

**A DEFENSORIA DO PACIENTE: UMA PROPOSTA
PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Aline Caraciki Morucci Machado

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção
do grau de Mestre em Gestão de Serviços de Saúde

Orientadora:

Prof^a. Doutora Tania Regina da Silva Furtado,
Professora da Fundação Getúlio Vargas

Novembro 2011

RESUMO

Nas últimas décadas no Brasil, com as garantias de direitos do cidadão advindas da Constituição de 1988, houve um fenômeno de transformação do relacionamento entre pessoas, tanto no ambiente profissional como no social, e até no familiar. Eventuais divergências de opinião ou desavenças, que anteriormente eram resolvidas mediante diálogo e negociação entre as partes, tornaram-se objeto de ações judiciais pelos mais diversos motivos. Esse fenômeno social encontrou grande oportunidade no relacionamento entre médicos e pacientes pela falta de diálogo entre ambos. Essa falta de diálogo é oriunda de uma postura pouco adequada dos profissionais que não respeitavam os direitos dos pacientes à informação e decisões relacionadas ao seu tratamento. Com fundamentos constitucionais e legais houve o ajuizamento de grande número de ações de pacientes e familiares contra médicos e instituições de saúde, requerendo indenizações por danos alegados, na tendência denominada judicialização da saúde. As soluções gerenciais de melhorias na garantia de qualidade nas instituições de saúde não têm diminuído a ocorrência dessas ações. Isso demonstra a necessidade de implantação de melhorias no diálogo entre profissionais de saúde e pacientes para resgatar o bom relacionamento entre ambos e minimizar os casos de ajuizamento de ações. Nesse sentido é que surge a proposta de criação de um setor dentro da organização denominado a defensoria do paciente, como instrumento gerencial de gestão de pessoas para que se caminhe na busca da desejada desjudicialização da saúde.

Palavras-chave: judicialização; gestão de pessoas; defensoria; desjudicialização.

ABSTRACT

In the last decades in Brazil, due to the citizen rights granted by the Constitution of 1988, there has been a shift in the relationship among individuals both in professional and social aspects and even familial. Occasional misunderstandings or conflicting opinions that were usually managed by conversation and negotiation have developed in Law suits, filed for different purposes. This social phenomenon met with a large opportunity in the medical-patient relationship due to the lack of dialogue between them. The lack of dialogue, on its turn, originated from a not quite adequate professional behavior that would not respect patients' rights to be informed and to decide about his (her) treatment. A considerable number of lawsuits have been filed by patients and relatives versus doctors and health organizations pleading money as compensation for alleged damages, in a trend that was named overlitigation of health. Managerial solutions to improve quality assurance in health institutions have not been able to lower the number of lawsuits. This shows the need to achieve improvements in the dialogue between health care professionals and patients in order to rescue the good relationship between both and reduce the number of lawsuits. In this sense it is proposed the creation of a section in the health care organization named patient advocacy, as a managerial tool to manage people heading towards a desired underlitigation of health care.

Key words: overlitigation; people management, advocacy, underlitigation.

AGRADECIMENTOS

Dedico esta dissertação à minha mãe Abigail, exemplo de otimismo, preocupação com o próximo e superação nas adversidades, por haver me ensinado a respeitar valores e a enfrentar os problemas da vida com a certeza da vitória.

Agradeço à Prof^a. Doutora Tania Regina da Silva Furtado, minha orientadora e amiga, que me mostrou o caminho a seguir e me guiou no caminhar durante a elaboração desta dissertação.

Agradeço a todos que, direta ou indiretamente, me auxiliaram e incentivaram na busca para a obtenção deste grau de mestre.

Agradeço, especialmente, ao meu marido Carlos Roberto pela força que sempre me transmitiu, encorajando-me a não desistir de meus objetivos e me dando todo o apoio que necessitei durante esse trabalho e em toda a minha vida profissional.

Índice

RESUMO	II
ABSTRACT	III
AGRADECIMENTOS	IV
INTRODUÇÃO	1
1. APRESENTAÇÃO DO TEMA	1
2. OBJETIVOS DA DISSERTAÇÃO	3
2.1 OBJETIVO PRINCIPAL	3
2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	4
<u>CAPÍTULO 1 – ASPECTOS LEGAIS E SOCIAIS PARA O AUMENTO DOS LITÍGIOS</u>	5
1.1 OS DIREITOS DOS CIDADÃOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E LEGISLAÇÃO DECORRENTE	5
1.2 OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	6
1.3 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	8
1.3.1 DANO	8
1.3.2 CONDUTA	9
1.3.2.1 RESPONSABILIDADE POR ATO ILÍCITO:	9
1.3.2.2 RESPONSABILIDADE POR ATO LÍCITO:	11
1.3.3 NEXO CAUSAL	12
1.4 A CLASSIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.4.1 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL	13
1.4.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA	14
1.5 O RISCO DO DESENVOLVIMENTO E O DIREITO COMPARADO	16
1.6 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	21
1.6.1 CULPA DA VÍTIMA	21
1.6.2 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR	22
1.6.3 FATO DE TERCEIRO	23
1.7 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS LITÍGIOS NA SAÚDE	23
<u>CAPÍTULO 2 – ASPECTOS PROFISSIONAIS, ÉTICOS E ORGANIZACIONAIS PARA O AUMENTO DOS LITÍGIOS NA SAÚDE</u>	26
2.1 MOTIVOS PARA O AUMENTO DOS LITÍGIOS NA SAÚDE	26
2.2 O RELACIONAMENTO MÉDICO PACIENTE	27
2.3 RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE	28
2.4 OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO	30
2.5 OS DEVERES DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE	33
2.5.1 O CONSENTIMENTO INFORMADO E ESCLARECIDO	34

2.5.2 O CÓDIGO BRASILEIRO DE ÉTICA MÉDICA	37
2.6 RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS E OUTRAS ORGANIZAÇÕES DE SAÚDE	39
2.7 A SOLIDARIEDADE NO DEVER DE REPARAR	45
2.8 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E DOS HOSPITAIS	48
2.9 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA DA SAÚDE	49
2.10 ASPECTOS DISCIPLINARES E PENAS DA MÁ PRÁTICA MÉDICA	49
<u>CAPÍTULO 3 – A DEFENSORIA DO PACIENTE</u>	<u>51</u>
3.1 A BARREIRA DA COMUNICAÇÃO FOMENTANDO A JUDICIALIZAÇÃO	51
3.2 A DEFENSORIA DO PACIENTE	52
3.3 O DEFENSOR DO PACIENTE	54
3.3.1 HOSPITAIS, CLÍNICAS E CENTROS DE DIAGNÓSTICO	54
3.3.2 SEGURADORAS E PLANOS DE SAÚDE	55
3.3.3 ORGANIZAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS	55
3.3.4 ORGANIZAÇÕES GOVERNAMENTAIS	56
3.3.5 ORGANIZAÇÕES DE APOIO AOS PACIENTES	56
3.3.6 EMPRESAS E PROFISSIONAIS QUE TRABALHAM DIRETAMENTE COM PACIENTES OU FAMILIARES	57
3.3.7 SERVIÇO VOLUNTÁRIO	57
3.3.8 ACONSELHAMENTO MÉDICO E DE ENFERMAGEM	58
3.4 CARACTERÍSTICAS DE DEFENSORES DOS PACIENTES	58
3.5 AVALIAÇÃO DO RESULTADO DA DEFENSORIA DO PACIENTE	59
<u>CONCLUSÃO</u>	<u>60</u>
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	<u>63</u>
<u>ANEXO A – COMO ELABORAR UM CONSENTIMENTO INFORMADO E ESCLARECIDO</u>	<u>66</u>
<u>ANEXO B – CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA (BRASIL)</u>	<u>69</u>

INTRODUÇÃO

1. Apresentação do tema

Atualmente é cada vez maior o número de demandas no Brasil e no mundo envolvendo a Responsabilidade Civil de profissionais, fornecedores de serviços (hospitais e clínicas) e pagadores de serviços (seguradoras e planos) na área da saúde.

Já existem inúmeros julgados no Brasil sobre o assunto, aplicando tanto a responsabilidade objetiva como a subjetiva conforme cada caso, uma vez que a prestação de serviços de saúde envolve, além de hospitais, clínicas e planos de saúde, os próprios profissionais liberais que atuam diretamente com o paciente e cuja responsabilidade ainda se discute no cenário da existência ou não de culpa.

A experiência da prática da Medicina, desde o final da década de 70, tanto na área pública como na privada, propiciou a constatação da grande mudança que ocorreu desde então nas relações entre profissionais de saúde e pacientes. Na década de 80, no Brasil, não existia ainda esse movimento social de judicialização da sociedade e não se ouvia falar de conflitos abertos entre pacientes e médicos.

A oportunidade de atuar como pesquisadora dentro do sistema de saúde americano, durante um período de *fellowship* em Medicina no Texas, Estados Unidos no final dos anos 80, apresentou outra realidade e um prenúncio do que ocorreria no Brasil na década seguinte: pacientes e profissionais de saúde já travavam batalhas judiciais baseadas em fatos relacionados à prestação dos serviços ou na falta de comunicação entre esses pacientes e os profissionais que os atendiam.

No retorno ao Brasil, trazendo na memória aquele quadro litigioso, o caminho natural foi a preocupação em obter conhecimento na área jurídica, cursando uma Faculdade de Direito, para um melhor entendimento das bases legais da judicialização das relações interpessoais. Estaria também preparada para a eventualidade de uma defesa em uma ação judicial.

No final dos anos 90, após a Constituição Brasileira de 1988, verificou-se um movimento social de exercício dos direitos de cidadãos em várias áreas e já se falava bastante no meio jurídico sobre o crescente número de ações de responsabilidade civil na saúde. Naquela ocasião, alguns escritórios jurídicos especializados nessa área necessitavam de alguém com formação médico-jurídica para atuar como consultora em tais ações.

Desta forma, foi adquirida experiência nesse tipo de litígio, com a verificação na prática diária dos motivos que levavam pacientes e familiares a buscarem ressarcimento financeiro como compensação por eventuais danos sofridos no decorrer de seus tratamentos, danos esses que muitas vezes restavam não comprovados.

Sem dúvida entre tais motivos está a má prática médica propriamente dita, causadora de inúmeros danos aos usuários por atitudes de negligência, imperícia ou imprudência por parte dos profissionais de saúde.

Outro aspecto dessas ações reside no oportunismo de pacientes e, especialmente, familiares, que reivindicam indenizações com alegações muitas vezes mentirosas sobre condutas de profissionais de saúde que lhes prestaram atendimento.

Barros Júnior (2007) traz que a falta de diálogo e transparência no relacionamento entre pacientes e profissionais de saúde pode originar mal entendidos que deságuam no ajuizamento das ações vez que o paciente tem direito ao esclarecimento sobre seu estado de saúde e sobre as opções de tratamento indicadas no seu caso.

Para gestores de saúde o risco de ações judiciais é como um *iceberg*: só podem visualizar a ponta, mas imaginam que exista um potencial assustador de motivos para o surgimento de novas ações.

O contingenciamento de recursos para fazer frente a essas demandas ou a necessidade do pagamento das indenizações sem reserva financeira específica prejudica o bom desempenho financeiro das instituições de saúde.

Assim, é imprescindível que se descubram novos caminhos e propostas para conter esses gastos, bastante dolorosos para a saúde financeira das organizações de saúde, especialmente porque seriam gastos desnecessários, tivesse havido uma melhor gestão das pessoas e a relação dialógica na prestação de serviços nessas organizações.

2. Objetivos da dissertação

2.1 Objetivo principal

A presente dissertação tem como objetivo uma proposta de gestão de pessoas pela implantação de um atendimento personalizado aos usuários da Saúde que possa diminuir a falta de diálogo nas relações entre Organizações de Saúde, Profissionais da área e Pacientes-usuários e conter o avanço da judicialização da saúde.

A Judicialização da Saúde foi assim denominada por traduzir um aumento no número de ações decorrente de crescente Responsabilização Civil na área da Saúde, cuja base foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e o Código Civil Brasileiro vigente (Lei 10.406/2002).

Torna-se imperativa a busca de mecanismos que contenham esse aumento do litígio e promova uma desejada Desjudicialização, termo inovador que traz grande expectativa por um melhor relacionamento entre médicos e pacientes.

2. 2 Objetivos específicos

Inicialmente serão vistos os aspectos legais e sociais para o aumento das demandas judiciais e serão apresentadas as noções básicas da teoria da responsabilização como os fundamentos, os pressupostos, a classificação e os excludentes da Responsabilidade Civil, elucidando o sentido dos conceitos freqüentemente utilizados quando se discorre sobre o tema. Com o Código de Defesa do Consumidor de 1990, toda a estrutura do tema, alicerçada e solidificada por mais de setenta anos na teoria da culpa, viu-se obsoleta, de um dia para outro. Entretanto, ainda há casos onde se deve averiguar a culpa por imposição legal, contida no Código Civil Brasileiro de 1916 e que subsiste no Código Civil Brasileiro de 2002. Serão abordados os vários aspectos da responsabilidade civil, a extensão da mesma de acordo com o prestador de serviços de saúde e o tipo de serviço prestado

A seguir, serão abordados os aspectos éticos, técnicos, financeiros e organizacionais relacionados às atividades dos profissionais de saúde e dos estabelecimentos de saúde, quais sejam, hospitais e clínicas, na promoção de ações de Responsabilidade Civil, abordando as relações jurídicas entre o paciente e o médico, entre o paciente e os hospitais e entre os médicos e os hospitais.

Ao final será feita uma proposta para que Organizações de Saúde implantem um serviço especializado na gestão de pessoas visando a minimizar e, se possível, impedir o surgimento do conflito, precursor do litígio judicial, com o objetivo de se evitar uma injusta responsabilização.

Capítulo 1 – Aspectos Legais e Sociais para o Aumento dos Litígios

1.1 Os Direitos dos Cidadãos na Constituição Brasileira de 1988 e Legislação decorrente

A sociedade brasileira experimentou uma profunda mudança com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Houve uma grande mobilização pela instalação da Assembléia Constituinte, alavancada pelos já bem difundidos meios de comunicação naquela época. O resultado foi uma intensa conscientização dos cidadãos brasileiros quanto aos seus direitos, que passaram a ser explicitamente garantidos pela redação da nova Carta Magna (Machado *et al.*, 2010).

Embora já houvesse notícia de indenizações por dano moral na jurisprudência brasileira, essa previsão se tornou clara no art.5º, X da Constituição Federal¹ como uma conseqüência lógica do princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana.²

Além disso, no mesmo art.5º XXXII, houve a previsão de proteção aos direitos do consumidor³ que foi concretizada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), inaugurando uma nova era nas relações de consumo.

Outro aspecto que favoreceu os cidadãos na busca de seus direitos foi o comando constitucional da concessão de gratuidade de justiça⁴. Embora isso já estivesse previsto desde a Lei 1060/50, poucos se beneficiavam desse direito por falta de informação.

Completando o incentivo ao exercício dos direitos de cidadão, houve a facilitação do acesso à justiça com criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, chamados Juizados de Pequenas Causas, pela Lei 9.099/95.

¹ CRFB / 88, art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

² CRFB / 88, art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana;

³ CRFB / 88, art. 5º, XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

⁴ CRFB / 88, art. 5º, LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Nesse novo cenário as relações interpessoais se judicializaram, num movimento garantidor de direitos até então adormecidos. Verificou-se um maior número de demandas judiciais como um todo, havendo um aumento especial e significativo nas demandas envolvendo relações de consumo.

Por motivos que serão vistos mais adiante, as demandas judiciais decorrentes de relações de consumo na área da saúde tiveram um aumento relativo maior que os das demais áreas.

Os litígios de consumo têm como base a responsabilização civil dos fornecedores de serviço e seus fundamentos serão vistos a seguir.

1.2 Os Fundamentos da Responsabilidade Civil

A responsabilização ocorre quando um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão), imputável à consciência do agente, contraria um dever legal, causando prejuízo a outrem. Verifica-se nesse ponto, de modo fundamental, a vontade livre e consciente para que exista o dever de reparar, como resultado da liberdade de escolha e discernimento.

A noção de responsabilidade civil está ligada ao mais elementar sentimento de justiça, vislumbrado por qualquer ser humano, sendo desnecessária para seu entendimento uma formação jurídica ou um aprofundamento doutrinário. O homem comum, com a mais simples e rudimentar noção de ética e moral, sabe que deverá reparar mal causado a outrem.

Juridicamente falando, quando um agente causa um dano a uma vítima, rompe-se claramente o equilíbrio anteriormente existente entre eles. Visando o restabelecimento desse equilíbrio surge, naturalmente, a obrigação da reparação do dano causado.

Um dos princípios fundamentais do homem, inspirado na sabedoria universal de conhecimento e na consciência dos povos civilizados, é o princípio *neminem laedere* (não lesar ninguém) (Abreu e Silva, 2002), formado de preceitos oriundos da ética e da moral, tendo sido positivado no já citado art.5º, X da CRFB/88⁵

⁵ CRFB / 88, art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

como norma proibitiva de conduta, constituindo um dos pilares básicos da ordem jurídica vigente.

Com base na doutrina alemã⁶, há uma distinção entre obrigação e responsabilidade, sendo a primeira como um dever jurídico originário e a segunda um dever jurídico sucessivo, decorrente do descumprimento de uma obrigação prevista em lei ou no contrato (Cavaliere Filho, 2008).

Também é importante a distinção a ser feita entre ressarcimento e indenização (Mello, 2003). Enquanto aquele se relaciona com a responsabilidade, a indenização é consequência de um sacrifício de direitos, reconhecível em muitos comportamentos estatais, cujo conteúdo é especificamente aniquilar um direito alheio, como resultado de uma ação legítima. É o que ocorre nos casos de desapropriação. O campo da responsabilidade, no entanto, restringe-se à conduta que, objetivando fim diverso do sacrifício de direito alheio, resulta numa transgressão jurídica.

Enquanto a obrigação permanece apenas abstrata e teórica, ela interessa apenas à moral. Entretanto, quando se visa à reparação do dano, constrói-se a teoria da responsabilidade civil, como resultado da conduta antijurídica, obrigando o agente a reparar o mal causado (Pereira, 1999).

Ainda na esfera conceitual, a responsabilidade civil pode ser definida como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam (Savatier, 1939 *in* Rodrigues, 2002).

O termo responsabilidade é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. Em sentido genérico, tem a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação. Dessa maneira, temos que os pais são responsáveis pelos filhos menores e um capitão ou comandante é responsável pela tripulação de um navio ou avião. Ainda em sentido amplo, a responsabilidade se refere à capacidade do agente. Embora o Código Civil Brasileiro de 2002 tenha atribuído ao amental uma responsabilidade mitigada, a princípio ele não responde por seus atos porque não possui capacidade. O interesse se

⁶ A doutrina alemã se refere ao débito (*shuld*), que consiste na obrigação de realizar prestação mediante uma determinada conduta do devedor, e responsabilidade (*haftung*) que, em última análise, recai sobre o patrimônio do devedor, a fim de que o dano causado pelo descumprimento da obrigação originária seja reparado.

concentrará, então, na responsabilidade de alguém por fato ou ato punível ou moralmente reprovável, como a violação de direito, o que acarreta reflexos jurídicos (Venosa, 2003).

O campo da responsabilidade civil irá questionar, num primeiro momento, se a vítima experimentou prejuízo material ou moral. Em seguida, será verificado se tal prejuízo deve ou não ser reparado por quem o causou. Se houver o dever de reparação, será analisado em que condições e de que maneira o prejuízo causado será reparado (Rodrigues, 2002).

A responsabilização civil tem o propósito de garantir às pessoas o direito à segurança, um dos valores maiores do Direito, de tal forma que os indivíduos sintam-se compelidos a respeitar o patrimônio alheio. Representa também uma sanção de natureza civil compensatória, mediante a reparação de dano causado.

1.3 Os Pressupostos da Responsabilidade Civil

São pressupostos da responsabilidade civil: o dano, a conduta e o nexo de causalidade. Por ora não há que se fazer menção à noção de culpa, pois será tratada no item específico quanto à classificação das responsabilidades.

1.3.1 Dano

O dano é traduzido pela subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza. É o primeiro e fundamental pressuposto, uma vez que não há responsabilidade sem dano. A responsabilidade só existe mediante um dano que propicia a situação desigual e gera o dever de recomposição do equilíbrio.

Ainda que o agente pratique um ato ou deixe de praticá-lo infringindo o ordenamento jurídico, tal ilegitimidade não é causa eficiente da responsabilidade. É necessário que se configure o dano a fim de que se proceda à devida reparação ou, por outra, seja reingressado o prejudicado no *status* econômico anterior ao da produção do desequilíbrio patrimonial.

O dano pode afetar tanto um bem mensurável economicamente (dano patrimonial), quanto um bem relacionado a um bem jurídico insuscetível de

quantificação econômica específica (dano extrapatrimonial ou moral)⁷. Estes últimos são, geralmente, apontados pelos tribunais superiores no Brasil como um “mal evidente”.

A proteção ao dano moral foi consagrada na Constituição Federal Brasileira de 1988 no art. 5º., incisos V e X, não existindo mais dúvidas quanto à possibilidade de sua reparação. O Código Civil Brasileiro de 2002 (art. 186) prevê ainda o dano exclusivamente moral como eficiente à configuração da responsabilidade.

1.3.2 Conduta

A conduta é um comportamento humano voluntário (aspecto psicológico), que se exterioriza na ação ou omissão (aspecto objetivo) e que produz conseqüências jurídicas.

O ato comissivo viola o dever geral de abstenção. O agente age quando não deveria fazê-lo. O ato omissivo relaciona-se a uma inércia desautorizada. O agente resiste em fazer o que o ordenamento jurídico lhe impõe.

A conduta do agente pode ser ilícita ou lícita.

1.3.2.1 Responsabilidade por Ato Ilícito:

Na conceituação de ato ilícito encontramos, na doutrina brasileira, pensamentos dissonantes, quanto ao ato ilícito necessitar ou não da ocorrência de dano. Não ocorrendo o dano, seria apenas descumprimento do dever jurídico, e a ocorrência de dano entraria no mérito da reparabilidade.

Definimos o ato ilícito (Cavaliere Filho, 2008) como o ato jurídico praticado em desconformidade com o Direito, sendo de suma importância o estudo do ato ilícito como fato gerador da Responsabilidade Civil.

Assinala o Des. Sérgio Cavaliere Filho, in verbis, “Em sentido amplo, o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer

⁷ Em sede doutrinária há duas correntes quanto à caracterização do dano moral: a) ofensa aos direitos da personalidade; b) qualquer sofrimento ou incômodo humano que não seja causado por perda pecuniária.

referência ao elemento subjetivo ou psicológico. Em sentido estrito, o ato ilícito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar.”

“Temos como certo que o novo Código civil assumiu em relação ao ato ilícito esta postura dicotômica, tanto é assim que, além da responsabilidade subjetiva fulcrada no ato ilícito stricto sensu, prevista no art. 927, lembra o parágrafo único deste mesmo artigo que há outras situações igualmente geradoras da obrigação de indenizar independentemente de culpa. Devemos ainda ressaltar que o Código, após conceituar o ato ilícito em sentido estrito em seu art. 186, formulou outro conceito de ato ilícito, mais abrangente, no seu art. 187, no qual a culpa não figura como elemento integrante, mas sim os limites impostos pela boa-fé, bons costumes e o fim econômico ou social do Direito. O abuso de direito foi aqui configurado como ato ilícito dentro de uma visão objetiva, pois boa-fé, bons costumes, fim econômico ou social nada mais são que valores ético-sociais consagrados pela norma em defesa do bem comum, que nada tem a ver com a culpa.”

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (1999:415), “o ato ilícito é criador, tão somente, de deveres para o agente, em função da correlata obrigatoriedade da reparação, que se impõe àquele que, transgredindo a norma, causa dano a outrem”.

A esse respeito preleciona Paulo Nader (2003:84) que, “em sentido amplo, ato ilícito é toda manifestação humana contrária ao *jus positum*; em sentido próprio é preciso que reúna alguns elementos, entre eles o dano a alguém. O motorista que desrespeita o sinal de trânsito, ainda que proceda sem qualquer risco a pessoas ou coisas, pratica ato ilícito em sentido genérico, não em sentido próprio, pois este pressupõe dano moral ou material”.

Assim, tem-se que, em nenhum caso, a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas pode prescindir do evento danoso. A ilegitimidade ou irregularidade

da ação não são suficientes para atribuir responsabilidade quando não ocorrer dano a terceiro. Haverá, apenas, a invalidade do próprio ato.

Assevera San Tiago Dantas: “O ilícito é a transgressão de um dever jurídico. Não há definição mais satisfatória para o ilícito civil” (Cavaliere Filho, 2008:9).

Finalmente, Abreu e Silva (2002:13) nos lembra que “A liberdade de ação do homem é limitada pela responsabilidade de seus atos. ... Tem o homem a liberdade de praticar ações consideradas boas ou más, segundo o padrão da consciência coletiva da sociedade em que vive, na forma expressa em lei, respondendo, no entanto, pelas condutas proibidas pelo ordenamento jurídico.”

1.3.2.2 Responsabilidade por Ato Lícito:

Alguns autores sustentam que, quando a responsabilidade é determinada sem culpa o ato não pode, a rigor, ser considerado ilícito (Gomes, 1999).

Há casos de responsabilidade por atos lícitos, mas são exceções, pois sendo lícita a conduta, em princípio não haverá o que indenizar, ainda que danosa a outrem.

Enquanto a doutrina mais tradicional salienta a ilicitude da conduta – violação do dever jurídico preexistente – como indispensável para o dever de indenizar, admitindo a responsabilidade por ato lícito apenas excepcionalmente, vale o registro de que tal excepcionalidade é mitigada no âmbito da responsabilidade civil do Estado, que pauta sua conduta no princípio da legalidade. É comum nesta seara a responsabilização por comportamentos lícitos. Não importa que a conduta causadora seja lícita ou ilícita, mas que o dano gerado seja ilegítimo (Mello, 2003). Esta ilegitimidade ocorrerá quando houver um agravo a direito e não o mero atingimento de interesses econômicos, embora lícitos (exemplo: mudança de uma escola pública, um museu, e um teatro que abriga a clientela de um determinado restaurante naquela localidade. A transferência dos estabelecimentos poderá causar prejuízo ao comerciante, mas não será um ato passível do dever de indenizar, pois alcança simples interesses e não direitos).

Se a conduta é lícita, tanto quanto possa ser atribuída ao Estado quanto a outrem, na hipótese de situação jurídica criada por ele, sobressai a justificativa da

repartição de ônus e encargos sociais de forma igualitária e eqüitativa, como aspecto do princípio da igualdade.

1.3.3 Nexo causal

O conceito de nexo causal é a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. É o elo entre o ato comissivo ou omissivo e o dano; a relação da causalidade entre a antijuridicidade da ação e o mal causado.

Para que haja o dever de indenizar não basta que haja o dano, mas que uma conduta atribuível a um agente seja a causa do dano. É necessário não só que uma pessoa tenha desrespeitado certas regras; é preciso que fique claro que sem tal contravenção o dano não ocorreria, ou seja, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado do ato que lhe deu causa.

Nexo de causalidade é definido como o elo da corrente dos fatos que liga a ação antijurídica do lesante ao resultado, causando o dano proibido pela lei (Abreu e Silva, 2002).

O enfrentamento da questão do nexo causal é a primeira medida a ser tomada quando se analisa um caso de responsabilidade civil, pois antes de se verificar se o agente agiu ou não com culpa, há que se saber se sua ação ou omissão deu causa ao resultado. É o elemento referencial entre a conduta e o dano e nos permite concluir quem foi o causador deste (Cavaliere Filho, 2008).

Os critérios para o estabelecimento do nexos de causalidade entre o prejuízo e o seu fator determinante encerram infundáveis debates. Como definir juridicamente o nexos causal determinante da responsabilidade civil ?

A pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil, em razão do aparecimento da concausas (Gonçalves, 2003).

Nas hipóteses em que o dano pode ser atribuído a várias pessoas, o Código Civil Brasileiro de 2002, em matéria de responsabilidade extracontratual, dispõe em seu artigo 942, parágrafo único, que a responsabilidade será solidária.

Gonçalves (2003) elenca três principais teorias para a elucidação do problema de estabelecimento do nexos de causalidade: a da equivalência das condições,

a da causalidade adequada e a que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu.

Cavaliere (2008) denomina a primeira teoria como a da equivalência dos antecedentes, não se fazendo distinção entre causa e condição. Por esta teoria, toda e qualquer causa ou condição que tenha contribuído para o dano se equivalem. A crítica a este pensamento é feita no sentido que conduz a uma regressão infinita do nexos causal que envolveria até o fornecedor da matéria prima para fabricação de automóvel, num caso de acidente de trânsito.

A segunda teoria, da causalidade adequada, considera causadora do dano somente a condição por si só apta a produzi-lo. Assim, nem todas as condições serão causa. Apenas aquela adequada a produzir o efeito danoso (Gonçalves, 2003).

A terceira teoria, dos danos diretos e imediatos, é considerada um meio termo entre as duas primeiras, pois apresenta uma amenização dos efeitos extremos dessas duas (Silva, 1962 *in* Gonçalves, 2003).

Nossos mais ilustres autores, como Aguiar Dias (1995), sustentam que a teoria da causalidade adequada é prevalente na esfera civil, enquanto a da equivalência das condições predomina no âmbito penal.

1.4 A Classificação da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil pode ser classificada basicamente sob o prisma de dois critérios: quanto à existência de relação contratual e quanto à existência do elemento culpa.

1.4.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual conforme a fonte de uma relação jurídica obrigacional preexistente. Deste modo, caso a responsabilidade advenha do inadimplemento de uma obrigação originária do contrato, será qualificada como contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo (Cavaliere Filho, 2008). Por outro lado, se a responsabilidade resulta da ofensa a um direito subjetivo, sem relação jurídica preexistente, será classificada como

extracontratual, podendo ser denominado ainda ilícito aquiliano ou absoluto (Cavaliere Filho, 2008).

Verifica-se que, enquanto a responsabilidade contratual corresponde a uma infração a dever jurídico imposto pelas partes no contrato, a responsabilidade extracontratual decorre de ofensa a uma disposição legal.

A responsabilidade contratual é a que será atribuída ao médico no caso de descumprimento da prestação de um serviço previsto em contrato estabelecido com seu paciente (Pina, 2003), seja tal contrato escrito ou tácito.

Já a responsabilidade extracontratual surgiria no caso de um médico atender um paciente numa situação de urgência, na salvaguarda do direito absoluto daquele cidadão à vida. A falta ou falha nesse atendimento acarretaria uma responsabilização (Pina, 2003).

1.4.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Sob o critério da existência da culpa, a responsabilidade se distingue em subjetiva e objetiva. No primeiro caso a culpa (aqui empregada em sentido amplo, incluindo não apenas o dolo como também a culpa *stricto sensu*)⁸ será o fundamento da responsabilidade.

Essa orientação é assentida pelo Código Civil Brasileiro de 2002⁹ no art. 186 *in verbis*:

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.

Apesar de o dispositivo não mencionar expressamente o elemento culpa, é possível verificar que este elemento integra o conceito de ato ilícito a partir da menção à “negligência ou imprudência”. A regra geral continua sendo a responsabilidade subjetiva, não obstante haja uma nítida tendência à objetivação da responsabilidade.

⁸ No primeiro caso a vontade do agente se dirige para a concretização do resultado anti-jurídico, enquanto que age com culpa aquele que descumpriu com seu dever de cuidado (omissão de diligência exigível), consubstanciando-se, em última instância, num erro de conduta.

⁹ Enquanto o Código Civil de 2002 conceitua na Parte Geral o ato ilícito e deixa para mencionar o efeito obrigacional da reparação do dano na Parte Especial, o Código Civil de 1916 não conceituava expressamente o ato ilícito, mas já mencionava os seus efeitos no art. 159.

Neste século, a teoria da responsabilidade objetiva ganhou um *status* privilegiado, uma vez que as transformações sociais demonstraram a insuficiência da responsabilidade subjetiva para a obtenção da reparação dos danos e conseqüente equilíbrio social.

Se, num primeiro momento, os estágios iniciais desta evolução passaram pela admissão da culpa (ora presumida, ora absoluta), aos poucos deixa-se de lado a aferição da culpabilidade, bastando para a caracterização do dever de reparar o dano, a sua existência, a conduta do agressor e o nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos.

Atualmente, apesar da regra geral, existem inúmeras legislações extravagantes atribuindo responsabilidade objetiva para o agente, ressaltando a doutrina que a responsabilidade subjetiva é mais conveniente para as relações intersubjetivas, aplicando-se a responsabilidade objetiva nas hipóteses especificadas na lei.

Ao lado da cláusula geral da responsabilidade subjetiva do art. 186, o Código Civil Brasileiro de 2002 operou substancial mudança (Tolomei, 2002) ao também prestigiar uma cláusula geral de responsabilidade objetiva no art. 927, que apresenta a seguinte redação:

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.

A partir dela, caberá ao juiz flexibilizar a aplicação da responsabilidade objetiva, avaliando o risco envolvido na atividade.

Entretanto, o fato de o ser humano estar inserido numa sociedade de riscos, em função da complexidade das relações, dos avanços tecnológicos e do incremento das demandas, não pode ensejar, com base no dispositivo citado, a proliferação desmedida do dever de reparar.

Assim, a cláusula geral da responsabilidade objetiva não mitiga a necessidade da existência do nexo causal entre a conduta do agente e o evento danoso. Por outro lado não será qualquer atividade que ensejará a responsabilidade, mas apenas

aquela eficiente para causar o dano, cujo risco **não era previsto**. Consta-se, assim, a importância que o princípio da transparência nas relações intersubjetivas alcança, permitindo, quando não a redução do risco, a possibilidade de o sujeito, livre e conscientemente, poder decidir sobre a sua assunção.

Nesse sentido, importante se faz a noção de *risco inerente* à natureza de certas atividades e serviços, os quais devem ser executados com segurança e controle, a fim de que não sejam transferidas suas conseqüências para o agente ou prestador de serviço, o que inviabilizaria a execução de tais atividades e serviços (Cavaliere, 2008).

1.5 O Risco do Desenvolvimento e o Direito Comparado

Intensa tem sido a controvérsia doutrinária acerca do chamado risco do desenvolvimento, que é intensificada no Brasil pela falta de previsão normativa específica.

Doutrina majoritária considera o risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade mesmo em ausência de dispositivo legal exposto (Marins, 1993). Em favor da tese argumenta-se, em primeiro lugar, que o risco de desenvolvimento configura hipótese extrema cuja assunção pode se tornar insuportável para o setor produtivo da sociedade, desencorajando a comercialização de certos produtos. Em seguida, invoca-se o interesse da sociedade no sentido de um crescente e constante aprimoramento da ciência, especialmente no que diz respeito aos novos medicamentos e à sua peculiar capacidade de gerar riscos – devendo estes, em conseqüência, ser absorvidos por todo o corpo social. Enfim, considera-se que o sistema do Código de Defesa do Consumidor não descarta tal excludente, uma vez que: a) o art. 6º, I, inclui entre os direitos básicos do consumidor a proteção contra os riscos provocados por produtos e serviços “considerados perigosos ou nocivos”; b) o art. 10 determina que “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade, ou periculosidade à saúde ou à segurança; c) o art. 12, §1º, que trata diretamente da responsabilidade pelo fato do produto, estabelece que “o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias

relevantes, entre as quais”, nos termos do inciso III, inclui-se “a época em que foi colocado em circulação”.

Da análise de tais dispositivos, através de uma interpretação *a contrario sensu*, conclui-se ser lícito ao fornecedor inserir no mercado de consumo produtos que não saiba – nem deveria saber – resultarem perigosos, diante do grau de desenvolvimento científico à época de sua introdução no mercado, *standard* este que serve, ao mesmo tempo, como limite para a expectativa de segurança do consumidor (Marins, 1993).

Em sentido contrário, todavia, objetiva-se que a expectativa de segurança dos consumidores é legítima exatamente porque estes não possuem meios de conhecer os riscos que determinado produto traz, sendo que, para aferir-se esta expectativa, utiliza-se como padrão a “concepção coletiva de sociedade de consumo” (Benjamin, 1991:60).

Em réplica, costuma-se invocar o exemplo da União Européia, onde o risco de desenvolvimento é considerado como excludente de responsabilidade.

Com efeito, na União Européia, a Diretiva 85/374, em seu art. 7, “e”, prevê o risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade “o produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se provar (...) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito” (Calvão da Silva, 1990).

O art. 15 da mesma Diretiva 85/374, por sua vez, em sua alínea “B” assevera: “Cada Estado – membro poderá: (...) Não obstante o previsto na letra e) do artigo 7, manter ou, sem prejuízo do procedimento definido na segunda parte do presente artigo, dispor em sua legislação que o produtor seja responsável mesmo se demonstrar que, no momento em que pôs o produto em circulação, o estado dos conhecimentos técnicos e científicos não permitia detectar a existência do defeito”.

A despeito da ressalva, a tendência dos países da União Européia é a de adotar a regra sugerida pelo art. 7 da Diretiva. Nessa direção, o art. 5, “e”, do Dec. Lei n 383/89 de Portugal, assim como o art. 6, “e”, da L. 22/1994 da Espanha.

Ao estudar o tema, João Calvão da Silva, na esteira de conceituada doutrina por ele próprio invocada, indaga se a excludente “não acaba por ser a via de reintrodução ou persistência da culpa no edifício jurídico da responsabilidade do

produtor ora erguido, em cujo pórtico se encontra cinzelada a divisa: responsabilidade objectiva” (Calvão da Silva, 1990:507). Posta, de toda sorte, a solução nestes termos, há que se definir: a) o momento a se levar em conta para efeito de excluir a responsabilidade; b) os critérios para a definição do que seja “estado dos conhecimentos científicos ou técnicos”, ou “estado da arte” (*state of the art*), para o mesmo fim de admissão da excludente. O momento a ser levado em conta (se a época da produção do produto, de sua colocação em circulação, ou a época em que é identificado o dano) parece ter sido explicitado sem qualquer hesitação pela Diretiva 85/374, no caso europeu. Quanto aos critérios, entende a doutrina tratar-se de fórmula objectiva, “o que a lei requer é a impossibilidade absoluta e objectiva de descobrir a existência do defeito por falta ou insuficiência de meios técnicos e científicos idôneos, e não a impossibilidade subjectiva do produtor em causa” (Calvão da Silva, 1990:510).

A análise da experiência européia mostra-se útil à compreensão do risco de desenvolvimento, indicando uma tendência legislativa a adotá-lo como causa excludente da responsabilidade. O Código de Defesa do Consumidor, embora não haja previsto expressamente tal excludente, tende a não considerar defeito, à luz do art.12, §1º,III, os vícios de insegurança que a ciência desconhece no momento em que é colocado em circulação o produto ou prestado o serviço.

Há quem sustente que o risco de desenvolvimento não se confunde com a hipótese do art.12, §1º,III, do Código de Defesa do Consumidor. No primeiro caso, o produto seria “objetivamente defeituoso” no momento de sua colocação no mercado, sem que, no entanto, o estado de desenvolvimento da ciência e da técnica permitissem sabê-lo. No segundo, o produto é perfeito por corresponder às legítimas expectativas de segurança na sua época, apenas superado por produto mais novo, em razão de aperfeiçoamento científicos e tecnológicos introduzidos pelo fornecedor (Cavaliere Filho *in* RDC 29/55, 61-62).

O argumento, entretanto, não é suficiente, pois o conceito de defeito é essencialmente relativo, antepondo duas noções, em determinado contexto histórico: segurança e expectativa dos consumidores. Assim, no risco de desenvolvimento, não existe defeito, por inexistir uma reversão de expectativa em face dos conhecimentos atuais. Não se pode esperar algo que se desconhece. Há sim, neste caso, periculosidade

ou nocividade, objetivamente consideradas, embora desconhecidas pela ciência no momento do oferecimento do produto ou serviço.

No caso brasileiro, portanto, é de se separar o discurso metajurídico do estritamente técnico. Sem embargo da opinião dos juristas brasileiros quanto ao que seria a melhor solução para a matéria, o fato é que não há a previsão expressa desta excludente no Código de Defesa do Consumidor, restando incerta a doutrina, vinculada à interpretação sistemática que se procura, aqui e ali, delinear.

No sistema da responsabilidade objetiva, o dever de reparar decorre da qualidade inerente à atividade, consubstanciada no risco que lhe é próprio. Daqui porque as excludentes, como forma de temperar o risco do negócio, assumido, por força de lei, pelo empresário, ou defluem do sistema, ontológica ou logicamente vinculadas à própria existência do nexo causal, ou deverão ser previstas em lei. Do contrário se estará re-introduzindo o elemento subjetivo (qualidade do agente, o seu conhecimento técnico, contraposto à imperícia, à imprudência), na formulação da responsabilidade civil, o que se mostra inaceitável. Por isso mesmo apresentam-se inadequadas as soluções que acabam por perquirir a existência – ou ausência – de culpa do empresário, na hipótese de risco de desenvolvimento.

Por outro lado, o dever de reparação pelos danos identificados por novas descobertas científicas traduz a aplicação mais ampla da responsabilidade objetiva, fundada no risco (sem atenuantes) da atividade econômica. A hipótese expressaria a teoria do risco absoluto, assumindo o fornecedor a responsabilidade por danos causados ao consumidor independentemente da existência de defeito no produto ou serviço. Tal não foi a solução adotada pelo legislador brasileiro.

Assim sendo, por não decorrer de valoração subjetiva de conduta – culpa – senão de valoração objetiva da atividade – risco –, a responsabilidade não pode estar vinculada à ilicitude do ato, associada à previsibilidade pelo fornecedor do grau de nocividade que o produto ou serviço possa apresentar.

A responsabilidade civil, ao revés, sendo objetiva, não decorre do descumprimento de qualquer dever jurídico, exigindo-se, para sua ocorrência, a presença dos pressupostos antes examinados (defeito do produto, dano e nexo causal). A admissão da excludente deverá estar vinculada, portanto, à sua capacidade de descaracterizar a noção de defeito ou de romper o nexo causal entre o defeito –

admitindo-se este como tal – e o dano. O Código de Defesa do Consumidor parece ter considerado a hipótese ao delinear a noção de defeito, nos artigos acima transcritos. Não o fez, todavia, de maneira clara e definitiva. A questão reclama, por isso mesmo, providência legislativa.

Sob esta ótica, parece indispensável uma definição legislativa em relação aos danos detectados pelo desenvolvimento científico, que determine a intensidade dos riscos a serem assumidos pela iniciativa privada e o grau de proteção objetiva conferido ao consumidor, o que poderá incentivar, inclusive, a celebração de seguros, hoje tão infreqüentes na realidade brasileira, em favor da dignidade do consumidor e da segurança do tráfego jurídico.

Uma última observação faz-se oportuna, no cotejo entre as experiências européia e brasileira. O art. 11 da Diretiva 85/374 estabelece prazo prescricional de 10 anos, para a ação de responsabilidade, a contar da data em que o produto causador do dano foi colocado em circulação. Vale dizer, mesmo os países que não adotaram o risco de desenvolvimento como causa excludente, como é o caso da Espanha, no tocante aos medicamentos e alimentos, as conseqüências práticas da opção legislativa reduzem-se muito, já que, como observou a doutrina espanhola, freqüentemente os danos detectados pelos avanços científicos ocorrem quando a ação já está prescrita, preservando-se a segurança do sistema. A tal dificuldade prática some-se a necessidade de demonstração pela vítima do nexos causal, nem sempre simples, entre o dano e a nocividade do produto, só posteriormente identificada pela ciência.

Vale sublinhar, finalmente, que o sistema de responsabilidade estabelecido pelo código modificou a realidade social brasileira, no tocante à prevenção e reparação dos acidentes de consumo, revelando, para tanto, uma específica intervenção do legislador nas relações privadas.

Torna-se necessário que a atividade privada, em particular as relações de consumo atinentes aos serviços médicos – essenciais à dignidade da pessoa humana e à realização de sua personalidade, em cujos atributos ganha destaque a integridade física e psíquica – corresponda e torne efetivos os valores do ordenamento civil-constitucional brasileiro, no âmbito do qual os interesses patrimoniais do consumidor recebam tratamento privilegiado em relação aos interesses econômicos de mercado. Supondo que certa atividade médica, submetida a tal valoração interpretativa, seja considerada

plenamente apta a realizar os valores constitucionais (a merecer, pois, tutela jurídica), geraria profunda insegurança social e responsabilização dos seus titulares, sem fonte legal expressa, por todos os riscos decorrentes de desenvolvimento científico futuro da medicina.

Para que o programa constitucional possa lograr plena eficácia, neste contexto, o ideal seria que todas as excludentes de responsabilidade fossem de previsão textual e específica, o que se constituiria em informação precisa quanto aos pressupostos do dever de reparar, notadamente do que tange ao nexo de causalidade, para a determinação da responsabilidade objetiva.

1.6 Excludentes da Responsabilidade Civil

As causas de exclusão do nexo de causalidade são também chamadas de causas de exclusão da responsabilidade. Ocorrem quando pessoas que teriam determinado dever jurídico são chamadas a responder por danos que, na verdade, não foram responsáveis, pois fica constatado que tal dano ocorreu, efetivamente, por outra causa ou houve situação que impediu a pessoa de agir quando deveria fazê-lo, tendo sido impossibilitada de cumprir a obrigação (Cavaliere Filho *in* RDC 29/55, 63-64).

As excludentes de responsabilidade são, de acordo com a doutrina majoritária, a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, o caso fortuito, a força maior e o ato ou fato de terceiro.

1.6.1 Culpa da vítima

Quando o evento danoso ocorre por culpa exclusiva da vítima, o dever de indenizar é elidido, uma vez que desaparece a relação de causa e efeito entre o dano e o agente causador (Venosa, 2003), estando impedido o nexo causal.

Se a culpa da vítima é concorrente, o evento danoso ocorreu tanto pelo comportamento do agente quanto pelo da vítima. A responsabilidade e a indenização, se devida, deverá ser repartida entre os dois. Embora ordinariamente o julgador determine que a fração da indenização deva ser repartida pela metade, há entendimento na doutrina

que as frações podem ser desiguais, dependendo do grau de culpabilidade de cada uma das partes (Rodrigues, 2002).

Há, entretanto, casos específicos previstos em lei quando, ainda que ocorra culpa concorrente da vítima, subsistirá o dever de indenizar do agente. Esse dever só será elidido no evento de culpa exclusiva da vítima. Entre estes estão os acidentes em transportes ferroviários, conforme disposto no Decreto nº 2.681/1912, que, por analogia é aplicado a todos os meios de transporte para os quais não há lei específica. Outro exemplo é o dos danos nucleares, por força da Lei nº 6.453/77 (Venosa, 2003).

Nesses casos, a culpa do agente é presumida, por faltar com o dever de vigilância impedindo que o cidadão comum experimente um dano. Assim, a concorrência de culpas não atenua a responsabilidade, que será totalmente atribuída ao agente. Essas hipóteses devem, entretanto, estar expressamente previstas em lei específica (Rodrigues, 2002).

1.6.2 Caso fortuito e força maior

Tem-se caso fortuito ou força maior quando há acontecimento que escapa a toda diligência, estranho à vontade das partes envolvidas no evento danoso. Assim, na conformidade do art. 393 do Código Civil Brasileiro, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou de força maior, se não se responsabilizar expressamente por eles (Cavaliere Filho, 2008).

Não se chegou a um consenso entre a diferença específica entre os dois no tocante aos resultados que causam. No campo da responsabilidade civil é inútil distinguí-los, pois se caracterizam pela imprevisibilidade e pela inevitabilidade por parte do agente envolvido, sendo seus efeitos práticos equivalentes, no afastamento do nexo de causalidade. A força maior decorre de forças da natureza (ato de Deus do direito anglo-saxão) e se caracteriza pela inevitabilidade. O caso fortuito decorre de atos humanos, como guerras, revoluções e greves, incluindo-se o ato de autoridade (fato do príncipe), caracterizando-se pela imprevisibilidade.

Vale destacar que, de acordo com o artigo 188 do Código Civil, ainda que haja ação voluntária do agente e ocorrência de dano, não constituirá ato ilícito, nem

haverá o subsequente dever de indenizar nos casos caracterizados por estado de necessidade, legítima defesa e exercício regular de direito (Venosa, 2003).

Ainda na área de fortuito, no tocante às relações de consumo, temos que os eventos embora imprevisíveis, mas relacionados à atividade de transporte de passageiros, configuram fortuitos internos, não excluindo a responsabilidade objetiva do transportador e a consequente indenização à vítima. De modo contrário, os eventos estranhos à organização do negócio constituem fortuitos externos, exonerando o transportador da devida indenização (Cavaliari Filho, 2008).

O fortuito interno está diretamente relacionado ao produto ou serviço e pode ser gerenciado pelo fornecedor ou prestador do serviço. Já o fortuito externo escapa ao controle do prestador e não tem qualquer relação direta com o serviço prestado (Machado *et al.*, 2010).

1.6.3 Fato de terceiro

Define-se sucintamente o terceiro como “qualquer pessoa além da vítima ou do responsável” (Aguar Dias, 1995).

O importante neste ponto é saber se o fato de terceiro foi o causador exclusivo do dano ou o agente envolvido também contribuiu para a ocorrência do evento.

Quando é verificada culpa exclusiva de terceiro, não haverá nexo causal entre o dano e a conduta do agente, estando excluído o dever de indenizar.

Se o agente imputado não conseguir provar cabalmente a culpa exclusiva de terceiro, terá culpa concorrente, persistindo o dever de indenizar. No caso, deve ser estabelecida responsabilidade solidária entre o agente envolvido e o terceiro, na conformidade do artigo 942 do Código Civil Brasileiro (Venosa, 2003).

1.7 A Inversão do Ônus da Prova nos Litígios na Saúde

Nos termos do art. 6, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, o juiz pode inverter o ônus da prova em benefício do consumidor, desde que considere verossímil a alegação ou tenha o consumidor como hipossuficiente. Assim é que, tanto

na responsabilidade subjetiva do médico (art.14, §4º do mesmo diploma), quanto na responsabilidade objetiva das clínicas ou hospitais públicos e privados, caberá ao réu, uma vez invertido pelo juiz o *onus probandi*, demonstrar a inexistência do fato culposo (na hipótese de responsabilidade subjetiva), ou, nos demais casos, a inocorrência de defeito do produto (art. 12, §3º, II) ou do serviço (art. 14, § 3º, I), do dano ou do nexo de causalidade entre um e outro (Moreira in RDC 22:135).

A solução representou uma alteração profunda do sistema estatuído pela regra geral do art. 333 do Código Brasileiro de Processo Civil, segundo o qual “o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constituído do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Embora a matéria não seja pacífica, pode-se afirmar, nos termos do dispositivo, que a inversão dependerá, necessariamente, de decisão do juiz, mediante requerimento da parte ou *ex officio*, sempre que identificar um dos pressupostos autorizadores de sua decisão: a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor cujo direito discute em juízo (Abreu e Silva, 2002). Conforme se observou, “o emprego da conjunção alternativa “ou” – e não aditiva “e” – significa que o juiz não haverá de exigir a configuração simultânea de ambas as situações, bastando que ocorra a primeira ou a segunda”(Abreu e Silva, 2002).

Com relação à verossimilhança, caberá ao juiz examinar a doutrina processualística, se diante das circunstâncias concretas as alegações se apresentam provavelmente verdadeiras. Tratar-se-ia, pois, de um juízo de probabilidade, em que o magistrado sopesa os demais fatos trazidos aos autos, os que confirmam e os que desautorizam o direito alegado (Dinamarco, 1995).

No caso da responsabilidade médica, precioso se apresenta o exemplo oferecido em doutrina, em que muitos consumidores de certo medicamento apresentam sintomas semelhantes, após certo período de tratamento. Se um destes consumidores intentar ação contra o fabricante do medicamento, provando a semelhança de sintomas entre os diversos consumidores do mesmo, sem, entretanto, lograr demonstrar o vício do produto ou o nexo causal entre a fórmula e os danos alegados, será lícito ao juiz inverter o ônus da prova com base no juízo de verossimilhança, atribuindo ao réu o dever de demonstrar a inexistência do defeito ou do nexo causal, mediante o seguinte raciocínio: “se muitos consumidores desse medicamento começaram a padecer dos mesmos males,

depois de iniciado o tratamento, e como tal circunstância se acha provada nos autos e não somente alegada pelo autor, é muito provável que os efeitos colaterais encontrem sua causa, realmente, na administração do produto” (Moreira in RDC 22:142).

No que concerne à hipossuficiência do consumidor, segunda hipótese em que o juiz poderá inverter o ônus da prova, o conceito não há de ser interpretado de maneira restritiva, do ponto de vista exclusivamente econômico, devendo compreender também a inferioridade de informações técnicas, que poderá ter sido causada pelo desequilíbrio econômico ou por outros fatores sociais ou culturais, capazes de dificultar a produção probatória. Ao contrário das alegações verossímeis, em que os indícios militam a favor do consumidor em juízo, aqui não há sequer indícios, podendo o juiz, desde que perceba a impossibilidade de produção da prova por parte do autor, inverter o ônus da prova e atribuir ao réu o dever de desconstituir o direito alegado.

No caso de doenças em clínicas ou hospitais, por erro médico ou defeito no serviço ou produto, mesmo não sendo verossímil a alegação, o critério da hipossuficiência autoriza ao juiz a inversão do ônus da prova, exigindo do hospital que, mediante o prontuário respectivo e o conhecimento técnico de que dispõe, faça prova para excluir os pressupostos da responsabilidade civil (demonstrando a inoccorrência de erro médico, quando for o caso, ou do tratamento defeituoso ou a inexistência de nexo causal entre o atendimento médico e a patologia apontada).

A doutrina portuguesa também entende que o ônus da prova deve ser invertido nas ações judiciais de responsabilidade civil haja vista a extrema dificuldade que pacientes encontram se estiver com eles o encargo da atividade probatória. Não cabe ao paciente demonstrar que adquiriu bactéria em uma internação hospitalar, nem que lhe foi amputada a perna errada. Tanto o hospital como o médico assistente têm uma posição mais vantajosa tecnicamente que os pacientes, no sentido de provarem a não existência do serviço defeituoso ou a ausência da culpa (Nunes, 2007).

Capítulo 2 – Aspectos Profissionais, Éticos e Organizacionais para o aumento dos litígios na Saúde

2.1 Motivos para o aumento dos litígios na saúde

O movimento social de maior consciência dos direitos de cidadãos e da busca desses direitos encontrou um enorme campo de exercício na área da Saúde. Muitos foram os motivos para que o aumento das ações judiciais nessa área fosse maior do que nos demais segmentos da sociedade.

A decadência na prestação dos serviços de saúde pelo setor público iniciada na década de 80 culminou com um completo sucateamento desses hospitais acarretando falta de assistência de saúde a toda população que não podia arcar com um plano de saúde privado. Os profissionais do setor público ficaram obrigados a trabalhar sem condições mínimas de infraestrutura, além de receberem salários aviltantes com relação ao mercado, o que acarretou uma evasão em massa desses funcionários públicos com evidente aumento da carga de trabalho dos que lá ficaram (Machado *et al.*, 2010).

Outro aspecto que contribuiu para o aumento dessas ações foi o ensino universitário de baixa qualidade, jogando no mercado de trabalho da saúde, profissionais sem a adequada formação teórica e sem prática em estágios curriculares, absolutamente necessária para atenderem pacientes.

O aumento dos custos de serviços de saúde decorrente dos avanços tecnológicos nos meios de diagnóstico e tratamento fez com que os indivíduos, mesmo os de classe econômica média, tivessem que contratar planos de saúde para custearem os gastos com a manutenção e prevenção da mesma. Assim, passou a haver um intermediário (plano de saúde) entre o médico e o paciente, com várias conseqüências que veremos a seguir.

Além desses fatores, temos o oportunismo de pacientes e familiares quando é vislumbrada a possibilidade de auferir algum dinheiro baseado em alegações de má prática ou de serviços defeituosos. Essa tendência social afetou negativamente o outrora geralmente bom relacionamento entre médico e paciente.

2.2 O relacionamento médico paciente

Com o conhecimento adquirido na última década como docente da Fundação Getúlio Vargas, dedicada à formação de gestores-executivos em Saúde “coleionei” inúmeras narrativas que evidenciavam a mudança de comportamento dos pacientes-usuários com relação aos médicos e instituições, acarretando grande sofrimento desses profissionais, apesar de utilizarem os melhores métodos de diagnóstico e tratamento. A falta de diálogo desaguava em ações judiciais por dano moral.

Podemos verificar aqui outro cenário, outro campo de intervenção, que faz parte do adoecimento administrativo-gerencial: a dificuldade de comunicação sobre o que os pacientes devem esperar durante o tratamento que lhes está sendo indicado. É a doença administrativa gerencial do profissional de saúde, que conversa com o paciente, mas não consegue transmitir a segurança, a confiança e o conforto emocional necessário para o sucesso do tratamento como um todo, não apenas um sucesso técnico-procedimental.

O relacionamento entre médicos e pacientes, relação sócio-econômica, presumidamente contratual, sofreu uma grande deterioração (Panasco, 1984). No passado a figura do médico era a de um profissional respeitado pela sociedade por sua dedicação, responsabilidade e capacidade técnica para cuidar das pessoas que com eles tinham uma relação de confiança e admiração.

Esses profissionais executavam seu ofício com base na ética e na consciência de cumprimento de seus deveres, na certeza que estavam fazendo o melhor pelos seus pacientes (Barros Júnior, 2007). A prática médica era feita com bastante liberdade, pois as decisões e ordens médicas não eram questionadas por familiares e pacientes, que depositavam toda a confiança naqueles profissionais.

Os médicos eram indicados por amigos ou familiares dos pacientes e eram os próprios pacientes que efetuavam o pagamento pelos serviços médicos.

As mudanças decorrentes do aumento dos custos na saúde, oriundas do avanço tecnológico, alterou profundamente esse relacionamento. Indivíduos não mais puderam arcar com os pagamentos por novos métodos de diagnóstico e tratamento e passaram a contratar seguradoras e planos de saúde com tal finalidade. Essas passaram a indicar não apenas os locais para exames, mas também os profissionais de saúde autorizados a prestarem atendimento aos usuários. Os serviços médicos passaram a ser remunerados pelas mesmas operadoras e planos que fazem a indicação dos profissionais (Machado *et al.*, 2010).

As tabelas de honorários para tais remunerações geralmente não contemplam o tempo necessário a um profissional para um bom atendimento e a medicina personalizada deu lugar à medicina de massa, com atendimentos breves e superficiais.

Os pacientes-usuários sentem-se indignados com a falta de atenção e os médicos sentem-se constantemente ameaçados pela possibilidade de enfrentarem demandas judiciais decorrentes de uma prática profissional abaixo dos padrões aceitáveis e frutos do oportunismo de pacientes e familiares que vislumbram, na fragilidade com que é exercida a medicina, a possibilidade de ganhos financeiros em demandas judiciais alegando danos sofridos na prestação dos serviços.

O resultado disso tudo é uma falta de diálogo entre profissionais de saúde e pacientes acarretando um rompimento completo ou, melhor, a inexistência de uma relação de confiança que deveria ser estabelecida entre ambos com claros benefícios ao tratamento proposto.

2.3 Responsabilidade dos Profissionais de Saúde

Há profissões que, por suas próprias peculiaridades, carregam consigo o risco em quase todas as suas atividades. Nelas, caso haja erro profissional, o resultado pode ser um dano gravíssimo à pessoa, às famílias e até mesmo à sociedade.

O exercício da medicina é a prática profissional que mais riscos acarreta, tanto para o médico como para o paciente (Vieira, 2001).

Para esses ofícios, não apenas médicos, mas também enfermeiros, farmacêuticos e dentistas, enfim, os profissionais de saúde que nos interessam mais especificamente, os indivíduos devem possuir habilitação técnica devida, sem a qual não preenchem os requisitos legais para exercício da profissão. Entretanto, tal habilitação não lhes confere imunidade profissional face aos erros que por ventura venham a cometer.

O dever de reparar os danos decorrentes de atos profissionais dos médicos, cirurgiões, farmacêuticos e dentistas, previsto no art. 951 do Código Civil Brasileiro, que corresponde ao art. 1545 inserido no capítulo referente à responsabilidade extracontratual do Código Civil de 1916, tem sido considerado de modo prevalente no Brasil como sendo hipótese de responsabilidade contratual (Aguiar Dias, 1995). Tal orientação indica tendência doutrinária e jurisprudencial de maior favorecimento das vítimas de danos, contrariamente ao pensamento dominante quando da redação do antigo código, no final do século XIX.

Assim é que a natureza jurídica da relação instaurada entre médico e paciente, embora sem atrair o consenso doutrinário, pode ser considerada como uma prestação remunerada de serviços *sui generis*, uma vez que a ela se agrega uma série de deveres extrapatrimoniais, essenciais à natureza da mesma. Isso ocorre porque o médico, bem como outros profissionais de saúde, além de prestar serviços profissionais, é também conselheiro, protetor e guarda do enfermo a quem cuida (Aguiar Dias, 1995).

Esses deveres, ao lado da intervenção técnica, prestação dirigida ao tratamento propriamente dito, definem a função jurídica do contrato, oferecendo conotação peculiar à causa contratual, que faz o negócio atípico, diverso da locação de serviços, convencionalmente disciplinada pelo Código Civil Brasileiro.

O contrato depende do consentimento do paciente que, no entanto, poderá ser expresso ou tácito, manifestado diretamente pelo interessado ou por seus familiares, sem que a ausência de instrumento escrito possa ser interpretada como inexistência de negócio jurídico entre as partes.

A responsabilidade contratual do médico e demais profissionais de saúde no atendimento privado, contudo, não exclui a evidência, a responsabilidade delitual dos mesmos nas hipóteses em que os danos, por eles provocados, decorram de atos

extracontratuais inerentes à atividade profissional como ausência de socorro, atestados ou laudos falsos, quebra do sigilo profissional, entre outros.

Segundo Abreu e Silva (2002), o princípio *neminem laedere* (não lesar ninguém), sendo um dos princípios norteadores do comportamento humano, fundamenta a obrigação de reparar quando há falta (culpa) e dano injusto cometido pelo profissional liberal, podendo ser alegadas em sua defesa as excludentes de responsabilidade previstas em lei.

Avulta cada vez mais a teoria da unificação das responsabilidades delituais (extracontratuais) e contratuais, pois ambas seriam resultado do descumprimento de um dever jurídico. A delitual comportaria a violação de um dever geral de não causar dano a outrem. A contratual consistiria a violação de um dever cuja fonte é a própria vontade dos indivíduos (Cavaliere Filho, 2008).

A culpa tanto pode configurar-se como infração ao comando legal quanto ao arrepio da declaração de vontade individual. Em ambas as hipóteses há uma norma de comportamento estabelecida pela lei, em sentido genérico, ou pela vontade individual. Operando-se a vontade ao arrepio da norma de conduta existe culpa. Nesse sentido se admite o princípio da unidade da culpa (Pereira, 1999).

Alguns autores defendem a manutenção da distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana ou extracontratual no sistema do Código Civil Brasileiro, uma vez que são tratadas separadamente respectivamente nos artigos 389 e 186 do citado diploma legal (Rodrigues, 2002).

2.4 Obrigações de Meio e de Resultado

A responsabilidade dos profissionais de saúde é subjetiva, definida pelo art. 951 do Código Civil Brasileiro que, expressamente, se refere ao dano decorrente de imprudência, imperícia ou negligência, e mantida pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, cujo art.14, parágrafo 4º, como exceção à regra geral da responsabilidade objetiva introduzida nas relações de consumo, determina que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Assim, os profissionais prestadores de serviços de saúde responderão pelo dano que causarem desde que fique comprovada sua culpa.

Não obstante ser subjetiva sua responsabilidade, o dever de reparar tem apresentado uma marcante tendência de ampliação, na jurisprudência, mediante o mecanismo cada vez mais utilizado de inversão da carga probatória. Nesse sentido, vale registrar que, em matéria de atividade médica, o valor da distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual perde muito de sua importância. Essa distinção adquire relevo no tocante à carga probatória: na extracontratual cabe à vítima demonstrar que houve culpa do agente causador do dano (negligência, imperícia ou imprudência), enquanto na contratual, o descumprimento da obrigação, por si só, opera em favor do credor, criando a presunção de responsabilidade do devedor, a quem caberá o ônus de provar a ausência de culpa para o inadimplemento (Serpa Lopes, 1995).

No entanto, no âmbito da atividade médica, os profissionais de saúde ficam vinculados pelas chamadas obrigações de meio, não de resultado.

Nas obrigações de resultado, o devedor se compromete à obtenção de resultado útil em favor do credor. Não ocorrendo tal resultado esperado, na existência de um contrato válido, opera-se a responsabilidade, cabendo ao devedor o ônus probatório da ausência de culpa para ser exonerado do dever de reparar (Wald, 1998).

Já nas obrigações de meio, o devedor se compromete a empenhar os seus melhores esforços (habilidade, técnica, diligência, prudência) com vistas a um objetivo cuja obtenção, no entanto, escapa ao seu compromisso. Isto porque o conteúdo deste tipo de obrigação é a própria atividade do devedor, sendo este contratado para desempenhar suas tarefas, o que deve ser feito da melhor forma possível para se alcançar um resultado. Na hipótese de evento lesivo, o credor insatisfeito deverá demonstrar, além da existência do contrato e da lesão (inocorrência do resultado esperado), a culpa do devedor, ou seja, a imprudência, imperícia ou negligência causadora do dano.

Assim sendo, no atendimento médico e de demais profissionais de saúde, cuidando-se, na maioria dos casos, de obrigação de meio (o profissional não se obriga a curar o paciente, mas a empregar diligência, cautela e conhecimento técnico postos ao alcance da ciência médica com vistas a curá-lo), o ônus probatório sempre incumbirá ao prejudicado. No caso de culpa extracontratual, a regra geral é de atribuir à vítima o ônus da prova. Mas, ainda que seja culpa contratual, caberá também ao paciente prová-la, por se tratar de obrigação de meio.

A superação da dicotomia entre a responsabilidade contratual e extracontratual foi corroborada, ulteriormente, pela promulgação do Código de Defesa do Consumidor que desconsidera tal classificação e autoriza, por outro lado, a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, nos termos do art.6º, VIII, desde que presentes os pressupostos da hipossuficiência ou da verossimilhança da alegação, sem se cogitar da natureza (contratual ou extracontratual) da relação subjacente.

Observe-se, entretanto, que, embora se intensifique a doutrina tendente a considerar a obrigação do médico sempre uma obrigação de meio, em razão da álea que persiste em qualquer intervenção cirúrgica, resultante das peculiaridades orgânicas de cada paciente e da reação individual do organismo diante dos procedimentos médicos, algumas espécies de atividades de saúde são consideradas, pela jurisprudência dominante, como obrigações de resultado. É o caso dos tratamentos odontológicos, dos exames radiológicos, da transfusão de sangue e das cirurgias estéticas (Aguiar Jr, in RT vol.718:33).

Nos casos de obrigações de resultado, não haverá a transformação de responsabilidade subjetiva do profissional em responsabilidade objetiva, com afastamento da discussão sobre a culpa. Tão somente ocorrerá a culpa presumida, com a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional de saúde provar a ocorrência de fator imponderável capaz de afastar o dever de indenizar (Cavaliere Filho, 2008).

A doutrina portuguesa também entende que os profissionais médicos têm obrigação de meios, mas ressalva que algumas especialidades podem ter obrigação de resultado como, por exemplo, os médicos patologistas quando emitem laudos de exames (Pina, 2003).

A propósito da cirurgia estética, o Superior Tribunal de Justiça situa-se em posição oscilante, ora configurando nesta hipótese obrigação de resultado¹⁰, ora admitindo cuidar-se de obrigação de meio, embora exigindo, neste último caso, um patamar mínimo de resultado, compatível com a expectativa do paciente.¹¹

Tal entendimento, a rigor, reflete a tendência mais atual do direito das obrigações, a temperar a distinção entre obrigações de meio e de resultado. A

¹⁰ Recurso Especial 81.101-PR, Relator Ministro Waldemar Zveiter e Recurso Especial 10.536-RJ, Relator Ministro Dias Trindade.

¹¹ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 37060-RS, Relator Ministro Eduardo Ribeiro.

consagração pela Constituição Federal Brasileira dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social que iluminam o princípio da boa fé objetiva aplicado ao direito das obrigações, fazem com que devedor e credor se solidarizem nos deveres respectivos de cumprir e de facilitar o cumprimento das obrigações. Assim, o resultado esperado pelo credor nas obrigações de meio não pode ser indiferente ao devedor. Da mesma forma, a falha na obtenção do fim proposto nas obrigações de resultado não pode desconsiderar o empenho do devedor e os fatores supervenientes que possam ter tornado excessivamente oneroso o seu cumprimento pelo devedor.

Finalmente, trazendo luz a todo o debate sobre a comprovação da culpa nas atividades dos profissionais de saúde, tem-se que os elementos identificadores das teorias subjetiva e objetiva, *culpa* e *dano*, respectivamente, embora sendo insuficientes para fundamentar a Responsabilidade Civil na atualidade, fornecem substrato para o verdadeiro fundamento da Responsabilidade Civil que é o *dano injusto*, o qual emerge da Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional, perfeitamente inserida na Carta Magna brasileira (Abreu e Silva, 2002).

2.5 Os Deveres dos Profissionais de Saúde

Não obstante todo o aparato tecnológico e científico do mundo moderno, não há como o profissional de saúde, mormente o médico, por mais bem conceituado que seja, assumir a certeza de curar um paciente ou de salvar um doente. Até porque a imortalidade não é inerente ao ser humano.

A investigação da culpa do médico, portanto, imprescindível à configuração da responsabilidade, requer uma definição dos inúmeros deveres de que é cometido, os quais podem ser enquadrados em três categorias centrais: a) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; b) o emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; c) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica (Aguiar Dias, 1995).

2.5.1 O Consentimento Informado e Esclarecido

O dever de informação diz respeito ao diagnóstico, ao prognóstico, ao tratamento, se clínico ou cirúrgico, bem como à ponderação quanto às vantagens e às desvantagens da hospitalização ou das diversas técnicas a serem empregadas, salvo quando tal informação possa afetar psicologicamente o paciente.

A necessidade de conciliar o dever de informação acerca do estado de saúde com a preservação do moral e do equilíbrio psíquico do doente é objeto do art. 34 do Código Brasileiro de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931, de 2009), segundo o qual é vedado ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.”

O dever de informação implica a necessidade de consentimento do paciente no que tange às práticas a serem empregadas. Com efeito, nos termos do art. 31 do Código de Ética Médica, é direito do paciente “decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

A urgência da intervenção e o iminente risco de deterioração da saúde do paciente devem ser sopesados no exame das hipóteses em que o consentimento deixa de ser obtido pelo médico. Conforme se observou, “em certas circunstâncias, a inexistência do assentimento é evidente, como no caso do surgimento de um fato novo, no desenrolar de uma cirurgia. Se possível suspender o ato, sem risco, para submeter a decisão ao paciente em vista de novos exames do material encontrado, essa a providência recomendada” (Aguiar Jr, in RT vol.718:36).

Nesses casos, não estando o enfermo em condições de discernimento quanto aos rumos do tratamento, Pontes de Miranda (1970:437) considera a atuação do médico como expressão da vontade presumida do paciente: “há gestão útil de negócio alheio. Há mais: o médico tem dever de executar a gestão, o que somente poderia ser afastado se fora de presumir-se a vontade contrária da pessoa que precisava do tratamento”.

O entendimento doutrinário português afirma que o dever de obtenção do consentimento informado funda-se num direito inato de personalidade do paciente e não em obrigação derivada de um contrato (Oliveira, 2005).

Situação delicada costuma ocorrer quando o paciente, motivado por convicção religiosa – como é o caso dos fiéis conhecidos como “Testemunhas de Jeová” –, recusa-se a se submeter a procedimentos de transfusão de sangue. A posição da jurisprudência, ao propósito, coincide com a do Conselho Federal de Medicina: “Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo ao seu Código de Ética, deverá observar a seguinte conduta: 1º Se não houver iminente risco de morte, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. 2º Se houver iminente risco de morte, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis” (Kfoury Neto, 1998:171).

Ao lado do emprego das técnicas médicas recomendadas, inclui-se o dever de atender aos chamados e de proceder às visitas, sendo admissível a indicação de colega ou de assistente nas hipóteses em que for impossível o seu comparecimento pessoal.

Outro aspecto de grande importância relaciona-se com o diagnóstico, consistente na determinação das doenças mediante a identificação dos sintomas que lhes são próprios. Trata-se de procedimento fundamental na atividade profissional do médico, dele derivando a prescrição de medicamentos, a dieta alimentar, a necessidade de hospitalização ou de intervenções cirúrgicas, os exames e as técnicas terapêuticas a serem empregadas na cura.

Afirma-se que “o erro de diagnóstico não gera responsabilidade, salvo se tomado sem atenção e precauções conforme o estado da ciência, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro” (Aguar Jr, in RT vol.718:37). A complexidade do tema decorre do fato de o diagnóstico adentrar “campo estritamente técnico, o que dificulta enormemente a apreciação judicial, principalmente porque não se pode admitir em termos absolutos a infalibilidade médica”, ao que se acresce a interferência decisiva das condições pessoais do paciente (Kfoury Neto, 1998:75). Leciona-se, diante disso, que não raro os erros de diagnóstico decorrem não de culpa do médico, mas das

características da própria ciência médica incerta e conjectural, lamentando-se a inelutável existência de doenças distintas com síndromes similares.

Todas essas circunstâncias fazem com que o controle do diagnóstico seja muito difícil, a menos que se possa demonstrar o desconhecimento pelo médico de sintomas evidentes de certa patologia, hipótese em que o equívoco se confunde com negligência, imperícia ou imprudência na obrigação. Daqui a constatação de que não é propriamente o erro de diagnóstico o que ao juiz cumpre examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo como procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios ao seu alcance para a investigação do mal.

De qualquer forma, as dificuldades na determinação do componente culposo no erro de diagnóstico não servem a legitimar a opinião dominante, em doutrina e jurisprudência, no sentido de que somente com culpa grave – erro grosseiro – se pode imputar ao médico o dever de reparar os danos nesses casos. Melhor parece ser a consideração da prática do diagnóstico como procedimento sujeito a regras, cautelas e rigores insuprimíveis, investigando-se a diligência do profissional ao efetuar-lo.

O emprego das melhores técnicas disponíveis exige-se não apenas para o diagnóstico, mas durante todo o atendimento, apresentando-se por isso mesmo inadmissível a utilização do paciente para experimentações científicas. Tratando-se de ciência empírica, em certo sentido todo paciente torna-se um banco de prova para a medicina, embora deva se esperar do médico o emprego de técnicas já aplicadas e aprovadas pelos meios científicos como eficientes para o tratamento que se leva a cabo. A cada passo do tratamento, portanto, o médico terá que ter a sua intervenção justificada cientificamente e o emprego de técnicas novas, sempre escudadas no estado atual da ciência, tanto quanto possível deverá contar com a aprovação do próprio paciente, como já mencionado.

O anexo A traz um modelo de Consentimento Informado que pode ser adaptado para as diversas situações de atendimento, exames diagnósticos e tratamento nas práticas de saúde.

Notar que esse documento possui requisitos de conteúdo (diagnóstico, tratamento indicado, riscos, deveres do paciente, etc.) e também de forma (nomes completos, datas, assinaturas, testemunhas, etc.) para torná-lo um documento válido e hábil a comprovar o cumprimento por parte do médico do dever de informação.

2.5.2 O Código Brasileiro de Ética Médica

Os deveres profissionais, evidentemente, não são suficientes a garantir o bom desempenho do médico nas numerosas situações que se apresentam a todo momento, e que colocam em confronto valores antagônicos, contrapondo ao interesse do paciente, vantagens econômicas (representadas, por exemplo, pelo período da internação e pelo conjunto de medicamentos e exames a ser exigido), ou mesmo vantagens pessoais para o médico, impondo-lhe maior ou menor participação pessoal no atendimento. Daí por que se torna indispensável a consideração, como critério interpretativo para a avaliação da conduta médica, do dever de tutela do melhor interesse do paciente, em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica.

Exclui-se a possibilidade de excessos ou abusos de poder por parte do médico (abstenção que não chega a se constituir no dever específico, do ponto de vista técnico), servindo a cláusula geral para moldar o seu comportamento e temperar certo autoritarismo que grassa na prática médica, a exigir compreensão e diálogo, a despeito da utilização da boa técnica.¹²

Significa dizer que, em qualquer circunstância e acima de qualquer outro interesse – pecuniário, profissional ou mesmo científico – deve o médico zelar pela integridade psico-física do paciente e por sua dignidade, expressão da tutela constitucional incluída no rol dos fundamentos da República (art.1º,III,Constituição Federal Brasileira).

Entretanto, nada obstante a vedação de prática médica de acordo com interesses pecuniários e comerciais no artigo 20 do Código Brasileiro de Ética Médica, a Agência Nacional de Saúde, agência reguladora do segmento saúde no Brasil, foi obrigada a intervir baixando norma proibitiva de distribuição de bônus por operadoras de saúde aos médicos que observassem determinados interesses dessas operadoras na sua prática diária de atendimento aos pacientes.

Acrescente-se, ainda, que todos estes deveres, que se encontram presentes na relação médico-paciente e cuja violação poderá determinar a responsabilidade do profissional pelo dano causado, hão de ser interpretados à luz da boa-fé objetiva, princípio introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor e que se

¹² art. 35 do Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina n.1.931, de 2009)

expressa não somente durante a execução do contrato, mas também nas fases pré e pós-contratual.

No caso do atendimento médico, verifica-se claramente o princípio da boa-fé na fase pré-contratual relativamente ao dever de informação. O paciente, normalmente leigo e, portanto, desconhecedor da ciência médica, deve obter as informações necessárias para que o seu consentimento seja expressão de uma livre avaliação das circunstâncias que cercam o seu estado de saúde e as condições de sua recuperação. Conhecer, portanto, os riscos de cada intervenção, os custos do tratamento e o período ideal para realizá-lo, as vantagens e as desvantagens da terapia adotada, tudo isso expressa o princípio da boa-fé anteriormente à celebração do contrato de atendimento médico e durante a sua execução, atraindo para a relação contratual todas as cautelas, conselhos e cuidados indispensáveis ao equilíbrio psicológico e à eficiente recuperação do paciente. O princípio da boa fé, contudo, projeta-se ainda *post contractum finitum*, vinculando o médico, mesmo após a alta do paciente, notadamente no que concerne aos deveres de informação e de discricção quanto ao tratamento. Assim é que, por força da boa fé contratual, incumbe ao médico conservar e tornar disponível o prontuário que venha a ser útil no futuro ao paciente. Quanto à discricção, viola a boa fé contratual o médico que, em despreço pela tutela constitucional à intimidade (art.5º,X,CF), divulga o nome de seus pacientes, o diagnóstico e os resultados obtidos, sendo intolerável, assim, a publicação dos casos clínicos, mesmo para fins científicos, sem a autorização do interessado. Tal dever, aliás, que vincula o médico desde antes do início do tratamento (fase pré contratual), é objeto do inteiro Capítulo IX do Código de Ética Médica (sigilo profissional), cujo art.73, de maneira expressa, veda ao médico “revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito do paciente”.

O anexo B traz o Código Brasileiro de Ética Médica, onde se podem verificar vários dispositivos norteados pelo princípio da tutela do melhor interesse do paciente.

2.6 Responsabilidade dos Hospitais, Clínicas e outras Organizações de Saúde

O atendimento em hospitais públicos é considerado pela doutrina e jurisprudência brasileiras como expressão da tutela constitucional à saúde, a prescindir de qualquer relação contratual, daí resultando, em caso de dano ao paciente, a incidência da responsabilidade extracontratual ou delitual.

Com efeito, nos termos dos arts. 196 e seguintes, da Constituição da República Federativa do Brasil, as ações e serviços públicos de saúde, expressão de garantia fundamental, integram rede regionalizada e constituem um sistema único, descentralizado e destinado ao atendimento integral (assistencial e preventivo), com participação da comunidade, que se organiza através de conselhos locais, financiado pela União, Estados e Municípios.

Aplica-se à hipótese, em se tratando de responsabilidade extracontratual do Estado, a teoria do risco administrativo, fazendo assim incidir a responsabilidade objetiva. Nos termos do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A despeito de sua inequívoca redação, partes da doutrina e da jurisprudência brasileira consideram que o dispositivo refere-se exclusivamente aos atos comissivos (ações) dos serviços públicos, não se aplicando aos danos causados por atos omissivos do Estado, os quais, na saúde pública, representariam robusto quantitativo.

Para esta corrente, aplica-se, no caso dos atos omissivos, o art. 43 do Código Civil Brasileiro, que consagra a teoria subjetiva da falta do serviço e que, segundo se sustenta, teria perdido sua base de validade constitucional apenas no que concerne aos atos comissivos do Estado. No que tange aos atos omissivos, seria excessivo pensar em responsabilizar objetivamente o Poder Público por todas as suas omissões, independentemente de culpa, mantendo-se, pois, neste caso, a responsabilidade subjetiva. Os atos omissivos, ao contrário dos comissivos, não causariam imediata e diretamente o dano, senão de forma mediata, apenas permitindo que este ocorresse.

Todavia, como é de conhecimento curial, não é dado ao interprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando do legislador constituinte – *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (Aguiar Dias, 1995). A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em renovados princípios axiológicos e normativos (dentre os quais de destacam a isonomia substancial, a solidariedade social e a justiça distributiva).

De mais a mais, o raciocínio ora impugnado parte da premissa equivocada, segundo a qual o ato omissivo não seria capaz de, só por si, dar causa imediata e direta ao dano. Como se sabe, em termos de causalidade, prevalece no Brasil a teoria do dano direto e imediato (ou da necessariedade do dano), sufragado pela melhor doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal (Alvim, 1972). De maneira que, ou bem a atividade do Estado não gera necessariamente o dano, hipótese em que não há nexos de causalidade, descartando-se, em consequência, o dever de reparar, seja qual for a doutrina que se adote, subjetiva ou objetiva, ou, ao revés, admite-se o dano necessário e, portanto, a responsabilidade civil, independentemente da conduta ter sido positiva ou negativa.

Nem se objete que tal entendimento levaria ao absurdo, configurando a condenação do Estado por todos os danos sofridos pelos cidadãos, sempre atribuíveis a alguma espécie de omissão, o que oneraria excessivamente o erário e suscitaria uma ruptura do sistema. A rigor, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado comporta causas excludentes (culpa da vítima, fato de terceiro, caso fortuito), que atuam na desconstituição do nexos causal entre o evento danoso (a ação administrativa) e o dano, de modo a mitigar a responsabilização, sem que, para isso, seja preciso violar o Texto Constitucional e recorrer à responsabilidade subjetiva. Aliás, conforme já asseverou o Supremo Tribunal Federal, “a responsabilidade objetiva do Estado não importa reconhecimento da teoria do risco integral, admitindo-se, para excluí-la, a prova do comportamento doloso ou culposos da vítima”.¹³

Nesse sentido, a Constituição Portuguesa não deixa dúvidas que a responsabilização atinge ação e omissão, pois preceitua em seu art. 22.º nos termos do

¹³ Acórdão Supremo Tribunal Federal (RDA, vol.179-180) p.193

qual “o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária, com os titulares de seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício de suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem” (Moniz, 2003:59).

Posta nestes termos a questão, doutrina e jurisprudência majoritárias convergem no sentido de que a responsabilidade dos hospitais públicos terá natureza extracontratual, ao contrário do dever de reparar suscitado no atendimento médico privado. A matéria, contudo, não restou ainda pacificada nos tribunais superiores, exigindo ulterior reflexão.

O Estado, ao manter serviços públicos de saúde, presta um serviço tutelado constitucionalmente, independentemente de relação contratual, sobretudo nos setores de emergência dos hospitais públicos, sendo certo que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção recuperação” (art.196, Constituição Federal).

Tal circunstância, contudo, não exclui o papel do Estado como fornecedor de serviços públicos na área de saúde, atraindo, assim, para a relação entre pacientes e hospitais públicos, as normas de proteção do consumidor. São inúmeros, em realidade, os serviços contratados pelos cidadãos relativamente à saúde pública, tanto para a realização de exames, quanto para os serviços médicos cirúrgicos e especializados, não repugnando configurar relação contratual nestas hipóteses. Afinal, nos termos do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, fornecedor de serviços poderá ser pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, fazendo incidir as normas de proteção ao consumidor, conseqüentemente, à prestação de serviços públicos, incluindo-se aí os serviços médicos.

De outra parte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nesses casos independe da natureza jurídica contratual ou extracontratual da relação ali estabelecida. É que o legislador, no particular, supera a dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e extracontratual; a uma, porque responsabiliza objetivamente pelos serviços defeituosos não somente os contratantes (comerciantes e

consumidores), mas todos os partícipes do ciclo de produção e distribuição (art. 12, Código de Defesa Consumidor): fabricante, produtor, construtor nacional ou estrangeiro e importador); a duas porque, nos termos do art. 17, aplicar-se-á a responsabilidade civil nos acidentes de consumo em favor de todas as vítimas dos eventos danosos, sejam consumidores ou não (consumidores potenciais).

Assim sendo, é de se aplicar os preceitos do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, a responsabilidade objetiva aos serviços médicos de saúde, cabendo o direito de regresso do Poder Público em face do autor do erro médico, quando for o caso, com base no dispositivo constitucional (art. 37, § 6º) que não diverge, neste aspecto, dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, também aplicável à espécie.

O direito de regresso da Administração Pública contra o médico ou servidor faltoso, contudo, há de ser exercido em ação própria, não já na mesma ação em que a vítima pleiteia a reparação por danos baseada na responsabilidade objetiva.

A questão é controvertida. Parte da doutrina e jurisprudência considera que o dispositivo autorizaria a denúncia da lide, senão compulsoriamente, nos termos do art. 70, III, do Código de Processo Civil, segundo o qual é a litisdenúncia obrigatória “àquele que estiver obrigado por lei ou pelo contrato a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”, ao menos como providência facultativa, com a finalidade de assegurar o regresso (Barbosa Moreira, 1987:159).

O argumento, todavia, não merece aplauso. Em primeiro lugar, a denúncia, prevista no Código de Processo Civil, supõe identidade de fundamento entre as demandas, o que não ocorre no caso de ação de responsabilidade subjetiva contra o agente proposta pela Administração, já que esta, ao contrário, foi acionada com fundamento na responsabilidade objetiva.

Em seguida, observe-se que a denúncia da lide, nestes casos, ao suscitar a longa instrução processual indispensável à demonstração da culpa do agente, representaria um obstáculo à reparação pretendida pelo contribuinte no art. 37, em bases objetivas, justamente para se facilitar da tutela jurisdicional às vítimas.

Além disso, como já evidenciado em doutrina, mesmo sob a perspectiva da Administração Pública a denúncia da lide não se mostra isenta de objeções, já que a defesa teria que assumir a culpa do agente, quase que reconhecendo o pedido, para

efetuar a litisdenúnciação (Meirelles, 2001). “Eis aí o dilema da Fazenda: diferentemente do que ocorre com os particulares denunciantes, compete-lhe, ao denunciar, confessar a culpa de seu preposto, descrevendo a conduta culposa deste em todos os pormenores essenciais, para que possa obter êxito no pretendido exercício do direito regressivo”.¹⁴

Igualmente restritiva seria a rejeição da propositura de ação indenizatória diretamente contra o funcionário (no caso, o médico servidor público), com base na culpa, em detrimento da ação contra a Administração Pública. A hipótese ocorre com frequência, sobretudo quando a prova da culpa ou dolo se mostra evidente e a execução contra o patrimônio do agente se apresenta, para o autor, mais atraente.

No atendimento hospitalar, a doutrina coloca de um lado, os serviços prestados por clínicas e hospitais privados, expressão da autonomia privada e submetidos, portanto, à disciplina própria do direito civil – responsabilidade contratual – e, de outro, os serviços prestados pela rede pública de saúde, por força de disposição constitucional – responsabilidade extracontratual.

No que toca ao atendimento em estruturas privadas de saúde, verifica-se um contrato de prestação de serviços médicos, sendo de se distinguir três tipos de relações instauradas e cuja análise resulta imprescindível para o estabelecimento da responsabilidade civil: a) o contrato entre o paciente e o médico direcionado ao tratamento de saúde; b) o contrato entre o paciente e a clínica médica, que visa à sua hospedagem em condições adequadas para que o tratamento possa ser realizado; c) o contrato entre o médico e a clínica médica para a realização do tratamento.

Cuidando-se de relação de consumo, a responsabilidade civil dos hospitais e clínicas, como antes já mencionado, será, em regra, objetiva (art. 14, *caput*, Código de Defesa do Consumidor,) salvo a dos profissionais liberais – no caso, o médico – que se sujeitam à responsabilidade subjetiva (art. 14, §4º, do mesmo CDC). Nos termos do art. 14, com efeito, “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”. Do § 1º do mesmo

¹⁴ Tribunal de Alçada Cível de São Paulo Apelação Cível 390.125, julgada em 16.5.88.

art. 14 pode-se extrair o conceito de defeito nos serviços, consistente numa reversão de expectativa do consumidor em relação à segurança que pode legitimamente esperar do produto, com base nas informações divulgadas e no estado da arte. Defeito é, portanto, uma ruptura entre a legítima expectativa do consumidor e o desempenho do produto ou da prestação do serviço (Abreu e Silva, 2002).

Diante da disciplina legal acima exposta e decompondo-se as relações contratuais estabelecidas entre paciente e médico, paciente e clínica, e médico e clínica, tem-se que o médico, pessoalmente, responderá por seus atos somente na ocorrência de culpa, já a clínica celebra com o paciente um contrato de hospedagem peculiar, por cuja eficiência responde objetivamente, ao mesmo tempo em que poderá ser responsável solidariamente pelos danos causados no tratamento médico.

No que tange aos danos causados pelos serviços hospitalares, no âmbito do chamado contrato de hospedagem, atinentes aos exames, à enfermagem, aos aparelhos e à estrutura de apoio ambulatorial, a responsabilidade é objetiva e duas espécies de danos, em síntese, poderão ocorrer: tanto pelo funcionamento defeituoso de equipamentos, como pela falha dos prepostos. Neste caso, poderá o hospital ou clínica responsabilizada exercer o direito de regresso contra o encarregado que tenha culposamente causado o dano (art.13, parágrafo único, Código de Defesa do Consumidor).¹⁵

Incluem-se nesta categoria as hipóteses de infecção hospitalar associadas a um serviço de assepsia defeituoso, ou seja, as infecções que não provêm de caso fortuito, derivadas do alarmante desenvolvimento de novos vírus e bactérias (Kfoury Neto, 1998).

No que concerne à segunda espécie de danos, causados por ato médico, a responsabilidade do próprio profissional, como se viu, é subjetiva, condicionada à prova de imprudência, imperícia ou negligência que tenha ocasionado o dano. A clínica, contudo, poderá ser solidariamente responsável se o profissional integra o seu corpo médico, como funcionário ou prestador de serviços. É a hipótese freqüente em que o paciente, não tendo uma preferência por determinado médico, procura diretamente a

¹⁵ Acórdão unânime da 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 16.5.95, in Revista do Direito do Consumidor, vol.18, p.200

clínica, recorrendo a um dos profissionais que fazem parte da equipe. Este, aliás, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.¹⁶

Nestes casos, sem embargo da solidariedade, tem-se por imprescindível a “prova de culpa do servidor na pratica do ato danoso”. Isto é, o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar dano produzido por médico integrante de seus quadros (Aguiar Jr, in RT vol.718:38).

A matéria é controvertida, já que a responsabilidade subjetiva cinge-se às atividades dos profissionais liberais, na dicção do art. 14, § 4º, Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, na hipótese em que o ato lesivo não se relaciona com os demais serviços prestados pela clínica, jungindo-se a erro profissional típico, seria difícil vislumbrar qualquer defeito, pressuposto da responsabilidade objetiva nos termos do art. 14, §3º, diverso da conduta subjetiva do médico – a atividade defeituosa – não se podendo negar, nesta perspectiva, que somente a demonstração da culpa é que poderá desencadear a responsabilidade do profissional e, em conseqüência, do hospital, solidariamente.

De outra parte, segundo posição jurisprudencial dominante, a clínica não será chamada a responder pelo dano causado por médico estranho a seus quadros, no caso em que o hospital apenas serve de estrutura por ele utilizada para o exercício de suas atividades profissionais. Nesta direção, aliás, pronunciou-se a jurisprudência: “Não responde a clínica que, tão-somente, cedeu as suas instalações para que o médico realizasse a cirurgia, inexistindo relação de preposto e preponente”.¹⁷

2.7 A Solidariedade no Dever de Reparar

A responsabilidade do médico, de natureza subjetiva, como estabelecido (art. 951, Código Civil Brasileiro e art. 14, §4º, Código de Defesa do Consumidor), estende-se à sua equipe, formada, no caso de cirurgiões, por exemplo, por assistente, instrumentador e auxiliares, cabendo a ele escolher e supervisionar o seu pessoal de

¹⁶ Acórdão unânime 4ª Turma Superior Tribunal de Justiça, julgado em 18.6.96, Relator Ministro Ruy Aguiar Jr., in Revista Superior Tribunal de Justiça vol.87, p.287

¹⁷ Tribunal Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível 6680.97, relator Desembargador Paulo Sérgio Fabião.

apoio técnico, por cujos atos, conseqüentemente, responde (culpa *in eligendo* e *in vigilando*), nos termos dos arts. 942, 932, III e 933 do Código Civil Brasileiro, na interpretação unificada pela Súmula n. 341 do Supremo Tribunal Federal (“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”).

Com relação ao anestesista, contudo, a matéria não é pacífica, graças ao desenvolvimento da especialidade, que se tornou ramo autônomo, cujo exercício, por isso mesmo, se mostra insuscetível de controle por parte do cirurgião-chefe.

O anestesista atua, de fato, em três fases distintas: pré-operatória, quando procede a seu diagnóstico, em que avalia o risco anestésico, em face dos exames clínicos do paciente, a fase operatória, em que ministra os anestésicos e controla os seus efeitos, de acordo com a evolução da intervenção cirúrgica, e a pós-operatória, momento em que deve monitorar a recuperação dos sentidos do paciente, verificando a temperatura, oxigenação, pressão arterial etc. Assim é que, embora persista sempre uma álea atinente às reações pessoais do paciente, cuida-se aqui de uma obrigação inteiramente autônoma em relação aos deveres do cirurgião (Aguiar Jr, in RT vol.718:39).

Pelos erros do anestesista poderá responder o cirurgião por culpa *in eligendo*. Entretanto, parece-me que a reputação e a notória capacitação do profissional selecionado exclua a hipótese de má escolha, eximindo o chefe da equipe do dever de reparar. Diante de circunstâncias fáticas concretas, assim decidiu a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte ementa:

“Ação de Indenização – Erro Médico – Responsabilidade solidária do cirurgião (culpa *in eligendo*) e do anestesista reconhecida pelo acórdão recorrido – Matéria de prova – Súmula 7/STJ).

I – O médico chefe é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos ocorridos em cirurgia, pois, no comando dos trabalhos, sob suas ordens é que executam-se os atos necessários ao bom desempenho da intervenção.

II – Da avaliação fática resultou comprovada a responsabilidade solidária do cirurgião (quando ao aspecto *in eligendo*) e do anestesista pelo dano causado. Insuscetível de revisão esta matéria a teor do enunciado na Súmula n.7/STJ).¹⁸

A matéria não foi, contudo, pacificada tendo o voto de vista do mesmo acórdão entendido: “Existirá culpa para o cirurgião em decorrência dos atos que praticar, seja intervindo diretamente no paciente... Na medida em que errar no comando dos trabalhos, poderá ser responsabilizado... Coisa diversa ...apenas por dirigir... deva responder por eventuais falhas do anestesista, ligadas a atos que digam especificamente com os misteres desse. Tal responsabilidade não reconheço.”

Cuidando-se de equipe médica vinculada a determinado hospital, hipótese em que não é o paciente a escolher o anestesista, profissional designado pelo nosocômio, responde o hospital solidariamente pelos erros na anestesia.

Tema de enorme repercussão e relaciona-se com à assistência privada à saúde no Brasil, cujos planos de financiamento cobrem aproximadamente 40 milhões de pessoas. A atuação se dá através de três espécies de operadores: a) as empresas de medicina de grupo, que asseguram o atendimento médico através de equipe profissional própria ou credenciada; b) as cooperativas de serviços médicos, organizadas pelos próprios profissionais da saúde, que poderão também contar com médicos credenciados; c) as empresas seguradoras que, mediante contrato de seguro, reembolsam os segurados pelas despesas médicas e hospitalares, segundo limites estabelecidos na apólice. As duas primeiras espécies organizam os chamados planos de saúde, enquanto a terceira oferece os seguros de saúde, ou seguros-saúde.

Numerosos foram os conflitos entre consumidores e as entidades operadoras de planos e seguros de saúde, sobretudo no que concerne a práticas comerciais consideradas abusivas, daí resultando a promulgação da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

No que tange à responsabilidade civil, consolida-se o entendimento, em doutrina, no sentido de considerar responsáveis solidariamente as empresas e cooperativas de medicina de grupo, pelos erros dos médicos delas dependentes ou a elas

¹⁸ Acórdão unânime Recurso Especial 53.104-7RJ, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 4.3.97.

credenciados. Tal solução não se aplica às hipóteses de seguro-saúde e planos de livre escolha do médico – quando o médico faltoso não é credenciado pela empresa de saúde, sendo selecionado diretamente pelo segurado (Cavaliere Filho, 2008).

2.8 Excludentes de Responsabilidade do Médico e dos Hospitais

A responsabilidade subjetiva do médico, do mesmo modo que a responsabilidade objetiva dos hospitais e clínicas, acima enfocada, não é absoluta, nos termos fixados pelo Código de Defesa do Consumidor, admitindo-se excludentes que rompam o nexo de causalidade entre o serviço ou produto defeituoso e o dano. Os arts. 12, §3º, e 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor exoneram a responsabilidade nas hipóteses em que inexistir defeito na prestação dos serviços ou nos produtos e ainda quando consiga o agente demonstrar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Todas as causas excludentes agem, como é sabido, sobre o nexo de causalidade, rompendo-o, de maneira a evitar a formação do dever de indenizar. Se houver concorrência entre o comportamento do paciente-vítima ou de terceiro e o defeito na prestação do serviço hospitalar, não há exclusão de responsabilidade (como a interpretação literal do dispositivo poderia sugerir), mas a sua mitigação, uma vez que o nexo causal persiste no que tange à parcela do dano efetivamente causada pelo defeito.

Quanto às hipóteses de caso fortuito ou força maior, embora o Código de Defesa do Consumidor não a inclua, expressamente, como excludente, deve ser considerada como tal, uma vez que a sua ocorrência é capaz de romper o nexo de causalidade entre o acidente e o dano, indispensável à conflagração da responsabilidade. Essa inclusão decorre da aplicação subsidiária do Código Civil Brasileiro (art. 393 e parágrafo único) às demandas de consumo.

Ao propósito, convém aduzir que, em se tratando de responsabilidade objetiva, tanto o fortuito quanto a atuação de terceiro só poderão ser aceitos como fatores de exclusão de responsabilidade quando consistirem em elemento externo à relação hospitalar. O terceiro que agisse dentro do hospital, por exemplo, causando dano a pacientes, ou o acidente fortuito que interferisse nos equipamentos hospitalares, desajustando-os, não servem a romper o nexo de causalidade por se tratarem de fortuitos

internos, insuficientes, portanto, a bloquear a responsabilidade civil objetiva (Cavaliere Filho, 2008).

2.9 O Seguro de Responsabilidade Civil na Área da Saúde

Diante da massificação do atendimento médico, a relação médico-paciente torna-se assaz impessoal, ao mesmo tempo em que, cada vez mais conscientes de seus direitos, os cidadãos buscam a tutela jurisdicional para a reparação dos danos que, no setor de saúde, assumem proporções alarmantes.

Ainda não se observa freqüência na contratação de seguros de responsabilidade civil pelo médico ou pelos hospitais, talvez pelo fato dos montantes das indenizações impostas pelo judiciário ainda não representarem uma ameaça à atividade profissional. Deve-se ter em linha de conta, é bem verdade, o aumento vertiginoso da litigiosidade na experiência brasileira das últimas décadas, prenúncio de uma alteração nesse estado de coisas. Já se verifica nos grandes centros, particularmente em São Paulo, ainda que sem um controle estatístico precioso, a difusão dos seguros profissionais na área médica. De todo modo, nos dias de hoje, embora se encontrem disponíveis, no mercado brasileiro, apólices apropriadas para a cobertura (sem limites legais) por danos causados por atividades profissionais, tal modalidade de seguro não está uniformemente aceita pelos profissionais (Kfoury Neto, 1998).

Essas circunstâncias traduzem, em certa medida, o grande relevo da responsabilidade civil na realidade brasileira, sobretudo em face dos novos mecanismos introduzidos no sistema pelo Código de Defesa do Consumidor, no sentido de assegurar a efetiva prevenção e reparação integral (art. 6º, VI), estabelecendo-se a responsabilidade objetiva (sem culpa) do hospital e permitindo a inversão do ônus da prova nas hipóteses de verossimilhança da alegação ou de hipossuficiência do consumidor.

2.10 Aspectos disciplinares e penais da má prática médica

Associe-se ao sistema de reparação civil, na realidade brasileira, a disciplina imposta pelo Conselho Federal de Medicina que aplica penas disciplinares de

advertência confidencial, censura confidencial, censura pública, suspensão e cassação do exercício profissional. Tais penalidades, contudo, não são aplicadas com a frequência proporcional aos erros médicos denunciados, talvez em razão do espírito de corpo que, inegavelmente, permeia as associações de classe.

Os erros médicos que causam morte ou lesão corporal poderão acarretar, ainda, sanção penal, incidindo nos arts. 121 e 129 do Código Penal Brasileiro, sem prejuízo da responsabilidade civil. Esta, no direito brasileiro, independe da criminal. A ação criminal não altera a competência do processo civil que, em algumas hipóteses, poderá ser suspenso à espera da decisão criminal, de molde a evitar decisões contraditórias (arts. 110 e 265, IV, “a”, do Código de Processo Civil).

De outra parte, “não se poderá (...) questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime (art. 935, Código Civil Brasileiro).

A sentença penal condenatória transitada em julgado, por sua vez, constitui título executivo judicial, possibilitando o acesso direto ao processo de execução. A sentença absolutória no juízo criminal não impede a propositura de ação civil, salvo quando tiver sido categoricamente reconhecida inexistência material do fato.

Quanto aos critérios da culpa, o direito civil dispõe de cláusula geral de responsabilidade civil, que não prevê gradação. Segundo o art. 186, Código Civil Brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, já no direito penal a aplicação das penas leva em conta o fato da conduta ser dolosa ou culposa, impondo-se, ainda, circunstâncias atenuantes e agravantes, de acordo com a gradação da culpa para a fixação da pena.

Com relação à prescrição, tratando-se de responsabilidade contratual decorrente de relação de consumo, como é o caso do atendimento médico, o prazo para propor a ação de reparação de danos é de cinco anos, contando a partir do conhecimento do dano e da sua autoria (art. 27, Código de Defesa do Consumidor). Nas hipóteses de responsabilidade delitual, fora das relações de consumo, prevalece o prazo geral de três anos, contados do fato danoso. Já as ações contra os hospitais públicos se submetem ao prazo de cinco anos, contados do fato danoso.

Capítulo 3 – A Defensoria do Paciente

3.1 A barreira da Comunicação fomentando a Judicialização

A participação em congressos internacionais¹⁹, seminários em hospitais²⁰ e fóruns profissionais²¹, entre outros, revelou que gestores e profissionais de saúde estão perplexos ante o descontrolado aumento de ações judiciais contra as instituições de saúde e seus colaboradores. As tendências que surgiram nos debates travados nessas ocasiões caminharam, inexoravelmente, para a adoção de uma posição defensiva em relação aos pacientes e familiares, que representam uma ameaça à saúde financeira das instituições.

A proposta aqui apresentada é de uma inovação na gestão do relacionamento entre as partes conflitantes, no intuito de, como se diz no Brasil, “cortar o mal pela raiz”, ou seja, não permitir que os pacientes-usuários fiquem durante todo o tratamento de saúde sem os esclarecimentos necessários a que têm direito. Isso também será a solução para amenizar o sofrimento do profissionais de saúde no desempenho de suas atividades gerenciais e administrativas.

O estabelecimento do relacionamento entre médico e paciente é feito de maneira peculiar, geralmente numa situação de infortúnio e angústia, originados por quadro de dor, sangramento, febre, mal estar, enfim, esse primeiro contato traz um grande potencial para o surgimento de um conflito caso o médico não atue dentro de todos os preceitos recomendados da ética profissional e com a humildade necessária ao enfrentamento de mais um desafio, que pode ter dois desdobramentos: a melhora e, talvez, cura do paciente ou a sua piora e, talvez, morte.

O médico deve, preferencialmente, ter grande estabilidade emocional, mas é também um ser humano, com seus defeitos e problemas. Um comportamento

¹⁹ IHF (International Hospital Federation) – Rio de Janeiro 2010

²⁰ PRONEP – Mesa redonda – Casa de Saúde São José 2009

²¹ CREMERJ (Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro) - Fórum de Gestão 2010

mais fechado desse médico e a falta de esclarecimento sobre o mal que aflige o paciente podem muito bem ser interpretados por pacientes e familiares como soberba ou como incompetência para lidar com o assunto. É difícil numa situação de estresse fazer com que os fatos sejam corretamente percebidos e se o primeiro contato entre médico e paciente não foi bom, dificilmente esse profissional terá a confiança do paciente e de seus familiares (Moraes, 2003).

Além dessa natural dificuldade de relacionamento entre médico e paciente em situações de doença, originada pelo abismo de entendimento técnico existente entre ambos, todos os aspectos abordados no item 2.2 deste texto contribuíram para a destruição de tal relacionamento, sendo essa destruição e a correspondente insatisfação consideradas um dos maiores, senão o principal, motivo para a ocorrência de demandas judiciais (Machado *et al.*, 2010).

A falta de diálogo ocorre também entre pacientes e instituições de saúde e vai abranger conflitos nas áreas de gestão dos serviços (hospitais e clínicas) e de contratos (seguradoras e planos de saúde). À semelhança do que ocorre em relação aos profissionais, os pacientes e familiares poderão experimentar grande insatisfação caso a prestação dos serviços pelas instituições não contemple as expectativas dos usuários estabelecendo um ambiente propício ao surgimento de conflitos.

3.2 A Defensoria do Paciente

No aspecto dessa falta de diálogo, oriunda do já mencionado abismo técnico entre prestadores dos serviços de saúde e usuários dos mesmos, é que surge a proposta da Defensoria do Paciente, cujos principais objetivos são maximizar os benefícios obtidos pelos pacientes com seus tratamentos de saúde e aumentar o nível de satisfação dos mesmos com relação aos tratamentos.

Um tratamento médico e, particularmente, uma hospitalização são situações estressantes que acarretam em pacientes e familiares uma sensação de perda de controle. Por serem leigos, frequentemente não entendem o que está acontecendo e se sentem privados de autonomia e de seus direitos.

Os defensores dos pacientes têm como objetivo ajudar pacientes e familiares no entendimento e aderência às políticas e regulamentos hospitalares e

ambulatoriais, bem como auxiliam no entendimento do diagnóstico da doença, tratamento proposto e procedimentos investigatórios ou terapêuticos. Eles escutam os pacientes sobre suas necessidades, explicam as peculiaridades da prestação de serviços de saúde e esclarecem aos pacientes quais são seus direitos e deveres durante um tratamento de saúde. Participam na organização do cronograma e agenda do tratamento do paciente e ajudam os pacientes a encontrarem o médico indicado para cada caso. Enfim, ajudam os pacientes a transitar nos processos relacionados a seus tratamentos de saúde.

Para o bom desempenho de suas funções, o Defensor do Paciente deve intervir quando detecta mal entendidos de ambas as partes, prestadores de serviços e pacientes. Seu trabalho deve ser no sentido de evitar o surgimento do conflito, uma vez que o defensor não é nem um mediador, que seria um facilitador da solução pelas próprias partes a um acordo sobre o impasse, nem um conciliador, que sugeriria caminhos para a resolução de um conflito já instalado (Garcez, 2004).

A atuação do Defensor do Paciente é preventiva do conflito, visando um melhor diálogo entre as partes e auxiliando prestadores de serviços e pacientes a obterem o máximo de eficiência num tratamento com o menor desperdício possível, tanto financeiro como emocional.

Quando o problema do paciente é de natureza legal, propriamente dita, como auxílio-doença e auxílio-invalidez, o mesmo deve ser encaminhado para um advogado, pois essa orientação foge ao escopo do trabalho do Defensor. Da mesma forma, se o paciente tem um problema de erro médico para ser resolvido, também deverá ser encaminhado a um advogado que o atenderá adequadamente na propositura de uma ação ou na negociação de um acordo.

O custo adicional dos serviços de Defensoria do Paciente, tanto para organizações como para indivíduos, é compensado porque um melhor entendimento dos processos envolvidos em um tratamento médico e a facilitação do diálogo entre prestadores de serviços e pacientes evitarão idas e vindas e trarão, no final dos processos, economia para ambas as partes. O monitoramento dos detalhes de um tratamento permitirá, por exemplo, a detecção de exames em duplicidade, evitará deslocamentos desnecessários e desperdício de medicamentos, além do valor intangível

para o paciente que é passar pelo processo com a tranquilidade de estar entendendo o que se passa com a sua saúde.

O aumento da população de usuários dos planos e seguros de saúde e o envelhecimento dessa população exigem uma abordagem objetiva da prestação de serviços de saúde onde não há lugar para gastos desnecessários que possam afetar a sobrevivência das organizações.

Assim, Defensoria do Paciente é qualquer atividade que visa ao benefício de pacientes de uma maneira geral. Pode existir na assistência a um paciente individual, na participação em grupos privados que na elaboração de orientações a pacientes sobre procedimentos relacionados às suas doenças ou até em grupos governamentais no desenvolvimento de legislação e políticas públicas voltadas para a melhoria do atendimento de saúde.

Embora o trabalho do Defensor do Paciente seja no sentido de otimizar processos, muitos prestadores de serviços de saúde podem encará-lo como mais um problema a ser administrado e evitam colaborar com o Defensor simplesmente porque não entendem claramente quais os objetivos do trabalho.

3.3 O Defensor do Paciente

Defensor do Paciente é um termo amplo que engloba várias atividades distintas, todas relacionadas a uma melhoria nos benefícios de um tratamento de saúde. Poderia ser denominado “Representante do Paciente” ou “Defensor da Saúde”.

Inicialmente esse trabalho foi desenvolvido em hospitais, no setor de atendimento aos usuários. A necessidade de diálogo entre prestadores de serviços e familiares fez com que a atividade de Defensoria se expandisse para outras áreas do segmento da saúde, conforme veremos a seguir.

3.3.1 Hospitais, Clínicas e Centros de Diagnóstico

A Defensoria do Paciente em hospitais está ligada ao setor de atendimento ao usuário, como já mencionado. Atuam na solução de problemas relacionados à marcação de cirurgias, exames diagnósticos e são facilitadores na

comunicação entre os vários setores envolvidos no tratamento de um determinado paciente.

Solucionam problemas desde o simples providenciar transporte seguro no retorno à residência para pacientes debilitados que foram ao desacompanhados ao hospital até problemas complexos como explicar a um leigo os detalhes de uma conta hospitalar.

Embora trabalhem na defesa do interesse dos pacientes, como empregados da organização de saúde muitas vezes se deparam com interesses conflitantes, quando então devem atender ao interesse da instituição. Seus esforços para solucionar problemas dos pacientes durante o tratamento eventualmente serão bloqueados se o processo ficar muito caro para a instituição.

Essa é uma discussão que necessita de avaliação do desempenho do setor de Defensoria do ponto de vista financeiro comparado ao contingenciamento para pagamento de indenizações. Se a satisfação plena do paciente tem um custo elevado, qual será o custo de uma ação judicial proposta por um paciente insatisfeito que tenha respaldo legal para tal propositura?

3.3.2 Seguradoras e Planos de Saúde

O trabalho do Defensor do Paciente em Seguradoras e Planos de Saúde está relacionado ao gerenciamento de casos difíceis. O conhecimento dos processos que envolvem os prestadores e os pagadores de serviços de saúde é fundamental para a solução desses casos. O objetivo desses profissionais é economizar os recursos dos pagadores de serviços. No entanto, na medida em que solucionam tais casos, também ajudam os pacientes que de outra maneira não saberiam como caminhar até o fim do tratamento.

3.3.3 Organizações sem fins lucrativos

Nas organizações sem fins lucrativos que prestam serviços de saúde o trabalho do Defensor do Paciente se assemelha ao desempenhado nos Hospitais e Clínicas.

Nas organizações representativas de certos grupos de pacientes como, por exemplo, diabéticos, paraplégicos, portadores de síndrome de Down, etc., o Defensor do Paciente atua na obtenção de fundos junto ao governo, empresas e particulares para suprimento das necessidades desses grupos específicos.

3.3.4 Organizações governamentais

O sistema público de saúde também se beneficia da experiência do Defensor do Paciente que nessas organizações vai desenvolver projetos de assistência social além do acompanhamento e gerenciamento de casos mais complexos de pacientes que dependem do sistema público de saúde.

Podem atuar em propostas de políticas públicas de saúde para a população em geral ou para atendimento de determinados grupos de pacientes como gestantes, crianças e idosos.

3.3.5 Organizações de apoio aos pacientes

Há organizações especializadas em ajudar pacientes durante o tratamento em diversas instituições prestadoras de serviços de saúde. Essas organizações podem ser com ou sem fins lucrativos. Não representam grupos específicos de pacientes nem visam a levantar fundos para tratamentos de saúde ou suprimento de necessidades especiais.

São contratados por pacientes e familiares mediante o pagamento de taxas para o desempenho de determinados serviços pelo Defensor do Paciente, conforme necessidades pontuais durante o tratamento tais como a internação do paciente em instituições com programas de cessação do uso de drogas ou ajudando a encontrar a instituição adequada para abrigar pacientes idosos.

3.3.6 Empresas e profissionais que trabalham diretamente com pacientes ou familiares

Defensores de Pacientes também podem constituir empresas de consultoria para pacientes nos percalços de um tratamento de saúde mais complexo ajudando-os a tomar decisões sobre seu tratamento ou a encontrar o tratamento apropriado. Atuam também em negociações com seguradoras e planos de saúde, ajudando pacientes a escolherem qual o melhor tipo de seguro ou plano de saúde para seus casos particulares e a descobrirem a melhor forma de custear esses seguros ou planos de saúde, além de auxiliarem no preenchimento de documentos relacionados a reembolsos e nos recursos a glosas de despesas médicas e hospitalares.

Podem ser contratadas diretamente pelos pacientes, por familiares que não dispõem de tempo para acompanhar os pacientes porque têm que trabalhar, ou por familiares que moram distantes, mas querem dar o apoio necessário ao paciente nesses momentos tão difíceis, inclusive contratando profissionais para acompanhar o paciente aos exames e consultas durante o tratamento de saúde.

Essas empresas podem ser multidisciplinares, incluindo profissionais de saúde, especialistas em finanças, advogados e cuidadores. Representarão exclusivamente os interesses dos pacientes que as contratam junto aos médicos e seguradoras e, como dispõem de profissionais do Direito, poderão também atuar em favor dos clientes em situações jurídicas específicas. Podem oferecer também assistência domiciliar de acompanhantes para pacientes em convalescença ou cuidadores para idosos e para portadores de necessidades especiais.

3.3.7 Serviço Voluntário

O Defensor do Paciente pode exercer seu trabalho como voluntário em organizações com e sem fins lucrativos. Alguns centros para tratamento de câncer e outras doenças graves possuem um corpo de voluntários que ajudam os pacientes em suas consultas e exames dentro da instituição por conhecerem bem os responsáveis pelos diversos setores onde os pacientes devem passar durante o tratamento.

A recompensa desses voluntários será tão somente a satisfação em ajudar os pacientes em momentos difíceis em suas vidas.

3.3.8 Aconselhamento Médico e de Enfermagem

Esse Defensor do Paciente necessita ter um conhecimento médico ou de enfermagem para o desempenho de suas tarefas. Essas consistem na ajuda em obtenção de segunda opinião diagnóstica e revisão de opções de tratamentos propostos pelos médicos assistentes dos pacientes. Também ajudam na interpretação dos resultados de exames para melhor entendimento pelos pacientes.

É um tipo especial de Defensor do Paciente que, de certa maneira, interfere diretamente no tratamento do paciente por meio de aconselhamento sobre o que considera a melhor opção para ele. Como o trabalho inclui conhecimentos técnicos específicos, não deixa de ser uma atuação profissional médica ou de enfermagem. Assim, deve ser realizado com toda a observância ética para não originar conflitos de pacientes com seus médicos. O objetivo do Defensor do Paciente é, justamente, impedir o surgimento de tais conflitos.

3.4 Características de Defensores dos Pacientes

Defensores dos Pacientes são indivíduos com uma motivação especial para ajudar pessoas e devem ter paciência e determinação entre suas qualidades.

Os que desejarem trabalhar com crianças ou idosos devem ter um afeto especial por esses grupos de pessoas. Os que preferem trabalhar com os aspectos financeiros da prestação dos serviços de saúde devem ter boas noções de matemática e entender como funcionam os mecanismos de pagamento e reembolso pelas seguradoras e planos de saúde, além de dominarem os aspectos regulatórios da área e como funcionam os sistemas de saúde público e privado.

Defensores dos Pacientes devem ser organizados e ter bom controle do tempo, além de possuírem facilidade na comunicação com pessoas, pois irão conviver com pacientes, seus familiares e profissionais de saúde. Precisam de persistência na

busca de soluções para os problemas comuns e usar de inteligência, criatividade e flexibilidade para resolver os problemas mais difíceis.

Além dessas características, devem ser extremamente educados, porém incisivos quando necessário. Devem respeitar e exigir respeito das pessoas envolvidas no tratamento dos pacientes.

Devem ter boas noções de nomenclatura médica, habilidades na detecção de possíveis conflitos e competência gerencial.

Não existe uma formação acadêmica específica, embora se entenda que a grande maioria dos Defensores possa ter origem em profissionais do serviço social ou de enfermagem. Há propostas específicas de defensores com formação em medicina, como já foi mencionado em item anterior.

3.5 Avaliação do resultado da Defensoria do Paciente

A implantação da Defensoria do Paciente visa a diminuir os custos com tratamentos de saúde pela melhor comunicação entre as partes envolvidas e um melhor entendimento dos processos pelos usuários. Tem ainda o escopo de aumentar a satisfação dos usuários evitando ações judiciais desnecessárias e injustas, que podem também contribuir para um aumento de custos. Embora a medição desses custos seja relativamente simples entre dois exercícios fiscais para se constatar a eventual economia relativa alcançada, há um benefício intangível para as organizações que só será vislumbrado por pesquisas de satisfação entre os usuários dos serviços e que reverterá positivamente no posicionamento dessas organizações no mercado da saúde.

Esse benefício está relacionado à imagem que o usuário terá da organização se as dificuldades que encontrar durante seu tratamento forem gerenciadas por indivíduos designados para tal fim e que tenham a experiência e o conhecimento organizacional e do mercado de saúde necessários às resoluções desses problemas.

Conclusão

Várias contribuições de pensamentos sobre problemas relacionais e suas raízes de origem foram consideradas, com algumas controvérsias naturais quando se trata de um tema inexato e subjetivo.

A percepção da necessidade de cogitar-se sobre a gestão de pessoas para além dos aspectos administrativos convencionais tem uma certa originalidade, embora tais iniciativas sejam implementadas sempre que delas se necessita.

O caráter de experimentação existente nas relações interpessoais não permite que se extraia uma conclusão definitiva sobre o assunto. Tem-se uma proposta para abordagem de um problema relacional e o resultado de tal abordagem pertence a um momento futuro, no atingimento do objetivo vislumbrado.

A prestação de serviços de saúde traz um risco do negócio para os profissionais e organizações prestadores e pagadores desses serviços. Esse risco é decorrente de erros nas práticas de saúde por defeitos nos serviços prestados e condutas culposas dos profissionais envolvidos, incluídos os atos profissionais em si e falhas no atendimento aos usuários pelas instituições.

Os erros que causam eventos adversos devem ser analisados em ferramentas de gestão para servirem como material de aprendizagem organizacional e serem adotadas medidas adequadas para que não voltem a ocorrer (Fragata e Martins, 2004).

Como uma das medidas para se estabelecer uma diminuição dos litígios está, sem dúvida, um programa de garantia da qualidade na prestação dos serviços de saúde que vise a minimizar a ocorrência de erros.

Entretanto, na maioria das vezes, essa garantia da qualidade terá foco exclusivamente nos aspectos técnicos dos serviços, deixando de lado uma análise mais profunda sobre os relacionamentos das pessoas que interagem naquele cenário.

Na ocorrência de erros, o ajuizamento de ações pelos pacientes-usuários para ressarcimento dos danos sofridos durante tratamentos de saúde revela-se um correto exercício de cidadania e uma medida punitiva na intenção que tais danos não venham a ser repetidos em outros pacientes. O aumento da população assistida e,

consequentemente, dos procedimentos de saúde acarretaram um aumento proporcional dessas justas ações de indenização.

No entanto, o fenômeno para o qual se elaborou a presente proposta, denominado judicialização da saúde, se refere ao aumento desproporcional de ações judiciais fundadas, especialmente, na falta de diálogo de pacientes e familiares com profissionais e organizações de saúde.

Essas ações transitam na esfera do dano moral decorrente do sofrimento experimentado pelos pacientes quando atendidos por esses profissionais e nessas organizações.

Assim, temos que as dificuldades na relação médico-paciente, em sentido amplo aplicáveis às organizações, são responsáveis pela maioria das ações judiciais oriundas da insatisfação dos pacientes com esse desencontro que ocorre no campo temático da comunicação e entendimento.

Médicos e pacientes estão ansiosos pelo retorno de uma relação ética, atenciosa e cordial, com respeito de ambas as partes. Os primeiros não mais desejam ser considerados meros prestadores de serviços e os segundos não se conformam com o tratamento que lhes é dado como usuários de uma relação de consumo (Teixeira, 2000).

Seguradoras e planos de saúde, que respondem solidariamente aos prestadores de serviços, devem estar atentos a esses anseios e auxiliar no resgate dessa relação.

A proposta dessa dissertação é levantar a discussão sobre a urgente necessidade na implantação de mecanismos facilitadores do diálogo entre as partes com o objetivo de minimizar a ocorrência de problemas judiciais oriundos dessa falta de dialogicidade entre os atores do segmento saúde.

É nesse sentido que se propõe a implantação de uma Defensoria do Paciente nas organizações, uma equipe cujo trabalho é, justamente, facilitar o diálogo entre as partes e evitar a instalação do conflito precursor do litígio que acarreta as demandas judiciais.

A proposta é de uma mudança comportamental, com um impacto benéfico nas relações interpessoais, criando uma zona de convergência na direção da desjudicialização da saúde.

Ressalte-se que a presente dissertação não tem a pretensão de esgotar a matéria, nem aprofundar todos os questionamentos decorrentes dos debates sobre essa área tão apaixonante que é comunicação entre os atores, profissionais e pacientes, do segmento saúde.

Consideramos ter descortinado um caminho para ser trilhado com muita reflexão sobre o valor da sustentabilidade e da ética nas organizações de saúde (Furtado *et al.*, 2011).

Ficam as seguintes perguntas:

Como favorecer a dialogicidade nos relacionamentos para que esses frutifiquem?

Como desenhar organizações capazes de estimular o diálogo entre profissionais e pacientes, que se traduzirá em desjudicialização?

Caberá às organizações de saúde a decisão de investir na melhoria das relações com seus usuários como uma das soluções para a diminuição dos gastos com ações judiciais.

Bibliografia

ABREU E SILVA, Roberto de. *A Falta Contra a Legalidade Constitucional*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10ª.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1995.

AGUIAR JR, Ruy Rosado. *Responsabilidade Civil do Médico*, in Revista dos Tribunais, vol. 718.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito Aplicado – acórdãos e votos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8a. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Responsabilidade Civil por danos causados por remédios*, in Revista de Direito do Consumidor vol. 29/55.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. www.planalto.gov.br

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990)*. www.planalto.gov.br

_____. *Código Civil Brasileiro (Lei 10.406 de 2002)*. www.planalto.gov.br

_____. *Código Brasileiro de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina n.1.931, de 2009)*.

DINAMARCO, Cândido. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985*.

- FRAGATA, José; MARTINS, Luís. *O Erro em Medicina*. Coimbra: Almedina, 2004.
- FURTADO, Tania Regina da Silva...[et al.]. *Responsabilidade Social e Ética em Organizações de Saúde*. 1a. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação.ADRS.Mediação.Conciliação e Arbitragem*. 2ªed., rev.. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito*. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 3ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MACHADO, Aline Caraciki Morucci...[et al.]. *Aspectos Jurídicos em Saúde*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.
- MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Responsabilidade Civil Extracontratual Por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: o Acesso à Justiça Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5ªed., rev., atual.,e ampl..São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 22/135
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- NUNES, Manuel António do Rosário. *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*. 2ª ed. Coimbra:Almedina, 2007.
- OLIVEIRA, Guilherme. *Temas de Direito da Medicina*. 2ª ed. aum. Coimbra: Coimbra, 2005.

- PANASCO, Wanderley Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 1984.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Vol.1 – 19ª. ed.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- PINA, J.A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 3ª.ed. rev.,act.,ampl..Lisboa: Lidel, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 1970, vol.53:437.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Vol.4 – 19ª.ed.* São Paulo: Saraiva, 2002.
- SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile*, Paris, 1939, v. I,n.1.
- SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*, vol.II, Obrigações em geral, 6º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Ed.Bernardo Álvares, 1962.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo...[et al]. *Direito e Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2000.
- TOLOMEI, Carlos Young. *A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do novo Código Civil (arts. 186 a 188)*. In: A parte geral do novo Código Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Vol.4 – 3ª.ed.* São Paulo: Atlas, 2003.
- VIEIRA, Luzia Chaves. *Responsabilidade Civil Médica e Seguro*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro, obrigações e contratos*. 13ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

Anexo A – Como elaborar um Consentimento Informado e Esclarecido

- 1.** Identifique o paciente e seu responsável ou representante legal (nome, idade, endereço, identidade), caso seja necessária a participação do mesmo.

- 2.** Em termos claros, concisos, de preferência em linguagem não técnica, descreva :
 - o diagnóstico; suas alternativas terapêuticas; a alternativa terapêutica que você escolheu, e porque a escolheu (prognóstico); esclareça que não há garantia de resultado; esclareça os riscos desta conduta, as complicações possíveis por ordem de frequência, dos mais comuns para os mais raros; esclareça o que é esperado do paciente em colaboração para o bom resultado do procedimento (repouso, dieta, etc.); estime os custos do paciente com o tratamento e informe ao mesmo sua estimativa.

- 3.** Finalize o documento com a afirmação de que o paciente solicitou e obteve outros esclarecimentos (que você deverá ter dado), que compreendeu as explicações fornecidas e que desta forma CONSENTE em que se pratique o procedimento informado e acrescente que a qualquer momento, antes da realização do procedimento proposto, o paciente poderá optar, sem qualquer explicação, pela suspensão do mesmo, revogando este consentimento.

- 4.** Se possível, deixe o paciente levar o documento para casa, assinalando a data em que lhe foi entregue, e peça para que ele assine e lhe entregue o documento na consulta subsequente, quando trazer os exames pré operatórios, por exemplo.

- 5.** Deverão assinar paciente (ou seu responsável ou seu representante legal), o profissional de saúde que efetuará o procedimento e duas testemunhas, em duas vias, sendo uma do paciente.

Consentimento Informado para (Nome do Procedimento)

Eu _____, idade _____ sexo _____
_____ identidade nº: _____ Órgão expedidor: _____,
abaixo assinado (ou sob a responsabilidade de fulano de tal, seu pai/mãe/parente, abaixo
identificado) declaro ter lido ou ouvido o presente termo de consentimento informado
que me foi extensamente explicado por meu (minha) médico(a) Dr(a)..... e estou
ciente do seguinte:

- que serei submetido ao procedimento pela técnica de....., para
tratamento da, com benefícios comprovados pela literatura médica;

- que estou ciente que o procedimento tal apresenta de uma maneira geral benefícios
satisfatórios em X%, mas que não existe garantia total de resultado;

- que sei da grande melhora que poderá ocorrer em problemas que tenho associados à
minha doença como: tal, tal e tal;

- que a técnica ... que será utilizada me foi explicada com detalhes pelo, bem como
me informou outras alternativas para o tratamento da

- que é necessária a minha cooperação com o tratamento fazendo alterações no meu
hábito de vida tais como tal, tal e tal;

- que me foi explicado e estou ciente dos seguintes riscos que o procedimento ... pode
acarretar como: tal, tal, tal e óbito.

- que a incidência de complicações na literatura médica varia em torno de X% e a
mortalidade entre Y e Z%;

- que riscos não esperados podem ocorrer, tais como tal e tal;

- que o custo total do tratamento está estimado em R\$ _____

- que compreendo o que foi exposto acima e que realmente desejo ser submetido à esse tratamento no hospital (clínica)

Assinatura do paciente: _____

Assinatura do médico responsável: _____

(identidade profissional)

1ª Testemunha: _____

(nome e identidade)

2ª Testemunha: _____

(nome e identidade)

Anexo B – Código de Ética Médica (Brasil)

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.931, DE 17 DE SETEMBRO DE 2009

Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 2009. Seção I, p. 90-2

Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 2009. Seção I, p. 173 -

RETIFICAÇÃO

em vigor a partir de 13/04/2010

Aprova o Código de Ética Médica.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958, modificado pelo Decreto n.º 6.821, de 14 de abril de 2009 e pela Lei n.º 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e, consubstanciado nas Leis n.º 6.828, de 29 de outubro de 1980 e Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999; e

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO que as normas do Código de Ética Médica devem submeter-se aos dispositivos constitucionais vigentes;

CONSIDERANDO a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade;

CONSIDERANDO as propostas formuladas ao longo dos anos de 2008 e 2009 e pelos Conselhos Regionais de Medicina, pelas Entidades Médicas, pelos médicos e por instituições científicas e universitárias para a revisão do atual Código de Ética Médica;

CONSIDERANDO as decisões da IV Conferência Nacional de Ética Médica que elaborou, com participação de Delegados Médicos de todo o Brasil, um novo Código de Ética Médica revisado.

CONSIDERANDO o decidido pelo Conselho Pleno Nacional reunido em 29 de agosto de 2009;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em sessão plenária de 17 de setembro de 2009.

RESOLVE:

Art. 1º Aprovar o Código de Ética Médica, anexo a esta Resolução, após sua revisão e atualização.

Art. 2º O Conselho Federal de Medicina, sempre que necessário, expedirá Resoluções que complementem este Código de Ética Médica e facilitem sua aplicação.

Art. 3º O Código anexo a esta Resolução entra em vigor cento e oitenta dias após a data de sua publicação e, a partir daí, revoga-se o Código de Ética Médica aprovado pela Resolução CFM n.º 1.246, publicada no Diário Oficial da União, no dia 26 de janeiro de 1988, Seção I, páginas 1574-1579, bem como as demais disposições em contrário.

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE

Presidente

LÍVIA BARROS GARÇÃO

Secretária-Geral

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

PREÂMBULO

I – O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive no exercício de atividades relativas ao

ensino, à pesquisa e à administração de serviços de saúde, bem como no exercício de quaisquer outras atividades em que se utilize o conhecimento advindo do estudo da Medicina.

II - As organizações de prestação de serviços médicos estão sujeitas às normas deste Código.

III - Para o exercício da Medicina, impõe-se a inscrição no Conselho Regional do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal.

IV - A fim de garantir o acatamento e a cabal execução deste Código, o médico comunicará ao Conselho Regional de Medicina, com discipção e fundamento, fatos de que tenha conhecimento e que caracterizem possível infração do presente Código e das demais normas que regulam o exercício da Medicina.

V - A fiscalização do cumprimento das normas estabelecidas neste Código é atribuição dos Conselhos de Medicina, das comissões de ética e dos médicos em geral.

VI - Este Código de Ética Médica é composto de 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais. A transgressão das normas deontológicas sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei.

Capítulo I

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

II - 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.

III - Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.

IV - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão.

V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

IX - A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio.

X - O trabalho do médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política ou religiosa.

XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

XII - O médico empenhar-se-á pela melhor adequação do trabalho ao ser humano, pela eliminação e pelo controle dos riscos à saúde inerentes às atividades laborais.

XIII - O médico comunicará às autoridades competentes quaisquer formas de deterioração do ecossistema, prejudiciais à saúde e à vida.

XIV - O médico empenhar-se-á em melhorar os padrões dos serviços médicos e em assumir sua responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde.

XV - O médico será solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional, seja por remuneração digna e justa, seja por condições de trabalho compatíveis com o exercício ético-profissional da Medicina e seu aprimoramento técnico-científico.

XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

XVII - As relações do médico com os demais profissionais devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente.

XVIII - O médico terá, para com os colegas, respeito, consideração e solidariedade, sem se eximir de denunciar atos que contrariem os postulados éticos.

XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.

XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

XXIII - Quando envolvido na produção de conhecimento científico, o médico agirá com isenção e independência, visando ao maior benefício para os pacientes e a sociedade.

XXIV - Sempre que participar de pesquisas envolvendo seres humanos ou qualquer animal, o médico respeitará as normas éticas nacionais, bem como protegerá a vulnerabilidade dos sujeitos da pesquisa.

XXV - Na aplicação dos conhecimentos criados pelas novas tecnologias, considerando-se suas repercussões tanto nas gerações presentes quanto nas futuras, o médico zelará para que as pessoas não sejam discriminadas por nenhuma razão vinculada a herança genética, protegendo-as em sua dignidade, identidade e integridade.

Capítulo II

DIREITOS DOS MÉDICOS

É direito do médico:

I - Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.

V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.

VII - Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X- Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.

Capítulo III

RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Art. 2º Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.

Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 5º Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou.

Art. 6º Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.

Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.

Parágrafo único. Na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição.

Art. 10. Acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a Medicina ou com profissionais ou instituições médicas nas quais se pratiquem atos ilícitos.

Art. 11. Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos.

Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Parágrafo único. Se o fato persistir, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

Art. 16. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado

Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.

Art. 19. Deixar de assegurar, quando investido em cargo ou função de direção, os direitos dos médicos e as demais condições adequadas para o desempenho ético-profissional da Medicina.

Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

Art. 21. Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação pertinente.

Capítulo IV

DIREITOS HUMANOS

É vedado ao médico:

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

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

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

Art. 25. Deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem.

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

Art. 27. Desrespeitar a integridade física e mental do paciente ou utilizar-se de meio que possa alterar sua personalidade ou sua consciência em investigação policial ou de qualquer outra natureza.

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.

Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 29. Participar, direta ou indiretamente, da execução de pena de morte.

Art. 30. Usar da profissão para corromper costumes, cometer ou favorecer crime.

Capítulo V

RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

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

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

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

Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados.

§ 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§ 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos.

Art. 37. Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento.

Parágrafo único. O atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina.

Art. 38. Desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais.

Art. 39 Opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 40. Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou de qualquer outra natureza.

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

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

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

Capítulo VI

DOAÇÃO E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

É vedado ao médico:

Art. 43. Participar do processo de diagnóstico da morte ou da decisão de suspender meios artificiais para prolongar a vida do possível doador, quando pertencente à equipe de transplante.

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

Art. 45. Retirar órgão de doador vivo quando este for juridicamente incapaz, mesmo se houver autorização de seu representante legal, exceto nos casos permitidos e regulamentados em lei.

Art. 46. Participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou de tecidos humanos.

Capítulo VII RELAÇÃO ENTRE MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 47. Usar de sua posição hierárquica para impedir, por motivo de crença religiosa, convicção filosófica, política, interesse econômico ou qualquer outro, que não técnico-científico ou ético, que as instalações e os demais recursos da instituição sob sua direção, sejam utilizados por outros médicos no exercício da profissão, particularmente se forem os únicos existentes no local.

Art. 48. Assumir emprego, cargo ou função para suceder médico demitido ou afastado em represália à atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria ou da aplicação deste Código.

Art. 49. Assumir condutas contrárias a movimentos legítimos da categoria médica com a finalidade de obter vantagens.

Art. 50. Acobertar erro ou conduta antiética de médico.

Art. 51. Praticar concorrência desleal com outro médico.

Art. 52. Desrespeitar a prescrição ou o tratamento de paciente, determinados por outro médico, mesmo quando em função de chefia ou de auditoria, salvo em situação de indiscutível benefício para o paciente, devendo comunicar imediatamente o fato ao médico responsável.

Art. 53. Deixar de encaminhar o paciente que lhe foi enviado para procedimento especializado de volta ao médico assistente e, na ocasião, fornecer-lhe as devidas informações sobre o ocorrido no período em que por ele se responsabilizou.

Art. 54. Deixar de fornecer a outro médico informações sobre o quadro clínico de paciente, desde que autorizado por este ou por seu representante legal.

Art. 55. Deixar de informar ao substituto o quadro clínico dos pacientes sob sua responsabilidade ao ser substituído ao fim do seu turno de trabalho.

Art. 56. Utilizar-se de sua posição hierárquica para impedir que seus subordinados atuem dentro dos princípios éticos.

Art. 57. Deixar de denunciar atos que contrariem os postulados éticos à comissão de ética da instituição em que exerce seu trabalho profissional e, se necessário, ao Conselho Regional de Medicina.

Capítulo VIII

REMUNERAÇÃO PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 58. O exercício mercantilista da Medicina.

Art. 59. Oferecer ou aceitar remuneração ou vantagens por paciente encaminhado ou recebido, bem como por atendimentos não prestados.

Art. 60. Permitir a inclusão de nomes de profissionais que não participaram do ato médico para efeito de cobrança de honorários.

Art. 61. Deixar de ajustar previamente com o paciente o custo estimado dos procedimentos.

Art. 62. Subordinar os honorários ao resultado do tratamento ou à cura do paciente.

Art. 63. Explorar o trabalho de outro médico, isoladamente ou em equipe, na condição de proprietário, sócio, dirigente ou gestor de empresas ou instituições prestadoras de serviços médicos.

Art. 64. Agenciar, aliciar ou desviar, por qualquer meio, para clínica particular ou instituições de qualquer natureza, paciente atendido pelo sistema público de saúde ou dele utilizar-se para a execução de procedimentos médicos em sua clínica privada, como forma de obter vantagens pessoais.

Art. 65. Cobrar honorários de paciente assistido em instituição que se destina à prestação de serviços públicos, ou receber remuneração de paciente como complemento de salário ou de honorários.

Art. 66. Praticar dupla cobrança por ato médico realizado.

Parágrafo único. A complementação de honorários em serviço privado pode ser cobrada quando prevista em contrato.

Art. 67. Deixar de manter a integralidade do pagamento e permitir descontos ou retenção de honorários, salvo os previstos em lei, quando em função de direção ou de chefia.

Art. 68. Exercer a profissão com interação ou dependência de farmácia, indústria farmacêutica, óptica ou qualquer organização destinada à fabricação, manipulação, promoção ou comercialização de produtos de prescrição médica, qualquer que seja sua natureza.

Art. 69. Exercer simultaneamente a Medicina e a Farmácia ou obter vantagem pelo encaminhamento de procedimentos, pela comercialização de medicamentos, órteses, próteses ou implantes de qualquer natureza, cuja compra decorra de influência direta em virtude de sua atividade profissional.

Art. 70. Deixar de apresentar separadamente seus honorários quando outros profissionais participarem do atendimento ao paciente.

Art. 71. Oferecer seus serviços profissionais como prêmio, qualquer que seja sua natureza.

Art. 72. Estabelecer vínculo de qualquer natureza com empresas que anunciam ou comercializam planos de financiamento, cartões de descontos ou consórcios para procedimentos médicos.

Capítulo IX SIGILO PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição:

- a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido;
- b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento;
- c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

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

Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exhibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente.

Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito, salvo por expresso consentimento do seu representante legal.

Art. 78. Deixar de orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar para que seja por eles mantido.

Art. 79. Deixar de guardar o sigilo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial.

Capítulo X

DOCUMENTOS MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 80. Expedir documento médico sem ter praticado ato profissional que o justifique, que seja tendencioso ou que não corresponda à verdade.

Art. 81. Atestar como forma de obter vantagens.

Art. 82. Usar formulários de instituições públicas para prescrever ou atestar fatos verificados na clínica privada.

Art. 83. Atestar óbito quando não o tenha verificado pessoalmente, ou quando não tenha prestado assistência ao paciente, salvo, no último caso, se o fizer como plantonista, médico substituto ou em caso de necropsia e verificação médico-legal.

Art. 84. Deixar de atestar óbito de paciente ao qual vinha prestando assistência, exceto quando houver indícios de morte violenta.

Art. 85. Permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade.

Art. 86. Deixar de fornecer laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando aquele for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta.

Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente.

§ 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.

§ 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente.

Art. 88. Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.

Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa.

§ 1º Quando requisitado judicialmente o prontuário será disponibilizado ao perito médico nomeado pelo juiz.

§ 2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional.

Art. 90. Deixar de fornecer cópia do prontuário médico de seu paciente quando de sua requisição pelos Conselhos Regionais de Medicina.

Art. 91. Deixar de atestar atos executados no exercício profissional, quando solicitado pelo paciente ou por seu representante legal.

Capítulo XI

AUDITORIA E PERÍCIA MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 92. Assinar laudos periciais, auditoriais ou de verificação médico-legal quando não tenha realizado pessoalmente o exame.

Art. 93. Ser perito ou auditor do próprio paciente, de pessoa de sua família ou de qualquer outra com a qual tenha relações capazes de influir em seu trabalho ou de empresa em que atue ou tenha atuado.

Art. 94. Intervir, quando em função de auditor, assistente técnico ou perito, nos atos profissionais de outro médico, ou fazer qualquer apreciação em presença do examinado, reservando suas observações para o relatório.

Art. 95. Realizar exames médico-periciais de corpo de delito em seres humanos no interior de prédios ou de dependências de delegacias de polícia, unidades militares, casas de detenção e presídios.

Art. 96. Receber remuneração ou gratificação por valores vinculados à glosa ou ao sucesso da causa, quando na função de perito ou de auditor.

Art. 97. Autorizar, vetar, bem como modificar, quando na função de auditor ou de perito, procedimentos propedêuticos ou terapêuticos instituídos, salvo, no último caso, em situações de urgência, emergência ou iminente perigo de morte do paciente, comunicando, por escrito, o fato ao médico assistente.

Art. 98. Deixar de atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito ou como auditor, bem como ultrapassar os limites de suas atribuições e de sua competência.

Parágrafo único. O médico tem direito a justa remuneração pela realização do exame pericial.

Capítulo XII

ENSINO E PESQUISA MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 99. Participar de qualquer tipo de experiência envolvendo seres humanos com fins bélicos, políticos, étnicos, eugênicos ou outros que atentem contra a dignidade humana.

Art. 100. Deixar de obter aprovação de protocolo para a realização de pesquisa em seres humanos, de acordo com a legislação vigente.

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

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

Art. 102. Deixar de utilizar a terapêutica correta, quando seu uso estiver liberado no País.

Parágrafo único. A utilização de terapêutica experimental é permitida quando aceita pelos órgãos competentes e com o consentimento do paciente ou de seu representante legal, adequadamente esclarecidos da situação e das possíveis consequências.

Art. 103. Realizar pesquisa em uma comunidade sem antes informá-la e esclarecê-la sobre a natureza da investigação e deixar de atender ao objetivo de proteção à saúde pública, respeitadas as características locais e a legislação pertinente.

Art. 104. Deixar de manter independência profissional e científica em relação a financiadores de pesquisa médica, satisfazendo interesse comercial ou obtendo vantagens pessoais.

Art. 105. Realizar pesquisa médica em sujeitos que sejam direta ou indiretamente dependentes ou subordinados ao pesquisador.

Art. 106. Manter vínculo de qualquer natureza com pesquisas médicas, envolvendo seres humanos, que usem placebo em seus experimentos, quando houver tratamento eficaz e efetivo para a doença pesquisada.

Art. 107. Publicar em seu nome trabalho científico do qual não tenha participado; atribuir-se autoria exclusiva de trabalho realizado por seus subordinados ou outros profissionais, mesmo quando executados sob sua orientação, bem como omitir do artigo científico o nome de quem dele tenha participado.

Art. 108. Utilizar dados, informações ou opiniões ainda não publicados, sem referência ao seu autor ou sem sua autorização por escrito.

Art. 109. Deixar de zelar, quando docente ou autor de publicações científicas, pela veracidade, clareza e imparcialidade das informações apresentadas, bem como deixar de declarar relações com a indústria de medicamentos, órteses, próteses, equipamentos, implantes de qualquer natureza e outras que possam configurar conflitos de interesses, ainda que em potencial.

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

Capítulo XIII

PUBLICIDADE MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 111. Permitir que sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer meio de comunicação de massa, deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da sociedade.

Art. 112. Divulgar informação sobre assunto médico de forma sensacionalista, promocional ou de conteúdo inverídico.

Art. 113. Divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido cientificamente por órgão competente.

Art. 114. Consultar, diagnosticar ou prescrever por qualquer meio de comunicação de massa.

Art. 115. Anunciar títulos científicos que não possa comprovar e especialidade ou área de atuação para a qual não esteja qualificado e registrado no Conselho Regional de Medicina.

Art. 116. Participar de anúncios de empresas comerciais qualquer que seja sua natureza, valendo-se de sua profissão.

Art. 117. Apresentar como originais quaisquer idéias, descobertas ou ilustrações que na realidade não o sejam.

Art. 118. Deixar de incluir, em anúncios profissionais de qualquer ordem, o seu número de inscrição no Conselho Regional de Medicina.

Parágrafo único. Nos anúncios de estabelecimentos de saúde devem constar o nome e o número de registro, no Conselho Regional de Medicina, do diretor técnico.

Capítulo XIV

DISPOSIÇÕES GERAIS

- I - O médico portador de doença incapacitante para o exercício profissional, apurada pelo Conselho Regional de Medicina em procedimento administrativo com perícia médica, terá seu registro suspenso enquanto perdurar sua incapacidade.
- II - Os médicos que cometerem faltas graves previstas neste Código e cuja continuidade do exercício profissional constitua risco de danos irreparáveis ao paciente ou à sociedade poderão ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico.
- III - O Conselho Federal de Medicina, ouvidos os Conselhos Regionais de Medicina e a categoria médica, promoverá a revisão e atualização do presente Código quando necessárias.

IV - As omissões deste Código serão sanadas pelo Conselho Federal de Medicina.