



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE MEDICINA DA BAHIA
Fundada em 18 de Fevereiro de 1808



Monografia

**A JUDICIALIZAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E
PACIENTE: UMA BREVE REFLEXÃO EM BIOÉTICA E
ÉTICA MÉDICA**

Mariana Silva de Oliveira

Salvador (Bahia)
Março, 2013

SIB/Bibliotheca Gonçalo Moniz: Memória da Saúde Brasileira

Oliveira, Mariana Silva de
O41 A judicialização da relação entre médico e paciente: uma breve reflexão em bioética e ética / Mariana Silva de Oliveira. Salvador: 2013.

I-VII 79p.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Camila Vasconcelos de Oliveira.
Monografia (Conclusão de Curso) Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Medicina, Salvador, 2013.

1.Relação médico –paciente. 2. Poder Judiciário. 3. Bioética. 4. Ética. I. Oliveira, Camila Vasconcelos de II. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Medicina. III. Título.

CDU - 614.253



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE MEDICINA DA BAHIA
Fundada em 18 de Fevereiro de 1808



Monografia

A JUDICIALIZAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE: UMA BREVE REFLEXÃO EM BIOÉTICA E ÉTICA MÉDICA

MARIANA SILVA DE OLIVEIRA

Professora orientadora: **CAMILA VASCONCELOS DE OLIVEIRA**

Monografia de Conclusão do Componente Curricular MED-B60, e como pré-requisito obrigatório e parcial para conclusão do curso médico da Faculdade de Medicina da Bahia da Universidade Federal da Bahia, apresentada ao Colegiado do Curso de Graduação em Medicina.

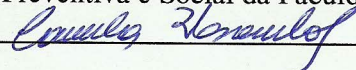
Salvador (Bahia)
Março, 2013

Monografia: A judicialização da relação entre médico e paciente: uma breve reflexão em bioética e ética médica. **Mariana Silva de Oliveira.**

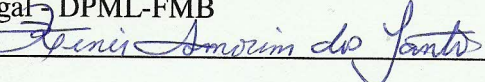
Professora orientadora: **Camila Vasconcelos de Oliveira**

COMISSÃO REVISORA

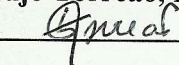
Camila Vasconcelos de Oliveira (Presidente), Professora Assistente no Departamento de Medicina Preventiva e Social da Faculdade de Medicina da Bahia - DMPS-FMB.

Assinatura: 

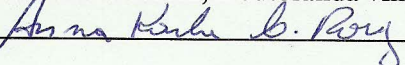
Renê Amorim dos Santos, Professora Assistente no Departamento de Patologia e Medicina Legal - DPML-FMB

Assinatura: 

Lara de Araújo Torreão, Professora Assistente no Departamento de Pediatria – FMB

Assinatura: 

Anna Karla Carneiro Roriz, Doutoranda vinculada ao PPgMS-FMB-UFBA

Assinatura: 

Membro suplente

Maria Elisa Villas-Bôas Pinheiro Lemos, Professora Adjunta no Departamento de Direito Público – Faculdade de Direito

TERMO DE REGISTRO ACADÊMICO: Monografia avaliada pela Comissão Revisora, e julgada apta à apresentação pública no IV Seminário Estudantil de Pesquisa da Faculdade de Medicina da Bahia/UFBA, com posterior homologação do conceito final pela coordenação do Núcleo de Formação Científica e de MED-B60 (Monografia IV). Salvador (Bahia), em ___ de _____ de 2013.

“ O conhecimento nos faz responsáveis”(Che Guevara)

A minha mãe, Ana Cristina Oliveira Silva

AGRADECIMENTOS

A Deus, por guiar meus caminhos e colocar pessoas maravilhosas na minha vida.

À minha Professora orientadora Dra. Camila Vasconcelos, pela orientação, incentivo, disponibilidade e presença constante na realização desse trabalho.

Ao Profº Dr. José Tavares-Neto, por sua dedicação e disponibilidade.

SUMÁRIO

ÍNDICE DE ABREVIACÕES	2
RESUMO	3
INTRODUÇÃO	4
1. A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE	6
1.1. BREVE HISTÓRICO: DA MEDICINA MÍTICA À PERSPECTIVA POSITIVISTA DO SÉCULO XIX	6
1.2. O SURGIMENTO DA BIOÉTICA E A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE	11
1.3. A RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE E A EXPECTATIVA DE CURA DO PACIENTE	23
2. DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS	27
2.1. DIREITOS HUMANOS E ACESSO À JUSTIÇA	27
2.2. DIREITO À SAÚDE E A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE	31
2.3. JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES SOCIAIS	37
3. A JUDICIALIZAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE E SUAS IMPLICAÇÕES ÉTICO-LEGAIS	41
3.1. A CONSTITUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E ÉTICA MÉDICA	41
3.1.1. O ERRO MÉDICO EFETIVO E INDENIZÁVEL	43
3.1.2. RESPONSABILIDADE MÉDICA SUBJETIVA: A CULPA	46
3.1.3. DO NEXO CAUSAL E EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE	46
3.2. IATROGENIA E CULPA MÉDICA	49
3.3. ASPECTOS POLÊMICOS EM RESPONSABILIDADE MÉDICA	55
3.3.1. CONSUMERIZAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE	55
3.3.2. OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO EM MEDICINA	59
3.3.3. A MEDICINA DEFENSIVA E SUAS IMPLICAÇÕES ÉTICAS	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
SUMMARY	66
REFERÊNCIAS	67

ÍNDICE DE ABREVIACÕES

CC	<i>Código Civil</i>
CDC	<i>Código de Defesa do Consumidor</i>
CF	<i>Constituição Federal</i>
CFM	<i>Conselho Federal de Medicina</i>
CREMESP	<i>Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo</i>
OMS	<i>Organização Mundial da Saúde</i>
ONU	<i>Organização das Nações Unidas</i>

RESUMO

A JUDICIALIZAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE: UMA BREVE REFLEXÃO EM BIOÉTICA E ÉTICA MÉDICA.

O processo de judicialização da relação entre médico e paciente requer uma breve análise sob o ponto de vista bioético e da ética médica. O presente estudo visa discutir algumas possíveis causas da judicialização da mencionada relação. Para consecução desse objetivo foi utilizado o método hipotético-dedutivo com base em revisão da literatura sobre o tema. Foram sugeridas como possíveis causas a modificação na relação entre médico e paciente com a exacerbação da autonomia, a expectativa de cura do enfermo, a ampliação dos direitos humanos, a judicialização das questões sociais e as nuances da responsabilidade médica tendo em vista o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Ética Médica. Após essa breve análise, é possível perceber algumas das causas que conduzem o paciente ao Poder Judiciário com o intuito de evitá-las, quando não cabíveis, em busca do estabelecimento de uma relação entre médico e paciente harmoniosa.

Palavras-chave: 1. Poder Judiciário; 2. Relação medico- paciente; 3. Bioética; 4. Ética médica.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da judicialização trouxe consequências para a prática médica, visto que diversas ações têm sido ajuizadas com objetivo de pleitear indenização por erro médico, o que remete à reflexão de que alguns pacientes possivelmente afastaram-se da posição de submissão à autoridade incontestável desses profissionais de saúde, e passaram a buscar seu direito de ação.

O erro médico provoca prejuízos tangíveis e intangíveis para todos os envolvidos no processo saúde-doença. Pode provocar danos irreversíveis aos pacientes, desgaste emocional aos familiares e inquietações para esse profissional de saúde.

É sabido que o número de ações de indenização por erro médico tem aumentado, o que traz consequências para a relação entre médico e paciente. Alguns médicos, ao conhecer as possíveis causas que geram os processos judiciais, podem começar a adotar causas para preveni-los, manifestando-se em oposição, prática esta conhecida como “medicina defensiva”.

A escolha desse tema foi motivada pela inquietação da autora deste trabalho, que tem anterior formação jurídica, com o crescente receio esboçado por professores e outros médicos em serem réus em processos judiciais e o aconselhamento sobre a prevenção dessa desagradável circunstância.

A introdução do Eixo Ético-Humanístico na grade curricular desta universidade foi de fundamental relevância, pois incitou a motivação apresentada e introduziu temas indispensáveis para pensar no processo de judicialização da medicina. Insta ressaltar que este trabalho só foi possível de ser pensado e refletido dentro desse contexto de reflexões éticas proporcionado pela egrégia faculdade, bem como a colaboração do Grupo de Estudo, Pesquisa e Extensão em Bioética e Ética Médica – GBEM-FMB-UFBA, no âmbito do qual este trabalho foi desenvolvido. Além disso, igualmente importante, foi a contribuição do Núcleo de Formação Científica para valorização dos trabalhos no gênero similar ao aqui desenvolvido.

Ademais, esperamos que este trabalho interesse não só aos profissionais da área da medicina, mas que repercuta além deles, em uma perspectiva ampla e humanística no campo da saúde, visto que discutir direitos e responsabilidades envolve uma compreensão cidadã sobre conhecimento a respeito de conquistas e possibilidades de pleiteá-las.

A presente monografia teve por **objetivo geral** discutir as possíveis causas do processo de judicialização da relação entre médico e paciente, sem formulação de juízo valorativo enquanto fato positivo ou negativo, e com base na reflexão sobre bioética e ética médica.

O presente estudo então seguiu ao estudo das seguintes causas, eleitas por conveniência da pesquisa mediante leitura anterior a referenciais teóricos concernentes à temática específica da teorização em bioética e da judicialização em medicina: modificação histórica do perfil da relação entre médico e paciente, a expectativa de cura do enfermo, a ampliação dos direitos humanos, a judicialização das questões sociais. Também assim, realizou uma breve reflexão sobre as consequências do processo de judicialização da relação entre médico e paciente, destacando a temática da responsabilidade médica, com base no Código de Ética Médica.

A **metodologia** adotada foi o estudo hipotético-dedutivo, desenvolvida a partir de reflexão teórica para escrita monográfica, de natureza qualitativa. Deste modo, através de leituras a referenciais teóricos específicos, realizou-se inicialmente uma revisão bibliográfica, com estudos na doutrina em humanidades e saúde, bem como normas administrativas ético-disciplinares, legislações e jurisprudências sobre a prática médica, todos acessíveis por meio impresso ou eletrônico, conforme a conveniência da pesquisa. A busca se realizou em indexadores e bibliotecas de universidades públicas e privadas, para seleção de artigos atuais que abordassem a temática com o devido rigor teórico e científico.

Anterior à abordagem do tema específico deste trabalho, imperioso se fez apresentar as mudanças históricas pelas quais passou a relação entre médico e paciente, para compreensão teórica do exercício da autonomia, com a finalização do primeiro capítulo abordando a expectativa de cura que pode vir a portar o paciente, em uma perspectiva freudiana da relação transferencial.

Posteriormente, no segundo capítulo são feitas considerações sobre a ampliação dos Direitos Humanos, o acesso à justiça e a judicialização das questões sociais, seguidas no capítulo terceiro, que traz a caracterização da responsabilidade civil do médico com as suas implicações ético-legais.

Também assim, são discutidas as diferenciações teóricas entre erro médico e iatrogenia, e algumas questões pontuais sobre a responsabilização médica. Essas análises estão restritas ao necessário para consecução do objetivo almejado, de maneira que este trabalho reconhece a necessidade de estudos posteriores mais aprofundados.

Espera-se que esse trabalho contribua para o estado da arte sobre o tema e que seja objeto de primeiro contato teórico para trabalhos subsequentes desta aluna.

1. A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE

A compreensão da relação entre médico e paciente, seu histórico e suas peculiaridades, é fundamental para o estudo sobre as possíveis causas precursoras da judicialização da medicina, a partir do século XIX. O entendimento dessa relação auxilia no processo de contextualização da discussão acerca das possíveis causas que levam os pacientes a ingressarem em juízo, exigindo eventuais reparações a danos sofridos, sejam eles materiais ou morais.

Este tema envolve, ainda, a análise da responsabilidade médica e suas implicações perante o direito à saúde, discutido em ações por erro médico. Isto porque, parte-se da hipótese de que uma relação deficitária pode vir a gerar insatisfações dos pacientes e o aumento de litígios judiciais. Faremos então um breve histórico da relação entre médico e paciente, tendo com paradigma a história ocidental.

1.1. BREVE HISTÓRICO: DA MEDICINA MÍTICA À PERSPECTIVA POSITIVISTA DO SÉCULO XIX

O homem não dispo de meios técnicos para explicar racionalmente os fenômenos, atribuía-os aos deuses e aos elementos da natureza. Com a Medicina não foi diferente, antes de Hipócrates, predominava a visão mágico-religiosa, segundo a qual a Medicina era regida pelo sobrenatural e pelo fantástico, conforme aponta Gottschall (2007):

Ciência e religião misturavam-se, e sacrifícios serviam para transferir poderes. Nessa época de domínio mítico, não havendo percepção da relação entre causa e efeito para explicar fenômenos (pré-lógica), todo sofrimento, cura ou erro era atribuído a vontade de deuses, e por isso, o médico - sempre um feiticeiro ou sacerdote, um intermediário entre homens e deuses - não respondia a responsabilidades nem sofria sanção, já que executava a vontade de espíritos que governavam atos vitais.

Neste sentido, o papel do médico era fazer a intermediação entre o paciente e os deuses de modo que o doente alcançasse a cura por seu próprio esforço, ao conseguir a graça dos deuses para a cessação de sua enfermidade.

Ao tempo em que se modificava gradualmente a perspectiva mítica na prática médica, se introduzia o pensamento racional de Hipócrates, considerado o pai da Medicina. Esse introduziu o pensamento racional ao campo do saber médico. Desse modo, segundo Beier & Iannotti (2010), “O acontecimento mais importante da história da medicina foi o nascimento da Medicina como um saber técnico, como *téchneiatriké* ou *ars medica*.”.

Hipócrates atribuiu à doença múltiplas causas, a exemplo do estilo de vida, alimentação e meio ambiente, desvinculando o processo do adoecer aos fenômenos sobrenaturais e mágicos, conforme aponta Beier & Iannotti (2010): “A enfermidade é um processo, uma mudança que se desenvolvia no tempo e evoluía a partir de suas causas em um curso natural, poderia ou não aceitar a intervenção da *ars medica*”.

Entretanto, para o Pai da Medicina cabia ao médico um papel importante na resolução da enfermidade, devendo estimar seu paciente e não lhe infligir nenhum mal, como se observa no trecho que ficou consagrado como “Juramento Hipocrático”: “Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém.” (CREMESP, 2001).

Com isso, a Medicina gradativamente desvinculou-se da religião, o que lhe conferiu caráter mais racional e objetivo, conforme as autoras supracitadas:

Rompendo com a mentalidade mítica, ele apresenta a arte de curar como puramente humana, em cuja estrutura está a necessidade e a razão. A assistência médica ao enfermo possui essencialmente uma dimensão ética. A medicina resultante dessa dimensão é necessariamente moral e humana e, deste modo, natural e semelhante à natureza do homem; podendo-se também afirmar que é sobretemporal (Beier & Iannotti, 2010).

A relação entre médico e paciente, sob a perspectiva hipocrática, era marcada pelo paternalismo médico, tendo em vista que ao profissional da Medicina cabia a decisão a respeito do que acreditava ser o melhor para o doente (Lopes, 2009). Deste modo, ao paciente não eram necessariamente oferecidas possibilidades de escolha sobre a condução do tratamento, visto que lhe competia compreender o que considerava melhor ao paciente, similar à figura paterna conforme afirma o médico Marques Filho (2011):

Durante praticamente toda a história da Medicina, a relação médico-paciente ocorreu de forma assimétrica e monótona, seguindo os pressupostos hipocráticos, segundo os quais o médico tinha o dever de beneficiar seu paciente, protegendo-o em todos os sentidos, até mesmo da verdade e da dura realidade, como um pai faz com seu filho, no velho modelo conhecido como paternalismo.

Esse contexto da referida relação conduz à reflexão do que se denomina “assimetria” na relação entre médico e paciente, na medida em que aponta a superioridade do médico em relação ao paciente, tal como explicita o filósofo Silva (1998): “o paternalismo é o resultado do caráter assimétrico da relação médico-paciente, caracterizada pela fragilidade do paciente e pela força do médico”.

Neste sentido, depreende-se a sua fragilidade que, agravada devido à condição de doença, o deixava vulnerável, o que reduz sua autonomia.

A ética hipocrática influenciou o cristianismo, ideologia dominante durante a Idade Média. Durante esse período, o poder e a riqueza estavam nas mãos da Igreja Católica, que detinha as ciências sob sua direção e patrocínio (Bertrand, 2004). Durante essa época, o conceito de doença estava associado ao pecado e as epidemias, como um castigo de Deus para as transgressões religiosas de toda a humanidade. Para serem curados, acreditava-se que os pacientes deveriam se purificar de suas faltas a partir da vivência de acordo com os dogmas religiosos, conforme leciona Gottschall (2007): “Na Idade Média, doenças, pestes e epidemias eram consideradas desígnios e castigos divinos (...) a ética medica manteve o conceito de beneficência ao paciente, só sendo infringida por condutas que afrontassem princípios cristãos e bíblicos, e não por processos.”.

Surgiram, nesse período, os precursores dos hospitais que, ligados às instituições religiosas, tinham por finalidade a busca pela salvação da alma e conferir um conforto aos doentes moribundos. Não havia uma relação entre médico e paciente nos moldes atualmente delineados. Os doentes mais pobres iam para o hospital para aguardar o momento de seu óbito:

No século VI, surgiu o monasticismo criado por São Bento e com ele a medicina monástica ao redor dos conventos, e também os barbeiros-cirurgiões. Paulatinamente, os monges médicos foram proibidos de afastar-se dos mosteiros para não sucumbirem a tentações mundanas, e os pacientes começaram a ir até eles. Foi a origem dos hospitais medievais, por muito tempo apenas imundos depósitos de doentes desenganados (Gottschall,2007).

O papel dos hospitais era significativamente diferente dos dias atuais. O paciente neles não buscava necessariamente a cura das suas enfermidades, mas um local para descanso até o seu óbito, o que fazia parte das obras da Igreja. Desse modo, o papel do médico era paliativo e secundário aos desígnios de Deus e da fé.

Segundo Le Goff (2007), na Idade Media aconteceram eventos que também influenciaram a prática médica:

(...) três acontecimentos vão mudar tudo, completamente, na vida da sociedade (...) a ciência faz extraordinários progressos, começam a ser construídas e utilizadas de maquinas cada vez mais eficientes e são inventadas técnicas de produção cada vez mais rápidas. (...) Finalmente, há as revoluções políticas.

Uma das grandes iniciativas para o desenvolvimento da ciência foi conferida por estudiosos que tentaram dissociar a Medicina da religião, conforme explicita o autor Ismael (2005), ao referir-se a Veságlgio e sua preocupação a respeito da dissociação da Medicina à religião:

Sua autobiografia, publicada após sua morte é um retrato vívido da medicina europeia progressiva do seu tempo, voltada para a preocupação em buscar alternativas científicas de tratamento clínico e cirúrgico longe da magia, superstições e embustes que ainda a mantinham acorrentadas a idade média e que anulavam qualquer traço de individualidade do paciente, freando, portanto, a sua valorização como pessoa.

O autor supracitado, também cita a contribuição de Harvey para a revolução do saber médico, com a descoberta da circulação do sangue:

Embora outros médicos já tivessem mencionado o assunto em seus estudos, a elaboração não apenas da teoria mas a comprovação morfológica e experimental da circulação do sangue por Harvey criou uma nova Era no pensamento humano: a da experimentação clínica. Harvey legou para história da medicina o raciocínio lógico (Ismael, 2005).

Além disso, a ideologia cristã foi substituída pelas ideias iluministas, numa nova fase histórica: a Idade Moderna. A humanidade passou a ocupar o centro do universo e houve a valorização do indivíduo singularmente considerado, conforme nos ensina Reis (2005):

O projeto moderno, articulado pelo Iluminismo, vê a história como “espírito universal”- um centro-consciência-interioridade em avanço, um núcleo subjetivo e lógico que se exterioriza e retorna a si, integrando-se e concentrando-se progressivamente, tomando consciência de si. A história é a marcha do espírito em busca da liberdade; é uma construção de um sujeito singular-coletivo e consciente - a humanidade-, em busca da liberdade, isto é, do seu centro, da consciência consigo mesmo.

Nesse período, desenvolveu-se a ciência baseada na racionalidade, consoante o mesmo autor:

O projeto moderno iluminista é profundamente otimista: crê na Razão e em seu poder de sempre ver claro e de construir um mundo histórico-social segundo seus parâmetros. A história é considerada construção e realização da subjetividade universal, um processo racional, inteligível. Seu desfecho é previsível: a vitória da Razão que governa o mundo (Reis, 2005).

Nesse contexto, a Medicina foi desenvolvida em bases mais racionais e lógicas e o paciente passou a ser, gradativamente, considerado um indivíduo singular, com consciência de si e de sua doença.

O próprio espaço hospitalar sofreu mudanças. Ele passou a ter finalidade terapêutica e houve o início do que posteriormente se conheceria por modelo hospitalocêntrico, com importância significativa da figura do médico. Esse, detentor do conhecimento propiciado pelos avanços, tinha a si conferido grande poder, conforme Foucault (1979):

Essa inversão das relações hierárquicas no hospital, a tomada de poder pelo médico, se manifesta no ritual de visita, desfile quase religioso em que o médico, na frente, vai ao leito de cada doente seguido de toda a hierarquia do hospital: assistentes, alunos, enfermeiras, etc. Essa codificação ritual da visita, que marca o advento do poder médico, é encontrada nos regulamentos

de hospitais do século XVIII, em que se diz onde cada pessoa deve estar colocada, que o médico deve ser anunciado por uma sineta, que a enfermeira deve estar na porta com um caderno nas mãos e deve acompanhar o médico quando ele entrar, etc.

A Medicina acompanhou a evolução histórica recebendo a influência do paradigma positivista. Esse ramo do saber buscou pela racionalidade estudar os fenômenos de forma objetiva de acordo com a realidade posta. Conforme ensinam Tesser & Luz (2002): “Assim, (...) a realidade supostamente objetiva da doença se manifestaria através dos ‘dados objetivos’ obtidos de maneira sistemática, seja das pesquisas científicas, seja de cada doente.”.

Conforme anteriormente visto, o hospital passou a ter gradativamente modificada a sua função, fato que contribuiu para essa transformação do saber médico, conforme afirma o filósofo Foucault (1979):

(...) com a disciplinarização do espaço hospital que permite curar, como também registrar, formar e acumular saber, a medicina se dá como objeto de observação um imenso domínio, limitado, de um lado, pelo indivíduo e, de outro, pela população. Pela disciplinarização do espaço médico, pelo fato de se poder isolar cada indivíduo, colocá-lo em um leito, prescrever-lhe um regime, etc., pretende-se chegar a uma medicina individualizante. Efetivamente, é o indivíduo que será observado, seguido, conhecido e curado. O indivíduo emerge como objeto do saber e da prática médicos. Mas, ao mesmo tempo, pelo mesmo sistema do espaço hospitalar disciplinado se pode observar grande quantidade de indivíduos. (...) o indivíduo e a população são dados, simultaneamente, como objetos de saber e alvos de intervenção da medicina, graças à tecnologia hospitalar.

A partir de então, a prática médica passou a ser desenvolvida de forma individualizada entre médico e doente. A organização do hospital em categorias de doenças e sintomas, assim como o seu registro, propiciou o desenvolvimento do saber e conseqüentemente do poder médico.

Aliado a isso houve também a fragmentação da observância do corpo do paciente segundo as diversas especialidades emergentes o que passou a alterar, substancialmente, a relação entre médico e paciente. Segundo Tesser & Luz (2002), o ingresso da tecnologia provocou um distanciamento entre médico e paciente e tornou mais objetiva uma relação que tem com característica singular a subjetividade e individualidade do doente:

(...) essa perspectiva reforça a ênfase, hoje vigente, no uso de tecnologia biomédica dura (materializada em equipamentos diagnósticos e terapêuticos interpostos entre o médico e o doente), obscurece a importância da relação médico-paciente, secundariza a terapêutica em favor do diagnóstico e submete os médicos a um racionalismo e a um objetivismo excessivos, induzindo, por fim, os não enquadráveis a uma *via crucis* pelas especialidades médicas. (...) Este está “esquartejado” epistemologicamente por síndromes e doenças de aparelhos orgânicos (e especialistas) bem separados por uma fisiologia e fisiopatologia biomecânica que sabe muito de

patologias, microorganismos, moléculas, órgãos, tecidos e sistemas do corpo e pouco das ligações e inter-relações sutis e complexas entre tudo isso e a vida vivida do doente.

Desse modo, o paciente, por vezes, era observado como objeto do conhecimento médico em detrimento da ideia de sujeito, tal como explicita o filósofo Silva (1998): “(...) o cuidado prestado anula a pessoa, que é objeto, dando-se uma passagem despercebida do saber ao poder, de consequências lamentáveis, pois a pessoa chega a ser apagada como individualidade singular.”.

1.2. O SURGIMENTO DA BIOÉTICA E A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE

O advento do método científico, segundo a perspectiva positivista, representou uma busca pela consolidação das ciências empíricas. Isso resultou na oposição entre ciências humanas e empíricas, o que trouxe consequências, conforme afirma Nunes & Nunes (2004):

No momento em que as ciências empíricas se distanciaram das ciências humanas, perderam a capacidade de percepção e auto-reflexão sobre si mesmas, perderam a capacidade de auto-crítica e principalmente a possibilidade de gerar sentido em suas atividades.

Essa perda da capacidade de percepção e auto-reflexão, juntamente com outras circunstâncias, geraram alguns fenômenos relacionados, como por exemplo: o avanço no conhecimento científico foi alcançado, muitas vezes, à custa de atrocidades cometidas aos seres humanos, como ocorreu no Nazismo, e sem levar em conta os preceitos éticos mínimos quanto à experimentação e conduta face aos semelhantes. Começou-se a perceber, então, a necessidade de impor limites ao avanço científico em prol da sobrevivência da espécie humana.

Assim, com as atrocidades cometidas durante o Nazismo, foi possível evidenciar que o ser humano não deve ser submetido a tornar-se um meio de pesquisas atentatórias a sua dignidade, e mais, não pode ser submetido a qualquer tratamento ou intervenção médica caso não manifeste seu consentimento. Dentro desse contexto, então, surge a formalização do princípio da autonomia no pós-guerra, o qual será abordado mais adiante.

Não obstante a elaboração e publicação do Código de Nuremberg, a ocorrência de fatos que significavam dilemas e problemas éticos persistiam, e suas análises críticas consistiram em marcos teóricos para a emergência da bioética. Em 1962, a divulgação do artigo “Eles decidem quem vive, quem morre”, de Shana Alexander, denunciou o que, em Seattle, ocorria: não havendo máquinas de diálises suficientes para atender a demanda dos

renais crônicos, no intuito de selecionar aqueles que seriam submetidos ao tratamento e, portanto, que iriam continuar vivendo, foi criado o Comitê de Seattle, que definia com base em critérios não médicos os pacientes que seriam tratados (Diniz & Guilhem, 2005).

Em junho de 1966, Henry Beecher publicou no *New England* um artigo sobre o modo pelo qual as pesquisas com seres humanos eram realizadas. Ele relatou que os erros éticos aumentaram em números e em diversidade, como, por exemplo, não informação sobre a participação no estudo e não explicação sobre os riscos relacionados aos experimentos. Foram examinados 100 estudos dentre as melhores revistas, dos quais um quarto deles violavam evidentemente os preceitos éticos (Beecher, 1966).

Segundo mesmo autor, de uma análise mais detalha de 50 artigos apenas em 02 deles o consentimento estava presente. Além disso, alguns desses estudos utilizaram indivíduos em situações de vulnerabilidade e outros não utilizaram a terapêutica padrão já cientificamente reconhecida.

Ao final do artigo, Henry Beecher afirma a necessidade do consentimento para realização dos estudos e da informação dos riscos que os experimentos podem ocasionar, bem como a não aceitação de progresso científico para justificar a agressão aos preceitos éticos.

Outro marco ocorreu em 1970, com pesquisa da sífilis em Tuskegee realizada pelo Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos. Foram selecionadas 400 pessoas negras com a referida doença, que não receberam tratamento, embora tivesse sido disponibilizado para o cuidado de sua enfermidade a partir de meados da pesquisa, sob o argumento de que essa buscava estudar a evolução natural da sífilis. Além disso, não informaram aos participantes que estavam submetidos ao experimento (Diniz & Guilhem, 2005).

Nesse contexto, a Bioética surge na década de 70 na tentativa de realizar uma análise crítica e possibilitar uma discussão, com base em preceitos filosóficos, das ações realizadas pelas ciências naturais, principalmente a Medicina, conforme nos ensina Neves (1996):

Na confluência do avanço científico-tecnológico e da nova mentalidade encontramos a crise do progresso como essencialmente positivo e a intensificação do questionar da ciência. Contraria-se, assim, o otimismo científico, Comum nos anos 50, e que então permitiu novos abusos contra a humanidade. Agora, e com uma insistência sempre crescente, pergunta-se não apenas “o que podemos fazer”, mas também “o que devemos fazer”. O imperativo científico (científico-tecnológico) cede progressivamente lugar ao imperativo ético.

O neologismo “bioética” foi atribuído ao oncologista Van Rensselaer Potter que o empregou num sentido mais abrangente da concepção biomédica, segundo Nunes & Nunes (2004):

Em 1970, o oncologista americano Van Rensselaer Potter cunhou o neologismo Bioética para expressar uma nova ciência que deveria ser o elo de ligação entre as ciências empíricas e as ciências humanas, mais especificamente a ética. Essa união teria como finalidade a preservação da vida no planeta, visto que o desenvolvimento científico sem sabedoria poderia por em risco a própria vida na terra.

Na mesma época, Andre Hellegers, pesquisador estadunidense, empregou o termo Bioética como um novo ramo do saber, de modo que esta teria assim duas origens, conforme menciona Diniz & Guilhem (2005):

(...) a bioética teria tido seu nascimento em dois locais: na Universidade de Wisconsin, em Madison, com Potter, criador do conceito; e na Universidade de Georgetown, em Washington, com Andre Hellegers, que, diante da existência do neologismo, teria sido o primeiro a utilizá-lo institucionalmente com o intuito de designar uma nova área de atuação, esta que atualmente conhecemos como a bioética.

Nesse período, segundo as autoras supracitadas, também ocorreram fatos que contribuíram para o surgimento desse novo ramo, como a saber: “dilemas morais resultantes dos avanços científicos e a conquista de direitos civis” (Diniz & Guilhem, 2005).

O Relatório Belmont, além de ser um grande marco teórico dessa nova ciência, foi um dos primeiros documentos a enunciar princípios bioéticos. Foram eleitos os princípios do respeito pelas pessoas, da beneficência e da justiça, escolhidos segundo um pensamento moral estabelecido, conforme Diniz & Guilhem (2005):

Os participantes do Relatório de Belmont justificaram a eleição de três princípios éticos, dentre um universo de possibilidade, argumentando que a escolha baseava-se em uma estrutura profunda do pensamento moral. Para eles, os princípios éticos escolhidos pertenciam à história das tradições morais do ocidente, havendo uma relação de dependência mútua entre eles, fato que garantiria sua harmonia quando aplicados.

Segundo as referidas autoras, o princípio do respeito pelas pessoas enuncia dois pressupostos éticos: autonomia dos indivíduos e proteção daqueles que têm sua autonomia diminuída; o princípio da beneficência busca assegurar o bem-estar das pessoas e avaliar a relação risco e benefício para os enfermos e, por fim, o princípio da justiça está relacionado à equidade social (Diniz & Guilhem, 2005).

Em seguida ao Relatório Belmont, o uso de princípios para reflexão a respeito de dilemas éticos surgidos foi consagrado no meio acadêmico através da obra “Principles of Biomedical Ethics”, em 1979, escrita por Tom Beauchamp e James Childress, o que passou a ser denominada academicamente como “teoria principialista”. Além dos princípios citados acima, os autores modificaram o princípio do respeito pelas pessoas por respeito à autonomia e incluíram o princípio da não maleficência. Surgiram, então, os quatro princípios atualmente

mais difundidos na reflexão bioética, que gozam de grande destaque na normatização da ética médica hoje, com influência em diversos diplomas legislativos.

O princípio do respeito à autonomia enuncia que uma pessoa autônoma é aquela que age com liberdade, sem interferências que possam determinar sua decisão. Além disso, deve ter capacidade de autoderminação e decidir de acordo com o que intenciona, segundo afirma Beauchamp & Childress (2002):

Praticamente todas as teorias da autonomia consideram duas condições essenciais: (1) a liberdade (independência de influências controladoras) e (2) a qualidade do agente (capacidade de agir intencionalmente).

Os autores também enunciam três pressupostos para que uma ação seja autônoma e, evidenciam que a depender do grau de concretização dos mesmos, a ação teria mais ou menos essa característica:

Analisamos a ação autônoma em termos dos agentes normais que agem (1) intencionalmente, (2) com entendimento e (3) sem influências controladoras que determinem sua ação. A primeira destas condições da autonomia não é uma questão de grau. Os atos são ou intencionais ou não intencionais. Em contraposição, as condições do entendimento e da ausência de influências controladoras podem ser satisfeitas de modo mais ou menos completo. As ações, portanto, podem ter graus de autonomia, em função dos diferentes graus de satisfação das condições (Beauchamp & Childress, 2002).

Entretanto, para que uma ação seja minimamente autônoma é necessário ao menos grau substancial de entendimento e de liberdade de coerção, conceitos reconhecidamente abstratos pelos próprios autores:

A linha entre o que é substancial ou não com frequência parece arbitrária, e, portanto nossa análise poderia parecer perigosa. Contudo, podemos fixar limites que determinem as decisões substancialmente autônomas à luz de objetivos específicos tais como a decisão significativa. É possível alcançar uma autonomia substancial nas decisões sobre participação em pesquisas e aceitação de intervenções médicas propostas, assim como a escolha autônoma está presente em tudo na vida. Desse modo, os critérios apropriados da autonomia substancial devem ser contemplados em contextos particulares, e não determinados por uma teoria geral do que constitua um grau de autonomia substancial (Beauchamp & Childress, 2002).

Fazendo jus ao nome do princípio, além da ação autônoma, é necessário também o respeito à decisão proferida pelo paciente:

Nessa concepção, o respeito pela autonomia implica tratar as pessoas de forma a capacitá-las a agir autonomamente, enquanto o desrespeito envolve atitudes e ações que ignoram, insultam ou degradam a autonomia dos outros e, portanto, negam uma igualdade mínima entre as pessoas (Beauchamp & Childress, 2002).

Beauchamp & Childress (2002) relacionam o exercício da autonomia com a importância do termo de conhecimento esclarecido, temas sobre os quais será feita uma análise mais detalhada posteriormente:

Uma pessoa autônoma que assina um formulário de consentimento sem lê-lo ou compreendê-lo está habilitada a agir de forma autônoma dando um consentimento informado, mas ela na realidade não fez isso.

Ressaltamos que o princípio do respeito à autonomia é significativo para a perspectiva evolutiva dos Direitos Humanos e da dignidade da pessoa humana, o que será ressaltado adiante.

Outro princípio analisado foi o princípio da beneficência. Para Beauchamp & Childress (2002), esse princípio preceitua que o médico contribua para bem-estar do paciente, em uma ação considerada de modo amplo:

Entenderemos a ação beneficente num sentido ainda mais amplo, de modo que inclua todas as formas de ação que tenham o propósito de beneficiar outras pessoas; (...) e o princípio de beneficência refere-se à obrigação moral de agir em benefício de outros.

Para os autores, há duas espécies de beneficência: a positiva, quando objetiva-se fazer o bem, e a utilidade, quando ocorre ponderação entre riscos e benefícios do procedimento e terapias, conforme ensinam:

Examinaremos dois princípios da beneficência: a beneficência positiva e a utilidade. A beneficência positiva requer a propiciação de benefícios. A utilidade requer que os benefícios e as desvantagens sejam ponderados (Beauchamp & Childress, 2002).

Além desses, Beauchamp & Childress (2002) relatam o princípio da não maleficência, conceituando-o como “obrigação de não infligir dano intencionalmente.” Os autores também o diferenciam do princípio da beneficência, sendo esse uma obrigação de fazer, ato comissivo, e aquele, uma obrigação de não fazer, um ato omissivo:

A beneficência requer que auxiliemos operando ativamente (...) enquanto a não-maleficência requer apenas que intencionalmente nos abstenhamos de executar ações que causam danos (Beauchamp & Childress, 2002).

Beauchamp & Childress (2002) afirmam que o princípio da não maleficência, por vezes, é mais forte que o da beneficência:

(...) em geral, as obrigações de não-maleficência são mais rigorosas que as obrigações de beneficência; e, em alguns casos, a não-maleficência suplanta a beneficência, mesmo que o resultado mais útil seja obtido agindo-se de forma beneficente (2002).

Entretanto, em caso de conflito entre esses princípios e também quanto aos demais, os autores ensinam que é preciso observar o caso concreto, para averiguar qual o mais adequado a situação posta:

Em casos de conflito, a não-maleficência normalmente é prioritária, mas os pesos desses princípios morais-como de todos os princípios morais- varia em cada situação, e, portanto, não pode haver uma *a priori* que determine que evitar danos é preferível a propiciar benefícios (Beauchamp & Childress, 2002).

Por fim, consoante os autores supracitados, o princípio da justiça refere-se a critérios de alocação de recursos para saúde pública e para pesquisa. Entretanto, os próprios escritores alertam que não há um único conceito de justiça que seja capaz de resolver os diversos problemas relacionados a diferentes de culturais e contexto socioeconômico.

Beauchamp & Childress (2002) conceituam justiça distributiva e justificam sua necessidade com base na escassez de recursos:

A expressão justiça distributiva se refere a uma distribuição justa, equitativamente apropriada no interior da sociedade, determinadas por normas justificadas que estruturam os termos da cooperação social.(...) Essa ponderação de alternativas é típica de circunstâncias de justiça distributiva, e tem relação não apenas com os benefícios, custos e riscos agregados das várias alternativas, mas também com sua distribuição na sociedade.

A teoria principialista permanece com sua grande importância como marco teórico na bioética e incitou outros autores a publicarem sobre o tema. Um desses autores foi H. Tristram Engelhardt Junior, que propôs uma teoria alternativa à principialista. A teoria desenvolvida por Tom Beauchamp e James Childress pressupunha uma moral universal e comum a toda humanidade. Engelhardt Junior sugeriu que a moral variava de acordo com diversos fatores, mas não obstante esse fato, aqueles que possuíam a mesma moral, denominados de amigos morais, poderiam conviver em harmonia com os estranhos morais, cuja moralidade é diferente da sua. Esse autor, portanto, distingue duas morais: a moral que pode unir os estranhos morais e aquela que une os amigos morais (Engelhardt Junior, 2004).

Engelhardt Junior (2004) explica o seu propósito no livro Fundamentos da bioética:

A explicação oferecida em Fundamentos da bioética não apresenta uma ética pela qual homens e mulheres podem viver sua vida moral, mas justifica um quadro moral no qual os indivíduos que pertencem a comunidades morais diversas, que não compartilham uma mesma visão moral, ainda podem considerar-se unidos por uma textura moral comum, numa mesma língua moral.(...) Se esse projeto for bem-sucedido, mesmo que os indivíduos não possam descobrir uma ética comum, canônica, completa, haverá um procedimento pelo qual os estranhos morais poderão criar teias de empreendimentos autorizados na saúde.

Neste sentido, o médico pode não concordar com as atitudes do paciente, nem com seus preceitos, mas é aconselhável estabelecer com ele uma diálogo moral que permita desenvolver uma boa relação com respeito aos princípios bioéticos.

Além de modelos alternativos, hodiernamente, a teoria principialista de Tom Beauchamp e James Childress sofre críticas, que entendem que o uso dos mencionados princípio não considera o indivíduo nas suas circunstâncias sociais, bem como as diferentes culturas existentes (Diniz & Guilhem, 2005).

O eminente professor Garrafa (2005) também critica o principialismo, considerando-o insuficiente para as questões envolvendo países em desenvolvimento: “A teoria principialista se mostrava incapaz de desvendar, entender, intervir nas gritantes disparidades socioeconômicas e sanitárias coletivas e persistentes verificadas na maioria dos países pobres do Hemisfério Sul.”

O mesmo autor assinala que a crítica ao principialismo passou a ser uma temática que foi incorporada aos países em desenvolvimento:

(...) além do que chamo de quatro “pés”- prevenção (de possíveis danos e iatrogenias), precaução (frente ao desconhecido), prudência (com relação aos avanços e “novidades”) e proteção (dos excluídos sociais, dos mais frágeis e desassistidos) - para o exercício de uma prática bioética comprometida com os mais vulneráveis, com a “coisa pública” e com o equilíbrio ambiental e planetário do século XXI, começam a ser incorporadas por bioeticistas latino-americanos críticos em sua reflexões, estudos e pesquisas (Garrafa, 2005).

Garrafa também sugere a “bioética de intervenção” para proteger os mais vulneráveis da sociedade: “Esse nova proposta conceitual e prática, denominada ‘bioética de intervenção’, propõe uma aliança concreta com o lado historicamente mais frágil da sociedade(...)”(Garrafa, 2005).

Diniz & Guilhem (2005) também criticam o principialismo por não perceber a fragilidade do indivíduo inserido num determinado contexto social:

O indivíduo idealizado por *Princípios da Ética Biomédica* é um ser humano sem contrapartida no mundo real. Curiosamente, é um sujeito livre das hierarquias e de todas as formas de opressão social (...). Em nome da construção e um modelo teórico passível de universalização, a teoria principialista pressupôs um indivíduo livre de constrangimentos sociais, esquecendo que em contextos de desigualdade social não é possível o exercício pleno da liberdade.

As referidas autoras afirmam, inclusive que o principialismo não contempla as especificidades decorrentes das diversas culturas e dos grupos sociais:

Em nome de um projeto ético comum para todos, as diferenças existentes entre as inúmeras culturas e mesmo dentro dos arranjos sociais de cada cultura foram deliberadamente ignorados (Diniz & Guilhem, 2005).

Buscando concretizar os anseios das críticas, em outubro de 2005, foi aprovada a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, superando a hegemonia dos quatro princípios, com maior representatividade e participação de diversos países.

A declaração enumerou os seguintes princípios: Dignidade humana e direitos humanos, Maximização dos efeitos benéficos e minimização de efeito nocivo, Autonomia e responsabilidade individual, Consentimento, Proteção especial às pessoas que são incapazes de exprimir o seu consentimento, Respeito pela vulnerabilidade humana, Respeito à vida privada e confidencialidade, Igualdade, justiça e equidade, Não discriminação e não estigmatização, Respeito pela diversidade cultural e do pluralismo, Solidariedade e cooperação, Responsabilidade social e saúde, Partilha dos benefícios, Proteção das gerações futuras, Proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade (ONU, 2005).

A Declaração, diferentemente do que apontam as críticas ao principialismo, tem como pressuposto o fato de que os indivíduos não são livres de desigualdades sociais e busca o seu caráter universal da Bioética. Segundo Diniz & Guilhem (2005), o referido diploma abrangeu a necessidade de perceber a fragilidade do indivíduo inserido num determinado contexto social, em contraposição ao principialismo, bem como a declaração buscou contemplar as especificidades decorrentes das diversas culturas e dos grupos sociais, contrapondo-se ao universalismo.

Para consecução do objetivo deste trabalho é preciso fazer algumas considerações específicas a respeito dos princípios da beneficência e da autonomia, não pertinente no delineamento histórico.

O princípio da beneficência é correlato ao princípio da maximização dos efeitos benéficos e minimização dos efeitos nocivos, conforme podemos depreender do comentário de Trindade *et al.* (2007):

O princípio bioético da beneficência consiste na obrigação moral de se agir em benefício de outros. A procura por fazer o bem está na essência do juramento hipocrático; o médico deve empenhar-se em proporcionar a atenção mais adequada possível ao paciente e em protegê-lo diante de qualquer possibilidade de dano ou injustiça. A beneficência, no entanto, quando exagerada, transforma-se em paternalismo, uma extrapolação de limites motivada por boas intenções.

Desse modo, compreende-se que cabe ao médico proporcionar o maior bem possível ao seu paciente, mas sem deixar de respeitar sua autonomia. Nestes termos o questionamento

que se faz é a quem cabe decidir sobre qual é o maior bem possível? Segundo compreende-se a partir da mesma reflexão, é possível que o procedimento ou o tratamento que o profissional considera ideal não seja o mais adequado ao paciente ou considerado, por esse, um bem. Assim, os princípios da autonomia e da beneficência devem caminhar em harmonia, de modo a se valorizar as considerações dos pacientes a respeito das decisões em seu corpo. De todo modo, segundo afirmam Trindade *et al.* (2007), a valorização do princípio da beneficência em detrimento do princípio da autonomia conduz a prática médica ao modelo da Medicina tradicional hipocrática, paradigma ultrapassado.

Além da beneficência, o princípio da autonomia, segundo Diniz & Guilhem (2005), “(...) sugere que o pré-requisito para o exercício das moralidades é a existência de uma pessoa autônoma”. Esse princípio foi de suma importância para valorização do paciente e das mudanças ocasionadas na relação entre ele e o médico, e remonta aos ensinamentos do filósofo Kant (2005), em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, para o qual o imperativo categórico estende-se igualmente a todas as pessoas, e fundamenta-se na natureza do ser livre e racional. Deste modo, cada sujeito tem a capacidade de determinar a própria direção de sua vida segundo a sua razão, e violar essa autonomia seria tratá-lo como meio, e não como fim (Marques Filho, 2011).

Esse pensamento filosófico foi retomado na atualidade para o reconhecimento do direito a liberdade, portanto, da valorização da autonomia do paciente, uma grande conquista advinda da sua condição de sujeito, embora ainda com difícil visibilidade prática. Portanto, o princípio da autonomia busca ainda assegurar ao paciente a determinação a respeito das decisões sobre seu corpo e qual o rumo que ele deseja no decurso do processo de adoecimento e tratamento. Neste sentido, sua dignidade e seu direito de decidir autonomamente devem ser preservados, cabendo ao médico respeitar a decisão tomada por aquele, bem como valorizar as opiniões e preceitos do enfermo, aquilo que acredita ser o melhor para si.

É aconselhável que o saber técnico do médico não se sobreponha à resolução do paciente. Cabe ao profissional de saúde esclarecer na linguagem do enfermo, conferindo o máximo de conhecimento teórico possível, mas não objetivar imposição de uma conduta, tratamento ou procedimento.

Além disso, segundo os princípios assinalados, as peculiaridades de cada doente devem ser consideradas. Sua individualidade deve ser respeitada e sua história psicossocial valorizada, pois são também relevantes para o diagnóstico e tratamento.

Entretanto, para que o paciente possa exercer sua autonomia na sua relação com o médico, alguns requisitos podem ser extraídos da Declaração Universal sobre Bioética e

Direitos Humanos: o paciente deve assumir a respectiva responsabilidade e respeitar a autonomia dos outros (ONU, 2005). Tais requisitos são importantes, conforme dispõe Trindade *et al.* (2007):

Não respeitar a autonomia de uma pessoa significa tratá-la como um meio, de acordo com os objetivos dos outros, inclusive do agente da ação, sem levar em conta os objetivos da própria pessoa. Os sentimentos e preocupações para com os outros levam as pessoas a ações que não podem ser reduzidas à mera obediência a princípios e regras.

Ademais, há entendimento no sentido de excepcionar a autonomia do paciente nas situações nas quais este não possa exprimir sua vontade e nas situações de iminente risco de morte, como urgência e emergência. Vale ressaltar que se trata de uma exceção, e não um procedimento a ser adotado em toda e qualquer circunstância.

Assim, é pertinente ao médico respeitar a autonomia do paciente, observando as significativas exceções expressamente previstas também em normatizações do campo da Ética Médica. Nas demais circunstâncias, nas quais o paciente possa determinar o que considera melhor para si, o médico deve agir de acordo com o desejo do enfermo.

Tais exceções ocorrem nas situações que implicam em risco de morte ou que, por algum motivo, o indivíduo não possa exprimir sua vontade, conforme dispõe o Código de Ética Médico no Brasil:

É vedado ao médico:

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

(...)

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

É vedado ao médico:

Art. 31º – Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte (CFM, 2010).

Arelado à autonomia do paciente está o exercício do consentimento livre e esclarecido, que deve ser escrito e bem informado. Segundo Biondo-Simoes *et al.* (2007), “é agora uma pré-condição ética e legal na prática médica, e o princípio ético do respeito pela autonomia das pessoas requer que elas saibam as opções de tratamento, entre as quais pode escolher.”. Neste sentido, compreende-se que, através deste documento, o paciente manifesta sua anuência em relação ao procedimento e tratamento a serem realizados, após esclarecedora informação médica a ele dispensada. Isto significa que a colheita da assinatura do termo é

uma das fases dentre todo o decurso de esclarecimento ao paciente da sua condição e as possíveis circunstâncias de tratamento.

Assim, a colheita do termo de consentimento é também, em tese, uma forma de garantia e prova do cumprimento, pelo médico, do respeito à liberdade do paciente, e de sua autonomia. Cabe ressaltar que a função primordial do termo de consentimento é a proteção do paciente e, por via de consequência, da relação que é estabelecida com o médico.

Entretanto, não é possível assegurar que o escrito ou explicado no termo é compreensível ao paciente e a pretensa função desse instrumento pode não ser, de fato, cumprida, conforme nos ensina Biondo-Simoes *et al.* (2007):

A informação deve ser prestada de acordo com a personalidade, o grau de conhecimento e as condições clínicas e psíquicas do paciente, abordando dados do diagnóstico ao prognóstico, dos tratamentos a efetuar, dos riscos conexos, dos benefícios e alternativas, se existentes. Quanto à forma de fornecimento das informações, pode ser oral ou por escrito, desde que haja certeza da compreensão dos dados, por ser elementar para a validade do consentimento. Entretanto, considerando a diversidade dos indivíduos quanto ao grau de entendimento e ainda quanto à situação, muitas vezes constrangedora, do paciente em dizer que não entendeu, fica-se sempre com a incerteza do quanto o documento atingiu o objetivo de permitir ao paciente saber o tipo de tratamento ou mesmo de pesquisa a que está se submetendo.

De todo modo, ainda sob o risco de não cumprimento efetivo do objetivo do respeito ao consentimento, depreende-se que todas as decisões em relação à condição de saúde do paciente carecem de ser consentidas e previamente autorizadas por ele. Cabe ao médico, então, esclarecer com uma linguagem acessível e compreensível ao paciente todas as possíveis consequências de cada procedimento a fim de que esse tenha condições de tomar a decisão que considerar melhor para si. Deste modo, observa-se a importância na partilha, entre médicos e pacientes, das informações acerca da condução do tratamento ou até mesmo a possibilidade da negativa de sua continuidade.

O direito de informação é um direito assegurado ao paciente previsto no inciso XIV do artigo 5º da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

Esse direito também é comentado na literatura, segundo depreendemos do que explicita Ceneviva & Silva Junior (2008):

O paciente tem o direito de saber sobre a sua doença e, salvo nos casos de crianças ou pacientes incapacitados de decidir, os familiares têm o mesmo direito se o paciente concordar em dividir algo de sua privacidade. Por outro lado, o médico tem o dever de informar ao paciente o seu diagnóstico e as possibilidades terapêuticas com as sequelas esperadas. (...) O paciente tem direito a atendimento humano, atencioso e respeitoso por parte, não somente do médico, mas de todos os profissionais de saúde e deve ser atendido em

local digno e adequado. (...) O paciente tem direito a informações claras, simples e compreensivas, adaptadas à sua condição cultural, sobre as ações diagnósticas e terapêuticas, o que pode decorrer delas, a duração do tratamento e a sede de sua doença.

O consentimento pode ser manifestado pelo Termo de Consentimento Livre e Esclarecido ou pode ser manifestado de modo tácito. Entretanto, deve estar registrado no prontuário de modo a explicitar a anuência do paciente. É esse também o entendimento da jurisprudência brasileira, conforme Marques Filho (2011):

Estudos recentemente publicados demonstram que a jurisprudência dos tribunais brasileiros é no sentido de reconhecer o dever do médico de informar o paciente, podendo a informação ser registrada em um termo formal ou no prontuário médico, documento reconhecido como fundamental na formalização dos atos médicos comunicados ao paciente e bem descritos quando praticados. Pode-se dizer por esses estudos que não há uma exigência do termo formal de consentimento, mas a obrigatoriedade da informação devida ao paciente (2011).

Consoante notícia “CFM estuda recomendações sobre consentimento livre e esclarecido” publicada em 03 de maio de 2012 no sítio eletrônico do Conselho Federal de Medicina - CFM, membros da Câmara Técnica de Bioética estão empenhados na elaboração de recomendações gerais para o termo de consentimento livre e esclarecido (CFM, 2012).

Portanto, mais do que uma prática relacionada à medicina defensiva, sobre a qual falaremos em momento oportuno, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido representa a concretização do direito de informação. Ele deve estar em uma linguagem clara e precisa, de acordo com o grau de compreensão do paciente, com os conceitos técnicos devidamente explicados para que esse possa ter todos os meios necessários à escolha do seu tratamento e possa compreender as consequências de cada procedimento.

Conforme discutido e mencionado acima, com o advento das reflexões acadêmicas e científicas sobre Bioética, valorizou-se mais os aspectos subjetivos e singulares de cada indivíduo no campo biomédico. No campo da pesquisa surgiram normas regulamentadoras com o intuito de coibir os estudos ultrajantes com seres humanos e na relação médico-paciente passou-se a valorizar a humanização da Medicina na medida em que se conferiu ao paciente o respeito à sua condição de sujeito autônomo.

Além disso, buscou-se a compreensão do paciente como um todo orgânico e harmônico, não dividindo-o, no exercício da relação, em sistemas isentos de subjetividade.

1.3. A RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE E A EXPECTATIVA DE CURA DO PACIENTE

A relação entre médico e paciente é permeada por particularidades. Dentre elas há os aspectos psicológicos do paciente e do médico, que compõem a possível relação transferencial estabelecida, o que acarreta influência significativa na relação.

A enfermidade desencadeia mudanças significativas no estado psíquico do paciente e provoca repercussões no seu cotidiano. Isso porque, segundo Ceneviva & Silva Junior (2008), o adoecer implica tensão emocional decorrente da instalação da doença orgânica, sobretudo se associada à necessidade de hospitalização, o que modifica significativamente a vida do paciente.

Além dessa vulnerabilidade intrínseca, para Marques Filho (2011) “alguns indivíduos são afetados por diversas circunstâncias desfavoráveis, que os tornam ainda mais vulneráveis. As doenças graves colocam em risco a própria integridade do ser humano.”. A própria mudança de ambiente em que recebe os cuidados provoca impacto na vida do paciente:

No hospital fica à mercê de condutas adotadas pela equipe que o atende e as normas que envolvem a rotina hospitalar relativas a horários, exames, visitas, mudanças nos hábitos, na roupa e na alimentação, inibindo suas iniciativas e passando a depender mais explicitamente dos outros. A doença costuma levar o doente a um estado de regressão, com fantasias e expectativas próprias da época em que era criança.(...) (Ceneviva & Silva Junior, 2008).

Devido a essas vulnerabilidades, a capacidade de autodeterminação e a autonomia do doente ficam mitigadas. É aconselhável, então, que o médico compreenda tal situação e aja com o paciente aplicando seus conhecimentos em ética médica e sobre os princípios bioéticos, na tentativa de diminuir a assimetria da relação.

Nessas circunstâncias, o médico é visto como um modelo paternal, capaz de solucionar a enfermidade do doente e devolver-lhe sua integridade física, psíquica e emocional. Com isso, ocorre o fenômeno denominado por Freud de “transferência”:

O médico é geralmente visto pelo paciente, na situação de regressão, como uma figura paternal poderosa e onipotente, fenômeno conhecido como transferência que, em função de sentimentos contraditórios, pode ser positiva ou negativa, variando de extrema dependência até a hostilidade (Ceneviva & Silva Junior, 2008).

A transferência, então, é o resultado do estado de fragilidade e vulnerabilidade em que se encontra o doente, o qual se sente frágil e impotente frente à enfermidade. Ele procura algo

em que possa confiar e depositar seus medos, anseios, expectativas; procura principalmente uma proteção para entender sua debilidade e por a esperança de resolução da situação de inferioridade e lhe devolver sua integridade física e mental. Desse modo, o médico é considerado, pelo paciente, do ponto de vista psicodinâmico, como total responsável pelo seu estado de saúde.

Esse fenômeno provoca uma série de sentimentos nem sempre associados à pessoa do médico singularmente considerado, o que pode auxiliar ou atrapalhar a relação desenvolvida, bem como a terapêutica:

No calor transferencial, alimentado pelo amor, pelo ódio ou pelo desprezo, o paciente extravasa, o mais das vezes indiretamente, sua carga afetiva obstruída pela repressão. Essa disponibilidade repetitiva é típica da criatura humana. Há em todos nós um anseio constante de expansão. Não somente na relação analista-paciente, que é uma situação *sui generis*, mas também na *práxis* médica em geral, e na convivência cotidiana as criaturas humanas repetem, de maneiras disfarçadas, inconscientemente, ora os anseios de amor e de carinho, no jogo do dar e receber, que se originam de Eros, personificação mítica da energia vital e dos instintos libidinosos, ou então reproduzem, isolada ou concomitantemente com os impulsos eróticos, os sentimentos que provêm de Tánatos, a divindade grega que simboliza o instinto de morte, mola-mestra da hétero e da auto-agressão (Martins, 1993).

Assim, faz-se necessário diferenciar a transferência positiva da negativa, nas palavras de Freud (1912):

Temos de nos resolver a distinguir uma transferência 'positiva' de uma 'negativa', a transferência de sentimentos afetuosos da dos hostis e tratar separadamente os dois tipos de transferência para o médico. A transferência positiva é ainda divisível em transferência de sentimentos amistosos ou afetuosos, que são admissíveis à consciência, e transferência de prolongamentos desses sentimentos no inconsciente. Com referência aos últimos, a análise demonstra que invariavelmente remontam a fontes eróticas. E somos assim levados à descoberta de que todas as relações emocionais de simpatia, amizade, confiança e similares, das quais podemos tirar bom proveito em nossas vidas, acham-se geneticamente vinculadas à sexualidade e se desenvolveram a partir de desejos puramente sexuais, através da suavização de seu objetivo sexual, por mais puros e não sensuais que possam parecer à nossa autopercepção consciente. Originalmente, conhecemos apenas objetos sexuais, e a psicanálise demonstra-nos que pessoas que em nossa vida real são simplesmente admiradas ou respeitadas podem ainda ser objetos sexuais para nosso inconsciente.

O médico, então, deve estar atento à transferência para compreender os sentimentos e desejos do paciente, admitindo-os como uma decorrência da relação desenvolvida e não como advindo da relação interpessoal. Esse profissional deve observar também a mencionada mitigação da autodeterminação do indivíduo e respeitar o estado emocional do enfermo, na

tentativa de que esse saiba sobre situação de saúde e decidir por si mesmo o que considera melhor.

Ademais, há circunstâncias em que o médico também se envolve no sentimento surgindo o fenômeno complementar a transferência, a contratransferência:

(...) a contratransferência é a transferência do médico para o paciente, o que poderá ajudar ou perturbar o relacionamento profissional. Ajuda, quando essa reação emocional serve de guia para a compreensão do caso, na sua totalidade psicossomática. Perturba, quando a transferência do paciente atinge resíduos infantis não-superados da personalidade do médico, e isto é bem mais freqüente do que em geral se pensa. O que acontece então? O sentimento contratransferencial, em vez de auxiliar, pode ter uma interferência negativa, deformando o raciocínio médico sobre o caso, quase nunca no seu todo, porém no que se refere a determinados aspectos da sintomatologia do paciente. Daí a importância do médico ter resolvidos os problemas básicos de caráter, ao natural, ao longo de seu amadurecimento, como cidadão e como profissional, ou com o auxílio do tratamento psicanalítico. Ademais, nunca será exagerado lembrar a sempre mutável relação médico-paciente, de consulta para consulta (Freud, 1912).

Do mesmo modo que a transferência pode ser positiva ou negativa, a contratransferência também pode ter essas duas faces. O médico deve estar atento para essa relação dialética desenvolvida, na qual os sentimentos e desejos dele também estão presentes. O sucesso da relação entre ele e seu paciente depende do equilíbrio em viver harmoniosamente essa dimensão psicodinâmica. Cabe também ajudar o paciente a enfrentar a situação e tentar, na medida do possível, reconduzir ao foco quando a expectativa do paciente for além do tratamento médico.

Entretanto, por ser uma relação entre duas partes, o médico não conseguirá sozinho sustentar uma boa relação se o paciente não quiser ou assim não desejar. Devido a isso, por mais que esse profissional tenha um comportamento ético e cientificamente correto, a relação será deficitária, gerando insatisfação do enfermo.

Essa relação transferencial coloca sob a responsabilidade de médico a cura almejada pelo paciente. Entretanto, a cura não depende apenas do médico ou do paciente e às vezes a expectativa da cura é frustrada, atingindo a relação entre as partes. Essa expectativa de cura é bem demonstrada por Jaspers (1998):

Alguns doentes não trazem consigo o pressuposto da razão. O doente vai ao médico porque quer, a todo preço, ser tratados. A consulta termina, em todo o caso, com instruções, de acordo com a sua expectativa. A necessidade de um tratamento permanente, a angústia dos que querem ser curados de qualquer coisa, a exigência do médico através de demandas que são irrealizáveis, forçam o desenvolvimento de métodos de tratamento que não são razoavelmente eficazes.

Não é outro o entendimento do psiquiatra Martins (1993):

O paciente, muitas vezes, mostra-se eufórico nos primeiros dias, convicto de que, de agora em diante, a sua vida vai melhorar, porque ele contratou um sujeito para resolver os seus problemas. Sua grande desilusão chegará no instante em que verificar que a solução de seus problemas vai depender dos seus esforços, da sua coragem e das suas renúncia.

Para agir bem quanto a essa expectativa o mesmo autor aconselha:

Com efeito, o paciente precisa sentir, desde o contato inicial, desde o telefonema marcando a primeira consulta, que estamos do lado da parte do seu ego que quer combater a doença, mas, ao mesmo tempo, é de boa técnica conservar certa distância afetiva, a fim de preservar a isenção necessária para o raciocínio crítico, guia seguro para o diagnóstico certo (Martins, 1993).

Conforme demonstrado, o médico também está emocionalmente envolvido com os anseios do paciente, apesar de conhecer as limitações técnicas vigentes a sua prática. Assim, conforme Canguilhem (2005), “(...) para o doente, a cura é o que a medicina lhe deve, ao passo que, para a maioria dos médicos, ainda hoje, a medicina deve ao doente o tratamento mais bem estudado, experimentado e testado até o momento.”.

A expectativa de cura é endossada pela manifestação do saber médico com a utilização da terapêutica adequada, muitas vezes incompreensíveis aos leigos, que podem caracterizá-la como algo sobrenatural ou divino. Quando esse anseio não é satisfeito há uma grande decepção do enfermo, que afeta negativamente a relação estabelecida, conforme nos ensina o autor supracitado:

A cura é a primeira vista o que o doente espera do médico, mas nem sempre o que o doente obtém dele. Há, então, uma decalagem entre a esperança fundamentada, no primeiro, sobre a presunção do poder, fruto do saber, que ele empresta ao outro, e a consciência dos limites que o segundo deve reconhecer em sua eficácia (Canguilhem, 2005).

Desse modo, a obtenção do êxito no tratamento como o restabelecimento da integridade física e mental permeia a relação entre médico e paciente. Todavia, esse profissional de saúde deve sempre explicar ao enfermo sobre as limitações técnicas existentes e ter cuidado para que a subjetividade desse profissional não prejudique sua prática nos moldes preconizados. Cabe ao paciente também compreender o insucesso como algo possível e independente, por vezes, da vontade e da competência do seu cuidador.

2. DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS

Além das hipóteses de falha na relação entre médico e paciente, seja na comunicação, seja no desrespeito aos princípios bioéticos ou na expectativa de cura do doente, para ocorrência da judicialização da Medicina com o conseqüente aumento de ações por erro médico já mencionadas, acredita-se que outras causas devam ser sugeridas, a exemplo da democratização do acesso à justiça e a ampliação dos direitos, com a conseqüente judicialização das questões sociais, sobre as quais será realizada uma breve análise para fins de consecução do objetivo do presente trabalho.

Desse modo, será feita uma sucinta discussão sobre os Direitos Humanos e a ampliação do acesso à justiça, a judicialização das questões sociais, bem como a responsabilidade civil médica e suas implicações ético-legais. Devido a sua importância, essa última será abordada com maior especificidade no próximo capítulo, separadamente.

2.1. DIREITOS HUMANOS E ACESSO À JUSTIÇA

A conquista por direitos está incluída no processo histórico de lutas da humanidade ao longo do tempo. A ampla gama de direitos que se dispõe hoje é o produto da Revolução Francesa, Revolução Inglesa e Revolução Industrial e de outras reivindicações subsequentes. Para fins de melhor compreensão, observa-se que os direitos fundamentais historicamente divididos em direitos de primeira, segunda e terceira gerações, conforme verifica-se a seguir.

A primeira geração de direitos está intimamente relacionada à ascensão da burguesia como classe social emergente durante o absolutismo. Essa classe era detentora de poder econômico, apesar de não gozar de influência política, conforme leciona Zanon Junior (2011):

A primeira geração dos direitos humanos, conforme as bases históricas antes delineadas, consolidou-se na fase de resistência aos poderes dos monarcas absolutistas, em decorrência da luta da burguesia pelas prerrogativas básicas da vida, da liberdade e da propriedade. Esta primeira geração de direitos corresponde às liberdades elementares do homem perante o Estado, expressando contenções à atuação dos governos, de modo a viabilizar que a sociedade civil prossiga com seus desideratos, desde que respeitadas as iguais faculdades dos demais.

A busca pelo ideal de liberdade norteava a luta por esses direitos e impunha ao Estado uma abstenção de condutas contrárias aos interesses individuais. Segundo Humenhuk (2004), esse paradigma dos direitos fundamentais perdurou até o início do século XX, posto que, a partir desse, ingressaram novos direitos fundamentais nesta perspectiva.

Após a garantia dos direitos individuais, e visando atender à nova conjuntura mundial do século XX, desenvolveram-se os direitos de segunda geração, conforme afirma o autor supracitado:

Assim como o século passado foi marcado pelo advento dos direitos da primeira geração (direitos civis e políticos), o século XX foi caracterizado por uma nova ordem social. Esta nova ordem social exige uma nova estruturação dos direitos fundamentais não mais sedimentada no individualismo puro do modelo anterior (Humenhuk, 2004).

Essa nova geração de direitos é caracterizada pela imposição de um fazer ao Estado, a fim de assegurar direitos que individualmente seriam de difícil concretização. Eles também estão relacionados à emergência de uma nova classe social, a classe operária, segundo Zanon Junior (2011):

A segunda geração dos direitos humanos também emergiu das lutas sociais em prol de maior resguardo das condições indispensáveis ao desenvolvimento pleno da humanidade, mas seus protagonistas foram as classes trabalhadoras do início da fase industrial do capitalismo, que buscavam melhores condições laborais e também prestações estatais nas áreas de educação, saúde e moradia. Enquanto os direitos humanos de primeira geração estão ligados à burguesia e à Revolução Francesa, os de segunda geração se relacionam com as classes trabalhadoras e com a Revolução Industrial. (...) Conseqüentemente, a industrialização acarretou o aparecimento de uma nova classe social nas cidades europeias, que migrava do campo para trabalhar nas fábricas recentemente abertas: a chamada categoria operária.

Os direitos de segunda geração são conhecidos por serem direitos sociais, culturais e econômicos e relacionados ao ideal de igualdade. O direito à saúde, que será analisado mais adiante, está incluído nesse rol.

Os direitos de terceira geração progrediram em atendimento às demandas coletivas, ao avanço tecnológico e à proteção ao meio ambiente. Essa geração buscou o ideal da fraternidade, ao proteger aqueles direitos dos quais são titulares uma quantidade muito grande de pessoas, quicá toda a humanidade, consoante o autor supracitado:

A terceira geração dos direitos humanos, ao contrário das duas antecedentes, não apresenta uma clara identificação de seus agentes operadores, exatamente porque emergiu de reclamos espalhados na sociedade massificada, visando a preservação dos interesses coletivos ou difusos relacionados com a proteção do meio ambiente, a preservação do patrimônio histórico e cultural, a promoção da qualidade de vida nos ambientes urbano e rural, a tutela sobre a comunicação social (mídia), a bioética, a participação na condução das finalidades políticas estatais (ampliação dos direitos políticos), a autodeterminação dos povos, e, ainda, o conflito entre o amplo acesso à informação e a preservação da privacidade, dentre outras situações que demandam especial proteção à personalidade (Zanon Junior, 2011).

É oportuno ressaltar que todas as conquistas coexistem, de modo que o surgimento de novos direitos não extinguiu os demais. Ademais, há ainda a tentativa de ampliação das gerações, entretanto, na medida em que não há unanimidade na literatura e não é o escopo deste trabalho esgotar o tema, apenas as essas três gerações foram citadas.

Dentro da perspectiva mundial, muitos desses direitos foram reconhecidos na Declaração Universal de Direitos Humanos, publicada em 1948, um dos marcos internacionais da conquista de direitos. Por meio dela os países signatários se comprometeram a positivar e assegurar as disposições nela previstas. Outras declarações posteriores visaram a nível internacional garantir os novos anseios emergentes no campo biomédico, como, por exemplo, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, anteriormente mencionada.

Os direitos humanos estão atrelados a temas bastante interessantes, e ensejam ampla discussão. Entretanto, para consecução da linha de raciocínio a ser neste estudo desenvolvida, é necessária por ora a sua definição. Devido à sua clareza e objetividade, elegemos a apresentada pelo autor Melhado (2002), qual seja:

Os direitos humanos dizem respeito a valores supremos da humanidade e têm como objeto central a dignidade do homem. Não se confundem eles com normas positivas — com disposições da Constituição ou de uma lei — e portanto, podem ou não estar plasmados no ordenamento positivo.

Portanto, os direitos humanos se referem àqueles direitos inerentes a qualquer ser humano independentemente de nacionalidade, credo e cultura. Caso quaisquer dos direitos previstos no ordenamento jurídico não sejam efetivados, o cidadão tem à sua disposição o direito de acesso à justiça, que também goza de amplo amparo legal, senão vejamos.

No plano internacional, há o artigo 25 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos que dispõe:

Art. 25. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais (ONU, 1948).

Ademais, coaduna-se com os ensinamentos de Paula (2002) sobre a referida convenção:

A comunidade internacional pretende que o recurso seja simples, rápido e efetivo, perante os juízes e tribunais competentes, como direito de toda pessoa, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais,

mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. Essa é outra questão essencial, na efetivação do acesso à justiça: que as decisões judiciais, proferidas contra o Estado (pessoas que estejam no exercício de suas funções oficiais), sejam executadas efetivamente.

A Carta Magna de 1988 também assegura esse direito, *in verbis*:

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

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Brasil, 1988).

Para melhor compreensão dos dispositivos, Melhado (2002) conceitua sinteticamente o acesso à justiça: “Na discussão do acesso à Justiça estamos tratando dos muitos caminhos que o cidadão percorre para alcançar a prestação jurisdicional e assim obter, dar a efetividade real de seus direitos, quando eles são lesados ou ameaçados.”.

Esse direito, segundo o mesmo autor, pressupõe a existência do Poder Judiciário independente e soberano, da racionalidade do sistema de custas e despesas, dos mecanismos de gratuidade dos serviços judiciários e por uma Defensoria Pública com estrutura humana e material adequados. Ademais, para Melhado (2002) é necessária à efetivação da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, da advocacia e do Ministério Público que atua na defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses maiores da sociedade e da defesa dos interesses individuais indisponíveis.

Assim, conforme Paula (2002) deve ser garantido o “acesso à justiça material, efetiva, concreta” a todos os indivíduos, tendo em vista a proteção dos demais direitos positivados, inclusive o direito a saúde, sobre o qual será dado maior ênfase. Melhado (2002) afirma de forma clara e precisa: “Aliás, muitas vezes é só pelo acesso à Justiça que estes outros direitos podem ser alcançados”.

Por todo o exposto, percebe-se que o direito a saúde é inerente a todos os seres humanos, compondo o rol de direito humanos. Para assegurá-lo e a todos os demais, há o direito de acesso à justiça caso algum deles seja violado ou ameaçado.

O cuidado que o médico tem com seu paciente e a relação envolvida entre eles pode resultar em agressão ao direito à saúde e violar outros direitos desse. Isso pode resultar na utilização do Poder Judiciário para minimizar os danos sofridos pelo paciente e na responsabilização do médico, tema que será tratado no capítulo a seguir.

2.2. DIREITO À SAÚDE E A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE

A relação entre médico e paciente tem importante papel na concretização do direito a saúde. Para compreender melhor essa associação é necessária uma breve explicação sobre esse direito e principalmente as nuances do seu conceito, conforme será exposto a seguir.

A partir da leitura do artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos percebe-se que está assegurado como direito fundamental do ser humano a saúde, direito de segunda geração, conforme mencionado:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família, a **saúde** e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade (grifo nosso) (ONU, 1948).

Esse artigo prevê que todos os indivíduos tenham condições mínimas para prover condições materiais para efetivação do direito a saúde. Desse modo, a declaração não menciona a saúde como um dever abstrato, mas sim como um direito que precisa de ações executivas, típicas dos direitos de segunda geração, conforme anteriormente mencionado. A relação entre médico e paciente tem possibilidade de contribuir com essas ações concretas para efetivação desse direito.

A mencionada Declaração influenciou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, essa considerada marco nacional da ampliação e garantia de direitos, dentre eles nomeadamente o direito à saúde, segundo afirma Abujamra & Bahia (2009):

A Constituição Federal de 1988 reservou um lugar de destaque para a saúde. Qualificar um dado direito como fundamental, não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica. (...) A Constituição Federal de 1988 teve intensa participação popular, o marco jurídico da redemocratização do país, e, naturalmente, os constituintes optaram por uma Constituição substantiva, cujo denso conteúdo moral se revelou, notadamente, no mais amplo elenco de direitos e garantias fundamentais já positivados no Brasil.

Humenhuk (2004) ratifica o caráter executivo e prestacional do direito a saúde, bem como o dever do Estado em prover condições materiais para efetivação do mesmo. Ademais, segundo o mesmo autor “é inegável que o tratamento constitucional aos direitos sociais possui assento no Título II, entre os direitos fundamentais.”.

Segundo Silva (2009), as demais constituições do Brasil trataram sobre esse direito, mas nenhuma delas com a dimensão conferida pela Carta Magna de 1988:

As Constituições brasileiras do passado não foram totalmente omissas quanto à questão da saúde, já que todas elas apresentavam normas tratando dessa temática, geralmente com o intuito de fixar competências legislativas e administrativas. Entretanto, a Constituição de 1988 foi a primeira a conferir a devida importância à saúde, tratando-a como direito social-fundamental, demonstrando com isso uma estreita sintonia entre o texto constitucional e as principais declarações internacionais de direitos humanos internacionais de direitos humanos.

Com a Constituição de 1988, o direito a saúde passou a ter uma abordagem mais ampla e diferenciada, diferentemente das anteriores. Tais disposições foram importantes para trazer para o país as mudanças de paradigmas que estavam acontecendo internacionalmente, principalmente relacionada aos direitos humanos.

Diversos dispositivos da Carta Magna contemplam o tema, a saber: artigos 5º, 6º, 7º, 21, 22, 23, 24, 30, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 216, 218, 220, 225, 227 e 230. Desse modo, o direito a saúde encontra vasto amparo legal, seja no âmbito internacional ou nacional.

Quando se menciona o direito à saúde, normalmente associa-se ao dever do Estado em garanti-lo. Entretanto, há um aspecto subjetivo e individual que merece ser lembrado:

De fato, as normas jurídicas representam as limitações às condutas nocivas para a vida social. Assim sendo, a saúde, definida como direito, deve inevitavelmente conter aspectos sociais e individuais. Observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção (Silva, 2009).

Esse direito, por valorizar a liberdade do indivíduo, encontra plena harmonia com o princípio da autonomia já mencionado, constituindo mais um dispositivo legal que rege a relação entre médico e paciente que preconiza o respeito à vontade e decisão do mesmo. Entretanto, a participação do Estado é importante para garantir essa liberdade, consoante a mesma autora:

É óbvio, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde, enquanto direito subjetivo, depende do grau de desenvolvimento do Estado. De fato, unicamente no Estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento (Silva, 2009).

Percebe-se que o direito a saúde está relacionado ao modo como a relação entre médico e paciente é desenvolvida. Cabe ao médico respeitar o aspecto subjetivo desse direito, inclusive com a aplicação do princípio da autonomia e cabe também ao Estado proporcionar desenvolvimento cultural aos seus cidadãos para que eles tenham liberdade de exercer sua capacidade de autodeterminação.

Esse aspecto subjetivo e individual também foi mencionado por Humenhuk (2004), denominado por ele de “perspectiva objetiva”, ao se referir ao direito coletivo, e “perspectiva subjetiva”, em alusão ao plano individual. Além disso, há uma constante relação entre essas perspectivas, nas palavras do autor:

Esta temática pode ser apreciada a partir do momento que se busca compreender os direitos fundamentais como direitos subjetivos individuais, bem como elementos objetivos fundamentais na esfera de uma comunidade.(...) Os direitos sociais, na condição de preceitos de direitos subjetivos, incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam a sua fundamentalidade, podendo servir na sua qualidade de normas de direito objetivo, e independentemente de sua perspectiva subjetiva, servem como noção para o controle de determinados atos normativos estatais (Humenhuk, 2004).

Além do aspecto subjetivo e individual é preciso destacar que os direitos sociais também se aplicam a relações entre particulares, como a relação entre médico e paciente, tendo sido denominado por Humenhuk (2004) de “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”:

Assim, dentro dos parâmetros dos direitos fundamentais nas relações privadas, poder-se-á dizer que existem entre os cidadãos, direitos e não direitos e liberdades e não liberdades, delineando que, independente de qual forma ou teoria, seja imediata ou mediata se dá a vinculação de terceiros em relação aos direitos iusfundamentais, chega-se a conclusão de que o direito privado e as normas constitucionais não devem ser distantes, mas sim um processo contínuo para que quando aplicar-se-á uma norma de direito privado, também aplicar-se-á uma norma constitucional. Assim, sendo, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve estar consubstanciada na convergência com o direito privado e vice-versa.

O aspecto individual mais uma vez é destacado e divergente do direito coletivo à saúde. A aplicação dos direitos sociais aos particulares evidencia a aplicação também à relação mencionada, a qual deve buscar cumprir o aspecto individual e subjetivo desse direito.

A importância da relação entre médico e paciente para efetivação do direito à saúde também é mencionada por Jacobina (2008):

Como parte do direito à saúde, a democratização do saber médico, que se torna cada vez mais hermético e monopolizado, é necessária para o pleno exercício da cidadania. O que não significa que todo cidadão deva ter o conhecimento profissional, necessariamente especializado, mas sim que, de modo acessível, ele necessita se apropriar de conhecimentos e tecnologias para o exercício pleno do direito à saúde, que vai desde a relação dialógica e pedagógica no cuidado médico-paciente (...) até aos processos mais abrangentes.

O ilustre professor relaciona o direito à saúde com o acesso ao saber médico, para que o cidadão possa exercer seu direito de escolha sobre todas as etapas do cuidado médico, desde

procedimentos mais simples aos mais complexos. O saber acessível ao paciente, na sua linguagem e de modo que ele compreenda, então, passa a ser um meio de efetivar esse direito dentro da relação entre esse e o profissional de saúde.

Ademais, falhas nessa peculiar relação, como a fragmentação do paciente e o desrespeito para com as peculiaridades do mesmo, foram mencionadas no ensaio realizado por Ribeiro (2007) como problemas apontados para não efetivação do direito à saúde no Brasil:

O caráter fragmentário da formação dos profissionais, igualmente criticado nos anos 70 e 80, também foi identificado como problema — o médico despedaça as pessoas. Os interlocutores das ONGS e movimentos sociais, principalmente da região Nordeste, demandaram uma abordagem holística do cuidado à saúde, que respeite o paciente na singularidade de sua identidade individual e de sua história pessoal, tendo sido ressaltada a importância de se considerar os contextos cultural, social e ambiental do seu entorno. No campo das relações interpessoais entre profissionais de saúde em geral, sobretudo médicos, e pacientes, um outro problema foi enfatizado: a expressão de preconceitos e discriminações negativas de várias ordens. Foram referidas especialmente discriminações relativas à orientação sexual e identidade de gênero, mas também preconceitos contra condições da pobreza ligadas à higiene individual, com relatos de situações que resultaram na não detecção de doenças instaladas e na saída dos pacientes do SUS sem o devido tratamento.

Assim, a ausência de percepção do paciente como um todo orgânico, não essencialmente separado em partes e órgãos, mas a percepção de inter-relação entre os sistemas existentes, além da influencia de fatores sócio-culturais-econômicos-ambientais são importantes para o direito à saúde. Além disso, o médico, ao atender os indivíduos, deve se abster de agir segundo seus julgamentos morais, respeitando o contexto social no qual o paciente está inserido, bem como os valores morais que esse possui, para que a relação entre eles desenvolvida confira condições para garantir o referido direito. É neste sentido que preceitua o Código de Ética Médica, no inciso I do Capítulo I, bem como no artigo 38 do Capítulo V, *in verbis*:

Capítulo I

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

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

Capítulo V

RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

(...)

Art. 38. Desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais (CFM, 2010).

Percebe-se então que a relação entre médico e paciente, além de observar os já mencionados princípios bioéticos, deve também respeitar o direito individual e subjetivo à saúde de cada indivíduo.

Para melhor compreensão do direito à saúde, é necessário tecer breves comentários sobre o conceito de saúde, o que será realizado nas linhas seguintes. Para que o médico possa contribuir para a realização do direito à saúde do paciente é preciso saber em que consiste esse direito.

Segundo Silva *et al.* (2010), “a noção de saúde nunca foi consensual e nem permanente”. Desse modo, o conceito varia no tempo e mesmo entre contemporâneos. Humenhuk (2004) afirma que os gregos foram os primeiros a proporem o conceito de saúde com a enunciação do brocardo "*Mens Sana In Corpore Sano*", ou seja, mente sã, corpo são. Posteriormente, outros conceitos foram mencionados destacando-se os conceitos que relacionam a saúde ao ambiente de trabalho e a saúde como ausência de doença, conforme Silva *et al.* (2010):

(...) apareceu uma categoria de doença qualificada como adquirida no ambiente de trabalho, inaugurando-se, assim, a inclusão de um dado social, não orgânico, sobre a gênese de uma doença. Esse fenômeno, apesar de representar um grande avanço no domínio da saúde-doença, deixa entrever que o investimento realizado no campo da medicina centra-se sobre a doença, restando à saúde ser entendida como ausência de doença. Isso permitiu aos médicos conhecerem mais os sintomas e as suas origens do que os aspectos definidores da saúde, e ainda, gerou um conceito de saúde em função da doença.

A associação do conceito de saúde ao trabalho evidencia a importância do fator social no processo saúde-doença, de como o ambiente e as condições econômicas do paciente podem exercer reflexos sobre seu corpo. A associação com a ausência de doenças demonstra a preocupação em perceber os desequilíbrios do corpo para fins de tentar minimizá-los e restabelecer o estado anterior de saúde.

A própria ONU encarregou-se de estabelecer o conceito de saúde, conforme no ensina Scliar (2007):

O conceito da OMS, divulgado na carta de princípios de 7 de abril de 1948 (desde então o Dia Mundial da Saúde), implicando o reconhecimento do direito à saúde e da obrigação do Estado na promoção e proteção da saúde, diz que "Saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade".(...)De acordo com esse conceito, o campo da saúde abrange:

- a biologia humana, que compreende a herança genética e os processos biológicos inerentes à vida, incluindo os fatores de envelhecimento;
- o meio ambiente, que inclui o solo, a água, o ar, a moradia, o local de trabalho;

- o estilo de vida, do qual resultam decisões que afetam a saúde: fumar ou deixar de fumar, beber ou não, praticar ou não exercícios;
- a organização da assistência à saúde. A assistência médica, os serviços ambulatoriais e hospitalares e os medicamentos são as primeiras coisas em que muitas pessoas pensam quando se fala em saúde.(...).

A definição de saúde como a busca pelo equilíbrio, levando em consideração diversos fatores que influenciam o bem-estar humano foi um importante conceito. Além disso, a OMS estabeleceu o direito a saúde como inerente a todos os seres humanos como um dos direitos sociais, conforme mencionado anteriormente. A desvinculação da doença ao conceito de saúde também representou grande avanço, pois indivíduos portadores de doenças crônicas, por exemplo, podem, não obstante sua enfermidade, serem saudáveis desde que convivam bem com essa condição.

Não obstante a tentativa de grande abrangência pela OMS, tal conceito sofreu severas críticas, conforme Scliar (2007):

A amplitude do conceito da OMS (visível também no conceito canadense) acarretou críticas, algumas de natureza técnica (a saúde seria algo ideal, inatingível; a definição não pode ser usada como objetivo pelos serviços de saúde), outras de natureza política, libertária: o conceito permitiria abusos por parte do Estado, que interviria na vida dos cidadãos, sob o pretexto de promover a saúde.

Ademais, a inter-relação entre os direitos é fundamental, já que o ordenamento jurídico é uno. A efetivação de um direito influencia de maneira positiva a vida do cidadão, possivelmente alterando assim um dos fatores que contribuem para seu estado de saúde. Desta forma, a relação entre saúde e qualidade de vida é mais abrangente e envolve mais fatores do que aqueles mencionados pelo conceito da OMS.

Silva (2009) também menciona críticas à definição da ONU por ser um conceito inatingível e não passível de execução:

Observa-se, então, o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, recuperando os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels. A aceitação da influência decisiva do meio sobre a saúde, porém, não impediu o exercício da crítica da conceituação proposta pela OMS. Especialmente os trabalhadores sanitários a questionaram afirmando que ela corresponde à definição da felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de alcançar-se e que, além disso, ela não é operacional.

Essa crítica mostra-se bem pertinente, pois alerta o caráter inatingível do completo bem-estar, associando-o diretamente ao estado de felicidade, esse muito subjetivo e difícil de realização de ações concretas para sua efetivação. Além disso, é possível observarmos o bem-

estar enquanto um conceito dinâmico, o que também não foi levado em consideração para definição de saúde.

Silva *et al.* (2010) concordam com as observações sobre o referido conceito e afirmam que ele é organicista e indeterminado:

Esta definição da OMS é criticada, por não conseguir transcender o crivo dos conhecimentos biologistas e por ser extremamente impregnado de subjetivismo, dificultando sua quantificação, uma vez que a visão quantitativa é, nesse paradigma, considerada prioritária para a abordagem da saúde.

Em observância a todas essas críticas, é preciso reconhecer uma nova abordagem do conceito de saúde, mencionado por Silva *et al.* (2010), que compreendem a inter-relação constante entre saúde e doença:

Assim houve uma evolução na compreensão da saúde e da doença cuja mudança permitiu oficializar o fim da dicotomia aparente da terminologia clássica – saúde e doença. Tal mudança promove o seu entendimento como um processo único, no qual estão reunidas e irremediavelmente enlaçadas a saúde, a doença, a vida e a morte, e que passa a ser reconhecida como um processo saúde-doença.

Pensamos que a compreensão do conceito de saúde dos autores mostra-se mais adequada à realidade fática. Neste sentido, o fim da dicotomia permite a percepção do processo estabelecido entre saúde e doença e demais conceitos, visto que a susceptibilidade ao agravo ou ao completo restabelecimento da saúde é percebida como possível, gerando, entretanto, um novo equilíbrio corporal, em que pese o processo continue promovendo mudanças ora positivas ou desejadas, ora negativas ou indesejáveis.

Entretanto, além do seu reconhecimento, é necessária sua efetivação na prática diária, e, nesse contexto, o atendimento médico é um dos meios de efetivar o direito à saúde. Para tanto, é necessária a sua realização, com qualidade, desenvolvendo-se uma relação entre médico e paciente consoante aos princípios éticos já mencionados.

2.3. JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES SOCIAIS

O termo judicialização das questões sociais foi utilizado pelo professor e constitucionalista Luís Roberto Barroso para designar a crescente demanda ao Poder Judiciário para solucionar questões envolvendo os Direitos Humanos e os amplos direitos conferidos pela Constituição de 1988, dentre eles, e com destaque, o direito a saúde, conforme exposto acima.

O referido autor conceitua o termo judicialização e enuncia três grandes causas desse fenômeno:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (...) A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988.(...) A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. (...) A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. (...) Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF (Barroso, 2005).

Neste sentido, a ampliação dos direitos e do acesso à justiça advindos da Constituição de 1988 e o maior acesso a Suprema Corte pelas amplas possibilidades do controle de constitucionalidade contribuem para o aumento de ações relacionadas às várias questões do cotidiano dos indivíduos, sendo esta, assim, a judicialização em termos amplos.

Em outro artigo científico, Barroso (2005) ratifica:

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzindo novas ações e ampliado à legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo.

A maior conscientização e a própria ampliação do rol de direitos são fatores importantes para o surgimento desse fenômeno. E, se todos os eventos cotidianos estão suscetíveis à apreciação judicial, a relação entre médico e paciente está também incluída entre possíveis lides a serem intentadas.

Conforme mencionado na primeira parte do presente trabalho, essa relação sofreu profundas mudanças ao longo do tempo, o que igualmente tem contribuído para o aumento das ações. Entretanto, sob o ponto de vista bioético, a excessiva judicialização pode gerar efeitos positivos e negativos, conforme ensina Vasconcelos (2012):

Este contexto, em que possivelmente podem-se encontrar aspectos positivos, na medida em que representa o aumento da cidadania na busca pelo acesso à

justiça, também poderá trazer aspectos negativos, quando tende a indicar a *judicialização excessiva da medicina*, com crescimento no número de demandas evitáveis mediante diálogo e reflexão ética (grifo original).

Consoante a referida autora, deficiências na relação entre médico e paciente e o mau uso dos já mencionados princípios bioéticos podem resultar em perdas para ambas as partes dessa peculiar relação:

Este desvirtuamento da autonomia – tanto de pacientes quanto de médicos – gera não somente a prática da medicina defensiva como a *judicialização excessiva*, que representam o mau uso do poder judiciário em detrimento da busca pela resolução social dos conflitos e do enaltecimento da construção de autonomia entre pares. Perdem os médicos no desvirtuamento da profissão escolhida, perdem os pacientes no desvirtuamento de uma relação eminentemente de cuidado próximo (grifo original) (Vasconcelos, 2012).

O estado de beligerância estabelecido é prejudicial não apenas para os médicos e pacientes, mas para a própria sociedade e também para o Poder Judiciário, esse avolumado devido a grande quantidade de processos. Deste modo, é possível depreendermos que a prática da medicina defensiva afasta o médico do paciente e gera desconfiâncias mútuas, alterando profundamente a confiança e cumplicidade inerente a essa relação. Assim, a recorrente tentativa de restabelecer a assimetria entre esse profissional de saúde e o enfermo através da judicialização pode vir a conduzir ao desvirtuamento da essencialidade dessa relação, na medida em que se tornar excessiva.

Em sequência, a referida autora sustenta: “Poder-se-ia afirmar que judicializar os dilemas da relação entre médicos e pacientes é uma medida negativa, porém emergencial.” (Vasconcelos, 2012). Neste sentido, há sérias consequências atreladas a esse fenômeno, entretanto, acredita-se que só com a tomada de consciência de direitos e a reivindicação dos mesmos pode ser coibida, pelo meio social, a má prática médica, que existe como em qualquer outra profissão.

Compreende-se que a aplicação efetiva dos princípios bioéticos e a confiança e respeito mútuos entre médico e paciente podem contribuir para redução das demandas judiciais e solução dos impasses pelos próprios envolvidos na controvérsia de maneira mais harmoniosa. Contudo, para aplicação de tais princípios é necessário considerar as especificidades de cada relação e buscar ações reais para execução de tais princípios, sob o risco de reduzir as garantias conferidas aos pacientes à mera formalidade legal, como, infelizmente, ocorre nos Estados Unidos, conforme afirma Murr (2010):

Supondo-se que o erro médico é a exceção e não a regra da medicina no Brasil; supondo-se, ainda, que a maioria de nossos médicos seja composta por profissionais comprometidos e empenhados no exercício da boa arte

médica, seria lamentável se a tentativa de gerar equilíbrio nos casos em que se supõe o paciente como minoria viesse abalar ainda mais a instituição “relação médico-paciente” – a qual não pode ser reduzida a um contrato seco, desprovido das marcas históricas que definiram o papel social do médico. É preciso cuidar para que as reivindicações jurídicas, certamente crescentes na regulamentação do exercício do profissional médico, não venham a conferir-lhe o caráter legalista reinante nos EUA.

Com a judicialização das questões sociais é preciso atentar para que essa relação não perca suas características peculiares, conforme mencionado acima. Assim, a prática estabelecida pelos Estados Unidos se adéqua bem a realidade daquele país, mas o caráter estritamente legalista seria danoso ao país como o Brasil, onde há diversas pessoas em situação de vulnerabilidade.

Murr (2010) ratifica:

Se o dispositivo normativo de inversão do ônus da prova e a crescente onda de judicialização da medicina podem ser vistos como indícios de avanço de consolidação democrática do Estado, também indica que em paralelo a esse avanço se impõe pensar a desejada dosagem da intervenção estatal nas relações sociais, mais precisamente na relação médico-paciente como exemplo de relação social que não pode ser reduzida à mera competência técnica (mesmo que condição *sine qua non*) ou unicamente ao contrato implícito que vige (apesar de sua excelência histórica), tampouco cabe reduzi-la à fixação legal (mesmo ante sua importância na proteção de bem jurídico como a vida e a saúde).

Assim, o fenômeno da judicialização das questões sociais alcança a relação entre médico e paciente e contribui para o aumento de demandas relacionadas à Medicina junto ao Poder Judiciário.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE E SUAS IMPLICAÇÕES ÉTICO-LEGAIS

Após a explanação a respeito das causas para a judicialização da relação entre médico e paciente, sendo elas a modificação da relação no decurso da história, a expectativa de cura, a ampliação dos direitos humanos com maior acesso à justiça e a judicialização das questões sociais, neste capítulo será realizada uma breve reflexão com base na bioética e ética médica para fins de compreensão das consequências desse fenômeno.

Para tanto, será brevemente discorrido sobre os conceitos de responsabilidade médica e de erro médico, as modalidades de culpa, a diferença entre erro médico e iatrogenia. Também assim, serão abordadas as possíveis consequências da consideração da conduta médica como obrigação de meio, a sua abordagem como relação de consumo, e por fim, os pontos positivos e negativos no que concerne à medicina defensiva.

3.1. A CONSTITUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E ÉTICA MÉDICA

O médico que não atua em atenção aos amplos e mencionados direitos assegurados ao seu paciente poderá ser responsabilizado, ou seja, ser obrigado a ressarcir os prejuízos causados, conforme será exposto a seguir. Entretanto, pode parecer incomum a consideração da responsabilidade como algo negativo. Isso ocorre porque o sentido ético-jurídico do qual será tratado neste capítulo difere do sentido corriqueiro do senso comum. É necessária, então, uma breve análise da distinção entre o termo “responsabilidade” do ponto de vista cotidiano e do ponto de vista ético-jurídico. A responsabilidade no sentido corriqueiro refere-se ao cumprimento de deveres por parte de uma pessoa, representando uma qualidade positiva. Segundo o minidicionário Houaiss, responsabilidade significa: “1. Dever ou capacidade de responder pelos atos próprios ou de outros (...) 2. Qualidade que se pode atribuir a alguém ou a algo a causa de um fato, situação etc. (...)” (Houaiss & Villar, 2008).

Do ponto de vista ético-jurídico, a responsabilidade significa o dever de reparar um dano causado por uma conduta humana, conforme afirma o médico e jurista França (2010): “No mundo jurídico, pode-se considerar responsabilidade como a obrigação de reparar prejuízo decorrente de uma ação de que é culpado, direta ou indiretamente” .

Esse profissional de saúde então, em termos ético-jurídicos, pode ser responsabilizado em três esferas: administrativa, civil e penal. Breves comentários serão realizados apenas sobre as duas primeiras, tendo em vista o objetivo deste estudo.

Sob o âmbito administrativo, ou melhor, ético-disciplinar, o médico pode cometer infrações por descumprir o previsto no Código de Ética Médica, que é o conjunto de normativas que regem as perspectivas éticas da prática médica, conforme exposto no preâmbulo do referido código:

I – O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive no exercício de atividades relativas ao ensino, à pesquisa e à administração de serviços de saúde, bem como no exercício de quaisquer outras atividades em que se utilize o conhecimento advindo do estudo da Medicina.

(...)

VI - Este Código de Ética Médica é composto de 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais. A transgressão das normas deontológicas sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei (CFM, 2010).

O preâmbulo menciona, além dos princípios fundamentais, duas espécies de normas: de diceologia e de deontologia, de modo que essa se refere ao estudo dos deveres, enquanto aquela ao estudo dos direitos (Michaelis, 2012). A partir da leitura da íntegra do código, percebe-se que quanto aos direitos médicos foram dispostos apenas 10 dispositivos, enquanto que para os deveres há 118 normas determinando condutas a serem observadas por esse profissional de saúde. Por essa proporção, é evidente que os médicos devem observar diversas obrigações no exercício de sua profissão, que se não forem cumpridas ensejam a responsabilização ético-disciplinar.

Dentre as normas que tratam da deontologia, ou seja, dos deveres médicos, encontra-se capítulo III, que trata sobre a responsabilidade profissional. Dentre eles, os mais pertinentes à abordagem que será feita a seguir são:

É vedado ao médico:

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

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

(...)

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

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

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

Art. 6º Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado (CFM, 2010).

O Código de Ética Médica estabelece expressamente que a responsabilidade médica é pessoal, de modo que cada médico deve assumir seus atos e procedimentos adotados com o paciente. O código também explicita a vedação de causar dano ao enfermo em qualquer modalidade de culpa, além de vetar também a assunção de responsabilidade por outro profissional, bem como transferir a responsabilidade dos seus atos a outrem ou a circunstâncias externas.

Ademais, a Bioética também se preocupa com essa temática, pois a responsabilização médica pode gerar uma polaridade na relação entre médico e paciente, na qual o profissional de saúde percebe o enfermo como um possível litigante, conforme aponta Vasconcelos (2012): “A responsabilidade médica é importante questão a ser observada no campo da bioética, mormente quando são aventadas, na relação médico-paciente, a ausência ou mácula da *fidúcia* que lhe é inerente.”. Assim, essa polaridade, caso se mostre extrema, pode descaracterizar essa relação.

Além desses âmbitos, há o civil, cuja responsabilidade, no Brasil, é regida pelo Código Civil de 2002, em que estão dispostos os seus artigos 927 e 186:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (Brasil, 2002).

Assim, aquele que causar dano a outrem deve ressarcir-lo quanto aos prejuízos eventualmente causados. Entretanto, para que seja configurada a responsabilidade civil são necessários alguns requisitos, a saber: ação ou omissão culposa, por negligência, imprudência ou imperícia, o dano (prejuízo causado), e o nexo de causalidade (liame entre eles). Sem um desses elementos não há amparo legal para a responsabilidade civil e, portanto, para obtenção de uma possível indenização, conforme no ensina França (2003):

A responsabilidade civil decorrente da ação humana tem como pressuposto a existência de um ato voluntário; a existência de um dano sofrido pela vítima; a relação de causalidade entre o dano e a ação do agente; o fator de atribuição da responsabilidade pelo dano do agente, de natureza subjetiva ou objetiva.

3.1.1. O ERRO MÉDICO EFETIVO E INDENIZÁVEL

Quando o médico não observa o mencionado artigo primeiro do capítulo da responsabilidade profissional, ele comete um desacerto em sua prática. Igualmente, o erro

médico está relacionado à responsabilidade ético-disciplinar e civil, dando ensejo a demandas judiciais, podendo ser percebido sob diversas perspectivas, conforme explica Moraes (2003):

O erro, para ser analisado adequadamente, deve ser considerado por múltiplos prismas: o do paciente e de sua família; o do médico e da classe médica, bem como o da imprensa e da comunicação. Entretanto, para responsabilizar o seu autor o que vale é o prisma da Justiça.

Para a referida autora, o erro médico é conceituado como “a falha do médico no exercício da profissão.” (Moraes, 2003). Entretanto, para outros autores, como Mello Filho (2009), o erro está relacionado também aos casos de caso fortuito e força maior, evento inevitável devido à insuficiência científica ou do próprio médico:

Entre classificações para erro médico, encontramos aquele oriundo de acidente imprevisível que é resultado lesivo, advindo de caso fortuito ou força maior, incapaz de ser previsto ou evitado, qualquer que seja o autor em idênticas circunstâncias. O erro médico consequente do resultado incontrolável é aquele decorrente de situação incontornável, de curso inexorável, próprio da evolução do caso, quando, até o momento da ocorrência, a ciência e a competência profissional não dispõem de solução.

Não obstante essas múltiplas acepções, o erro médico só será indenizável na medida em que tiver por consequência um dano que torne o profissional de saúde responsável juridicamente. A indenização é uma compensação civil por algum dano causado por outrem, cabendo ao Poder Judiciário analisar o seu cabimento. (Machado, 2009).

Neste sentido, a caracterização do erro médico está intimamente relacionada às modalidades de culpa, que serão seguidamente abordadas, e a responsabilidade civil, conforme ratifica Minossi (2009):

O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma de conduta profissional inadequada, que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais.

Desse modo, o erro médico deve ser efetivo e indenizável, sob o ponto de vista jurídico, quando o médico agir com uma das modalidades de culpa, causar dano ao paciente e houver nexo de causalidade entre eles:

Recorde-se que erro médico é caracterizado, pela Justiça, pela presença de dano ao doente, com nexo comprovado de causa e efeito, e de procedimento em que tenha havido uma ou mais de três falhas por parte do médico: imperícia, imprudência e negligência. É preciso que estejam presentes, para que se caracterize erro médico: 1. O dano ao doente; 2. a ação do médico; 3. o nexo efetivo de causa e efeito entre o procedimento médico e o dano causado; 4. Uma ou mais das três citadas falhas – imperícia, imprudência e negligência. A falta de qualquer desses itens discriminados descaracteriza o erro médico. Quanto à ação ou omissão do médico, no exercício profissional,

causando dano à saúde do paciente, somente se lhe imputará o erro se for comprovado o nexo causal entre sua ou suas falhas e o mau resultado para o doente (Moraes, 2003).

Desse modo, o erro indenizável é aquele que cumpre todos os requisitos supracitados. Na falta de algum deles não há responsabilidade médica e, portanto, dever de indenizar.

Moraes (2003) exemplifica de forma clara alguns tipos de erro médico, os quais podem ser objeto de pedidos indenizatórios:

Tipologia de erro médico

- 1 Provocar dano intencional- ato doloso (crime)
- 2 Devassar dados do paciente – quebra do sigilo médico (crime)
- 3 Causar dano sem querer - erro médico (culposo)
- 4 Não fazer o que devia – negligencia
- 5 Fazer o que não devia – imprudência
- 6 Fazer errado – imperícia.

Os dois primeiros exemplos, além de responsabilização cível, enseja também a responsabilização penal. O item 03 caracteriza o erro médico culposo, sem intenção. Não obstante, esse fato gera direito a indenização. Os demais exemplos referem-se às modalidades de culpa já comentadas.

Ademais, cabe uma singela distinção realizada por França (2010) entre erro médico de ordem pessoal ou estrutural:

É estritamente pessoal quando o ato lesivo se deu, na ação ou omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas ou emocionais. Pode também o erro médico ser procedente de falhas estruturais, quando os meios e as condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta satisfatória.

Ambos os erros são efetivos e indenizáveis, entretanto, o médico só irá ser responsabilizado pelo erro pessoal, cabendo a esse provar o erro estrutural para se eximir de sua responsabilização.

Contudo, mais importante que a futura reparação é a aceitação de que os erros existem e a busca de mecanismos para minorá-los antes mesmo do acionamento do Poder Judiciário, conforme Carvalho & Vieira (2002):

A partir da aceitação de que errar é humano, acreditamos que uma postura mais sistêmica, uma visão mais ampliada das situações ou do conjunto de falhas que permitiram a eclosão do erro, seja a maneira mais eficiente de preveni-lo e evitá-lo. Através de mecanismos que facilitem o trabalho humano, da utilização de tecnologia apropriada e da criação e manutenção de mecanismos de reconhecimento e reparação de situações que geram erros, poderemos tornar a prática médica mais segura para pacientes e profissionais de saúde.

A prevenção dos erros médicos pode reduzir as demandas judiciais e também resgatar ou ratificar a confiança presente na relação entre médico e paciente. Além disso, a diminuição dos riscos ou perigos gera uma prática médica mais segura a todos os envolvidos no processo.

3.1.2. RESPONSABILIDADE MÉDICA SUBJETIVA: A CULPA

Conforme abordado acima, para caracterização da responsabilidade médica é necessário à existência de culpa em uma de suas modalidades, ou seja, a presença de negligência, imprudência ou imperícia, relacionadas à responsabilidade subjetiva, sobre a qual serão tecidos breves comentários.

A responsabilidade civil pode ser objetiva ou subjetiva. Na objetiva não é perquirida a existência de culpa, bastando apenas analisar-se a presença da ação ou omissão, do dano e se há nexos de causalidade entre eles. Já para a constatação da responsabilidade subjetiva, é necessário que haja culpa para que ela seja conformada (França, 2003).

Segundo França (2010), na responsabilidade médica está a teoria da culpa. Consoante expõe, a negligência é um ato omissivo, sendo ela a não observância do dever de cuidado; a imprudência é o agir sem a devida cautela, com precipitação e afoiteza e, por fim, a imperícia é a ignorância, falta de aptidão na arte ou ofício.

Desse modo, a responsabilidade no ato médico é subjetiva, ou seja, para ser responsabilizado civilmente é necessário que haja culpa.

3.1.3. DO NEXO CAUSAL E EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE

Consoante exposto acima, o nexo causal também faz parte dos requisitos para que o médico seja responsabilizado. Quando não há relação de causalidade entre a conduta realizada e o dano, inexistente a configuração da responsabilidade do profissional quanto ao evento ocorrido. Neste sentido, têm-se as excludentes de responsabilidade, apontadas pela literatura quando há a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e as situações de caso fortuito ou força maior.

Ocorre culpa exclusiva da vítima quando o nexo de causalidade entre a ação do médico e o dano não é constituído, e sim com a ação do paciente. Um exemplo é o descumprimento, pelo paciente, das orientações do profissional médico, ou a omissão de informações a esse ao tempo da consulta para diagnóstico:

A culpa exclusiva da vítima é outra forma de exclusão da responsabilidade civil, eis que o evento danoso decorre única e exclusivamente por culpa da vítima, desaparecendo a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima, não havendo que se falar em responsabilização (Cachapuz, 2011).

O fato de terceiro acontece quando o dano é decorrente apenas da ação deste, sem relação com a conduta do médico que assiste o paciente:

Já para que seja excluída a responsabilidade civil por fato de terceiro faz-se primeiramente necessário entender que terceiro é alguém alheio à vítima e ao causador do dano, sendo aquele que, por meio de determinada conduta, acabou por ocasionar um dano. O suposto autor do fato poderá alegar em sua defesa que o ilícito foi causado por ato exclusivo de terceiro, figura alheia à lide, como, por exemplo, nas cirurgias plásticas, quando o erro for cometido por um ajudante do profissional, figura responsável pela prestação do serviço (Cachapuz, 2011).

Para finalizar, há caso fortuito ou força maior quando ocorre um evento inevitável sem correlação com a ação do médico ou do paciente:

A força maior tem por característica ser um acontecimento não pertencente à relação médico-paciente. Mesmo que identificada e previsível, a força maior se caracteriza por não ser evitável pelo agir do homem. Mesmo que assim deseje o ser humano não consegue impedir nem que ocorra, nem as suas consequências. Já o caso fortuito é inerente ao agir humano, na relação médico-paciente, decorre desta relação (é intrínseco a esta relação). Não é previsível, é inesperado, logo, não pode ser evitado. Assim, independe a sua ocorrência tanto dos profissionais de saúde, como do paciente. Ou seja, ocorre, o caso fortuito, independentemente da vontade do médico ou do paciente (Souza, 2004).

Coutinho (2004) expõe um dos inúmeros exemplos possíveis de exclusão da responsabilidade médica:

Paciente com febre tifoide, sem antecedentes alérgicos, é medicado com cloranfenicol, desenvolve aplasia medular e morre. É sabido que, em casos muito raros, o cloranfenicol pode causar essa quase sempre fatal hemopatia, foi, entretanto, um caso excepcional, fortuito, o puro azar, como se diz vulgarmente. Não há delito ético, nem penal, nem civil.

Os tribunais também têm reconhecido essas excludentes:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. SUPOSTA NEGLIGÊNCIA MÉDICA EM TRATAMENTO HOSPITALAR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL. OBRIGAÇÃO DE MEIO. - A teoria do risco administrativo dispensa a prova da culpa da administração, embora permita ao Estado **afastar a responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal, fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro.** - Os elementos probatórios presentes no processo demonstram que o Hospital Naval Marcílio Dias, em todos os momentos, agiu dentro da atuação administrativa esperada, zelando pela saúde do paciente. - Ausência de comprovação da relação de causalidade

entre a suposta falha no atendimento e o evento danoso, no caso, o óbito do paciente. O ônus processual de demonstrar o nexo causal incumbe à parte autora. - "O tratamento médico-hospitalar é considerado obrigação de meio, tendo o profissional o dever de empregar todo seu conhecimento e a melhor técnica para sanar o problema de saúde do paciente, sem que lhe possa imputar a obrigação de efetivamente debelar o dano, pois isto depende de numerosos fatores, nem todos sujeitos a seu controle" (AC 200102010066755, TRF da 2ª Região). - Apelação cível desprovida. Sentença confirmada. (200551010134914 RJ 2005.51.01.013491-4, Relator: Juiz Federal Convocado JULIO MANSUR, Data de Julgamento: 15/03/2011, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data: 25/03/2011 - Página::208/209) (grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 14CDC1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, **a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional.** CDC4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em "termo de consentimento informado", de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (1180815 MG 2010/0025531-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2010)(grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. NATUREZA ESTÉTICA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. CASO FORTUITO. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE. 071. A instância ordinária valeu-se da detida avaliação dos elementos fático-probatórios acostados aos autos para atingir a conclusão de que a cirurgia a que se submeteu a ora recorrente não encerrava natureza estética - cirurgia plástica destinada a melhorar a aparência física do paciente -, não sendo viável a alteração do entendimento estampado no acórdão combatido em obséquio à vedação insculpida na Súmula 07/STJ. 2. Mesmo que se admitisse, a título de argumentação, que o procedimento cirúrgico promovido pelo recorrido ostentou caráter estético, é curial que na obrigação de resultado a responsabilidade do médico remanesce subjetiva, cabendo-lhe, todavia, comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios a sua atuação profissional. 3. **Demonstrado o caso fortuito, afasta-se o dever de indenizar na medida em que se elimina o nexo causal entre o pretense prejuízo e o serviço desempenhado pelo médico.** Precedente: REsp 1.180.815/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26.08.10.4. Recurso especial não conhecido. (1269832 RS 2011/0184187-2, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de

Julgamento: 06/09/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/09/2011) (grifo nosso).

3.2. IATROGENIA E CULPA MÉDICA

A iatrogenia é diferente de erro médico. Sua conceituação e percepção na prática médica são fundamentais, pois com a ocorrência desse fenômeno não há culpa e, portanto, não há responsabilização médica.

Carvalho (2009) menciona a respeito da etiologia da palavra: “A expressão doença iatrogênica, derivada do *iatron*- local onde os médicos antigos guardavam seus instrumentos, davam consultas, faziam curativos e operações, (...)”. A seguir o autor conceitua iatrogenia como “(...) manifestações decorrentes do emprego de medicamentos em geral, atos cirúrgicos, ou quaisquer processos de tratamento feitos pelos médicos, ou por seus auxiliares.”.

Assim, desde a sua etiologia, a iatrogenia está ligada ao agir dos profissionais de saúde, dentre eles, o médico, seja clínico ou cirúrgico, no curso do tratamento, antes ou após dele.

Carvalho (2009) relata também outros possíveis significados da iatrogenia:

Como decorrência dos males da cura, por outro lado, a iatrogenia também identifica o meio de propagação; o oferecimento de armas terapêuticas de valor contestável; a exagerada propaganda de remédios junto aos estudantes de Medicina ou ao médico recém-formado a automedicação, indicação de amigos e vizinhos que mesmo solucionado muitas situações graves geram complicações, síndromes e doenças.

O agir médico iatrogênico, e que, portanto, provoca dano ao paciente, é realizado como fins de melhorar o estado de saúde do enfermo, como demonstrado nas situações mencionadas. Igualmente, nenhum ato médico está isento de efeitos desagradáveis, seja do ponto de vista biológico, seja do ponto de vista psíquico-social.

Silva & Rocha (2008) no artigo “O ato médico e a subjetividade” alertam para ambiguidade do termo “iatrogenia” e conceitua-a de modo diverso de Carvalho (2009):

Não é sem razão que o termo “iatrogenia” comporta séria ambiguidade. É usualmente empregado para definir o surgimento de doenças provocadas por uma prática médica indevida ou mal-aplicada em circunstâncias de tratamento.

Esses autores definem a iatrogenia como um agir indevido ou em desacordo com os preceitos científicos, entretanto, conforme relatado no tópico anterior, qualquer má prática médica culposa gera responsabilidade seja na esfera civil, ética ou penal, o que não ocorre com a iatrogenia, em que não há conduta negligente, imperita ou imprudente.

Então essa ambiguidade relatada pelos mencionados autores muitas vezes decorre da confusão entre os conceitos de iatrogenia e erro médico, como também está presente no artigo “Iatrogenia em Cardiologia”, escrito por Pereira *et al.* (2000):

Podemos considerar dois tipos de iatrogenias: 1) iatrogenia de ação: aquela que ocorre pela ação médica, desde a relação com o paciente, passando pelo diagnóstico, terapêutica, até a prevenção. Caracteriza imprudência ou imperícia médica; 2) iatrogenia de omissão: aquela que ocorre pela falta de ação do médico, quer no diagnóstico, quer no tratamento, portanto, ato negligente.

Pereira *et al.* (2000), ao dividir o conceito de iatrogenia em tipos, não diferencia-a de erro médico. A denominada, pelos autores, iatrogenia causada por negligência, imprudência ou imperícias é na verdade erro médico, diferentemente do conceito de iatrogenia mais adequado que denomina os efeitos adversos de uma prática médica correta, sem infração em qualquer das esferas de responsabilidade.

Contudo, Silva & Rocha (2008) esboçam a tentativa de diferenciação entre os dois conceitos referidos:

Nesse caso, devemos considerar o termo iatrogenia merecedor de uma especificação maior, onde poder-se-ia diferenciar o potencial iatrogênico do saber médico, descoberto pelo seus próprios avanços subsequentes, e o ato sustentado por um médico específico que se mostrasse nocivo em função de imperícia, imprudência ou negligência por parte do profissional, a partir de um saber bem consolidado. Nesse último caso, a medicina disporia de propostas bem-assentadas de tratamento, mas o ato médico não seria implementado de acordo com seu potencial benéfico, existindo um atravessamento crítico que eliciaria a ocorrência de circunstâncias iatrogênicas.

Esses autores ao diferenciarem o potencial iatrogênico do ato realizado com imperícia, imprudência ou negligência, diferencia a iatrogenia do erro médico, fato que é muito importante para saber se há ou não responsabilidade médica.

Pereira *et al.* (2000) consideram a abrangência da ocorrência da iatrogenia, seus efeitos adversos e o aumento de sua incidência como decorrência do avanço científico:

As iatrogenias ocorrem em todas as fases do ato médico, desde a relação com o paciente, passando pelo diagnóstico, tratamento, até a prevenção das doenças.(...) Iatrogenias podem ameaçar a qualidade de vida do paciente, à medida que sequelas se mantenham definitivamente. Com o progressivo maior número de opções terapêuticas e métodos diagnósticos, eleva-se o risco de iatrogenia.

Portanto, esse fenômeno pode ocorrer a qualquer momento no decurso do ato médico e, assim como os erros médicos, também provocam sequelas, por vezes irreversíveis. Além

disso, o desenvolvimento tecnológico propiciou a execução de métodos mais invasivos e tratamentos mais agressivos, o que aumenta o número de eventos iatrogênicos.

Para melhor identificar a iatrogenia, Carvalho (2009) propõe como requisitos a previsibilidade do dano e a necessidade de sua produção:

Logo, é possível concluir que os requisitos identificadores do dano iatrogênico são: a previsibilidade do dano (sequela) e a necessidade de sua produção. Decorre, pois, de um atuar médico dirigido a um determinado resultado, que por ser previsível, é necessário. É o meio lícito para se atingir o fim colimado, de acordo com o procedimento técnico recomendado pela doutrina e prática médica.

É importante a caracterização desse evento para que o médico não seja responsabilizado por um ato lícito e correto. O dano iatrogênico é previsível, ou seja, é possível ao médico saber os acontecimentos indesejados e prejudiciais que irão acontecer com o paciente, conforme afirma Carvalho (2009):

Sendo a previsibilidade a possibilidade de ser antevisto o resultado nas condições em que o sujeito se encontrava, fundamental que seja esta examinada no momento em que foi realizada a conduta, não podendo ser projetada para o futuro.

Já a necessidade do dano iatrogênico é indispensável, tendo em vista os princípios da beneficência e não maleficências, pois o mal advindo do agir médico é indispensável à melhora do paciente. Deste modo, através da ponderação de interesses, riscos e benefícios, é preferível realizar um mal menor em prol de um bem maior a ser atingido.

Como mencionado, a iatrogenia decorre do tratamento médico, inerente ao procedimento a ser adotado e que pode ser previsível ou não, evitável ou não. A Medicina não é uma ciência exata e certas intervenções são passíveis de gerar dano ao paciente em busca da melhora de seu quadro clínico.

Essas consequências não podem ser atribuíveis aos médicos, pois não são decorrentes da culpa desse profissional de saúde. É possível uma intervenção extremamente correta, mas com produção de danos ao paciente.

Tavares (2007), no seu artigo “Reflexões acerca da Iatrogenia e Educação Médica” enuncia algumas possíveis causas da iatrogenia e enfatiza a importância em evitá-las:

A prática clínica ocidental está baseada apenas nas doenças, com a crescente desvalorização da escuta. (...) A sensibilidade diagnóstica, sobrepujada pelos excessivos pedidos de exames complementares, pode favorecer o estabelecimento de diagnóstico equivocado, com o consequente tratamento de uma enfermidade que o paciente não possui. (...) a linguagem não-verbal influencia sobremaneira a conduta terapêutica e é percebida pelo paciente: gestos, linguajar, trajes, disposição dos móveis, cor das paredes do consultório, etc. (...) as más condições de trabalho, queixa frequente entre

professores e médicos: o profissional trabalha mais tempo por dia, em diferentes locais, atendendo uma quantidade crescente de pacientes, em consultas rápidas. Além disso, as condições físicas do estabelecimento podem influenciar a conduta do profissional. O prontuário médico – que deveria ser o melhor “parceiro” do médico – acaba sendo preenchido de maneira inadequada, incompleta, não sendo registradas ali informações relevantes acerca das características do paciente e do seu processo de adoecer. A inexatidão dos dados contidos no prontuário, bem como a maneira como este é preenchido (a caligrafia incompreensível, por exemplo) favorecem a iatrogênese. A interdisciplinaridade e a busca da prática da integralidade no ambiente de trabalho, quando estabelecidas, atenuam o número de situações iatrogênicas.

Esse autor também aponta o desenvolvimento tecnológico com possível fator iatrogênico, mas vai além incluindo a linguagem não verbal, as más condições de trabalho e do ambiente, bem como a deficiência no preenchimento do prontuário.

Além desse autor, Araújo *et al.* (2007), no artigo “A comunicação não-verbal enquanto fator iatrogênico”, também mencionam a linguagem não-verbal como uma das possibilidades do dano iatrogênico:

Os enfermeiros participantes do estudo foram capazes de identificar situações em seu cotidiano de trabalho nas quais os sinais não-verbais da interação entre profissionais de saúde e pacientes constituíram fator iatrogênico. Além de identificar e relatar situações, caracterizaram a iatrogenia enquanto comportamento subjetivo, não-intencional, incontrolável e cujas consequências/prejuízos são emocionais e irreversíveis. Ao relatar situações iatrogênicas, também refletiram, lembraram e valorizaram situações nas quais a comunicação foi terapêutica, relacionando-as com a eficácia do cuidado prestado e exemplificaram o modo como o processo de ensino/ aprendizagem relativo aos sinais não-verbais na interação com pacientes pode ocorrer por meio da reflexão crítica baseada na prática diária. Com isso, o não-verbal pode ser mais consciente e adequado.

A conclusão alcançada pelos autores revela ainda a importância da comunicação entre médico e paciente que, na medida em que é efetiva, pode ajudar na terapêutica do enfermo. Desse modo, a boa comunicação pode ser considerada uma das maneiras de prevenir o dano iatrogênico.

Além da comunicação não verbal, a relação entre médico e paciente desenvolvida também pode ser um fator iatrogênico, como afirmam Pereira *et al.* (2000):

A relação do médico com seu paciente pode levar a sequelas comportamentais, que geralmente não são consideradas iatrogenias. Basta citar um exemplo dos mais habituais: criança de sete anos de idade, levada ao médico pediatra cardiologista, que não se deixa auscultar, pois chora sem parar. No intuito de conseguir terminar o exame, o médico ameaça a criança com uma injeção se não silenciar. As sequelas comportamentais para a vida dessa criança poderão ser marcantes.(grifo original).

O tipo de relação estabelecida provoca mudanças psíquicas, que poderão resultar em comportamentos indesejados por toda a vida. A criança do exemplo pode desenvolver aversão à injeção, o que dificultará, por exemplo, a realização de um exame de sangue, a vacinação e até a aversão aos profissionais de saúde, por associar a imagem deles a punição com injeção.

Do mesmo modo, Tavares (2007) relacionou a relação entre médico e paciente com o desfecho e a repercussão da iatrogenia:

Especialmente nas relações pouco consistentes, cuja personalidade do médico é deveras narcísica, médico e paciente passam a ver no “erro” uma forma de fracasso, de modo que o paciente não vai tolerar isso, enfim, não concederá outra chance ou sequer aceitará um pedido formal de desculpas. A relação torna-se fragilizada ou mesmo cessa após o episódio. Geralmente, culmina com um processo jurídico no qual o paciente busca condená-lo por “erro médico”. (...) As perdas foram significativas para ambos, seja no âmbito do estresse, tempo desperdiçado com inúmeras audiências e até mesmo gastos financeiros relacionados às custas judiciais e advocatícias.

Destarte, a partir da relação estabelecida com o uso de cordial e respeitoso da comunicação os conflitos podem ser resolvidos ou mesmo evitados. De outro modo, sem a valorização do paciente enquanto sujeito de direitos, não sendo permitido a esse participar das decisões sobre os procedimentos, é possível a constatação e a intolerância ao erro médico, o que leva ao potencial desgaste para ambas as partes, conforme citado.

Retomando o mencionado acima, o dano iatrogênico não gera nenhum tipo de responsabilidade, pois ele acontece em busca de um bem maior que é a melhora do quadro clínico do paciente e os resultados adversos da conduta médica são previsíveis e necessários.

Carvalho (2009) explica de forma bastante compreensiva a ausência de responsabilidade face um evento iatrogênico:

A medicina moderna ao conceituar a iatrogenia como todo dano causado ao paciente pela ação médica ou os males provocados pelo tratamento prescrito, estanca de forma direta o ingresso no campo da responsabilidade civil, já que os profissionais médicos, que cuidam da saúde alheia, assumem a obrigação de meios com a finalidade de aplicar a arte, perícia e zelo que detêm e que seus pacientes presumem estejam no domínio do esculápio, cujo eventual desvio não vai além da relação terapêutica.

Nessa perspectiva, a ausência de responsabilidade está relacionada à obrigação de meio do médico, não podendo esse profissional ser responsabilizado pelos eventos adversos próprios aos procedimentos necessários adotados. Entretanto, deve empregar toda a técnica disponível ao bem-estar do paciente.

Em síntese, Carvalho (2009) diferencia iatrogenia de erro médico:

Sob o enfoque eminentemente jurídico-doutrinário, é de concluir-se, portanto, que apenas as lesões previsíveis -esperadas ou não- e decorrentes

do *iter procedimental* é que podem ser conceituadas como iatrogênicas. Logo as lesões que decorram de “falha de comportamento humano”, cuja causa geradora tenha sido a imprudência, negligência ou imperícia médica, não tipifica o dano iatrogênico, ingressando, pois, no campo da ilicitude e, conseqüentemente, na esfera específica da responsabilidade civil.

Todavia, a diferença entre a iatrogenia e a culpa do médico nem sempre são muito claras. Algumas vezes é possível que o resultado advindo da conduta médica seja evitável e que haja culpa desse profissional de saúde, conforme Carvalho (2009):

(...) algumas ações médicas, apesar de serem rotuladas como iatrogênicas, provocam efeitos psicossociais indesejáveis e escondem, sob o manto da simulação, um dano que poderia ser evitado, fruto de situação em que o médico, apesar da previsibilidade nociva, anuiu com o resultado.

Portanto, deve-se ter cuidado em explicar ao paciente sobre as conseqüências do tratamento, ter uma comunicação baseada nos preceitos bioéticos e evitar ações negligentes, imprudentes e imperitas.

Os tribunais têm assim decidido:

INDENIZAÇÃO - PROFISSIONAL LIBERAL - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - PERÍCIA - **CULPA DO MÉDICO NÃO COMPROVADA** - RECURSO DESPROVIDO - UNÂNIME. NÃO RESTANDO COMPROVADA A IMPERÍCIA DO CIRURGIÃO, POR MEIO DE PERÍCIA TÉCNICA, **IMPÕE-SE A IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.** (20010110743726 DF , Relator: LÉCIO RESENDE, Data de Julgamento: 07/03/2005, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 05/05/2005 Pág. : 66).(grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. VIDEOLAPAROSCOPIA. PERFURAÇÃO INTESTINAL. ERRO MÉDICO. INOCORRÊNCIA. São pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano, e **a ausência de quaisquer destes elementos afasta o dever de indenizar.** Hipótese em que restou assente no conjunto probatório coligido aos autos, mormente na prova pericial, a correção das condutas médicas adotadas pelo réu, as quais foram qualificadas pelo expert como salvadoras, sendo a perfuração intestinal sofrida pela paciente. (70048345524 RS , Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 03/05/2012, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/05/2012). (grifo nosso).

Notamos que neste exemplo de jurisprudência houve a improcedência da ação com a não condenação do médico devido à presença da iatrogenia.

3.3. ASPECTOS POLÊMICOS EM RESPONSABILIDADE MÉDICA

Nesta última sessão do trabalho será realizada uma análise sobre três temas polêmicos envolvendo a responsabilidade médica. Tal delimitação de faz necessária para consecução do objetivo deste trabalho, sem ter a pretensão de discutir com profundidade todos temas polêmicos. Os temas são: consumerização da relação entre médico e paciente, os limites da responsabilidade médica e a prática da medicina defensiva.

3.3.1. CONSUMERIZAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE

A responsabilização médica foi analisada com base no Código Civil, entretanto, hodiernamente, o diploma que majoritariamente tem sido aplicado no Poder Judiciário para as ações de erro médico é o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Entretanto, o Código de Ética Médica enuncia como um dos princípios fundamentais: “XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.” (CFM, 2010).

Machado (2009) considera a aplicação do Código Civil às relações de consumo devido às peculiaridades da relação estabelecida:

A relação médico-paciente guarda contornos próprios e, na eventualidade de surgimento de desavenças, merece uma apreciação à luz do Código Civil. E porque esse relacionamento, quase sempre, tem origem no voto de confiança depositado pelo paciente em seu médico, a quem se entregou física e emocionalmente, o desenvolvimento encontra dificuldades de solução imediata porque, repete-se, trata-se de um relacionamento pautado na emoção.

Em notícia disposta no portal *on-line* do Conselho Federal de Medicina (CFM), pode-se observar a postura do seu presidente a respeito da questão, ao traçar um paralelo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor e afirmar ser aquele o que melhor se aplica às ações envolvendo médicos e pacientes:

O presidente do CFM, Roberto d’Avila, defendeu a tese de que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não é instrumento adequado para regular os conflitos judiciais que envolvem médicos e pacientes. Segundo ele, **o Código Civil é o recurso mais apropriado, pois permite que sejam levadas em consideração no processo peculiaridades do trabalho médico – como a possibilidade de que o tratamento não tenha o resultado esperado.** “O CDC não regula inteiramente a responsabilidade médica e não faz referência expressa ao serviço prestado por profissionais da medicina”, avaliou. (grifo nosso) (CFM, 2011).

Assim, a aplicação do CDC à relação entre médico e paciente é controversa, pois a transformação dessa relação em relação de consumo poderia descaracterizá-la. Por outro lado, a aplicação de diploma legal diverso não conferiria ao paciente a proteção presente no CDC.

Quando se compreende a favor da caracterização da relação entre médico e paciente como relação de consumo, tem-se a perspectiva do médico como fornecedor de um serviço prestado, conforme dispõe o artigo 3º e seu parágrafo 2º:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

(...)

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (Brasil, 1990).

Igualmente, na medida em que se compreende que o CDC se aplica à mencionada relação, ao paciente também se atrela o conceito de consumidor, explicitado no artigo 2º do CDC: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (Brasil, 1990).

Nesse mesmo código, em seu artigo 14, é disciplinada a responsabilidade objetiva do fornecedor, excepcionada aos profissionais liberais, dentre eles o médico, segundo a perspectiva consumerista da relação:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (Brasil, 1990).

Eis então um ponto de concordância entre os dois diplomas legais, a responsabilização subjetiva do profissional, que apenas ocorre mediante a verificação de culpa, em uma de suas modalidades, conforme explicitado anteriormente.

Conforme supracitado, embora o CFM entenda de modo diverso, o Poder Judiciário majoritariamente compreende que a relação entre médico e paciente é regida pelo CDC. Aquele se enquadra no conceito de fornecedor previsto no artigo 3º e este, no de consumidor no artigo 2º. Segundo Almeida (1999): “Quando uma pessoa se sente doente e recorre aos serviços de saúde firma-se uma relação de consumo.”. Assim, a relação entre médico e

paciente é também disciplinada pelo CDC, que confere a essa relação algumas especificações a serem mencionadas mais adiante.

Insta destacar que pelas peculiaridades da relação entre médico e paciente, essa não deve ser reduzida a uma relação de consumo, mesmo que comporte aspectos consumeristas, como bem destaca Almeida (1999):

Não se deve reduzir as complexas relações que se estabelecem entre médico e paciente ao simples consumo de um determinado serviço, sob pena de se reduzir, também, o princípio de respeito à autonomia do paciente à uma mera relação contratual. Mas o paciente, também, é um consumidor de serviços de saúde.

Segundo Ferraz (1997), o termo paciente consumidor, por ele denominado, confere maior proteção ao paciente do que outrora:

O que pretendemos com a associação da qualidade de consumidor ao paciente, portanto, não é equipará-la, sem quaisquer ressalvas, a um consumidor qualquer, que compra roupas num shopping ou almoça em um restaurante, mas sim reforçar que o paciente, enquanto consumidor, é sujeito de uma série de direitos que, normalmente, são ignorados ante o completo paternalismo (mais propriamente chamado de autoritarismo) que vigora em nossa área. Em outras palavras, queremos apenas chamar a atenção para o fato de que o paciente, a despeito do adjetivo que universalmente é utilizado para designá-lo, não pode mais ser apenas o sujeito passivo e inerte da prestação de serviços de saúde, mas sim o titular de direitos que, entre outras coisas, conferem-lhe o poder de participar ativamente do tratamento.

Ademais, o referido autor menciona os efeitos positivos da consumerização da relação entre médico e paciente, como o regaste das peculiaridades dessa relação:

A observância dos direitos do paciente-consumidor resgatará certamente os elementos confiança e respeito solapados com o advento da sociedade de massas, e diminuirá relevantemente os motivos daquele para questionar os serviços que utiliza (Ferraz, 1997).

Dentre as especificidades que o CDC confere ao paciente destacam-se os direitos mencionados no artigo 6º do referido diploma legal:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. (Brasil, 1990).

Almeida correlaciona o inciso I com a prática médica:

O primeiro item do artigo 6º pode ser analisado tendo por contexto as inúmeras possibilidades de intervenção diagnosticas-terapeuticas que a medicina atualmente dispõe. Muitas delas poderiam ser classificadas na categoria de “serviços considerados perigosos”, e seus possíveis benefícios para o paciente devem ser avaliados de acordo com os riscos inerentes a intervenção, mas a quem abe avaliar? No nosso entendimento, ao paciente (Almeida, 1999).

Assim, esse artigo está em consonância com os princípios bioéticos mencionados, principalmente o da autonomia, como evidenciado pelo mesmo autor em relação aos incisos seguintes:

Os itens II e III parecem trazer luz a essa questão. Sob o ponto de vista do consumidor, ele tem direito à informação e à liberdade escolha. Na avaliação dos riscos e benefícios de uma determinada ação medica, é razoável afirmar que o usuário direto, o paciente também deve participar (Almeida, 1999).

Enzweiler (2009) destaca dois aspectos importantes do artigo 6º:

Dois são, em meu sentir os pontos mais destacáveis do artigo mencionado, aqui absolutamente pertinentes: primeiro, o direito do consumidor (e do paciente, por extensão) à informação adequada; segundo, nas hipóteses mencionadas (verossimilhança das alegações do consumidor-paciente ou constatação de sua hipossuficiência técnica, financeira ou informacional), a facilitação da defesa de seus direitos em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova.

O direito a informação normalmente é realizado com a correta assinatura do termo de consentimento livre e esclarecido, que faz parte do exercício da autonomia do paciente. Além disso, devido à relação de desigualdade estabelecida entre as partes da relação, o CDC determinou a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, o que juntamente com os fatores mencionados contribuíram para o maior acesso dos pacientes ao Poder Judiciário.

A inversão do ônus da prova é explicitado por Murr (2010):

Além disso, no art. 6º, VIII, adotou a teoria do *onus probandi incumbit actori* (o ônus da prova cabe ao autor) com o intuito de conferir ao paciente mais equilíbrio na defesa de seus direitos, tendo em vista a situação de fragilidade do consumidor-paciente. Como mencionado, a relação de desigualdade entre médico e paciente tem na linguagem jurídica a denominação de hipossuficiência. Representa o paciente a debilidade causada pela enfermidade e no médico, o domínio do conhecimento.

Entretanto, essa inversão também repercute na relação entre médico e paciente, consoante ao que afirma Murr (2010):

O cerne da questão reside na interferência do novo dispositivo jurídico na qualidade da relação médico-paciente. Nesse sentido, parece problemático e perigoso se, especificamente no caso dessa relação (que não pode ser resumida a uma situação comum de consumidor-fornecedor), o esforço de igualar materialmente as partes (mediante a distribuição do encargo probatório) se sobreponha à solicitação de que médicos devam atentar a valores como confiança e trato humanitário para com os seus pacientes.

Essa nova regra pode gerar um sentimento junto aos médicos de visualização do paciente como potencial adversário em um litígio judicial, em detrimento da confiança e cooperação mútuas a serem estabelecidas.

Ferraz (1997) elabora importante síntese sobre as consequências desses novos direitos:

Ao invés do paciente passivo - que nada tem a fazer senão confiar cegamente no profissional que o atende - ou do paciente-adversário - encarado como um inimigo que quer tirar proveito de ações judiciais - surge à figura do paciente-consumidor, titular de direitos que devem ser obrigatoriamente respeitados.

Desse modo, devem-se abandonar condutas paternalistas em relação ao indivíduo e, ao mesmo tempo, não considerar o enfermo como um possível oponente, mas respeitar os seus direitos com fins de obter uma boa relação entre médico e paciente.

3.3.2. OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO EM MEDICINA

Para melhor caracterização da responsabilidade médica é preciso diferenciar obrigação de meio e obrigação de resultado para conhecimento sobre quando o médico pode ser responsabilizado. Na obrigação de resultado, o objeto do contrato é o fim colimado pelas partes e ele deve ser atingido, sob pena de responsabilização (França, 2003).

Já na obrigação de meio, cabe ao profissional utilizar-se de todos os meios à sua disposição para realização de um bom trabalho com a aplicação do seu conhecimento e da

técnica preconizada, não sendo possível garantir um resultado específico, conforme leciona Udelsmann (2002):

Nas obrigações de meios, o profissional deverá colocar à disposição do paciente todos os recursos, além de conhecimentos atualizados, visando o melhor resultado possível; a cura *ad integrum*, no entanto, não pode ser prometida, pois seres biológicos não respondem matematicamente ao tratamento e resultados adversos são assim possíveis, apesar do melhor empenho da equipe médica.

A obrigação do profissional de saúde é de meio, sendo endossada pela seguinte justificativa:

O raciocínio que se impõe é o de que, quanto maior a evolução das técnicas e das ciências, mais invasiva tem sido a atuação do profissional, ficando o resultado cada vez mais na dependência do organismo no qual intervém (França, 2003).

Portanto, a obrigação médica é de meio, ou seja, o médico deve utilizar todos os recursos à sua disposição para propiciar bem-estar ao paciente.

Conforme mencionado na primeira parte deste trabalho, o paciente tem a expectativa de alcançar a cura da sua enfermidade. Entretanto, essa não pode ser garantida pelo médico, pois há diversos fatores envolvidos na obtenção desse resultado, e que independem do médico, inclusive a adesão do paciente às prescrições efetuadas.

Quanto às cirurgias plásticas os tribunais majoritariamente entendem que a responsabilidade modifica-se de acordo com a finalidade do procedimento, a ser classificado como reparadora ou estética. Desta forma, a cirurgia reparadora objetiva “corrigir uma deformidade física congênita ou traumática, que nasceu com a pessoa ou surgiu no curso da vida.” (Rizzardo, 2009). Já a estética “é praticada para melhorar a aparência ou atenuar as imperfeições do corpo.” (Rizzardo, 2009).

Conforme os julgados abaixo, a cirurgia reparadora é considerada como obrigação de meio, enquanto a embelezadora, ou estética, é de resultado, ou seja, nesta não é preciso demonstrar a culpa do médico para que esse seja responsabilizado, enquanto que naquela é exigida a presença da negligência, da imprudência ou da imperícia para a caracterização da responsabilidade pelo dano:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. APLICAÇÃO DO ART. 14, § 4º DO CDC. CIRURGIA DE REALINHAMENTO DO SEPTO NASAL (OBRIGAÇÃO DE MEIO) E DE RECOMPOSIÇÃO ESTÉTICA DO NARIZ (OBRIGAÇÃO DE RESULTADO). RESULTADO NÃO SATISFATÓRIO QUANTO À CIRURGIA ESTÉTICA. DANO MORAL CARACTERIZADO. DANO MATERIAL

AFASTADO. 14§ 4ºCDCA responsabilidade pessoal do médico é subjetiva e, por conseguinte, deve ser provada a culpa, pois incidente o § 4º do art. 14 do CDC. No caso, considerando que, conjuntamente, o...§ 4º14CDC (70045294584 RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Data de Julgamento: 13/09/2012, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/09/2012).

RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - ERRO MÉDICO - **CIRURGIA REPARADORA - OBRIGAÇÃO DE MEIO** - CULPA - ÔNUS DA PROVA - **As cirurgias reparadoras, ao contrário das cirurgias estéticas, são 'obrigação de meio' e não de resultado.** - Em sendo a cirurgia reparadora e, portanto, tratando-se de obrigação de meio, para a responsabilização do médico por dano causado à paciente, faz-se necessário que resulte devidamente comprovado que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia. (TJMG Número do processo: 2.0000.00.489717-8/000(1), Relator: Hilda Teixeira da Costa, Data do Julgamento: 18/08/2005 Data da Publicação: 24/09/2005). (grifo nosso).

INDENIZATÓRIA - RELAÇÃO DE CONSUMO - REQUISITOS LEGAIS - POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. **CIRURGIA REPARADORA - OBRIGAÇÃO DE MEIO** - RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E DO HOSPITAL - FALTA DE PROVA DA CULPA - **UTILIZAÇÃO ADEQUADA DAS TÉCNICAS E MÉTODOS - IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL.** Na ação que versar sobre relação de consumo, inverte-se o ônus da prova, se caracterizada a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança das suas alegações. **O cirurgião plástico somente pode ser responsabilizado pelo insucesso da cirurgia reparadora, consubstanciada como obrigação de meio, caso não se utilize das técnicas e dos métodos indicados para o seu procedimento.** O médico cirurgião ou o nosocômio não agindo com imperícia, com imprudência ou negligentemente, **não se sujeitam a indenizar a paciente não satisfeita com o resultado da cirurgia reparadora, por caracterizar-se como obrigação de meio.** (TJMG, Número do processo: 1.0479.03.051362-2/002(1), Relator: José Amancio, Data do Julgamento: 29/08/2007, Data da Publicação: 11/10/2007).(grifo nosso).

CIVIL. CONSUMIDOR. CIRURGIA PLÁSTICA. NATUREZA. REPARAÇÕES MORAL E ESTÉTICA. ERRO MÉDICO. IATROGENIA. Cirurgia plástica reparadora que visava diminuir o volume dos seios de paciente menor - 16 (dezesseis) anos - que causava sérios problemas à sua saúde e não só a nível estético. Ação deduzida 11 (onze) anos após a intervenção cirúrgica sob a alegação de que o ato não atingiu o êxito estético esperado, demandando a casa de saúde e o médico com pleitos de reparações material e moral. **Cirurgia realizada para fins funcionais e não apenas no aspecto estético.** Expertise judicial que registrou discreta assimetria e incongruência dos mamilos, mas afastou a tese de erro médico. **Iatrogenia ocorrente. Inocorrência de culpa bem reconhecida na sentença,** improvimento ao recurso que pretendia revertê-la. Unânime. (TJMG 2004.001.12086 - Apelação Cível. Relator: Des. Murilo Andrade de Carvalho, Sessão de Julgamento: 18/11/2004). (grifo nosso).

Quanto às cirurgias embelezadoras Kfourri Neto (2002) explica:

A responsabilidade civil decorrente de cirurgia plástica estética é, quase sempre, analisada de modo pouco favorável ao médico. (...) afirmam os tribunais, quase em uníssono, que mesmo não provada a culpa (em qualquer das suas formas) do cirurgião plástico, basta o resultado insatisfatório para que se caracterize a obrigação de indenizar.

Esta autora concorda com a apreciação desse autor, sobretudo com base no argumento de que “As condições individuais do paciente podem determinar o mau resultado, que independeria da vontade do médico.” (Kfoury Neto, 2002).

Adiante Kfoury Neto (2002) relata:

(...) constata-se, todavia, que a doutrina (PENNEAU E CHABAS, em França; ANDORNO E BUERES, na Argentina; os Ministros RUY ROSADO DE AGUIAR e CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, entre nós) e a jurisprudência (ainda com certa timidez, surgem votos vencidos) têm admitido que a obrigação do cirurgião estético não diverge, em essência, da obrigação de qualquer outro médico operador, em virtude da álea inerente a qualquer intervenção cirúrgica.

Desse modo, o cirurgião plástico, como qualquer outro médico, está suscetível a imprevistos e a fatores que não estão sob seu alcance, tendo assim configurada a obrigação de meio e não a de resultado.

3.3.3. A MEDICINA DEFENSIVA E SUAS IMPLICAÇÕES ÉTICAS

Conforme demonstrado acima, em virtude da ampliação dos direitos do paciente, do maior acesso à justiça, da consumerização da relação entre médico e paciente, dentre outros fatores, os médicos ficaram mais suscetíveis de serem réus em demandas judiciais. Para evitar tais demandas, esses profissionais passaram a adotar condutas tendo em vista a redução ou mesmo a eliminação do risco de serem demandados em juízo.

Esse comportamento preventivo contra as demandas judiciais não é exclusivo do Brasil, sendo adotado principalmente nos Estados Unidos, onde a judicialização da relação entre médico e paciente é marcante. Kfoury Neto (2002) afirma:

Nos Estados Unidos, a medicina defensiva fundamenta-se, precipuamente, na realização de exames complementares, com o propósito de se obter certeza diagnóstica - via segura para a terapia adequada e o consequente afastamento de eventual má prática.

Portanto, a correta prática médica fundamentada na anamnese, exame físico e no raciocínio clínico pode ser considerado de difícil conteúdo probatório em juízo. Com isso, a utilização maciça de exames complementares pode buscar objetivar mais a segurança da conduta médica do que necessariamente a necessidade de suas prescrições na assistência à saúde.

O aumento dos processos contra médicos é alvo de preocupação de diversas entidades médicas, que passaram a formular manuais e cartilhas com aconselhamentos para que as demandas sejam evitadas, conforme Kfoury Neto (2002):

Posteriormente, a AMRIGS editou um manual de medicina defensiva, que expõe maneiras práticas de se evitar o processo, “ganhar” o processo, que for impossível evitá-lo, ressarcir-se das despesas, quando possível e diminuir os prejuízos, caso sobrevenha derrota.

O aconselhamento para obtenção de uma boa relação entre médico e paciente com cuidados essenciais empreendidos ao enfermo, bem como o respeito aos direitos destes são aspectos positivos que podem sobrevir a partir da medicina defensiva. Isto porque, é possível considerar-se que a busca pela obtenção de uma boa relação visando obstar uma ação judicial confere ganhos para os envolvidos na medida em que aumenta a qualidade da prática médica cuidadosa. O paciente assume o centro dos cuidados médicos e é tratado com respeito e dignidade.

Entretanto, a medicina defensiva não está isenta de aspectos negativos, conforme Minossi (2009):

Essa posição defensiva, além de se constituir em um fator de diminuição da assistência aos pacientes de maior risco, leva a um maior custo da medicina, não só para o usuário, como para a sociedade como um todo.

Com intuito de evitar demandas, os médicos podem se recusar a atender pacientes que representam um potencial risco de acioná-los judicialmente, a exemplo daqueles que representam co-morbidades ou aqueles em iminente risco de morte. Essa circunstância por si só é capaz de requerer uma apreciação ética preocupante sobre tal conduta, visto que, caso realizada, tem-se por consequência que os pacientes que mais precisam de atendimento médico seriam os rejeitados pelo receio médico diante do risco, culminando em agravamento de seus estados de saúde.

Além disso, inegável a despesa adicional com a requisição de mais exames complementares. A medicina defensiva aumenta os custos dos procedimentos médicos e os gastos tanto no setor público como no privado. Em última análise, seja através dos impostos, seja pelo aumento nas tarifas dos planos de saúde, toda sociedade termina por arcar com esse dispêndio.

Contudo, um dos aspectos mais importantes é a valorização do paciente e da relação com ele estabelecida. Não se pode deixar de perceber que um dos focos da Medicina é o cuidado com o enfermo e a busca pelo seu bem-estar, muitas vezes só alcançado com uma

relação humanizada, mesmo tendo à disposição toda a tecnologia conseguida com os avanços científicos, conforme Barsanti & Pessoa (2009):

Atualmente, com o advento de exames precisos e procedimentos complexos, podemos realizar tarefas que outrora eram inimagináveis, porém, muitas vezes temos deixado de lado a relação humana, o atendimento humanizado, a dedicação e atenção necessárias ao nosso paciente. Apesar de toda preocupação médica com sua atualização, que é fundamental para o conhecimento e bom uso de todo arsenal terapêutico a seu dispor não se pode minorar a importância do bom relacionamento do profissional médico e seu paciente. Uma boa relação médico-paciente é sem dúvida o fator mais importante para o sucesso da empreitada de ambos. Por parte do médico, a transmissão de segurança, confiança, preocupação, interesse, conhecimento, afeto e dedicação. Em relação ao paciente, este deve entender que a medicina, em muitas situações, pode não obter o resultado desejado, independente da melhor atuação do profissional médico.

A valorização da relação entre médico e paciente e a prática médica visando seu prestígio é uma das melhores formas de evitar as demandas judiciais, segundo Barsanti & Pessoa (2009):

Alguns fatores que podem interferir na relação médico-paciente devem ser exaustivamente combatidos, como a interferência das operadoras de planos de saúde em exames que possam auxiliar no diagnóstico e tratamento de algumas patologias, condições de trabalho absolutamente questionáveis a que são submetidos alguns profissionais de saúde, principalmente em serviços públicos e também em privados, ensino médico deficiente, entre outros tantos fatores que deterioram a relação do médico com seu paciente. Conforme nos mostram inúmeros estudos, a quebra da relação médico-paciente adequada se desdobra no aumento do número de ações contra médicos em todas as escalas do direito.

Desse modo, a relação entre médico e paciente estabelecida por meio do cuidado, da diligência, da perícia e da prudência é a melhor forma de evitar as demandas judiciais, o que não aumenta os custos, não traz prejuízos ao paciente, não o visualiza como um potencial litigante e aumenta a qualidade do atendimento em prol do exercício da medicina com ética e boa técnica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como proposta discutir as possíveis causas do processo de judicialização da relação entre médico e paciente, com base na reflexão sobre bioética e ética médica, com a humilde finalidade de buscar contribuir com os trabalhos teóricos atuais sobre o tema.

Para tanto, foi realizado um breve histórico da relação entre médico e paciente com a finalidade de compreender as suas mudanças ocorridas e relacioná-las às causas de judicialização. Ademais, mostrou-se que a expectativa de cura de paciente e a relação transferencial envolvida também é outra causa.

Além dessas, foram discutidas a ampliação dos direitos humanos e o acesso à justiça, bem como a judicialização das questões sociais como contribuintes para esse processo. Por fim, a reflexão a respeito da responsabilidade médica foi abordada como consequência desse processo estudado.

A compreensão das hipóteses de responsabilização médica, de exclusão, bem como suas consequências para a relação entre médico e paciente é fundamental para aplicação dos princípios bioéticos apresentados anteriormente, princípios da autonomia, beneficência, da não maleficência e equidade.

A discussão sobre a consumerização da relação e o conceito de iatrogenia são nuances importantes para reflexão do tema, bem como a prática da medicina defensiva. A ciência dos direitos e deveres dos médicos e pacientes é importante para evitar conflitos, principalmente àqueles que resultam no ingresso de uma ação no Poder Judiciário.

Em se tratando de um trabalho no campo da Bioética, pretendeu-se realizar a reflexão com base nos princípios da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, por ser mais abrangente e que melhor se adéqua a realidade brasileira, sem deixar de mencionarmos a importância do princialismo como importante marco teórico.

Neste sentido, esperamos ter contribuído para a reflexão sobre o tema e que este trabalho enseje a continuidade de outras pesquisas.

SUMMARY

THE JUDICIALIZATION OF RELATIONSHIP BETWEEN THE DOCTOR AND PATIENT: A BRIEF REFLECTION ON BIOETHICS AND MEDICAL ETHICS.

The judicialization of the relationship between doctor and patient requires a brief analysis under the bioethical standpoint and medical ethics. This study aims to discuss some possible causes of judicialization of that relationship. To achieve this goal we used the hypothetical-deductive method based on a literature review on the topic. Some ideas have been suggested as the possible causes of the change in the relationship between doctor and patient such as exacerbation of autonomy, the expectation of healing the sick, the expansion of rights human, judicialization of social issues and the nuances of medical liabilities in terms of the Brazilian Consumer Protection Code and the Code of Medical Ethics. After that brief analysis, you can see some of the causes that lead the patient to the Judiciary in order to avoid them, if not reasonable, seeking a harmonious relationship between doctor and patient

Keywords: 1. Judiciary; 2. Doctor-patient relationship; 3. Bioethics 4. Medical ethics.

REFERÊNCIAS

Abujamra ACP, Bahia CJA. O direito social à saúde na constituição federal de 1988: reserva do possível e mínimo existencial – limites? Rev. Novatio Iuris – ano II – nº 3 – julho de 2009.

Almeida, JLT. Respeito a autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido: uma abordagem principialista da relação médico-paciente. Rio de Janeiro. Tese [Doutorado em Saúde Pública] – Instituto Oswaldo Cruz; 1999.

Araújo Monica Martins Trovo de, Silva Maria Júlia Paes da, Ana Cláudia G. Puggina. A Comunicação Não-verbal enquanto Fator iatrogênico. Rev. esc. enferm. USP [periódico na Internet]. 2007 Set [citado 2012 Dez 09]; 41 (3): 419-425. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-2342007000300011&lng=en. <http://dx.doi.org/10.1590/S0080-62342007000300011>

Barroso, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Rev Jus Navigandi, [periódicos na Internet]. 2005 out [acesso em 17 nov 2012]; Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>.

Barsanti, C; Pessoa JHL. Manual de pediatria : defesa profissional / São Paulo : Sociedade de Pediatria de São Paulo, 2009.

Beauchamp TL, Childress JF. Princípios de ética biomédica. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola; 2002.

Beier M, Iannotti GC. O paternalismo e o juramento hipocrático. Rev. Bras. Saude Mater. Infant. [periódicos na Internet]. 2010 dez [acesso em 02 jan 2012]; 10: s383-s389 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600017&lng=en. <http://dx.doi.org/10.1590/S1519-38292010000600017>.

Bertrand R. Historia do pensamento ocidental. tradução: Laura Alves e Aurelio rabello. [livro na Internet]. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004[acesso em 08 set 2012]. Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=ksAu7jtHoZgC&printsec=frontcover&dq=Historia+do+pensamento+ocidental&source=bl&ots=OrjjOmYtvo&sig=wx49Ivm1_fOa3WjnDYRVNeUsng&hl=ptBR&sa=X&ei=FNR7UKKzGpDA9QS-3YGoCQ&ved=0CDEQ6AEwAA.

Biondo-Simões MLP, Martynetz J, Kinoshita FUM, Olandoski M. Compreensão fazer Termo de consentimento Informado. Rev. Col. Bras. Cir. [Periódico na Internet]. Junho de 2007 [citado em 02 de jan de 2012]; 34 (3): 183-188. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01009912007000300009&lng=en.

Brandão AP, Nogueira AR, Oliveira JE, Guimarães JI, Suplicy H, Brandão AA, coordenadores. I Diretriz Brasileira de Diagnóstico e Tratamento da Síndrome Metabólica. Arq Bras Cardiol 2005;84:1-28.

Brasil. Código Civil (2002), Brasília, DF: Senado Federal; 2002.

Brasil. Código Civil (1990), Brasília, DF: Senado Federal; 1990.

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

Canguilhem, G. Escritos sobre a medicina. Trad. Vera Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

Carvalho, JCM. Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil. Rio de Janeiro :Lumen Juris, 2009.

Carvalho, M; Alan AV. Erro Médico los Pacientes hospitalizados. J. Pediatr. (Rio J.) [periódico na Internet]. 2002 [citado em 2012 Dez 23]; 78 (4): 261-268. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-5572002000400004&lng=en.
<http://dx.doi.org/10.1590/S0021-75572002000400004>.

Cachapuz, RR; Moraes, MM. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 11, n. 2 p. 593-613, jul./dez. 2011.

Ceneviva R; Silva Junior OC. O paciente cirúrgico: relação médico paciente. In: Simpósio: Fundamentos em Clínica Cirúrgica - 1ª Parte. 2008 jul.-set41(3):252-258 p. 257; Ribeirão Preto, Brasil acesso em [02 jan 2012]. Disponível em:http://www.fmrp.usp.br/revista/2008/VOL41N3/SIMP_1O_%20paciente_cirurgico_relacao_medico_paciente.pdf.

Conselho Federal de Medicina (Brasil). Resolução nº. 1931, de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União 13 de outubro de 2009, Seção I Conselho Regional de Medicina [homepage na internet]. Juramento hipocrático. [acesso em 14out 2012]. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>.

Coutinho, LM. Código de ética Médica comentado. Florianópolis: OAb/ SC editora, 2004.

Diniz D, Guilhem D. O que é bioética. São Paulo: Brasiliense; 2005.

Engelhardt Junior HT. Fundamento da bioética. Tradução: José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

Enzweiler RJ. Transformações da responsabilidade civil nos tempos do wiki-tesarc: da imunidade à hiperresponsabilidade. In: Figueredo AML, Roberto L. Direito Médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica. Rio de Janeiro: Lumem Juris; 2009. 303-20.

Ferraz OLM. Questionamentos judiciais e a proteção contra o paciente: um sofisma a ser corrigido pelo gerenciamento de riscos. Bioética. 1997; 5(1):7-12.

Fonseca MCL. O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ; 2005.

Foucault M. Microfísica do poder. Organização e tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal; 1979.

França, BHS. Responsabilidade civil do profissional de saúde. In.: URBAN, Cícero de Andrade. Bioética Clínica. Rio de Janeiro: Revinter: 2003.

França, GV. Direito médico. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Garrafa V. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. Rev. bioét. [periódicos na Internet]. 2011 abril [acesso em 08 set 2012]; Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/97/1022005; 13 (1): 125-34.

Gottschall CAM. Medicina hipocrática: antes, durante e depois. Porto alegre: Ed. Conselho Regional de Medicina; 2007.

Houaiss, A e Villar, MS. Minidicionario Houaiss de língua portuguesa 3 ed ver e aum Rio de Janeiro:objetiva, 2008

Humenhuk, Hewerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 16 dez 2012.

Ismael JC. O médico e o paciente: breve historia de uma relação delicada. 2 ed. ver. e ampl. São Paul: MG editores, 2005.

Jacobina, RR. Cidadania e saúde: cidadania no Brasil republicano e saúde enquanto direito social.(2008)

Jaspers K. O medico na era da técnica. Tradução Tiago Proença. Edições 70: Lisboa Portugal, 1998.

Kant I. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Editora Martin Claret; 2005.

Kfourri Neto, M. Culpa medica e ônus da prova. Editora revista dos tribunais ltda são Paulo, 2002.

Le Goff J. A idade media explicada aos meus filhos. Tradução Hortencia Lencastre. [livro na Internet]. Rio de Janeiro: Agir, 2007.[acesso em 08 set 2012]. Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=C_uYVr0dYocC&printsec=frontcover&dq=A+idade+media+expliada+aos+meus+filhos.&source=bl&ots=nU1SVTy0qf&sig=9LJk8IeLHYjUsyRT5q_PDt94v6I&hl=ptR&sa=X&ei=ytR7UOuHMYT48gS7noGQBA&ved=0CDQQ6AEwAA#v=onepage&q=A%20idade%20media%20explicada%20aos%20meus%20filhos.&f=false

Lopes FF. A relação médico-paciente: entre a atenção e a incompreensão. In: Figueredo AML, Roberto L. Direito Médico: implicações éticas e jurídicas na pratica médica. Rio de Janeiro: Lumem Juris; 2009. 59-81.

Machado, JS. O dano moral nas ações de responsabilidade civil médica. In: Figueredo AML, Roberto L. Direito Médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica. Rio de Janeiro: Lumem Juris; 2009. 222-45.

Marques Filho, J. Termo de consentimento livre e esclarecido na prática reumatológica. Rev. Bras. Reumatol. [periódicos na Internet]. 2011 abril [acesso em 02 jan 2012];51(2):179-183. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0482-50042011000200007&lng=en. <http://dx.doi.org/10.1590/S0482-50042011000200007>.

Martins C. Ensaio psicanalítico. Santander Cultural: Porto Alegre, 2005.

Melhado R. Direitos humanos e acesso à Justiça. Rev. TRT - 9ª R. Curitiba v. 27 n.1 p. Jan./Jun. 2002.

Mello Filho, J. Erro médico. In: Figueredo AML, Roberto L. Direito Médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica. Rio de Janeiro: Lumem Juris; 2009. 323-49.

Minossi José Guilherme. Prevenção de Conflitos médico-Legais não Exercício da medicina. Rev. Col. Bras. Cir. [Periódico na Internet]. 2009 fev [citado 2012 Dez 15]; 36 (1): 90-95. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-69912009000100016&lng=en. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-69912009000100016>.

Moraes, IN. erro medico e a justiça. 5 ed. Ver. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2003.

Murr LP. A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela legislação brasileira. Revista Revista Bioética 2010; 18 (1): 31 – 47.

Neves MCP. Cadernos de bioética. CEB: Coimbra, março de 1996.

Nunes CRR, Nunes AP. Bioética. Rev. bras. enferm., Brasília, v.57, n. 5, Out. 2004 .Acesso<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034672004000500020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 Junho 2012.

Organização das Nações Unidas. Declaração universal de bioética. Geneva: WHO; 2006.

Paula, A. O acesso à justiça. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/3401>>. Acesso em: 1 jan. 2013.

Pereira, AC; Franken RA; Sprovieri SRS, Golin V. Iatrogenia em cardiologia. Arq. Bras. Cardiol., São Paulo, v. 75, n. 1, July 2000 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S006682X2000000700009&lng=en&nrm=iso>. access on 16 Mar. 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0066-782X2000000700009>.

Reis, JC. Historia e teoria: historicismo, modernidade, temporalidade e verdade. [livro na Internet]. Rio de Janeiro: editora. FGV, 2005[acesso em 08 set 2012]. Disponível em:<http://books.google.com.br/books?id=0RUhFWcxKegC&printsec=frontcover&dq=Historia+a+e+teoria:+historicismo,+modernidade,+temporalidade+e+verdade.&source=bl&ots=ad59r>

UuVJE&sig=c1Y0IAJmdXWEXZB5U7RFxdsEHXE&hl=ptBR&sa=X&ei=M9V7UPfuLpPC9gTq1YFo&ved=0CDEQ6AEwAA.

Ribeiro, PT. Direito à saúde: integridade, diversidade e territorialidade. Rev. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 12, n. 6, Dec. 2007.

Rizzardo, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

Scliar, Moacyr. História do conceito de saúde. Physis, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, abr. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312007000100003&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 01 jan. 2013.

Silva S E D, Ramos F R S, Martins C R, Padilha M I Vasconcelos E V. Constituição cidadã e representações sociais: uma reflexão sobre modelos de assistência à saúde. Rev. esc. enferm. USP [periódicos na Internet]. 2010 Dez [acesso 17 nov 2012] ; 44(4):1112-1117. Disponível em:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080342010000400037&lng=en.

Silva, FL. Da ética filosófica à ética em saúde. In: Ferreira, SIC, Oselka G , Garrafa V - coordenadores Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

Silva, LP. Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Brasília. especialista. Monografia [Especialista em Direito Público]- Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2009.

Silva, Paulo Roberto Mattos da; ROCHA, Maria Silveira da. O ato médico e a subjetividade. Rev. latinoam. psicopatol. fundam., São Paulo, v. 11, n. 1, Mar. 2008.

Souza, Neri Tadeu Camara. Erro médico e responsabilidade civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 438, 18 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5697>>.

Tavares, Felipe de Medeiros. Reflexões acerca da iatrogenia e educação médica. Rev. bras. educ. med., Rio de Janeiro, v. 31, n. 2, Aug. 2007.

Tesser CD, Luz MT. Uma introdução às contribuições da epistemologia contemporânea para a medicina. Ciênc. Saúde coletiva. 2002. 7(2): 363-372-364.

Trindade ES, Azambuja LEO, Andrade JP, Garrafa V. O Médico Frente ao Diagnóstico e Prognóstico do Câncer Avançado. Rev. Assoc. Med. Bras. [Periódico na Internet]. 2007 fev [citado 08 de set de 2012]; 53 (1): 68-74. Disponível em:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01042302007000100023&lng=en n. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-42302007000100023>.

Udelsmann ARTUR. Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos. Rev. Assoc. Med. Bras. [Periódico na Internet]. Junho de 2002 [citado em 2012 Dez 23]; 48 (2): 172-182. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302002000200039&lng=en. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-42302002000200039>.

Vasconcelos C. Responsabilidade médica e judicialização na relação médico-paciente. Rev bioét (Impr.) 2012; 20 (3): 389-96.

Zanon Junior,OL. Evolução social dos direitos humanos. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2755, 16 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18281>. Acesso em: 5 de junho de 2012.