a todas as prestações. Como vimos, a afirmação do princípio da universalidade apenas significa que todos devem ter acesso à cobertura do sistema. Contudo, como esta é organizada em diferentes subsistemas, a universalidade não quer dizer que não possa haver diferenciações nas prestações, desde que materialmente fundadas, ou que não possam ser tomados em consideração, por exemplo, critérios como o estatuto laboral. Neste sentido, a universalidade de cobertura não é sinónimo de uniformidade de cobertura" (LOUREIRO, op. cit., p. 226).

[103] SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 63.

[104] SARLET, 2012, p. 112-115.

[105] Nesta esteira, conferir: SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 59.

excessiva do Poder Judiciário imiscuindo-se na formulação de políticas públicas de saúde, fazendo-se necessário limitar o papel jurisdicional.

Quando nos referimos à equalização do acesso à saúde como forma de solução pacífica à "disputa de poder"[106] entre os Poderes do Estado, nos referimos às melhores condições de atendimento à população mediante o oferecimento de serviços públicos de qualidade. Isto quer dizer que devolvida a responsabilidade de administração, implementação e concretização de medidas assecuratórias ao Poder Executivo, e este as desempenhando regular e fielmente, o Poder Judiciário não seria compelido a imiscuir nas atividades da Administração cuidando apenas dos casos levados a juízo por se referirem a situações casuísticas excepcionais e não como tem sido a regra geral aplicada.

Isso tudo num plano ideal em que o Legislativo edita as normas, o Executivo formula as políticas públicas aptas a garantir os direitos básicos dos cidadãos e o Judiciário fiscaliza as atividades dos demais Poderes de acordo com as metas traçadas pela Constituição e Leis, permanecendo inerte até que seja acionado, excepcionalmente, por alguma violação flagrante ao direito de certo indivíduo ou da coletividade.

O grande empecilho para que esta medida seja realizada está diretamente associado ao financiamento para a implementação de tais mecanismos garantidores, uma vez que requerem vultoso e contínuo fluxo de caixa entre os entes federativos[107]. Ora, claro está que quanto

---

[106] Esta expressão foi utilizada pela autora como meio de suscitar uma leve crítica à desenfreada corrida existente entre as funções estatais no Brasil. É notória a contenda entre os Poderes em que o Judiciário profere decisões invasivas e extrapoladas; o Executivo inerte e alheio às necessidades básicas dos cidadãos; o Legislativo em constante processo de legiferação buscando conter os poderes do Judiciário, dentre outros atos. Com base nisso, acreditamos que a situação atual não se mostra benéfica para nenhuma das esferas de governo, causando prejuízos especificamente para a população que vive em constantes processos de mudança e sob a arbitrariedade destas disputas.

[107] "Na verdade, o orçamento orienta a atividade financeira do Estado e, dando-lhe roupagem democrática, a Constituição determinou que a abertura de créditos, à exceção dos extraordinários, deve ser feita por lei, 'justamente como forma de garantir ao cidadão uma política pública derivada de um processo legislativo do qual ele próprio democraticamente participou, com a escolha de seus representantes'" (ALVES, Raquel de Andrade Vieira. Legalidade financeira e ativismo judicial: judicialização das

mais recursos financeiros o Estado dispor, mais ele implementará medidas de políticas públicas. Neste contexto, Stephen Holmes e Cass Sunstein atrelaram a exigibilidade do direito à existência de recursos públicos para custeá-los, pela simples razão de que os direitos têm custos, portanto, eles não podem ser perfeita e completamente protegidos[108]. De igual sorte, a "[...] concretização dos direitos constitucionais se reduz quando os recursos públicos estiverem esgotados, assim como serão suscetíveis de expansão – atingindo maior número de interessados que melhorarão qualitativamente – se os recursos públicos aumentarem"[109].

Singelamente, ao nosso ver, o meio mais eficaz e pacífico para a solução destes problemas está diretamente associado ao princípio da separação dos poderes, primeiramente, encarando-o não como uma divisão radical entre as funções estatais, mas, de outra sorte, considerando uma verdadeira colaboração entre os poderes, respeitando-se as funções típicas inerentes a cada um, porém, com as atribuições atípicas envolvidas num complexo sistema de cooperação entre eles de modo que todos perquiram o bem máximo e fundamental de qualquer sociedade, ou seja, a proteção do bem público firmado no interesse público primário promovendo a consequente harmonia constitucionalmente prevista no artigo 2º, da Constituição Federal Brasileira.

Ponto controverso, porém, salutar, é a responsabilidade solidária entre os entes federativos na concretização da proteção da saúde. Isto se deve ao fato de a obrigação solidária implicar o reconhecimento de que a cada ente é atribuída a responsabilização integral pela promoção do direito à saúde pleiteada, entendimento reiteradamente manifestado pelos juízes brasileiros, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, àquele que a prestou integral e isoladamente remanesce o direito de reaver dos demais entes a sua cota parte, como forma de indenização pela parcela despendida,

políticas públicas. **Revista da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 28, 2010, p. 148 apud PAULA, 2010, p. 202.

[108] HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 120.

[109] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: ¿por qué la libertad depende de los impuestos? Buenos Aires: Siglo Veintuno, 2011, p. 120 *apud* PAULA, 2010, p. 201.

ocasião basicamente concretizadora da confluência entre o direito privado e o direito público.[110]

Como possível solução ao enfrentamento deste problema, Daniel Sarmento e Cristina Telles[111] suscitam brevemente um regime de corresponsabilização subsidiária entre os entes federativos, em contraposição à definição de que cada ente político responde, isoladamente, "pela omissão na prestação do dever estatal de oferecimento do serviço de saúde"[112]. Neste modelo subsidiário as obrigações de fornecimento se efetivarão de acordo com as responsabilidades básicas precipuamente estabelecidas[113], de forma que o Judiciário proclame na sentença um verdadeiro benefício de ordem considerando, inclusive, as condições orçamentárias dos entes públicos, sem prejuízo do deferimento liminar da pretensão com base no juízo de verossimilhança.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez transposto o iter almejado e sem qualquer pretensão de solucionar o embate vivido entre os poderes hodiernamente, tivemos como intuito demonstrar a devolução de atribuições a cada esfera de poder delimitando o campo de assunção atípica de funções e, principalmente, trazendo a retomada das principais atividades de cada um, ambos concatenados ao mesmo fim, como ocorre com a concretização do direito à proteção da saúde de modo que o Judiciário limite sua atividade interventiva e os demais poderes atuem com mais proatividade para assegurar os direitos elementares dos cidadãos, logo a

[110] SARLET; MOLINARO, 2011, p. 56.

[111] SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade? In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico ; Elsevier, 2012, p. 127-129.

[112] PAULA, 2010, p. 203.

[113] É possível inferir as cotas referentes a cada esfera governativa segundo as diretrizes traçadas pela Lei n.º 8080, de 19 de setembro de 1990, lei que disciplina as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://bit.ly/L8080>. Acesso em: 28 ago. 2014.

saúde que está intimamente ligada ao bem mais precioso tutelado pelo direito: a vida humana!

De igual modo, pretendemos enfatizar o evento da constitucionalização dos direitos fundamentais que conferiu a garantia de sua tutela judicial e, em decorrência disso, o cidadão passou a deter o direito de "[...] recorrer à via judicial ante a violação de seus direitos pelos poderes públicos – nesse contexto, o poder Executivo"[114]. Contudo, o juiz não pode fazer-se substituir ao legislador constitucional (que é o legitimado para expressar a vontade da maioria[115]). Neste sentido, o Judiciário tem imposto ao Poder Executivo que concretize sob quaisquer circunstâncias o direito tutelado pelo indivíduo, sem observar as condições financeiras reais do Estado para custear aquele direito fundamental e preterindo o interesse público em benefício da recuperação ou garantia da saúde de uma pessoa apenas, vez que cada dia mais tem sido ajuizadas demandas solicitando ao Poder Público que efetive o direito constitucional à saúde por meio de tratamentos ou medicamentos de altíssimos custos.

Em decorrência desta situação, necessário-se-fez demonstrar que seria benéfica a observância da cláusula da autocontenção judicial ou *judicial self-restraint*. O intento perquirido pela cláusula da autocontenção é a exigência de que os juízes exerçam com cautela a interpretação dos direitos fundamentais fora da deferência do corpo representativo eleito, detentor principal da responsabilidade numa sociedade para promulgar as mudanças legislativas importantes, ao mesmo tempo a eles incumbe, em particular, absterem-se de estatuir legalmente quaisquer direitos que não estavam previstos no corpo da lei previamente[116].

Na concepção de Vital Moreira, a cláusula da *judicial self-restraint* não há sequer que ser invocada, uma vez que o juiz

[114] HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais. In: _____. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**, 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 68-69.
[115] De acordo com esse preceito de representatividade democrática da maioria, as escolhas formuladas pelo Poder Público também devem atender a critérios democráticos. "A ciência dos custos dos direitos, isto é a informação minimamente precisa aos cidadãos acerca das escolhas possíveis, torna mais legítimo o processo democrático, pois assegura a geração de escolhas públicas mais bem fundamentadas, refletidas e responsáveis" (GALDINO, op. cit., p. 344).
[116] MAHONEY, op. cit., p. 58.

constitucional tem a faculdade de censurar o legislador ordinário "se e na medida que este esteja vinculado pela Constituição, independentemente do mérito ou demérito das soluções legislativas em causa"[117] (sic). A partir disso, destacamos a necessidade de ser levada a sério a observância dos limites orçamentários dos recursos públicos, de forma que tomar os direitos a sério significa levar a escassez à sério, igualmente[118]. Na esteira de Holmes e Sunstein, "[...] *to the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support*"[119].

Por essa razão, deve-se ter em conta que todos os direitos têm custos e que sua gratuidade integral e universal é completamente inviável, haja vista que o Estado não possui recursos bastantes para assegurar a todos os direitos que lhe são natural e constitucionalmente inerentes sem que comprometa a existência do próprio Estado. Não se está aqui a defender a escusa estatal para o incumprimento de políticas públicas, mas sim de se observar as reais condições sem atacar o núcleo mínimo existencial dos direitos de forma a equilibrar a concessão de direitos com a possibilidade de concretização real pelo Estado, sem que este seja levado à bancarrota para alcançar o elísio social.

Conclusivamente, a teoria do ativismo ou criativismo judicial merece ser refutada, uma vez que sua prática descontrolada induz a prolação de sentenças manipulativas ou construtivas assumindo, equivocadamente, o papel de juiz-legislador, ocasião que macula o princípio da maioria, bem como a repartição de funções entre o legislador e o juiz constitucional que impõem limites efetivos aos poderes do juiz, uma vez que "[...] tudo o que na actuação dos poderes públicos infrinja a Constituição cai na alçada do juiz constitucional e deve ser por ele anulado, mas os seus poderes acabam lá onde começa a reserva do legislador".[120]

---

[117] MOREIRA, op. cit., p. 194.
[118] HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes**. W.W. Norton & Company, New York ; London, 1999, p. 94.
[119] HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 15.
[120] MOREIRA, op. cit., p. 198.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Orlando Viegas Martins. **Poder Judicial**: Independência in Dependência. Coimbra: Almedina, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Legitimidade da Justiça Constitucional e princípio da maioria In: _____. **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional realizado em Lisboa, em maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Lições de Direito Administrativo**. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013.

LEMA AÑON, Carlos Lema. **Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud**: historia del derecho a la salud en el siglo XX. Madri: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas Universidad Carlos III de Madrid ; Editora Dykinson, 2012.

LEMA AÑÓN, Carlos. **Salud, Justicia, Derechos**: el derecho a la salud como derecho social. Madri: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid ; Editora Dykinson, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. 2009. Disponível em: <http://bit.ly/2wxNZIl>. Acesso em: 5 fev. 2014.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Ed. UnB, 1969. (Pensamento Político ; 39)

BERLINGUER, G. **Bioética cotidiana**. Cidade do México: Siglo XXI, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175-CE, Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. **Diário de Justiça eletrônico**: 30 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 429903-RJ, Primeira Turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 25 de junho de 2014. **Diário de Justiça eletrônico**: 14 ago. 2014.

BRASIL, Bárbara Dayana. **Limites e Vínculos do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Estado Constitucional**. 2008. Dissertação (Mestrado) – Universidade Vale do Itajaí, Itajaí, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. "Metodologia Fuzzy" e "Camaleões Normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. A concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Nos Dez anos da Constituição**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1987.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito constitucional**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge. (org.). **Perspectivas Constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. 1.

CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARLINI, Angélica. A saúde pública e as decisões dos Tribunais: apontamentos para uma reflexão crítica. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico ; Elsevier, 2012, p. 490-500.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. 1987. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) Universidade de Lisboa, Lisboa, 1987.

PAULA, Daniel Giotti de. Direito à saúde e finanças públicas: uma questão "trágica". In: **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRACIA, D. **Fundamentos de Bioética**. Madrid: Eudema, 1988.

HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais. In: _____. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**, 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. Nova York ; London: W. W. Norton & Company, 1999.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos? Buenos Aires: Siglo Veintuno, 2011.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of "judicial activism". **Revista California Law Review**, California, v. 92, n. 5, out. 2004. Disponível em: <http://bit.ly/2oojK2T>. Acesso em: 18 ago. 2014.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, out./dez. 1999.

LOUREIRO, João Carlos. **Direito à (proteção da) saúde**. Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano. No centenário de seu nascimento. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito. I – Circunstâncias e conceitos. **Revista Portuguesa de Bioética**, Porto, n. 3, dez., 2007.

_____. **Adeus ao Estado Social?** A segurança social entre o Crocodilo da economia e a Medusa da ideologia dos "direitos adquiridos". Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MAHONEY, Paul. Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin. **Human Rights Law Journal**, Oxford, v. 11, 1990, parts 1-2.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O Ativismo Judicial e o Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Funções, Órgãos e Actos do Estado**: apontamentos de lições do Prof. Jorge Miranda. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990.

MONTESQUIEU. Livro XI. In: _____. **Do Espírito das Leis**. Lisboa: Edições 70, 2011.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: BRITO, J. Sousa e (org.). **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional realizado em Lisboa, em maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

OTERO, Paulo. **O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento Dogmático-Constitucional**. 1995. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 1995. v. 1.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a 'Existem direitos sociais', de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo Castro. **Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos**. Porto: Edição Publicações Universidade Católica, 2001.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Civil nº 1994.001.01749. Relator: Des. Carpena Amorim. 1994.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde**: "O direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais?". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, set./nov. 2007.

_____.; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia**: Separação de Poderes, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro. Observatório do Direito à Saúde. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2011.

_____.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico ; Elsevier, 2012.

SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade? In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico ; Elsevier, 2012.

SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**, Turbingen: Duncker & Humblot ; Auflage, 1931.

SILVA, Eduardo Santos. Latitude do poder do juiz na interpretação da norma jurídica: Breves considerações. **Revista Meridional**, Santiago, n. 3, abr./2003.

SOARES, Rogério Guilherme E. **Interesse Público, Legalidade e Mérito**. 1995. Tese (Doutorado em Ciências Político-Económicas) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Princípio da legalidade e Administração Constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 57, 1981.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____.; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo n. 345, **STF**, Brasília, 26 a 30 abr. 2004. Disponível em: <http://bit.ly/2omKjWj>.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

URBANO, Maria Benedita. The Law of Judges: Attempting against Montesquieu's legacy or a new configuration for an old principle? **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 86, 2010.

VALE, Luís A. M. Meneses do. Access to health care between rationing and responsiveness: problem(s) and meaning(s). **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 88, t. 1, 2012.

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A MEDIAÇÃO SANITÁRIA COMO MECANISMO DE GARANTIA DA DIGNIDADE E ACESSO À JUSTIÇA

Thaís de Camargo Oliva Rufino Andrade
Paulo Antonio Rufino de Andrade
Cláudia Moraes da Silva
Ivaldo Marques Batista
Oswaldo Luís Caetano Senger

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discutir a Mediação Sanitária, como meio alternativo de solução de conflitos na área da saúde. Para tanto, avalia-se o modelo tradicional de acesso à justiça, por meio de demandas individuais, a partir da análise de dados estatísticos da judicialização na área da saúde, e como este modelo tradicional tem dificultado a efetivação do direito fundamental à saúde, e ao efetivo acesso à justiça. Finalmente, a partir do estudo da mediação sanitária, já em funcionamento no âmbito do Estado de Minas Gerais, será avaliado a partir dos resultados identificados, como este instrumento pode atuar para uma reorientação das políticas públicas de saúde, objetivando a ampliação do acesso a ações e serviços de qualidade.

Palavras-chave: Direitos humanos. Mediação sanitária. Dignidade. Direito a saúde. Acesso à justiça.

THE EFFECT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH AND SANITARY MEDIATION AS A MECHANISM FOR GUARANTEEING DIGNITY AND ACCESS TO JUSTICE

ABSTRACT: The objective of this article is to discuss sanitary mediation as an alternative way of solving health conflicts. To this end, the traditional model of access to justice is evaluated by means of individual demands, based on the analysis of the statistical data of judicialization in the area of health, and how this traditional model has hindered the effect of the fundamental right to health, and effective access to justice. Finally, from the study of sanitary

mediation, already in operation within the state of Minas Gerais, will be evaluated from the identified results, as this instrument can act for a reorientation of public health policies, aiming at the expansion of access to quality actions and services.

Keywords: Human rights. Sanitary Mediation. Dignity. Right to health. Access to Justice.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Constituinte optou pelo modelo de Estado de Bem-Estar Social, cujas diretrizes indicam para uma atuação ativa do Estado na garantia de condições mínimas de dignidade para o ser humano, dentre as quais o Direito à Saúde.

Entende-se por saúde, segundo a "Organização Mundial de Saúde" (OMS) como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de doença e enfermidade"[1].

Através desta definição, a OMS ajudou a expandir o pensamento da saúde para além de uma visão limitada, biomédica e fincada na patologia para um domínio mais positivo que inclui o "bem-estar". No Brasil, a partir da VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, apresentou-se um conceito de saúde em sentido amplo, a definindo como resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde[2].

A saúde, deixou de ser apenas um valor individual, para apresentar-se como um valor da coletividade. É um direito fundamental, voltado à preservação da vida e dignidade humana.

---

[1] BATISTELLA, C. Abordagens Contemporâneas do Conceito de Saúde. In: FONSECA, A. F.; CORBO, A. M. D'A. (orgs.). **O território e o processo saúde-doença**. Rio de Janeiro: EPSJV ; FIOCRUZ, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2xHQpEQ>. Acesso em: 30 set. 2017.

[2] BRASIL. **Anais da VIII Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde. 1987.

Todavia, o sistema de saúde pública no Brasil ainda convive com problemas estruturais decorrentes da insuficiência de recursos para o atendimento de todas as demandas, e deficiências técnicas que têm gerado crescentes conflitos envolvendo a falta de efetivação do Direito Constitucional à Saúde.

Assim, muitas vezes, o Direito à Saúde só pode ser efetivado por meio da intervenção do Poder Judiciário, também chamada de judicialização, o que tem gerado muita discussão no campo jurisprudencial e doutrinário.

Com o passar dos anos, houve um aumento exponencial no número de processos judiciais, que em sua maioria refletem apenas uma atuação judicial prioritariamente demandista, e individualizada, sem a devida apreensão do sistema como um todo.

Neste diapasão, identifica-se a influência dos preceitos de direitos humanos consagrados pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, através do Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, ratificado pelo Brasil desde 1992, que consagra como garantia da pessoa humana o direito à saúde, cabendo ao Estado assegurar a efetivação de referido preceito.

Neste contexto, tem surgido como alternativa, para efetivação do direito fundamental à saúde, a chamada mediação sanitária, como ação institucional, com o objetivo de garantir a resolução dos principais problemas coletivos de saúde.

A mediação, como meio alternativo de solução de conflitos, tem ocupando cada vez mais espaço nos sistemas jurídicos modernos, tendo em vista o exponencial crescimento das demandas judiciais, e o deficitário aparelhamento Estatal para o exercício de suas funções jurisdicionais, impõe novas formas de resolução de conflitos.

2 METODOLOGIA

O método utilizado na elaboração do presente trabalho é o dedutivo, baseado em pesquisas bibliográficas, dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, através dos Relatórios Justiça em Números dos CNJ, bem como as ações que já estão em prática pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais. A pesquisa buscou

identificar a amplitude da estratégia da mediação sanitária, e sua relevância na efetivação do direito fundamental à saúde.

Para atender aos objetivos propostos, será feito um paralelo do direito à saúde, enquanto direito fundamental, e a importância de sua garantia plena pelo Estado. Será ainda avaliada a judicialização em números, com o objetivo de identificar a atual demanda do Poder Judiciário, em questões envolvendo o Direito Fundamental à Saúde, e por fim, será feita uma avaliação da Mediação Sanitária, como meio alternativo, para garantir a solução dos principais problemas coletivos de saúde, sem a necessidade de judicialização das demandas individualmente.

3 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSTRUÇÃO DO IDEAL DE DIGNIDADE HUMANA

Verifica-se que a construção dos direitos humanos se desenvolve através de um processo histórico em constante construção e reconstrução.

Conforme destaca Norberto Bobbio, os Direitos Humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas[3].

É sabido que os direitos humanos decorrem de intensas lutas travadas em busca de melhorias por parte das classes menos favorecidas. Cada momento da história da humanidade vivencia batalhas e conquistas[4].

Na história mais moderna destacam-se alguns instrumentos fundamentais no processo de construção dos valores basilares na luta pelos Direitos Humanos. Em 1215, fruto de uma instabilidade política instalada entre a nobreza e o então rei João sem Terra, editou-se na Inglaterra a Magna Carta de 1215, perante os Barões e o Alto Clero.

Teve sua importância na história da evolução dos Direitos Humanos por ter representado a primeira manifestação moderna de limitação do Poder Governante perante os governados.

---

[3] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

[4] PIMENTEL, Cauany. Direitos Humanos como fundamento político jurídico da mediação. **JusBrasil**, 1. dez. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Ibj2iH>. Acesso em: 10 jan. 2018.

Já no século XVII, com a edição da Bill of Rights de 1689, também na Inglaterra, surgem novos direitos, e limitações ao poder dos monarcas, como a separação dos poderes, o direito de petição e o fim das penas cruéis.

Nas declarações do século XVIII, (Virgínia de 1776 e Francesa de 1789), destacam-se novos ideais, mais democráticos e opostos aos antigos valores do Estado Feudal.

Tiveram sua base, na ideia de que os Direitos do homem são absolutos e inatos, inspiradas em muito pelos valores defendidos pelo Direito Natural.

A declaração de direitos do homem de 1789 teve como antecedente "A REFORMA" vinculada à ideia de liberdade política e ao capitalismo, apresentando-se como revolucionária e influenciando o pensamento político da primeira metade do século XIX.

Os direitos até então conquistados na esfera civil e política representaram um grande avanço na busca pela liberdade, entretanto verificou-se claramente que com base no modelo adotado, a liberdade política conquistada não assegurava de igual forma a liberdade econômica e social.

Operários continuavam em más condições. A Liberdade de iniciativa individual se modificou no Século XX, com o grande desenvolvimento de negócios: CARTÉIS, TRUSTES.

Verificou-se ainda uma grande restrição na chamada liberdade de expressão, sendo que a atuação da IMPRENSA ficou restrita a assuntos de negócio e política do Estado e de partido.

Assim, o crescente desemprego e a depressão econômica no período entre guerra provocaram uma CRISE PARA OS DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XX.

Observamos que as Revoluções sociais, baseadas nos ideais socialistas de Marx, tiveram grande relevância na construção dos princípios basilares dos direitos humanos no século XX.

Dentre elas destacam-se a Revolução Russa de 1917, surgindo a partir de seus propósitos, a Declaração dos Direitos dos Trabalhadores. (Marx idealizou em uma sociedade capitalista).

A partir da Revolução de 1917, a União Soviética viveu um período de Planificação Econômica e governo unipartidário. Surge um

novo ideal de direito individual de libertação da exploração em proveito privado. Desenvolveu-se um novo conceito de democracia, liberdade e direitos humanos.

Na Constituição Alemã de 1919 temos a construção de novos valores, baseados em um ideal de democracia social, onde há uma maior garantia da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, estruturada a partir da ideia de direitos civis, políticos, sociais e econômicos.

Ainda neste cenário, e com o fim da primeira guerra mundial, há uma tentativa de redigir uma declaração de direitos baseada na autodeterminação dos povos. Tentativa de garantir os direitos dos grupos internacionais.

O Direito Humanitário ou Direito Internacional da Guerra surgiu com o propósito de limitar a atuação do Estado e garantir a observância dos direitos fundamentais.

A partir da Conferência de Paz em Paris, em 1919, no Pós-Primeira Guerra, foi criada em 1920, a Liga das Nações, que "tinha como finalidade promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política de seus membros.

Surgem, neste contexto duas concepções de direitos humanos, divergentes e ao mesmo tempo complementares: uma parte da premissa dos direitos individuais inatos e de um preconceito contra a autoridade estatal poderosa, alicerçados em preceitos liberais e outra que parte da premissa de um governo central poderoso, unificada com um planejamento estatal e o unipartidarismo, alicerçados nos ideais marxistas.

3.1 Reconstrução e Universalização dos Direitos Humanos

Grande desafio atual é encontrar um ponto de equilíbrio entre as duas correntes ideológicas. Considerando a historicidade dos direitos humanos, destaca-se a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, introduzida pela Declaração Universal de 1948.

Verifica-se que no pós segunda guerra mundial, o mundo enfrentou um grande processo de evolução política, social e econômica, devendo desenvolver um conjunto comum de ideias e princípios sobre direitos humanos.

O projeto de criação de uma declaração comum de direitos do homem, que reconciliasse as diversas declarações divergentes e opostas da época apresenta-se como um elemento facilitador destes novos ideais, devendo ter um caráter geral e flexível, para poder ser aplicada a todos os povos e ajustada conforme a necessidade e característica de cada região, respeitando seu desenvolvimento político, econômico e social.

Benedetto Croce em resposta ao questionário apresentado pela UNESCO, na fase de planejamento da Declaração de 1948, propõe um debate público e internacional acerca dos princípios necessários que sirvam de base à dignidade da civilização humana.

3.2 A Dignidade Humana como um Supra princípio dos Direitos Humanos

O filósofo Kant numa perspectiva filosófica proclamou a pessoa humana como um valor absoluto. Este valor acabou por tornar-se o elemento central em torno do qual se passaram a desenvolver todos os valores, normas e leis que reputamos de universais.

Toda a luta pela consagração dos Direitos humanos fica em torno do homem e de sua eminente posição no mundo. Entretanto a grande indagação que surge é saber em que consiste, afinal, a dignidade humana?

Esta resposta pode ser encontrada em vários campos do conhecimento, como a religião, a filosofia e a ciência.

No campo da religião, a fé monoteísta surge como grande precursora da justificativa de preeminência do ser humano no mundo, a partir do dogma da criação por um ser Transcendente, que conferiu ao homem uma posição eminente na ordem da criação, com domínio sobre todos os demais seres.

Já na filosofia, a condição racional do homem justificou primordialmente na filosofia grega a posição eminente do homem no mundo, haja vista ser a razão atributo exclusivo do homem.

No campo da ciência, teorias evolucionistas colocaram o homem no topo da cadeia evolutiva, sendo este especial e único, fruto de um longo processo evolutivo.

Assim, a partir da concepção da unicidade do homem, não resta dúvidas de que os Direitos Humanos são inerentes à própria condição do homem.

Nesta seara, a dignidade identifica-se para muitos autores com a própria noção de direitos humanos. A dignidade que atribuímos a qualquer outro ser humano decorre do fato de o reconhecermos como igual a nós próprios e, por conseguinte, dele nos suscitar igual respeito pela sua singularidade individual, de não o considerarmos como coisa, como simples meio, como mercadoria. De lhe reconhecermos também a capacidade para definir as suas próprias ações com consciência e com a noção das consequências que os seus atos podem provocar.

O Conceito de dignidade vem sendo elaborado no decorrer da história e chega ao século XXI como valor supremo, construído pela razão jurídica.

Não obstante, foi no século XX que o tema ganhou ênfase, devido às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. Depois deste marco histórico, foi necessária uma reorientação das políticas internacionais e do direito positivo dos diversos Estados no sentido de proteção da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, abre-se com a afirmação de que "todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos" (art. 1º).

Dignidade não pode ser um conceito relativo, variável segundo se duvide do sentido de bem e mal, devendo ser preservada, a qualquer custo.

Como nenhum sujeito vive isolado, a dignidade que nasce com cada um, ganha um acréscimo na medida em que cada um passa a viver em sociedade, passando a ser influenciada pelas diversas interrelações criadas no contexto social.

A dignidade aponta para dois aspectos: ela é inerente da pessoa e dirigida à vida em sociedade das pessoas. Todos têm o direito de viver uma vida social digna.

Como princípio fundamental, ou seja, como vetor de toda uma ordem jurídica, a dignidade apresenta-se como um supra princípio, ou seja, como um valor acima dos demais e que serve de paradigma para a interpretação e aplicação dos demais princípios.

Ao falarmos em direitos humanos, não podemos dissociar seu estudo do princípio superior da dignidade humana. Todo o sistema protetivo deve pautar-se na busca primeira pela dignidade da pessoa.

3.3 Direitos Humanos e Saúde

A temática proposta no presente artigo, está diretamente relacionada à garantia de saúde plena, a todos os indivíduos, enquanto direito fundamental, constitucionalmente assegurado.

Entende-se por saúde, segundo a "Organização Mundial de Saúde" (OMS) como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de doença e enfermidade"[5].

Através desta definição, a OMS ajudou a expandir o pensamento da saúde para além de uma visão limitada, biomédica e fincada na patologia para um domínio mais positivo que inclui o "bem-estar". No Brasil, a partir da VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, apresentou-se um conceito de saúde em sentido amplo, o definindo como resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde[6].

Enquanto direito fundamental, a saúde é um Direito Humano Essencial, representando a garantia da vida; sem a saúde o ser humano não se integraliza enquanto ser em dignidade[7].

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, abre-se com a afirmação de que "todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos" (art. 1º)[8].

---

[5] BATISTELLA, op. cit., 2007.

[6] BRASIL, op. cit., 1987

[7] GOIS, Vander Lima Silva de. **Desafios na Efetivação do Direito à Saúde**: Fundado no Paradigma da Dignidade Humana. Disponível em: <https://bit.ly/2zqOR44>. Acesso em: 23 set. 2017.

[8] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948)

Ao falarmos em direitos humanos, não podemos dissociar seu estudo do princípio superior da dignidade humana. Todo o sistema protetivo deve pautar-se na busca primeira pela dignidade da pessoa, sendo este um valor supremo, que atrai todos os direitos fundamentais do homem[9].

Ao principiar o título referente aos direitos e garantias fundamentais, o art. 5º, caput, garante a inviolabilidade do direito à vida, elevada a cláusula pétrea, conforme dispõe o art. 60, § 4º, IV. Do direito à vida e da proteção à dignidade humana certamente decorre, entre outros, o direito à saúde, inserido no capítulo da ordem social e com previsão central no art. 196, que estabelece de forma inovadora que a saúde é um direito de todos e dever do Estado.

Assim, resta claro que a efetivação do direito à saúde possui relação íntima com a realização de outros direitos humanos que abrangem outras dimensões da vida humana[10].

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM NÚMEROS

A partir da análise dos relatórios anuais disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, identificamos um grande aumento explosivo de novos processos sobre a Judicialização da Saúde no Brasil.

No relatório de 2017 (CNJ, 2017), divulgado no início de setembro de 2017, totalizaram no ano de 2016 (considerando os processos ajuizados até 31 de dezembro de 2016, e em trâmite inclusive nas instâncias recursais) 1.346.931 processos em andamento.

[9] MOREIRA, Lenice Silveira. **O Princípio Constitucional da Dignidade Humana**: Um olhar conforme a Espistemologia da Complexidade. Revista Jurídica da FAL, Natal, v. 2, n. 2, 2006.

[10] VENTURA, Miriam. Direitos humanos e saúde: possibilidades e desafios. **Saúde e direitos humanos**, Brasília, ano 7, n. 7, p. 87-101, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2QNh3VJ>. Acesso em: 28 set. 2017.

Comparando as aferições a partir de 2011, chegamos à seguinte evolução: Em 2015, foram apuradas 854.506 demandas[11]; Em 2014, 392.921 e 240.980 processos judiciais em 2011[12].

No Estado de São Paulo, em 2015, cerca de 43.000 encontravam-se em trâmite[13]. Pelo vertiginoso aumento das demandas judiciais, resta evidente que o Estado tem falhado nas políticas de Saúde Pública, sendo dever dos diversos agentes envolvidos, a busca por meios que garantam efetivo acesso aos mais variados recursos disponíveis, à toda coletividade, o que não ocorre através de demandas individualizadas, no Poder Judiciário.

5 A MEDIAÇÃO SANITÁRIA, COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E ACESSO À JUSTIÇA

Com o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, com destaque na Constituição da República, o direito de acesso à Justiça, passou a fazer parte do rol de direitos e garantias fundamentais, representando a garantia de uma proteção conferida pelo estado de maneira eficaz e em tempo adequado[14].

Conforme leciona Canotilho, da interligação do direito de acesso à Justiça com os direitos fundamentais, originam-se as dimensões essenciais da garantia institucional do acesso à Justiça, conectada com o dever do Estado de garantir a aplicação judicial do direito[15].

---

[11] SCHULZE, Clenio Jair. Novos números sobre a judicialização da saúde. **Empório do Direito**, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2QXAkE7>. Acesso em: 5 set. 2017.

[12] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/1UDrJju>. Acesso em: 5 set. 2017.

[13] Id. Judicialização em Saúde no Estado de São Paulo. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2NuJolL>. Acesso em: 5 set. 2017.

[14] FERREIRA, Francisco Martins. Acesso à justiça e processo judicial na perspectiva do estado democrático de direito e à luz dos princípios constitucionais do processo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n. 3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2O1jBRB>. Acesso em: 6 out. 2017.

[15] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 497.

Neste contexto, de busca pela efetividade do acesso a justiça, surgem os meios alternativos de solução dos conflitos, dentre eles, a mediação.

O conceito de mediação, segundo a Diretiva 2008/52 da Comunidade Europeia é: "um procedimento estruturado, seja qual seja seu nome ou denominação, em que dois ou mais partes em litígio tentam voluntariamente alcançar por si mesmos um acordo sobre a resolução de um litígio com a ajuda de um mediador" [16].

Neste panorama, a Mediação Sanitária se apresenta como um modelo alternativo de resolução de conflitos na área da saúde.

No universo de relações que envolvem os atores no Sistema de Saúde, identificamos relações, que vão muito além da relação médico paciente.

São identificados conflitos internos como os assistenciais, organizativos e conflitos entre profissionais, bem como externos, que apesar de gerados fora do sistema, geram reflexos internos, todos, não sendo solucionados, geram a judicialização.

6 A EXPERIÊNCIA NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

Identificou-se através de pesquisa nos mais diversos órgãos do Ministério Público do país, uma atuação pioneira do Ministério Público de Minas Gerais, desde 2012.

Verifica-se que a Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012, apontou o Ministério Público como responsável pela fiscalização da gestão pública de saúde.

Partindo dessa premissa, o MPMG tem atuado de forma decisiva, na construção de um novo modelo de solução de conflitos na área de Saúde, no Estado de Minas Gerais.

[16] DELDUQUE, Maria Célia. A Mediação Sanitária como novo paradigma alternativo à judicialização das políticas de saúde no Brasil. In: CONASS (org.). **Para entender a gestão do SUS**. Brasíia, MS, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2DrcH3Y>. Acesso em: 10 out. 2017.

Para tanto, fomenta-se o envolvimento de todos os atores do sistema, jurídico ou não, através da construção de espaços para discussão e deliberação dos problemas-causas relacionados à saúde coletiva.

Esta alternativa, tem permitido a todos os envolvidos no processo maior legitimação, viabilizando uma melhor organização dos serviços, "a partir da democratização do processo coletivo de trabalho, permitindo-se a corresponsabilização geral em um sistema ÚNICO de Saúde[17].

Em 2016, já haviam sido realizadas 91 (noventa e uma) reuniões em todo Estado de Minas Gerais. Apesar de criada pelo Ministério Público, muitas reuniões são solicitadas pelos demais órgãos envolvidos, como a Secretaria Estadual de Saúde, Conselho de Saúde, entre outros.

Diversos órgãos vêm se envolvendo na proposta, dentre eles, destacam-se algunsque já atuam no Estado de Minas Gerais, como o Ministério Público; Ministério da Saúde; Secretaria Estadual de Saúde; Conselhos de Saúde; Conselho Mediação sanitária: direito, saúde e cidadania Regional de Medicina; Comissão de Saúde da Assembleia Legislativa; Comissão de Direito Sanitário da OAB/MG; Fórum Permanente da Saúde (TJMG); Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais; prefeitos municipais; secretários municipais de saúde; Câmaras Municipais de Vereadores, dentre outros.

Por fim, alguns resultados já são apontados, como positivos, na iniciativa mineira[18]: a) fomento à elaboração de Diagnósticos Situacionais em cada uma das microrregiões de saúde; b) incentivo ao planejamento regional da saúde; proposta de criação de Plano de Ação para Expansão e Melhoramentos dos serviços de saúde em face das Redes de Atenção à Saúde (RAS); estabelecimentos de Convênios de Cooperação Técnica Entre Entes Públicos; corresponsabilidades financeiras tripartite; melhoria das condições de trabalho nas unidades de saúde; eliminação da concorrência entre os prestadores (hospitais), com definição da vocação sanitária de cada deles, a partir dos vazios assistenciais e das necessidades coletivas de saúde; fusão operacional da assistência de prestadores (hospitais) na mesma base territorial para os

[17] ASSIS, Gilmar de. Mediação Sanitária: direito, saúde e cidadania. **Tendências em Direitos Fundamentais**: Possibilidades de Atuação do Ministério Público, Brasília, v. 1, p. 29-36.
[18] Ibid., p. 29-36.

fins de racionalização e adequação à escala; intervenção administrativa ou judicial na gestão hospitalar, de forma consensual, excepcional, sempre que os indicadores assim o recomendarem para prevalência do interesse público sanitário; instituição do PROHOSP Gestão Compartilhada e PROHOSP incentivo pela SES/MG; criação de um Grupo de Estudos para propostas de implantação de cargos e carreiras dos profissionais da ESF, no âmbito microrregional, com piso estadual, administrado por consórcio público, para os fins de sua interiorização, superação à vedação do subsídio maior no âmbito municipal e da rigidez da Lei de Responsabilidade Fiscal (limite prudencial); articulação junto ao TRT-MG para os fins de se evitar penhoras de bens e rendas dos prestadores hospitalares, referências para determinadas regiões, nos casos de sua insolvência ou dificuldades financeiras, por meio de garantias (fundos) para pagamentos dos precatórios (fase execução) das reclamações trabalhistas; criação do Núcleo de Atendimentos das demandas judiciais pela SES/MG; aumento da capacitação técnica sanitária pelos diversos Órgãos de Execução do Ministério Público; curso de especialização de direito sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais, com participação plural de membros do Ministério Público, Poder Judiciário e Defensoria Pública; redução de confrontos, conflitos e demandas judiciais reflexivas, dentre outras.

Foi ainda criada a Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos, através da Resolução Conjunta EMG PGJ nº 1, de 11 de setembro de 2015, presidida pessoalmente pelo Procurador Geral de Justiça, com representantes do Ministério Público e do Governo do Estado de Minas Gerais, para os fins de discussão de matérias de relevante valor jurídico-social.

7 CONCLUSÕES

Após análise dos documentos referenciais apontados identifica-se claramente que maciça judicialização das demandas em saúde não tem se demonstrado como uma eficaz medida de acesso coletivo à saúde.

A busca pela solução judicial das diversas demandas da população está cada vez mais distante da tradicional compreensão de acesso à justiça, como simplesmente acesso aos tribunais.

Entretanto, essa concepção, embora ainda dominante, já não satisfaz as necessidades de uma sociedade em constante evolução e que exige cada vez mais iniciativas eficazes de solução de conflitos. Nesse contexto, o Judiciário se vê cada vez menos capaz de atender a essa necessidade, não suportando a imensa demanda de processos instaurados anualmente. A proclamação dos direitos constitucionais, inclusive o do acesso pleno à Saúde, exige uma mudança no modelo tradicional de solução de conflitos, sendo a mediação, uma das alternativas apontadas como solução para uma justiça mais célere e eficaz.

Assim, verifica-se que a mediação sanitária pode representar um valioso instrumento moderno de construção do direito à saúde, baseado nos princípios constitucionais de integralidade e universalidade.

A experiência vivida no âmbito do Estado de Minas Gerais tem demonstrado ser possível a substituição gradual do tradicional modelo de judicialização, devendo ser utilizado como referência para que outras ações similares sejam iniciadas.

O próprio Judiciário, pode, a partir da concepção abordada, adotar medidas que busquem, soluções alternativas à judicialização da saúde, como por exemplo, o fomento da conciliação prévia na área de saúde.

> É preciso uma nova postura, para uma nova necessidade social, especialmente na saúde, de resolver conflitos e afastar de vez, esse abismal modelo tradicional de julgar e adotar a Mediação nos litígios da saúde.[19]

REFERÊNCIAS

ASSIS, Gilmar de. Mediação Sanitária: direito, saúde e cidadania. **Tendências em Direitos Fundamentais**: Possibilidades de Atuação do Ministério Público, Brasília, v. 1, p. 29-36.

BARROS, Flávio Monteiro de. **Curso Jurídico FMB**: Direitos Humanos. São Paulo. Curso FMB, 2010.

[19] DELDUQUE, op. cit., 2015.

BATISTELLA, C. Abordagens Contemporâneas do Conceito de Saúde. In: FONSECA, A. F.; CORBO, A. M. D'A. (orgs.). **O território e o processo saúde-doença**. Rio de Janeiro: EPSJV ; FIOCRUZ, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2xHQpEQ>. Acesso em: 30 set. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

BRASIL. **Anais da VIII Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde. 1987

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 497.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 3. ed. São Paulo. Saraiva. 2004.

_____. **Fundamento dos Direitos Humanos**. Disponível em: <www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em: 4 dez. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde**. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/2OQoEl7>. Acesso em: 5 set. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização em Saúde no Estado de São Paulo**. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2NuJolL>. Acesso em: 5 set. 2017.

_____. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/1UDrJju>. Acesso em: 5 set. 2017.

_____. **Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ n. 107**. Disponível em: <https://bit.ly/2hgKhet>. Acesso em: 5 set. 2017.

DELDUQUE, Maria Célia. A Mediação Sanitária como novo paradigma alternativo à judicialização das políticas de saúde no Brasil. In: CONASS

(org.). **Para entender a gestão do SUS**. Brasíia, MS, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2DrcH3Y>. Acesso em: 10 out. 2017.

FERREIRA, Francisco Martins. Acesso à justiça e processo judicial na perspectiva do estado democrático de direito e à luz dos princípios constitucionais do processo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 6 out. 2017.

FURLAN, Alessandra Cristina, PAIANO, Daniela Braga. **Direitos Humanos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**: Evolução e Efetividade no Estado Democrático De Direito. Disponível em: <http://www.diritto.it>. Acesso em: 11 nov. 2017.

GOIS, Vander Lima Silva de. **Desafios na Efetivação do Direito à Saúde Fundado no Paradigma da Dignidade Humana**. Disponível em: <https://bit.ly/2zqyNiN>. Acesso em: 23 set. 2017.

GONZÁLES, César Gonzáles. **La polis**: Ensayo sobre el concepto de ciudad en Grecia antigua. México: Universidad Nacional Autónoma de México ; Instituto de Investigación Filológicas, 2004.

GUZZO, Raquel Souza Lobo; EUZEBIOS FILHO, Antonio. Desigualdade social e sistema educacional brasileiro: a urgência da educação emancipadora. **Escritos educ**., São Paulo, v. 4, n. 2, p. 39-48, dez. 2005.

MOREIRA, Lenice Silveira. O Princípio Constitucional da Dignidade Humana: Um olhar conforme a Espistemologia da Complexidade. **Revista Jurídica da FAL**, Natal, v. 2, n. 2. 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (Adotada e proclamada pela resolução 217 A

(III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948).

PIMENTEL, Cauany. Direitos Humanos como fundamento político jurídico da mediação. **JusBrasil**, 1. dez. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Ibj2iH>. Acesso em: 10 jan. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Neidson. **Por uma nova escola**: o transitório e o permanente na educação. São Paulo: Cortez; Autores Associados, 1986.

SCHULZE, Clenio Jair. Novos números sobre a judicialização da saúde. **Empório do Direito**, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2QXAkE7>. Acesso em: 5 set. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 2009.

VENTURA, Miriam. **Direitos humanos e saúde**: possibilidades e desafios. Saúde e direitos humanos, Brasília, ano 7, n. 7, p. 87-101, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2QNh3VJ>. Acesso em: 28 set. 2017.

A APLICAÇÃO DAS TEORIAS DA INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE E DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Alex Gomes Seixas[*]
Adriana de Fátima Santos[*]

RESUMO: O presente artigo, de caráter exploratório, busca fazer uma análise a respeito das várias formas de lesão e consequentemente da compensação dos danos sofridos pelos consumidores em razão da negativa indevida de cobertura pelas operadoras de seguros e planos de saúde, especialmente a análise da aplicação da teoria da perda de uma chance e do desvio produtivo.

Palavras-chave: Planos e seguros saúde. responsabilidade civil. Indenização. Perda de uma chance. Desvio produtivo.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Teoria Geral da Responsabilidade Civil. 3 Responsabilidade Civil Fundada na Teoria da Perda de uma Chance. 4

[*] Mestrando no Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília (UNISANTA), Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera (UNIDERP), Graduado em Direito pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "A Efetividade dos Direitos Fundamentais e a Efetivação do Direito à Saúde". Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável". Defensor Público do Estado de São Paulo. e-mail: alexgomesseixas@gmail.com. OAB/SP 248.005

[*] Mestranda do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Bolsista PROSUP/CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "A Efetividade dos Direitos Fundamentais e a Efetivação do Direito à Saúde". Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável". Advogada. Membro da Comissão dos Direitos das Pessoas com Deficiências da OAB/SP. Especialista em Direito Empresarial (Universidade Estácio de Sá). Bacharel em Direito (Centro de Ensino Superior de Valença). Instituição de origem: Universidade Santa Cecília - UNISANTA. Instituição financiadora: PROSUP/CAPES. e-mail: adrianadefatima@yahoo.com.br. OAB/SP 260.456.

Responsabilidade Civil Fundada na Teoria do Desvio Produtivo. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca fazer uma análise a respeito do tratamento atual dado pela doutrina e pela jurisprudência a respeito da reparação dos danos sofridos pelos consumidores em razão dos serviços prestados pelas operadoras de seguros e planos de saúde, mais especificamente os danos decorrentes da negativa de indevida de cobertura e atendimento.

Sem deixar de analisar a teoria clássica da responsabilidade civil, mas sob um prisma constitucional, de maneira que princípios como a dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade (isonomia), eticidade, socialidade, operabilidade, função social do contrato e boa-fé objetiva, estão a orientar e reger todos os tipos de contrato, sendo que estes potencializam em sua aplicação aos contratos objeto de estudo, já que marcados por um forte viés social, devendo haver uma vigilante atuação do Estado na defesa do consumidor vulnerável e, neste caso, hipervulnerável em razão do bem da vida envolvido no negócio jurídico.

Além disso, verifica-se que os critérios clássicos de solução de antinomias (hierarquia, anterioridade e especialidade) não se coadunam com os problemas enfrentados pelos operadores do Direito na sociedade pós-moderna, marcada pela micro-codificação, de maneira que a chamada *teoria do diálogo das fontes*, sendo que nos valemos da doutrina de Claudia Lima Marques, inspirada nas lições de Erik Jayme.

Por fim, a complexidade dos atos de consumo da vida moderna exige o avanço da doutrina para abarcar danos antes não tutelados pelo ordenamento jurídico, a exemplo das teorias da indenização por perda de uma chance e do desvio produtivo.

2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tendo o presente artigo como objeto de análise os marcos legislativos e as várias modalidades de responsabilização das operadoras de seguros e planos de saúde (denominada saúde suplementar) em razão

de vícios na prestação de serviços, especialmente a negativa indevida de cobertura, bem como a demora injustificada no atendimento, não podemos olvidar a análise do texto constitucional relacionado ao tema.

O tratamento constitucional da matéria se encontra na Seção II, do Capítulo II, do Título VIII da Constituição Federal de 1988 – CF/88, denominada "Da Saúde", sendo que para o objeto de estudo destacamos os artigos 197 e 199 da Constituição Federal, os quais dispõem, *in verbis*:

> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
> [...]
> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Pela leitura do texto constitucional, depreende-se que o constituinte optou por um sistema misto de prestação de serviços de saúde, público e privado, sendo que, embora a assistência à saúde seja livre à iniciativa privada, pela relevância pública de tais serviços e em razão do bem jurídico tutelado - saúde e consequentemente a vida - a prestação de tais serviços está sujeita à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público[1].

Desta forma, antes de partirmos para a análise da Lei 9.656/98, denominada Lei dos Planos e Seguros de Saúde, para a contextualização do tema, há que se atentar para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) - Lei 8.078/90, nas relações jurídicas havidas entre os beneficiários e as operadoras de planos e seguros saúde.

[1] A saúde suplementar difere da saúde complementar, sendo tal denominação utilizada nos casos em que a iniciativa privada presta serviços públicos de saúde por intermédio de contrato de direito público ou convênio, nos termos do § 1º do artigo 199 da Constituição Federal: "§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos".

A discussão acerca da sujeição ou não das prestadoras de serviços de saúde ao CDC se pacificou no sentido da plena aplicação do referido *codex*, questão esta sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça[2].

Sendo o Código de Defesa do Consumidor uma norma de ordem pública e de interesse social (art. 1º do CDC), calcada no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, que impõe ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor, bem como no inciso V do art. 170 da CF/88, que estabelece a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica, nas palavras de Rizzatto Nunes[3]:

> Na medida em que a Lei n. 8.078/90 se instaura também com o princípio da ordem pública e interesse social, suas normas se impõem contra a vontade dos partícipes da relação de consumo, dentre de seus comandos imperativos e nos limites por ela delineados, podendo o magistrado, no caso levado a juízo, aplicar-lhe as regras *ex officio*, isto é, independentemente do requerimento ou protesto das partes.

Nos valendo das lições de Claudia Lima Marques[4], inspirada nas lições de Erik Jayme, especialmente a teoria do diálogo das fontes, em caso de antinomia entre as leis especiais - dentre elas a Lei dos Planos e Seguros Saúde e do CDC - embora não mais se fale em conflitos, mas em diálogo entre os diversos diplomas legais que versem sobre o objeto de análise, de maneira que deve prevalecer a norma que melhor proteja os interesses do consumidor, parte vulnerável nas relações de consumo, de maneira a se observar os valores máximos elencados na Constituição Federal, dentre eles a dignidade da pessoa.

Segundo a festejada autora, os critérios clássicos de solução de antinomias, quais sejam, anterioridade, especialidade e hierarquia,

---

[2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 608**, Segunda Seção. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. Brasília, 11 de abril de 2018. **Diário de Justiça eletrônico**, 17 abr. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2w3ZYhn>. Acesso em: 26 maio 2018.

[3] NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 168.

[4] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, com a consequente ab-rogação ou derrogação de uma das leis, não se coadunam com o sistema pós-moderno de micro codificação, no qual o intérprete deve buscar a aplicação simultânea e coordenada de plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2202). E acrescenta:

> Também em matéria de leis especiais – por exemplo, a lei sobre planos de saúde é de 1996 e o CDC é de 1991, logo, lei anterior, que cuida subjetivamente dos planos de saúde frente a consumidores, destinatários finais ou equiparados; ou a lei sobre incorporação imobiliária, em que consumidores estão evolvidos – pode haver conflito ou diálogo. Neste caso, diante do disposto no § 2º do art. 2.º da LINDB e a visão de sistema, pressupõe-se que o legislador não esqueceu que a CF/1988 mandou proteger os consumidores, a chamar a aplicação sistemática das normas do CDC – logo, há diálogo de coerência e de complementariedade, aplicando-se as duas leis especiais complementarmente, aplicando-se as duas leis especiais complementarmente e em uma convivência conforme os valores da CF/1988.
> Em resumo, também entre leis especiais há diálogo das fontes: **diálogo sistemático de coerência, diálogo sistemático de complementariedade ou subsidiariedade e diálogo de adaptação ou coordenação**.[5]

Desta forma, deve prevalecer a interpretação que busque a máxima efetividade do mandamento constitucional de defesa do consumidor, parte vulnerável, bem como que harmonize os diversos diplomas legais que regulamentem a matéria. Assim, não há prevalência de qualquer dos diplomas legais, mas prevalência da interpretação que melhor harmonize leis que a princípio estejam em rota de colisão, conforme leciona Antonio Herman Benjamin:

> O direito contemporâneo se orienta no sentido da busca pela efetividade. Para isso, não basta interpretar as normas de forma isolada, senão identificando sua finalidade e

[5] BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 140, grifo nosso.

> relacionando seu sentido e alcance com outras normas do sistema jurídico. Neste sentido, não bastam leis bem elaboradas e que resultem das melhores intenções do legislador. É preciso interpretá-las e aplicá-las concretamente, o que exige não apenas prudência, mas a visão do conjunto de outras normas, possíveis contradições que possam existir entre elas, e o sentido constitucionalmente adequado à aplicação ao caso concreto, a reconstrução da coerência que os valores constitucionais impõem. O diálogo das fontes é um método de interpretação, de integração e de aplicação das normas que contempla os principais desafios de assegurar a coerência efetividade do direito a partir do projeto constitucional e do sistema de valores que impõe.[6]

Partindo de tais premissas, primeiramente faz-se uma análise da teoria geral da responsabilidade civil, a partir do Código Civil de 2002 - CC/2002, mais especificamente o Título IX, denominado "Da Responsabilidade Civil", Capítulo I, denominado "Da obrigação de Indenizar", sendo que a cláusula geral de responsabilidade civil está contida no art. 927 do CC/2002 c/c os artigos 186 e 187, que dispõem:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.
> [...]
> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[6] BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 141.

Tais artigos estão relacionados à responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana[7], ou seja, aquela em que as partes não possuem um vínculo decorrente de um negócio jurídico previamente pactuado, o que difere da responsabilidade civil decorrente do inadimplemento de um contrato, embora não haja um dissociação total da aplicação de tais artigos. No entanto, ambas as modalidades possuem em comum os seguintes elementos: a) conduta (positiva ou negativa); b) dano; c) nexo de causalidade.

Da leitura de tais artigos se extrai que, em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, a regra é a responsabilidade subjetiva, ou seja, calcada no elemento culpa, embora excepcionalmente se admita a responsabilidade objetiva, onde se dispensa a necessidade do lesado demonstrar a culpa do ofensor (art. 186), trazendo o Código Civil como exemplo os casos especificados em lei e os danos decorrentes de atividades notoriamente de risco para os direitos de outrem. Já o artigo 187 trata do excesso no exercício do direito, que em caso de lesão a outrem, fica o agente obrigado a repará-lo.

Tendo em vista que os beneficiários e as operadoras de seguros e planos de saúde estão ligados por um vínculo eminentemente contratual, há de se questionar se a demonstração do elemento culpa também seria necessário por uma ótica exclusivamente civilista. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[8], neste caso, basta ao lesado demonstrar o inadimplemento do contrato, de maneira que a culpa seria presumida:

> Assim, a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano (conceito jurídico indeterminado a ser verificado no

[7] Tal termo decorre da *Lex Aquilia* romana, sendo esta um marco em se tratando do tema de responsabilidade civil, daí a utilização do termo *aquiliana* para designar a responsabilidade extracontratual.

[8] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 15-17.

> caso concreto, pela atuação judicial), *ex vi* do disposto no art. 927, parágrafo único.
> Todavia, a situação se torna ainda mais grave quando a lesão decorre do descumprimento de uma obrigação espontaneamente assumida pelo infrator, em função da celebração de um negócio jurídico.
> Assim, se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual. Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual.

Desta forma, em caso de descumprimento do contrato, como no caso de negativa indevida de cobertura, tendo em vista o dever contratual avençado, há presunção de culpa da prestadora de serviços em relação ao beneficiário, já que se operou o descumprimento de uma obrigação contratualmente assumida. Logicamente, não se trata de aplicação da teoria do risco integral do negócio, podendo a operadora se eximir de responsabilidade caso demonstre a inexistência de lesão, logre êxito em quebrar o nexo de causalidade, ou demonstre a existência de alguma excludente de ilicitude.

Tendo as partes entabulado um contrato de prestação de serviços de saúde, devem observar os princípios basilares trazidos pelo CC/2002 que regem os contratos, notadamente os artigos 421, 422, 423 e 424, que assim dispõem:

> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.
> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
> Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.
> Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Da leitura de tais artigos extrai-se dois princípios basilares da teoria geral dos contratos, quais seja, o da função social do contrato e da boa-fé objetiva, sem detrimento dos princípios norteadores do Código Civil de 2002, eticidade, socialidade e operabilidade, bem como os princípios estruturantes da própria sociedade brasileira fincados na Constituição Federal. Neste sentido é o magistério de Flávio Tartuce[9]:

> Não se pode esquecer da grande importância do Código de Defesa do Consumidor para os contratos, uma vez que a grande maioria dos negócios jurídicos patrimoniais é de consumo, e está enquadrada nos arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/1990. Isto justifica a busca do *diálogo das fontes* entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor no que tange aos contratos.
>
> Por esse caminho metodológico e científico, é possível aplicar a determinado contrato tanto o CDC quanto o CC ao mesmo tempo, desde que isso não prejudique o consumidor vulnerável. Desse modo, é de se concordar plenamente com a apregoada *aproximação principiológica* entre as duas leis, o que gera adesão imediata à *teoria do diálogo das fontes*, que decorre substancialmente dos princípios sociais contratuais encampados pela nova codificação, quais sejam a *função social dos contratos* e a *boa-fé objetiva*. Nessa linha, é a redação do Enunciado n. 167 do CJF/STJ, da III *Jornada de Direito Civil*: "Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre o Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporados de uma nova teoria geral dos contratos".
>
> Além dessa interação entre as duas leis, é preciso interagir com a Constituição Federal no que tange aos contratos. Por isso, não serão esquecidos no presente capítulo os princípios do *Direito Civil Constitucional*, que não só podem como devem ser aplicados aos contratos. Esses princípios são a valorização da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), a solidariedade social (art.3.º, I, da CF/1988) e a igualdade *lato sensu* ou isonomia (art. 5.º, *caput*, da CF/1988).

[9] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 625-626.

Em razão da observância obrigatória pelos contratantes dos princípios elencados acima – uma vez que considerados de ordem pública – verifica-se que o princípio da autonomia privada está mitigado no ordenamento jurídico. Desta forma, em que pese vigorar a liberdade de contratar e a liberdade contratual, esta última deve ser exercida nos limites impostos pela legislação constitucional e infraconstitucional, mormente em se tratando de um contrato que tem por objeto resguardar a saúde do contratante, como é o caso objeto de estudo, conforme Enunciado n. 23 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua e reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana"[10].

Ao contratar um seguro ou plano de saúde, o contratante anui a um contrato de adesão, sendo que, conforme preconizam os artigos 423 e 424 do CC/2002 acima transcritos, em razão da especificidade de mera adesão do beneficiário do plano a um contrato com cláusulas pré-estabelecidas, em caso de cláusula contraditória ou ambígua, deve-se adotar a interpretação mais favorável ao aderente, sendo nula a cláusula contratual de renúncia do aderente a direito resultante da natureza do negócio, de maneira que tal artigo coloca em xeque qualquer tentativa das operadoras de planos ou seguros saúde de limitar a cobertura mínima obrigatória estabelecida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS através da inserção de cláusula restritiva de cobertura em seus contratos. Ressalte-se ainda que os artigos citados guardam íntima relação com os arts. 47 e 51 do CDC, que preveem, respectivamente, a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor, e que estabelece como abusivas quaisquer cláusulas contratuais que exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor

[10] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 23**. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://bit.ly/2MGwAap>. Acesso em: 30 mai. 2018.

por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos.

O princípio da função social dos contratos, além de previsto no art. 421, também se encontra no art. 2.035, parágrafo único, ambos do CC/2002, que estipula "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.". Assim, para Tartuce[11], "[...] à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não é segurança jurídica, mas sim atender aos interesses da pessoa humana".

Já o princípio da boa-fé objetiva, tem também origem constitucional e se encontra expresso no artigo 422 do CC/2002, bem como no art. 4.º, III, do CDC. Por tal princípio se exige dos contratantes um dever de conduta ditado pelos ditames constitucionais e de lealdade, bem como a observância dos chamados deveres anexos do contrato, como, por exemplo: a) dever de colaboração ou cooperação; b) dever de agir com honestidade; c) dever proativo de informação; etc. A respeito do assunto, destacamos os seguintes Enunciados editados pelo Conselho da Justiça Federal, o primeiro de número 26[12], fruto da I Jornada de Direito Civil, o segundo de número 27[13], oriundo da I Jornada de Direito Civil, o terceiro de número 363[14], decorrente da IV Jornada de Direito Civil.

Observando-se os dispositivos invocados, resta claro que o contrato celebrado entre o consumidor e uma operadora de seguros e planos de saúde, em razão de resguardar o bem primordial de qualquer pessoa - sua saúde e consequentemente a sua vida - deve merecer um

---

[11] TARTUCE, op. cit., p. 634.

[12] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 26**. A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes. Disponível em: <http://bit.ly/2w2dhPs>. Acesso em: 30 mai. 2018.

[13] Id. **Enunciado 27**. Na interpretação da cláusula geral da boa-fé objetiva, deve-se levar em conta o sistema do CC e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos. Disponível em: <http://bit.ly/2BxiqUQ>. Acesso em: 30 mai. 2018.

[14] Id. **Enunciado 363**. Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação. Disponível em: <http://bit.ly/2MJi8yo>. Acesso em: 30 maio 2018.

olhar ainda mais atento do legislador e dos aplicadores do direito, pois o contratante ao aderir ao contrato tem a legítima expectativa de que a empresa contratada lhe dará todo o amparo necessário para o reestabelecimento da sua saúde me caso da ocorrência de alguma doença. Se como visto, princípios como a dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade (isonomia), eticidade, socialidade, operabilidade, função social do contrato e boa-fé objetiva estão a orientar e reger todos os tipos de contrato, estes se potencializam em sua aplicação aos contratos objeto de estudo, já que marcados por um forte viés social, devendo haver uma vigilante atuação do Estado na defesa do consumidor vulnerável e, neste caso, hipervulnerável em razão do bem da vida envolvido no negócio jurídico.

Desta forma, em caso de negativa indevida de atendimento, mormente em se tratando de procedimento previsto no rol de cobertura mínima da ANS, sem detrimento da possibilidade de indenização em razão da própria negativa – indenização *in re ipsa* – caso o não atendimento do paciente lhe agrave se estado de saúde ou mesmo leve o paciente a óbito, caso demonstrado que tais fatos decorrem da conduta da operadora (comissiva ou omissiva), ou seja, o nexo de causalidade, surge o dever de compensação das danos experimentados pelo consumidor, sejam materiais ou morais. Neste sentido, destacamos o Enunciado 411 da V Jornada de Direito Civil "O descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988."[15]. A respeito da restrição de cobertura de atendimento, destacamos duas súmulas a respeito do tema, quais sejam, a Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado [...]", e a Súmula 102 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS".

[15] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 411**. O descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://bit.ly/2LfKH1D>. Acesso em: 30 mai. 2018.

O dever de indenizar o beneficiário pelos danos experimentados também decorre da aplicação do artigo 14 do CDC, que assim dispõe: "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.". Esta é a chamada responsabilidade pelo fato do serviço, que ocorre quando o consumidor é lesado na esfera patrimonial ou moral em razão da má prestação do serviço. A respeito da relação entre o dano e o nexo de causalidade, Rizzatto Nunes[16] afirma:

> Logo, respondendo a questão: é ao consumidor a quem incumbe a realização da prova do dano, do nexo de causalidade entre o dano e o serviço, com a indicação do responsável pela prestação do serviço. Contudo, o ônus de produzir essa prova pode ser invertido nas hipóteses do inciso VIII do art. 6º.
> Concluída pela consumidor essa fase da prova do dano, do nexo de causalidade entre o dano sofrido e o serviço prestado, com a indicação do responsável pela prestação do serviço, deve este último pura simplesmente pagar o valor da indenização que for apurada, sem praticamente possibilidade de defesa. Suas únicas alternativas de contestação são as previstas no § 3º do art. 14.

A guisa se exemplo prático, relacionamos abaixo dois acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que versam sobre o assunto, mais especificamente a indenização devida pelas operadoras de seguros e planos de saúde em razão da demonstração do nexo de causalidade entre o evento morte ou agravamento da saúde do paciente e a negativa indevida de atendimento.

> APELAÇÃO – PLANO DE SAÚDE – Pretensão de custeio de tratamento domiciliar (home care), ressarcimento de valores despendidos em razão da negativa e indenização por danos morais – Abusividade da negativa reconhecida - Súmula nº 90, deste E. TJSP - Autor que teve de despender quantia para realização do

[16] NUNES, op. cit., p. 13-14.

atendimento necessário em virtude da negativa indevida – Direito ao reembolso – Danos morais – Circunstâncias excepcionais – Autor, pessoa idosa com 100 anos de idade, portador de diversas enfermidades e que estava em internação hospitalar em virtude de infecções repetidas que poderiam ser evitadas pelo atendimento – Negativa de autorização que extrapolou o mero aborrecimento cotidiano, já que se tratava de quadro de saúde grave, evidenciado pelo falecimento poucos meses após o deferimento da liminar – Sentença de procedência mantida – NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.[17]

ERRO MÉDICO. FALECIMENTO DE PACIENTE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS MOVIDA POR COMPANHEIRO E FILHOS EM FACE DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE E DOS NOSOCÔMIOS EM QUE ESTEVE INTERNADA. Sentença que condenou os corréus solidariamente ao pagamento de danos morais arbitrados em R$50.000,00 por autor. Recursos dos nosocômios. Paciente com quadro de aneurisma que esteve internada primeiramente no corréu Hospital Albert Sabin, no qual não foi realizada a cirurgia que era necessária por alegação de falta de cobertura do plano para cirurgias neurológicas, e transferida depois de mais de duas semanas para nosocômio vinculado ao SUS, corréu Hospital São Paulo, no qual o quadro se agravou e a paciente veio a óbito antes que pudesse ser realizada a cirurgia. Perícia que atestou que o caso necessitava de cirurgia o mais precocemente possível porque o passar do tempo aumentava o risco de complicações, sendo que a demora na intervenção contribuiu para a piora do quadro da paciente, o que levou a seu falecimento. Conclusão da r. sentença pela ilegalidade da negativa de realização da cirurgia pelo corréu Hospital Albert Sabin não enfrentada no recurso. Ausência de intervenção durante a internação no corréu Hospital Albert Sabin entre 31/12/1999 e 12/01/2000 contribuiu para as complicações verificadas posteriormente. Responsabilização devida. Quantum indenizatório adequado à perda da companheira e mãe dos

[17] SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. Apelação nº 1076685-32.2017.8.26.0100, Oitava Câmara Cível. Relator: Alexandre Coelho. São Paulo, 28 de maio de 2018. **Diário de Justiça do Estado**: 28 maio 2018.

> autores. Perícia que concluiu pela ausência de ilegalidade na conduta do corréu Hospital São Paulo. Paciente começou a apresentar quadro que impossibilitava a intervenção cirúrgica, o que permaneceu até a piora de seu quadro e óbito. Responsabilização afastada. Recurso do corréu Hospital Albert Sabin desprovido. Recurso do corréu Hospital São Paulo provido.[18]

3 RESPONSABILIDADE CIVIL FUNDADA NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da indenização por perda de uma chance foi desenvolvida na França, como forma de contornar as dificuldades da vítima de provar o nexo de causalidade direto entre o dano sofrido pela vítima e a conduta do ofensor.

Busca assim, dar o suporte jurídico necessário para o lesado pleitear indenizações em caso de frustração do atendimento médico/hospitalar que o possa ter privado de alguma chance de obter ou buscar a cura, desde que esteja configurada a seriedade da probabilidade de cura e sua relação de causalidade direta com os atos praticados por outrem, seja na forma comissiva ou omissiva.

Embora, como se sabe, os serviços médico-hospitalares sejam uma obrigação de meio e não de resultado, em caso de negativa indevida de cobertura pelas operadoras de seguros e planos de saúde e, em razão disso, o paciente venha a perder a oportunidade que teria de se curar ou sobreviver, abre-se a possibilidade, pela aplicação da teoria em estudo, da responsabilização civil da prestadora de serviços, pois, embora não se possa ter certeza quanto a cura ou sobrevivência do paciente, havia real chance de cura ou sobrevivência, caso fosse tratado de forma correta ou em tempo hábil.

Dentro da teoria geral da responsabilidade civil - especialmente no que se refere aos seus elementos – para alguns a teoria da perda de uma chance afastaria a necessidade de demonstração de culpa, sendo

[18] SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. Apelação nº 0136780-60.2008.8.26.0100, Sétima Câmara de Direito Privado. Relatora: Mary Grün. São Paulo, 16 de maio de 2018. **Diário de Justiça do Estado**: 17 maio 2018.

que, para outros, a teoria afastaria a necessidade de demonstração do nexo causal, sendo que nos filiamos a segunda corrente. Há ainda julgado do Superior Tribunal de Justiça que teve como relatora a Min. Nancy Andrighi, no qual a Ministra afirma que a teoria não atenua o nexo causal, mas se trata de uma modalidade autônoma de indenização, respondendo o agente pelo simples fato de ter privado o paciente de uma chance de cura. Vejamos:

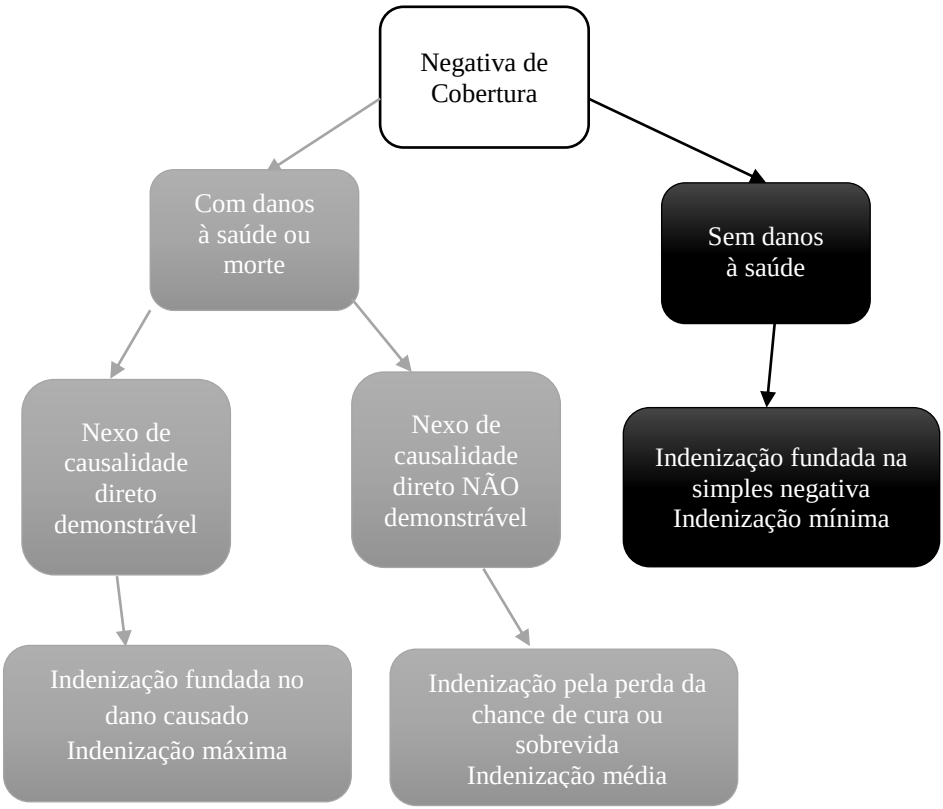
> DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução

> proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.[19]

A título de exemplo, pode-se ilustrar o caso de uma mulher que apresenta hemorragia uterina e, tendo procurado auxílio médico, teve negado indevidamente pelo plano de saúde o pedido de realização de exames de diagnóstico, vindo a descobrir somente tardiamente, após complicações decorrentes da falta de tratamento adequado que se tratava de uma neoplasia maligna, vindo a falecer. Assim, embora não de possa afirmar que, caso a doença tivesse sido diagnosticada oportunamente a paciente teria sobrevivido, o que se realça nestas circunstâncias é que a culpa da operadora decorre da responsabilidade direta pela perda, ao menos, de uma probabilidade de cura com o tratamento precoce e adequado e, por conseguinte, de sobrevivência.

Em caso de negativa indevida de atendimento, abre-se a possibilidade de indenização do consumidor, seja pala aplicação da teoria clássica da responsabilidade civil, seja pela aplicação da teoria da perda de uma chance, a depender da ocorrência ou não de danos à saúde do paciente, bem como da demonstração ou não do nexo de causalidade direta entre a conduta omissiva da prestadora de serviço e a lesão ao paciente. Em forma de quadro sinóptico, a aplicação proposta pode ser assim esquematizada:

[19] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1254141-PR, Terceira Turma. Brasília, 4 de dezembro de 2012. **Diário de Justiça eletrônico**: 20 fev. 2013.



Desta forma, por todas as vias acima, verifica-se a possibilidade e a fundamentação para se buscar a indenização do paciente ou de seus familiares em decorrência do agravamento da sua saúde, ou até mesmo o evento morte, sendo que a aplicação da sistematização tem como foco a parametrização do valor da indenização, sendo esta maior na proporção da ocorrência de danos à saúde e a demonstração do nexo de causalidade direto.

A este respeito transcrevemos trecho da obra de Farias, Rosenvald e Braga Netto[20]:

[20] FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 808-809.

> Definir o valor da indenização, em casos semelhantes, é sempre delicado e problemático. Sobretudo se a perda da chance estiver relacionada com danos morais, o que é possível (STJ, REsp 1.079.185, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª T., DJ 4.8.2009). A tarefa de definir o valor da indenização é uma das muitas dificuldades que se põem na teoria da parda da chance. Se, por um lado, deve-se atentar para não se deixar danos sem a devida indenização, por outro é preciso parcimônia para não se indenizar inefáveis probabilidades. Assim, "a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para a atribuir a tais fatos as consequências adequadas" (STJ, REsp 1.079.185, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª T., DJ 4.8.2009). A chance – que se traduz na possibilidade de algo acontecer – é sempre incerta, mas deverá apresentar contornos de razoabilidade.

Em eventual ação de responsabilidade civil, caso juiz venha a reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, deve fazer um segundo juízo de valor no sentido de aferir a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável de que essa chance efetivamente pudesse se materializar. Neste sentido é a decisão abaixo, da lavra do Min. Castro Meira, que não entendeu pela não ocorrência de dano passível de indenização:

> Teoria. Perda. Chance. Concurso. Exclusão. A Turma decidiu não ser aplicável a teoria da perda de uma chance ao candidato que pleiteia indenização por ter sido excluído do concurso público após reprovação no exame psicotécnico. De acordo com o Min. Relator, tal teoria exige que o ato ilícito implique perda da oportunidade de o lesado obter situação futura melhor, desde que a chance seja real, séria e lhe proporcione efetiva condição pessoal de concorrer a essa situação. No entanto, salientou que, *in casu*, o candidato recorrente foi aprovado apenas na primeira fase da primeira etapa do certame, não sendo possível estimar a probabilidade em ser, além de aprovado

> no final do processo, também classificado dentro da quantidade de vagas estabelecidas no edital.[21]

Tartuce[22] vê com ressalvas a aplicação de tal teoria "Pois bem, este autor vê com ressalvas o enquadramento da perda de uma chance como nova categoria de dano. Isto porque tais danos são, na grande maioria das situações, hipotéticos ou eventuais, sendo certo que os arts. 186 e 403 do CC exigem o dano presente e efetivo. A perda de uma chance, na verdade, trabalha com suposições, com o *se*. Muitas situações descritas pelos adeptos da teoria podem ser resolvidas em sede de danos morais ou danos materiais, sem que a vítima tenha necessidade de provar que a chance é séria e real.

No entanto, como defendido acima, a demonstração que havia uma chance séria e real de melhora no quadro de saúde, ou até mesmo de cura - que não é mais possível em razão da conduta da prestadora de serviço de negar o atendimento o atendimento – não tem reflexo no *an debeatur*, mas no *quantum debeatur*, devendo a indenização ser maior no caso de uma negativa que priva o paciente de uma chance de melhora no seu quadro de saúde, do que a negativa que não causa tal reflexo na sua saúde, sendo que, ao ter acesso ao tratamento por meio judicial, por exemplo, obtém a melhora ou até mesmo a cura, ainda que tardiamente. Neste caso, também haverá dano indenizável, ainda que em escala menor, conforme demonstrado no fluxograma acima, o que é corroborado pelo Enunciado 411 e 444 da V Jornada de Direito Civil, que contam com a seguinte redação:

> Enunciado 411. O descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988.
>
> Enunciado 444. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a

[21] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1220911-RS. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 17 de março de 2011. **Diário de Justiça eletrônico**: 25 mar. 2011.
[22] TARTUCE, op. cit., p. 572.

> natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Em caso de aplicação da teoria, a indenização a este título não será integral, mas parcial ou mitigada, tendo em vista que a responsabilização não decorre de uma certeza de culpa, mas de uma probabilidade, já que não se logrou êxito em comprovar que a sequela na saúde do paciente, ou até mesmo o evento morte, decorreram diretamente da negativa de atendimento pelo seguro ou plano de saúde, uma vez que não se pode precisar se o acesso ao tratamento evitaria sequelas à sua saúde ou evitaria a morte.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL FUNDADA NA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO

Sendo as atividades das operadoras reguladas pelo Estado através da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, além da submissão aos estatutos acima elencados, devem observar as normas e resoluções da referida agência.

Dentre elas, destacamos a Resolução Normativa n.º 259 de 17 de junho de 2011 da ANS que, dentre outras determinações, estipula prazos máximos para atendimento das solicitações dos pacientes, conforme redação do art. 3º da referida Resolução[23].

[23] Art. 3º A operadora deverá garantir o atendimento integral das coberturas referidas no art. 2º nos seguintes prazos:
I – consulta básica - pediatria, clínica médica, cirurgia geral, ginecologia e obstetrícia: em até 7 (sete) dias úteis;
II – consulta nas demais especialidades médicas: em até 14 (quatorze) dias úteis;
III – consulta/sessão com fonoaudiólogo: em até 10 (dez) dias úteis;
IV – consulta/sessão com nutricionista: em até 10 (dez) dias úteis;
V – consulta/sessão com psicólogo: em até 10 (dez) dias úteis;
VI – consulta/sessão com terapeuta ocupacional: em até 10 (dez) dias úteis;
VII – consulta/sessão com fisioterapeuta: em até 10 (dez) dias úteis;
VIII – consulta e procedimentos realizados em consultório/clínica com cirurgião-dentista: em até 7 (sete) dias úteis;
IX – serviços de diagnóstico por laboratório de análises clínicas em regime ambulatorial: em até 3 (três) dias úteis;

Desta forma, se no capítulo anterior verificou-se a questão da negativa indevida de cobertura, neste se busca analisar se há lesão indenizável ao consumidor quando a autorização para atendimento ocorre de maneira tardia, ainda que sem sequelas à saúde do paciente, de maneira que o dever de reparação decorreria da simples demora na prestação do serviço.

Atenta a esta questão, a teoria do desvio produtivo do consumidor, busca enfrentar a questão, sendo este desvio assim conceituado por Marcos Dessaune[24]:

> O **desvio produtivo do consumidor**, enquanto fenômeno socioeconômico cujas consequências ultrapassam o mero dissabor, aborrecimento, percalço ou contratempo normal da vida do consumidor, é um *dano evento* ou *evento danoso* (acontecimento social tutelado pelo Direito) que acarreta um dano resultado (uma consequência juridicamente tutelada). O desvio produtivo do consumidor tem origem quando o fornecedor cria um problema de consumo potencial ou efetivamente lesivo e não o resolve espontânea, rápida e efetivamente, deixando para o consumidor o custo temporal, operacional e material de fazê-lo. Significa dizer que o fenômeno lesivo em apreço é deflagrado pela prática abusiva do fornecedor de omitir, dificultar ou recusar sua responsabilidade pelo problema primitivo, cujos custos de solução ele tenta transferir veladamente para o consumidor. O desvio produtivo do consumidor, portanto, é o fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor em estado de carência e condição de vulnerabilidade, induzido pelo "modus solvendi" abusivo do fornecedor, despende o seu tempo vital, adia ou suprime algumas de suas atividades e, muitas vezes, assume deveres e custos do fornecedor. O consumidor porta-se assim ora porque não há solução

X – demais serviços de diagnóstico e terapia em regime ambulatorial: em até 10 (dez) dias úteis;
XI – procedimentos de alta complexidade - PAC: em até 21 (vinte e um) dias úteis;
XII – atendimento em regime de hospital-dia: em até 10 (dez) dias úteis;
XIII – atendimento em regime de internação eletiva: em até 21 (vinte e um) dias úteis; e
XIV – urgência e emergência: imediato.

[24] DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. Vitória/ES: Edição especial do Autor, 2017, p. 246.

> imediatamente ao alcance para o problema, ora para buscar a solução que no momento se apresenta possível, ora para evitar o prejuízo que poderá advir, ora para conseguir a reparação dos danos que o problema causou, conforme o caso.

Desta forma, em de demora no atendimento do paciente, conforme prazos estabelecidos na RN 259/2011 da ANS, mormente em se tratando de procedimento previsto na cobertura mínima obrigatória da ANS, por força da teoria do desvio produtivo do consumidor, gerando, portanto, tal prática, um dano moral indenizável.

A ilicitude da conduta do fornecedor de serviços decorre também dos princípios constitucionais, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil elencados nos tópicos anteriores, bem como dos chamados deveres anexos dos contratos. Neste sentido prossegue Dessaune[25]:

> Tal responsabilidade civil de consumo nasce da violação, pelo fornecedor, de pelo menos um dos seus principais **deveres jurídicos originários** – de qualidade-adequação, de qualidade-segurança, de informação, de boa-fé, de não empregar práticas abusivas no mercado, de indenidade -, dando ensejo a seu **dever jurídico sucessivo** de sanar o problema de consumo criado ou indenizar o consumidor espontânea, rápida e efetivamente. Tais deveres jurídicos do fornecedor correspondem a direitos subjetivos do consumidor instituídos pelo CDC, que, sendo direitos imperativos de ordem pública, são indisponíveis pela vontade das partes.

A teoria surgir na doutrina e vem ganhando espaço na jurisprudência, conforme acórdãos abaixo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. Prestação de serviços. Assistência técnica. Hipótese em que a autora entregou à ré o seu aparelho celular para conserto, mas o bem não lhe foi devolvido, em razão de furto ocorrido no estabelecimento da prestadora de serviço. Inexistência de

[25] DESSAUNE, op. cit., p. 244, grifo nosso.

> excludente de responsabilidade por fato de terceiro. Impossibilidade de transferir à consumidora o risco da atividade empresarial desenvolvido pela ré. Responsabilidade objetiva da ré reconhecida. Recalcitrância injustificada da ré em assumir a responsabilidade pelos danos ocasionados à consumidora. **Adoção, no caso, da teoria do "Desvio Produtivo do Consumidor", tendo em vista que a autora foi privada de tempo relevante para dedicar-se ao exercício de atividades que melhor lhe aprouvessem, submetendo-se, em função do episódio em cotejo, a intermináveis percalços para a solução de problemas oriundos da má prestação do serviço a cargo da ré**. Dano morais configurados. Indenização arbitrada na sentença e preservada em R$ 2.000,00. Inadmissibilidade de redução. Honorários advocatícios fixados por apreciação equitativa em R$ 2.000,00. Pretensão à redução. Inadmissibilidade, sob pena de aviltamento do trabalho realizado pela advocacia. Excesso não configurado. Pedido inicial julgado procedente. Sentença mantida. Recurso improvido. Dispositivo: negaram provimento ao recurso.[26]

> Compra e venda de móveis modulares. Entrega parcial, demora, e vício nos produtos. Ação de indenização por danos morais e materiais. A legitimidade ad causam deve ser examinada sob o prisma da teoria da asserção. Assim, se houver identificação entre os titulares dos direitos e obrigações, partindo da suposição de que são reais os fatos afirmados na inicial, é legitimado passivo aquele que, em tese, por eles responderia. In casu, o autor afirma a ausência de entrega de parte dos móveis adquiridos, o que justifica a inclusão da apelante no polo passivo. Ademais, os contatos entre as partes possuem o logo da marca da apelante no rodapé, o servidor do correio eletrônico tem a mesma denominação, e o pedido de indenização por danos morais é fundado também no atendimento ao consumidor da fabricante. Ausência de impugnação do fato constitutivo alegado pelo consumidor, **a ausência entrega de um dos móveis, e a dilatada demora na entrega, na**

[26] SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. Apelação nº 1019962-70.2016.8.26.0506, Décima Nona Câmara de Direito Privado. Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa. São Paulo, 29 de maio de 2018. **Diário de Justiça do Estado**: 29 maio 2018, grifo nosso.

instalação e na solução dos problemas, que perduraram por aproximadamente três anos. Necessária a condenação da requerida à restituição do preço pago pelo móvel não entregue, sem prejuízo de ação autônoma de regresso entre as partes da cadeia de consumo. **Dano moral. Inadimplemento contratual que, excepcionalmente, causou danos morais. Aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor**. Precedentes do C. STJ e desta E. Corte. Indenização fixada em R$48.000,00, quantia compatível com as circunstâncias do caso e com as finalidades da condenação. Recurso improvido.[27]

REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MATERIAIS – REPARO DE VEÍCULO – DEMORA DE SEIS MESES – PRAZO PRESCRICIONAL NÃO VERIFICADO – VALOR DA INDENIZAÇÃO 1 – É assente a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 27 do CDC se aplica tanto à pretensão indenizatória decorrente de fato do produto, como de vício no produto. Prazo não verificado no caso em estudo; 2 – Veículo que se desvalorizou naturalmente em razão do próprio sinistro, ocorrência que não pode ser imputada às rés (oficina e seguradora), que não deram causa ao evento danoso. Tal desvalorização, portanto, é um fator a parte que não pode ser reparado pelas demandadas, que apenas respondem pela desvalorização em decorrência da má prestação do serviço. Valor fixado referente à desvalorização que deve ser mantido; 3 - **O valor fixado na sentença – R$ 5.000,00 – comporta majoração, pois efetivamente, houve verdadeiro 'desvio produtivo do consumidor', pela qual a condenação deve considerar também o desvio de competências do indivíduo para a tentativa de solução de um problema causado pelo fornecedor, com sucessivas frustrações diante da ineficiência e descaso deste. A demora de SEIS MESES na realização do reparo de um veículo não é razoável, sendo o consumidor obrigado a ajuizar demanda judicial para**

[27] SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. Apelação nº 1058854-76.2014.8.26.0002, Trigésima Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Gomes Varjão. Brasília, 23 de maio de 2018. **Diário de Justiça do Estado**: 23 maio 2018, grifo nosso.

> **a solução do problema**. Assim, é o caso de majorar os danos morais para quantia equivalente a R$ 10.000,00. RECURSO DA RÉ IMPROVIDO. RECURSO DA AUTORA PROVIDO EM PARTE.[28]

Neste mesmo sentido é o acórdão proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.634.851[29], que teve como relatora a Min. Nancy Andrigui:

> PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. VÍCIO DO PRODUTO. REPARAÇÃO EM 30 DIAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO COMERCIANTE. 1. Ação civil pública ajuizada em 07/01/2013, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 08/06/2015 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016. Julgamento pelo CPC/73. 2. Cinge-se a controvérsia a decidir sobre: (i) a negativa de prestação jurisdicional (art. 535, II, do CPC/73); (ii) a preclusão operada quanto à produção de prova (arts. 462 e 517 do CPC/73); (iii) a responsabilidade do comerciante no que tange à disponibilização e prestação de serviço de assistência técnica (art. 18, caput e § 1º, do CDC). 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 535, II, do CPC/73. 4. Esta Corte admite a juntada de documentos, que não apenas os produzidos após a inicial e a contestação, inclusive na via recursal, desde que observado o contraditório e ausente a má-fé. 5. À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar

[28] SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. Apelação nº 1009187-90.2014.8.26.0562, Trigésima Sétima Câmara Extraordinária de Direito Privado. Relatora: Maria Lúcia Pizzotti. São Paulo, 23 de maio de 2018. **Diário de Justiça do Estado**: 23 maio 2018, grifo nosso.

[29] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1634851-RJ, Terceira Turma. Brasília, 12 de setembro de 2017. **Diário de Justiça eletrônico**: 15 fev. 2018, grifo nosso.

> resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo. **6. À luz do princípio da boa-fé objetiva, se a inserção no mercado do produto com vício traz em si, inevitavelmente, um gasto adicional para a cadeia de consumo, esse gasto deve ser tido como ínsito ao risco da atividade, e não pode, em nenhuma hipótese, ser suportado pelo consumidor. Incidência dos princípios que regem a política nacional das relações de consumo, em especial o da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o da garantia de adequação, a cargo do fornecedor (art. 4º, V, do CDC), e observância do direito do consumidor de receber a efetiva reparação de danos patrimoniais sofridos por ele (art. 6º, VI, do CDC). 7. Como a defesa do consumidor foi erigida a princípio geral da atividade econômica pelo art. 170, V, da Constituição Federal, é ele – consumidor – quem deve escolher a alternativa que lhe parece menos onerosa ou embaraçosa para exercer seu direito de ter sanado o vício em 30 dias – levar o produto ao comerciante, à assistência técnica ou diretamente ao fabricante –, não cabendo ao fornecedor impor-lhe a opção que mais convém.** 8. Recurso especial desprovido.

Tal instituto guarda relação com a teoria do punitive damages, bem como com a jurisprudência a respeito da indenização do consumidor de serviços bancários, que permanece tempo além do razoável aguardando atendimento em filas de agências bancárias, conforme acórdão abaixo:

> Apelação. Embargos à Execução Fiscal. Multa administrativa imposta pelo PROCON ao embargante. Infração ao disposto no art. 20, §2º, do Código de Defesa do Consumidor. Demora excessiva para o atendimento dos consumidores que aguardavam nas filas dos caixas internos de determinada agência bancária. Cabimento. CDA que atende aos requisitos do art. 2º, §§5º e 6º, da Lei de Execução Fiscal. Instrumentalidade das formas.

> Razoabilidade e proporcionalidade da multa imposta. Sentença mantida. 1. A CDA observou todos os requisitos previstos pelo art. 2º, §§5º e 6º da Lei de Execução Fiscal, tais como valor da multa, fundamento legal, indicação do processo administrativo e forma de cálculo. 2. Em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas, a jurisprudência desta Corte, em harmonia com o entendimento delineado pelos Tribunais Superiores, tem privilegiado a substância dos atos, em detrimento da ritualística exacerbada. 3. A espera excessiva por atendimento configura falha na prestação do serviço. Precedentes. 4. Os critérios adotados para a fixação da multa imposta ao recorrente respeitam os limites do art. 57, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor e se encontram descritos na Portaria nº 26/06, em vigor durante o processo administrativo. 5. A multa administrativa é adequada ao fim pretendido, sem exceder os limites do necessário para se obter o resultado pretendido pela Administração. Precedentes. 6. Nega-se provimento ao recurso, majorando-se a verba honorária, nos termos do art. 85, §11º, do Código de Processo Civil.[30]

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível compendiar as ideais propostas acima na demonstração da necessidade de uma interpretação sistemáticas dos diversos diplomas legais que regem a matéria, superando-se a antiga dicotomia binária da aplicação de uma lei em detrimento da outra - simples aplicação dos critérios de solução de antinomias presentes a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB - sendo que os desafios atuais impõem a aplicação da *teoria do diálogo das fontes*, com atenção do intérprete aos princípios constitucionais e infraconstitucionais norteadores dos diversos diplomas legais.

Assim, sendo o serviço prestado pelas operadoras de planos e seguros de saúde regulados pelo Estado e envoltos em forte viés social, especialmente em razão do bem jurídico tutelado - saúde e

[30] SÃO PAULO (Estado). Apelação nº 1000068-95.2017.8.26.0014, Terceira Câmara de Direito Público. Relator (a): N/A. São Paulo, 29 de maio de 2018. **Diário de Justiça do Estado**: 30 maio 2018.

consequentemente a vida – resta deveras mitigado o princípio da autonomia privada, sendo a relação jurídica entre os contratantes marcada por uma estrita observância dos mandamentos constitucionais, civilistas e consumeristas, todos eles voltados para a defesa do consumidor vulnerável, sem detrimento da normativa regulamentatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Em caso de negativa indevida de atendimento, abre-se a possibilidade de indenização do consumidor, seja pala aplicação da teoria clássica da responsabilidade civil, seja pela aplicação da teoria da perda de uma chance, a depender da ocorrência ou não de danos à saúde do paciente, bem como da demonstração ou não do nexo de causalidade direta entre a conduta omissiva da prestadora de serviço e a lesão ao paciente, conforme fluxograma apresentado no decorrer no trabalho, sendo que a aplicação da sistematização tem como foco a parametrização do valor da indenização, sendo esta maior na proporção da ocorrência de danos à saúde e a demonstração do nexo de causalidade direto.

Assim, caso a negativa não tenha gerado danos ao paciente, tendo este obtido o tratamento pela via judicial, por exemplo, haverá a possibilidade de indenização pela simples negativa, que neste caso será mínima. Por outro lado, caso a negativa tenha gerado danos à saúde ou até mesmo a morte, caso o nexo de causalidade seja perfeitamente demonstrável, a indenização deverá ter a graduação máxima. Por fim, no caso da negativa ter deixado sequelas na saúde do consumidor ou até o levado à morte, mas que no caso concreto não seja possível demonstrar com perfeição o nexo de causalidade, aplica-se a teoria da perda de uma chance, sendo neste caso a indenização devida em um patamar médio.

Por fim, no caso da autorização de atendimento ao paciente ser tardia, mas pela própria prestadora de serviços, ou seja, independentemente de ação judicial, e extrapolar os limites do razoável - tendo como parâmetro os prazos estabelecidos pela Resolução Normativa 259/2011 da ANS, mormente em se tratando de procedimento estabelecido como de cobertura mínima obrigatória, independentemente da conduta da operadora ter causado sequelas à saúde do paciente - abre-se a possibilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor, como forma de compensação do consumidor pelos danos

experimentados em razão do tempo desperdiçado para a solução do problema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 23**. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://bit.ly/2MGwAap>. Acesso em: 30 maio 2018.

_____. **Enunciado 26**. A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes. Disponível em: <http://bit.ly/2w2dhPs>. Acesso em: 30 maio 2018.

_____. **Enunciado 27**. Na interpretação da cláusula geral da boa-fé objetiva, deve-se levar em conta o sistema do CC e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos. Disponível em: <http://bit.ly/2BxiqUQ>. Acesso em: 30 maio 2018.

_____. **Enunciado 363**. Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação. Disponível em: <http://bit.ly/2MJi8yo>. Acesso em: 30 maio 2018.

_____. **Enunciado 411**. O descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://bit.ly/2LfKH1D>. Acesso em: 30 maio 2018.

_____. **Enunciado 444**. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode

apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos. Disponível em: <http://bit.ly/2PwHxu2>. Acesso em: 30 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 608**, Segunda Seção. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. Brasília, 11 de abril de 2018. **Diário de Justiça eletrônico**, 17 abr. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2w3ZYhn>. Acesso em: 26 maio 2018.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. Vitória/ES: Edição especial do Autor, 2017

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. Salvador: JusPodivm, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 15-17.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Método, 2017.

A HIPERVULNERABILIDADE LEGISLATIVA DO CONSUMIDOR FRENTE AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Lucca Gabriel Cardoso Reis*

1 INTRODUÇÃO

Muito já foi discorrido sobre a vulnerabilidade e a hipervulnerabilidade do consumidor frente as empresas, sejam elas quais forem. Temos a vulnerabilidade do idoso, da criança, do analfabeto, das pessoas especiais, dentre outras mais. Já sabemos que a proteção do consumidor discorre primeiramente da fonte constitucional, em seu Art. 5º, XXXII e Art. 170, V para depois se consagrar na Lei 8.078/90, que é Código de Defesa do Consumidor. Porém, neste especifico artigo, escreverei sobre o poder legislativo e como o consumidor pode sofrer consequências graves.

2 DOAÇÕES DE CAMPANHA

Quando abrimos o site do TSE[1] podemos ter acesso aos demonstrativos de prestação de contas dos partidos políticos referente a eleição de 2014. Juntamente com essa prestação de contas, abrimos o site da Câmara dos Deputados e vemos as suas bancadas, pegamos de amostra apenas as 8 maiores bancadas[2] compostas por PDT, DEM, MDB, PP, PT, PRB, PDSB e PTB. Somadas, estas 8 bancadas, formam um grupo de 343 deputados, o que corresponde a 66% de toda Câmara, e isso se repete no Congresso Nacional[3], onde temos 56 Senadores, representando 69% de todo Congresso.

* Advogado, Pós-Graduando em Direito do Consumidor pela Faculdade Damásio de Jesus, Especialista em Direito de Planos de Saúde, membro do Instituto Brasileiro de política e defesa do consumidor (BRASILCON), membro da comissão de Direito Médico da OAB de Taubaté-SP.

[1] https://bit.ly/2xLhZBa

[2] https://bit.ly/2R07Rxo

[3] https://bit.ly/2pvg6ow

Não obstante, ao abrirmos as prestações de contas dos referidos partidos, podemos ver vultuosas doações das mais diversas empresas, mas o que nos chama a atenção é que dentre as doações estão as de 2 (duas) empresas operadoras de planos de saúde que se repetem insistentemente. Quando abrimos a lista[4] das 5 maiores empresas operadoras de planos de saúde, elas também estão lá.

Estamos falando de duas empresas, que juntas detém, aproximadamente 8 milhões e 700 mil[5] consumidores de seus planos, o que corresponde a 18,5% do total[6] de 47 milhões e 236 mil beneficiários de todos os planos de saúde. E que doaram a partidos políticos das mais diversas ideologias.

As doações, destas duas empresas, somadas, somente a estes partidos chegam a mais R$10.000.000,00 (dez milhões de reais). Ou seja, 340 Deputados Federais e 57 Senadores que estão, em tese, a favor de toda a população brasileira foram eleitos diretamente, ou representam partidos, que receberam grande quantia de dinheiro oriundo de doações de operadoras de planos de saúde.

Os números acima correspondem a somente a doações declaradas a partidos políticos, não foram computadas as doações para candidatos diretamente. Se formos levar em consideração todas as doações, feitas a todos os partidos e também candidatos, temos a quantia absurda de R$55.000.000,00 (cinquenta e cinco milhões de reais)[7].

3 HIPERVULNERABILIDADE LEGISLATIVA

Com todos estes dados expostos e públicos para todos que queiram acessar, conseguimos ter uma certa dimensão do tamanho que é vulnerabilidade do consumidor. Vulnerabilidade esta que não está somente frente as empresas, que já á grande, mas também frente aos que, lá estão, eleitos para defender e proteger toda uma população.

Quando colocados frente a uma votação de alguma proposta que, em tese, onera mais as operadoras de planos de saúde, que ensejarão

[4] https://bit.ly/2OL575f
[5] Amil: https://bit.ly/2OMxQXy; Bradesco: https://bit.ly/2xISY9O
[6] https://bit.ly/2wLQGF6
[7] https://bit.ly/2zr2uQU

assim mais direitos e garantias aos consumidores, os deputados e senadores que ali estão ficam entre a cruz e a espada. Como estará a cabeça de um parlamentar que olhando para sua eleição, a vê altamente financiada por operadoras de planos de saúde e do outro lado os seus eleitores? Fica aqui a indagação.

Somente por efeito de comparação, vamos pegar um caso real. Em 05 de junho de 2018 fora colocado em votação a indicação do Senhor Rogério Scarabel Barbosa, para exercer a função de Diretor da ANS. A votação[8] contou com 55 presentes, dos quais 39 votaram a favor de sua indicação. Aparentemente essas informações parecem normais e corriqueiras em dias de votação, porém ao analisarmos ponto a ponto podemos fazer algumas observações.

> 1. O Senhor Rogério Barbosa, a época da indicação, era sócio coordenador[9] da área hospitalar e de saúde de um escritório de advocacia no Ceará. Conforme o próprio sitio eletrônico do escritório, seus advogados representam interesses de grandes operadoras de planos de saúde.
> 2. O Idec se manifestou[10] de forma contrária à indicação do novo diretor por haver conflito de interesses em relação à função exercida.
> 3. Se fizermos uma rápida análise dos votos recebidos a favor no Congresso Nacional, veremos o seguinte; A amostra das 8 maiores bancadas, que receberam dinheiro de operadoras de planos de saúde, totaliza 57 senadores, destes, 41 estavam presentes a votação. Ou seja, 41 senadores diretamente eleitos ou representando partidos políticos com dinheiro de doações de operadoras de saúde estavam na votação para escolher o novo diretor da ANS, agência que fiscaliza os planos de saúde. Qual não foi a surpresa? A aprovação do novo diretor foi de 39 votos.

Portanto, estamos em ano de eleições parlamentares e estes dados são para ilustrar quais interesses, possivelmente, serão defendidos em Brasília, se serão os dos consumidores ou o de todo um conglomerado de empresas. No Brasil a vulnerabilidade está muito em

[8] https://bit.ly/2zqR7IO
[9] https://bit.ly/2QVA9cn
[10] https://bit.ly/2N0Q1XM

discussão somente frente as empresas, mas estes números que aqui foram expostos, nos fazem pensar que empresas são somente a ponta do iceberg de todo um sistema que ao invés de estar servindo o povo, estão apenas para representar interesses particulares em detrimento de toda uma coletividade. Pois se pararmos para refletir, se existe algo comum entre a pessoa mais rica e a mais pobre do nosso país, é que ambas são consumidores, ou seja, somos mais de 200 milhões no mesmo barco sofrendo as consequências.

TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS: aspectos éticos, jurídicos e o mercado negro

Carolina Botini*

RESUMO: O presente artigo visa trazer à baila o direito constitucionalmente garantido à cirurgia de Transplante de Órgãos e Tecidos. Isso permitirá que seja tomado conhecimento dos aspectos mais pertinentes ao assunto, como por exemplo, as espécies de transplantes, a legislação e o tráfico. A conceituação dos transplantes hoje está intrinsecamente envolvida com a matéria do Biodireito, que é de caráter multidisciplinar e de extrema importância para discussão do tema. Assim, da mesma forma que a legislação é utilizada em favor da intervenção cirúrgica, muitas quadrilhas organizadas buscam desviar-se dela para a prática do comércio ilegal em âmbito internacional, desrespeitando todo um ordenamento jurídico e violando diretamente sem pêsame os Direitos Fundamentais e Essenciais – princípios prevalentes na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, sendo o maior tráfico organizado ***silencioso*** do mundo.

Palavras-chave: Transplante de órgãos e tecidos. Biodireito. Crime de tráfico de órgãos. Direito internacional penal. Direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Desde tempos imemoriais do ser humano, a busca pela saúde e por tratamentos eficazes na cura de doenças ou deformações por conta de acidentes ou de nascença que envolva órgãos vitais é constante, de maneira tal a ser um único pensamento: o direito à vida.

O tema acerca dos transplantes é estudado desde 1778, e aperfeiçoa-se cada vez mais na biomedicina, por meio de doadores conscientes e/ou autorizados pela família, para possíveis receptores.

* Graduada em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba; atuante em causas sociais; advogada militante na área cível. Advogada – OAB/SP nº 414.127. E-mail: carolinabotini@gmail.com

Não há como olvidar que o déficit de compatibilidade de doadores *versus* receptores ultrapassa os limites que o direito pode suportar, carregando consigo ano após ano imperfeições jurídicas e sociais, que se tornam cada vez mais "fáceis" para a medicina e mais "difíceis" para o direito.

Sobretudo, é necessária uma interpretação ética sobre o conceito de transplantes, o qual repousa na Bioética e no Biodireito, motivo pelo qual obsta realizar profunda análise apenas sob o prisma legal, haja vista o envolvimento com o meio jurídico internacional regido por normas supralegais.

No Brasil, para se obter um órgão é necessário que o indivíduo se submeta a um processo de inclusão na lista de espera do Sistema Único de Saúde (SUS) para ser feita uma análise ou captação de órgão ou tecido compatível e assim o indivíduo se submeter ao transplante. Isso está previsto no artigo 199, § 4º da Constituição Federal e na Lei nº 9.434/1997, sendo também a base formadora do Código de Ética Médica (CEM) e do Conselho Federal de Medicina (CFM).

O tema é considerado silencioso juridicamente, discuti-lo ainda causa grande impacto, por isso se fomenta acerca da permissão legal e a ética sobre o profissionalismo dos médicos atuantes, que, mediante a demanda populacional e o déficit de órgãos para o suprimento, enseja uma busca incessante de doadores. E um procedimento que deveria ser realizado gratuitamente pelo sistema de saúde local, leva-se ao comércio ilegal.

Ao contrário do que muitos pensam, o tráfico de órgãos é um crime silencioso, sem tiros, sem assaltos, sem fluxo de testemunhas para acusar o sequestro, e muitas vezes sem palavras, sendo cada vez mais difícil de ser rastreado, detectado e punido, apesar da garantia de instituições médicas alegarem a impossibilidade de um órgão ser transplantado irregularmente, e o silêncio imposto no assunto é sufocante ao ordenamento jurídico e à dignidade humana.

Com isso, destaca-se a extrema escassez de jurisprudência no assunto. E um dos principais motivos pela escassez jurisprudencial pode ser pela mínima citação do tema na própria Constituição Federal deixando que a lei esparsa se encarregue de dar "vida" ao texto constitucional. Mas, como está na previsto na Lei Maior, há que ser

considerado que o conhecimento no assunto seja obrigatório aos operadores do direito e afins.

Portanto, ao passo que toda informatização e tecnologia têm facilitado a evolução da espécie humana, deve ser considerada a limitação biológica (pois para o intelecto sabe-se que não há limites) e também jurídica (mesmo porque o respaldo doutrinário e jurisprudencial é pouco concreto e em demasia abrangente).

2 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS HUMANOS: conceito, modalidades de transplantes e o objetivo da ciência médica

O assunto acerca de transplantes nos cerca desde a.C, porém, "o termo *transplante* foi utilizado pela primeira vez por John Hunter[1] em 1778, que descreveu seus experimentos com enxertos ovarianos e testiculares em animais não relacionados". (PEREIRA, 2004, p. 1).

"O processo de doação e transplantes configura-se como um dos mais complexos, intrigantes e apaixonantes da área de saúde, e impõe-se multiprofissional por natureza." (MOURA; SILVA, 2014, p. 18)

A história retrata que os primeiros experimentos com transplantes de órgãos e tecidos e partes de um corpo, foi realizado com animais. Depois passou de animais para humanos, de humanos para animais, até chegar ao ápice positivo de instrumentos e medicamentos suficientes para ser transplantado de ser humano para ser humano sem sofrimento de agonia nos períodos durante e pós-operatório.

[1] John Hunter viveu na Inglaterra de 1728 a 1793. Era o caçula de dez irmãos, um dos quais, William Hunter, famoso anatomista e cirurgião, foi seu preceptor em anatomia. John desde cedo demonstrou grande habilidade na sala de dissecções, tendo feito algumas descobertas importantes em anatomia. Era um trabalhador infatigável a quem bastavam quatro a cinco horas de sono e que se aborrecia com a especulação teórica, muito em voga na época, sobre doutrinas e conceitos, sem nenhuma base experimental. Foi o fundador da cirurgia experimental e a ele se deve a descoberta da circulação colateral nos casos de aneurisma, permitindo a ligadura da artéria logo acima do saco aneurismático. (Cf. REZENDE, JM. *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina*. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. A obsessão de John Hunter. pp. 255-257. ISBN 978-85-61673-63-5. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-30.pdf>.)

As tentativas nas cirurgias resultaram no aperfeiçoamento de algumas características básicas, tais como: 1) Aprimoramento da técnica cirúrgica; 2) A constatação de que baixas doses de esteróides são eficazes e mais seguras do que as altas doses administradas anteriormente; 3) A descoberta de que a transfusão sanguínea precedendo o transplante reduz as possibilidades de rejeição; 4) E a constatação de que os pacientes com maior compatibilidade imunológica através do sítio DR do lócus HLA do complexo maior de histocompatibilidade (MHC) evoluem melhor do que aqueles não compatíveis. (PEREIRA, 2004, p. 3)

Em suma, é possível definir transplante como o ato de transplantar órgãos e tecidos humanos, aquele em que se remove um ou mais órgãos do corpo de uma pessoa para ser implantado em outra, isto é, um terceiro que pode ser conhecido (ente familiar, amigo, etc.) ou não, ou então quando se remove tecidos do corpo para restauração, enxertos ou consertar defeitos causados por acidentes, doenças ou malformações fetais (feto deficiente), que pode ser utilizada para outra parte do corpo de uma mesma pessoa ou de um terceiro; lembrando que esses órgãos e tecidos realizarão a mesma função que a realizada no indivíduo doador.

No Brasil, o procedimento para transplantar órgãos e tecidos humanos se deu em 1960[2], transformando a medicina completamente. O

[2] Cf. Em 1964, transplantes renais começaram no Brasil e, em 1968, transplantes de coração, fígado, intestino e pâncreas foram realizados. Como em outros locais do mundo, os resultados desanimadores levaram à suspensão dos programas de transplantes no início dos anos 70, incluindo todos os órgãos, exceto rins. (PÊGO-FERNANDES, P.M., GARCIA, V.D. *Estado atual do transplante no Brasil*. São Paulo: Faculdade de Medicina de São Paulo (FMUSP), 2010. Artigo - Diagn Tratamento. 2010;15(2):51-2. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/1413-9979/2010/v15n2/a51-52.pdf>.)

Cf. Nas décadas de 60 e 70 desenvolveram-se fármacos com uma melhor ação imunossupressora e expressivos efeitos colaterais, tais como a nefrotoxicidade, hipertensão arterial, neurotoxicidade, hiperglicemia, neoplasias, infecções, hiperlipidemia e hiperpotassemia. Em 1983, uma nova droga com característica mais seletiva e de menor efeito colaterais, a ciclosporina foi desenvolvida, a qual transformou os transplantes de uma simples curiosidade, para uma terapia efetiva (Lamb, 2000; Schafer, 2001; Harjula et al, 1995). (NETO, Manoel Lemes da Silva. *História dos Transplantes*. Goiás: Pontifícia Universidade Católica, 2004. Monografia – Faculdade de Enfermagem e Fisioterapia. Disponível em: <http://www.ucg.br/ucg/institutos/nepss/monografia/monografia_02.pdf>.)

processo de doação de órgãos no Brasil segue uma combinação dos modelos norte-americano (baseia-se nas Organizações de Procura de Órgãos - OPO) e espanhol (baseia-se na coordenação de transplante em nível nacional, autônomo e hospitalar), pois conta com as comissões intra-hospitalares, como a Espanha, mas também tem as Organizações de Procura de Órgãos (OPO), tipicamente norte-americanas (MOURA; SILVA, 2014, p. 37-38).

Nas cirurgias de transplantes, existem quatro tipos básicos de transplantar, que no conceito de Maria Helena Diniz são: a) *Autotransplante ou autoenxerto*: transferência de órgão ou tecido de uma parte do organismo à outra de uma mesma pessoa. – Lei nº 9.434/97, art. 9º, § 8º. (2014, p. 419); b) *Isotransplante*: este procedimento é adotado para o transplante de órgãos ou tecidos entre gêmeos univitelinos, pois possuem as características genéticas idênticas. (2014, p. 420); c) *Alotransplante*: meio pelo qual o doador vivo ou morto, e o seu receptor de um órgão ou tecido, não possuem qualquer característica genética idêntica. (2014, p. 420); d) *Xenotransplante*: é uma intervenção ainda futurística, mas que consiste no transplante de um órgão ou tecido animal para um ser humano. (2014, p. 420)

Nesse sentido, convém ressaltar as espécies de transplantes em uma ala hospitalar, que até então são as principais e efetivas a saúde. De acordo com o Manual de Transplantes de Órgãos e Tecidos, organizado e editado por Walter Antonio Pereira, são elas:

a) *Transplante Renal*: indicado para pacientes com insuficiência renal crônica decorrente de outras doenças hepáticas ou por debilidade do organismo. A intervenção concede ao paciente maior longevidade, mas para pacientes com mais de 65 anos, a estimativa de vida permanece a mesma, todavia, com menos sofrimento. (FILHO, FERREIRA, CÂMARA, PONTES E MACHADO, 2004, p. 268-298)

b) *Transplante de Fígado*: Os transplantes de fígados são delicados, porém apresentam grande progresso nas transplantações deste órgão. Qualquer paciente com sua vida em risco por hepatopatia aguda ou crônica é, em tese, um candidato propício ao transplante hepático, salvo se houver outra intervenção ou tratamento clínico ou ainda se

houver contra-indicações ao transplante. (PEREIRA; CHAPCHAP; FURTADO, 2004, p. 299-300).

c) *Transplante de Pâncreas e de Ilhotas Pancreáticas*: Esse tipo de transplante é típico de portadores de diabetes (*diabetes mellitus*) e talvez o único método terapêutico capaz de estabelecer um estado euglicêmico permanente e normalizar a hemoglobina glicosilada em portadores de DM tipo I. Pode ser fundamental para a estabilização ou reversão de complicações secundárias do DM nos olhos, rins, nervos e sistema cardiovascular (MIRANDA; GENZINI; PEREIRA, 2004, p. 358).

d) *Transplante Intestinal*: Nessa modalidade, ela se assemelha a outras mais "simples" e comuns, como transplante de fígado, coração, rim, etc., sendo um dos mais realizados em centros especializados com resultados satisfatórios. É indicado para quem possui disfunções intestinais ou são submetidos a uma intervenção para extração total ou parcial do intestino delgado que, ao longo dos meses desenvolve uma síndrome, conhecida como "síndrome do intestino curto" (PEREIRA; IASI; REYES, 2004, p. 375, 377).

e) *Transplante Cardíaco*: O transplante cardíaco é um dos sucessos do século XX na medicina. Ele constituí caráter de tratamento aos portadores de ICC grave (classe III ou IV) e refratária ao tratamento clínico otimizado, que tenha o seu prazo de vida previsto para um ano – no máximo –. No entanto, há mais de um motivo para se realizar o transplante, como por exemplo, miocardiopatia dilatada, cardiopatia isquêmica, cardiopatia congênita, cardiopatia valvular, etc (MOREIRA et al., 2004, p. 390-392).

f) *Transplante Pulmonar*: Transplantar um pulmão é sinônimo de modalidade terapêutica aos pacientes em seu estágio terminal de determinadas doenças e, cada ano que passa vem sendo aperfeiçoado e tornado mais rotineiro nos centros cirúrgicos. A indicação é sem dúvidas quando há a presença de doença que é incapacitante e irreversível ao indivíduo. Geralmente os pacientes sujeitos a essa intervenção cirúrgica possui a sua estimativa de vida não superior a 15 ou 18 meses (LOPES; RIBEIRO; PEREIRA, 2004, p. 422-424).

g) *Transplante de Medula Óssea*: Este tipo de transplante é um recurso terapêutico para auxiliar e salvaguardar os pacientes que passam pelo processo de recebimento de quimioterapia ou irradiação em

elevadas doses supraletais em tratamento de doenças neoplásticas e até mesmo em casos os quais o indivíduo possui medula óssea não-funcionante (anemia aplástica). Ele é utilizado para tratar doenças malignas e não-malignas em pacientes com uma média de 2 a 55 anos de idade, com boa saúde e que não tem outras patologias, em virtude do seu alto risco operatório (AZEVEDO, 2004, p. 460-462).

h) *Transplante de córnea*: A córnea é um dos "fragmentos" mais importantes para a visão, sendo responsável por mais de dois terços do poder refracional total do olho. Uma das causas mais comuns para o transplante de córnea é a catarata, destarte, se realiza nos casos quando a transparência da córnea for atingida de forma irreversível, causada por inflamação, traumatismo, degeneração, distrofia, etc., e até mesmo quando há casos em que o paciente apresenta alteração na forma da córnea, como é o caso do ceratocone, faz-se o transplante de córnea ou a ceratoplastia (TRINDADE, 2004, p. 473-474).

i) *Transplantes Ósseos*: Com exceção do sangue, o osso é o tecido mais transplantado pelos centros cirúrgicos. A intervenção com ósseos é mais conhecida como "enxertos". As utilizações mais frequentes decorrem de grandes falhas provenientes de tumores, cistos ou traumatismos; artrodeses; restabelecimento de defeitos de ossos longos; unir uma pseudartrose; retardos na consumação de osteotomia (DRUMOND, 2004, p. 482-484).

j) *Transplantes Musculoesqueléticos Cutâneos*: Consiste em transpor tecidos de um local do corpo, chamada de área doadora para outra, chamada de área receptora. Quando apenas um tipo de tecido é transplantado (por exemplo, músculo) a cirurgia tem caráter bem simples, nas quando há mais de um tipo de tecido a transplantar em um mesmo local, ela passa a ter caráter composto (por exemplo, músculo + pele). Podem ser transplantados na forma de enxerto ou retalhos livres microcirúrgicos (SILVA; CHAVES, 2004, p. 507).

Dessa forma, pode-se dizer que "o objetivo da medicina não é alcançar um simples efeito fisiológico, mas curar o paciente." (MOTA, 1999, p. 2). E a eficácia de um transplante não pode ser garantida de forma taxativa, mas pode ser presumida de acordo com o estado de saúde o paciente.

A base para o transplante é o estudo da compatibilidade genética de indivíduos doadores e receptores, pois quanto maior for à semelhança entre o indivíduo doador e o indivíduo receptor, maior será a garantia de o procedimento ser bem sucedido a fim de garantir a sobrevida do órgão transplantado.

Para combater as rejeições, a ciência médica adaptou a "inteligência" das células e formulou estratégias para tanto. Eles realizam a análise da "compatibilidade ABO, HLA (antígeno leucocitário humano), provas cruzadas e a avaliação da porcentagem da reatividade contra painel de linfócitos (PRA), que são parâmetros essenciais para evitar falhas no transplante e aumentar a sobrevida do órgão transplantado". (PEREIRA (ed.), 2004, p. 59)

A rejeição de um órgão ou tecido transplantado pode não ocorrer em um ou dois dias do pós-transplante, e sim no decorrer de semanas e meses. Há três tipos de rejeição:

> O *1º estágio* (mecanismo aferente) envolve a apresentação dos antígenos do enxerto e o reconhecimento deles pelos LT do receptor. Na fase seguinte, *2º estágio*, ocorre a ativação dos LT e liberação de citocinas. No *3º estágio* (mecanismo eferente) há o recrutamento e ativação de efetoras que promovem a destruição das estruturas alvos no interior do enxerto (PEREIRA, 2004, p. 76).

Assim, é importante ressaltar que o sucesso de um pós-transplante se dá pela não contração de bactérias, infecções, disfunções celulares pela rejeição, pela internação, etc.; tudo para preservação da cirurgia que é delicada em razão de tratar pacientes em estados críticos de saúde, principalmente aqueles em estágios terminais de vida.

Todos os dados sobre os transplantes no Brasil são registrados na ABTO (Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos), dos quais podem ser conferidos no próprio site da ABTO, acessando: http://www.abto.org.br *> Registro Brasileiro de Transplante -> Estatística de transplantes*. E pelo princípio da transparência (princípio constitucional), a Associação responsável cuida para que os dados sejam disponibilizados, de modo que possa atingir o maior número de pessoas possíveis.

3 ASPECTOS ÉTICOS

É muito comum falar sobre ética, porém o que pouco se discute é a evolução histórica que ela sofreu para se adequar a tantas mudanças, pois não faria sentido utilizar uma filosofia de ética utópica numa sociedade que tem uma rotina totalmente inversa.

Sendo uma matéria que busca agir de acordo com valores intrínsecos ao ser humano, ela não subsiste sozinha, necessita estar em conjunto com outra área da vida, para alcançar eficácia; em resumo, é patético supor que a ética seja apenas teórica, pois ela é uma teoria enquanto norma de instrução e, "não tratá-la em todos os aspectos de nossas vidas, seria como roubar um veículo sem combustível." (CORTELLA, 2014, p. 38)

Dos aspectos atrelados aos transplantes, existe a matéria da Bioética, que é o estudo da ética comum dentro medicina. O seu conceito é a base consolidada para toda atuação de profissionais da área da saúde frente às necessidades humanas, motivo pelo qual compete a cada um exercer com maestria a sua função. É uma disciplina que compõe debates legislativos, políticos e éticos de diversos países desde a década de 1980 (COSTA; DINIZ, 2006, p. 21).

Formalmente ela surgiu nos EUA na década de 70, logo após o Julgamento de Nuremberg (que resultou na criação do Código de Nuremberg), e se estabeleceu como matéria multidisciplinar aos profissionais da área da saúde (principalmente) (COSTA; DINIZ, 2006, p. 21-22).

A preocupação com a bioética tem diversos fatores que eclodiram a sua existência, a começar pelas duas guerras mundiais, depois nos campos de concentração nazistas, pesquisas de médicos alemães na época. E com isso, vieram alguns tratados e declarações internacionais – em suma, a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Declaração de Helsinque –, mudanças sócio-culturais, políticas, dentre inúmeras modificações que embasam o firmamento da bioética em âmbito mundial.

Muitos não sabem do porquê de ter sido criada a bioética e nem em função de quê ela serviu e serve até hoje, portanto, a partir do momento em que o conceito de bioética foi fixado na área da saúde,

adveio a solidificação de Convenções e Declarações a favor dos Direitos da Humanidade como princípios norteadores da vida. Se não houvesse bioética, imagina como seria a ciência médica.

Já de outro lado, há que considerar também o Biodireito, que é uma matéria multidisciplinar inclusive, pois tem o condão de unir à ética e a bioética, e formar um conceito próprio com o objetivo de separar a bioética da legislação.

Simplificadamente pode-se dizer que Biodireito é a junção da Bioética ao Direito, sistematizando os princípios principais da Bioética a fim de regulamentar o comportamento, a fim de que não haja abuso de poder sobre o paciente apenas por estar este debilitado e fragilizado em sua saúde.

Os princípios norteadores do Biodireito foram discutidos na Comissão do Informe Belmont, que previa os princípios da: a) autonomia ou respeito às pessoas pelas suas escolhas, b) da beneficência, que consiste na obrigação não causar dano e minimizar riscos, c) da justiça ou imparcialidade no tratamento aos pacientes (BARBOZA, 2000, p. 211). Além disso, tem como principal auxiliar, a Moral, que norteia a base intelectual dos legisladores para que estes não interfiram no direito pessoal de cada indivíduo.

O conflito existente no Biodireito decorre de duas interpretações: a primeira é que muitos bioéticos entendem que o biodireito é zetético, isto é, quando se deixa de questionar determinados enunciados por se mostrarem verificáveis e confiáveis, pois é flexível e aceita diversas formas de atuação em razão da ciência. A segunda trata dos bioéticos que entendem o biodireito como algo dogmático, algo que não se questiona as premissas das regras, por acreditar que nela está a solução e a limitação de sua função perante o Estado e a sociedade (SÁ e NAVES, 2009, p. 9).

Dessa forma, pode-se afirmar que o Biodireito é tão somente toda e qualquer Lei (correlata a área da Bioética) vigente em cada país. A doutrina se baseia na legislação, a Jurisprudência é a fundamentação da Lei, e os princípios estão contidos dentro da Lei. Tudo se baseia na jurisdição. Então, qualquer que sejam as correntes mais diversas do Biodireito, se fugir do contexto legal, não é Biodireito e sim Bioética ou qualquer outro assunto convergente.

O Biodireito atua por equidade, por isso quando diz que o Biodireito é um ramo autônomo do Direito, é com relação à sua autenticidade legislativa. Mesmo subordinado à Constituição Federal, ele equipara-se a ela, pois obedece aos seus princípios fundamentais, e serve-se além das normas infraconstitucionais, um regramento jurídico internacional, internalizado pela CF/88 e com eficácia de lei.

Em vista do breve exposto, o Biodireito é tão somente a forma específica de se aplicar direitos fundamentais na área da saúde!

4 ASPECTOS JURÍDICOS NACIONAIS: comentários acerca dos direitos fundamentais ou direitos humanos, do direito de personalidade, da constituição, da lei ordinária e do decreto acerca dos transplantes, do código de ética médica e do conselho federal de medicina

Muito se fala em Direitos Fundamentais inerentes a todas as pessoas cuja existência deve ser digna e sadia, que através do Estado é proporcionada e garantida. E pode-se dizer que o início da humanidade concedeu a todos a universalidade de direitos fundamentais, incluindo a luta por uma existência livre de repressão e escravidão ao longo dos séculos. Na história, os primeiros sinais com relação ao tema vieram com a criação do Código de Hammurabi, Manu, a Lei das XII Tábuas e a Tábua dos X Mandamentos.

Os Direitos Fundamentais são subentendidos de maneira objetiva (art. 1º, III, CF) e subjetiva (art. 5º, *caput*, CF). A objetiva trata-se de fundamento decorrente do movimento neoconstitucionalista, que é a interpretação da Constituição à luz das características materiais valoradas aos princípios, pelo qual o Estado atua se mostrando, em tese, supremo e soberano. Já a subjetiva trata-se de princípio, que é a adoção de normas contundentes ao meio social, pois enseja virtude e imposição legislativa simultaneamente e, concorre para que o povo compreenda e aceite a normatização, em tese, como ela é. (COELHO, 2014, p. 46-48)

Com relação do Direito Civil cumpre esclarecer que o estudo dos transplantes está atado à personalidade humana. A pessoa que busca uma cirurgia de transplantes anseia por uma vida melhor e com menor sofrimento.

O Código Civil vigente afirma que todo ser humano adquire personalidade a partir do momento do seu nascimento (art. 2º), pois depreende regramentos individuais privativos da Constituição Federal.

O Direito de Personalidade quanto aos transplantes é nitidamente colocado no art. 13 do Código Civil de 2002, e está intimamente ligada a personalidade por vincular à vida. Suas principais características afirmam que os direitos na personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, conforme ordena o artigo 11 do mesmo diploma.

Assim, com base nos direitos de personalidade, toda pessoa pode tanto doar como receber, tanto em vida quanto após a morte: órgãos, tecidos e partes separadas do corpo; de maneira livre, porém ética, sobretudo, que não resultem em diminuição permanente da integridade física.

A Constituição Federal por sua vez, dispõe da matéria em seu artigo 199, §4º, o qual remete a 3 (três) diretrizes fundamentais ao SUS, quais sejam: 1ª) Descentralização com direção única em cada esfera de governo; 2ª) Atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas; 3ª) Participação da comunidade.

O constituinte na época deixou para que de forma específica, o congresso nacional decidisse mediante audiências públicas, quais as operabilidades que o excerto poderia incorporar no meio social. Mas de antemão, vedou o comércio de órgãos independentemente do tipo de comercialização. É ilícito no Brasil.

A Lei nº 9.434, foi promulgada de 4 de fevereiro de 1997, foi publicada no Diário Oficial da União (DOU) e regulamentada pelo Decreto de nº 2.268 de 30 de junho de 1997. O título da referida Lei é: "Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências." A mesma é composta por 25 (vinte e cinco) artigos e 6 (seis) capítulos embasando o procedimento legal para a prática.

Inicialmente, a proposta da Lei previa que a doação de órgãos era presumida, o que foi motivo de muito conflito entre profissionais de diversas áreas. Precisou então de uma Medida Provisória para contornar a divergência. E em 2001, a Lei n. 9.434/97 sofreu alterações em alguns

artigos pela Lei n. 10.211, dispondo que a doação se dá pelo consentimento da família. (SÁ; NAVES, 2009, p. 280)

Mesmo assim, nada obsta dizer que o Brasil possui em sua essência um dos maiores sistemas de transplantes públicos do mundo e vem a cada dia, crescendo em qualidade e quantidade, sendo mais de 85% das transplantações financiadas pelo Estado.

Todavia, a procura por órgãos continua sendo maior do que a oferta, tornando a operabilidade da legislação e dos profissionais da saúde complexa. Esse entendimento de complexidade é comprovado quando se vê que mais de 70% das pessoas não conseguem realizar a cirurgia de transplante.

Embora o sistema público traga ao nosso país aparente eficácia, traz consigo também imperfeições incontestáveis, como por exemplo, a fila única de espera. Todo doador ou receptor de órgãos precisa se inscrever numa lista que é controlada pelo SNT – órgão central da administração da saúde –, o que torna quase que incontável o número de pacientes que ficam a mercê de uma intervenção.

O sistema da fila única de espera é dividido por estados e excepcionalmente de um estado ao outro, em virtude da inviabilização do transporte do órgão ou tecido que, por ser extremamente delicado, sobrevive apenas algumas horas após a remoção e dificilmente a um translado.

Outro aspecto importante é com relação ao tempo de espera, para quem aguarda por um transplante em iminência de morte, 3 (três), 4 (quatro) ou até mesmo 1 (um) mês pode parecer uma "eternidade"; deste modo, a diminuir o sofrimento de um paciente, a única exceção da Lei, é que ela prevê que os entes familiares podem realizar a doação e assim "furar" a fila de espera, quando se trata de órgãos múltiplos.

A doação *post mortem* é feita somente com autorização do cônjuge ou parente, maior e capaz, obedecendo às linhas sucessórias. Com relação aos juridicamente incapazes, serão estes autorizados por seus pais ou responsáveis legais. Já em cadáveres não identificados, em resumo, é vedada a remoção.

Destarte, é vedado meios de comunicação social qualquer divulgação sobre a doação de órgãos, a fim de evitar o tráfico, inclusive à doação forçada. A divulgação poderá ser realizada apenas por órgãos do SUS devidamente autorizados, sendo de obrigatoriedade de cada

órgão (nacional, estadual ou local) notificar as centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos da unidade federada.

A título de fomentação, a Lei não faz menção específica dos anencéfalos, com base na teoria geral, pode-se presumir que cabe a ele ser receptor de órgãos ou tecidos, enquanto vivo e nos casos de extrema necessidade ou iminência de morte, e *post mortem*, cabendo aos familiares consentirem e autorizarem a doação (nos termos do art. 19, §4º, do Decreto 2.268/97 e art. 10, §1º da Lei 9.434/97).

O anencéfalo é, infelizmente, um indivíduo do qual já nasce com sua saúde extremamente debilitada e, até o presente momento não se faz menção de cura ou intervenção cirúrgica da doença, mas ele pode ser um doador ou um receptor de órgãos somente se a família assim consentir. A regra vale tanto para os anencéfalos, quanto para os que possuem deficiência mental. (RDS, Nov.2007/Fev.2008, p. 177)

Há que considerar ainda, a responsabilidade médica, que se dá pela relação que se constrói através de confiança e credibilidade, contudo, os médicos na atualidade são especialistas que tratam de seus pacientes de maneira técnica. Isso gera imparcialidade ao mesmo passo que desvia deles a responsabilidade pessoal.

A maioria dos doutrinadores prega que a responsabilidade do médico é subjetiva, pela pessoalidade e pela relação direta que tem com o paciente. Esse postular exacerbado conferiu ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) "cláusulas de reparação civil por atos correspondentes a danos ocasionados por erros profissionais, suportados pelas pessoas jurídicas de direito público ou privado, *in casu*, os estabelecimentos hospitalares e similares." (SÁ; NAVES, 2009, p. 97).

Essa reparação é de natureza jurídica objetiva, portanto, afasta a subjetividade do médico e traz a responsabilidade objetiva para o estabelecimento em que o paciente foi tratado.

Desta forma, está previsto no CDC, em seu art. 14, *caput*,[3] a inversão do ônus da prova, que enseja a responsabilidade objetiva ao hospital, clínicas ou postos de atendimento, devendo ele se defender contra

[3] "Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos."

as acusações alegadas. E ainda, quando defeituoso o fornecimento de instrumentação ou medicamentos, tornando o serviço danificado a ponto de gerar lesões ao paciente, pode ser aplicado o art. 12[4], do mesmo código.

Destarte, quando se trata de subordinação do médico com o hospital, este último responde pelo dano causado ao paciente, nos moldes do art. 932, III, do CC. Já nos casos em que se aplica os arts. 933 e 934 do CC, o hospital tem direito de regresso com o médico, desde que esteja declarada sua culpa. (SÁ; NAVES, 2009, p. 97).

O Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou esse entendimento em sua Súmula 341[5], pois o médico não pode garantir a vida. Portanto, em tese, deveriam ser desconsiderados os atos médicos, pois é o estabelecimento hospitalar o único e principal responsável para fornecer aos seus profissionais ambiente e instrumentos adequados para o seu trabalho.

Todavia, não pode eximir a existência de médicos que realmente agem com displicência. E em razão dos maus profissionais é que a legislação prevê culpa ou dolo aos médicos também.

Se o paciente firmou contrato com o hospital, este então responderá por culpa e o médico solidariamente. Se o paciente firmou contrato com o médico (iniciativa privada) e este se utilizou apenas das instalações do hospital, aí a ação recai em culpa sobre o médico e o hospital por danos materiais pelo mau fornecimento de instrumentação cirúrgica.

Imperioso seria dizer que o paciente não é "culpado" em nada. Só o fato de um indivíduo maior e capaz, que por escolha da própria vontade e objeção de consciência (art. 104, CC), procurou pelos especialistas e aceitou assinar um termo de responsabilidade, do qual fora esclarecido (art. 5º, XIV, CF) de todos os benefícios e malefícios que um transplante pode vir a ocasionar... Este paciente será sempre inocentado apenas por confiar no especialista?

---

[4] "Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[5] Súmula 341 - "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto". BRASIL, Supremo Tribunal Federal.

A resposta deve ser "não", pois o Direito de Personalidade confere a cada um a livre escolha de vontades desde que ao alcance das partes realizá-lo; assim como o médico e o hospital assumem riscos, o paciente também, pois é uma troca, um oferece o serviço e o outro a permissão de outrem tocá-lo para auferir melhorias de saúde.

Juntamente do hospital e do médico, a atuação dos enfermeiros (as) é de suma importância, pois são eles que detectam potenciais doadores. Assim, incumbe a equipe de enfermagem a responsabilidade de analisar e controlar todos os dados hemodinâmicos (distúrbios que afetam de algum modo, a circulação sanguínea de uma pessoa). Para tanto, é de extrema relevância que o enfermeiro chefe da equipe tenha conhecimento mais profundo na área de fisiologia da Morte Encefálica (ME).

No caso, se o enfermeiro der prévio diagnóstico de forma equivocada e em posteriores exames realizados no cadáver for detectado que não houve *causa mortis* decorrente de ME, torna-se erro de responsabilidade, pois o médico irá se guiar pelo diagnóstico exordial. Se um violar o Código de Ética Médica (CEM), ambos violam, visto que no momento da morte, pode ser que o médico não estava presente.

E por falar em Código de Ética, acima mesmo da legislação, os médicos têm como compromisso de juramento profissional o cumprimento do código. Antes de eles agirem de acordo com a Lei, precisa agir de forma ética.

Por isso que quando há erro proposital ou prévio conhecimento do médico sobre qualquer falha ou provável equívoco, ele é responsável seja direta ou indiretamente por suas condutas, uma vez que a ética é uma questão de consciência que se sobrepõe uma lei.

O capítulo III do CEM (Código de Ética Médica) prevê responsabilidades e as causas que ensejam culpa ou dolo, sobretudo, os artigos 10, 11, 13 e 15 do CEM. E em específico aos transplantes, postula nos arts. 43, 44, 45 e 46 a responsabilidade do médico frente às cirurgias.

A única coisa a fazer quando há falhas, falta de médico, mau atendimento, prescrição de receita equivocada, dentre outros fatores... é denunciar ao CFM (Conselho Federal de Medicina). E nos casos de danos físicos ou agravamento da doença, uma ação judicial.

O CFM também conta com algumas legislações específicas para melhor dividir os assuntos de suas tarefas, e aplicado aos transplantes, temos a Resolução nº 1.480/97 e a Portaria nº 1.160/06.

Por fim, os especialistas da área da saúde não são obrigados a garantir a vida e sim aplicar seu conhecimento para preservá-la, mas acima de tudo: não podem forçar a doação de órgãos, mas esclarecer que doando algum órgão, tecido ou partes separadas do corpo, as pessoas cooperam e salvam vidas!

5 ASPECTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS: da organização das nações unidas e da declaração universal de direitos humanos, dos tratados e convenções, da interpretação internacional de saúde e bioética

A ONU (Organização das Nações Unidas), segundo descreve em seu próprio site "é uma organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente para trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundiais." (nacoesunidas.org., "s.d.", [online])

Ela foi criada em 24 de Outubro de 1945, logo após a Segunda Guerra Mundial como efetivação e firmamento dos direitos naturais do homem, quais sejam: direito à vida, à dignidade humana, à liberdade, à solidariedade e a paz. Conta com 193 Países-membros, tendo representação fixa no Brasil em 1947 e que anualmente se reúnem para discutir assuntos de relevância mundial, soluções para conflitos, bem como a fixação do ordenamento vigente.

O primeiro princípio da Carta é o direito à vida seguida do direito à dignidade humana. No mesmo sentido da ONU, a DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos) também veio com o propósito de elucidar os direitos fundamentais das pessoas, declarando paz, justiça e harmonia entre os povos e nações. Ela expôs a igualdade social e a vida como bens supremos da sociedade; foi adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data.

Uma das vantagens da ONU é que um Estado ao tornar-se membro dela, tem como condição assinar a DUDH, fazendo com que o

texto da Declaração se torne parte de seu ordenamento interno, tornando os seus dispositivos em valores universais. É como se fosse a carta universal da Terra. É uma Constituição universal.

O Brasil internalizou o direito externo em seu art. 4º, II, da CF, e constituiu no art. 5º, os princípios prevalentes da DUDH, bem como em outros artigos, e deixa expresso o reconhecimento da pessoa humana como aspecto fundamental para o Estado. Isso pondera uma teoria relativista e decerto que qualquer ato que seja contrário aos princípios basilares da DUDH é ilegal, ilícito e deve ser repudiado.

De maneira inteligível e sucinta, é necessário abordar os principais Tratados e Convenções que se fundam à matéria da ciência médica com o transplante de órgãos.

a) *Convenção Americana de Direitos Humanos – 1969 (Pacto de São José da Costa Rica) – ratificada pelo Brasil em 1992*: a referida convenção veio com o intuito de reunir os países das Américas a fim de estabelecer entre si um regime de liberdade pessoal e de justiça social e também embasado no respeito aos direitos essenciais. Ela "compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos."

b) *Convenção interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas (1994) – ratificada pelo Brasil em 2016*: Essa Convenção trata de um instrumento integrante da Organização dos Estados Americanos (OEA). Ela é de suma importância e devia ser como princípio supremo quando se tratasse do desaparecimento forçado de pessoas, pois grande parte dessas pessoas é destinada ao comércio de órgãos, um ato totalmente ilegal, que ganha extensão e força a cada ano que passa, sendo cada vez menos possível de detectar e cada vez mais complexo de se discutir.

c) *Declaração de Istambul sobre Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplantes (2008)*: a Declaração contempla o transplante de órgãos e tecidos como um dos "milagres" do século XXI, em razão de sua beneficência e por projetar nas pessoas longanimidade. Por esse motivo, os "turistas-doentes" avantajados economicamente, viajam pela compra ilegal de um órgão. O instrumento jurídico impõe condições das quais os países podem adotar como proposta, sendo elas: aumento de

doação *post mortem*, os doadores vivos devem ser considerados heróis da sociedade em razão de que tanto quem doa como quem recebe deverá estar sob cuidados médicos, medicamentos ou dietas (dependendo do caso) para o resto de suas vidas, estrutura jurídica de investigação e maior registro com transparência, reembolsar as despesas que por ventura o receptor venha ter, etc.

Todavia, essa relação bilateral ou multilateral que os Estados têm, é dotada de um "vazio jurídico", qual sejam as ressalvas que são permitidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, para que não viole o ordenamento jurídico interno. Isso enseja vulnerabilidade e sujeição aos conflitos existentes.

Com relação aos aspectos jurídicos internacionais à saúde e a bioética, é válido salientar que a preocupação e promoção à saúde, em âmbito internacional sempre foi um tema discutido e pesquisado na intenção de encontrar respostas na recuperação da saúde em diversos aspectos.

Na maioria das vezes, a legislação aborda a "saúde" como algo perfeito, uma sensação perenidade tão elevada a ponto de a pessoa considerar que o estado de saúde é aquele que não há dor, não há sofrimento nem angústia ou qualquer mal que adentre nosso ser. Talvez pela lógica devesse ser assim, mas o conflito já se inicia quando sabemos que a morte é certa, que a doença às vezes é inevitável e que por um descuido do acaso o indivíduo se acaba num piscar de olhos. Assim temos:

a) *Organização Mundial da Saúde (OMS) – 1946:* Criada logo após a Segunda Guerra Mundial em prol da preservação da saúde dando um novo prisma. É composta por XIX capítulos e 82 artigos e de maneira inteligível, frisa-se que a principal função é controlar as causas que degradam a saúde, organizar assembléias, comissões, bem como medidas sanitárias para garantir o progresso humanitário e social, pois entende que somente com a junção dos três tipos da definição de saúde é que podemos chegar num patamar de prosperidade.

b) *Declaração de Helsinque (1964):* Assentou de forma definitiva os princípios éticos dos direitos humanos na Medicina, em decorrência das denúncias de práticas horrendas realizadas por médicos nazistas. O objetivo é proteger a saúde das pessoas e com a Declaração para assegurar a dignidade.

c) *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH) – contribuições ao Estado Brasileiro (2005):* O objetivo foi incorporar os DH à Bioética, como não bastasse toda matéria já existente. A DUBDH veio justamente com a intenção de auxiliar e prover uma estrutura universal para os países ao formularem suas legislações no campo da Bioética. Ela trata por sua vez de questões éticas correlatas à medicina, às ciências da vida e as tecnologias quando aplicadas em seres humanos.

d) *Declaração de Alma-Ata (1978):* Cuidou em seu texto acerca da responsabilidade de cada um pela saúde. A Declaração de Alma-Ata (defendida pela OMS e UNICEF) possui 10 artigos que esclarece o que vem a ser um cuidado primário com a saúde, qual seja, meio ambiente equilibrado, educação, políticas públicas de melhoria social, atendimento de emergência à saúde, sustentabilidade, acesso fácil a medicação, saneamento básico, etc., com atenção redobrada aos países em desenvolvimento, incentivando os Estados a estabelecer "promoção de saúde", haja vista ser uma das prioridade da nova ordem econômica internacional, que previa melhorias para os anos 2000.

Ainda assim, preveem a proposta da criação de uma "Convenção regional do MERCOSUL sobre bioética: uma proposta da cátedra UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura) de bioética da UnB" aos países das Américas do Sul, com a finalidade unir cada vez mais os Estados "mais pobres" (economicamente falando) em cautelas com os transplantes e a desvirtuação de seu objetivo.

6 DA PRÁTICA ILÍCITA E ILEGAL: O Mercado Negro e a deturpação do objetivo crucial dos transplantes

Infelizmente o cenário atual do tráfico de órgãos está "desfigurado", não se pode medir tamanha profundidade de um crime apenas discutindo sobre ele, precisa-se realmente praticar propostas que surgem em prol da segurança das pessoas. Afinal, o Estado é incumbido de garantir a vida, a dignidade humana, a saúde e a segurança (dentre outros), mas se o Estado não conceder as pessoas segurança, quem proporcionará?

Sergio Antonio Fabris (ed., 1999, p. 266) em 1999 disse que "o Brasil convive com uma das mais iníquas repartições de renda em todo o globo. Vê crescer geometricamente a sua legião de miseráveis. E para um povo faminto, sem morada e desempregado, é sofisticação proclamar-se devotamente à Constituição." Infelizmente esse cenário parece se perpetuar.

Quando se diz em tráfico de pessoas, apenas se pensa na prostituição, porém muito mais que isso há a finalidade do turismo de órgãos que vem logo após a prostituição. Até porque este último é considerado a "mina de ouro do século XXI", pela sua própria essência de que a vida um custa muitas vezes à morte do outro.

Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o Brasil tem uma das maiores taxas de mortes e desaparecimentos forçados do mundo e, atualmente, o Brasil é o segundo país no ranking mundial de transplantação de órgãos e tecidos humanos, ficando atrás apenas dos EUA. Isso aos olhos de outros países gera visibilidade e concentração na quadrilha organizada do tráfico.

A OMS presume que 5% dos transplantes realizados no Brasil é proveniente do tráfico, haja vista que os órgãos não sobrevivem muitas horas fora do corpo. Não se pode admitir que uma pessoa venda órgãos para salvar uma vida da qual não conhece, nada justifica o tráfico.

Onde estaria a ONU, a OMS, a UNESCO, etc.? Não encontramos. A abrangência da autonomia de vontades e do liberalismo legislativo permite que isso ocorra a cada dia, da maneira mais silenciosa possível.

Frente ao descontrole jurídico, "um projeto foi apresentado na sessão plenária da Câmara dos Deputados em junho de 2004. Trata-se do PL 3857/04 de autoria do Deputado Federal Professor Irapuan Teixeira (PP/SP), cuja proposta é ousada." (DINIZ, D., 2006, p. 199). O projeto visa aos condenados e sentenciados por dois homicídios dolosos, doarem um de seus órgãos duplos. A doação faria duas ressalvas: a primeira o sentenciado tem que ter pelo menos 30 anos de prisão e a segunda é de que isso não traria condenação de morte. A escolha do órgão ao ser doado não seria do preso, mas de acordo com as filas de transplantes. O intento do autor do PL é aumentar o potencial de doadores e tentar reduzir os crimes dolosos em maior potencial. Se valer do grupo social mais vulnerável não é a opção para viabilizar a solução de outras lides.

Para alguns médicos, a Lei vigente é tão rigorosa, que as regras que eles têm que seguir são tão "corretas" que é impossível haver tráfico em nosso país. Mas a situação não é tranquila como pensamos, tanto que em 6 de outubro de 2016, foi promulgada e sancionada a Lei nº 13.344, uma lei específica sobre o tráfico de órgãos no nosso ordenamento jurídico, acrescentando o art. 149-A do Código Penal. (CASTRO, 2016).

Nesse sentido, o Brasil promulgou a Convenção da ONU contra o crime organizado Transnacional, o chamado "Tratado de Palermo"[6], que juntamente dos Estados-Membros busca uma estabilidade jurídica quanto às quadrilhas organizadas. Se o Brasil está caminhando para o progresso ao tema ainda não é certeza, mas o caos continua instalado não só aqui, mas no mundo.

Para as famílias vítimas do desaparecimento de um ente familiar existe um comitê, chamado "Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Conatrap)" que estão à disposição para atuar no desaparecimento forçado de pessoas, e, além disso, as denúncias podem ser feitas pelo Disque 100, da Secretaria de Direitos Humanos; diretamente para a Polícia Federal pelo site www.denuncia.pf.gov.br ou pelo e-mail denuncia.urtp@dpf.gov.br.

O crime organizado ao tráfico de órgãos, em sua maioria acontece pelo "mundo cibernético", a chama "Dark Web", o lado obscuro da internet que desconhecemos e pela legislação e nem somos autorizados a navegar. Uma vez acessado, você pode ser rastreado pelo resto de sua vida. Parece até brincadeira dizer isso, mas infelizmente é a realidade paralela da qual não vivemos.

Embora possa ser acessada por qualquer interessado, em tese, é uma rede fechada, pois pertence a um grupo específico de pessoas:

[6] Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000. Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação junto à Secretaria-Geral da ONU, em 29 de janeiro de 2004. Considerando que a Convenção entrou em vigor internacional, em 29 de setembro de 2003, e entrou em vigor para o Brasil, em 28 de fevereiro de 2004. (Cf. Senado Federal. *Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004; 183o da Independência e 116o da República*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>.)

criminosos. As únicas pessoas que acessam sem fazer parte do crime organizado são aquelas que pelo dinheiro são influenciadas à venda de seus órgãos e, acessando uma área restrita, isso é fluído com facilidade, sendo possível o diálogo irrestrito de agentes de diversos países ou pessoas comuns (FRANCO; MAGALHÃES, 2015, p. 20).

As informações tanto colhidas como acessadas não possuem o "WWW" (Word Wide Web), que traduzido pode-se dizer que é "Rede de Alcance Mundial", e a Deep Web pode ser comparada com um Iceberg, do qual aquilo que é visível é o que nós temos acesso, e o que não vemos, são operadas por pessoas que ligam sociedades do mundo todo que trabalham para deturpar o que tanto se luta há séculos para termos, que é uma vida digna de paz.

De acordo com Hayley (2013), a cena do crime envolve os seguintes elementos: um doador, um médico especializado, uma sala de operações e, na maioria das vezes, também um receptor próximo, visto que os órgãos não sobrevivem se ficarem muito tempo fora do corpo.

O Brasil é alvo de exportação, transplantação e importação de órgãos, isso se dá porque nem temos uma sociedade extremamente pobre e nem extremamente rica. E por dizer nisso, ainda assim após a promulgação da política nacional no enfrentamento ao tráfico de pessoas em 2006, o Brasil continua a crescer e ser alvo direto.

De acordo com o relatório da ONU, de 5 a 10% dos 68 mil transplantes realizados ao ano no mundo decorrem de ações criminosas. Veja, 5% de 68 mil são 3.400 mil pessoas traficadas, e se for 10% são 6.800 pessoas traficadas. Perto do total isso não parece ser significativo, mas de saber que quase 10 mil pessoas anualmente desaparecem por conta disso é repugnante.

Aqui no Brasil há um caso conhecido como "Paulinho de Poços de Caldas." A história é de um menino de 10 anos de idade que foi supostamente jogado de 10 metros de altura aproximadamente, em abril de 2000. O menor teve seus órgãos removidos, mas um mau pressentimento do pai o levou a denunciar até no Congresso Nacional, pois a criança ainda estava viva e com todos os órgãos antes de ter o seu laudo emitido como morte encefálica, motivo que levou a abertura de uma CPI para investigar o caso (GOUSSINSKY, 2015).

A Santa Casa responsável foi desautorizada de realizar transplantes pelo SUS, que envolviam em média de 6 médicos, dos quais 4 foram condenados de acordo com a penalidade da Lei específica e outros 2 impunes por conta da idade avançada (acima de 70 anos), embora recorrida a decisão, os criminosos foram inocentados pelo CRM.

Frisa-se que a Polícia Federal (PF) investiga sim os seus casos, mas não costumamos ouvir que os criminosos foram presos e detidos todas as vezes que é aberta uma denúncia. Os que a PF consegue localizar, aplica-se a pena, mas como a maioria dos casos se localiza apenas quem realizou a cirurgia, o criminoso se vale dos instrumentos jurídicos e consegue comprovar inocência perante o CRM; por isso é considerado o terceiro crime mais lucrativo do mundo. Destarte, estatísticas da Polícia Federal (PF), as próprias aliciadoras do tráfico são mulheres que somam 55% dos indiciados em processos criminais (RAMOS, 2007).

As pesquisas apontam que a maioria das pessoas procuradas são mulheres, entre 10 e 29 anos de idade, solteiras e de baixa escolaridade. Uma pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça juntamente da ONU, mostrou que entre os meses de maio a agosto do ano de 2012, 133 brasileiros foram traficados pelo Suriname que serve de rota para a Holanda e, dessas 133 pessoas 71 foram mandadas para a Holanda. No mesmo período 127 brasileiros foram enviados para a Suíça e 104 para a Espanha. Desta forma, a Europa concentra os principais destinos do tráfico internacional de pessoas (PUGA, 2012).

Mesmo que a Lei 13.344/16 tenha vindo para garantir espaço no nosso ordenamento jurídico, a data de vigência foi em 2016, mas muitos da sociedade não têm consciência da existência da referia Lei.

A cooperação do direito internacional seria mais uma cooperação tripartite, que é a cooperação dos Estados, das organizações internacionais como as ONGs, a ONU, a OEA, etc. e os fóruns internacionais de diálogos para que os Estados possam celebrar tratados em prol da coibição do tráfico de pessoas, e por último a sociedade civil organizada, através das universidades, das entidades de classe, porque a dimensão tomada pelo crime organizado transpassa a capacidade dos Estados de fazer frente a elas, ou seja, sozinho não se combate esse tipo de crime.

Portanto, a impunidade decorre tão somente do que estudamos no início, falta de ética e a ânsia por viver décadas e décadas. Isso traz "vazio jurídico" para os Estados, além da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que confere aos Estados-Membros a escolha das ressalvas que permite de uma forma ou de outra a permanência do crime no país. Estas duas vias quando unidas e atreladas ao poder econômico, grandes impactos e desgraças agregam a sociedade de praticamente todo o planeta.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os transplantes de órgãos, tecidos e partes separadas do corpo é de suma importância para a sociedade e para a ciência médica, pois quanto maior o número de doadores, menor é o gasto em desenvolvimento de medicamentos de alto custo e valores exacerbados para a venda, na tentativa de contornar uma deficiência dos órgãos vitais com o uso de medicamentos, partes mecânicas, e outras que são criadas para a finalidade de substituir ou contribuir para a deficiência dos órgãos que vão à falência – já que é considerada como última intervenção de tratamento e realizada em caso de extrema necessidade.

Para tanto, o Estado é incumbido de oferecer ao povo vida digna, isto é, propiciar serviços essenciais como dignidade da pessoa humana, saúde, educação e segurança pública. Essa é a eficácia de uma administração coerente com as necessidades básicas do povo.

Os Estados, em tese, são soberanos de si e possuem o controle da administração pública do seu ordenamento jurídico interno, e o direito internacional visando não ferir nenhuma norma doméstica, criou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados em 1969. Em razão disso que temos a deturpação de muitos princípios basilares sociais, que vão antes e além da mera aplicação do direito.

No caso a deficiência na saúde sempre foi alarmante e, embora a tecnologia tenha contribuído para a eficácia dos transplantes (que são custeados pelo SUS) e vem alcançando resultados de plenitude, por outro lado, o déficit é maior ainda. E isso se dá pela distribuição da verba.

O governo dispõe de uma "única" verba para suprir todas as necessidades hospitalares, digamos assim, e quanto mais ele custeia de

um lado (que são as cirurgias de transplantes) mais ele entra em decadência de outro (que é o atendimento de qualidade, disposição de aparelhagem para exames, medicamentos, etc.).

Ora, se não fosse assim, teríamos um equilíbrio entre transplantes e outros gastos com a saúde. O correto é dividir, isso mesmo, dividir a verba arrecadada. Dentro da administração responsável pela saúde precisa haver uma arrecadação e destinação de verba pública apenas para transplantes e afins, e outra arrecadação e destinação de verba pública para as demais atividades. Só assim veríamos com clareza se as quilométricas filas de transplantes e o caos instalado dentro dos hospitais seriam diferentes.

O erro governamental já começa quando um Estado economicamente mais rico que outro, se acha na razão de se impor sobre o outro, e agir como bem entender. Nesse cenário podemos perceber o quanto o direito internacional não é aderido, porque nenhum Estado é soberano de verdade e nenhuma sociedade pode-se considerar melhor do que qualquer outra, o que existe entre os povos é a exorbitante distinção econômica.

A ilustração da maioria das famílias afetadas pelo tráfico são as de baixíssima renda, algumas que chegam a viver em estado de plena miséria, pessoas que não possuem recurso financeiro algum, motivo pelo qual as quadrilhas do crime organizado se aproveitam para oferecer o "mínimo existencial", que nada mais é que o dinheiro em espécie, para que elas possam comprar alimento, pois não tem emprego para se sustentar, algo que o Estado deveria oferecer.

Em outros casos não se requer pagamento algum sobre a pessoa, ela é simplesmente raptada e levada para a remoção dos órgãos; e mesmo assim, o alvo é a camada mais pobre da população, que ficam na mesma proporção daquelas que vendem.

O que não pode se perder de vista é que a administração do Brasil é de um Estado Federado, então a União, os estados e os municípios possuem especificidades com relação aos seus atos e, o sistema de prevenção deve repousar nos municípios, onde se dará a semeação da preservação da dignidade humana e as políticas públicas possam surtir efeitos, mas isso não exime os poderes executivos, legislativos e judiciários de cumprirem com sua função em nível nacional de forma harmônica.

Os transplantes têm contribuído e muito para o progresso social, mas ainda está longe de alcançar resultados satisfatórios, seja pela diversidade genética e a incompatibilidade existente entre as pessoas, seja porque a legislação ainda é falha, seja porque o crime organizado é muito mais profundo do que se pode imaginar, seja porque a tecnologia quer ganhar mais espaço que a própria existência do ser humano, seja porque os sistemas de governos são em sua maioria detentores e ditadores do poder e assim controladores da sociedade, seja por outros tantos motivos que levam um simples ato de doar vida, algo tão complexo que foge da capacidade de muitas pessoas em raciocinar sobre o controle que "detentores do poder" têm sobre nós.

Não importa o quanto o governo, o direito, a medicina e a sociedade digam que têm preocupação, a responsabilidade é de administração pública e a eficácia é da operabilidade médica. Os princípios fundamentais são para todos, mas a economia os diferencia. O drama é de quem espera numa fila, mas a consciência é de quem doa! Toda pessoa é digna da vida, mas a indiferença mata.

Uma posição fragilizada, fragiliza todo um governo. Uma oposição fragilizada, fragiliza todo um governo.

Quanto vale a vida?

REFERÊNCIAS

ABTO. **Registro Brasileiro de Transplantes**: estatística de transplantes de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2DoGES0>. Acesso em: 27 abr. 2017.

AUGUSTO, Mário. **Tráfico de Órgãos**: Máfia bem estruturada nas camadas sociais. Alagoas, 04 jan. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2N3LDra>. Acesso em: 25 abr. 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. **Revista Bioética**, Brasília, n. 2. v. 8. 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2O3PkS8>. Acesso em: 21 abr. 2017.

BERTI, Enrico. A ética dos antigos e a ética dos modernos. **Philosophica**, Lisboa, v. 28, p. 5-14, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/2zqJxh7>. Acesso em: 18. Abr. 2017.

BRANDÃO, Gorette. **Senado examina projeto que restabelece doação presumida de órgãos para transplantes**. Senado Federal, 2013. Atualizado em 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2Q3Gpxw>. Acesso em: 21 abr. 2017.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406 de 2002.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Constituição Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 8.766 de 11 de maio de 2016**. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. Disponível em: <https://bit.ly/2BllBKT>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. 124º da Independência e 57º da República. Disponível em: <https://bit.ly/1qmicop>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 1997. 176º da Independência e 109º da República. Disponível em: <https://bit.ly/1CCNPJ5>. Acesso em: 27 abr. 2017.

BRASIL. **Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013; 192º da Independência e 125º da República**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/1MTFk42>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 2015. 194º da Independência e 127º da República. Disponível em: <https://bit.ly/2numMRn>. Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL. Portal da Saúde. Ministério da Saúde. **O que é um Transplante**. Disponível em: <https://bit.ly/2Q07m4V>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Portaria nº 2.600, de 21 de outubro de 2009**. Aprova o Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://bit.ly/2QVu3IY>. Acesso em: 5 mar. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 341.

Câmara dos Especialistas das Terapêuticas Integrativas. **Conceito de Saúde segundo OMS / WHO**. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2faIBCW>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de. Lei de Tráfico de Pessoas traz avanços e causa perplexidade. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2DogpeF>. Acesso em: 28 abr. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **A instituição**. Brasília, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/1rHgzLu>. Acesso em: 25 abr. 2017.

Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica**. Brasília, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/1llPWxz>. Acesso em: 23. Abr. 2017.

Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS). **Declaração de Istambul sobre Tráfico de Órfãos e Turismo de Transplante**. Disponível em: <https://bit.ly/2zruvYD>. Acesso em: 26. Abr. 2017.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Noções introdutórias sobre biodireito**. E-GOV: Portal do e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. "s.d.". Postado por Marina Cordeiro em 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2NFhXWw>. Acesso em: 23. Abr. 2017.

COELHO, Rodrigo Batista. **Direitos Fundamentais sociais e políticas públicas**: subjetivação, justiciabilidade e tutela coletiva do direito à educação, 1. Ed. Leme: Habermann Editora, 2017.

CORTELLA, Mario Sérgio; FILHO, Clóvis de Barros. **Ética e vergonha na cara**. Campinas: Papirus, 2014.

COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da. Tribunal de Nuremberg. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 28, 1 fev. 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1639>. Acesso em: 2. Abr. 2017.

COSTA. Sérgio; DINIZ, Debora. **Ensaios**: Bioética, 2. ed. 2012. São Paulo ; Brasília: Brasiliense ; Letras Livres, 2006.

DELMONICO, Francis et al. A opinião dos entrevistados. **YouTube**. 6 mar 2014. Disponível: <https://bit.ly/2pwxU2z>. Acesso em: 23. Abr. 2017.

DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE (DSSBR). **Declaração de Alma-Ata**. Disponível em: <https://bit.ly/10lK3sx>. Acesso em: 20. Abr. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**, 9. ed. atualizado de acordo com o Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 351-352. Apud. Conselho Federal de Medicina: resolução n. 1.752/04 (publicada no Diário Oficial da União, Brasília, seção 1, 13 set. 2004, p. 140). **Revista do Direito Sanitário**, São Paulo, v. 8. p. 3, p. 166-179, nov./fev. 2007/2008. Disponível em: <https://bit.ly/2PYfrqT>. Acesso em: 18 abr. 2017.

D' URSO, Luíz Flavio Borges. Direito Criminal na Atualidade. *Apud* CALDEIRA, Gabriela Guilhem. **Transplantes de órgãos de tecidos**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 05 jul. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2zqbyFB>. Acesso em: 01. Mai. 2017.

FABRIS, Sergio Antonio (ed.) et al. **A vida dos Direitos Humanos: Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre, 1999.

FRANCO, Deivison Pinheiro; MAGALHÃES, Suyanne Ramos. A Dark-Web – Navegando no lado obscuro da internet. **Revista Acadêmica e Científica da FCAT**, Castanhal (PA), v. 4. n. 6. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2zqREub>. Acesso em: 27 abr. 2017.

FOUREZ, Gérard, 1937. **A construção das ciências**: introdução à filosofia e à ética das ciências. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1995.

GAUDENZI, Edileuza Nunes. Ética e atualidade: algumas reflexões com enfoque nos profissionais da saúde. **Revista de Ciências Médicas e Biológicas**, Salvador, v. 3, n. 1, p. 139-144, jan./jun. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/2QUQyh1>. Acesso em: 20. Mar. 2017.

GOUSSINSKY, Eugenio. "Poder e dinheiro regem máfia de tráfico de órgãos no Brasil", diz vítima ameaçada de morte. **R7**, São Paulo, 2015. Atualizado em 2015. Disponível em: <https://bit.ly/28Y1SIg>. Acesso em: 26 abr. 2017.

HAYLEY, Andrea. Tráfico de órgãos, um novo crime do século 21. **The Epoch Times**, 24 fev. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2ObScw6>. Acesso em: 28 abr. 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS MÉDICAS Y NUTRICIÓN SALVADOR ZUBIRÁN. **Informe Belmont**. Tradução livre adaptada por Carolina Botini. "s.d.". [201-]. Atualizado em 2012. México: Distrito Federal. Disponível em: <https://bit.ly/2g002Gr>. Acesso em: 23 abr. 2017.

MOTA, Joaquim Antonio César. Quando um tratamento torna-se fútil? **Revista Bioética**, Brasília, n. 1. v. 7. 1999. Disponível em: <https://bit.ly/2QOYwbD>. Acesso em: 28 mar. 2017.

MOURA, L. C. et al. (org.). **Manual do núcleo de captação de órgãos**: iniciando uma Comissão Intra-Hospitalar de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplantes: CIHDOTT. Barueri: Minha Editora, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/1W28KDS>. Acesso em: 27 mar. 2017.

NETO, Manoel Lemes da Silva. **História dos Transplantes**. 2004. Monografia (Bacharel em Enfermagem e Fisioterapia – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/2NEs11V>. Acesso em: 29 mar. 2017.

OLIVEIRA, Odilon de. A opinião de Odilon de Oliveira. **YouTube**, 19 out 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2N1yCOy>. Acesso em: 24 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conheça a ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/>. Acesso em: 22 abr. 2017.

ONU. **Relatório Anual**: relatório da assembleia geral. [20-?]. Atualização anual. Disponível em: <https://bit.ly/1weXWnX>. Acesso em: 22 abr. 2017.

PASZCZUK, José. Transplantes de órgãos: um direito da personalidade. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 2. n. 15, p. 438-459, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/2pwPS55>. Acesso em: 23 abr. 2017.

PAULO FILHO, Pedro. **O Tribunal de Nuremberg.** Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://bit.ly/2y9lYuR>. Acesso em: 23 abr. 2017.

PÊGO-FERNANDES, P.M.; GARCIA, V.D. **Estado atual do transplante no Brasil**. São Paulo: Faculdade de Medicina de São Paulo (FMUSP), 2010. Artigo - Diagn Tratamento. 2010; 15(2):51-2. Disponível em: <https://bit.ly/2pAw2pn>. Acesso em: 24 mar. 2017.

PEREIRA, Walter Antonio. (org.) et al. **Manual de Transplantes de Órgãos e Tecidos**, 3. ed. Rio de Janeiro: MEDSI Ed. Médica e Científica, 2004.

PORTAL BRASIL. **Denúncias contra tráfico de pessoas no Disque 180 sobem mais de 1.500%**. 2013. Alterado em 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2MZGIHF>. Acesso em: 20 abr. 2017.

PORTAL DA SAÚDE – MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre o Sistema Nacional de Transplantes (SNT)**. Disponível em: <https://bit.ly/1LtuOSG>. Acesso em: 23 fev. 2017.

PUGA, Ana Carolina. Tráfico internacional de pessoas. **YouTube**. TV Justiça, Direito sem Fronteiras. Reportagem transmitida: 13 nov 2012. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-YWxhHrEPz4>. Acesso em: 26 abr. 2017.

RAMOS, Bety Rita. **Tráfico de órgãos é terceiro crime mais lucrativo, segundo Polícia Federal**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2QSfSEq>. Acesso em: 26 abr. 2017.

REZENDE, J. M. A obsessão de John Hunter. In: _____. **À sombra do plátano**: crônicas de história da medicina. São Paulo: Unifesp, 2009, p. 255-257. Disponível em: < https://bit.ly/2QVoPwD >. Acesso em: 15 fev. 2017.

ROUBIER, Paul. Drits subjectifs et situations juridiques. Paris: Dlloz, 1963.____. Le droit de la proprité indualitrialle. Paris, Recueil Sirey, n. 21, 1952-1954, *apud* SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SBT do Brasil, Conexão Repórter. Tráfico de Órgãos. **YouTube**. 29 out 2010. 3 ep. Disponível em: <https://bit.ly/2xJE1UZ>. Acesso em: 26 abr. 2017.

Senado Federal. **Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004; 183º da Independência e 116º da República**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <https://bit.ly/2sNI0OC>. Acesso em: 20 abr. 2017.

SILVA, Humberto Pereira da. **Da ética antiga à moderna**. Revista Trópico. "s.d.". Disponível em: <https://bit.ly/2NBUXHS>. Acesso em: 27 mar. 2017

SILVA NETO, Manoel Lemes da. **História dos Transplantes**. Goiás: Pontifícia Universidade Católica, 2004. Monografia – Faculdade de Enfermagem e Fisioterapia. Disponível em: <https://bit.ly/2NEs11V>. Acesso em: 24 mar. 2017.

SOUZA, Armado Tavares de. Curso de história da medicina, p. 14. *Apud* SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Transplantes de órgãos e eutanásia. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 127. *Apud* SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos**. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2fXgoze>. Acesso em: 16 abr. 2017.

UFPR, Comitê de Ética em Pesquisa CEP/SD. **Declaração de Helsinque – Associação Médica Mundial**. [201-?]. Disponível em: <http://www.cometica.ufpr.br/Helsinque.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

USP. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Tradução e revisão final sob a responsabilidade da Cátedra UNESCO de Bioética da Universidade de Brasília (UnB) e da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB).Tradução: Ana Tapajós e Mauro Machado do Prado. Revisão: Volnei Garrafa. [201-?]. Disponível em: <https://bit.ly/1UsDHAx>. Acesso em: 18 abr. 2017.

USP, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://bit.ly/1pkC3MU>. Acesso em: 18 abr. 2017.

O SIGILO MÉDICO NOS APLICATIVOS DE TROCA DE MENSAGENS

Diogo Gonzales Julio*

Palavras-chave: Sigilo Médico. Aplicativos de mensagens. WhatsApp. Ética profissional.

O sigilo médico é um dos princípios sagrados da relação médico paciente. A relevância do tema é tamanha que mereceu da classe médica um capítulo inteiro em seu Código de Ética[1] para disciplinar a seu respeito.

O avanço das tecnologias digitais é uma realidade que se impõe, trazendo desafios que precisam ser colocados em perspectiva a fim de garantir a ética e o sigilo na profissão[2].

São cada vez mais comuns as conversas entre colegas médicos com o uso dos aplicativos de trocas de mensagens, como por exemplo WhatsApp, Messenger do Facebook, dentre outros, disponíveis a toda população em canais de comunicação em massa denominados mídias digitais.

Estes canais de comunicação em massa podem ser utilizados pelos profissionais médicos para conversarem entre si ou até mesmo com seus pacientes, sempre com a devida cautela necessária a preservar o sigilo inerente à profissão[3] e a evitar a má prática de eventuais condutas passíveis de repreensão e de penalização perante os Conselhos de Classe[4] e/ou o Poder Judiciário, com a procedência de ações interpostas pelos pacientes, por seus representantes legais, ou até mesmo de ofício pelo

---

* Advogado.

[1] BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009**. Capítulo I, inciso XI, Capítulo IX, Artigos 73/79 e Capítulo XII, Artigo 110.

[2] BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.974/2011.**
BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.126/2015;**
BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.133/2015;**
BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.178/2017**.

[3] BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.126/2015**.

[4] BRASIL. **Lei Federal n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Artigo 22.

órgão de classe, sendo sempre necessária a ponderação de como agir e de qual o destino a ser dado às informações dispostas nas mídias digitais.

Ao se fazer uso de aplicativos de troca de mensagens entre colegas ou grupo de colegas é preciso observar a finalidade, o contexto em que isso é feito.

Os membros dos grupos devem seguir regras claras e definidas, dentre as quais, a de respeitar as normas deontológicas da profissão, principalmente às que se referem ao sigilo médico.

No dia a dia de um serviço de assistência médica, a boa comunicação entre os membros da equipe pode ser o fator que a levará ou não ao sucesso.

Para otimização da comunicação entre os membros desta equipe, pode ser utilizada a tecnologia que está ao alcance de todos com o uso dos aplicativos de trocas de mensagens, nos quais se permite discutir os casos relacionados aos serviços por ela prestados, buscando-se a continuidade e a melhora na qualidade terapêutica de seus pacientes.

Neste caso, não há óbice em fazer circular as informações que permitam identificar o paciente, já que os membros do grupo são compostos pelos profissionais envolvidos no atendimento do adoentado em questão, para o quê devem ser observadas as regras atinentes ao acesso do prontuário deste mesmo paciente[5].

Outra questão a ser observada, caso este grupo médico seja integrado por médicos residentes é que eles têm suas atividades desenvolvidas enquanto durar sua residência ou parte dela, razão pela qual quando encerradas as atividades residentes devem ser, necessariamente, excluídos dos respectivos grupos.

Nestes casos, este controle de incluir e de excluir os residentes ao grupo, caberá aos respectivos preceptores por eles responsáveis, ao qual também compete a orientação sobre as regras a serem seguidas pelo grupo, especialmente com relação a obrigação de zelar pelo sigilo da profissão.[6]

---

[5] BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009**. Artigos 25, 35, 73, 87 e 89;
BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.638/2002**;
BRASIL. **Resoluções do Conselho Federal de Medicina nº 1.821/2007**.

[6] BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009.** Artigo 78.

Também é comum nos grupos compostos por médicos de uma determinada especialidade que um colega exponha um caso para que os outros, de outros serviços, muitas vezes de outras cidades, Estados e até mesmo países, possam analisar e contribuir para a melhor sorte na elegibilidade da conduta profissional a ser adotada para o paciente em questão. Nestes grupos, além de todos os cuidados já mencionados, faz-se necessária a não identificação do paciente[7], devendo as mensagens trocadas se restringir apenas às imagens e às informações necessárias para o estudo do caso.

Lembramos que em ambos os casos, quer nos grupos integrados pelas equipes médicas de um determinado serviço, quer nos grupos formados por especialistas, as informações neles tratadas não devem ser compartilhadas para pessoas alheias aos respectivos grupos, bem como devem ser tratadas com respeito e urbanidade.

Enfatizada a forma como as mensagens entre colegas podem ser compartilhadas, passemos a refletir sobre a otimização destes aplicativos virtuais nas relações médico-paciente[8].

Pensemos, por exemplo, em uma mãe inexperiente, com um bebê de poucos dias, que chora sem parar. Procura pelo médico pediatra, que ao examinar a criança percebe que ela está com cólicas, motivo do incômodo que a faz chorar copiosamente. O médico pega um pequeno frasco, dentre alguns que mantêm em uma pequena caixa ao lado da maca de exames de seu consultório, ministra por meio de um conta-gotas um liquido incolor como água. Acolhe em seu colo o bebê, fazendo uma leve massagem com as mãos no abdômen e no dorso da criança, que, como em um passe de mágica, vai acalmando-se e deixando de chorar, para agora entregar-se a um gostoso cochilo. Aquele momento de silêncio é interrompido pelo sincero agradecimento da mãe, que ainda incrédula abraça o médico, que lhe entrega seu filho em seus braços.

Após consulta médica presencial, na qual o médico teve a oportunidade de proceder ao exame clínico do paciente, tocá-lo, verificar os sintomas presentes e a ausência de outros, o profissional pode liberar a mãe e a criança para casa, com a prescrição de simples sintomáticos e orientação para que a mãe observe o comportamento da criança, e, para

[7] BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009**. Artigo 75.
[8] BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.126/2015**.

que, percebendo ainda qualquer incômodo, entre em contato a fim de reportar suas impressões ao médico.

Esse contato com o médico após a consulta presencial pode ser feito com o uso de aplicativos de troca de mensagens, uma vez que tradicionalmente era feito pelo telefone, oportunidade para que o médico pudesse adequar a prescrição ou até mesmo orientar a mãe a retornar ao consultório para continuar com a investigação e, se necessário, buscar o atendimento em pronto socorro.

De outro lado, o primeiro contato, a consulta inicial, não pode se dar por meio de aplicativos de troca de mensagens[9], pois não seria possível proceder ao exame clínico do paciente sem a identificação dos sintomas que poderiam indicar doenças graves. Sem contar que não haveria o colo e o toque do médico, que indubitavelmente, no exemplo em questão, fizeram toda a diferença.

Diante destas exemplificações, podemos concluir, resumidamente, que os aplicativos de trocas de mensagens podem ser utilizados das seguintes maneiras:

1) Nas relações entre médicos:

1.1) Entre os membros da equipe que compõem o mesmo serviço médico, para otimizar a comunicação, permitindo a progressão terapêutica, seguindo as mesmas regras de acesso ao prontuário do paciente;

1.2) Entre colegas médicos especialistas, membros de serviços distintos, para o estudo de casos, desde que não se identifique o paciente.

2) Entre os médicos e os pacientes:

2.1) Para esclarecimentos de possíveis desdobramentos terapêuticos, após realizada prévia consulta presencial.

Para o sucesso destas possibilidades conclui-se, portanto, que é necessário manter o sigilo médico na utilização dos aplicativos de troca de mensagens como uma atitude ética, passível de afastamento de eventuais processos e consequentemente, de possíveis condenações.

Esta consideração, irretocavelmente, preserva a relação médico-paciente em um contingente amplo e eficaz, fazendo com que os

[9] BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.126/2015**.

avanços tecnológicos sejam utilizados a favor do que é efetivamente necessário, ou seja, promover a saúde e prevenir a doença da sociedade em que se vive.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Federal n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957**.

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.638/2002.**

BRASIL. **Resoluções do Conselho Federal de Medicina nº 1.821/2007.**

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009**.

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.974/2011.**

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.126/2015**.

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.133/2015.**

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.178/2017**.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/15): uma análise social do direito à saúde mental e o novo instituto da tomada de decisão apoiada como fator emancipatório

Laércio Martins[*]

1 INTRODUÇÃO

Embora o projeto de Lei n.3.657[1] proposto pelo deputado federal Paulo Delgado, em 1989, tenha sido recusado, após doze anos de tramitação no Senado Federal, foi aprovada a Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei n. 10.216/01) que representou um avanço para o processo de transformação e redirecionamento do modelo de assistência em saúde mental no Brasil[2], ao reconhecer a pessoa com sofrimento psíquico em seus direitos[3].

[*] Mestrando em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado OAB 187589/MG e Professor de Direito da Universidade do Cerrado (GO). E-mail: martins.laerciodir@gmail.com

[1] No decorrer do processo de tramite do Projeto de Lei Paulo Delgado, as negociações legislativas juntamente com o jogo de interesses dos proprietários de hospitais psiquiátricos e as forças políticas acabaram fazendo com que houvesse mudanças fundamentais no texto final da lei, que previa a extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por outros recursos assistenciais. Diferentemente do Projeto de Lei, a Lei da Reforma Psiquiátrica, infelizmente, manteve a estrutura hospitalar e a extinção dos manicômios não foi mencionada no substitutivo do Senador Sebastião Rocha.

[2] Em 14 de novembro 1990, na Venezuela, em uma conferência regional, a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) anunciaram uma nova política para os serviços em Saúde Mental no âmbito da reestruturação da atenção psiquiátrica na América Latina. Dentre outros aspectos, ficou evidenciado que a atenção psiquiátrica convencional não permitia alcançar os objetivos compatíveis com uma atenção comunitária, integral, descentralizada, contínua, participativa e preventiva e que os recursos, cuidado e tratamento deveriam salvaguardar, invariavelmente, a dignidade pessoal e os direitos humanos e civis.

[3] O texto final da Lei 10.216/01 está muito distante do saudável radicalismo do projeto original, aprovado em 1989, o qual propunha claramente a extinção progressiva do manicômio e sua substituição por outros serviços. No primeiro, temos uma proposta de substituição de modelo e, no outro, de proteção, de direitos e redirecionamento. A mudança não foi apenas semântica, mas de essência. Transformada em um texto tímido, a lei aprovada mantém a estrutura hospitalar existente, regulando as internações

Desse modo, a Lei da Reforma Psiquiátrica revogou o Decreto n. 24.559 de 1934 que dispunha sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, assinado por Getúlio Vargas, que ainda estava em vigor. De acordo com Roberto Tykanori Kinoshita (1987), o Decreto de 1934 foi formulado por meio de justificativas técnico-científicas, segundo uma ideologia eugenista que tinha por objetivo promover a purificação da raça brasileira ao considerar a doença mental como uma degenerescência moral.

Assim, o saber psiquiátrico e sua construção epistemológica se encontrariam vinculado às práticas institucionais, às propostas econômicas e às políticas de organização e regulação social. De modo crítico, Jurandir Freire Costa (2006) afirma que desde a data de promulgação do Decreto de 1934 até os primeiros protestos contra a situação da assistência mental brasileira, escoou-se aproximadamente um século.

O movimento de humanização terapêutica se fez possível em um terreno fértil como o período de redemocratização no fim da década de 1970 e início dos anos 1980, o que proporcionou o surgimento da Reforma Psiquiátrica[4] no cenário da redemocratização das instituições,

psiquiátricas, e apenas aponta para uma proposta de mudança do modelo assistencial. Como revelador dessa característica, podemos destacar o fato de sete (4º a 10), de seus treze artigos, referirem-se exclusivamente à regulamentação da internação psiquiátrica, enquanto dois (1º e 2º) aludem aos direitos e à proteção das pessoas acometidas de transtorno mental. A mudança de modelo de atendimento aparece como uma sugestão no item IX do parágrafo único, do artigo 2º, expressa como direito da pessoa em ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental. Os outros artigos se relacionam à responsabilidade do Estado, às pesquisas científicas e à criação de uma comissão para acompanhar a implementação da lei (YASUI, 2010). Além disso, tem-se a Lei do Ato Médico (L. 12.842/13) que, ao tratar da administração na área da saúde, propõe o saber médico como fundamento último de decisões no âmbito hospitalar.

[4] Pode-se considera como marco fundador do Movimento Nacional da Luta Antimanicomial, o Congresso de Bauru, realizado em 1987, a partir do qual outros grupos sociais vieram se juntar ao Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental, conferindo a este a dimensão de um movimento social. A partir desse Congresso, surgiram inúmeras associações de usuários e familiares que, em dezembro de 1991, organizaram em São Paulo, a I Reunião Nacional de Entidades de Usuários e Familiares, com vistas a unir forças em torno do lema "Por uma sociedade sem manicômios" (PACHECO, 2009).

concomitantemente, ao projeto da Reforma Sanitária[5]. De fato, a partir da promulgação da Lei da Reforma Psiquiátrica em 2001, com iniciativa do Ministério da Saúde, realizou-se a multiplicação de serviços por todo o país, nos moldes de serviços de atenção diária – Centros de Atenção Psicossocial[6], Núcleos de Atenção Psicossocial, Centros de Referência em Saúde Mental, Centros de Convivência, hospital-dia e lares abrigados, entendidos como dispositivo estratégico para acolhimento, cuidado e reinserção social.

A partir de então, as políticas públicas em saúde mental assumiriam uma expressão singular, direcionadas à luta pela inclusão de novos direitos para os sujeitos em sofrimento mental, tendo por ideário básico, segundo Mauricio Lougon (2006), as denúncias e

[5] Segundo o médico sanitarista Sérgio Arouca, a Reforma Sanitária nasceu não apenas no campo específico das reformas da saúde, mas da luta contra a ditadura na década de 1970. Não era possível pensar no campo da saúde apenas como um campo determinado por fatores eminentemente biológicos. A saúde tem determinantes sociais, o que implica pensá-la como resultante da complexidade de fatores sociais, econômicos, culturais e políticos. Transformar a saúde é transformar a sociedade que a produz enquanto processo social. A Reforma Sanitária se colocava, assim, fundamentalmente como um processo político, entendido como possibilidade emancipatória na construção da *polis*, da esfera pública e dos bens comuns (YASUI, 2010).

[6] No final da década de 1980, inicialmente, os Centros de Atenção Psicossocial (CAPs), de forma experimental, atuavam como intermediários entre a internação psiquiátrica e a inserção social. Ao longo dos anos que se seguiram estes passaram a ser vistos como uma possibilidade real de substituição ao manicômio, tendo em vista sua eficácia na diminuição das internações e seu crescente potencial para sustentar a estrutura de um novo modelo de atenção. Atualmente, os CAPs assumiram um papel estratégico no que diz respeito à reorientação do modelo de atenção, consistindo tal reorientação em um progressivo deslocamento dos cuidados em saúde mental de dentro do hospital psiquiátrico em direção à comunidade. Nesse processo de deslocamento, os CAPs vêm assumindo funções importantes na articulação de toda a rede de atenção às pessoas acometidas de transtornos mentais, seus familiares, amigos e demais atores sociais de um determinado território. Os serviços de atenção à saúde mental, incluindo os CAPs foram regulamentados por meio da Portaria/SNAS 224, de janeiro de 1992. Com a chegada da Lei da Reforma Psiquiátrica em 2001 e o deslocamento do modelo de atenção em saúde mental, os CAPS passaram da posição de intermediários para substitutos efetivos no tratamento terapêutico, sobretudo com a assinatura da Portaria n. 3.088 de 23 de dezembro de 2011 que instituiu a rede de atenção psicossocial para pessoas com sofrimento mental e com necessidades decorrentes do uso do crack, álcool e outras drogas no âmbito do Sistema Único de Saúde.

críticas ao modelo assistencial asilar baseado em internações hospitalares, como também às empresas privadas do setor, chamadas de "indústria da loucura".

De acordo com Janaína Lima Penalva da Silva (2007), a partir dessa alteração legislativa, houve a inserção de um novo direito fundamental na Carta Magna de 1988: o direito à *singularidade*[7] do portador de sofrimento mental. De fato, o sofrimento psíquico não é sinônimo de periculosidade, de irracionalidade, de incapacidade civil, tampouco impedimento para o exercício de cidadania[8]. Desse modo, o direito à saúde mental entendido, sobretudo, como preservação e conservação da integridade psíquica do indivíduo assegura a não discriminação em face do ordenamento jurídico[9].

No caminho de promover a autonomia, a independência e emancipação das pessoas em sofrimento psíquico, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15) com base na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU[10] e seu protocolo

[7] Significa o direito a ter respeitada uma condição de vida em sofrimento mental, um direito que exige que os portadores de sofrimento mental sejam tratados com igual respeito e consideração mesmo diante de toda diferença que a loucura representa (SILVA, 2007, p. 126).

[8] Trata-se não apenas de desfazer o aparato e a cultura manicomiais ainda hegemônicas no cenário psiquiátrico, mas, sobretudo construir uma nova maneira de a sociedade lidar com a loucura. A desconstrução do manicômio implica necessariamente reinventar não só a psiquiatria, mas a própria sociedade em que vivemos. A instituição psiquiátrica (no seu sentido mais amplo: conceitos, práticas, normas, estabelecimentos assistenciais, dispositivos legais, corporações profissionais – ou seja, o modo instituído de tratar os loucos) é extremamente reveladora dos impasses e contradições que atravessam a sociedade (BEZERRA, 1992).

[9]Afirma Menelick de Carvalho Netto (2005) que o reconhecimento da diferença específica como direito à igualdade, em relação aos portadores de sofrimento mental, sempre esteve autorizado pela afirmação dos princípios de igualdade e liberdade; nós, que não éramos capazes de ver a injustiça até então perpetrada. Dessa sorte, é que a explicitação mediante lei demonstra o patamar alcançado da nossa comunidade de princípios no mais fiel cumprimento da Constituição.

[10] Conforme afirma Lívia Barbosa Pereira (2013), a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo facultativo constitui o mais recente documento internacional de proteção aos direitos das pessoas com deficiência. É a primeira convenção do milênio, adotada na Organização das Nações Unidas (ONU) em 13 de dezembro de 2006, em reunião da Assembleia Geral na comemoração do Dia

facultativo ratificado na forma do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, estabeleceu diretrizes e normas gerais, bem como os critérios básicos para assegurar, promover e proteger o exercício pleno em condições de igualdade dos direitos fundamentais individuais e sociais pelas pessoas com deficiência, inclusive aquelas que possuem impedimentos de longo prazo de natureza mental, o qual poderia obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (artigo 2º da Lei 13.146/15). Por fim, cumpre salientar que o Estatuto da Pessoa Deficiente não revogou expressa ou tacitamente, parcial ou totalmente a Lei da Reforma Psiquiátrica.[11]

Sendo assim, a previsão do direito à saúde mental, orientada pelo Estatuto da Pessoa Deficiente deu maior alcance aos direitos e às garantias previstos na Lei da Reforma Psiquiátrica. Nesse sentido, afirma Eduardo Mourão Vasconcelos (2016) que em relação ao ponto de vista das entidades internacionais que tratam sobre as políticas de saúde mental no mundo, a Declaração dos Direitos das Pessoas com

Internacional dos Direitos Humanos A Convenção foi originalmente proposta pela Delegação do México, na Assembleia Geral da ONU em 2001, quando se formou um Comitê responsável pelos trabalhos e pela sua construção. Atualmente, a Convenção conta com 153 assinaturas e 110 ratificações, e seu Protocolo Facultativo com 90 assinaturas e 63 ratificações.

[11] Segundo o entendimento de Maria Helena Diniz (2009), revogar é tonar sem efeito uma norma, retirando sua obrigatoriedade. Indica a ideia da cessação da existência da norma obrigatória. A lei nova começa a vigorar a partir do dia em que a lei revogada vier a perder sua força.[11] Revogação é gênero que contém duas espécies. Ab-rogação, que é a supressão total da norma anterior, por ter nova lei regulado inteiramente a matéria, ou por haver entre ambas incompatibilidade explícita e implícita. No caso em exame entre as Leis da Reforma Psiquiátrica e Inclusão Brasileira não houve tal acontecimento jurídico. Fica evidente em razão da finalidade de cada diploma normativo. Enquanto a Lei da Reforma dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, o Estatuto da Pessoa Deficiente destina-se a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Em 30 de dezembro de 2010, a Lei de Introdução ao Código Civil foi alterada pela Lei 12.376 que ampliou seu campo de aplicação, passando a vigorar com a seguinte redação: Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Deficiência (2007) da Organização das Nações Unidas, assumida no Brasil na forma do Decreto n.6.949 de 2009 com *status* de Emenda Constitucional, tem norteado e estimulado os processos de reforma psiquiatra nos países signatários.

2 A INTERSEÇÃO NECESSÁRIA DA POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL COM O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Reforma Psiquiátrica brasileira buscou politizar a questão da saúde mental, especialmente, na mobilização contra as instituições psiquiátricas. Ela produziu reflexões críticas que provocaram uma ruptura epistemológica, criou experiências e estratégias de cuidado contra-hegemônicas; conquistou mudanças em normas legais e buscou produzir efeitos no campo sociocultural. Apresentou-se, fundamentalmente, como um processo político, entendida como possibilidade emancipatória na construção da esfera pública[12].

Nesse sentido, a saúde tem determinantes sociais o que implica pensá-la como resultante da complexidade de fatores sociais, econômicos, culturais e políticos e transformar a saúde é transformar a sociedade que a produz, enquanto processo social[13]. Assim, compreender e interpretar o direto fundamental à saúde mental é um exercício de autocompreensão enquanto comunidade de cidadãos participantes das

[12] É em um contexto de crítica ao paradigma científico e de sua racionalidade (isolar, observar, classificar e determinar) que o processo da Reforma Psiquiatra desvenda uma importante ruptura com o modo psiquiátrico de olhar e compreender essa experiência humana (YASUI, 2010).

[13] Paulo Amarante (1998, 2003) utiliza o conceito proposto por Franco Basaglia de processo social complexo para pensar a dinâmica de transformações no âmbito da saúde mental brasileira. Sendo assim, ele apresenta quatro dimensões, a saber: (a) dimensão téorico-conceitual, (b) técnico-conceitual, (c) jurídico-política e (d) sócio-cultural. Assim, poderia iniciar, a partir da crítica epistemológica da racionalidade científica moderna, a construção de um novo lugar para a loucura. Nessa trajetória, seria necessário empreender um olhar crítico para a realidade social, a fim de desconstruí-la, explicitando, e revelando as relações de poder. Nessa proposta, sobretudo a partir da ruptura epistemológica com os fundamentos do saber psiquiátrico tradicional, apresentar novas instituições de cuidado e atenção ao sofrimento psíquico.

mudanças sociais e das tensões inerentes ao pluralismo axiológico de um espaço público democrático.

A ideia de equipe terapêutica multidisciplinar articula-se também à noção de multiplicidade de problemas, dificuldades e tarefas que a doença mental suscita. Não bastam o diagnóstico e o tratamento biológico. É preciso trabalhar para a reabilitação social, desenvolver diferentes formas de psicoterapia, investir no trabalho com a família (BOTEGA; DALGALARRONDO, 1993).

Sendo assim, uma compreensão normativamente consistente dos direitos fundamentais na ordem constitucional de 1988 requer que se leve a sério o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição da República, ou seja, que o leitor, enquanto intérprete e cidadão que é, seja capaz de alterar sua postura diante dela, a assumir como sua uma perspectiva de quem operou o giro linguístico, hermenêutico e pragmático no campo da teoria constitucional (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011).

Seguindo nessa direção de reconhecimento de igualdade de oportunidades, em detrimento da discriminação e segregação social, o Estatuto da Pessoa Deficiente alterou o Código Civil nacional (Lei 10.406/2002) no tocante à capacidade jurídica das pessoas em sofrimento psíquico e o seu exercício para os atos da vida civil.

Apresentado no ano de 2000, pelo senador Paulo Paim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15), também chamado de Lei Brasileira de Inclusão, sancionado no dia 6 de julho de 2015, com entrada em vigor em 07 de janeiro de 2016, é um dos mais importantes instrumentos de emancipação civil e social na proteção da dignidade da pessoa humana. O documento avança no princípio da cidadania, um dos fundamentos da República Federativa brasileira (artigo 1º, inciso I, CRFB/88).

De fato, ao ressaltar a importância e o entendimento das necessidades humanas no espaço democrático como objetivas e universais, Lívia Barbosa Pereira (2013) afirma que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência[14] propôs um conceito de

[14] A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU e seu Protocolo Facultativo, foram firmados pelo Estado brasileiro em 30 de março de 2007. Ao ser aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de

necessidades humanas mais amplo e democrático do que os conceitos propostos no âmbito dos debates sobre justiça distributiva, que tradicionalmente inspiraram as políticas públicas e os sistemas de proteção social dos Estados de Bem-estar Social.

No debate sobre distribuição, as necessidades humanas apoiavam-se em uma expectativa sobre o sujeito típico - "normal" - que ignorava as necessidades das pessoas com deficiência, sobretudo mental, e se limitava à esfera do justo entre os iguais, pois não acomodava as possibilidades de demandas singulares no seu seio, uma vez que na sociedade contratual moderna, a pessoa com deficiência, inclusive mental, padece de intensa discriminação em sua inserção no sistema econômico de produção.

Nesse sentido, Debora Diniz (2007) ao analisar os estudos sobre deficiência (*disability studies*) afirma que o sociólogo inglês Paul Hunt, nos anos 1960, foi um dos precursores do modelo social[15] da deficiência em contraposição ao modelo biomédico que entendia a deficiência como consequência natural da lesão em um corpo.

Assim, "a deficiência é um conceito complexo que reconhece o corpo com lesão, mas também denuncia a estrutura social que oprime a pessoa deficiente (DINIZ, 2007, p. 9)". O conceito de deficiência proposto pelo modelo social atribui à desvantagem vivida pelas pessoas deficientes ao fato do ambiente social ser pouco sensível à diversidade corporal, o que devolve para o campo do justo a obrigação de reduzir essa desvantagem por meio de ações políticas e intervenções do Estado que promovam a igualdade de participação e oportunidades (PEREIRA, 2013).

De acordo com o artigo 2º,§ 1º da Lei 13.146/15, a avaliação da deficiência, a ser realizada pelo Poder Público, será biopsicossocial, de modo que sejam consideradas, também, as deficiências que acarretem impedimentos nas funções psicológicas e nas capacidades mentais do

9 de julho de 2008, e pelo Decreto do Poder Executivo nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, a Convenção adquiriu equivalência de Emenda Constitucional.

[15] Desenvolvido pela Liga dos Lesados Físicos contra a Segregação (UPIAS), composta, inicialmente, pelos sociólogos Paul Hunt, Michel Oliver, Paul Abberley e Vic Finkelstein. O objetivo principal da UPIAS era redefinir a deficiência em termos de exclusão social. A deficiência passou a ser entendida como uma forma particular de opressão social com a sofrida, por outros grupos minoritários, como as mulheres e negros (DINIZ, 2007).

indivíduo. De igual modo, às pessoas em sofrimento psíquico, ficam assegurados os direitos à acessibilidade, à mobilidade, à tecnologia assistiva, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social a fim de que possam exercer, em igualdade de oportunidades no convívio social, todas as liberdades fundamentais. Falar de saúde mental é falar de políticas públicas[16].

Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto (2005) afirma que ao longo do duro processo histórico brasileiro, ficou evidente o aprendizado de que garantir a afirmação formal dos direitos fundamentais à igualdade e liberdade, desconhecendo as desigualdades materiais efetivas entre as pessoas, gerou uma exploração sem precedentes dos materialmente em desvantagens e que, por outro lado, condicionar o seu reconhecimento à satisfação de determinadas condições materiais, privatiza o público e gera apenas clientela e não a cidadania prometida. O reconhecimento da cidadania das pessoas portadoras de sofrimento mental ocorre a partir da premissa de que a todos devem ser asseguradas oportunidades para alcançarem as condições materiais necessárias ao pleno exercício dos seus direitos constitucionais fundamentais de liberdade e igualdade.

Houve uma verdadeira revolução na teoria das incapacidades gerada pela emergência do Estatuto da Pessoa Deficiente, sobretudo com a alteração do art. 3º do CC/2002 (TARTUCE, 2016). Em suma, em tese, não existe mais no ordenamento privado brasileiro pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Ademais, como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso vigente sistema civil e processual civil[17].

---

[16] O artigo 3º da Lei n. 10.216/01 incluiu a previsão da responsabilização do Estado, pelo desenvolvimento da política em saúde mental, na assistência e promoção de ações de saúde em estabelecimento de saúde mental com participação, nesse processo, da sociedade e da família.

[17] Em *Curatela e Interdição Civil* (2009), Célia Barbosa Abreu constatou-se que, no âmbito da interdição civil, as decisões judiciais, no estado do Rio de Janeiro, tinham preferência pela curatela total (art. 1.767 do CC/02), em detrimento da curatela parcial (art. 1.772 do CC/02). Posteriormente, ela verificou que essa postura na atividade jurisdicional em ações de interdição era uma tendência nacional. A partir disso, ela propôs a flexibilização da curatela, tese adotada pelo Enunciado 574 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça: "A decisão judicial de interdição deverá

Assim, com a introdução do instituto jurídico da tomada de decisão apoiada[18] previsto no Estatuto da Pessoa Deficiente, não houve previsão expressa do fim da curatela no ordenamento jurídico brasileiro, assertiva evidenciada pela leitura do Estatuto da Pessoa Deficiente[19].

---

fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito". Além disso, a medida personalizada decorrente da interpretação do princípio do melhor interesse do interditando foi adotada no REsp nº 1.306.687/MT pela Relatora Ministra Nancy Andrighi. Já no livro Primeiras Linhas sobre a Interdição após o Novo Código de Processo Civil (2015), lançado antes da publicação do atual Código de Processo Civil, ela fala sobre a curatela sob medida e das alterações de tal instituto a partir de uma leitura da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação (2001) e da Convenção de Nova York (2007) Assim, Célia Barbosa Abreu faz uma releitura do instituto da curatela a partir dos tratados e convenções internacionais signatários pelo Brasil.

[18] O instituto da tomada de decisão apoiada privilegia, inicialmente, a autonomia da pessoa com deficiência. Nesse sentido, a pessoa deficiente mental elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculo sócio-afetivo (*confiança*) para prestar apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil (não somente questões de cunho patrimonial). Esses auxiliadores devem fornecer elementos e informações necessárias para que a pessoa deficiente mental escolha de maneira oportuna. Sendo assim, privilegia o direito fundamental à capacidade. A categoria é próxima da administração de sustento do Direito Italiano (*amministrazione di sostegno*), introduzida naquele sistema por força da Lei n. 6, de 9 de janeiro de 2004. Nos termos do seu art. 1º, a finalidade da norma é a de tutelar, com a menor limitação possível da capacidade de agir, a pessoa privada no todo ou em parte da autonomia na realização das funções da vida cotidiana, mediante intervenções de sustento temporário ou permanente.

[19] Acerca do panorama civil atual das ideias de interdição civil, de curatela e da tomada de decisão apoiada no ordenamento jurídico brasileiro, é possível verificar que em relação à (i) interdição civil, tal ideia não consta no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.13.146/15), entretanto há a presença dela no Código Civil (2002) nos artigos 9°, III; art.674; art.682, II; art.974,§2º, art.1.759; art.1.782 e art.1.779, bem como no Novo Código de Processo Civil (2015) nos artigos 747; 748; 755;755,§2ºe §3º; art.756,§1º,§3º e§4º; art.757 e art.1012,§1º,VI.Em relação à (ii) curatela, observa-se que ela ainda está presente no Estatuto da Pessoa com Deficiência com previsão nos artigos 6º; 11, parágrafo único; 12,§1º e§2º; 84,§1º e §3º; art.85, §1º,§2º e §3º; art.86; art.87; art.110-A; art.115, inclusive com assento no Código Civil nos artigos 197,III; art.932; art.1.523; art.1.722; art.1.768; art.1.769; art.1.771; art.1.772; art.1.775-A e art.1.783-A e também no Novo Código de Processo Civil através dos artigos 72, parágrafo único; art.753,§2º; art.755,§1º, §2º e §3º; art. 756; art.756,§1º; art.757; art.760,§2º e art. 763,§2º. Ora, é possível compreender a curatela como instrumento jurídico que fixa os limites para o exercício do curador na proteção dos bens de natureza

De acordo com Pablo Stolze (2015) em artigo intitulado Estatuto da Pessoa com Deficiência e Sistema de Incapacidade Civil ao afirmar que a deficiência não afeta a plena capacidade civil do indivíduo, o jurista defende, a partir da perspectiva constitucional isonômica, a possibilidade de atuação da pessoa com deficiência no cenário social através da aplicação alternativa dos institutos assistenciais e protetivos, a saber: a tomada de decisão apoiada ou curatela[20]. Sempre que possível, a tomada de decisão apoiada deve ser a primeira opção assistencial, antes de se pretender a sujeição da curatela[21].

Ao enfrentar a questão sobre o fim da interdição civil, STOLZE (2015) entende que desaparece a figura da "interdição completa" e do "curador todo-poderoso e com poderes indefinidos, gerais e limitados", mas o procedimento de interdição (ou curatela) continua existindo, ainda que sob uma nova perspectiva, limitada aos atos de conteúdo econômico ou patrimonial[22] ao citar o trabalho de Rodrigo da Cunha Pereira (2015). Quanto à possibilidade de conversão das decisões judiciais de curatela já existentes e inclusive em curso em tomada de decisão apoiada, STOLZE (2015) defende a eficácia e aplicação imediata do novo instituto, em razão do Estatuto da Pessoa com Deficiência, mas de modo restritivo[23].

De modo contrário afirma Paulo Lôbo (2015) que não há que se falar mais de "interdição" que sempre teve a finalidade de vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos[24].

---

patrimonial do indivíduo, de modo parcial. Portanto, não há que se falar em interdição civil. Por fim, no que diz respeito à tomada de decisão apoiada, o novo instituto possui previsão apenas nos artigos 84, §2º, 115, 1.783 –A do Estatuto da Pessoa com Deficiência e no Código Civil somente no art. 1.728, não existindo de modo expresso nenhuma previsão procedimental no Novo Código de Processo Civil.

[20] *Cf.* STOLZE,2015, p. 2.

[21] *Cf. Ibidem*, p. 4.

[22] "É o fim, portanto, não do "procedimento de interdição", mas sim, do *standard* tradicional da interdição, em virtude do fenômeno da "flexibilização da curatela", anunciado por Célia Barbosa. Abreu. Vale dizer, a curatela estará mais "personalizada", ajustada à efetiva necessidade daquele que se pretende proteger (STOLZE, 2015, p. 7)".

[23] *Cf. Ibidem,* p.9-10.

[24] *Cf.* LÔBO,2015.

Portanto, a compreensão sobre o fim da interdição civil tem assento no Estatuto da Pessoa com Deficiência, já que não há nenhuma alusão a sua possibilidade jurídica, tampouco na Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência que possui *status* de norma constitucional. Dessa forma, o novo instituto jurídico[25] não surge em substituição à curatela, mas paralelamente a ela, em caráter alternativo, jamais concomitante[26].

Maurício Requião (2016) afirma que a tomada de decisão apoiada privilegiou o espaço de decisão do tomador que pode constituir uma rede de sujeitos baseada na confiança para lhe auxiliar nos atos da vida, o oposto de algumas curatelas à revelia do indivíduo[27]. Em outras palavras, de forma emancipatória pode ser entendido o instituto da tomada de decisão apoiada por privilegiar a vontade do indivíduo que sofre psiquicamente.

Joyceane Bezerra de Menezes (2016), de modo conclusivo, afirma que as dificuldades interpretativas do novo instituto jurídico serão afastadas, caso o interprete compreenda o ordenamento jurídico em sua unidade e importância dos valores constitucionais que destacam a primazia da pessoa e seus aspectos existenciais[28].

---

[25] O art. 116 da Lei n. 13.146/15 cria um *tertium genus* em matéria de modelos protetivos de pessoas em situação de vulnerabilidade. Além dos tradicionais institutos da tutela e curatela, surge a Tomada de Decisão Apoiada. O Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil passa a vigorar acrescido do art. 1.783-A, consubstanciando 11 parágrafos, cujo *caput* diz: a tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. Ela concretizará o art. 12.3 do Decreto 6.949/09 que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, nos seguintes termos: "Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal". O novo modelo jurídico também se inspira no legislador italiano, que através da Lei n. 6/2004 introduziu no Código Civil (arts. 404 a 413) a figura do *amministratore di sostegno*, ou seja, o administrador de apoio, e ingressa no Brasil por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

[26] Ora, não há previsão normativa expressa no Estatuto da Pessoa com Deficiência da aplicação do instituto da curatela concomitantemente à tomada de decisão apoiada. Portanto, é razoável que se entenda pela aplicação alternativa dos institutos jurídicos.

[27] *Cf.* REQUIÃO, 2016, p. 9.

[28] *Cf.* MENEZES, 2016.

3 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA COMO FATOR EMANCIPATÓRIO DA PESSOA EM SOFRIMENTO PSÍQUICO

É a partir do critério da **eleição** que o instituto da Tomada de Decisão Apoiada deve ser interpretado e, nesse sentido, compreendido ao possibilitar e reconhecer, em juízo, a **vontade**, **o desejo, a escolha** da pessoa em sofrimento psíquico no apoio de pelo **menos 2 (duas) pessoas** com as quais mantenha um **vínculo afetivo de confiança**. Portanto, tendo como premissa inicial a **centralidade da decisão** da pessoa em sofrimento psíquico, é possível afirmar e sustentar a tese da **preferência da aplicação da tomada de decisão apoiada à curatela**.[29]

Em que pese o reconhecimento da importância da curatela sob medida, ela deveria, no atual cenário jurídico e político, ser utilizada tão somente nos casos de pessoas com **sofrimento psíquico profundo**, sem condições de expressarem suas vontades, desejos e escolhas **(critério da eleição**). Assim, é importante reconhecer que com o advento da tomada de decisão apoiada a ideia da curatela, ainda que parcial, deveria ser aplicada de modo extraordinário e também **subsidiário**.

Em outras palavras, o fator emancipatório deve ser efetivado pela **maximização do reconhecimento jurídico do critério da eleição** e, portanto, social e político, ampliando as perspectivas de cidadania da pessoa em sofrimento psíquico. Na hipótese da curatela parcial nos casos de sofrimento profundo, a cidadania deve ser assegurada não somente pelo curador, mas pela participação do Poder Público para que não haja desvio do patrimônio da pessoa em sofrimento psíquico, nos casos de má-fé na curadoria.

Assim, uma vez internalizado em nosso ordenamento jurídico, o magistrado deve observar as especificidades do caso concreto por ocasião da aplicação do instituto da tomada da decisão apoiada, já que não existe regulação procedimental no Novo Código de Processo Civil do instituto, com previsão somente no Estatuto da Pessoa Deficiente, o que não significa dizer que tal medida judicial não possa ser requerida pela pessoa com sofrimento psíquico.

[29] O Estatuto da Pessoa com Deficiência já apresenta a aplicação da curatela como medida extraordinária.

Cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa. Não se trata de um modelo limitador da capacidade de agir, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano.

De acordo com o §1º do art. 1.783-A do Estatuto da Pessoa com Deficiência fica evidente que o preceito revela que o núcleo do apoio é fornecer qualidade de vida à pessoa com deficiência, cabendo aos dois apoiadores (ou mais) seguir fielmente o termo levado a juízo, tendo em consideração as concretas e efetivas necessidades e aspirações do beneficiário.

Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos na obra *Introdução a uma ciência pós-moderna* (1989), propõe uma crítica sistemática à ciência moderna, a partir de duas categorias: a suspeição e recuperação. A suspeição marcada pela atitude de questionar ideias e autores e a recuperação funcionando como uma coleta de dados filosóficos, históricos e sociológicos. Segundo Boaventura de Sousa Santos (1989), a sociedade passa por uma época de transição paradigmática rumo ao novo paradigma emergente da ciência pós-moderna.

A dupla ruptura epistemológica é o modo operatório para a desconstrução da hermenêutica e seria uma condição teórica em que o senso comum desenvolve sua positividade no interior de uma configuração cognitiva em que tanto ele como a ciência moderna se superem a si mesmos para dar lugar a outra forma de conciliação[30]. A reflexão hermenêutica visa aproximação, familiarização e faz com que melhor se compreenda o objeto. Sendo assim, preconiza a substituição da relação epistemológica eu-coisa pela relação hermenêutica eu-outro.

Em *A Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência* (2009), Boaventura de Sousa Santos propõe um conhecimento prudente para uma vida decente, segundo um senso

[30] No contexto da cidadania são constituídas as relações sociais da esfera pública. Assim, o indivíduo é a unidade de prática social, enquanto que o Estado é a forma institucional (SANTOS, 1989).

comum emancipatório – conhecimento emancipação, no reconhecimento, na solidariedade e na luta contra o consenso hegemônico. O paradigma emergente se constrói a partir da transformação da democracia e da transformação do conhecimento-regulação para o conhecimento-emancipação.

A partir da categoria do conhecimento-emancipação e do entendimento da experiência do sofrimento psíquico como desrazão[31], inserido no contexto de análise sociojurídica da representação da loucura[32], pode ser entendida a investigação do Estatuto da Pessoa Deficiente, a fim de averiguar o sentido e o alcance dos direitos e garantias individuais e sociais da pessoa em sofrimento mental, de modo a compreender a emancipação civil e social proporcionada pelo Estatuto da Pessoa Deficiente no plano da Lei da Reforma Psiquiátrica.

Nesse caminho hermenêutico, por ocasião da reconstrução do direito vigente, faz-se imperioso o reconhecimento do passado histórico institucional brasileiro, bem como os compromissos assumidos e compartilhados de liberdade e igualdade na Carta Magna de 1988 (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011).

---

[31] Em a História da Loucura na Idade Clássica (1978), obra inicial de Foucault, em que ele trata da loucura e não propriamente da psiquiatria, embora a prática clínica psiquiátrica, junto com o surgimento da psicanálise, constitua elementos e personagens que compõem um processo de captura racional da desrazão. Em *Nascimento da Clínica* (1977), Foucault aborda explicitamente a experiência médica moderna, acompanhando uma descontinuidade que a engendra. Clínica recebe aqui seu sentido usual e hegemônico, proveniente da medicina. Embora o subtítulo seja "uma arqueologia do olhar", trata-se de uma investigação engenhosa sobre a semiologia médica que atravessa a teoria do signo e tenta definir ou situar o nascimento da clínica como projeto recente, ligado à finitude dos corpos e à produção da verdade. A psicanálise surge ao final de *As palavras e as coisas* (1966), situando-se de modo ímpar em relação às ciências humanas. (ESTELITA-LINS, 2007).

[32] Segundo Roger Bastide em *Sociologia das Doenças Mentais* (1967), a distinção entre o normal e o patológico é caracterizada pela relação, pelo diálogo oscilante da razão e da sem-razão. Só se é louco em relação a uma sociedade dada; é o consenso social que delimita as zonas flutuantes da razão e da sem-razão. Os loucos seriam aqueles membros periféricos no organismo social, na sociedade de produção industrial, formando uma sociologia dos caixotes do lixo, segundo Bastide. O sentido da crítica sociológica da doença mental é por em evidência as contradições e paradoxos no interior da sociedade de produção que privilegia o homem contratual (CASTEL, 1978) ao estigmatizar (GOFFMAN, 1961) a pessoa em sofrimento psíquico.

4 REFLEXÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O CUIDADO TERAPÊUTICO NA SAÚDE MENTAL PÚBLICA BRASILEIRA

Tendo por premissa inicial o cumprimento dos princípios e regimes constitucionais na aplicação imediata dos direitos fundamentais da pessoa com sofrimento psíquico, o conceito de integridade[33] do Direito em Ronald Dworkin propõe uma atenção às especificidades do caso concreto, tendo em vista à promoção da justiça.

A obrigação política torna-se uma ideia impregnada da noção de fidelidade a um sistema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar, em última instância para si mesmo, como o sistema da comunidade à qual pertence (DWORKIN, 1999). Portanto, ao ratificar dessa forma a Convenção de Direitos da Pessoa Deficiente realizada na Organização das Nações Unidas, o Brasil assumiu o desafio de harmonizar seu arcabouço legal e adequar suas políticas públicas a partir da definição de deficiência consagrada pela Convenção.

Além dos aspectos relacionados ao ajuste formal da terminologia utilizada, cumprir tal tarefa implica na revisão conceitual de deficiência e incapacidade, bem como na adoção de nova metodologia de avaliação da deficiência e do grau de incapacidade para a vida independente e para o trabalho, utilizadas como parâmetros na concessão de benefícios vinculados aos programas e às ações afirmativas existentes.

Dessa forma, foi adotada a avaliação médica e social da pessoa com deficiência seguindo o modelo da Convenção que absorve na integralidade a Classificação Internacional de Funcionalidade (CIF) em vigor no âmbito da Organização Mundial da Saúde. A Classificação Internacional de Funcionalidade propõe a aferição da funcionalidade

[33] Uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, em uma forma especial de comunidade, especial no sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude e outras formas de corrupção. Essa virtude insiste em que cada cidadão deva aceitar as exigências que lhe são feitas e possa fazer exigências aos outros. A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania (DWORKIN, 1999).

indicada como uma ferramenta de política social para o planejamento dos sistemas de previdência social, sistemas de compensação e projeto de implementação de políticas públicas. O sistema da Classificação Internacional de Funcionalidade permite a visão de uma equipe multiprofissional sobre o indivíduo e não somente a visão médica[34].

Com *status* jurídico de Emenda Constitucional, as diretrizes normativas previstas na Lei de Inclusão Brasileira promovem a inclusão social das pessoas deficientes e garantem independência e autonomia no exercício da cidadania[35]. É um desafio à compreensão dos direitos fundamentais, tê-los como permanentemente aberto, mutável e como afirmação de cidadania, à medida que assumam o significado interno da comunidade de pessoas que se reconhecem livres e iguais na prática democrática do espaço público.

Nesse sentido, afirma Carvalho Netto e Scotti (2011) que a integridade do Direito significa, a um só tempo, a densificação vivencial do ideal da comunidade de princípios, ou seja, uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida cotidiana em comum, bem como, em uma dimensão diacrônica, a leitura à melhor luz da sua história institucional como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal.

A partir do conceito de interpretação construtiva[36] de Ronald Dworkin pode-se compreender a extensão e o alcance dos direitos

[34] Antes vigorava no Brasil as regras de caracterização da deficiência previstas na forma do Decreto n. 5.296/2004.

[35] Os direitos fundamentais, ou seja, a igualdade e autonomia ou liberdade reciprocamente reconhecidas a todos os membros da comunidade, passam a ser compreendidos, portanto, como princípios, a um só tempo, opostos e complementares entre si. Por isso mesmo, aptos a gerar tensões produtivas e a, assim, instaurar socialmente uma eticidade reflexiva capaz de se voltar criticamente sobre si própria, colocando em xeque tantos preconceitos e tradições naturalizados quanto a própria crença no papel não principiológico e meramente convencional das normas jurídicas (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 15).

[36] Toda interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível (DWORKIN, 1999, p. 65). Afirma Carvalho Netto e Scotti (2011) que a *interpretação construtiva* é o modelo hermenêutico adotado por Dworkin para lidar com obras de expressão humana, em especial o direito.

assegurados na Lei da Inclusão Brasileira e as consequências práticas no tratamento terapêutico das pessoas em sofrimento psíquico.

A principal contribuição da Convenção de Direitos da Pessoa Deficiente foi o reconhecimento da autonomia e da capacidade das pessoas com deficiência, inclusive mental, em igualdade de condições com as demais no plano jurídico, em razão de sua dignidade, participação na vida social, familiar e política. Nessa construção, o instituto da tomada de decisão apoiada é fator determinante de emancipação civil e social da pessoa com transtorno mental na preservação da sua autonomia[37].

No âmbito da saúde mental, em que há uma disputa científica, acadêmica e legislativa permanente, em torno do conceito de loucura[38] na busca de apresentar uma avaliação dos processos terapêuticos, sejam eles qualitativos ou quantitativos; cumpre, antes de qualquer análise, servir-se de ferramenta epistemológica para a nova rede assistencial, uma vez que a loucura não é entendida como um mal obscuro que afeta as pessoas, mas como um fenômeno complexo e histórico em estado de não-equilíbrio, cuja demanda não é por uma clínica que persiga solução-cura, mas a emergência de vida, de sociabilidades e subjetividades.

É a cidadania que se tem em mente quando se empregam termos como autonomia, reinserção, contratualidade e competência social. É o nível de cidadania o que se pretende muitas vezes medir nas avaliações de qualidade de serviços e programas de saúde mental nos moldes da reforma psiquiátrica (BARRETO, 2005).

Dessa maneira, nos planos constitucional e democrático, não há espaço público sem respeito aos direitos privados à diferença, nem direitos privados que não sejam, em si mesmos, destinados a preservar o respeito público às diferenças individuais e coletivas na vida social. Não há democracia, soberania popular, sem a observância dos limites

[37] O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a eqüidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. (DWORKIN, 1999, p. 291).

[38] A forma de tratar a loucura está diretamente relacionada com as representações sociais que se tem dela (PACHECO, 2009, p. 30).

constitucionais à vontade a maioria, pois aí há, na verdade, ditadura; nem constitucionalismo sem legitimidade popular, pois aí há autoritarismo. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011).

Para Ronald Dworkin, a democracia é compreendida como parceria pública coletiva[39] a exigência de responsabilidade coletiva por parte dos cidadãos requer não a homogeneidade ética, mas sim o respeito pelos direitos de todos os indivíduos como membros da sociedade, uma ética reflexiva, uma prática inclusiva e emancipadora.

É importante ressaltar que a Lei de Inclusão Brasileira apresenta novos desafios na nossa história institucional. De maneira mais específica, no plano das políticas publicas em saúde mental e na preservação da autonomia do portador de transtorno mental, com a inserção do instituto de tomada de decisão apoiada, para a prática dos atos da vida civil.

Segundo Jürgen Habermas (2003), a racionalidade comunicativa potencialmente emancipadora encontra-se na vida, portanto, gerada e operada intersubjetivamente em um espaço público de discussão. A validação discursiva das normas morais resgata a herança universalista do imperativo categórico de Kant, mas não é mais um procedimento monológico *a priori* - razão prática[40] -, pois passa a depender de um discurso público a ser desenvolvido em condições de liberdade e igualdade comunicativas (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011).

A hermenêutica jurídica propõe um modelo processual de interpretação numa pré-compreensão valorativa que estabelece o horizonte de relacionamentos entre a norma e a prática social (HABERMAS, 2003). A essa relação entre positividade e legitimidade, Habermas denomina tensão interna entre facticidade e validade, presente no interior do próprio sistema do Direito. No Estado Democrático de Direito, o poder político, para ser legitimo, deve derivar do poder

[39] Afirmação da natureza racional do homem implica também no reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito universal, agente moral, dono do seu próprio destino. [...] O reconhecimento do outro pressupõe também uma reciprocidade, ou seja, se todos são iguais e livres, todos são autônomos (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 91).

[40] A validação discursiva das normas morais resgata a herança universalista do imperativo categórico de Kant, mas não é mais um procedimento monológico *a priori*, pois passa a depender de um discurso público a ser desenvolvido em condições de liberdade e igualdade comunicativas (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p.105).

comunicativo gerado a partir da esfera pública politica (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011).

Em virtude da trajetória histórica da psiquiatria brasileira e do tratamento degradante conferido às pessoas com sofrimento mental, faz-se necessário um exercício de reflexão constante em relação aos cuidados em saúde mental, bem como a preservação dos direitos individuais e sociais.

Nesse caminho, realizar programas de aprimoramento técnico no âmbito da assistência psicossocial através de políticas públicas alinhadas à Lei de Inclusão Brasileira. É importante, nessa construção, ter responsabilidade ética sobre a utilização do conhecimento científico[41]; tendo, como diretriz norteadora, a concepção de vitalidade[42], que concomitantemente a essa análise, possibilite um arcabouço jurídico–instrumental de práticas terapêuticas a serviço da reabilitação psicológica e social da pessoa em sofrimento psíquico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso jurídico sobre o cumprimento de garantia de direito fundamental para pessoa com sofrimento psíquico pode ocultar sua

[41] Sobre a natureza do saber científico, (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 26-27) afirma que científico é o saber que se sabe precário, que não se julga absoluto, que sabe ter de expor com plausibilidade a fundamentação de tudo o que afirma. Leis científicas, por definição, são temporárias. Serão refutadas. A refutação só prova que determinadas teses foram científicas enquanto foram críveis, plausíveis, para nós. O saber que se sabe limitado funda-se no permanente debate público acerca se seus próprios fundamentos e, assim, é precário, contingente e sempre aprimorável. Seus fundamentos são históricos e datados. A nossa racionalidade é, ela própria, um produto humano e como tal porta todas as nossas características.

[42] A importância da categoria valor para as ciências da vida é particularmente desenvolvida por Georges Canguilhem. O conceito de normatividade biológica, central em sua obra O Normal e o Patológico (1978), traduz a definição de vida como posição inconsciente de valor. A compreensão da vida como valor não se presta ao caráter objetivo das ciências da natureza, tampouco da perspectiva mecanicista da físico-química para explicar os fenômenos biológicos. Segundo Dina Czeresnia (2012) uma transformação na maneira de conceber o copo em relação ao universo necessitaria de um novo modo de compreender o que é o homem. A biologia seria o eixo dessa transformação, não como disciplina científica, mas por ser a vida, a pergunta essencial e a base da possibilidade de o homem conhecer.

ausência no plano material, sobretudo pela inexistência de políticas públicas em saúde mental. Com o advento do Estatuto da Pessoa Deficiente houve um avanço no sistema de garantias da autonomia da pessoa deficiente, inclusive em relação às pessoas portadoras de sofrimento mental, sobretudo a partir da inserção inédita do instituto da tomada decisão apoiada no âmbito civil, tendo em vista seu potencial emancipador no sentido de promoção da cidadania da pessoa em sofrimento mental.

Faz-se imperioso reconhecer o caráter emancipatório do novo instituto, sobretudo, no que se refere às situações existenciais e, por conseguinte, reformular a aplicação da curatela parcial apenas para as hipóteses de pessoa em **sofrimento mental profundo** ao dar preferência ao novo instituto jurídico.

Nesse sentido, é importante que haja a revisão das curatelas anteriores ao advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a fim de convertê-las em tomada de decisão apoiada. É uma medida ampliativa do espectro de cidadania da pessoa em sofrimento psíquico, sobretudo, no que diz respeito à autonomia do indivíduo.

É necessário que sempre que haja a hipótese de incidência da curatela, opte-se pela **curatela compartilhada** como modo de opção política e social na defesa dos interesses fundamentais do curatelado, a fim de que os bens de natureza patrimonial não sejam desviados por interesses escusos.

Dessa forma, a tese da flexibilização da curatela adotada pelo atual Código de Processo Civil pode ocultar, interesses alheios à pessoa com sofrimento mental, sob a égide do "princípio do melhor interesse do interditando", ao torná-lo segregado do convívio social. Assim, o compartilhamento da responsabilidade perante o Poder Judiciário certamente reforçará ainda mais a primazia pela transparência na prestação de contas no cuidado da pessoa em situação de vulnerabilidade.

A Reforma Psiquiátrica vai além de transformações institucionais e assistenciais, tratando-se também, sobretudo de um desmantelamento de saberes e práticas que envolve o fenômeno existência-sofrimento relativos à loucura. É preciso, portanto, de uma legislação que regule a tomada de decisão apoiada a partir da Política

Nacional de Saúde Mental (L.10.216/01) e que esteja atenta à agenda do Movimento Nacional da Luta Antimanicomial.

Nesse sentido, uma maior ampliação da rede de assistência psicossocial extra-hospitalar é suficiente para a terapêutica adequada na reabilitação do pessoa em sofrimento psíquico e preservação da sua autonomia, não havendo necessidade da existência de hospitais psiquiátricos[43]. Diante disso, exige-se uma nova hermenêutica da Lei da Reforma Psiquiátrica, tendo em vista as diretrizes da Lei de Inclusão Brasileira, a fim de promover avanços efetivos na Política Nacional de Saúde Mental e no cuidado terapêutico das pessoas com sofrimento psíquico.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. *Curatela & Interdição Civil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Primeiras Linhas sobre a Interdição após o Novo Código de Processo Civil.* Curitiba: Ed. CRV, 2015.

AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. *Psiquiatria Social e Reforma Psiquiátrica*. 1ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1998.

[43] A Portaria n.336/GM de 19 de fevereiro de 2002 que institui os CAPs, prevendo seu funcionamento em área física específica e independente de qualquer estrutura hospitalar (art.3º). Decorrente das recomendações contidas no Relatório Final da IV Conferência Nacional de Saúde Mental Intersetorial, realizada em 2010, a Portaria n. 3.088 de 23 de dezembro de 2011 estabeleceu a Rede de Atenção Psicossocial para as pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do SUS e tem como diretrizes, dentre outras, o respeito aos direitos humanos, ao garantir a autonomia e a liberdade das pessoas (art.1º, I) e o desenvolvimento de atividades no território, que favoreça a inclusão social com vistas à promoção de autonomia e ao exercício da cidadania (art1º, VII). Além disso, prevê os CAPs como ponto de atenção da Rede de Atenção Psicossocial na atenção psicossocial especializada (art.7º), bem como enfermarias psiquiátricas em Hospital Geral (art.10, I) e Estratégias de Desinstitucionalização através dos Serviços Residenciais Terapêuticos (art.11, §§ 1º, 2º e 3º).

_____. Loucos pela Vida: *A Trajetória da Reforma Psiquiátrica no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003.

BARRETO, Jubal. *O umbigo da Reforma Psiquiátrica*. Cidadania e avaliação de qualidade em saúde mental. Juiz de Fora: Editora da UFJF, 2005.

BASTIDE, Roger. *Sociologia das doenças mentais.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967.

BEZERRA, Jr, Benilton. Cidadania e loucura: um paradoxo? In: *Psiquiatria sem hospício: Contribuições ao estudo da reforma psiquiátrica.* (Bezerra, Jr. B., Amarante, P.(org) Rio de Janeiro: Relumé-Dumará,1992.

BOTEGA, Neury J.; DALGALARRONDO, Paulo. *Saúde Mental no Hospital Geral*. Espaço para o psíquico. São Paulo: Editora HUCITEC,1993.

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

_____.Decreto n.24.559, de 03 de julho de 1934. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, 27 jun. 1990a. Seção I. p.7877-7882.

_____.Portaria/ Secretaria Nacional de Assistência à Saúde n.224 de 29 de janeiro de 1992. Brasília, 29 jan1992. Disponível em: http://www.saude.sc.gov.br/geral/planos/programas_e_projetos/saude_mental/portarian224.htm. Acesso em 17 ago 16.

_____. Lei n. 10.216/01, de 6 de abril de 2001.Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 09 abr 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 24 jun 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 24 jun 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.306.687/MT. Disponível em:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1285993&num_registro=201102447769&data=20140422&formato=PDF Acessado em 17 ago 2016.

_____. Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 9de jul 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em 17 ago 2016.

_____. Decreto Legislativo n. 6.949, de 9 de ago de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 25 de ago 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 17 ago 2016.

_____. Portaria n. 3.088, de 23 de dezembro de 2011. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF 26 dez 2011. Disponível em:

http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html Acesso em: 17 ago 2016.

_____. Lei n. 12.842, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 10 jul 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2013/Lei/L12842.htm Acesso em: 17 ago 2016.

_____.Lei n. 13.146/15, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 07 jul 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm Acesso em: 24 jun 2016.

CANGUILHEM, Georges. O *normal e o patológico.* Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1978.

CARVALHO NETTO, Menelick. Uma reflexão constitucional acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei. Veredas do Direito (Belo Horizonte), v. 2, p. 67-80, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CASTEL, Robert: A Ordem Psiquiátrica - A idade de Ouro do Alienismo. Rio de janeiro: Graal, 1978.

COSTA, Jurandir Freire Costa. *História da Psiquiatria no Brasil*: um corte ideológico. 5.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

CZERESNIA, Dina. *Categoria vida*: reflexões para uma nova biologia. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012.

DINIZ, Débora. O que é deficiência. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense (Coleção Primeiros Passos), 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*; trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes,1999.

ESTELLITA-LINS, Carlos. Michel Foucalt e Clínica. In: *Foucaut hoje?* (André Queiroz, Nina Velasco e Cruz (org). Rio de Janeiro: 7 Letras, 2007.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas.* São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1992 [1966].

_____. O *Nascimento da Clínica.* Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1977.

_____. *História da loucura na idade clássica.* São Paulo, Perspectiva, 1978 [1961].

GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. Tradução de Dante Moreira Leite. 7ª edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001 [1961].

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003,v.1.

LOUGON, Mauricio. *Psiquiatria Institucional:* do hospício à reforma psiquiátrica. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2006.

MENEZES, Joyceane Bezerra. *Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/15).* Revista Brasileira de Direito Civil. vol. 9 /2016/ p. 31 - 57 / Jul - Set / 2016.

PACHECO, Juliana Garcia. *Reforma Psiquiátrica, uma realidade possível*: representações sociais da loucura e a história de uma experiência Curitiba: Juruá Editora, 2009.

PEREIRA, Lívia Barbosa. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Justiça*: novos contornos das necessidades humanas para a proteção social dos países signatários. Brasília, 2013, 161 p. Dissertação (Mestrado em Política Social) - Programa de Pós-Graduação em Política Social. Universidade de Brasília, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Lei 13.146. Acrescenta Novo Conceito para Capacidade Civil.* Revista Consultor Jurídico, 10 ago 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>. Acesso em: 29 ago 2018.

REQUIÃO, Maurício. *As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 6/2016/ p. 37 - 54 / Jan - Mar / 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SILVA, Janaína Lima Penalva da. *O direito fundamental à singularidade do portador de sofrimento mental*: uma análise da Lei 10.216/01 à luz do princípio da Integridade do Direito. Brasília, 2007, 144 p. Dissertação

(Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2007.

STOLZE, Pablo. *Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41381>. Acesso em: 29 ago. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 12. ed., Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016, v 1: Lei de Introdução e Parte Geral.

VANSCONCELOS, Eduardo Mourão. *Reforma Psiquiátrica, tempos sombrios e resistência:* diálogos com o marxismo e o serviço social. 1 ed., Campinas: Editora Papel Social, 2016.

KINOSHITA, Roberto Tykanori. Uma experiência pioneira. A reforma psiquiátrica italiana. In: *Saúde Mental e Cidadania*. (Marsiglia, R.G. et al.), pp. 67 – 83. São Paulo: Edições Mandacaru/Plenário de Trabalhadores em Saúde Mental do Estado de São Paulo,1987

YASUI, Silvio. *Rupturas e Encontros*: desafios da Reforma Psiquiátrica brasileira. 22ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2010.

A DEPRESSÃO E SUA ORIGEM OCUPACIONAL SOB A ÓPTICA DO PERITO MÉDICO

Rodrigo Trisoglino Nazareth[*]
Paulo Lascani Yered[*]
Samira da Costa Fontes[*]
Marcos Montani Caseiro[*]

RESUMO: O perito, ao realizar o exame pericial, deve estar atento ao fato de que não é o "senhor da verdade", mas que serve como *instrumento* para o alcance da verdade. Em se tratando de doença ocupacional, deve se orientar pelo fato de que não há necessidade de que se descubra a verdadeira causa da doença, bastando que haja uma relação de causalidade, ainda que não seja única, entre a doença e o trabalho. Com base em um roteiro conjunto elaborado por três advogados e um médico, o presente ensaio considera as técnicas e utiliza a depressão, doença que pode apresentar um conjunto de fatores de desencadeamento, como objeto central. A proposta é a de que a prova pericial reflita uma verdade acessível a todos atores processuais que precisam conhecer os caminhos percorridos pelo perito medico para alcançar uma dada

[*] Mestrando em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2012). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos. Advogado. Pesquisador. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável". E-mail: trisoglino@yahoo.com.br

[*] Mestrando em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2012). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos. Advogado. Pesquisador. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável". E-mail: paulolascani@gmail.com.

[*] Mestranda em Direito da Saúde na Universidade Santa Cecília. Especialista em Direito Público pela Universidade Potiguar. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos. Advogada. Membro da Comissão de Direito da Saúde da OAB/Santos. Pesquisadora. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável". E-mail: samirafontes@hotmail.com

[*] Doutor em Infectologia pela Universidade Federal de São Paulo (2001). Mestre em Medicina (Medicina Preventiva) pela Universidade de São Paulo (1996) e Doutorado em Infectologia pela Universidade Federal de São Paulo (2001). Médico. E-mail: mcaseiro@uol.com.br

conclusão, viabilizando, inclusive, o questionamento quanto a metodologia empregada e quanto a conclusão.

Palavras-chave: Perícia médica. Depressão. Doença Ocupacional. Nexo de Causalidade.

ABSTRACT: The expert, when carrying out the expert examination, should be aware that he is not the "lord of truth", but serves as an instrument for reaching the truth. In the case of occupational disease, it should be guided by the fact that there is no need to discover the true cause of the disease, if there is a causal relationship, even if not unique, between illness and work. Based on a joint script prepared by three lawyers and a physician, this essay considers techniques and uses depression, a disease that may present a set of triggering factors, as the central object. The proposal is that the expert evidence reflects a truth accessible to all procedural actors who need to know the paths taken by the medical expert to reach a given conclusion, making possible, including the questioning of the methodology used and the conclusion.

Keywords: Medical expertise. Depression. Occupational disease. Causality Nexus.

1 INTRODUÇÃO

Uma série de lesões, próprias das fragilidades do organismo humano, pode ser ocasionada pelo exercício de inúmeras tarefas. Para tais eventos, surgiu a teoria do seguro social, pela qual as reparações são feitas pela Seguridade Social. A responsabilidade concomitante da empregadora, no entanto, existe apenas quando se verifica o dano (incapacidade), o nexo de causalidade/concausalidade entre as mazelas do empregado e as atividades exercidas, além de culpa ou dolo da empresa pela inobservância das normas de segurança e medicina do trabalho.

Devido a inúmeras circunstâncias que se encontram na recente história dos povos e no próprio Brasil, observa-se um aumento progressivo de ações trabalhistas apontando a depressão como doença ocupacional. Os casos de depressão aumentaram quase 20% na última

década, transformando-se na maior causa de incapacidade do mundo, conforme alertou a Organização Mundial da Saúde (OMS). O número de pessoas com depressão chegou a 322 milhões, 18,4% a mais que dez anos antes, em 2005[1]. No Brasil, mais de 75,3 mil trabalhadores foram afastados em razão da depressão em 2016.[2] Diante deste cenário, deságua sobre os médicos peritos, enquanto auxiliares da justiça, o enfrentamento de uma difícil questão, qual seja: a etiologia da depressão - como encontrar o causador, a provável causa ou conjunto de fatores que desencadearam a doença.

A perícia médica é um elemento probatório crucial: um aporte que pressupões conhecimento técnico científico específico no sentido de esclarecer os pontos controvertidos para a solução do processo judicial. O perito deve dominar as condicionantes da ciência médica para prestar o papel designado pelo Juiz, deve abster-se do trabalho que lhe escapa o domínio e, reconhecer eventuais equívocos em uma primeira apreciação do caso, reconsiderando ou voltando atrás.

Partindo do pressuposto de que a perícia médica judicial constitui um objeto de conhecimento transversal, no sentido de que sua essência somente pode ser compreendida pela visão conjunta de diferentes campos de saber, o presente trabalho tem como objeto demonstrar a trajetória percorrida sob a perspectiva de um perito médico judicial, visando o aperfeiçoamento deste importante papel e, por conseguinte, da Administração da Justiça.

2 O PERITO E A ESPECIALIDADE MÉDICA

O Código de Processo Civil estabelece em seu art. 156 que "O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico". Para ser perito, o profissional deve estar habilitado e o órgão técnico devidamente inscrito no Tribunal, ao

[1] FRANCE PRESSE. Depressão é a maior causa de incapacitação no mundo, diz OMS. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 30 mar. 2017. Equilíbrio e Saúde. Disponível em: <http://bit.ly/2Mn1m9b>. Acesso em: 21 ago. 2018.

[2] NASCIMENTO, Bárbara. Médicos e policiais estão entre profissões que mais sofrem com depressão. **O Globo**, Brasília, 12 fev. 2017. Economia. Disponível em: <https://glo.bo/2OWB3U9>. Acesso em: 21 ago. 2018.

qual compete realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados.

Segundo SAVARIS[3], o perito médico pode ser conceituado como:

> Um intérprete da linguagem técnica, formada por enunciados da ciência médica e por fatos examinados para uma linguagem em que os operadores jurídicos (juízes, advogados, procuradores, agentes do Ministério Público) compreendam e possam sustentar suas argumentações.

Inexiste dispositivo de lei que determine especialização médica para a confecção de laudo pericial especialização médica para a confecção de laudo pericial. Contudo, admite-se no ato da nomeação do Perito, que a parte questione a capacidade profissional do assistente do Juízo no que diz respeito à sua especialidade médica. Se por um lado a substituição do perito e produção de nova prova constituem prerrogativas do magistrado face aos princípios do livre convencimento, por outro, incumbe a parte demonstrar prejuízo firme no princípio constitucional de sua ampla defesa.

Sobre esse aspecto vejamos a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, segundo voto da Rel. Maurilio de Paiva Dias[4] :

> No caso dos autos, em que se busca o reconhecimento de que a moléstia psiquiátrica que acometeu a autora é de origem ocupacional, esta deveria ter sido apurada por perito médico com especialidade em psiquiatria, pois é este profissional que possui conhecimento técnico e científico para a conclusão acerca das condições de saúde mental do trabalhador, não se mostrando como

[3] SAVARIS, Jose Antônio. **Curso de perícia judicial**, 3. ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

[4] SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Processo nº 00020031920105020317, Quinta Turma. Relator: Maurilio de Paiva Dias. São Paulo, 27 de novembro de 2012. Diário de Justiça do Estado: 27 nov. 2012.

> profissional suficientemente habilitado para o presente caso o perito médico nomeado pelo MM. Juízo de origem.

Uma grande dificuldade em relação à qualidade das perícias psiquiátricas se encontra no fato da especialização formal do psiquiatra no país estar voltada quase que exclusivamente para aspectos terapêuticos (e isto também ocorre com outras especialidades). Os psiquiatras no Brasil são formados para clinicar, não periciar. Há incompatibilidade de psiquiatras com conhecimento clínico, mas sem noções periciais adequadas, ou peritos generalistas com excelente experiência pericial, mas sem conhecimento técnico na especialidade de psiquiatria.

A psiquiatria é a única especialidade da medicina que formalizou de modo consciente e abrangente os processos diagnósticos para os transtornos em seu domínio. Tal estrutura é de grande importância, uma vez que carece de etiologias reconhecidas para a maioria dos transtornos, bem como de testes laboratoriais específicos. Por consequência, os diagnósticos deverão valorizar a história e os sintomas apresentados pelo paciente. Sem essa estrutura o processo diagnóstico poderia se tornar confuso e embaralhado.[5]

3 A ETIOLOGIA *VERSUS* O NEXO CAUSAL. A CONCAUSALIDADE DA DEPRESSÃO E A ESTRUTURA DA INVESTIGAÇÃO PERICIAL

A Constituição Federal que elencou o direito à saúde como um direito (art. 6º), garantindo aos trabalhadores o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7, inciso XXII). O artigo 19 da Lei 8.213/1991 conceitua como acidente de trabalho típico aquele que ocorre pelo exercício do trabalho à serviço da empresa que provoque lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade de trabalho.

Considera-se como doença profissional aquela produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada

[5] DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. Porto Alegre: Artmed, 2000.

atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social (art. 20, I); e como doença do trabalho, aquela desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I (art. 20, II).

Portanto, para fins de acidente de trabalho, há sempre a necessidade da existência de lesão ou disfunção geradora da perda da capacidade para o trabalho. É importante salientar que este conceito não exclui aquele ocupacional, de eventos ocorridos em objeto de serviço, mesmo que sem lesão ou incapacidade. Estes, para fins previdenciários, somente têm importância epidemiológica e de sinistralidade.

Com efeito, a Lei 8.213/91, em seu artigo 20§ 1º, prevê que não podem ser consideradas como de origem ocupacional: *doenças degenerativas (a); doenças inerentes a grupo etário(b); doenças que não ocasionem incapacidade(c); doença endêmica em habitante de região(d).*

Entretanto, devemos entender que nexo causal não é sinônimo de nexo etiológico. O primeiro é mais amplo, perfaz a causalidade e os casos de agravamento, enquanto que o segundo é mais restrito por tratar da origem ou desencadeamento do dano laboral. A diferença entre nexo causal e nexo etiológico é bem definida por José Antonio de Oveira Silva:[6]

> [...] sendo que a Etiologia é a parte da Medicina que trata da causa das doenças. Ocorre que para a caracterização da doença ocupacional, não há necessidade de que se descubra a verdadeira causa da doença, bastando que haja uma relação de causalidade - ainda que não seja única - entre a doença e o trabalho.

Dito isto, vala observar que o conhecimento pleno das etiologias se limita às doenças infecciosas. Nas áreas da etiologia e fisiopatologia, a psiquiatria tem mais territórios inexplorados do que o resto da medicina. A maioria dos transtornos ou doenças diagnosticadas

[6] SILVA, José Antônio de Oliveira. Os problemas relacionados as pericias judiciais para a constatação de doença ocupacional e a responsabilidade objetiva do empregador pelos danos decorrentes de acidentes do trabalho e adoecimentos ocupacionais. **Revista LTr**, São Paulo, v. 74, n. 11, 2010, p. 1326.

na psiquiatria são síndromes: conjunto de sintomas que tendem a ocorrer juntos e que parecem ter curso e desfecho característicos.

Consequência lógica, o nexo de causalidade da depressão não precisa ser exclusivo na ocorrência acidentária, podendo concorrer uma causa relacionada com o trabalho e outras desvinculadas, o que se atribui o nome de concausalidade, conforme previsão do artigo, 21, I, da lei 8.213/91.

Ponderando sob tais aspectos, a jurisprudência, baseada em perícias médicas consentâneas com essa realidade, vem reconhecendo a responsabilidade do empregador.

Assim vejamos o voto do Desembargador Paulo Ricardo Pozzolo[7], da 1ª Turma do TRT da 9ª Região, ao destacar:

> O afastamento com percebimento de benefício previdenciário, aliado a prova documental e pericial, evidencia a ocorrência do dano. Na análise das patologias não se deve limitar exclusivamente na atividade laboral em si ou nas características estritamente antropológicas ou genéticas do trabalhador, **mas do conjunto de tais elementos extrair-se as conclusões mais adequadas a cada caso concreto.** Além disso, o nexo de causalidade não precisa ser exclusivo na ocorrência acidentária, podendo concorrer uma causa relacionada com o trabalho e outras desvinculadas. **A isso denomina-se concausa (art. 21, I da lei 8213/91), que são fatos ou circunstâncias que se somam à causa, do que resulta o evento final. Exige-se apenas que a causa concorrente esteja ligada direta ou indiretamente ao trabalho. Se tal ocorrer é correta a decisão que responsabiliza a Reclamada pela doença.**

No mesmo sentido, o TRT15, no Processo 0024100-71.2009.5.15.0095, reconheceu a existência do dever de indenizar do empregador à trabalhadora que sofre de depressão, tendo o trabalho agido como **concausa** para o **desenvolvimento da enfermidade**,

[7] PARANÁ (Estado). Tribunal Regional do Trabalho (9. Região). Recurso Ordinário nº 00499-2013-021-09-00-0, Primeira Turma. Relator: Ricardo Pozzolo. Curitiba, 26 de outubro de 2016. **Diário de Justiça do Trabalho eletrônico**: 27 out. 2016.

conforme voto da Relatora Desembargadora Maria Madalena De Oliveira[8]:

> [...] Como bem pontuou a Origem, "plenamente demonstrado, portanto, que os **graves episódios depressivos que acometeram a reclamante, no curso da vigência contratual, tiveram relação com o serviço cumprido na reclamada.** E como as doenças para as quais o mourejo tenha contribuído como concausa são equiparadas a acidentes do trabalho (art. 21, I, lei 8.213/91), é inegável, no presente caso, a configuração da moléstia de ocupacional, estando presente o nexo causal
> Acrescento que a reclamante teve que se afastar do trabalho por mais de três meses. Os atestados médicos de fls. 319 e 302 (14 e 40 dias, respectivamente) registram o CID f332 (transtorno depressivo recorrente, episódio atual grave sem sintomas psicóticos). A reclamante foi afastada, com a percepção de auxílio previdenciário (código 31) de 12/06/2008 a 20/08/2008 (fls. 93/94, 330 e 657/663). Retornou do afastamento em 22/08/2008 (atestado de retorno ao trabalho de fls. 113 e 327) e foi demitida sem justa causa em 27/08/2008 (TRCT de fls. 117, 239/240.Ora, referida situação revela que a **empresa já sabia dos problemas de saúde que a reclamante vinha enfrentando e, mesmo assim, dispensou a empregada, deixando-a ao total desamparo.**
> Por esses motivos e razões, considerando-se, ainda, os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da função social da empresa, encontrados na CF/88 e no CC, deve ser mantida a r. sentença que reconheceu que a autora, no ato da dispensa, padecia de doença ocupacional (equiparada a acidente de trabalho) e não poderia ter sido dispensada. (grifo nosso).

[8] CAMPINAS (Cidade). Tribunal Regional do Trabalho (15. Região). Recurso Ordinário nº 0024100-71.2009.5.15.0095, Terceira Turma. Relatora: Maria Madalena de Oliveira. Campinas, 30 de setembro de 2014. **Diário de Justiça do Trabalho eletrônico**: 9 out. 2014.

Dito isto, o estabelecimento da relação causal ou nexo técnico (e não apenas o nexo etiológico), bem como a concausa, entre a doença e o trabalho é de responsabilidade do médico, conforme disciplina a Resolução/CFM n. 1.488/1998, de modo que além do exame clínico (físico e mental) e exames complementares, quando necessários, deve o médico considerar:

> I- A história clínica e ocupacional, virtualmente decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação de nexo causal;
> II- O estudo do posto de trabalho;
> III- O estudo da organização do trabalho;
> IV- Dados epidemiológicos;
> V- A literatura atualizada;
> VI- A ocorrência de quadro clínico ou sub-clínico em trabalhador exposto a condições agressivas;
> VII- A identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros;
> VIII- Os depoimentos e a experiência dos trabalhadores;
> IX- Os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam, ou não, da área da saúde.

Não existe um modelo estabelecido para os laudos periciais na perícia judicial. Contudo, há um roteiro normalmente seguido pelo Manual Técnico de Perícia Previdenciária elaborado pelo INSS em 2018[9], composto de: Identificação **(I);** Data, hora, local e motivo **(II);** Súmula do exame contendo o histórico e o exame físico **(III);** Discussão **(IV);** Conclusão **(V)** e Quesitos **(VI).** No tocante a discussão e conclusão, podemos considerar como elementos comuns os esclarecimentos dos seguintes pontos: *O trabalhador é portador de doença ou lesão? A doença ou lesão leva a pessoa a incapacidade do trabalho? A incapacidade é parcial ou total? Permanente ou Temporária? Quando se iniciou a doença e a incapacidade? Há nexo causal ou concausal com as atividades laborais?*

[9] INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária**. Brasília: Instituto Nacional do Seguro Social, 2018.

Entrementes, este roteiro deveria ir além, de modo que a determinação da incapacidade em matéria de depressão submetidos à Justiça do Trabalho e por conseguinte, do preenchimento dos demais pressupostos de responsabilidade do empregador, depende, fundamentalmente, de um conjunto de atitudes e correlação de conhecimentos do perito, que passam não só pelo Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais (DSM), regulação neuroendócrina ou fatores genéticos, como também pela valorização da história e dos sintomas, noções de sobressimulação, fatores psicossociais - acontecimentos na vida e estresse ambiental, dados profissiográficos, epidemiológicos etc. Sobre a persecução deste conjunto de fatores que podem desencadear a doença permitimo-nos debruçar um pouco mais, assim vejamos:

3.1 A depressão

Baseado na definição da Organização Mundial de Saúde - OMS - ONU, entendem- se como Transtornos Mentais e Comportamentais as condições caracterizadas por alterações do modo de pensar e/ou do humor (emoções), e/ou por alterações do comportamento associadas à angústia expressiva e/ou deterioração do funcionamento psíquico global

Os transtornos depressivos incluem transtorno disruptivo da desregulação do humor, transtorno depressivo maior (incluindo episódio depressivo maior), transtorno depressivo persistente (distimia), transtorno disfórico pré-menstrual, transtorno depressivo induzido por substância/medicamento, transtorno depressivo devido a outra condição médica, outro transtorno depressivo especificado e transtorno depressivo não especificado.[10]

Segundo a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - CID 10, dividem-se em:

[10] AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais** [recurso eletrônico]: DSM-5. Tradução de Maria Inês Corrêa Nascimento et al., 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

CID 10 - F32	Episódios depressivos
CID 10 - F32.0	Episódio depressivo leve
CID 10 - F32.1	Episódio depressivo moderado
CID 10 - F32.2	Episódio depressivo grave sem sintomas psicóticos
CID 10 - F32.3	Episódio depressivo grave com sintomas psicóticos
CID 10 – F32.8	Outros episódios depressivos
CID 10 - F32.9	Episódio depressivo não especificado

De acordo com DSM-IV-TR, melhor definida a seguir, um TDM (também conhecido como depressão unipolar) ocorre sem história de episódios maníacos, mistos ou hipomaníacos.

Cada episódio deve durar no mínimo duas semanas, e tipicamente o indivíduo com diagnóstico de episódio depressivo maior também experimenta pelo menos quatro sintomas de uma lista que inclui mudanças no apetite e no peso, alterações no sono e no nível de atividade, falta de energia, sentimento de culpa, irritabilidade, dificuldade para pensar e tomar decisões, além de pensamentos recorrentes de morte e suicídio.

3.2 Exame médico acurado

A busca da etiologia e da fisiopatologia dos transtornos psiquiátricos exige que o perito identifique corretamente o diagnóstico, para separar grupos de pacientes que possam ter o mesmo mecanismo de produção de seus sintomas. Por consequência, os diagnósticos deverão valorizar a história e os sintomas do paciente.

A entrevista pericial deve ser extremamente cautelosa. Isto porque, é comum que o avaliado, mesmo que inconscientemente, sobrevalorize seus sintomas com o intuito de convencer o perito sobre a realidade do seu desejo. Nesse aspecto, o perito deve compreender que a sobressimulação é um processo humano, muitas vezes consciente e relativo à expectativa do avaliado de convencer o avaliador de sua própria crença (crença na sua incapacidade). Assim, o perito há que estabelecer nesta entrevista que a sobressimulação lhe será prejudicial, pois não terá correspondência clínica e podem ser interpretadas como totalmente inexistentes.

Por muitas vezes nota-se o suposto restabelecimento da capacidade (muito comum nas pericias do INSS), pela interpretação antecipada de que o paciente "não está se esforçando para melhorar". Contudo, não se pode perder de vista que a evolução nos protocolos de tratamento é de responsabilidade do médico assistente. Desta feita, o periciando pode não estar se esquivando do tratamento, observando que em inúmeros casos este pode vir seguindo adequadamente as ordens médicas, as quais, porém, trazem conduta médica estagnada.

Compete ao Perito Médico o registro das informações declaradas pelo segurado, referentes à profissão ou ocupação do examinado, devendo ser realizado de forma a caracterizar adequadamente o tipo de atividade por ele exercida. Deve-se caracterizar inicialmente a função profissional do requerente e seu histórico laboral, evitando-se expressões vagas ou genéricas, como ajudante, operário, servente, bancário, comerciário. Salienta-se a importância da caracterização da atividade específica: tecelão, servente de serviços gerais, caixa de banco, vendedor balconista, etc. O Perito necessita investigar cuidadosamente o tipo de atividade, as condições em que é exercida, se em pé, se sentado, por quanto tempo, com qual grau de esforço físico e mental, atenção continuada, a mímica profissional (movimentos e gestos para realizar a atividade, etc.). As condições do ambiente em que o trabalho é exercido podem, também, fornecer subsídios importantes à avaliação. No caso de o segurado estar desempregado, essa situação também deverá ser mencionada, bem como seu histórico laboral anterior.

É importante, pois, realizar o histórico da doença atual. Refere-se à descrição dos primeiros sinais e sintomas, duração e evolução do quadro clínico, complicações. Os sintomas ou doenças informadas como sendo a causa do afastamento do trabalho devem ser minuciosamente caracterizados quanto à localização, intensidade, frequência, fatores de exacerbação ou atenuantes.

Deve-se registrar, ainda, tratamentos realizados, internações hospitalares e dados relevantes do relatório/atestado do médico assistente, bem como informações de outros profissionais, registrando o (s) nome (s) e registro no CRM do (s) profissional (is) emissor (es). Importante relatar se o requerente veio acompanhado e quem informa a

história clínica. As informações do atestado/relatório do médico assistente, dos exames complementares com data, local da realização, nome e registro no conselho do profissional que o realizou, devem ser sucintamente registradas, principalmente no que se refere às alterações. Deve-se, ainda, descrever os tipos de tratamento (medicamentoso com nome e dosagem, fisioterápico, cirúrgico, radioterápico e outros), seus resultados, complicações e efeitos colaterais.[11]

Ainda, indispensável a análise do DMS- *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* ou Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais que nada mais é do que uma classificação categórica efetuada pela Associação Americana de Psiquiatria (*American Psychiatric Association* - APA) , que divide os transtornos mentais em tipos, com base em conjuntos de critérios com características definitórias. A designação de categorias é o método tradicional de organização e transmissão de informações na vida cotidiana e tem sido a abordagem fundamental usada em todos os sistemas de diagnóstico médico. Existem cinco revisões para o DSM desde sua primeira publicação em 1952. A maior revisão foi a DSM-IV, publicada em 1994. O DSM-5 (também referido como DSM-V) foi publicado em 18 de maio de 2013 e é a versão atual do manual.

O DSM utiliza uma Escala de Avaliação de Incapacidade da Organização Mundial da Saúde, Versão 2.0 (WHODAS 2.0), desenvolvida para avaliar a capacidade de um paciente de realizar atividades em seis áreas: compreensão e comunicação; locomoção; autocuidado; relação com as pessoas; atividades da vida diária (p. ex., tarefas domésticas, trabalho/escola); e participação na sociedade. A escala é autoaplicável e foi desenvolvida para ser usada em pacientes com qualquer transtorno médico. Ela corresponde a conceitos contidos na Classificação Internacional de Funcionamento, Deficiência e Saúde da OMS. Essa avaliação também pode ser usada ao longo do tempo para acompanhar as alterações nas deficiências de um paciente.[12]

Não obstante o sistema DSM tenha melhorado a fidedignidade do diagnóstico, nem todos os dados disponíveis sobre o paciente são adequados para a adoção de critérios totalmente científicos. Nesse

[11] INSTITUTO..., op. cit., 2018.
[12] AMERICAN..., op. cit., p. 738.

sentido a proposta do exame acurado. Sobre a questão, importante a conclusão de Sandra Caponi[13] em artigo sobre o tema:

> [...] não é possível considerar que cada um dos nossos sofrimentos é uma resposta à infidelidade, frustração ou dificuldade que nosso ambiente nos impõe. Os critérios definidos pelo DSM-IV não são suficientes para caracterizar o diagnóstico É necessário introduzir um segundo nível discursivo, não mais descritivo mas etiológico.

3.3 Regulação neuroendócrina

O sistema endócrino, formado pelo conjunto de glândulas que apresentam como atividade característica a produção hormônios deve ser objeto de investigação. Segundo o DSM, há dados relatados bastante consistentes com a hipótese de que transtornos dessa ordem se associam com desregulações heterogêneas das aminas biogênicas. Destas, as aminas biogênicas como a norepinefrina e a serotonina são os dois neurotransmissores mais implicados na fisiopatologia dos transtornos do humor. Outros fatores neuroquímicos como os aminoácidos neurotransmissores (GABA) e os peptídeos neuroativos (em especial a vasopressina e os opióides endógenos) têm sido implicados na fisiopatologia dos transtornos do humor. Ainda segundo o DSM-IV-TR, fatores genéticos e psicossociais têm sido apontados também como associados a tais manifestações.

O hipotálamo é central na regulação dos eixos neuroendócrinos e ele próprio recebe muitos inputs neuronais que utilizam as aminas biogênicas neurotransmissoras. Várias desregulações neuroendócrinas foram relatadas em pacientes com transtornos do humor. Os principais eixos neurotransmissores de interesse nos transtornos do humor são os eixos adrenais, da tireoide e do hormônio do crescimento. Cerca de 50% dos pacientes deprimidos têm níveis corticais elevados.

[13] CAPONI, S. An epistemological analysis of the diagnosis of depression. **Interface - Comunic., Saúde, Educ**., Botucatu, v. 13, n. 29, p. 327-338, abr./jun. 2009.

3.4 Fatores genéticos

Dados genéticos dão forte indicação de que um fator genético significativo está envolvido no desenvolvimento de um transtorno do humor, mas o padrão de herança genética é complexo. O fator genético provavelmente tem papéis causais no desenvolvimento dos transtornos do humor em pelo menos alguns indivíduos. O componente genético exerce um papel ainda mais significativo na transmissão do transtorno bipolar I do que no transtorno depressivo maior. Interessante, portanto, ao médico perito proceder a avaliação inclusive familiar do periciando, fato bastante incomum nas pericias atuais, mas de utilidade e abrangência extremamente validas. .

3.5 Fatores psicossociais: acontecimentos na vida e estresse ambiental

Ao contrário do que normalmente se pensa, os fatores psicológicos e sociais muitas vezes são consequência e não causa da depressão. Situações de grave estresse pode precipitar a depressão em pessoas com predisposição, muitas vezes genética.

Há uma antiga e duradoura observação clínica de que acontecimentos estressantes da vida mais frequentemente precedem o primeiro episódio de transtorno do humor, em vez dos subsequentes. Essa associação tem sido relatada tanto em pacientes com transtornos depressivos como naqueles com transtorno bipolar.

Alguns clínicos acreditam que em papel maior dos acontecimentos da vida na depressão enquanto outros sugerem que se limitaria ao início e no momento da depressão. Os dados mais convincentes indicam que os acontecimentos da vida associado com mais frequência ao desenvolvimento da depressão é a perda de um dos pais antes dos 11 anos de idade. O estressor ambiental associado com mais frequência ao início de um episódio de depressão é a perda de um cônjuge. Outro fator de risco é o desemprego (três vezes mais probabilidade de relatar sintomas de um episódio de depressão maior do que os que estão empregados).[14]

[14] MENDES, Rene. **Patologia do Trabalho**, 3. ed. São Cristóvão: Ed. Atheneu: 2013.

Destarte, além do sistema endócrino, genético, a história psicossocial deve ser investigada, isto é, situações que possam ter relação ou agravar a doença atual: condições da habitação (atual e anteriores), saneamento básico, acessibilidade, mobilidade urbana, grau de instrução, relacionamento interpessoal, vida familiar e social, situação econômica (salário, orçamento familiar, quantas pessoas trabalham e contribuem, responsabilidade do paciente, dificuldades e limitações).

3.6 Conhecimento dos dados profissiográficos

Dados profissiográficos são originários de documento histórico-laboral do trabalhador que reúne, entre outras informações, dados administrativos, registros ambientais e resultados de monitoração biológica, durante todo o período em que este exerceu suas atividades na respectiva empresa. Tendo sua elaboração obrigatória a partir de 01.01.2004 (data fixada pela IN INSS/DC 96/2003) o PPP – Perfil Profissiográfico Previdenciário tem por objetivo primordial fornecer informações para o trabalhador quanto às condições ambientais de trabalho. É fundamental, pois, a história patológica pregressa - doenças/acidentes anteriores ou comorbidades que possam ter relação com a incapacidade laborativa alegada.

3.7 Correlação dos dados epidemiológicos

O transtorno depressivo maior (TDM) é uma condição comum. A prevalência (número de casos numa população) da depressão é estimada em 19%, o que significa que aproximadamente uma em cada cinco pessoas no mundo apresentam o problema em algum momento da vida. A prevalência é de duas vezes maior nas mulheres em relação aos homens e a idade média de início do transtorno é de 40 anos, com 50% de todos os pacientes tendo o início entre os 20 e 50 anos. Quanto ao estado civil, o transtorno depressivo ocorre com mais frequência em pessoas sem relacionamentos interpessoais íntimos ou que são divorciadas ou separadas. Os transtornos de humor ou mentais, a depender do grau, costumam ser patologias de origem e cunho genético/orgânico sem nenhuma relação laboral. Podem se manifestar

em qualquer situação laboral ou social em qualquer outra empresa, e mesmo serem trauma por realidades sociais existentes nas periferias nas grandes cidades e no resto do país, e de conhecimento público e governamental, ou seja, não existe necessidade de trabalhar nessas comunidades para conhecê-las.

3.8 Conhecimento da legislação pertinente

O Decreto n. 99.350, de 27 de junho de 1990, criou o INSS com a função básica de arrecadação das contribuições, além de concessão e pagamento dos benefícios da Previdência Social, fruto da fusão do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS com Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS colocar por extenso.

No ano seguinte, as Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, dispuseram sobre a organização da Seguridade Social, o Plano de Custeio e os Planos de Benefícios da Previdência Social. Ao longo do tempo, dentre as alterações sofridas pela Lei nº 8.213, de 1991, destacamos a trazida pela Lei nº 11.430, de 26 de dezembro de 2006, vez que ampliou o leque de possibilidades para caracterização do acidente de trabalho, instituindo o Nexo Técnico Epidemiológico – NTEP.

Dessa forma, a Lei n. 8.213, de 1991, foi acrescida do art. 21-A e passou a considerar a caracterização da natureza acidentária da incapacidade quando constatada a ocorrência de nexo entre o trabalho e o agravo decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida, elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID, sendo portanto, realizada uma caracterização epidemiológica a ser ou não ratificada pela Perícia Médica do INSS.

O art. 337 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, alterado pelo Decreto nº 6.042, de 12 de fevereiro de 2007, trata desta caracterização. Em mais um advento histórico para a saúde do trabalhador observamos a publicação, em 7 de novembro de 2011, do Decreto nº 7.602, que dispõe sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho – PNSST. Seus objetivos incluem a promoção da saúde e a melhoria da qualidade de vida do trabalhador, a prevenção de acidentes ou danos à saúde relacionados ao

trabalho através da eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho. Para tanto, em abril de 2012, foi instituído o Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho para a articulação das ações entre os mais diferentes atores sociais em busca da aplicação prática da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho.

O Ministério do Trabalho, por seu turno, condensou as normas de segurança e proteção do trabalhador na portaria n. 3.214/78 que conta atualmente com 33 Normas Regulamentares-NR. A portaria n. 1.339/99 (Ministério da Saúde, 1999) apresenta os princípios norteadores utilizados no Brasil para o diagnóstico das doenças relacionadas ao trabalho e tem um capítulo dedicado aos chamados "*transtornos mentais e do comportamento relacionados ao trabalho*". Segundo o Manual do Ministério da Saúde (2001) que toma como referência a mencionada Portaria e o Decreto n. 3.048/99 com suas alterações, o estabelecimento do nexo causal entre a doença e a atividade atual ou pregressa do trabalhador representa o ponto central para o correto diagnóstico e tratamento da doença.[15]

3.9 O Assistente Técnico, as "rivalidades" e a necessária isenção

O perito da parte é chamado de Assistente Técnico Judicial e, como tal tem que zelar pelos interesses de seu constituinte. O Assistente Técnico, que também deve possuir capacidade técnica ou domínio na área de litigância, não emite outro laudo, mas elabora e demonstra através de "parecer técnico" análise convincente uma opinião com uma ótica divergente/convergente, parcial ou totalmente com o parecer do perito judicial. Hoje o parecer técnico independe da presença do assistente técnico no ato da perícia, podendo a analise ser feita documentalmente.

Vale observar, porém, que no meio psiquiátrico, assim como em outras especialidades da medicina, várias "rivalidades" podem se forma durante o exercício profissional – por questões políticas, disputas acadêmicas, societárias e infinitos outros motivos inerentes às relações humanas. Há de se ter o devido discernimento e isenção, para não se deixar

[15] TEIXEIRA, Sueli. A Depressão no meio ambiente do trabalho e sua caracterização como Doença do Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 73, n. 5, 2009.

influenciar por possível contratransferência ao avaliado que tem confiança com psiquiatra assistente cujo contato com o perito não é amistoso.

4 CONCLUSÃO

A perícia psiquiátrica tende a ser a mais diversa de todas as especialidades médicas periciais, com importância social cada vez maior. É importante que o perito, nesta espacialidade, valorize a observação, alheia de preconceitos, influencias externas e autoridade de terceiros, descrevendo a isenção necessária para a avaliação do indivíduo.

Notamos uma certa carência, por parte de profissionais desta área médica, de uma estrutura ou roteiro adequado para específica discussão, incluindo material que lhes auxiliasse no cotidiano de suas tarefas. Ademais, a importância, para os operadores jurídicos e para a distribuição da justiça, que os médicos peritos fossem qualificados para o exercício de seu nobre cargo.

Não obstante o método consistente e abrangente desenvolvido pelo DSM-V (Diagnostic as Statistical Manual of Mental Disorders), nem todos os dados disponíveis sobre o paciente, sobretudo em uma perícia judicial, são adequados para a adoção de critérios totalmente científicos.

Entrementes, a pesquisa demonstra que o preenchimento de resultados mais conclusivos, depende, fundamentalmente, de um conjunto de atitudes e correlação de conhecimentos do médico perito, que passam não só pelo Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais (DSM), regulação neuroendócrina ou fatores genéticos, como também pela valorização da história e dos sintomas, noções de sobressimulação, fatores psicossociais - acontecimentos na vida e estresse ambiental, dados profissiográficos, epidemiológicos etc.

É fundamental que o ato pericial seja realizado de forma a valorizar cada caso individualmente, a fim de que não se transforme em algo mecânico e automático, induzindo a superficialidade e à burocracia, nem tampouco leve o perito aos caminhos indesejáveis da rotina.

O periciando não é um inimigo à tirar proveito ou que quer enganar o profissional. Para tanto, além do conhecimento técnico, jurídico e imparcialidade, comuns a qualquer perito, necessária máxima aptidão semiológica para não indução na entrevista e conhecimento

amplo de fatores externos. O método proposto percorrendo diversos fatores deve ser consciente e abrangente já que assim são os diagnósticos para os transtornos em seu domínio. Consequência lógica, o nexo de causalidade da depressão não deve ser exclusivo na ocorrência acidentária, podendo e sendo admissível que concorra uma causa relacionada com o trabalho e outras desvinculadas, o que se atribui o nome de concausalidade.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais** [recurso eletrônico]: DSM-5. Tradução de Maria Inês Corrêa Nascimento et al., 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

CAMPINAS (Cidade). Tribunal Regional do Trabalho (15. Região). Recurso Ordinário nº 0024100-71.2009.5.15.0095, Terceira Turma. Relatora: Maria Madalena de Oliveira. Campinas, 30 de setembro de 2014. **Diário de Justiça do Trabalho eletrônico**: 9 out. 2014.

CAPONI, S. An epistemological analysis of the diagnosis of depression. **Interface - Comunic., Saúde, Educ**., Botucatu, v. 13, n. 29, p. 327-338, abr./jun. 2009.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e Semiologia dos transtornos Mentais**. Porto Alegre: Artmed, 2000.

FRANCE PRESSE. Depressão é a maior causa de incapacitação no mundo, diz OMS. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 30 mar. 2017. Equilíbrio e Saúde. Disponível em: <http://bit.ly/2Mn1m9b>. Acesso em: 21 ago. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária**. Brasília: Instituto Nacional do Seguro Social, 2018.

KAPLAN, HI. & SADOCK, B. **Compêndio de Psiquiatria**, 9. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2007

MENDES, Rene. **Patologia do Trabalho**, 3. ed. São Cristóvão: Ed. Atheneu: 2013.

NASCIMENTO, Bárbara. Médicos e policiais estão entre profissões que mais sofrem com depressão. **O Globo**, Brasília, 12 fev. 2017. Economia. Disponível em: <https://glo.bo/2OWB3U9>. Acesso em: 21 ago. 2018.

PARANÁ (Estado). Tribunal Regional do Trabalho (9. Região). Recurso Ordinário nº 00499-2013-021-09-00-0, Primeira Turma. Relator: Ricardo Pozzolo. Curitiba, 26 de outubro de 2016. **Diário de Justiça do Trabalho eletrônico**: 27 out. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Processo nº 00020031920105020317, Quinta Turma. Relator: Maurilio de Paiva Dias. São Paulo, 27 de novembro de 2012. Diário de Justiça do Estado: 27 nov. 2012.

SELIGMANN, Silva E. **Psicopatologia e psicodinâmica no trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Atheneu; 1995.

SAVARIS, Jose Antônio. **Curso de perícia judicial**, 3. ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

SILVA, José Antônio de Oliveira. Os problemas relacionados as pericias judiciais para a constatação de doença ocupacional e a responsabilidade objetiva do empregador pelos danos decorrentes de acidentes do trabalho e adoecimentos ocupacionais. **Revista LTr**, São Paulo, v. 74, n. 11, 2010.

TEIXEIRA, Sueli. A Depressão no meio ambiente do trabalho e sua caracterização como Doença do Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 73, n. 5, 2009.