Camila Vasconcelos

Direito Médico e Bioética

História e judicialização da relação médico-paciente

Editora Lumen Juris
Rio de Janeiro
2020

Copyright © 2020 by Camila Vasconcelos

Categoria:

Produção Editorial
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

Revisão: Hilda Fausto

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

———————————————————————————

5. Judicialização da Medicina

Atualmente, no Brasil, fazem-se presentes dois contextos que se aproximam pela interseção da temática, em que pese tratarem-se de âmbitos diversos: a "judicialização da saúde", que se refere à busca de pacientes pela realização do direito à saúde de modo amplo[296], tendo por opositor o poder público ou ente privado a quem se dirige concessão pública[297]; e a "judicialização da medicina", que abarca as questões atinentes aos conflitos surgidos no interior da relação assistencial entre médicos e pacientes[298].

Esta aproximação denota quão ampla está a judicialização dos problemas voltados às questões da saúde, que ora surgem ante os tribunais como dilemas éticos em âmbito constitucional a serem solucionados[299], ou como circunstância de busca pela realização do direito à saúde que impacta na distribuição de recursos públicos, e ora como atinente às relações privadas, dentre elas, a relação médico-paciente. Por conta disso, em termos didáticos é importante esta diferenciação, em busca de uma precisa compreensão das conjunturas, embora tenham o mesmo fenômeno da "judicialização" como elemento comum.

A judicialização a que se refere este escrito deve ser compreendida como temática especificada para a relação intersubjetiva sob foco de análise. Contudo, está longe de ser uma temática com pequeno impacto, visto que é um fato crescente e que tem se ampliado, nomeadamente quando se observa este contexto sob o prisma do substancial aumento do número de demandas ju-

296 OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes. A judicialização da saúde no Brasil. Tempus Actas de Saúde Coletiva, Brasília, DF, v. 7, n. 1, abr. 2013, p. 79-90.

297 GONTIJO, Guilherme Dias. A judicialização do direito à saúde. Revista Médica de Minas Gerais 2010; 20(4): 606-611.

298 CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho; CAMARGO, Rosmari Aparecida Elias, NEVES, Luciano Rodrigues. The judicialization of the medical act. Braz. j. otorhinolaryngol. [Internet]. 2016 Fev [citado 2019 set 20] ; 82(1): 1-2. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-86942016000100001&lng=pt. http://dx.doi.org/10.1016/j.bjorl.2015.12.002. Acesso em: 17 fev 2017.

299 "Solucionar" talvez não seja a expressão adequada, em que pese a resolução jurisdicional pretenda aproximar-se da melhor solução, o que não implica em descontinuidade de problemas da ordem da percepção subjetiva de satisfação de algum dos atores processuais.

diciais[300]. São demandas indenizatórias em que pacientes e médicos figuram como autores e réus, respectivamente, e que abordam questões estritas da relação assistencial, e são demasiadamente requeridas, no âmbito cível, reparações pecuniárias tendo em vista a ocorrência de conflitos provindos de atendimentos médicos causadores ou não de prejuízos por erro culposo, contexto de estudo que, no âmbito ético-jurídico, ganha o título de Direito Médico.

5.1 O fenômeno da judicialização da medicina

Em sua obra "Como nasce o direito", Francesco Carnelutti reflete, dentre outras questões, sobre o processo de construção social e aplicação das leis, observando que, além dos operadores do direito, também os cidadãos as aplicam na medida em que as tomam por base para regular suas próprias condutas, e terminam por fazer o direito, mesmo sem notar[301].

Os litígios, entretanto, estão sempre presentes. É que tendo em vista a finitude dos recursos naturais, os homens guerreiam entre si, litigam, entretanto não podem viver no caos e necessitam viver em paz, de maneira que teorizam, pactuam normas, estabelecem contratos e unem-se, passando a necessitar uns dos outros, embora, na prática, a dificuldade de eliminação desta guerra se apresente[302]. Neste sentido, vale ressaltar o "contrato social" rousseauniano, que defende terem os indivíduos necessitado compor acordos a fim de criarem sociedades e conviverem sem corromperem-se no coletivo, submetendo-se a normas:

> Suponho os homens chegados a um ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza vencem, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Esse estado primitivo, então, não pode mais subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser. Ora,

300 Estadão. Saúde. "Em 4 anos, número de processos por erro médico cresce 140% no STJ. Entre 2010 e 2014, recursos saltaram de 260 para 626, mostra levantamento obtido com exclusividade pelo 'Estado'; no mesmo período, 18 profissionais tiveram registros cassados por conselho". Disponível em: http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,em-4-anos-numero-de-processos-por-erro-medico-cresce-140-no-stj-imp-,1655442. Acesso em: 20 set 2019.

301 CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

302 Ibidem.

> como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e dirigir as que existem, eles não têm outro meio para se conservar senão formar por agregação uma soma de forças que possa prevalecer sobre a resistência, coloca-las em jogo por uma só motivação e fazê-las agir de comum acordo[303].

Neste sentido, Carnelutti afirma que, assim como os médicos são chamados quando as enfermidades se manifestam, os juristas são chamados a resolver questões não consensuadas entre sujeitos, e propõe que, tal como a educação em saúde deva ser ensinada à população, é necessário difundir ao povo noções importantes de educação jurídica, como um meio para combater problemas sociais, dentre eles, a litigiosidade[304].

Sem a pretensão de adentrar na análise do possível modo de promoção desta educação, o que demandaria esforços de escrita de outro estudo, pode-se, por ora, compreender a educação jurídica como conhecimento sobre direitos e deveres constitucionais a ser absorvido pelos cidadãos – quiçá por meio de estratégias defendidas pela Bioética de Intervenção, que serão descritas no capítulo seguinte –, de maneira que possam construir uma conscientização sobre os limites no exercício de suas necessidades no meio social e tentar alcançar a justiça.

Esta justiça, por sua vez, entendida em conformidade com o que se tem como moralmente justo, não essencialmente deve apenas encontrar-se por meio do acesso ao poder judiciário, mas podendo-se valer dele, quando necessário. Neste caso, são dois os possíveis contextos: o primeiro, da *consensualidade*, verificado diante da ausência de conflito, ou do exercício de entendimento mútuo após um anterior conflito havido entre sujeitos, que se seguiu de um consenso; e o segundo, da *litigiosidade*, verificada como situação em que perseveram perspectivas contrapostas, portanto divergentes, quanto ao que consideram como justo.

O fato é que, mantendo-se o contexto de litigiosidade, o juiz "intervém para finalizar o produto semielaborado, quando os cidadãos não conseguem fazê-lo sozinhos"[305]. Por conseguinte, o direito pode se apresentar como instrumento pacificador[306], seja por meio do exercício voluntário de normas praticadas entre

303 ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 32-33.

304 CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

305 Ibid., p. 24.

306 Ibid. p. 64.

cidadãos, seja por meio da intervenção do judiciário, quando demandado, isto é, quando instado a resolver, imparcialmente, um litígio não solucionado.

Assim é a pretensão defendida pelo exercício democrático do direito, na medida em que a Constituição Federal do Brasil assegura tanto o direito do paciente em processar o médico quando compreender haver sofrido dano, quanto o direito do médico de se defender em um devido processo legal, em que se respeitem as suas possibilidades de contraditório e ampla defesa, tal como dispõem os incisos constantes no Artigo 5º que seguem: "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;" e "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"[307]. No mesmo rumo, conforme o Artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

> Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele[308].

Entretanto, há contextos em que a procura pelo judiciário torna-se *excessiva*, configurando-se uma "judicialização", situação que pode ser vista sob diferentes prismas. Somado a este contexto, é importante relembrar a também referida litigiosidade, verificada como situação em que perseveram perspectivas contrapostas, devendo-se acrescentar, ainda, a esta, a percepção de uma cultura da litigância[309], que compreende não haver outro meio de solução de conflitos se não a abertura de processos judiciais[310].

---

307 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [Internet]. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 set 2019.

308 UNESCO. Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 [Internet]. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf. Acesso em: 24 jul 2019.

309 LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da Justiça Brasileira. *In:* Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Conpedi. (Org.). **Anais do XXI Encontro Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - 'Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos'**. 56ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. v., 21. p., 34-64.

310 THEODORO JÚNIOR, Humberto, et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

5.1.1 Prática da medicina defensiva e vulnerabilidade médica

Especificando a análise para a temática deste estudo, observa-se que, quanto à judicialização da medicina, devem ser considerados dois contextos concomitantes. O primeiro, em que há uma *busca assertiva* ao Poder Judiciário para a resolução de litígios entre médicos e pacientes, como reflexo de um processo de empoderamento dos pacientes que, na medida em que se tornam conhecedores de seus direitos, fazem uso do direito constitucional de ação, provocando o judiciário na tentativa de resguardo de seus interesses[311].

E o segundo, em que há uma *busca excessiva* ao Poder Judiciário, em uma tentativa de ocupá-lo do encontro de soluções de problemas presentes na relação entre médicos e pacientes a partir da assimetria de poder/saber e as dificuldades no exercício dos discursos tendo em vista falhas no diálogo[312], e que poderiam ser enfrentadas de outro modo, tal como se proporá a seguir.[313] Neste segundo sentido, pode-se observar a conformação de demandas judiciais que poderiam ser evitadas a partir da prévia simetralização do discurso entre médicos e pacientes em uma tentativa de diálogo, o que, possivelmente, propiciaria maior compreensão de circunstâncias próprias à medicina, afastadas de qualquer possibilidade de cometimento de erro médico, mas que podem vir a ser judicializadas.

É possível, neste contexto, compreender-se que a busca por este poder judiciário pode estar se dando como uma substituição do não-poder do paciente frente ao poder médico existente. De qualquer sorte, é importante a percepção de que uma das justificativas para a judicialização da medicina pode ser a materialização dos conflitos provenientes da assimetria entre médicos e pacientes no cotidiano, percebida no âmbito dos discursos hierarquizados, tal como se discutiu no capítulo anterior. E como se trata de atividade em que o diálogo é imprescindível, é ne-

311 VASCONCELOS, Camila. Responsabilidade médica e judicialização na relação médico-paciente. Revista Bioética. (Impr.). Brasília, v. 20, n. 3, p. 389-396, 2012.

312 Ibidem.

313 De fato, há um nítido crescimento no número de demandas, possivelmente evitáveis mediante diálogo e reflexão ética, o que justifica a escrita do presente estudo, que refletirá adiante sobre o possível uso de ponderações provenientes da Bioética de Intervenção para a tentativa de modificação do contexto prático de persistência de conflitos judiciais entre médicos e pacientes.

cessário que os sujeitos estejam propensos ao diálogo adequado ao esclarecimento e à absorção de informações prévias à conduta médica responsável.

Neste sentido, diante do contexto judicializador excessivo, e do receio gerado em profissionais sobre poderem-se ver como réus de processos judiciais, tem-se assistido à chegada de um fenômeno conseguinte, intitulado "medicina defensiva". Significa dizer que, como o aumento considerável de demandas indenizatórias supondo a ocorrência de erros médicos ganhou destaque nos tribunais[314], este se apresentou como elemento intimidador de condutas médicas, que vulnerabiliza a prática profissional, e um comportamento "defensivo" também apareceu.

Surgida na década de 90, nos Estados Unidos da América[315], a postura defensiva da medicina apresenta-se em condutas médicas que priorizam estratégias de diagnóstico e medidas terapêuticas que objetivam prioritariamente evitar demandas nos tribunais[316]. Atualmente, a questão persiste, e tem ensejado comportamentos responsivos ao problema. Seriam práticas desta postura, segundo Minossi e Silva[317], aquelas como "utilização exagerada de exames complementares, uso de procedimentos terapêuticos supostamente mais seguros, encaminhamento frequente de pacientes a outros especialistas e a recusa ao atendimento de pacientes graves e com maior potencial de complicações"[318]. Assim, é uma postura que prioriza uma suposta proteção ante uma eventual propositura de ação judicial pelo paciente[319], com salvaguardo excessivo de documentação e prescrição de medicamentos e exames complementares desnecessários.

Este excesso termina por impactar, ainda, em maiores custos em saúde, tratando-se de um reflexo que importa tanto na relação intersubjetiva quanto

314 CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho; CAMARGO, Rosmari Aparecida Elias; NEVES, Luciano Rodrigues. The judicialization of the medical act. Brazilian Journal Otorhinolaryngol. 2016;82(1):1.

315 País em que a judicialização, em geral, culmina em demandas que têm, ao final, condenações aos médicos em quantias indenizatórias vultuosas.

316 MINOSSI, José Guilherme; SILVA, Alcino Lazaro. Medicina defensiva: uma prática necessária?. Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões. Rio de Janeiro, v. 40, n. 6, p. 494-501, 2013.

317 Ibidem.

318 Ibidem.

319 ALMADA, Hugo Rodriguez. De la medicina defensiva e la medicina asertiva. Revista Médica Del Uruguay. Montevidéu, v.22, n. 3, p.167-168, 2006.

na perspectiva coletiva. Sobre este impacto nos custos em saúde provindos da medicina defensiva, Rodriguez afirma:

> É considerada uma forma não ética da prática profissional, uma vez que o ato médico deixa de ter por objetivo central o paciente, transpondo-se ao próprio médico. Também não é um exercício profissional eticamente admissível se for analisada do ponto de vista da saúde pública, e que adiciona enormes custos para o sistema de saúde, sem justificação ou benefícios para os pacientes.[320]

Na cultura médica brasileira, observa-se o cuidado do Conselho Federal de Medicina em não estimular esta prática, inclusive esclarecendo este cuidado em seus documentos. Na própria Recomendação CFM nº 01/2016, ao passo que o texto explica a importância do registro documental da obtenção do consentimento informado, afirma que pretende proporcionar segurança na decisão do paciente, e que "não se enquadra na prática da denominada medicina defensiva"[321].

A ausência de benefícios da conduta defensiva médica é sinalizada na literatura[322], ao apontar o crescimento concomitante do processo judicializador, bem como da procura médica por seguros para eventuais condenações judiciais. Esta ineficácia da medicina defensiva diante de uma eventual demanda judicial do paciente é acrescida da modificação negativa do cenário clínico[323] adequado ao estabelecimento de relação de fidúcia entre médicos e pacientes, adicionando, portanto, novos riscos aos âmbitos individual e coletivo.

---

320 Tradução livre: "Se la considera una forma no ética de ejercicio profesional, desde que el acto médico deja de tener por objetivo central al paciente, trasladándose aquél al propio médico. Tampoco es un ejercicio profesional éticamente admisible si se lo analiza desde la perspectiva de la salud pública, ya que agrega enormes costos al sistema de salud, sin justificación ni beneficios para los pacientes". ALMADA, Hugo Rodríguez. De la medicina defensiva e la medicina asertiva. Revista Médica Del Uruguay. Montevidéu, v.22, n. 3, p.167, 2006.

321 BRASIL. Conselho Federal de Medicina [Internet]. Recomendação CFM Nº 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em: 15 set 2019.

322 ALMADA, Hugo Rodríguez. De la medicina defensiva e la medicina asertiva. Rev. Méd. Urug. Revista Médica Del Uruguay. Montevidéu, v.22, n. 3,p.167-168, 2006.

323 Ibidem.

Daí a diferenciação entre "medicina defensiva" e "medicina assertiva", discutida por Tamayo e González[324], em que se busca a restauração da perspectiva humanística na relação entre médicos e pacientes sobretudo a partir do desenvolvimento de habilidades em comunicação. Os autores propõem o que intitulam "comunicação assertiva" e sintetizam as suas propostas em quatro condutas:

> Em resumo, devem ser tomadas quatro ações: 1) manter uma educação contínua, que permite ter um conhecimento suficiente para atuar com segurança, sem medo de um resultado inesperado; 2) respeitar os direitos dos pacientes; 3) exigir que os seus direitos como médicos sejam respeitados; e 4) manter uma comunicação adequada com os pacientes e suas famílias. Se você agir desta forma, em vez de medicina defensiva, se praticará "medicina assertiva". Ser assertivo implica ter tais atitudes: segurança, respeito e boa comunicação. A prática da medicina assertiva favorece a confiança do paciente e facilita a boa relação médico-paciente.[325]

Desta forma, posta na ordem da comunicação, compreende-se novamente a protagonização da reflexão sobre o diálogo na relação entre médicos e pacientes na busca da compreensão e, posteriormente, na busca da resolutividade do problema. Os autores acreditam que um médico conhecedor de suas condutas e que se comunica assertivamente, respeitando os seus pacientes, não deve ter receio de denúncias e demandas, muito menos comportar-se defensivamente[326].

Contudo, sem o propósito de justificar a prática, entretanto em busca de um diálogo com este contexto, é importante destacar o constante receio de abertura de demandas judiciais por pacientes como um elemento que vulnerabiliza a conduta médica. Ainda que o profissional tenha plena percepção da assertividade de sua prática, há outros fatores que se somam a esta realidade,

---

324 TAMAYO, Carlos Tena; GONZÁLEZ, Jorge Manuel Sánchez. Medicina asertiva: una propuesta contra la medicina defensiva. Revista Ginecología y Obstetricia de México. 2005; 75(10), p. 557-558.

325 Tradução livre: "En resumen, deben realizarse cuatro acciones: 1) mantener una educación continua que permita tener los conocimientos suficientes para actuar con seguridad, sin temor a un resultado inesperado; 2) respetar los derechos de los pacientes; 3) exigir que se respeten sus derechos como médicos; y 4) mantener una adecuada comunicación con los pacientes y sus familiares. Si se actúa de esta manera, en lugar de medicina defensiva se practicará la "medicina asertiva". Ser asertivo implica tener este tipo de actitudes: seguridad, respeto y buena comunicación. La práctica de la medicina asertiva favorece la confianza del paciente y facilita la buena relación médico-paciente." TAMAYO, Carlos Tena; GONZÁLEZ, Jorge Manuel Sánchez. Medicina asertiva: una propuesta contra la medicina defensiva. Revista Ginecología y Obstetricia de México, 2005; 75(10), p. 557-558.

326 TAMAYO, Carlos Tena; GONZÁLEZ, Jorge Manuel Sánchez. Medicina asertiva: una propuesta contra la medicina defensiva. Revista Ginecología y Obstetricia de México; 75(10): 553-559.

há décadas, tal como expressou este relato registrado em um estudo que já data de 20 anos, intitulado "Os médicos no Brasil: um retrato da realidade"[327]:

> Excluindo o cansaço físico por trabalho noturno e finais de semana, o médico tem de 'tentar' contornar problemas sociais, condições de trabalho precárias, paciente que não tem condição de adquirir medicação, dificuldade para internar, faltam vagas, dificuldade de investigação com exames complementares, caros e pouco disponíveis quando feitos pelo SUS; e o mais grave atualmente e que causa estresse é o problema que enfrentamos com as queixas e processos judiciais, nos quais, muitas vezes, o que levou à má evolução de algum caso clínico é um conjunto de fatores que foge ao nosso alcance individual de resolução [...] (pediatra, feminino, 34 anos, PR)[328].

Assim, nota-se que há um conjunto de fatores[329] que auxiliam na criação de um contexto que sobressalta a prática médica, destacando-se o receio de judicialização, que termina por ser, não somente um dos elementos, mas aquele em que se podem fazer resvalar todos os demais, à medida que potencializam uma possível redução de qualidade na assistência ao paciente.

Neste sentido, ao mesmo tempo em que, socialmente, há expectativa de êxito na conduta profissional, há exigência de condução dos casos clínicos com sucesso, independentemente das condições precárias dos serviços que, por diversas vezes, apresentam-se no cotidiano das relações em saúde. Esta dubiedade, ressalte-se, pode ser capaz de ensejar dificuldades que amofinam a prática do profissional, vulnerabilizando o médico em um contexto de aflição que pode ser compreendido como agressão à sua dignidade.

Albuquerque, Austin e Vieira[330], ao discorrerem sobre a prática médica e os direitos humanos, enfocam nesta análise da violação dos direitos humanos dos médicos e afirmam:

---

327 MACHADO, Maria Helena. (Coord). **Os médicos no Brasil**: um retrato da realidade. [Internet]. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1997. 244 p.117 ISBN: 85-85471-05-0. Disponível em: http://books.scielo.org. Acesso em: 17 set 2019.

328 Ibidem.

329 São diversos os fatores, cujos aprofundamentos, especificamente, fogem ao objetivo deste escrito, de maneira que o foco se manteve no receio de judicialização como elemento vulnerabilizador da conduta médica.

330 ALBUQUERQUE, Aline; AUSTIN, Pedro; VIEIRA, Gabriela Alves Mendes. A prática médica e os direitos humanos. *In:* ALBUQUERQUE, Aline (Org.). **Manual de direitos humanos para médicos**. Brasília: Fenam; UniCEUB, 2014, p. 25-35.

> Em alguns países, como no Brasil, médicos afligem-se em face da sua impotência diante de serviços de saúde que não atendem padrões mínimos de acessibilidade e qualidade, ou seja, trabalham em condições precárias em que não há insumos em quantidade suficiente, laboratórios adequados e outros pré-requisitos para atenção à saúde de qualidade[331].

De todo modo, a postura defensiva tem se apresentado como estímulo à modificação do comportamento nas relações dos médicos com seus pacientes, o que não pode ser interpretada como adequada, visto que tende a uma retração e a um distanciamento[332] entre os sujeitos, em uma perspectiva contrária ao estabelecimento da confiança, um pilar para o enlace na própria relação[333]. Além disso, torna-se clara a ideia de que, agindo pela via dos excessos, as condutas médicas podem passar a tratar-se, em verdade, de ações e omissões que implicam num possível enquadramento como errôneas, visto que expõem o paciente desnecessariamente a situações lesivas em nome de uma "proteção" que fulmina a segura prática médica, havendo que se falar, contraditoriamente, em sua responsabilização.

5.2 Responsabilidade médica ético-legal

Pode-se afirmar que "responsável" é o sujeito que cumpre suas obrigações com diligência, perícia e prudência, em um *sentido moral*. De modo inverso, entretanto, também é "responsável" o sujeito descumpridor de suas obrigações, tendo em vista – em um *sentido jurídico* – condutas negligentes, imperitas e imprudentes.

Para a observância do sentido moral, espera-se, em sociedade, que a responsabilidade do sujeito se dê por meio da sua conduta "correta", tal como a condição de um agir em conformidade com a moralidade posta, ou seja, que sempre venha a apresentar-se em respeito aos direitos e deveres estabelecidos em dado meio social. Tem, esse sujeito, *direitos* que devem ser respeitados pe-

331 Ibid., p. 34.

332 CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho; CAMARGO, Rosmari Aparecida Elias; NEVES, Luciano Rodrigues. The judicialization of the medical act. Brazilian Journal Otorhinolaryngol. 2016; 82(1):2.

333 COSTA, Fabrício Donizete da; AZEVEDO, Renata Cruz Soares de. Empatia, Relação Médico-paciente e Formação em Medicina: um Olhar Qualitativo. Revista Brasileira de Educação Médica. 2010; 34 (2): 261-269.

los demais e *deveres* que deve cumprir perante os outros em um ritmo de prestação e contraprestação que compõe um agir social com justeza e alinho ante as normas, sejam elas prescritas legalmente, pertencentes ao costume ou à lei universal – caso se compreenda pela aplicabilidade deste raciocínio filosófico.

Segundo a visão kantiana de possível existência de uma lei universal propensa ao alcance de uma moral universal, a lei deve ser o único fundamento da vontade. É o imperativo categórico, que propõe que "devo agir sempre de modo que possa querer também que minha máxima se converta em lei universal"[334]. Este imperativo, contudo, é discutível, tendo em vista a pluralidade de costumes e a significativa disparidade entre contextos de vulnerabilidade social e econômica, circunstâncias que serão a seguir trabalhadas.

Ainda que existam opiniões diversas sobre a questão, neste tópico será mantida a perspectiva kantiana de análise do "dever" imperativo, o que se justifica apenas a título de reflexão aproximada entre os contextos moral e jurídico, nada obstante a discussão adiante possa passar a ser revista sob enfoque um pouco diverso.[335] Navarro explica esta influência kantiana no Direito:

> A influência do pensamento de I. Kant no campo ético e jurídico-político é tão grande que não parece possível prescindir da sua lúcida herança, apesar dos seus escritos mostrarem, claramente, a persistência de preconceitos arraigados perante certas posições sociais [...][336].

E sobre o "respeito" dos sujeitos em observância aos deveres, Kant considera que é um "sentimento", mas não havido por qualquer influência, receio ou medo, e sim pelo exercício da razão:

> O que reconheço imediatamente como lei para mim, reconheço-o com um sentimento de respeito que não significa senão a consciência da subordinação da minha vontade a uma lei, sem intervenção de outras influências sobre a minha sensibilidade. A determinação imediata da minha vontade pela lei, além da consciência dessa determinação, é o que se chama

334 KANT, Imannuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 29.

335 Acredita-se no encontro de perspectivas universais na medida em que discutidas e acordadas livremente em uma coletividade e, possivelmente, reduzidas a termo em normas aplicáveis a todos os concordes, tal como ocorrido com a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em que foram estabelecidos princípios a serem respeitados amplamente pelas nações signatárias.

336 NAVARRO. Kant. *In:* CANTO-SPERBER, Monique (Org.) **Dicionário de ética e filosofia moral**. Vol. 2. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 506.

> *respeito*, de modo que se deve ver o efeito da lei sobre o sujeito e não a sua causa. (...) Todo o respeito por uma pessoa na verdade não passa de respeito à lei (lei da retidão etc) da qual esta pessoa nos dá o exemplo[337].

Sendo assim, o respeito à lei, para Kant, é um "interesse moral"[338]. Sob este prisma, pode-se compreender que a conduta responsável é mesmo aquela que respeita a moralidade posta. Para o sentido jurídico, assim sendo, é indispensável compreender a existência dos "deveres". No âmbito da responsabilização civil, especialmente, atuam dois "deveres" entrelaçados: o primeiro, representado por uma "obrigação" que necessita ser cumprida, seja ela obrigação de "pagar" – também intitulada como "dar" –, "fazer" ou "não fazer"; e o segundo, representado por uma "responsabilidade", tendo em vista a geração do dever de "indenizar", que somente surge a partir do descumprimento da obrigação anterior.

Assim, se o médico tem a obrigação de conduzir sua prática com perícia, prudência e diligência, e descumpre esses preceitos, é possível que um dano seja causado pelo descumprimento aos mesmos, e passa a recair sobre ele a responsabilidade por indenizar os prejuízos efetivos. No campo da bioética, e especificamente das proposições da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco (DUBDH), tal situação diz respeito ao seu Artigo 4º que trata do "Princípio do Benefício e Dano":

> Art. 4º - Os benefícios diretos e indiretos a pacientes, sujeitos de pesquisa e outros indivíduos afetados devem ser maximizados e qualquer dano possível a tais indivíduos deve ser minimizado, quando se trata da aplicação e do avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e tecnologias associadas[339].

As literaturas jurídicas em responsabilidade civil, que cuidam das interpretações e conformações teóricas das normas regentes das relações privadas, são contundentes ao afirmar que há uma relação de dependência entre uma prévia obrigação e outra conseguinte, que surge na medida do descumprimento daquela precedente. Cavalieri Filho explica:

337 Ibidem.

338 Ibidem.

339 UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Adotada por aclamação no dia 19 de outubro de 2005 pela 33ª sessão da Conferência Geral da UNESCO [Internet]. Acesso em: 12 mai 2019.

> A violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo[340].

Deste modo, são três os elementos constitutivos da responsabilidade – compreendida como o dever de indenizar –, sendo eles a conduta voluntária ilícita, que é aquela que é praticada por vontade do sujeito que descumpre norma[341], o dano efetivamente ocorrido – e não apenas suposto – e o nexo causal entre eles.

Ao discorrer sobre a teoria da responsabilidade e suas primeiras distinções, Hans Jonas afirma que o poder causal é uma condição para ocorrência da responsabilidade[342]. O autor reforça este espectro de que apenas dá causa a um dano aquele a quem a obrigação era direcionada, de maneira que o sujeito "é responsável por suas consequências e responderá por elas, se for o caso"[343]. Por isso, ainda que pareça curiosa esta percepção, para ele "só pode agir irresponsavelmente quem assume responsabilidades"[344].

Quanto à perspectiva deontológica[345], o Código de Ética Médica[346] abarca ambos os sentidos, tanto ressaltando o agir responsável como conduta do médico que atua em conformidade com a ética da profissão – portanto, correto na respeitabilidade aos princípios dispostos naquele texto –, quanto designando um capítulo específico sobre a responsabilidade profissional como consequência de um dever descumprido que requer a conseguinte estipulação de penalidade.

De tal modo, em seu primeiro capítulo, intitulado "Princípios Fundamentais", o Código de Ética Médica traz: "XIX – O médico se responsabilizará, em

340 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 16.

341 Ibid., p. 47.

342 JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade:** ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 165.

343 Ibid., p.168.

344 Ibidem.

345 FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

346 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217/2018. Aprova o Código de Ética Médica. (Publicada no D.O.U. de 01 de novembro de 2018, Seção I, p. 179). Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217. Acesso em: 01 out. 2019.

caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência"[347]. E no terceiro capítulo, intitulado "responsabilidade profissional", aduz que "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"[348].

Esse contexto de certa forma relaciona-se com a máxima hipocrática do *primum non nocere*, ou, em outras palavras, o primeiro dever do médico é não causar dano ou mal ao paciente[349]. Esse princípio foi traduzido pela bioética principialista de Beauchamp e Childress como "princípio da Não Maleficência"[350].

Em termos processuais ético-jurídicos, é importante observar que a busca pela responsabilização do profissional médico pode ocorrer em duas esferas: a *judiciária* e a *administrativa*. A primeira, divide-se em *penal*, em que se analisará possível conduta ilícita enquadrável em um comportamento tipificado em lei penal, e *cível*, em que se discutirá um possível descumprimento de obrigação anteriormente estabelecida, capaz de ensejar o dever sucessivo de indenizar material ou moralmente.

A segunda, divide-se em *disciplinar*[351], em um processo administrativo que tramitará junto a uma instituição pública ou privada em que o profissional de medicina atue, objetivando a averiguação de descumprimento de normativas internas, e em *ético-profissional*, em caso de denúncia realizada junto ao Conselho Regional de Medicina (CRM), que poderá ser proposta por

347 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217/2018. Aprova o Código de Ética Médica. (Publicada no D.O.U. de 01 de novembro de 2018, Seção I, p. 179). Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217. Acesso em: 01 out. 2019.

348 Ibidem.

349 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

350 Vale registrar que, em muitos pontos do presente capítulo, dependendo da discussão em foco, análises e interpretações podem ser desenvolvidas com base no princípio do Benefício e Dano da DUBDH ou nos princípios de Beneficência e Não-Maleficência, de Beauchamp e Childress. BEAUCHAMP, Tom L.; Childress, James F. **Principles of Biomedical ethics**. New York: Oxford University Press, 2013.

351 Um processo administrativo poderá, também, ser aberto no local de prestação do serviço médico, seja ele público ou privado, quando a direção do estabelecimento assim entender necessário para apuração de eventual problema interno. Neste caso, transcorrerá um processo administrativo disciplinar interno, diverso do administrativo ético-profissional, que correrá perante o conselho de classe.

pessoa interessada (paciente, familiar ou instituição privada), pelo próprio conselho – hipótese em que será intitulada de "*ex officio*" –, ou remetida por instituição pública devido a existência de convênio ou por força de lei. [352]

No Processo Ético-Profissional (PEP), que atualmente é regido por normas processuais específicas do Conselho Federal de Medicina, constantes na Resolução CFM nº 2.145/2016[353], é possível que o julgamento conclua por uma dentre seis situações possíveis elencadas no código: a absolvição do profissional frente à acusação disposta, quando se verificar que não houve descumprimento a qualquer dos artigos do CEM ou resoluções do CFM ou CRM; ou uma das cinco penalidades dispostas na Lei nº 3.268/1957[354], que aborda normas respectivas aos Conselhos de Medicina:

> Art. 22 - As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:
>
> a) advertência confidencial em aviso reservado;
>
> b) censura confidencial em aviso reservado;
>
> c) censura pública em publicação oficial;
>
> d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
>
> e) cassação do exercício profissional, *ad referendum* do Conselho Federal.[355]

352 A respeito desta remessa, vale ressaltar, a título de exemplo, que, no estado da Bahia, no Ministério Público, há o Núcleo de Apuração de Crimes Relativos a Erros na Área de Saúde, que pode ser acionado por "cidadão que acredita ter sido vítima de erro cometido por profissionais da área de saúde", servindo para apoio jurídico e instauração de procedimento investigatório capaz de ensejar a abertura de processo penal. Tendo em vista o estabelecimento de um convênio entre este órgão e o Conselho Regional de Medicina do mesmo estado, as denúncias realizadas ao órgão ministerial são remetidas institucionalmente, hipótese em que, após análise interna do Conselho, poderá ser aberta sindicância e, sendo o caso, posterior abertura de Processo Ético-Profissional.

353 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.145/2016. Aprova o Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM) e Conselhos Regionais de Medicina (CRMs). (Publicada no D.O.U. de 27 de outubro de 2016, Seção I, p. 329). Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2145. Acesso em: 01 out. 2019.

354 BRASIL. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências [Internet]. (Publicada no D.O.U. de 01 de outubro de 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

355 Ibidem.

Em que pese ser importante o conhecimento sobre as possíveis intercorrências nas diversas esferas a que pode o médico ser submetido a julgamento, todas elas são formalmente independentes entre si. É possível, entretanto, que as esferas tomem conhecimento a respeito das tramitações e decisões umas das outras, a título de dado a ser também analisado, mas não necessariamente vinculativo.

Há hipótese, entretanto, de sobrestamento do processo cível em até um ano para aguardo da decisão do processo penal, a fim de que se observe a ocorrência de absolvição penal por reconhecimento de presença de excludente de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular do direito) ou inexistência de crime, ou a ocorrência de condenação penal pela comprovação de crime na conduta médica e sua autoria. Neste sentido, segue o Artigo 315 no Código de Processo Civil:

> Art. 315 - Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal.
>
> § 1º Se a ação penal não for proposta no prazo de 3 (três) meses, contado da intimação do ato de suspensão, cessará o efeito desse, incumbindo ao juiz cível examinar incidentemente a questão prévia.
>
> § 2º Proposta a ação penal, o processo ficará suspenso pelo prazo máximo de 1 (um) ano, ao final do qual aplicar-se-á o disposto na parte final do § 1º[356].

Também, assim, o Artigo 935 do Código Civil: Art. 935 - A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal[357].

Neste estudo, a esfera eleita para análise é a *judiciária*, especialmente em seu âmbito *cível*, que abarca demandas em que se requer do Poder Judiciário a tomada de decisões sobre suspeitas de erros relativos a condutas médicas, em-

356 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicada no D.O.U. de 17 de março de 2015 [Internet]. Brasília, 16 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

357 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil [Internet]. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

bora seja necessária a abordagem ético-profissional para a compreensão do contexto judicante a ser refletido conforme os conceitos da Bioética de Intervenção.

Mais precisamente, este escrito parte da análise do contexto de persistência de conflitos judiciais entre médicos e pacientes em processos cíveis no Brasil, para então refletir a possibilidade de se fazer uso dos fundamentos teóricos e reflexões provenientes da Bioética de Intervenção, em uma tentativa de modificação do contexto, especialmente incidindo esforços nos âmbitos da mediação.

São processos em que pacientes – ou familiares de pacientes – processam médicos acreditando que vivenciaram prejuízos provenientes de erros, em um contexto de anterior assimetria entre os sujeitos havidos na relação. Consideram-se necessáriam, para tanto, a compreensão de questões como o que vem a ser o erro médico em suas esferas "culpável" e "escusável", a discussão sobre ter a prática médica a obrigação do alcance de resultado ou apenas de realização adequada dos meios em suas assistências aos pacientes, bem como a conjuntura das iatrogenias e dos problemas na obtenção do consentimento dos pacientes.

5.2.1. Erro médico culpável

A responsabilidade do médico profissional liberal – no sentido de dever sucessivo de indenizar – apenas surge quando o descumprimento de sua obrigação anterior se der por culpa. Para uma compreensão mais específica sobre o instituto da culpa, é importante o entendimento de que há a "culpa em sentido amplo", que traz uma análise do caráter volitivo subjetivo[358], ou seja, da vontade do sujeito manifestada na conduta no caso concreto, conformando o âmbito intitulado de responsabilidade civil subjetiva[359].

Esta culpa em sentido amplo, que é um gênero, compreende as espécies "culpa em sentido estrito", quando não há a intenção de causar dano, e o "dolo", quando há a intenção de causar dano[360]. Tomando o erro médico

358 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 47.

359 Há, ainda, a responsabilidade civil objetiva, em que não se discute a presença da culpa, nomeadamente uma teorização voltada para circunstâncias em que as relações institucionais são analisadas quanto o dever de indenizar, não se tratando, efetivamente, de relações entre pacientes e profissionais de saúde, o que foge ao objeto deste escrito, pelo que não se pretenderá, portanto, um aprofundamento.

360 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 47.

culpável apenas enquanto conduta culposa em sentido estrito[361], para facilitar a fluidez da escrita neste livro somente será utilizada a palavra "culpa". Assim, o erro médico culpável é a ação ou a omissão que se revestem de "culpa", portanto quando não há a intenção de se causar dano algum, embora o médico tenha agido de forma a não impedir a ocorrência de situações danosas previsíveis e evitáveis. Nesse caso, portanto, o profissional estaria contrapondo a sua conduta ao princípio da Não Maleficência.

Esta previsibilidade e evitabilidade levam em conta um padrão de comportamento médio esperado de todo médico, o chamado comportamento do *homo medius*, que representa o homem médio em geral, neste caso, o homem médio com a qualidade da formação em medicina. Neste mesmo raciocínio, Castro[362] afirma que se deve analisar a responsabilidade médica tendo em vista o comportamento corrente daquele sujeito em abstrato[363], ou seja, partindo-se da análise de conduta esperada de qualquer sujeito médico com aquela mesma formação e na mesma circunstância. É o que Castro denomina de "médico-tipo"[364], como um padrão de apresentação comum àquele profissional.

Hans Jonas discorre sobre o tema, trazendo o que denomina *bonum humanum* para a consideração da teoria ética e avaliação da conduta responsável:

> O sentimento que caracteriza a responsabilidade – não importa se pressentimento ou reação posterior – é de fato moral (disposição de assumir seus atos), mas em sua formalidade pura não é capaz de fornecer o princípio efetivo para a teoria ética, que em primeira e última instância tem a ver com a apresentação, reconhecimento e motivação de finalidades positivas para o *bonum humanum*[365].

361 Neste texto, não se trabalhará a perspectiva dolosa, acreditando que esta surge em circunstâncias pontuais em que há desígnio médico de criação de malefícios aos pacientes e à sociedade, em um cometimento típico de crime, o que foge à percepção da judicialização da medicina como fenômeno em que são demasiadamente requeridas, no âmbito cível, reparações pecuniárias tendo em vista a ocorrência de conflitos provindos de atendimentos médicos causadores ou não de prejuízos por erro culposo, tal como dito acima.

362 CASTRO, João Monteiro. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005, p. 46.

363 Ibidem.

364 Ibidem.

365 JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 166.

Deste modo, entrelaçando as conceituações trazidas, pode-se considerar como padrão correto para a prática moralmente responsável da medicina aquela conduta condizente com um agir do *homo medius* e *bonum humanum* médico, que, por consequência, não deve ser culposa. Afinal, o comportamento corrente de todo médico bom humano, em média, é então agir de maneira diligente, perita e prudente. Havendo erro, por sua vez, tem-se que o comportamento do profissional destoou do que é em média esperado, e, portanto, possivelmente terá sido proveniente de conduta culposa por imperícia, imprudência ou negligência, tal como se explicará a seguir.

5.2.1.1 Negligência, imperícia e imprudência médicas

A título de contextualização histórica, é importante relembrar o que traz Montesquieu em "O espírito das leis" sobre as caracterizações da culpa nas condutas médicas:

> As leis romanas queriam que os médicos pudessem ser punidos por sua negligência ou por sua imperícia. Neste caso, condenavam à deportação o médico de uma condição um pouco elevada e à morte o médico de uma condição mais baixa. Segundo nossas leis, tudo se passa de modo diferente. As leis de Roma não haviam sido feitas nas mesmas circunstâncias que as nossas: em Roma, tomava remédios quem quisesse, mas, entre nós, os médicos são obrigados a fazer estudos e a adquirir certos graus; logo, são tidos como conhecedores de sua arte[366].

As análises ético-jurídicas sobre as condutas médicas ocidentais atualmente partem do pressuposto de que estas são praticadas com o devido conhecimento prévio da arte médica e seus aspectos científicos[367]. No Brasil, especialmente, conforme preceitua o Conselho Federal de Medicina no texto da Resolução CFM nº 2.217/18, que aprovou o Código de Ética Médica, para ser intitulado médico é necessário ao sujeito, além do diploma de graduação em medicina – devido à necessidade de absorção de aportes teóricos e práticos disponibilizados no ambiente acadêmico –, a adequada inscrição no Conselho

366 MONTESQUIEU. O espírito das leis [Internet]. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf. Acesso em: 16 mai. 2016.

367 FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Regional de Medicina do Estado, Território ou Distrito Federal em que exercerá a sua atividade profissional[368].

Ressalte-se, inclusive, que em abril de 2016 foi dada nova redação[369] ao Art. 6º da Lei nº 12.842/13[370], que dispõe sobre o exercício da medicina, para, efetivamente, designar a denominação "médico" ao profissional graduado, vedando-se o termo "bacharel em medicina". Trata-se de uma nomenclatura que passa a adequar-se pelo meio social ao modo usual de referenciação a estes profissionais, além do termo "doutor". Essa referência específica e engessada de "doutor" dada ao médico acontece por duas razões: devido a uma perspectiva histórica decorrente da Lei de 11 de agosto de 1827[371], decretada por D. Pedro I, que tratou da questão; e em razão do cunho hierárquico de imposição de poder – que acaba se impondo como decorrência do saber – por meio do discurso, percebido no decorrer da própria história da medicina.

Ocorre que, mesmo com a adequada formação na graduação e tendo sido devidamente recebida a sua inscrição pelo seu órgão conselhal, é possível que o médico tenha, sobre si, gerado um dever de indenizar um paciente. Isto porque, independentemente de sua formação, é possível que o profissional médico venha a descumprir, por conduta culposa, deveres que representam obrigações originárias, sendo gerada a obrigação sucessiva de indenizar, portanto, a responsabilidade médica diante do dano causado.

As condutas culposas podem ser praticadas por meio de "omissões", quando são havidas por "negligência", e por meio de "ações", quando são cometidas por "imprudência" ou "imperícia". Conforme anteriormente descrito,

368 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217/2018. Aprova o Código de Ética Médica. (Publicada no D.O.U. de 01 de novembro de 2018, Seção I, p. 179). Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217. Acesso em: 01 out. 2019.

369 BRASIL. Lei nº 13.270, de 13 de abril de 2016. Altera o Art. 6º da Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, que dispõe sobre o exercício da Medicina [Internet]. (Publicada no D.O.U. de 14.4.2016). Acesso em: 12 set 2019.

370 BRASIL. Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina [Internet]. (Publicada no D.O.U. de 11 de julho de 2013). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

371 BRASIL. Lei de 11 de agosto de 1827. Crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. [Internet]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-11-08-1827.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

o Código de Ética Médica[372] traz explicitamente estas hipóteses de conduta culposa "caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência"[373]. Aqui, mais uma vez, é conveniente recordar a utilização, pela bioética, em situações relacionadas ao tema, do "Princípio do Benefício e Dano"[374] incluído na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco, ou do "Princípio da Beneficência" e "Princípio da Não Maleficência" propostos por Beauchamp e Childress[375].

Decisões no âmbito do Conselho Federal de Medicina em processos ético-profissionais mostram situações de julgamento em que se analisou precisamente o artigo acima referido, a exemplo da que segue:

> Ementa: PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. INFRAÇÃO AO ARTIGO 29 DO CEM – É VEDADO AO MÉDICO: PRATICAR ATOS PROFISSIONAIS DANOSOS AO PACIENTE, QUE POSSAM SER CARACTERIZADOS COMO IMPERÍCIA, IMPRUDÊNCIA OU NEGLIGÊNCIA. REFORMADA A DECISÃO DE ABSOLVIÇÃO PARA APLICAÇÃO DA PENA DE "CENSURA PÚBLICA EM PUBLICAÇÃO OFICIAL".
>
> I - Comete delito ético o profissional que causa dano por negligência e imprudência, desconsiderando princípios éticos em consequência de falta de bom acompanhamento em trabalho de parto. II - Recurso de apelação conhecido e provido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Conselheiros membros da 7ª Câmara do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso interposto pela apelante, reformando a decisão do Conselho de origem, que absolveu o apelado, para aplicar-lhe, por maioria de votos, a pena de "CENSURA PÚBLICA EM PUBLICAÇÃO OFICIAL", prevista na letra "c" do Artigo 22 da

372 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217/2018. Aprova o Código de Ética Médica. (Publicada no D.O.U. de 01 de novembro de 2018, Seção I, p. 179). Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217. Acesso em: 01 out. 2019.

373 Ibidem.

374 UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Adotada por aclamação no dia 19 de outubro de 2005 pela 33ª sessão da Conferência Geral da UNESCO [Internet]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 12 mai. 2019.

375 BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical ethics**. New York: Oxford University Press, 2013.

> Lei nº 3.268/57, por unanimidade por infração ao Artigo 29 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.246/88, DOU 26.01.1988), cujos fatos também estão previstos no Artigo 1º do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09, DOU 13.10.200), nos termos do voto do Sr. Conselheiro Relator[376].

No judiciário, também, verifica-se a necessidade de reconhecimento de conduta culposa no caso concreto, sem a qual não há que se falar em punição do profissional:

> INDENIZATÓRIA – PRETENSÃO DEDUZIDA CONTRA O HOSPITAL E O MÉDICO, A QUEM É ATRIBUÍDA CONDUTA CULPOSA – PROCEDÊNCIA – INCONFORMISMO DOS RÉUS – RECURSO DO NOSOCÔMIO DESERTO – APELO NÃO CONHECIDO. INDENIZATÓRIA – ERRO MÉDICO – FRATURA NO TORNOZELO – COMPROMETIMENTO DA CIRCULAÇÃO E ARTICULAÇÃO DO MEMBRO PELA AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO CIRÚRGICA – CULPA IMPUTADA A CLÍNICO GERAL – NOSOCÔMIO PROCURADO PARA SEGUNDO ATENDIMENTO, 13 DIAS APÓS O INCIDENTE – ADEQUAÇÃO DA POSIÇÃO ÓSSEA – TROMBOSE DESCARTADA – ALTA MÉDICA RECOMENDADA PELOS ESPECIALISTAS, OBSERVADA A NECESSIDADE DE TRATAMENTO AMBULATORIAL – INEXISTÊNCIA DE PROVA DE SUBMISSÃO AO TRATAMENTO PRESCRITO – NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA OU IMPRUDÊNCIA DO CLÍNICO NÃO RECONHECIDAS – AUSÊNCIA DE CULPA MÉDICA QUE AFASTA A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE SAÚDE – AÇÃO IMPROCEDENTE – RECURSO DO MÉDICO PROVIDO[377].

Neste sentido, é vedado ao médico ser omisso, *negligente*, o que importaria em uma conduta descrita por um "não-fazer" por displicência, quando, podendo e devendo agir, o médico não o faz. São casos em que, por exemplo, determinados procedimentos ou prescrições deveriam ter sido realizados e o profissional não se incumbe da obrigação, gerando dano ao paciente em decorrência desta falta, contrariando, inclusive, a perspectiva do princípio do Benefício e Dano acima mencionado.

---

376 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Número: 0001/2011, Origem: Conselho Regional de Medicina-MG, Relator: José Hiran da Silva Gallo. Publicado no D.O.U. de 29 de maio de 2012, seção: I. p. 151.

377 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. APL: 00102374820048260004 SP 0010237-48.2004.8.26.0004, Relator: Erickson Gavazza Marques, data de julgamento: 03/06/2015, 5ª Câmara de Direito Privado. Data de publicação: 15 de julho de 2015.

Vale ressaltar que casos como alta médica em momento não adequado têm sido, por algumas jurisprudências, identificada como circunstâncias de negligência, pensamento discordante aos argumentos deste escrito. Trata-se, em verdade, de uma conduta por ação, ocorrida seja por erro na percepção de condição física do paciente para tanto, o que caracterizaria uma imperícia, seja por erro devido à precipitação do profissional em antecipar um momento em que se carecia de maior recuperação, o que caracterizaria uma imprudência.

Não há omissão no ato de conceder a alta médica indevida. Contudo, é possível perceber-se a negligência apenas em uma circunstância em que, diante de um paciente que chega à unidade, não se decide pelo internamento necessário. É preciso, então, uma leitura contextual da condição prévia[378].

A conduta com *imperícia*, por outro lado, é um "fazer" praticado em inobservância de normas técnicas, seja por pouco conhecimento profissional em determinada área do saber médico ou por conduta pontual do profissional que, embora seja conhecedor, em determinado momento agiu em desconformidade com o que preceituam as normas técnicas para aquela prática. É possível discutir-se a respeito da imperícia apenas como conduta errônea daquele profissional que não possui o devido preparo técnico ou o título da especialidade. Entretanto, observa-se que mesmo o médico especialista em determinada área pode incorrer em imperícia, bastando que, por qualquer motivo, seja por cansaço ou distração, e em contexto em que se poderia evitar o dano, o profissional tenha agido em desacordo com o que a boa técnica determinava.

Assim, tanto é possível que o médico não portador do título de uma especialidade pratique um ato naquela área e que seja extremamente bem-sucedido, quanto é possível que, neste mesmo âmbito, o médico especialista tenha atuado com imperícia. Portanto, defende-se que a imperícia caracteriza-se por um atuar disforme ao que o conhecimento preceitua, devendo-se tomar o fato de o profissional não portar especialidade na área apenas como um elemento para análise contextual, e não como determinante para uma percepção de imperícia.

E *imprudência* é também um "fazer", neste caso por ação imponderada e insensata, capaz de ensejar dano por se apresentar como conduta praticada

378 Ou seja, tratava-se de paciente internado que recebeu alta médica ou de paciente que, procurando pelo atendimento, não tinha a decisão de internamento após análise do profissional acerca de sua situação clínica.

sem a cautela exigida e que poderia evitar o prejuízo então sofrido pelo paciente. Segundo Kfouri[379], para a verificação da imprudência é necessário que o profissional médico tenha agido com ações não justificadas, precipitadas[380]. É um fazer cuja perspectiva arriscada é reconhecida pelo profissional que, ainda assim, resolve persistir em aposta que o dano não ocorrerá.

Por fim, vale ressaltar o que trazem Gomes e França[381] ao tratarem das modalidades de culpa na definição do erro médico, visto que apresentam uma abordagem conclusiva e intencionalmente simplificada quando afirmam: "a negligência consiste em não fazer o que deveria ser feito; a imprudência consiste em fazer o que não deveria ser feito e a imperícia em fazer mal o que deveria ser bem feito"[382].

5.2.1.2 Dano médico efetivo e nexo causal

As perspectivas ético-jurídicas apontam que, para que se venha a gerar o dever de indenizar, é necessário, além do erro médico culposo, que se tenha gerado "dano médico efetivo", com o qual deve possuir, indiscutivelmente, um "nexo causal", que é uma ligação de causa e efeito[383]. De tal modo, é preciso que esteja estabelecido o liame entre a conduta culposa do médico e o dano, sendo rompido esse nexo apenas em situações decorridas por caso fortuito ou força maior, por culpa exclusiva do paciente, ou por fato de terceiro estranho à relação, quando assim o profissional não terá que responder pelo prejuízo, já que desvinculado de sua ação[384].

O dano efetivo é aquele verdadeiramente sucedido[385], percebido, que não deve ser visto apenas no âmbito da suposição, caso contrário não faria parte

379 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 92.

380 Ibidem.

381 GOMES, Júlio Cézar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso. Erro médico. *In:* COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 244.

382 Ibidem.

383 CASTRO, João Monteiro. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005, p. 46.

384 Ibidem.

385 CAVALIERI, Filho Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 47.

do mundo real, do fato constatado, e seria incapaz de gerar desequilíbrio em um estado anterior cotidiano do paciente. A partir de normas jurídicas civis[386] pode-se afirmar que o médico que causar dano ao paciente por conduta ilícita que tenha anteriormente praticado deve indenizá-lo: "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"[387].

Este dano pode ser mensurável economicamente – quando se avalia a efetiva diminuição do patrimônio do paciente, que precisou realizar gastos com compra de medicamentos antes não necessários, por exemplo – ou pode ser verificado após a ocorrência de um fato constrangedor à honra do paciente – a exemplo de um maltrato por uso de palavras agressivas ou pelo desrespeito às perspectivas culturais do paciente – quando ocorrerão dano patrimonial e moral, respectivamente.

Esta observância do constrangimento é posta na ordem da subjetividade, bastando a comprovação de ocorrência de um fato normalmente considerado agressivo à moral do sujeito[388] para que o médico seja punido pela ofensa à honra do paciente.

Trata-se do resguardo à dignidade humana do paciente, princípio disposto na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos[389], e fundamento constitucionalmente anterior ao direito de se ter propriamente a honra respeitada[390]. Ao discorrer sobre o princípio da dignidade humana e suas conceituações em apreciação aos direitos humanos dos pacientes, Albuquerque[391] afirma que

386 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 01 out. 2019.

387 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 01 out. 2019.

388 Novamente vale ressaltar que esta percepção da moral no meio jurídico tende a adotar a perspectiva kantiana. Entretanto, ainda que se analise o que vem a ser a moral como algo socialmente apresentado em dado meio, ainda assim é possível situá-la como ofensável, neste contexto.

389 UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Adotada por aclamação no dia 19 de outubro de 2005 pela 33ª sessão da Conferência Geral da Unesco [Internet]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 12 mai 2019.

390 A Constituição Federal do Brasil aborda, inicialmente, os "princípios fundamentais" da República, dentre eles a dignidade da pessoa humana e, seguidamente, traz os "direitos fundamentais", dentre eles a honra, disposta no inciso X do Art. 5º.

391 ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos humanos dos pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016.

> [...] um conteúdo mínimo basilar pode ser discernido da dignidade humana, qual seja: o de que cada ser humano possui um valor intrínseco que deve ser respeitado; conseguintemente, algumas formas de conduta são incompatíveis com o respeito a este valor intrínseco [...][392].

Assim, havendo conduta culposa incompatível com o devido respeito ao paciente enquanto pessoa humana que possui um valor, uma honra, há que se falar em um dano moral e em uma ofensa à sua dignidade.

Perspectivas jurisprudenciais incluem no rol de danos ainda o cunho estético, como uma terceira espécie de dano, sendo agora posto como valor mensurável independente. A súmula STJ nº 387 assim dispõe: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral"[393]. Ou seja, aos que refletiam o dano estético como componente de avaliação do dano moral, ficou clara a independência. Argumenta-se que um está disposto no âmbito de alteração morfológica, que agride a visão, ligado à integridade física, e outro no âmbito psíquico, de sofrimento.

Este escrito, contudo, muito respeitosamente, discorda. Trata-se de um dano participante de um fato, que deve ser avaliado em suas consequências patrimoniais e psíquicas, o que propicia uma avaliação contextual do erro profissional ilícito e suas consequências. Considera-se, assim, que uma lesão por imperícia na face de um paciente é capaz de trazer implicações morais substanciais, cuja mensuração deve avaliar as proporções e projeções sociais e subjetivas do dano, sendo possível a avaliação, ainda, de dano patrimonial. Em caso de uma paciente que, devido à lesão, não mais exerce, temporária ou permanentemente, sua atividade de modelo fotográfica, há que se avaliar os danos, seja quanto ao que pode efetiva e imediata trazer como diminuição do seu patrimônio, seja quanto ao que pode deixar de auferir posteriormente, de forma mediata e comprovadamente esperada.

---

392 Ibid., p. 77.

393 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 01 out. 2019.

5.2.2 Erro médico "escusável"

A respeito da nomenclatura "erro escusável", amplamente utilizada em textos ético-jurídicos que abordam a responsabilização médica, vale uma breve reflexão, discordante. Um contexto ensejador de possível "escusa" pressupõe uma condição perdoável. O perdão, por sua vez, se faz presente diante de um "erro" a ser "desculpado", entretanto não há que se falar em "des-culpa" de conduta cuja culpa não se fez presente para ser afastada.

Arendt[394], ao discorrer sobre a irreversibilidade e o poder de perdoar, afirma que o perdão refere-se a atos do passado, sinalizando ter havido uma ação negativa[395] anterior, que então tem como resposta outra ação posterior, reformulada e imprevisível. Por conseguinte, segundo ela, o perdão não se trata apenas de uma "re-ação", mas também é libertador tanto para o ofendido quanto para o ofensor.

Esta pressuposição de ação anterior reafirma a crítica aqui posta: é preciso ter havido um erro culposo, portanto punível ao médico, a ser perdoado. Nesta linha de raciocínio, Arendt afirma ainda:

> A punição é a alternativa do perdão, mas de modo algum seu oposto; ambos têm em comum o fato de que tentam pôr fim a algo que, sem a sua interferência, poderia prosseguir indefinidamente. É, portanto, significativo – elemento estrutural na esfera dos negócios humanos – que os homens não possam perdoar aquilo que não podem punir, nem punir o que é imperdoável[396].

Reflete-se, portanto, sobre a adequação ou inadequação da ideia de se pensar, na medicina, a possibilidade de um "erro" do qual se pode escusar, mais valendo tomá-lo como "não erro", portanto não carecedor de escusa, e sim como conduta justificada na medida em que idônea à busca pela restauração da saúde, disposta em um contexto áspero ao desenvolvimento científico.

---

394 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004

395 A autora, em verdade, usa a palavra "pecado" para sinalizar o que, na interpretação deste escrito, se pôde aludir a negatividade da conduta.

396 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 253.

Contudo, este escrito reconhece o uso corrente do termo, que, por tantas vezes abordado na literatura e nas jurisprudências, fez-se presente e compreensível, de maneira que será aqui mantido. Além disso, é possível ainda a percepção do cunho pedagógico da manutenção da nomenclatura "erro escusável", na medida em que enseja uma reflexão sobre a falibilidade da medicina, verificada tal como é: imperfeita, perseguidora da perfeição própria da conformação do corpo humano, porém ainda em curso e em busca de um domínio que, por vezes, ainda não possui: o domínio completo das funções e reações humanas. Seria uma reafirmação da ideia do "erro possível".

Segundo Neuberg, o "erro só escusa se é invencível, isto é, quando, nas mesmas circunstâncias, todo homem avisado e prudente o teria cometido (já a ignorância da lei não é uma escusa)"[397]. Não se trata, segundo se percebe, de conduta equivocada pela existência de culpa médica, mas por outro motivo não relativo a displicência, indiferença ou inobservância de norma técnica. São os casos do erro de diagnóstico, do resultado incontrolável e do acidente imprevisível, que são situações não indenizáveis a seguir expostas.

5.2.2.1 Erro de diagnóstico

Em um diálogo entre Sócrates e Trasímaco, é possível notar a angústia a respeito da suposta "imperfeição" da medicina, que é percebida como arte virtuosa isenta de mal, entretanto capaz de sucumbir ao reconhecimento de seu suposto defeito não por proveito a si, mas pela vantagem do corpo sobre o qual é aplicada:

> – E então? É sujeita a defeitos a própria arte da medicina, ou há qualquer outra que tenha necessidade de uma certa qualidade, como os olhos, da vista, e os ouvidos, da audição, e por esse motivo, além desses órgãos, carecemos de uma arte apropriada para examinar e para fornecer o que é útil para essas finalidades? Acaso na própria arte há qualquer defeito e cada arte precisa de outra arte que procure o que lhe é útil, e esta, por sua vez, de outra, e assim até o infinito? Ou ela mesma examinará o que lhe é vantajoso? Ou então não precisa de si mesma nem de nenhuma outra para procurar o que é conveniente para a sua própria imperfeição. Efetivamente, nenhuma arte possui imperfeição

397 NEUBERG, M. Responsabilidade. *In:* CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. Vol. 2. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 506.

> ou falha alguma, nem é próprio de uma arte procurar a conveniência de outra pessoa, senão a daquele a que pertence. Ao passo que cada arte, se o for de verdade, é incorruptível e pura; enquanto que, tomada no seu sentido exato, é inteiramente o que é. E examina de tal maneira rigorosa: é assim ou de outro modo?
>
> – É assim que parece ser.
>
> –Portanto – disse ele -, a medicina não procura a conveniência da medicina, mas a do corpo.
>
> – Exatamente[398].

O erro de diagnóstico, também chamado por Castro de "erro profissional ou técnico", decorre em casos duvidosos, controversos e que não devem ser compreendidos como se culposos fossem[399]. Segundo o autor:

> O profissional, em tendo escolhido técnica que não se mostrou boa para aquele caso específico, e foi zeloso e criterioso na aplicação, terá cometido um erro profissional, não culposo, pois não poderia antecipar a reação do organismo do paciente, pelo qual não responde[400].

O autor trabalha, neste mesmo raciocínio, com a ideia de que se mantém escusável a conduta equivocada quando a técnica praticada no caso concreto pelo profissional médico é conhecida, usual e aceita, o que é diverso de uma circunstância em que, mesmo adequada a técnica escolhida, esta é aplicada de forma desastrosa, o que caracterizaria, então, uma nítida imperícia médica.

Sendo assim, essa conduta médica não traz a ideia de ignorância da técnica pelo profissional, muito menos ausência de prudência em suas apreciações, em que pese haver o erro, que poderia ter sido praticado por qualquer outro profissional médico posto na mesma situação e diante dos mesmos elementos de análise.

---

398 PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret; 2000, p. 29.

399 CASTRO, João Monteiro. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005, p. 139.

400 Ibidem.

Como explica Maldonado[401], para a verificação da existência do dever de indenizar é preciso avaliar o caso concreto, observando, ainda, se há erro crasso ou se a circunstância é de invencibilidade do dito "erro". O autor afirma:

> [...] o médico que, por erro grosseiro, venha a causar dano ao paciente tem o dever, como decorrência da responsabilidade civil, de indenizá-lo. Em sentido contrário, quando o erro for invencível à mediana cultura médica, observadas as circunstâncias do caso concreto, isento estará o profissional médico de qualquer responsabilidade[402].

O que se deve ter em vista, entretanto, é a coerência na conduta médica adotada diante do quadro de dúvida acerca do diagnóstico e de possíveis causas, bem como tratamentos decorrentes das ponderações feitas em busca do acerto[403]. Daí, também, a importância do diálogo estabelecido entre médico e paciente, ambos em busca de uma resposta plausível aos sintomas apresentados, mediante seguros esclarecimentos sobre sintomas e possíveis estratégias de tratamento, o que será discutido mais adiante neste estudo.

Tratam-se de sujeitos que devem atuar como consortes em busca da restauração da saúde, diversamente da perspectiva de sujeitos litigantes, opostos e afastados entre si. Ainda quanto à conceituação da circunstância, Fortes[404] afirma:

> O diagnóstico é um ato técnico composto de procedimentos destinados à pesquisa de uma patologia clínica ou cirúrgica, o estabelecimento de sua etiologia e patogênese. Um erro no diagnóstico não é necessariamente culposo. O médico tem a obrigação de meios, não a obrigação de resultados, sendo que ao queixoso cabe provar que o profissional não lançou mão dos meios possíveis e necessários para o estabelecimento de um correto diagnóstico[405].

---

401 MALDONADO, José Carlos. **Iatrogenia e erro médico**: sob o enfoque da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

402 Ibidem.

403 REIS, Cláudia Tartaglia; MARTINS, Mônica; LAGUARDIA, Josué. A segurança do paciente como dimensão da qualidade do cuidado de saúde: um olhar sobre a literatura. Ciênc. Saúde Coletiva [Internet]. 2013 Jul. [citado 2019 Abr. 21]; 18(7): 2029-2036. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000700018&lng=pt. http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232013000700018.

404 FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Aspectos ético-jurídicos da responsabilidade civil do médico em Prática Liberal. Revista Saúde Pública. São Paulo, v. 24, n. 6, 1990.

405 Ibidem.

Ocorre que mesmo não sendo considerado culposo o desacerto do diagnóstico, é possível a continuidade de percursos terapêuticos em linha de raciocínio também em desacerto. E não há, por conseguinte, tendo em vista a origem "escusável", que se punir o profissional[406] pelas estratégias não adequadas ou pelos eventuais cuidados dispensados desnecessariamente.

5.2.2.2 Acidente imprevisível e resultado incontrolável

Conforme explicam Gomes e França[407], para uma análise sobre eventual erro médico cabe, de antemão, uma devida diferenciação entre a conduta médica culposa de duas outras circunstâncias, quais sejam as de acidente imprevisível e de resultado incontrolável, que são capazes de resultar em dano ao paciente, entretanto apenas a primeira é capaz de gerar o dever de indenizar. Afirmam eles que o "acidente imprevisível é resultado lesivo, advindo de caso fortuito ou força maior, incapaz de ser previsto ou evitado, qualquer que seja o autor em idênticas circunstâncias"[408].

E o resultado incontrolável, segundo explica Diniz, é "oriundo de uma situação grave e inexorável, ou seja, da própria evolução da moléstia, a qual a ciência médica, no estágio de desenvolvimento que se encontra, não dispõe de meios para contornar ou impedir"[409]. Portanto, este decorre de situação da qual não se pode contornar, tendo em vista a progresso do quadro patológico.

Não há, nestas duas situações, qualquer nexo causal entre a conduta do profissional e o prejuízo sofrido pelo paciente. Retomando o conceito de "disciplina" trazido por Foucault, é possível traçar-se um paralelo com o que o autor denomina de "erro disciplinado"[410], ou seja, como aquele que, em um dado momento do desenvolvimento científico, se enquadrava nos moldes da disciplina até então posta e, que, portanto, é considerado verdadeiro.

---

406 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

407 GOMES, Júlio Cézar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso. Erro médico. *In:* COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 244-245.

408 Ibidem.

409 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 687.

410 FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 2009, p. 35.

Diversamente, em um momento seguinte, o contexto pode vir a ser modificado e o conhecimento do campo de estudo passar a apontar para novas estratégias de intervenção. Assim, é admissível que o pouco ou ainda insuficiente desenvolvimento da ciência em alguma área de abordagem e em determinado momento da história leve à evolução incontrolável de um quadro patológico, não havendo que se falar em erro culpável do profissional médico.

5.2.3 Medicina como obrigação de meios e de resultado

Segundo Aristóteles, há que se considerar os meios então utilizados para alcance de um desígnio. Contudo, devem ser objetos de deliberação apenas estes meios e não o desígnio pretendido. Para a sua reflexão, ele traz, entre outros, o exemplo do médico e o fim de curar um enfermo:

> Não deliberamos sobre os fins, mas sobre os meios. Um médico, por exemplo, não delibera sobre se deve ou não curar, nem um orador sobre se deve ou não persuadir, nem um estadista sobre se deve assegurar a ordem pública, nem qualquer outro homem delibera a respeito da própria finalidade da sua atividade. Dão a finalidade por estabelecida e procuram saber a maneira de alcançá-la; se lhes parece poder ser alcançada por vários meios, procuram saber o mais fácil e o mais eficaz; e se há apenas um meio para alcançá-la, procuram saber como será alcançada por esse meio, e por que outro meio alcançar esse primeiro, até chegar ao primeiro princípio, que é o último na ordem da descoberta[411].

Conforme se percebe, o alcance da cura como resultado da prática médica termina por ser almejado, entretanto não posto com a relação imediata de necessária causa e efeito incondicional, ou seja, tendo a cura como obrigação. Se assim fosse, ingressaria no âmbito de um dever inequívoco de cumprimento, o que caracterizaria uma obrigação de resultado. Nas demandas judiciais, muito se discute a respeito desta obrigatoriedade na prática da medicina, sobretudo no que se refere à especialidade da cirurgia plástica, quando da realização de procedimentos estéticos[412].

Neste raciocínio, do qual se discorda neste estudo, o exercício da medicina não teria apenas obrigação de meios, qual seja a de realizar a sua prática

411 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 62-63.

412 CORDEIRO, Fernando, et al. Responsabilidade civil do médico e a inversão do pensamento jurídico sobre o tipo da atividade. Revista Brasileira de Coloproctologia ,Rio de Janeiro, v.31,n.1,p.58-63,2011.

com diligência, perícia e prudência, fazendo o melhor uso de suas técnicas e procedimentos[413]. Passaria, assim, a ter obrigação de resultado, devendo o médico da cirurgia plástica estética atingir a pretensão inicial de maneira irrefutável. Importante refletir-se, nesta esfera, uma propensão à compreensão das questões morfológicas em saúde como percepção estético-corporal "fútil", portanto, não inclusa na análise da restauração de patologia. Nesta seara, há a errônea inclusão da ideia de futilidade nos procedimentos estéticos, o que desencontra a noção de saúde ampliada da Organização Mundial de Saúde, que traz o bem-estar, bem como os diálogos freudianos de autopercepção e compreensão do indivíduo no meio social.

É possível refletir-se que, em uma sociedade, um paciente sinta-se bem em reduzir orelhas com formato avantajado, por uma questão estética social que o retira de um contexto de constrangimento, e isto implique em estímulo à sua saúde mental. Mecanicamente, contudo, a sua audição é perfeita e não há, na estrutura física anatômica, patologia. Apenas uma questão social, mas que, para ele, sequer há de se mensurar o quanto é positiva uma intervenção cirúrgica. O mesmo raciocínio pode ser utilizado quanto a mulheres que pretendem a redução mamária, por incômodo subjetivo e social, tendo vivenciado constrangimentos em sua adolescência, sem que, para tanto, haja problemas efetivos em sua coluna vertebral em decorrência do peso. Trata-se de outro nível de percepção de saúde, que não apenas aquela que valoriza a perspectiva biologicista, enaltecendo a visão humanística do ato médico. O judiciário há de notar este âmbito, esta noção ampliada que tem dialogado com o respeito à sociedade, à medicina e aos pacientes individualmente, refutando os argumentos de "futilidade" e suas severas consequências. Ainda assim, há resultados incontroláveis, visto que o corpo é natureza, sendo necessária a atenção para a inexatidão da ciência médica. E não é possível, sequer pela ciência biológica, a adequação, da medicina, às ciências exatas.

Ao refletir sobre a importância do diálogo para o tratamento médico, Gadamer[414] afirma haver na essência da prática médica, de fato, a procura pela cura, mas, ainda assim reconhece o papel coadjuvante da figura do médico perante a natureza, portadora desta força: "O objetivo da arte médica, pelo

413 Ibidem.

414 GADAMER, Hans-Georg. **O mistério da saúde**: o cuidado da saúde e a arte da medicina. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2009.

contrário, é a cura, e a cura não é pleno poder do médico, mas da natureza. O médico sabe-se um mero ajudante da natureza"[415]. Mesmo reconhecendo um propósito no tratamento médico, o autor mantém a perspectiva de obrigação de meios e não de resultado, e trabalha com a ideia de haver um "pleno poder" que foge à seara da medicina. O autor persiste nesta reflexão, conformando o juízo de que há diversos fatores que incidem no cuidado à saúde, havendo, por conseguinte, limites ao saber médico, que não se apresenta como único elemento no contexto:

> A saúde depende de muitos factores e, no fim de contas, não se depara só com ela, mas com a reinserção do paciente no seu anterior lugar na vida quotidiana. Esta é a 'recuperação' completa que, muitas vezes, ultrapassa decerto as possibilidades e competências do médico[416].

Entretanto, é de se ressaltar que, conforme anteriormente já refletido a respeito da relação entre o poder e o saber postos na ordem do discurso médico, para a prática médica não deve ser olvidada a atenção diante dos seus discursos na relação com os pacientes, potencialmente portadores de expectativas e vulnerabilizados pela doença[417]. Ao discorrer sobre o poder de prometer, Arendt afirma que a "solução para o problema da imprevisibilidade, da caótica incerteza do futuro, está contida na faculdade de prometer e de cumprir promessas[418]. Para ela, a faculdade de prometer "serve para criar, no futuro, que é por definição um oceano de incertezas, certas ilhas de segurança, sem as quais não haveria continuidade, e menos ainda durabilidade de qualquer espécie, nas relações entre os homens"[419].

Portanto, ao poder do discurso soma-se o poder de prometer a que se refere Arendt[420]. Neste sentido, em um contexto de expectativas e incertezas vivenciado por pacientes vulnerabilizados, o discurso médico que promete

---

415 Ibid., p. 144.

416 GADAMER, Hans-Georg. **O mistério da saúde**: o cuidado da saúde e a arte da medicina. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2009, p. 145.

417 PATRÃO NEVES, Maria do Céu. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. Revista Brasileira de Bioética. Brasília, v. 2, n. 2, p.157-172, 2006.

418 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 248-249.

419 Ibidem.

420 Ibidem.

um resultado chama para si uma obrigação que se torna inequívoca, embora estivesse até então disposta como contestável. Sendo assim, tem-se a evidente situação em que uma obrigação médica conforma-se como de resultado.

5.2.4 Iatrogenia e erro médico

Tal como visto, nos cuidados à saúde é possível, além das situações anteriormente mencionadas, o surgimento de danos tanto advindos de situação imprevisível e inevitável, quanto de conduta de terceiro sujeito, do próprio paciente ou de efetiva conduta médica culposa. É possível, ainda, que os prejuízos sofridos tenham sido "previsíveis" à prática médica, tendo em vista a pretensão de alcance de benefícios futuros, o que não será considerado um erro, circunstância em que, previamente, deve o médico esclarecer ao paciente sobre esta previsibilidade, seguindo ao tratamento após a colheita do devido consentimento, salvo em situação emergencial.

Há-se que considerar, neste caso, a ocorrência de evento iatrogênico, não punível, tendo em vista não conter, em seu âmago, qualquer circunstância de imperícia, imprudência ou negligência. Nesse sentido, Maldonado afirma:

> Iatrogenia e responsabilidade civil, dentro de um universo jurídico eminentemente conflitual, são termos inconciliáveis e excludentes. Inconciliáveis porque a iatrogenia [...], uma vez caracterizada, não gera a responsabilidade em qualquer uma de suas vertentes: civil, penal e administrativa.
>
> [...] a iatrogenia ou doença iatrogênica, cujo dano, ocasionado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, através do uso de técnicas e de fármacos necessários para vencer crises ou surtos, não caracterizaria, ao revés, a responsabilidade civil e, consequentemente, direito à indenização reparadora[421].

Maldonado explica ainda que, para a observância de ocorrência de real circunstância iatrogênica, é indispensável a presença de dois elementos, a saber: a *previsibilidade do dano*, como uma possível sequela do ato; e a *necessidade de produção do ato*, neste caso, do procedimento cirúrgico. Observe-se esta jurisprudência neste sentido:

421 MALDONADO, José Carlos. **Iatrogenia e erro médico**: sob o enfoque da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 06.

> **Administrativo. Ação de indenização. Cirurgia para realização da "dupla troca mitro-aórtica com instalação de próteses". Suposto erro médico. Autorização para cirurgia. Erro médico não configurado. Dano iatrogênico**.[...] Ainda, em sede de premissas, há que se colocar em pauta que a obrigação do médico é de meio, pelo que, em seu atuar, dada a imperfeição da medicina, há a lesão previsível, a iatrogenia ou dano iatrogênico, que corresponde ao dano necessário e esperado daquele atuar, afastando a responsabilidade civil respectiva, *ipso jure* o designado erro médico[422].

Estas circunstâncias iatrogênicas entrelaçam a busca por máximos benefícios e mínimos prejuízos, por diversas vezes não se tendo como afastar qualquer possibilidade de ocorrência danosa. Neste sentido, mais uma vez, recorda-se o "Princípio do Benefício e Dano" trazido pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que trabalha a ideia de se reconhecer a possibilidade de ocorrência de prejuízos no decurso da aplicação ou avanço da ciência. Entretanto, esta possibilidade apresenta-se após o cuidado de estabelecimento de juízo de ponderação prévio, que considera a maximização de possíveis benefícios e a minimização de possíveis malefícios, tal como visto:

> Artigo 4 – Benefício e Dano
>
> Os benefícios diretos e indiretos a pacientes, sujeitos de pesquisa e outros indivíduos afetados devem ser maximizados e qualquer dano possível a tais indivíduos deve ser minimizado, quando se trate da aplicação e do avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e tecnologias associadas[423].

Contudo, há que se considerar que há ocorrências raras na medicina, por vezes ainda não catalogadas, e que sempre carecerão de estudos científicos para análise de sua evolução. Neste caso, o elemento "previsibilidade" estaria mitigado. Entretanto, por meio de estudo de peritos conhecedores do fato raro a ser analisado, é possível a verificação de sua ocorrência mesmo com todos os cuidados médicos de perícia, prudência e diligência. Neste caso, não haveria outra reflexão senão a de ocorrência de circunstância iatrogênica, possível à prática médica.

---

422 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região [Internet]. AC: 200251010028499 RJ 2002.51.01.002849-9, Relator: desembargador federal Poul Erik Dyrlund. Data de julgamento: 31/08/2011, Oitava Turma Especializada, data de publicação: 09 de setembro de 2011, p. 327.

423 UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Adotada por aclamação no dia 19 de outubro de 2005 pela 33ª sessão da Conferência Geral da Unesco [Internet]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 12 mai. 2019.

De tal modo, observe-se que na conceituação da norma é cogitado um dano, e sobre ele incidem cuidados para que seja reduzida ao mínimo a possibilidade de sua ocorrência, quando não afastada. Sabe-se, portanto, que danos são possíveis e de justificada ocorrência quando a pretensão de geração de benefícios é maior. No entanto, para tanto, é necessária a inclusão de outro requisito, que validaria a legitimidade desta análise de benefícios de danos, com posterior consentimento pelo ato médico: é o cumprimento do dever de informar, que tem a sua concretização por meio da aplicação efetiva do processo de obtenção de consentimento informado.

Após informação médica processual[424], com esclarecimento ao paciente a respeito dos riscos e benefícios, em vocabulário pertinente ao contexto do sujeito, levando em consideração sua visão sociocultural e eventual vulnerabilidade social, mantendo o exercício da liberdade de perguntar e decidir autonomamente, é possível a assinatura de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Esta consideração e respeito ao paciente cumprindo o ato de elucidar as questões é de suma importância, e a perspectiva jurisprudencial tem incluído o descumprimento do dever de informar como dano autônomo[425].

Assim, são três os requisitos para avaliação de caso concreto como iatrogenia: verificação da *necessidade* da conduta médica realizada – valorando, para tanto, e juntamente ao paciente, o benefício esperado e o dano possível –, a *previsibilidade* do dano – analisando o que a literatura médica traz sobre o assunto ocorrido, considerando haver contextos danosos raros –, e o cumprimento do *dever de informar* – que se dá com a efetiva aplicação do processo de obtenção do consentimento. Excetuam-se, contudo, desta análise de devida incorporação do dever de informar, as intervenções médicas em contextos de urgência e emergência, em que se considera uma atecnia a pausa para colheita de consentimento, tendo em vista a iminência de morte e de danos graves e irreversíveis.

---

424 MEIRELES, Ana Thereza. A informação na relação médico-paciente: o delineamento da obrigação mútua face ao argumento da vulnerabilidade. *In:* XXVII Congresso Nacional de Pesquisadores em Direito, 2018, Salvador. Anais do Conpedi- Biodireito e Direitos dos Animais, 2018. v. x. p. 8-24.

425 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.540.580 – DF (2015/0155174-9). Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87116219&num_registro=201501551749&data=20180904&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 set. 2019.

5.3 Autonomia, consentimento e direito de (não) saber

Compreendendo a autonomia como capacidade de autogovernar-se[426], de antemão deve-se separá-la da perspectiva jurídica de capacidade civil. Em seu Artigo 5º, o Código Civil do Brasil dispõe que a "menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil"[427]. Esta habilitação não deve, entretanto, ser confundida com plena competência decisional do paciente em um âmbito em que pouco conhece, sobretudo em um contexto de vulnerabilidades sociais[428].

Igualmente, mesmo cumprindo os critérios etários a partir do alcance da maioridade civil, é possível a manutenção da fragilidade decisional do paciente que persiste ignorante quanto ao saber pertinente à decisão. Se há, especialmente na prática médica, a clareza da presença do binômio poder-saber, compreende-se de que apenas se empodera[429] aquele que detém o conhecimento. Desempoderado pela ausência do saber, não há que se falar em exercício livre da autonomia pelo paciente, até que possa ser informado e esclarecido em vocabulário que lhe é próprio.

Partindo da compreensão de liberdade como autonomia da vontade, observa-se que é exercida com a ausência da ignorância, que é o elemento limitante. Quando não se conhece a respeito do que se está a decidir, a liberdade não se faz presente, mesmo que, formalmente, o critério civil esteja presente, concedendo ao sujeito a "plena" capacidade.

Neste sentido, ao médico é posto o dever de informar a fim de que o paciente possa exercer, livremente, a faculdade de consentir. Segundo Kfouri, a perspectiva jurídica – e a esta se acrescente a ético-profissional – é clara ao afirmar que:

> O médico deve informar ao paciente diagnóstico, prognóstico, riscos objetivos do tratamento. Haverá, também, de aconselhá-lo, informan-

426 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 16.

427 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil [Internet]. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

428 A respeito da vulnerabilidade social e seus impactos na perspectiva individual, o próximo capítulo trará esta abordagem, aprofundando os fundamentos teóricos da Bioética de Intervenção.

429 Sobre o empoderamento, a seguir será discutido conforme a perspectiva intersubjetiva trazida pela Bioética de Intervenção e seus referenciais teóricos.

> do-o dos riscos e prescrevendo o comportamento que o enfermo deverá adotar. Deve-se valer da melhor diligência e cuidado, de acordo com o estado contemporâneo na sua ciência[430].

Ao aprofundar o tema para a própria responsabilização civil do médico, Kfouri continua:

> Para que se caracterize a responsabilidade civil do médico, pela não obtenção do consentimento informado, deve-se estabelecer relação clara entre a falta de informação e o prejuízo final. Assim, o dano deve ser consequência da informação falha ou inexistente, esta se liga àquele por nexo de causalidade[431].

Tomando o direito à informação como direito humano constitucionalmente protegido[432], visto que no Artigo 5º, inciso XIV, a Constituição Federal do Brasil dispõe que "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional"[433], pode-se compreender que a falha ou ausência da colheita do consentimento do paciente já é uma conduta apta a constituir dano, independentemente de outras circunstâncias a serem verificadas no decurso da prática médica no amparo à saúde.

Trata-se de uma ausência de condição essencial, qual seja a de respeito à vontade do paciente, tal como comenta Fortes, ao explicar que o "consentimento do paciente aos atos a serem praticados é um dos pontos essenciais do contrato médico, a declaração de vontade, que é fundamento para a existência do ato jurídico"[434]. Ressalte-se que a colheita do consentimento do paciente não pode ser reduzida à assinatura do Termo de Consentimento, visto que este apenas se trata de documento de formalização de um processo anterior, que

---

430 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

431 Ibid., p. 40.

432 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [Internet]. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 set 2019.

433 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [Internet]. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

434 FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Aspectos ético-jurídicos da responsabilidade civil do médico em prática liberal. Revista Saúde Pública vol.24 nº.6, São Paulo, 1990, p. 520.

deve ser cuidadoso em respeito à liberdade em decidir por meio da entrega do conhecimento, de forma esclarecida.

No que concerne à normatização da prática médica, o Código de Ética Médica traz o dever de cumprimento do dever de informar e de colher o consentimento de maneira explícita em seu capítulo sobre 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"[435].

Esta norma vai ao encontro da perspectiva internacional do direito à informação constante na Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Artigo 19 - Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras"[436]; da mesma forma segue a perspectiva nacional, visto que também constante na Constituição da República Federativa do Brasil este direito, posto como fundamental: "XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional"[437].

A Recomendação CFM nº 01/2016[438] também aborda especificidades do Consentimento Informado, e propõe, dentre outras condutas, que haja esclarecimento claro, com pertinência à circunstância específica, proporcionando uma possível decisão segura do paciente em autorizar a realização de procedimentos, estimulando a elaboração de termo escrito, com linguagem adequada à compreensão, em que pese não considerar ilícito ético a obtenção verbal.

Observe-se que importa, sobremaneira, que a informação seja "esclarecida". Ao responder sobre o que é o esclarecimento, Kant afirma

435 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217/2018. Aprova o Código de Ética Médica. (publicada no D.O.U. de 01 de novembro de 2018, Seção I, p. 179). Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217. Acesso em: 01 out. 2019.

436 UNESCO. Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 [Internet]. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf. Acesso em: 24 jul 2019.

437 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [Internet]. Brasília, DF, 1988.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

438 BRASIL. Conselho Federal de Medicina [Internet]. Recomendação CFM Nº 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em: 15 set. 2019.

"Esclarecimento"[439] significa a saída do homem de sua menoridade, da qual o culpado é ele próprio. A menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo"[440]. O autor continua: "O homem é o próprio culpado dessa menoridade se a sua causa não estiver na ausência do entendimento, mas na ausência de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem"[441].

Em interessante contradição, podem então ser dispostos os termos "maioridade", colocada na ordem etária, e "menoridade", colocada na ordem do entendimento. Partindo da reflexão de Kant, quando afirma que se a motivação para a dita menoridade do sujeito estiver na ausência do entendimento, este não é posto como responsável pela sua ignorância. Pode-se, aqui, reforçar o ponto de vista de que, não empoderado pelo conhecimento que deve a si ser entregue, mantém-se o paciente não informado, não esclarecido.

Por outro lado, pode-se apresentar também como legítimo o direito do paciente de "não saber" a respeito de informações que possam majorar a sua condição de doença. Em diálogo com Adimanto, Sócrates explica a possibilidade de uso da "mentira" como remédio, cujo emprego deva ser privativo ao médico:

> – Mas é que, realmente, deve ter-se alto apreço a verdade. Se, de fato, dissemos bem há pouco, se na realidade, a mentira é inútil aos deuses, mas útil aos homens sob a forma de remédio, é evidente que tal remédio se deve dar aos médicos, mas os particulares não devem tocar-lhe.
>
> – É evidente – respondeu[442].

O Conselho Federal de Medicina reforça esta questão, dispondo ser 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 re-

439 As aspas fazem-se presentes no texto original, daí terem sido aqui mantidas. Foi retirada a expressão *[Aufklärung]*, visto que compreendida como inserção do tradutor da obra.

440 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret; 2005, p 115.

441 Ibid., p. 116.

442 PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret; 2000, p. 78.

presentante legal."[443]. Pode-se considerar ser esta uma "medida especial", tal como dispõe a finalização do Artigo 5º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos:

> Autonomia e Responsabilidade Individual – Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais. Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia[444].

Ao analisar "um suposto direito de mentir por amor à humanidade"[445], estabelecendo um diálogo com trechos escritos por Benjamim Constant, Kant diverge de qualquer exceção ao dever de dizer a verdade, compreendendo haver um perigo maior na mentira do que no exercício da verdade, ainda que tenha uma suposta bondade como fundamento, o perigo da injustiça. Ele afirma:

> O que se deve compreender aqui não é o perigo de (acidentalmente) causar dano, mas, em termos gerais, o de cometer uma injustiça. É o que aconteceria se eu subordinasse o dever de veracidade, que é inteiramente incondicionado e constitui nas declarações a suprema condição do direito, a um dever condicionado e ainda a outras considerações. E embora por certa mentira não faça com essa ação injusta a ninguém, de um modo geral atento contra o princípio do direito, no que se refere a todas as declarações inevitavelmente necessárias (cometo uma injustiça *formaliter*, embora não *materialiter*), o que é ainda muito pior do que perpetrar uma injustiça contra certo indivíduo, porque tal ação nem mesmo supõe sempre um princípio para ela no sujeito[446].

Contudo, mesmo conhecendo a perspectiva kantiana de defesa à verdade irrestrita como obediência ao seu imperativo moral, é possível compreender-se que, ao exercer-se justificadamente a mentira em certas ocasiões – que não se as-

443 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217/2018. Aprova o Código de Ética Médica. (publicada no D.O.U. de 01 de novembro de 2018, Seção I, p. 179). Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217. Acesso em: 01 out. 2019.

444 UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Adotada por aclamação no dia 19 de outubro de 2005 pela 33ª sessão da Conferência Geral da Unesco [Internet]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 12 mai. 2019.

445 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret; 2005, p. 123.

446 Ibid., p. 127.

semelham à mera "mentira indiscriminada" –, estas podem ser compreendidas universalmente, e não se estará, necessariamente, ferindo esta mesma lei[447].

O "motivo justo", inclusive, é argumento utilizado para demais situações em que a prática médica conduz-se em prol de um benefício maior. A questão, portanto, não é simples, especialmente para os profissionais médicos, que exercerão ou não um dever correspondente ao direito do paciente, que tanto pode relacionar-se com um dever posto tanto na esfera da verdade, quanto na da mentira.

Assim, ao médico é entregue significativo encargo para a percepção sutil do que vem a ser a conduta adequada no caso concreto: a prescrição do remédio sob a forma de mentira nos termos socráticos, ou a entrega indubitável da verdade tendo em vista o risco de cometimento de injustiça nos termos kantianos. E a terceira hipótese apresenta-se como um não dizer justificado pelo motivo justo.

Em uma conjuntura de judicialização da medicina, observa-se que tanto este "não dizer a verdade" quanto este "dizer a verdade" pode representar coragem daquele que decide por uma conduta ou outra, especialmente quando o faz em um contexto arriscado[448]. Esta coragem pode ser vista como a "parresía", expressão antiga analisada por Foucault[449], que denota, portanto, a audácia de dizer a verdade irrestrita, uma interessante abordagem que, se feita neste escrito, poderia promover uma fuga do tema, mas que vale ser aqui ressaltada. Isto porque, mesmo diante do receio de ser mal compreendido, não cabe ao profissional a irrestrita entrega da verdade quando presente o potencial dano – possivelmente decorrente, mesmo sob o argumento de enaltecimento da autonomia do sujeito. Há que se considerar esta análise da justeza do motivo como responsabilidade a ser assumida pelo profissional.

---

447 PAVÃO, Agnaldo. Kant e-Prints. Campinas, Série 2, v.6, n.2, p. 12-28, jul-dez., 2011.

448 E compreende-se o potencial ingresso de demanda judicial contra si como um risco latente.

449 FOUCAULT, Michel. **A coragem da verdade:** o governo de si e dos outros. II: curso no Collège de France (1983-1984). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.