φ

PAULO ANTONIO DE CARVALHO FORTES

**A RESPONSABILIDADE MÉDICA
NOS TRIBUNAIS**

**Tese apresentada à Faculdade de Saúde Pública
da Universidade de São Paulo para obtenção do
título de Doutor em Saúde Pública.**

Orientadora: Prof. SUELI GANDOLFI DALLARI

São Paulo

1994

ERRATA

Página 6, 4º parágrafo, 14ª linha, leia-se: (...) restrição de direitos básicos do cidadão.

Página 45, 2º parágrafo, 2ª linha, leia-se: (...) do tratamento passam pela noção(...)

Página 45, 2º parágrafo, 9ª linha, leia-se: (...) médica, orientadoras do profissional (...)

Página 55, 3º parágrafo, 4ª linha, leia-se: (...) a fim de (...)

Página 84, 3º parágrafo, 6ª linha, leia-se: (...) e doação pós morte.

Página 94, 3º parágrafo, 3ª linha, leia-se: (...) obrigatoriedade jurídica do consentimento informado.

Página 110, 1º parágrafo, 2ª linha, leia-se: demonstram estar imbuídos (...)

Página 164, 2º parágrafo, 6ª linha, leia-se: (...) sujeito ativo uma recepcionista hospitalar.

Página 174, 5º parágrafo, 7ª linha, leia-se: (...) considerado fator atenuante (...)

Página 177, 3º parágrafo, 4ª linha, leia-se: (...) os juízes impõem (...)

Página 177, 4º parágrafo, 2ª linha, leia-se: (...) socorro independe de que (...)

Página 198, 2º parágrafo, 4ª linha, leia-se: (...) mais humana (...)

Leia-se Por isso e habeas toda vez que for encontrado porisso e hábeas.

PARA JÚLIA, JULIANA, CLAUDIA E EDUARDO
COM TODO MEU CARINHO

AOS MEUS PAIS

AGRADECIMENTOS

À Profa. SUELI GANDOLFI DALLARI pela amizade e orientação na elaboração deste trabalho.

À Sra. MARIA STELA MARQUES TEDESCO, da Biblioteca da Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, pelo valioso auxílio na pesquisa da documentação estudada.

À Sra. Angela MARIA BELLONI CUENCA, da Biblioteca da Faculdade de Saúde Pública da USP, pela revisão das referências bibliográficas.

Às colegas LÍVIA MARIA PEDALINI e MARIA DA PENHA COSTA VASCONCELLOS que muito contribuíram para a reflexão sobre a temática abordada e a metodologia utilizada no trabalho.

Aos colegas do CEPEDISA: Allegra Sylvie Livianu, Eliane Fernandes de Araújo, Maria Thereza Vargas Escobar, Nur Shuqaira Shuqair, pelo incentivo e por todas manifestações de carinho.

Aos colegas do Departamento de Prática de Saúde Pública da USP.

Ao CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPq) pela bolsa de estudo que permitiu a realização do trabalho.

RESUMO

O presente trabalho objetivou identificar e analisar as decisões jurídicas que se referem à responsabilidade médica, quanto à ocorrência de formação jurisprudencial relativa às faltas decorrentes de atos ou procedimentos técnicos, assim como das faltas contra o humanismo médico, nas esferas civil e penal.

Pesquisou-se as decisões judiciais relativas à responsabilização da atividade médica, de 1960 a 1989, apresentadas na Revista dos Tribunais e Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Foram estudados os casos relativos a faltas por erro de diagnóstico, determinação do tratamento, condução do tratamento e elaboração de falsos atestados médicos, classificados como faltas técnicas.

Como faltas cometidas contra o humanismo médico foram estudadas as decisões concernentes ao direito ao consentimento, à informação, à liberdade, à privacidade, à segurança e o dever da solidariedade.

Analisa-se e comenta-se as diversas tendências jurisprudenciais envolvendo a matéria pesquisada, através de abordagem que possa subsidiar os profissionais de saúde ao melhor conhecimento da realidade da interpretação jurídica da atividade médica .

SUMMARY

The aim of this thesis was to identify and to analyse the juridical resolutions which refer to the medical responsibility for the occurrence of the jurisprudence concerning failures due to performance or technical procedures, as well as failures against medical humanism, in civil or penal fields.

The responsibility of medical activity, from 1960 to 1989, published by Revista dos Tribunais and Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, were searched.

Occurrences related to failures due to errors on diagnosis, instruction and conduction treatment, the filling out of wrong medical certificates, all of these, classified as technical failures, were inquired.

As failures against medical humanism, resolutions regarding the right to consentment, to information, to liberty, to privacy and to security and the duty of solidarity were studied.

A number of jurisprudential tendencies involving the searched matter were analysed and commented, through an approach which could give elements to health professionals for a better knowledge of the reality of juridical understanding of the medical activity.

A RESPONSABILIDADE MÉDICA NOS TRIBUNAIS

INTRODUÇÃO	1
 PARTE I: BASES CONCEITUAIS PARA A COMPREENSÃO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA	 7
 PARTE II: OBJETIVOS E PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS.....	 16
OBJETIVOS.....	17
PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	18
 PARTE III: FALTAS TÉCNICAS	 24
O ERRO DE DIAGNÓSTICO	26
A DETERMINAÇÃO DO TRATAMENTO	45
A CONDUÇÃO DO TRATAMENTO	54
A EMISSÃO DE ATESTADOS MÉDICOS	73
 PARTE IV: FALTAS CONTRA O HUMANISMO MÉDICO.....	 78
DIREITO AO CONSENTIMENTO ESCLARECIDO	80
DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO	115
DIREITO À PRIVACIDADE	121
DIREITO À SEGURANÇA	151
DEVER DA SOLIDARIEDADE	161
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 191
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 199

INTRODUÇÃO

INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva analisar enunciados constituintes das decisões jurídicas que se referem à responsabilidade jurídica da atividade médica, nas esferas civil e penal.

Tanto a literatura médica quanto a jurídica vêm demonstrando que em países do continente europeu e, sobretudo, nos Estados Unidos da América, a partir dos anos sessenta vem ocorrendo um aumento constante nas demandas de promoção da responsabilidade jurídica decorrente de situações relacionadas à atividade médica. (LEMAIRE & IMBERT, 1985; APPELBAUM et al., 1987; KENNEDY & GRUBB, 1989; PANNEAU, 1990)

Vários fatores parecem estar contribuindo para esse processo. Dentre eles pode-se destacar a desacralização da Medicina e dos profissionais de saúde, pois a falibilidade e a imperfeição da arte médica é cada vez mais manifesta, apesar da constante evolução técnico-científica de nossos tempos. (FRANÇA, 1975; LEMAIRES & IMBERT, 1985) Esta evolução, mesmo portando grande contribuição para a melhoria do conhecimento sobre as doenças e os agravos da saúde do ser humano, assim como habilitando os profissionais de saúde a desempenhar suas atividades de forma mais eficaz, impõe a eles, deveres outrora inexistentes na Medicina tradicional - um maior empenho em se alcançar resultados positivos. (BUERES, 1979; PEREIRA, 1989)

Paralelamente a tudo isso ocorreu um impressionante desenvolvimento dos meios disponíveis para a ação diagnóstica e terapêutica do profissional de saúde através do desenvolvimento da imagem radiológica, dos equipamentos médico-hospitalares, da existência de recursos tecnológicos como a tomografia computadorizada, a ressonância magnética, a ultra-sonografia, assim como da produção em alta escala de medicamentos potentes e eficazes, mas também potencialmente perigosos, passíveis de causarem efeitos colaterais significativos.

Isto tem ocasionado uma forte tendência à exacerbada especialização e tecnificação do ato médico, que junto ao aparecimento de novas formas organizacionais do trabalho, tem como resultado um progressivo afastamento do profissional de saúde de seus pacientes, tornando a relação entre eles mais distante, impessoal e despersonalizada. A esse respeito, ITURRUSPE (1979), renomado jurista argentino dedicado ao estudo da responsabilidade médica, afirmava da quase inadmissibilidade, em seu país, da existência de demandas de responsabilização civil dirigidas a médicos de família, cuja relação com seus pacientes é mais próxima, afetiva e personalizada.

Também se expande em nossa cultura ocidental tendência a demonstrar perda do conformismo e da passividade frente à doença e à morte, chegando, em muitas vezes, a considerá-las como resultantes de atos culposos praticados pelos profissionais de saúde. Por vezes, os pacientes e seus

familiares confundem a não realização de suas expectativas e desejos com a existência de falhas devidas aos profissionais no exercício da atividade médica. (PANNEAU, 1990; MORAES, 1991)

Desempenhando importante papel no incremento das demandas de responsabilização jurídica dos profissionais de saúde registra-se a maior possibilidade que detêm os cidadãos, nos dias de hoje, de estarem informados sobre o processo saúde-doença, a atividade médica e as conquistas da ciência. Os meios de comunicação de massa atuam como veículos disseminadores de conhecimentos e informações sobre a saúde e os direitos dos cidadãos, mas também agem como instrumentos de divulgação de supostos procedimentos ilícitos praticados na atividade dos profissionais e nos estabelecimentos de saúde. (NO BANCO, 1990)

Não se pode olvidar o papel desempenhado, tanto no Brasil, como em países estrangeiros, pelas associações de defesa dos direitos dos pacientes e dos consumidores, que lutam pela apuração e promoção da responsabilidade jurídica por atos ilícitos causados na atividade médica (MALICIER, 1985; WEISS, 1985; BARREIROS, 1991)

Por outro lado, a própria ciência jurídica vem apresentando uma visão mais adaptada à realidade das relações humanas e coloca um fim às situações anteriormente tidas como intocáveis, superando antigas doutrinas que defendiam a irresponsabilidade jurídica de determinadas

categorias profissionais, como as dos profissionais de saúde. (GRACIANO, 1987)

A magnitude e a importância do tema nos fez acreditar na relevância da realização de uma pesquisa que pudesse trazer contribuição para um melhor conhecimento da realidade da interpretação jurídica da atividade médica, observadas a partir da ótica de um profissional de saúde, preocupado em analisar decorrências de situações que ocorrem no dia-a-dia da assistência à saúde.

Encontra-se na literatura nacional significativa base doutrinária sobre a responsabilidade dos médicos, mas denota-se a inexistência de estudos sistematizados que tratem das relações entre sua atividade e a responsabilidade jurídica a partir da criação jurisprudencial.

Porisso optamos pelo estudo de uma das facetas da temática - as decisões jurídicas advindas dos tribunais. Isto se deu por acatarmos a tese de que elas representam o direito vivo, atual, constituindo-se na interpretação dos juízes à norma do direito, na aplicação da vontade da lei a situações concretas. (AUBERT, 1988)

Nos moveu a necessidade de identificar a existência de formação jurisprudencial na matéria, assumindo o conceito de jurisprudência emitido por REALE (1990, p.62), como sendo "a doutrina que se vai firmando através de uma sucessão convergente e coincidente de decisões jurídicas".

O trabalho apresentado foi dividido em 4 partes:

A primeira parte do trabalho trata de sumarizar as bases conceituais, apresentando os pressupostos teóricos a nortearem a análise da responsabilidade jurídica, nas esferas civil e penal e suas relações com a atividade médica. A segunda parte descreve os objetivos e explica os procedimentos metodológicos utilizados na pesquisa.

Na terceira parte tentamos identificar formação jurisprudencial e analisar as interpretações feitas pelos tribunais nos casos que envolvem faltas decorrentes dos atos ou procedimentos técnicos inerentes à atividade médica.

A quarta relaciona-se às faltas cometidas contra o humanismo médico, ofensas a direitos fundamentais dos cidadãos enquanto pacientes ou usuários do sistema de saúde.

Almejamos que os resultados da pesquisa possam fornecer elementos para subsidiar a reflexão dos profissionais de saúde sobre sua atuação e as consequências jurídicas de suas atividades. Quanto ao sistema educacional, formador dos profissionais de saúde, esperamos contribuir para uma reflexão capaz de melhor adequar suas atribuições para que, ao lado do aprendizado técnico, formem profissionais de saúde cômicos do dever de garantir uma prática humanista nas ações e serviços de saúde. Entendemos que se deva contribuir para mudar a realidade, tal como é afirmada por GAYLIN (1978) e DELIEGE & LEROY (1978), autores que consideram os estabelecimentos de saúde, sobretudo o ambiente hospitalar, como um dos locus de mais forte restrição e desposseção de direitos básicos do cidadão.

**PARTE I: BASES CONCEITUAIS PARA A COMPREENSÃO DA
RESPONSABILIDADE MÉDICA**

PARTE I - BASES CONCEITUAIS PARA A COMPREENSÃO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Aceitamos os dizeres de PANASCO (1979, p.53) que conceituam a atividade médica enquanto qualquer intervenção sobre a integridade física ou psíquica do ser humano, tendo por objetivo assegurar ou restaurar a saúde, assim como melhorar o aspecto estético da pessoa com o emprego de meios adequados para tais finalidades. Ela se compõe de atos intelectuais ou materiais, cuja execução requer conhecimentos especiais adquiridos por meio de estudos prolongados, sendo não somente devida aos médicos, mas exigindo a contribuição direta ou indireta de profissionais e técnicos de diferentes níveis de qualificação, cuja atuação se dá sob a supervisão e o controle por parte dos médicos. (CLEMENT, 1988; MOREAU & TRUCHET, 1990)

É preciso frisar que esta atividade traz, em seu bojo, a possibilidade de criar riscos à pessoa humana, embora seu objetivo seja exatamente o contrário. Aliás, as normas legais legitimam a intervenção dos médicos na integridade física, e mesmo psíquica dos indivíduos, desde que visem à prevenção das doenças ou à manutenção e à recuperação da saúde, mas, quando tais normas são contrariadas, podem ensejar a promoção da responsabilidade jurídica dos profissionais.

Quanto à responsabilidade, esta implica a aceitação da noção de consciência e racionalidade humanas, assim como no

direito de todo indivíduo à liberdade. Provem do princípio da autonomia que detém toda pessoa humana, possibilitando que possa optar e decidir livremente sobre qual alternativa lhe parece mais conveniente e correta para cada situação concreta. (VASQUEZ, 1978)

Responsabilidade jurídica, por sua vez, é a obrigação que tem todo indivíduo de responder por ato ou fato ofensivo praticado contra outrem, que violando a norma jurídica, traz o dever de assumir as consequências daí advindas. (LERY & GAZENT-LORENT, 1990)

É um fenômeno histórico e social, portanto dinâmico e mutável. De caráter objetivo, comporta uma sanção, quer através de uma indenização à vítima pelos danos sofridos, no caso de responsabilidade civil, quer por meio da aplicação de uma pena, na responsabilidade penal.¹

Apesar de ser a responsabilidade moral um dos principais fatores a fundamentar a jurídica, estas diferem. A responsabilidade moral é de cunho subjetivo; sua desobediência pode causar sofrimentos psíquicos e morais suportados pelo agente, mas, ao contrário da responsabilização jurídica, não é acompanhada de sanções previstas pelo Estado. (VASQUEZ, 1978; HUISMAN & VERGEZ, 1983)

Os profissionais de saúde, e, entre eles os médicos, respondem juridicamente como quaisquer cidadãos, mas, no

1. Para aprofundamento das concepções sobre responsabilidade jurídica ler CUSTODIO, H.B. Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. Tese de Livre Docência São Paulo (Faculdade de Direito, USP) 1983.

exercício de suas profissões, apesar de estarem subordinados à preceituação genérica legal, se encontram adstritos a normas civis e penais específicas.

Sumariando a noção de responsabilidade civil pode-se dizer que esta se constitui numa relação entre o autor de um ato ilícito lesivo e a pessoa a quem aquele ato causou um dano. As partes envolvidas podem ser pessoas tanto físicas quanto jurídicas.

O Estado intervém para tentar a obtenção de reparo dos reflexos injustos causados pelo ato ilícito praticado, obrigando que o prejuízo sofrido seja ressarcido através de compensação monetária - uma indenização. Esta constitui-se num dos principais meios de assegurar a defesa do patrimônio da pessoa física ou jurídica, em caso de ter um bem lesado.

Pela ação de reparação de danos se busca recompor o patrimônio, frente a prejuízos de natureza física, moral, pecuniária ou material decorrentes de fato lesivo provocado por outrem (BITTAR, 1989). Para estabelecer a necessidade a junção de três pressupostos: o dano, que corresponde à lesão a um direito ou bem juridicamente protegido, podendo ser físico, moral, estético ou econômico; a ação ou a omissão lesiva, que corresponde a uma conduta ilícita violadora de um dever preexistente, consciente, voluntária ou seja, dolosa, ou ainda, culposa, por negligência, imprudência ou imperícia; o nexo de causalidade, pois para se ter aceita uma pretensão indenizatória é necessário que se demonstre a

existência de vínculo entre o dano sofrido e a conduta ilícita.

A responsabilidade civil dos profissionais de saúde irá depender de sua inserção no mercado de trabalho - se vinculados à prática autônoma, liberal ou às diversas formas de assalariamento ao setor público ou privado.

O art.159 do Código Civil brasileiro disciplina a matéria para todos os cidadãos, anunciando:

"aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

O art.1545 especifica a situação dos profissionais de saúde, afirmando:

"os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir ou ferimento".

O Direito brasileiro, por intermédio do Código de Defesa do Consumidor, mantém a tese da responsabilidade subjetiva para a apuração da responsabilidade civil de todos os profissionais liberais. Neste tipo de responsabilização há necessidade de que o queixoso prove a ocorrência de um ato culposos ou doloso provocado pelo agente que causou o dano, assim como o nexos causal entre a conduta e o dano sofrido pela vítima. ²

2. Lei 8078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a

Sendo o profissional de saúde empregado ou prestador de serviços junto à iniciativa privada, o estabelecimento de saúde ao qual se vincula deve ressarcir os prejuízos ocorridos, devido à noção da responsabilidade por ato de terceiro. Porém, mantém-se o direito de ação regressiva junto a seu preposto, em caso de ter ocorrido dolo ou culpa.

A responsabilidade civil da atividade médica que ocorre nos estabelecimentos de saúde vinculados à Administração Pública está regida pela noção da objetividade, segundo manda a norma constitucional:

"as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".(CF, art.37,§ 6º)

A responsabilidade objetiva é independente de qualquer falha ou culpa do serviço, baseando-se na noção de risco administrativo. Ao lesado basta a prova da simples causação, sem a necessidade de se cogitar sobre a intencionalidade do agente. Portanto, não existe a obrigatoriedade de prova da ocorrência de conduta culposa causada por uma pessoa determinada; somente é necessário que se estabeleça o nexo de causalidade entre o dano sofrido e os procedimentos comissivos ou omissivos realizados no estabelecimento público para que seja aceita a demanda indenizatória. (BANDEIRA DE MELLO, 1980; MEIRELES, 1982; RODRIGUES, 1982)

Como forma intermediária entre a teoria subjetiva e a objetividade encontra-se a técnica de presunção da culpa que dispõe que em dadas situações se inverte o ônus da prova. O legislador brasileiro, através do Código de Defesa do Consumidor, permitiu que os juízes, quando os fatos lhes mostrarem que a alegação do consumidor é verossímil, possam se utilizar da técnica da inversão do ônus da prova, segundo assenta a norma contida no art.6º, VIII do Código. Nesse caso caberá aos estabelecimentos de assistência à saúde, e não ao queixoso, provar que não ocorreu conduta culposa de sua parte. (BITTAR, 1989)

De forma geral a atividade médica, tanto na prática liberal como assalariada, privada ou estatal, caracteriza-se por apresentar uma obrigação de meios e não de resultados.

Obrigação de meios é aquela cujo objeto se restringe ao emprego dos meios possíveis para atingir seus fins, obrigando ao agente a diligenciar zelosamente, mas onde não se assume o compromisso de atingir resultados que constituem-se em probabilidade desejada. Ao contrário, na obrigação de resultados impõe-se ao profissional de saúde chegar a determinado fim, sem o que não terá cumprido a obrigação assumida. (CHAVES, 1990; BAUAB, 1991)

Além da responsabilidade civil a atividade médica também pode gerar infrações de ordem penal. Na esfera criminal existe uma relação entre pessoa(s) física(s) e a sociedade perturbada por um ato ilícito que violou a ordem jurídica e causou um dano social. Nesta situação o agente do

ato infrator não somente atinge a pessoa do particular lesado em seu direito, mas contraria uma norma do direito público provocando uma perturbação da ordem social e por isso se dá a intervenção do Estado, apurando o caso e infringindo uma pena ao agente em razão do crime praticado.(RODRIGUES, 1982; DAMASIO, 1991)

São elementos da responsabilidade penal a conduta humana omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, o resultado daí advindo e o nexo de causalidade. A conduta deve se conformar como antijurídica e constituir um fato típico amoldando-se ao conjunto de fatos descritivos do crime pela norma penal.

Na atividade médica podem ocorrer violações aos princípios que a sociedade resguardou através de normas inseridas no Código Penal:

- .homicídio culposo (art.121, §§ 3º e 4º)
- .lesão corporal culposa (art.129, §§ 6º e 7º)
- .omissão de socorro (art.135)
- .constrangimento ilegal (art.146)
- .prática de cárcere privado (art.148)
- .violação do sigilo profissional (art.154)
- .omissão de notificação compulsória (art.269),
- .prática de charlatanismo (art.283)
- .falsidade de atestado médico (art.302),

Os atos ilícitos ocasionados pela atividade médica, tanto na esfera civil quanto penal, podem ser classificados em duas categorias.

Em primeiro lugar consideramos aqueles que são relacionados à técnica, às habilidades e aos conhecimentos específicos necessários para o desenvolvimento da atividade. As faltas técnicas são as aquelas que não seriam cometidas por um profissional competente e diligente agindo nas mesmas circunstâncias, observando as regras da ciência e da arte de sua profissão. Sua realização por pessoa não habilitada caracteriza o exercício ilegal da Medicina, passível de sanções prescritas no Código Penal, em seu artigo 282. Em segundo lugar encontram-se as faltas decorrentes de atos ou procedimentos que ferem direitos individuais fundamentais dos cidadãos enquanto usuários dos serviços de saúde, denominadas faltas contra o humanismo médico. (AUBY, 1989; CHAVES, 1990)

É com esta categorização das faltas possíveis de ocorrerem na atividade médica que a pesquisa disporá seus resultados.

PARTE II: OBJETIVOS E PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

OBJETIVO GERAL

Identificar a ocorrência de formação jurisprudencial da responsabilidade jurídica relativa a aspectos da atividade médica.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Identificar e analisar as interpretações feitas pelos tribunais nos casos que envolvem faltas decorrentes de atos ou procedimentos técnicos.
2. Identificar e analisar as interpretações feitas pelos tribunais nos casos que envolvem alegação de faltas contra o humanismo médico.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Tendo sempre presentes as peculiaridades e as diferenças entre as esferas jurídicas civil e penal optamos por trabalhar conjuntamente os casos encontrados relativos às duas espécies de responsabilidade, pois nosso foco é a atividade médica. Partimos de alguns de seus aspectos característicos para depois analisar o discurso jurídico contido nas decisões judiciais.

Não constitui nosso objetivo manifestar concordância ou discordância dos resultados expressos nos julgamentos, mas o que nos interessou foi identificar e analisar o discurso apresentado, seu conteúdo ou seja aquilo a que ele se remete. O discurso, por si mesmo, e não faz exceção o jurídico, pode se comportar como produtor de realidade e ter influência em outras decisões, colocando-se como padrão para futuros julgamentos, como é reconhecido por importantes autores do campo do Direito, como AGUIAR DIAS (1979), AUBY (1989) e REALE (1990).

Buscou-se na pesquisa uma articulação entre o conteúdo das decisões tomadas pelos tribunais e os pressupostos teóricos descritos sobre o tema abordado.

Inicialmente foi realizado levantamento bibliográfico na literatura nacional e estrangeira relacionada à matéria, em busca de referencial teórico e delimitação do campo de pesquisa. A literatura alienígena consultada foi sobretudo a originada na França, Inglaterra e Estados Unidos da América, por serem países onde o tema abordado tem sido bastante

estudado, analisado e onde já existe significativa jurisprudência a respeito.

Escolheu-se limitar a pesquisa a três décadas, iniciando-a a partir de 1960, em virtude da literatura estrangeira apontar para o fato de que é a partir deste decênio que se ampliam as demandas de promoção da responsabilidade médica e terminar no ano de 1989, ano anterior àquele em que foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, que deverá influir na jurisprudência brasileira, provavelmente provocando diversas e significativas modificações com relação ao campo da responsabilidade civil.

Como fonte de dados foram levantadas e pesquisadas todas as publicações de dois importantes periódicos de informação jurídica, de grande circulação no campo do Direito, representativos das decisões dos tribunais, principalmente em relação ao Estado de São Paulo. Essas publicações trazem as decisões das cortes de apelação, tribunais de segunda instância, consideradas matrizes formadoras de jurisprudência. (REALE, 1990)

Todas as publicações da Revista dos Tribunais (RT) desde 1960 e da Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RJTJESP), desde o seu aparecimento em 1967, foram pesquisadas, ambas, até o ano de 1990.

A escolha desses dois periódicos deveu-se à representatividade que têm entre a área jurídica do Estado de São Paulo.

As responsabilidades civil e penal da atividade médica foram pesquisadas através dos seguintes verbetes orientadores dos índices dos periódicos estudados:

ação penal

cárcere privado

charlatanismo

crimes contra a saúde pública

constrangimento ilegal

dano estético

exercício ilegal da Medicina

falsidade ideológica,

falsidade de atestado médico

habeas corpus

homicídio culposo

homicídio doloso

hospital

indenização

lesão corporal culposa

médico

omissão de socorro

pronto socorro

responsabilidade civil

responsabilidade penal

segredo profissional

violação do segredo profissional

A partir deste referencial foram encontradas 151 decisões judiciais relacionados à atividade médica, distribuídas entre apelações, mandados de segurança, habeas corpus e embargos. Houve a preocupação de não ser computada duplamente a presença de uma mesma decisão judicial relatada nos dois periódicos escolhidos. Também consideramos como um só caso, quando duas ou mais apresentações relatavam o desenrolar dos recursos jurídicos a partir de uma mesma situação, como no caso de recursos a instância superior ou embargos.

Foram pesquisados casos de supostas faltas por erro de diagnóstico, determinação do tratamento, execução, supervisão e controle do tratamento, elaboração de falsos atestados médicos, ausência do dever de proceder denúncia de doenças de notificação compulsória à autoridade, ou ainda, erros administrativos e defeitos na organização dos serviços foram classificados enquanto faltas técnicas.

Os casos de supostas faltas contra o dever de solidariedade (omissão de socorro), da liberdade de locomoção, da segurança, do consentimento, da informação e da privacidade foram classificados como faltas contra o humanismo médico.

A distribuição das decisões judiciais encontradas na pesquisa, segundo as três décadas estudadas é apresentada na tabela 1.

Tabela 1 - Distribuição das decisões judiciais
estudadas durante o período de 1960-1989.

PERÍODO	RT	RJTJESP	TOTAL
1960-1969	23	2	25
1970-1979	42	2	44
1980-1989	59	23	82
TOTAL	124	27	151

Os casos estudados são predominantemente de decisões judiciais emitidas pelos tribunais do Estado de São Paulo, atentando-se que a RJTJESP só comporta decisões dos tribunais paulistas, e focaliza principalmente decisões provenientes dos tribunais da esfera civil, o que não se dá com a Revista dos Tribunais. Cento e dezenove casos ocorreram nos tribunais paulistas, 9 no Estado do Rio de Janeiro, 8 no Paraná e as demais decisões provieram de outras unidades da Federação.

A utilização, em determinados tópicos de nosso estudo, de exemplos advindos da jurisprudência estrangeira, se fundamenta na aceitação da idéia de que os princípios gerais do Direito adquirem maior consistência e objetividade quando confirmados pelo estudo comparativo das normas legislativas e da jurisprudência de diversos povos, relacionados culturalmente. O estudo jurisprudencial estrangeiro abastece a reflexão e a análise das decisões

judiciais nacionais, sem se esquecer que as normas jurídicas e as decisões dos tribunais refletem o momento histórico que cada país atravessa e portanto não devem sofrer comparações valorativas com o que ocorre em outros países.
(AGUIAR DIAS, 1979; REALE, 1990)

PARTE III: FALTAS TÉCNICAS.

FALTAS TÉCNICAS

A responsabilidade jurídica dos profissionais de saúde pode decorrer de comportamentos faltosos decorrentes do caráter técnico de suas atividades. Condutas dolosas ou culposas podem estar relacionadas à fase de diagnóstico da doença ou do agravo à saúde, à determinação da terapêutica a ser empregada, objetivando a manutenção ou melhoria do estado de saúde, à execução, à supervisão ou ao controle do tratamento indicado, assim como à elaboração de documentos que atestem fatos relativos ao processo saúde-doença dos indivíduos, aos acidentes por material defeituoso, aos erros administrativos e à ausência de denúncia à autoridade sanitária de doença de notificação compulsória.

Oitenta e sete decisões judiciais encontradas na pesquisa concernem a faltas técnicas, correspondendo a 58% dos casos, não tendo sido verificadas situações que se relacionassem à ausência de denúncia de doença de notificação compulsória às autoridades sanitárias.

A distribuição no período estudado deu-se da maneira apresentada na tabela 2.

Tabela 2 - Distribuição das decisões jurídicas sobre faltas técnicas segundo tipo de responsabilidade jurídica, 1960-1989.

PERÍODO	RESP. CIVIL	RESP. PENAL	TOTAL
1960-1969	6	8	14
1970-1979	6	12	18
1980-1989	35	20	55
TOTAL	47	40	87

Das oitenta e sete decisões, 47 são pretensões de reparação de danos e 40 relacionam-se a infrações criminais.

ERRO DE DIAGNÓSTICO

Obteve-se 13 casos relativos a acusações de erro de diagnóstico. Nove se referem a supostos delitos penais e quatro são demandas indenizatórias. Significaram 15% das faltas técnicas e 8,6 % do total da pesquisa, percentual aproximado daquele observado por LEMAIRE & IMBERT (1985), que estudando 3170 processos dos tribunais franceses sobre responsabilidade civil médica, ocorridos entre 1º janeiro de 1980 e 31 de julho de 1983, encontraram 229 (7,2% do total) acusações de erro de diagnóstico.

O diagnóstico resulta de um processo intelectual que visa conhecer a etiologia e a patogênese de uma doença ou agravô à saúde. Se fundamenta no conhecimento e na avaliação de sinais e sintomas do paciente mediante a anamnese clínica, o exame físico e o auxílio dos exames subsidiários - laboratoriais e radiológicos. Configura-se em um processo dinâmico, de caráter probabilístico, podendo mesmo ser alterado conforme novos dados vão sendo acrescentados à situação vivenciada pelo profissional no contacto com seu cliente; portanto não conforma certeza absoluta.

Em virtude dessa relativa incerteza, os profissionais médicos insistem em definir uma linha demarcatória entre o erro escusável, também denominado de erro profissional contrapondo-o ao erro grosseiro, passível de reprimenda ou punição, este sim sendo resultado de comportamento negligente, imprudente ou imperito. O erro profissional ou escusável é dito como aquele que resulta da imperfeição e da precariedade dos conhecimentos no campo da Medicina, não sendo motivado pela inobservação dos princípios e regras da Ciência. (RAMOS, 1987; MORAES, 1991)

Enquanto alguns erros, causados por práticas omissivas ou comissivas, revelam não terem sido utilizados padrões apropriados, outros se coadunam com o estado atual dos conhecimentos científicos e com a competência demandada pelo exercício profissional. As decisões judiciais encontradas na pesquisa apontam na direção da aceitação das diferenças

entre o erro escusável de diagnóstico e o erro grosseiro. A tendência é revelada em decisão de 1981:

"Há erro escusável, e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e regras de sua ciência, chega a uma conclusão, possa, embora, daí advir resultado de dano ou de perigo". (RT 570/349)

Já, o erro grosseiro pode ser identificado no acórdão de 1979, referente a menor que fora atendida em serviço médico-hospitalar por cinco vezes, no espaço de um dia. As dores abdominais intensas, que apresentava a paciente, foram erroneamente interpretadas como sendo "cólicas³" e dismenorréia, recebendo tratamento apenas sintomático.

Após a quinta ida ao hospital, foi internada e, através de exames subsidiários, finalmente foi diagnosticado um quadro de apendicite aguda. Sendo operada no dia seguinte constatou-se a existência de supuração na cavidade abdominal, mas treze dias depois veio a menor a falecer devido a peritonite. Os votos vencedores acolheram a fundamentação da demanda de reparação de danos impetrada pelos pais pois,

"os sintomas indicavam a internação imediata da paciente, logo ao primeiro exame; as medicações adotadas não eram o caminho aconselhável, mas sim a internação; esta ocorreu tardiamente, pois o caso exigia pronta operação".

3. Segundo o acórdão

"o exame sanguíneo, para o diagnóstico, era viável em questão de minutos".

Logo, admitiu-se o erro de diagnóstico como sendo inescusável, pois a sintomatologia existente

"permitia um diagnóstico precoce de apendicite aguda e não o faz quem não pensa na apendicite."

(RT 540/82)

O erro de diagnóstico não é necessariamente dado como um evento faltoso. Não se condena o erro devido às dificuldades naturais da avaliação do processo saúde-doença ou da resposta indesejada do organismo, mas sim conduta tida como culposa, por inobservação dos cuidados exigidos pela ciência e arte médica.

As decisões judiciais acima citadas mostram que a jurisprudência diferencia o erro diagnóstico escusável do erro grosseiro, causado por ato repreensível; portanto dizer que foi cometido um erro médico, expressão habitual encontrada nos veículos de comunicação de massa e mesmo na literatura médica, pouco revela, consistindo em expressão ambígua.

A aceitação da existência de situações onde um erro no diagnóstico pode ser considerado como escusável, é devido ao fato de se validar a tese de que a elaboração do diagnóstico não pode ser interpretada como uma obrigação de resultados, mas sim de meios, pois a certeza no processo é apenas uma probabilidade desejada.

Aqui, pode-se retomar os dizeres de um dos casos mais famosos da jurisprudência francesa, de 1936 - o caso Mme. Mercier - que teve grande influência na doutrina jurídica de diversos países, inclusive o Brasil. Refere-se ao caso de uma senhora que sofria de afecção nasal, para a qual, em 1925, foi receitado tratamento através de radiações. Após duas sessões de radioterapia notou-se o aparecimento de radiodermite que progressivamente se agravou. Mme. Mercier travou uma batalha judicial invocando a responsabilidade civil do radiologista que a assistiu, por danos físicos e estéticos a ela causados pelo tratamento, considerando que não haviam sido tomadas as devidas precauções para serem evitadas as consequências indesejáveis aos procedimentos realizados.

Em 1936, a Cour de Cassation, instância suprema de recursos na ordem jurídica francesa, lhe concede a vitória. A partir desta decisão se constrói uma teoria de responsabilidade médica baseada no conceito de obrigação dos profissionais a prestarem cuidados prudentes, zelosos e conscienciosos e a estarem em dia com as informações atualizadas e os conhecimentos atuais da ciência, mas não se aventa um dever de se atingir resultados positivos. (AUBY, 1981; LEMAIRE & IMBERT, 1985; FORGES, 1986; LERY & GAZET-LORANT, 1990)

Os casos por nós encontrados parecem dispostos segundo esses princípios, tanto na esfera civil, quanto penal. Inicialmente podemos citar a decisão de 1979, que diz

respeito à acusação de profissional médico por homicídio culposo, tendo como vítima um homem que, ao ser detido por furto, atentou contra a própria vida, disparando um tiro na cabeça. Foi então conduzido à Santa Casa local onde foi atendido por médico de plantão, que após prestar cuidados de urgência, devolveu-o aos policiais, afirmando que os ferimentos sofridos pela vítima eram leves. Porém, no mesmo dia esta vem a falecer, sendo dado como causa mortis: traumatismo craneo-encefálico e hemorragia interna.

Os legistas concluíram que se o paciente tivesse recebido cuidados adequados e sido removido a tempo para um centro mais especializado haveria forte probabilidade de tratamento eficaz. Mas, contrariando o parecer dos peritos, os julgadores consideraram que:

"a verdade é que apenas restou provado um erro diagnóstico, decorrente da falta de recursos no estabelecimento hospitalar em que a vítima foi atendida, e não provou o Ministério Público que uma ação mais diligente do apelado teria evitado o evento morte". (RT 526/385).

Assim o acórdão manifesta a compreensão da equivalência do erro diagnóstico ao erro escusável, pois se este não havia sido decorrente de conduta reprovável, cabia a absolvição do inculminado.

Também acatam a existência de erros diagnósticos lícitos, os dizeres de embargo, de 1982, modificando a decisão tomada em julgamento de segunda instância, de ação

indenizatória de reparação de danos formulada por pais de menor falecida dentro de estabelecimento hospitalar.

"Quando escusável, o erro de diagnóstico não induz a responsabilidade do médico. Assim sempre se entendeu, não só porque a Medicina está longe de ser infalível como, também, porque o médico, ao prestar seus serviços, apenas se obriga a tratar do doente com zelo e diligência, utilizando os recursos da ciência e da arte médica".(RT 569/93)

Ainda, em 1985, deu-se julgamento que considerou improcedente a demanda de responsabilidade civil impetrada contra cirurgião pela ocorrência de agravamento do quadro estético em paciente que se submetera à cirurgia plástica. As provas apresentadas demonstraram que o evento desfavorável havia sido causado pela existência de uma miopatia não diagnosticada na paciente. Compreendendo que a miopatia é uma doença dos músculos de difícil detecção clínica nas etapas iniciais de sua evolução, os juízes entenderam que nessas circunstâncias era legítima a possibilidade de ter ocorrido um erro de diagnóstico escusável.(RT 598/348)

Com semelhante compreensão, em 1976, foi mantida absolvição de médico inculcado de crime de homicídio culposo em caso de criança, que após atropelamento por caminhão foi conduzida a hospital onde, atendida, não se considerou a gravidade real do quadro. Os exames clínicos e radiográficos realizados não demonstravam quaisquer condições patológicas.

Poucas horas depois o menor faleceu, tendo o laudo necroscópico acusado a existência de traumatismos com compressão e fratura de tórax, o que ocasionara um choque traumático.

O Promotor de Justiça acusou o médico de ter agido negligentemente e imperitamente e ter feito um erro de diagnóstico. Os juízes assim não entenderam e decidiram que, se houvera erro diagnóstico, este fora escusável, pois

"Fez - se de pronto o imediato diagnóstico inicial. Providenciou-se radiografia, prescreveram-se medicamentos".

E, ainda reforçando a tese de que a obrigação, no tocante ao diagnóstico, é de meios e não de resultados, inocentam ao acusado, pois

"Ao médico não se impõe devolver a vida, mas a recuperá-la mediante emprego de esforços profissionais, dentro da razoável órbita da falibilidade humana e mesmo profissional, que também apresenta suas materiais limitações".(RT 498/301)

Também em decisão, de 1982, referente a menor de idade, que tendo sido atropelado, havia sido encaminhado a Pronto-Socorro onde se diagnosticara a presença de um hematoma frontal e de escoriações. A família acusou os profissionais que atenderam a criança de a ter examinado superficialmente. Prescrições medicamentosas baseadas no diagnóstico errôneo foram, segundo a acusação, impróprias e

insuficientes. A vítima, horas depois de liberada do hospital, acabou por ser encaminhada com urgência a outro estabelecimento, vindo a falecer devido a complicações do traumatismo craneo-encefálico.

Os médicos, em sua defesa, alegaram que a criança não apresentava sintomas neurológicos ao ser por eles examinada. Ao contrário, se apresentava consciente e não inspirava maiores cuidados, porisso eles haviam considerado que não seria mandatória a realização de exames radiográficos imediatos. As provas trazidas à luz do caso e as conclusões periciais levaram os magistrados a dizer que

"a versão dos acusados de que a pequena vítima não apresentava qualquer sintoma que indicasse a necessidade de outros cuidados, na ocasião das consultas, deve ser aceita. Deram eles o atendimento e tratamento exigidos pelo estado clínico que a mesma exigia".(RT 574/357)

Resultado semelhante se apresenta em julgamento de 1983, relacionado à apuração da responsabilidade penal de médico acusado de homicídio culposo por não ter se utilizado de exame radiográfico para diagnóstico de hematoma subdural. O paciente recebera uma pedrada na cabeça durante uma briga, tendo sido levado ao hospital onde foi suturada a ferida. Orientado sobre sinais e sintomas neurológicos, que na ocasião não apresentava, foi enviado para casa. No quarto dia após o atendimento, a vítima começou a passar mal, sendo novamente levada a hospital, onde desta vez foi suspeitada a

existência de hematoma subdural, do qual veio posteriormente a falecer.

O Promotor, indagando aos peritos judiciais da possibilidade do diagnóstico precoce caso houvesse sido realizado exame radiológico imediatamente à entrada do paciente na emergência, teve a essa demanda resposta positiva dos médicos-legistas. Com apoio nesse parecer foi feita a denúncia contra o profissional de saúde. Não aceitando os argumentos da acusação os juízes consideraram:

"limita-se o parecer, na verdade, a asseverar o óbvio, isto é, que o raio X teria evidenciado a fratura, não esclarecendo, por conseguinte, se, diante daqueles sinais clínicos, o exame do raio X se mostrava como providência indispensável a um perfeito diagnóstico e à correta indicação do tratamento a ser seguido". (RT 577/378)

Logo, em situações como essa, parece prevalecer o princípio de que o diagnóstico é principalmente fundamentado no exame clínico e que na ausência de sintomatologia e de sinais clínicos neurológicos sugestivos da patologia que se desenvolveu, o exame radiológico não poderia ser tomado como procedimento obrigatório para a realização diagnóstica, mesmo tendo presente o parecer dos peritos afirmando que a radiografia teria evidenciado a fratura se houvesse sido realizada.

Ainda ressaltando a predominância da propedêutica para a apuração da responsabilidade criminal em acusação de erro

de diagnóstico, pode-se apresentar o acórdão de 1985, em que se concede hábeas corpus a plantonista hospitalar que atendeu detento proveniente de Distrito Policial. Na ocasião o médico havia determinado a realização de exame radiológico, constatando-se fraturas em três arcos costais, mas havia considerado que, pelo estado geral do paciente, este poderia retornar à cadeia.

Numa segunda visita ao estabelecimento de saúde, o paciente, em virtude da presença de forte retenção urinária, teve diagnosticado um "bexigoma" e, por isso, foi introduzida uma sonda uretral, solucionando o problema naquele instante. Mas, quatro dias depois do último atendimento, o paciente vem a falecer com o diagnóstico de peritonite aguda.

O inquérito policial mostrou que houvera agressão policial ao preso, causadora das lesões responsáveis pela morte. A acusação afirmava que os médicos, agindo negligentemente e imperitamente

"precipitaram diagnóstico de bexigoma, a que associaram perturbações psíquicas e retenção de urina, limitando-se a introduzir sonda na uretra, para esvaziar a bexiga."⁴

Portanto, com sua conduta inadequada, não haviam chegado ao diagnóstico da peritonite, ocasionado a morte do paciente. Com opinião divergente do Sr.Promotor, os juízes

4. A expressão "bexigoma", de uso corrente no campo médico, mas que não é encontrada em FERREIRA, A.B.H. Dicionário da língua portuguesa. 1ª ed. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1985, foi transcrita do acórdão referido.

avaliaram que não houvera conduta culposa dos acusados porque:

"a providência adequada foi tomada, com a introdução de uma sonda na uretra e esvaziamento da bexiga. Nada mais havia a ser diagnosticado porquanto até aquele momento não havia sinais de peritonite, como se verá". (RT 597/296)

Mais uma vez considerou-se a licitude da ocorrência do erro no processo de diagnóstico, baseado na sintomatologia que o paciente apresentava no momento do atendimento, quando não se poderia prever a evolução futura.

Com desfecho contrário aos dois casos anteriormente citados, mas, seguindo os mesmos princípios da predominância da sintomatologia para a avaliação da ocorrência do erro diagnóstico, apresenta-se o acórdão, de 1986, concernente a reafirmação da validade de pretensão indenizatória, formulada pelos responsáveis por menor falecida em ambiente hospitalar, vítima de apendicite aguda. Foi o médico considerado culpado de conduta negligente por

"desconsiderar quadro clínico anormal do paciente" e "não dar maior atenção à suas queixa posteriores, deixando de proceder a um exame mais detalhado".

Tratou-se de situação em que ginecologista-obstetra, durante o trabalho de parto de primípara, realizou uma episiotomia na parturiente. Dois dias depois do parto a paciente teve alta hospitalar, já sentindo dores intensas no

local da incisão. Posteriormente, passara a apresentar febre e mal estar, além das dores; em virtude dos sintomas apresentados foi novamente levada a presença do facultativo para reavaliação, mas este considerou que as dores eram normais.

Uma terceira vez a paciente procurou o médico, em virtude das dores na região da episiorrafia, constatando-se então que o local estava discretamente edemaciado, mas nenhuma providência foi tomada. Ao analisar o caso os juízes afirmaram:

"Em tal oportunidade o apelante, apesar de se deparar com um quadro clínico anormal, limitou-se em reforçar a medicação anterior e receitar outro antibiótico". (RT 608/160)

Piorando o quadro clínico, com continuidade da sintomatologia, a puérpera foi internada em estabelecimento hospitalar onde aí foi constatada a presença de quadro supurativo no local doloroso, de onde foi drenado material purulento e fecalóide. Na ocasião, por toque retal, verificou-se a existência de uma fístula retal, para a qual foi necessária a realização de cirurgia corretiva.

O tribunal julgou que neste caso o erro de diagnóstico fora causado por ação negligente, pois houvera desconsideração do existente quadro clínico sugestivo de estado patológico da paciente. Era sua paciente, havia realizado o parto, "havia sintomatologia"⁵, mas com tudo

isto, o médico não se propusera a realizar exame adequado - toque retal - que aliás, seria um procedimento simples. A esse respeito já havia se manifestado o juiz de 1ª instância:

"o requerido efetivamente negligenciou no atendimento pós-parto da autora quando, apesar do quadro anormal que constataria na mesma, deixou de tomar qualquer conduta médica adequada para seu imediato tratamento, o que possibilitaria evitar-se suas complicações posteriores (...)"

A análise das decisões demonstra que se forma jurisprudência, que considera ser a sintomatologia e a análise clínica os fundamentos que vão decidir da necessidade da utilização de determinados procedimentos instrumentais auxiliares em cada situação específica. Parece-nos de suma importância esta análise, pois contraria a noção da culpa do profissional decorrer simplesmente por não ter lançado mão de aparatos tecnológicos existentes, utilizados em casos semelhantes, o que pode e tem levado a um abuso da tecnificação do ato médico pelo temor de acusações de erro médico. As decisões jurídicas sobre a necessidade de utilização de exames subsidiários - laboratoriais ou radiográficos - levam em conta e avaliam as condições específicas de cada caso e situação, de tempo, local e de conhecimento prévio das condições do paciente.

Mas, os casos encontrados referentes a erro de diagnóstico não nos permitem afirmar, de modo positivo, que

a acelerada evolução e incorporação científica na Medicina brasileira, de sofisticada tecnologia de ponta, supostamente detendo um alto grau de segurança no diagnóstico, conduza a uma linha jurisprudencial que aceite o conceito de obrigação de resultados no diagnóstico, quando da utilização desses procedimentos.

Poderão indicar o padrão a ser seguido pelos tribunais, as conclusões do acórdão de 1989, em que se deu ganho de causa a demanda indenizatória, que se baseava em danos ocasionados por erro diagnóstico baseado em falso resultado de exames endoscópicos.

O caso refere-se a situação em que um paciente foi internado em estabelecimento hospitalar, necessitando receber sangue e realizar provas radiológicas e exame endoscópico, em virtude de sintomatologia abdominal. Feito o primeiro exame endoscópico foi diagnosticada a presença de uma hérnia de hiato. Posteriormente, sendo mais exato, no dia seguinte, o procedimento técnico foi repetido, sendo desta vez constatada a presença de úlcera gástrica.

Os juízes, diante desse procedimento tecnológico sofisticado, realizado em local apropriado, se comportaram com maior rigor e exigência de acerto do diagnóstico, aí se aproximando da noção de obrigação de resultados, ponto defendido por BITTAR (1991), para o qual a aplicação de aparatos tecnológicos complexos constitui uma verdadeira obrigação de resultados, dado ao grau de certeza alcançado. Os magistrados assim consideraram:

"Ora, é de se convir que, não fora o erro comprovado do primeiro exame, onde se confundiu lamentavelmente hérnia de hiato com úlcera gástrica e não se justificam a internação pelo período reclamado na demanda e nem mesmo pelos exames radiográficos". (RJTJESP 120/178)

Ainda, segundo a doutrina jurídica, devem fazer exceção à obrigação de meios, os exames laboratoriais e anatomopatológicos que sejam considerados simples e não ofereçam riscos de imprecisão científica. Segundo autores consultados não se admitiriam erros de diagnóstico nessas condições, porque se trataria de obrigação de resultados. (BUERES, 1979; AUBY, 1981) Infelizmente não foram encontradas decisões dos tribunais que nos permitissem analisar a manifestação da Justiça perante essas situações.

A pesquisa também nos permitiu confirmar os ensinamentos de LEMAIRE & IMBERT (1985), que consideram o erro diagnóstico e a omissão de socorro, dois problemas que por diversas vezes se confundem. Exemplifica a tese o caso de 1983, em que criança de 5 meses de idade, apresentando febre alta, vômitos e diarreia, foi atendida em Santa Casa de interior, onde efetuava plantão estudante de Medicina. Este, pensando tratar-se de uma simples amigdalite, dispensou-a. Horas depois a menor foi internada em outro estabelecimento vindo a falecer rapidamente de meningite bacteriana.

A Promotoria considerou tratar-se de um caso de omissão de socorro, mas os juízes inocentaram o estudante, porque não consideraram que sua ação fora voluntária, intencional, com conduta capaz de ser tipificada enquanto omissiva, mas sim, teria agido imperitamente, cometendo um erro de diagnóstico. Em prol do réu afirmam que ele

"não terá feito, quem sabe, com a competência desejável, pois apenas viu a amigdalite, quando é certo que a criança tinha problemas gástricos e seu estado geral não era bom. Não deixou de socorrer-la, porém, nos limites de seus conhecimentos, decidindo não interná-la porque entendeu que se encontrava medicada". (RT 580/357)

De certo modo, aceitaram que no caso o erro de diagnóstico fora escusável pois praticado por um estudante de Medicina, que embora exercendo ilegalmente a Medicina, não estava devidamente habilitado a apresentar um diagnóstico preciso, da mesma forma que deveria fazer um profissional diplomado.

É de se perguntar se o resultado seria adverso caso fosse promovida a responsabilidade civil do estabelecimento hospitalar, com demanda de ressarcimento de perdas e danos e não se intentasse incriminar o estudante, que não exercia função adequada aos seus conhecimentos. Talvez, fosse o caso de se questionar a imprudência da administração do estabelecimento em deixar que um estudante, ainda em estágio de aprendizagem da prática médica, atendesse a situações de

emergência como a referida, sem que houvesse a necessária supervisão e controle de profissionais habilitados, caracterizando-se a culpa do estabelecimento "in vigilando".

Podemos, em termos meramente comparativos, citar antigo acórdão relativo ao caso de 1952, VANCOUVER GENERAL HOSPITAL X. FRASER, que trata de decisão judicial tomada em tribunal canadense e que deu ganho de causa a hospital em ação regressiva contra médicos residentes. Estes haviam avaliado erroneamente exames radiológicos de paciente que sofrera fraturas devido a acidente de trânsito, as quais resultaram em sua morte. Os juízes consideraram que os residentes haviam se comportado negligentemente por não haverem apelado ao concurso de radiologista disponível no estabelecimento para tais finalidades e condenaram o hospital, por "culpa in vigilando", por não proporcionar uma adequada supervisão destes médicos que ainda se encontravam em fase de aprendizado. Sendo assim o estabelecimento viu-se na contingência de indenizar os familiares da vítima, mas com direito de posteriormente requerer uma ação regressiva contra os médicos. (KENNEDY & GRUBB, 1989)

Neste ponto cabe-nos ressaltar a diferença marcante dos resultados das decisões judiciais tomadas nas esferas civil e penal. Em todos os casos referentes à responsabilidade penal houve absolvição dos acusados ou concessão de pedido de hábeas corpus (1 caso), diferentemente ao que se deu nas quatro situações de demanda

de responsabilidade civil, pois em duas reconheceu-se o pedido de indenização.

Mas, apesar da afirmação de inocência dos acusados em todos os casos adstritos à esfera penal, atente-se que os mesmos julgados, com os quais nossa opinião é concordante, contrariam a tese esposada por MORAES (1991, p.66-8), manifestada pelos dizeres: "É consenso entre os médicos que se pode errar o diagnóstico, mas não a conduta" e que "o erro diagnóstico faz parte do progresso e do cabedal do conhecimento próprio do médico e não traz maiores consequências para o doente; entretanto o erro de conduta pode levar o doente à morte".

Permitimo-nos discordar das afirmações do citado autor, que se forem entendidas em sentido absoluto, poderiam desconsiderar a existência de erros grosseiros de diagnóstico, negligentes ou causados por imperícia. Também não aceitamos que o erro de diagnóstico não prejudique o paciente, pois é o diagnóstico que orienta a tomada de decisão da terapêutica assim como o consentimento esclarecido por parte do paciente aos procedimentos a serem realizados sobre seu organismo, impedindo efetiva manifestação de seu direito à autodeterminação. Aliás é obrigação do médico, no caso de dúvidas, apelar para um colega com maior experiência, que possa ajudá-lo a tentar solucioná-las, pois a persistência no erro é que o torna grosseiro.

A DETERMINAÇÃO DO TRATAMENTO

Foram encontradas 9 decisões judiciais relativas à determinação do tratamento por parte de médicos. Cinco delas resultantes de apuração da responsabilidade criminal e as demais na esfera civil, conformando 6% da totalidade dos casos pesquisados e a 10% das faltas técnicas.

A discussão e a interpretação dos casos relativos à determinação do tratamento passa pela noção da independência dos profissionais médicos na escolha da terapêutica a ser empregada em seu paciente - a liberdade de prescrição - que se constitui em um dos fundamentos da atividade médica, aceito em virtude de poder assegurar ao paciente a melhor qualidade de cuidados possíveis. Tal fundamento é apoiado nas regras deontológicas que incidem sobre a categoria médica, orientadores do profissional no sentido de que, para a tomada de sua decisão, avaliem o equilíbrio entre os benefícios, os inconvenientes e os riscos possíveis da utilização da alternativa escolhida, que deverá ser baseada para cada situação individual, na eficácia e na oportunidade. A escolha adequada requer que os profissionais estejam em dia com os conhecimentos e dados atualizados das ciências médicas e da evolução técnico-científica.

Consubstancia o princípio a decisão de 1969 que negou a pretensão indenizatória de paciente submetido a ato

cirúrgico para hérnia, onde se acusava o médico de não ter realizado exames pré-operatórios recomendados por outro profissional. Os juízes acatando a tese da liberdade de prescrição, negaram a demanda, afirmando:

"os médicos têm liberdade de agir, e os exames não eram indispensáveis". (RT 407/174)⁶

Autores que tratam do tema manifestam certa preocupação com a absolutização desse princípio, por entender que assim a escolha de uma indicação terapêutica, que se revele danosa ao paciente, será raramente considerada como um ato culposos em virtude da liberdade de prescrição; propõem que se estabeleçam alguns princípios que possam limitar o abuso no ato de prescrever. (MOREAU & TRUCHET, 1990)

Com relação a considerações sobre erros na determinação da terapêutica, o Poder Judiciário é muito cioso, aqui, como em outros países, em não querer se imiscuir nas querelas científicas ou nas diferentes abordagens diagnósticas ou terapêuticas, indicando, dentre as aceitas como cientificamente válidas, aquela que deveria ser empregada em tal ou qual situação. (AUBY, 1981; LEMAIRE & IMBERT, 1985)

AGUIAR DIAS (1979) afirmava que os julgadores não deveriam adentrar nas polêmicas de ordem técnica quanto aos métodos científicos utilizados pela Medicina ou quanto à

6. A respeito da liberdade de ação do médico cabe lembrar os arts. 8º, 16 e 21 do Código de Ética Médica vigente.

oportunidade da utilização de uma medida terapêutica adotada ou sobre uma cirurgia levada a efeito. Disto pode-se facilmente depreender a extrema importância da opinião e dos pareceres dos peritos na solução dos casos em que ocorre alegação de erro na escolha das medidas terapêuticas.

Validando esta tese, encontramos uma decisão de 1981, em que se nega a demanda de responsabilidade civil dos médicos que atenderam mulher acidentada na perna com hematoma e pequeno ferimento no pé, mas que teve uma evolução desfavorável, falecendo de tétano. A família atacou os médicos, afirmando a ocorrência de má escolha da terapêutica realizada, mas os juízes não aceitaram a pretensão, acatando a opinião dos peritos, que consideraram válidas as condutas tomadas. Disseram:

"se o médico achou por bem gessar o pé do paciente, valorizando como causa maior a contusão, desde que as medidas terapêuticas acessórias (vacinação com dose de reforço, SAT, debridamento da ferida e antibioticoterapia) tenham sido tomadas, não acho que seja procedimento desaconselhável."

Os magistrados aceitaram o princípio de que

"os tribunais não têm o direito de examinar se o médico afastou-se das regras de sua profissão, abordando a questão de ordem científica, de

apreciação e de prática médica, não lhes sendo lícito decidir coisa alguma sobre a oportunidade de uma intervenção cirúrgica, sobre o método profissional a empregar, ou o melhor tratamento a seguir". (RT 558/178)

Mas, contraria-se a regra citada quando da ocorrência de situações específicas, onde de acordo às manifestações advindas dos peritos, se demonstre cabalmente que em uma dada situação somente uma determinada prática ou conduta terapêutica é considerada como aceitável de acordo aos conhecimentos científicos do momento.

Em 1981, a Justiça paulista manifestou-se pela procedência da ação de ressarcimento de danos promovida pela mãe de uma paciente, que havia falecido em decorrência de infecção tetânica adquirida dentro de ambiente hospitalar. Após um acidente, em que se deu a perda de dois dedos da mão, a vítima havia sido hospitalizada, e recebido, para a profilaxia contra o tétano, uma aplicação de anatoxina tetânica. Esta é indicada para reforço de doses anteriores da vacina antitetânica, não sendo recomendada para casos onde não haja imunização prévia, nas doses adequadas ou reforço nos últimos anos. Aceitando o parecer dos peritos, os julgadores consideraram que, no caso, o médico agira de forma imprudente ao ordenar o uso da anatoxina ao invés do soro antitetânico.

"Nesse passo, brota a primeira consideração de valia; diante de grave lesão sofrida pela vítima

não podia o médico se contentar com uma simples resposta da paciente, traumatizada, de que estava imunizada contra o tétano".

"no tétano a grande arma terapêutica consiste na sua prevenção e profilaxia e que, no caso concreto, ao invés de Anatox tetânico deveria ser ministrado o SAT, salvo se houvesse sensibilização, o que não é relatado." (RT 558/57)

Relacionadas ainda à questão da determinação do tratamento, manifestações dos profissionais médicos denotam a grande preocupação em se verem perseguidos civilmente ou penalmente por danos causados por efeitos colaterais de fármacos, vacinas ou soros por eles prescritos ou ministrados.

A esse respeito as decisões judiciais encontradas nesta pesquisa apontam algumas orientações, entre elas, a que considera como conduta culposa o procedimento que contrarie as normas consensuais resultantes dos conhecimentos científicos existentes no momento do evento. Tal argumento fundamenta o julgamento da ocorrência de negligência quando o profissional não demanda a realização de testes, que possam prever uma manifestação idiossincrásica em paciente que necessitava receber soro heterólogo, conduta aceita como obrigatória nessas ocasiões. Portanto, como expressa julgado de 1979, em que se deu a confirmação da condenação do profissional responsável pela prescrição,

"age com inegável negligência o médico que determina a aplicação de soro antitetânico na vítima sem, antes submetê-la aos testes de hipersensibilidade, acarretando, com isso, sua morte por deficiência cardíaca". (RT 549/345)

Da mesma forma caracteriza um delito de homicídio culposo, o fato de profissional de saúde, que tinha conhecimento da natureza alérgica do paciente ao medicamento, o prescrever, ocasionando um evento fatal. Diz a ementa do caso, de 1967:

"age com imprudência manifesta aquele que recomenda a aplicação de penicilina à pessoa que sabia ser alérgica à mesma, dando causa à sua morte por choque anafilático". (RT 387/236)

Inversamente, morte resultante de choque anafilático provocado por analgésico administrado a paciente em estabelecimento hospitalar não caracterizou a obrigatoriedade de ressarcimento por parte do médico, pois

"a alergia do paciente era desconhecida do médico, que o atendeu, não se podendo falar em responsabilidade civil". (RT 357/196)

Os autos, de 1964, mostram que o paciente, que apresentava calculose renal, era alérgico a analgésicos, sendo tratado com frequência no estabelecimento onde veio a falecer. Sofrendo dores em virtude de crise renal, foi atendido por profissional, que sem conhecer seu passado clínico, que apontava para o perigo de ministrar

analgésicos, ordenou a aplicação de injeção a base de dipirona. A responsabilidade civil do atacado não foi promovida, pois os juízes compreenderam que:

"as testemunhas dos autores teriam sabido da intolerância do paciente por analgésicos, por informações deste próprio, mas não provaram, nem indiretamente, que isso fosse do conhecimento do hospital ou de seu médico assistente".

Entende-se que em situações como essa, o saber atual não coloca à disposição dos profissionais de saúde técnicas para a avaliação adequada do estado imunológico dos pacientes, sendo necessário que tenham o conhecimento do passado de manifestações alérgicas por tais substâncias para que medidas profiláticas adequadas sejam realizadas e na ação de responsabilidade, isto tem que ser provado.

Seguindo semelhante interpretação foi concedido, em 1965, o pedido de hábeas corpus formulado por médico, visando o trancamento de ação penal desencadeada contra ele em virtude de acusação de homicídio culposo; era acusado pela realização de ato negligente ao ministrar analgésico a doente alérgico ao medicamento, o que teria ocasionado sua morte devido a choque anafilático causado pelo fármaco.

Além de não ter sido provada a causa mortis do paciente como sendo a reação idiossincrásica ao medicamento prescrito, os juízes consideraram duvidosa a afirmação de ter o paciente ou seus familiares advertido ao médico da

suposta alergia às substâncias analgésicas. Foi concedido o remédio jurídico por entenderem os magistrados que o médico

"não fora, naquele chamado de emergência, notificado de qualquer alergia do enfermo, a quem fizera perguntas esclarecedoras, que não a confirmaram, assim como a confirmava a prescrição, por seu médico assistente, de medicamento composto da mesma base". (RT 369/173)

Ainda, em 1976, foi declarado inocente o profissional, acusado de ter provocado uma lesão corporal culposa em pessoa que teria atendido em pronto-socorro, e para a qual havia ordenado a aplicação de uma injeção intramuscular de penicilina benzatina e outra de dipirona sem terem sido realizados prévios testes de hipersensibilidade. Apesar da paciente vir a sofrer forte reação alérgica que a colocou em perigo de vida, os magistrados afirmaram:

"não há prova nos autos que o acusado tenha agido em desacordo com a atual técnica médica que, pesando benefícios e malefícios daquela prévia cautela, não a transforma em norma obrigatória(...). (RT 494/350)

A Justiça paulista acolheu, na época, o princípio da não obrigatoriedade da realização de testes de hipersensibilidade para as citadas substâncias, quer cutâneos ou oftálmicos, pois estes não eram validados cientificamente para o propósito de aferição da natureza alérgica individual, ao contrário do que se demanda para o

uso de soros heterólogos (SAT, SAD, SAR, etc). Portanto, não há razão para o temor, que ocorre entre os profissionais de saúde, de que ocorra punição, por parte dos órgãos judiciários, pelo fato de que, mesmo não havendo comprovação científica dos testes para a penicilina benzatina ou outras substâncias similares, se devam realizá-los, por ser conduta popularizada em estabelecimentos de assistência à saúde e em farmácias, sendo sua realização esperada e demandada pelo leigo que a vê como procedimento desejável e válido.

No mais, vale citar a decisão de 1981, em que foi considerada inexistência de justa causa para ação penal impetrada contra anestesista, que era acusado de homicídio culposo de paciente, vitimado por uma hipertermia maligna, atribuída a ausência de testes relativos aos medicamentos ministrados. Os magistrados, julgaram segundo os mesmos fundamentos expostos nos processos anteriores, considerando que:

" a morte da vítima durante a cirurgia a que se submeteu escapava à previsibilidade, não se podendo exigir do médico anestesista comportamento diverso nas circunstâncias em que atuou, sem a menor notícia de que o paciente era predisposto a hipertermia maligna, causa do evento letal."

(RT 557/350)

A CONDUÇÃO DO TRATAMENTO

Nesse item estão englobados os procedimentos técnicos e os cuidados específicos destinados a sequência, supervisão e controle do tratamento proposto que, a partir da determinação da terapêutica a ser seguida, orientam os atos dos profissionais e técnicos de saúde envolvidos no tratamento dos pacientes; acoplamos ao tópico as situações decorrentes de erros da organização e do mau funcionamento dos serviços de saúde.

As decisões judiciais relativas à condução do tratamento constituíram-se na principal causa entre as faltas técnicas. Foram encontrados 57 casos referentes à matéria, representando 37% da totalidade da pesquisa e 65.5% das faltas técnicas.

Denota-se pelo estudo a preocupação dos tribunais de não julgarem a eficácia ou a validade de determinado procedimento médico, disto resultando que a apreciação da conduta culposa na execução de tratamento deva ser independente de teorias médicas ou métodos empregados. (MEMETEAU, 1986) Mas, ressalva deve ser feita a que

"o uso de técnicas não comprovadas pela comunidade científica, ou, em outra palavras, criticada pela comunidade científica é demonstrativa, pelo menos, de imprudência". (RJTJESP 121/90)

A responsabilidade civil decorrente dos atos de execução do tratamento, de forma geral, é também tratada

através da noção de obrigação de meios e não de resultados (RJTJESP 113/201).

A má execução do tratamento e a insuficiência de precauções necessárias a se atingir a finalidade da terapêutica proposta fornecem diversos exemplos de condutas ilícitas, puníveis civilmente ou penalmente. A ilicitude da conduta na execução de determinado tratamento é considerada independentemente de ter se dado um correto diagnóstico e uma adequada determinação da terapêutica a ser instituída.

Exemplifica o acima afirmado, decisão de 1989, que considerou procedente a demanda indenizatória formulada pela viúva de policial militar, que tendo sido levado a hospital com quadro diagnóstico de alcoolismo agudo, apresentando hematêmese, foi lá atendido e medicado parenteralmente afim de tratar de seu estado alcoólico. Sem observar o tempo necessário e recomendável para a verificação dos efeitos do tratamento e da necessidade de maior controle, o policial foi liberado e enviado para seu quartel, onde deveria ficar detido. Logo após, como seu estado piorava, foi reconduzido ao hospital onde veio a falecer. Consideraram os julgadores:

"o atendimento médico hospitalar não foi correto, malgrado a aplicação de medicação específica(...), ou seja, o caso exigia internação para observação acurada afim de se evitar o óbito que ocorreu".

(RT 659/139)

As decisões judiciais encontradas na pesquisa corroboram a tese do *caráter omnivalente do diploma médico*.

Os médicos podem realizar todos os procedimentos legais estabelecidos para a profissão, mas devem restringir-se aos limites de suas próprias competências e habilidades, e no caso de as verem ultrapassadas, devem apelar para o concurso de outro colega, especialista na matéria.

Pode-se lembrar os dizeres de decisão da Corte de Justiça do Estado americano da Carolina do Norte, que em 1966, tratando da questão da responsabilidade jurídica de especialidade médica, se manifestava acerca da conduta de ginecologista que cometera um erro ao não diagnosticar uma gravidez atópica. Dizia o acórdão "ao médico que diz ter conhecimentos e habilidades especiais para o tratamento de um órgão ou doença, é exigido desempenhar seu dever para com o paciente, empregados, como tal especialista". (PANASCO, 1979, p.21)

Portanto, ao afirmar-se como sendo um especialista, o profissional deve deter formação, estudos e habilidades diferenciados daqueles possuídos pelos demais colegas que não se colocam em tal situação.⁷ Abaliza o dito, a decisão da Justiça civil, de 1981, considerando que:

"não havendo provas de ato culposos, fica afastada a responsabilidade dos doutores de Medicina, em virtude, mesmo, da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares". (RT 558/178)

7. A esse respeito cabe lembrar o art.135 do Código de Ética Médica vigente.

Também, em 1983, foi declarado inocente da prática de lesão corporal culposa um médico ginecologista que fora acusado de realizar com imperícia uma raquianestesia. O profissional havia sido chamado por colega para realizar procedimento anestésico em parturiente, a qual estava em trabalho de parto iminente; este evoluiu com complicações causadoras de paradas respiratórias, tendo como resultado final um estado comatoso permanente.

Atacado em virtude de ter praticado ações não caracterizadas como pertencentes ao domínio de sua especialidade - a ginecologia - os juízes, considerando que o médico acusado já havia realizado intervenções anestésicas anteriores; aceitaram que:

"tendo sido adequada a técnica raquianestésica empregada pelo assistente da cirurgia que participou, não há lastro probatório para o oferecimento de denúncia contra ele, sob o pretexto de imperícia e imprudência". (RT 583/356)

Sendo assim, nos casos em que o médico seja atacado por atuar em especialidade que não é propriamente a sua, para que haja sua condenação é necessário que seja apurada e provada a ocorrência de conduta imprudente ou imperita na situação, pois a natureza omnivalente do diploma médico permite que ele possa atuar em outros campos da Medicina, afora a sua especialidade, quando se utiliza de procedimentos adequados.

Por sua vez, a demora em executar uma intervenção cirúrgica pode ser vista como responsável pela inadequação da condução do tratamento, pois, conforme a situação que se apresente, o prognóstico do doente poderá se agravar. Por isso, em 1979, foi considerada conduta negligente de preposto de estabelecimento hospitalar o retardo da realização de ato cirúrgico em caso de fratura da perna causada por acidente, que ocasionou a necessidade de amputação do membro, procedendo a demanda indenizatória formulada. (RT 533/84)

Já, o esquecimento de corpo estranho - material utilizado em procedimentos cirúrgicos dentro das cavidades do paciente - teve tratamento e enfoque jurídicos divergentes nas decisões encontradas, quando da análise da tese de risco operatório e enquanto responsabilidade de supervisão e controle do material, por parte dos médicos ou pelo corpo de enfermagem.

Em 1973, a Justiça paulista decretou a absolvição de cirurgião acusado de homicídio culposo por haver deixado compressas no ventre de paciente que operara, e que em virtude de sua negligência, morreria de peritonite.

A decisão proferida invocou a responsabilidade de supervisão e controle do material no campo operatório, como sendo do corpo de enfermagem que assistia ao profissional médico, durante a cirurgia. A ementa do caso apresentado diz:

"se a tarefa de verificar a retirada do material utilizado na cirurgia não é do médico operador e sim das enfermeiras auxiliares, não pode ele ser responsabilizado pela morte da vítima, decorrente da presença de compressas no seu organismo".
(RT 459/361)

Mas, opondo-se a essa interpretação, encontramos o acórdão de 1962, no qual o tribunal negou pedido de habeas corpus, impetrado em favor de cirurgião otorrinolaringologista que fora acusado de homicídio culposo por haver esquecido tampão de gaze na fenda glótica de menor por ele submetido a uma amidalectomia; essa conduta, segundo a acusação, vitimara a criança em razão de provável asfixia.

A defesa do cirurgião tentou argumentar que, se houvesse culpa, esta seria do anestesista, pois era seu dever a limpeza do campo operatório, o que deveria ser feito através de laringoscopia direta.

Os magistrados repeliram esta argumentação, responsabilizando o cirurgião, pois este tem o poder de direção e comando sobre o ato cirúrgico. Afirmaram:

"o cirurgião que ao terminar um processo cirúrgico, deixa de revisar o campo operatório, age com negligência, podendo ser responsabilizado, em tese, pela morte do paciente, resultante daquela omissão". (RT 343/277)

Com relação ao esquecimento de material utilizado no ato cirúrgico, dentro das cavidades orgânicas do paciente,

figurar dentro dos limites existentes dos "riscos previsíveis de todo procedimento cirúrgico", deve-se referir a acórdão de 1985 que condenava essa tese. Médico foi condenado por crime de lesão corporal culposa em virtude de haver deixado duas compressas de gaze na cavidade abdominal da paciente durante a realização de cirurgia para laqueadura tubária. Disto decorreu quadro infeccioso agudo e peritonite, levando à exigência de realização de uma nova cirurgia para a reparação dos danos causados. A defesa do médico alegou que os esquecimentos de corpos estranhos no campo operatório

"fazem parte do chamado risco operatório e que a permanência de corpos estranhos na cavidade abdominal nem sempre importam em negligência, podendo decorrer de fato imprevisível e inevitável".(RT 605/322)

Deste modo, tentou-se fazer crer que a situação deveria ser entendida como ocorrência de um "caso fortuito", portanto tendo havido um fator excludente de culpa. O tribunal não só não aceitou a tese, mas ainda rebateu-a, com os seguintes dizeres:

"o esquecimento de material cirúrgico no organismo de doente constitui fato imperdoável aos cuidados que deve o cirurgião tomar durante e após a operação, respondendo por crime de lesões corporais culposas, em razão da negligência".

Contrariando a tendência observada nos acórdão acima citado, encontra-se a decisão tomada em 1980, que manteve a absolvição de cirurgião, acusado de crime de lesão corporal culposa pelo esquecimento de corpo estranho na cavidade abdominal de seu paciente, mas que não provocara danos físicos a esta. Não acatando a tese da existência de dano moral ou psicológico, resultantes das inquietudes e angústias do paciente, sabedor de ser portador, em seu organismo, de material inorgânico, os julgadores, de certo modo, aceitaram a tese de que o esquecimento de corpos estranhos em atos cirúrgicos, possa ser encarado como dentro de uma margem de risco, pois no caso decidiram que

"é perfeitamente possível, sob o ponto de vista científico, a permanência de corpo estranho no abdômen de uma pessoa, aí deixado por esquecimento em ato cirúrgico, sem que produza transtornos à sua integridade física ou saúde, não se configurando, pois, o delito previsto no art.129".(RT 554/378)

A inobservância das regras de controle e supervisão das normas adequadas aos procedimentos técnicos em ações realizadas, tanto pelos médicos, como pelo corpo de enfermagem, pode levar à responsabilização destes profissionais nas esferas civil ou penal.

Em 1960, ação indenizatória proposta em virtude da ocorrência de negligência por parte da enfermagem de maternidade obteve resultado favorável. O caso era relativo

à aplicação de bolsa de água quente sobre o braço de uma parturiente, tendo lhe causado queimaduras de terceiro grau e provocado lesões que evoluíram de maneira indesejada, ensejando realização de intervenção cirúrgica corretiva.

No caso é importante assinalar que a alegação da defesa, afirmando que os familiares da paciente haviam sido advertidos pela enfermeira das possíveis complicações do procedimento, não foi considerada como fator excludente de responsabilidade. Os juízes expressaram sua convicção na ocorrência de um ato ilícito, por negligência da profissional, pois esta não poderia se contentar com a informação dada a leigos, o que não excluiria seus deveres profissionais, pois

"apesar de prever o perigo da queimadura, não voltou para examinar a doente, nem mesmo se incomodou com o caso"(...) "descuidou-se por completo da doente, deixando-a entregue unicamente a pessoas da família, que não estavam em condições de se aperceberem das consequências que pode causar a bolsa". (RT 300/158)

Em outra decisão, esta, de 1980, foi caracterizada a negligência do proceder de funcionários de estabelecimento hospitalar, que descuidando do controle de medicação parenteral, não previnem o extravasamento dos líquidos e da medicação injetada endovenosamente, e, em decorrência do fato, acabam por causar deformidade permanente da mão esquerda do paciente.

Válida, nesta situação, a noção da responsabilidade do estabelecimento de saúde por atos danosos provocados por seus prepostos, pois, como se encontra no acórdão:

"não há de se exigir, para a solução do litígio travado nestes autos, a identificação do profissional responsável pela aplicação dos medicamentos e pelo tratamento". (RT 546/200)

Em outro caso, por conduta culposa ocorrida no controle da execução de ato cirúrgico, em 1982, foi médico condenado por crime de lesão corporal culposa. O cirurgião, ao realizar uma operação para tratamento de fimose em uma criança, após proceder assepsia da região pubiana com o uso de um antisséptico local, a base de timerosal, fez uso de um bisturi elétrico. O contacto entre o antisséptico e o aparelho produziu um choque elétrico, daí resultando queimaduras na glândula, no prepúcio e no escroto e causando a necrose do órgão genital do menino.

Tendo sido julgado inocente em primeira instância, o profissional viu reformada a sentença no órgão superior, após apelação do Ministério Público. Os juízes do tribunal de apelação entenderam ter ocorrido uma conduta imprudente na execução do tratamento cirúrgico, pois o profissional deveria ter retardado a intervenção cirúrgica durante o tempo necessário a que o antisséptico aplicado perdesse, pela evaporação, suas características de substância inflamável. (RT 578/391)

Ainda, em 1984, foi reconhecido o direito à reparação de perdas e danos sofridos por uma senhora, que se submetendo a uma cirurgia ginecológica com resultados favoráveis relativos a seus objetivos iniciais, teve queimaduras nos membros inferiores causados pelo cabo do aparelho de Diatermia, resultando em deformidades comprovadas. Os magistrados não aceitaram a tese da defesa, de que ocorrera um caso fortuito, um acidente operatório inevitável; os juízes admitiram a culpa do profissional pelo fato da coisa, pois nesta situação, mesmo que o dano tenha sido causado por defeitos na aparelhagem utilizada, a responsabilidade, em vigiar o perfeito e adequado estado de funcionamento do instrumental a ser utilizado nos atos que praticaria, era do médico chefe da equipe cirúrgica. (RT 588/161)

Ainda, como condutas culposas decorrentes da execução do tratamento podem ser aventados casos de procedimentos ortopédicos-traumatológicos, como o engessamento incorreto efetuado em menor de idade, por médico plantonista de estabelecimento para onde a vítima havia sido conduzida com fratura de membro, causada por uma queda de cavalo. O erro de técnica do procedimento realizado provocou uma consolidação da fratura em posição incorreta, atestada pelos laudos periciais, sendo posteriormente necessária uma intervenção cirúrgica corretora; daí os magistrados, em 1980, promoverem a responsabilidade civil da instituição,

para o pagamento das custas da cirurgia corretiva.
(RT 545/73)

Tendo sofrido uma fratura acidental do pé direito ao cair de uma escada, um paciente foi levado a hospital e posteriormente operado. Teve má evolução, sendo necessária a amputação do membro. Os magistrados se manifestaram pela culpa do estabelecimento no transcorrer do tratamento, tendo adotado a tese da inversão do ônus da prova, considerando que:

"a prova da regularidade do comportamento está nas mãos do hospital, que deve sempre cuidar de seus preciosos relatórios, fichas de observação, controle, tratamento (...) Seria absurdo que o paciente houvesse de ter o ônus da prova de que falhas do hospital foram mesmo falhas e não presunção de inexistência de culpa".

(RJTJESP 61/180)

Exemplar é ainda o caso, de 1988, de recém nascido, com graves defeitos congênitos, morto com dois dias de idade em virtude de explosão da incubadora em que se encontrava. Os pais entraram com uma ação de responsabilidade civil contra o estabelecimento hospitalar, alegando que o sofrimento causado pela morte de seu filho era provocadora de danos morais. Esta pretensão foi julgada como improcedente, pois os juízes entenderam que a morte de uma criança de pouca idade, que apresentava defeitos físicos que

comprometiam sua saúde e sua expectativa de vida não poderia representar danos da natureza moral. Afirmaram:

"não se indenizam esperanças desfeitas(...)"

"dor não se paga com dinheiro e, muito menos com indenização". (RJTJESP 120/180)

Pesquisando os casos relacionados às cirurgias de caráter estético, encontramos significativa divergência acerca da aceitação da tese da obrigação de resultados na responsabilidade civil para eventos danosos decorrentes dessas práticas; este fato parece corresponder à indefinição doutrinária que pairou, por muito tempo, a respeito dos procedimentos cirúrgicos que intentavam apenas alcançar o embelezamento ou alterar o padrão de beleza, não tendo caráter propriamente reparador de lesões ou deformidades.

Apropriando-nos dos ensinamentos de PEREIRA (1989), podemos lembrar que, juridicamente, a cirurgia estética foi analisada em três fases distintas. Primeiramente houve, nas decisões dos tribunais estrangeiros, sobretudo na França, uma rejeição à prática, tendendo a condenar toda falta de êxito, de uma maneira absoluta. Numa segunda fase, já aceita como uma especialidade da ciência médica, a responsabilidade civil das cirurgias estéticas passa a ser vista sob o prisma da culpa, responsabilidade subjetiva. Por último, destaca-se a tendência de compreendê-la como desencadeadora de obrigação de resultados.

Através dos casos deste estudo vemos se desenvolverem as duas últimas fases. Acórdão de 1967, da Justiça paulista,

apontava um direcionamento para a aceitação da tese de obrigação de meios e não de resultados, pois considerava

"operando o médico com destreza, perícia, prudência, conhecimento e observância das normas da profissão e dos princípios consagrados nos regulamentos sanitários, é incivil pretender que responda assim pela morte ou agravamento do estado do paciente de operação estética".

"é sabido que o resultado na cirurgia plástica pode não alcançar o resultado desejado pelo próprio cirurgião. Nem por isso se poderá condená-lo, como também não se poderá condenar o clínico que não conseguiu a cura do cliente".

E mais,

"o que se exige do médico é que não tenha cometido erro grosseiro, visto que o contrato do tratamento médico é uma obrigação de meio e não de resultado, incumbindo ao prejudicado a prova de que o profissional agiu com culpa".(RJTJESP 5/96)

Tais situações se conformaram ao apregoado por AGUIAR DIAS (1979), defensor da tese de que os casos de cirurgia estética deveriam ser apreciados do ponto de vista subjetivo, prevalecendo a teoria da culpa.

De 1980, avizinhando-se da noção de obrigação de resultados, recolhemos decisão judicial em que os danos estéticos decorrentes de cirurgia plástica, foram indenizados, manifestando-se os juizes:

"sem a verificação de qualquer causa excludente em favor do réu pela obrigação de resultados assumida, cabe-lhe indenizar amplamente".

(RJTJESP 70/217)

A tese da obrigação de resultados se afirma em caso de 1985, quando cirurgião plástico vê promovida sua responsabilização civil por não ter atingido o resultado previsto, em operação de rinoplastia e mamoplastia. Apesar de considerar que não se pode exigir do cirurgião o milagre de reverter a natureza e lograr a perfeição estética, os dizeres do acórdão mostram claramente a compreensão de que as cirurgias estéticas devam constituir-se em exceção à regra de obrigação de meios da atividade médica. As palavras dos juizes validam a obrigatoriedade de se atingir resultados.

"seguramente não se restringe à culpa a aferição de questões dessa natureza. Mas, também, e precipuamente, pela perspectiva contratual: obriga-se, o cirurgião a determinado resultado estético". "Se não consegue inadimpliu o contrato". "É o resultado que conta. Não atingido, responde o contratante profissional".

Mas, mesmo nesta concepção de obrigatoriedade de resultados, se embute a introjeção da ocorrência de uma conduta culposa, pois, como afirmam os magistrados do caso:

"isso porque não conseguindo atingir o resultado a que se propos, mercê de sua especialização médica, faz transparecer, ainda que de forma relativa, certa dose de incapacidade profissional. Será, sem incerteza, a imperícia, mesmo que relativa".

(RJTJESP 99/315)

Três anos depois, em outro julgamento sobre pedido de indenização em virtude de maus resultados de cirurgia estética, profere-se:

"o dano estético resultante de cirurgia plástica deve ser indenizado pelo médico em razão de inadimplemento contratual, já que assume ele obrigação de resultado".(RT 638/89)

Estas decisões apresentam-se conforme a doutrina jurídica prevalente na atualidade, que propõe a obrigação de resultados na atividade médica como fato de exceção, incidente apenas para análises biológicas e laboratoriais que não ofereçam riscos de precisão científica, para as que têm um alto grau de certeza alcançado pela tecnologia e ciência modernas e para os casos de cirurgia estética. O objetivo destas cirurgias é atingir determinado resultado, de natureza, muitas vezes, mais psicológica do que física, não devendo ser analisadas de maneira idêntica a outras atividades necessárias para a resolução de agravos à saúde.

(BUERES, 1979; MAGALHÃES, 1980; KFOURY NETO, 1990; BITTAR, 1991)

Agora, independentemente de ser uma operação com caráter estético, fatos decorrentes dos procedimentos operatórios, mas não diretamente ligados aos pretendidos resultados da cirurgia, não se enquadrariam no dever de apresentar resultados, sendo apurados dentro dos princípios da responsabilidade subjetiva - por culpa ou dolo.

Demonstra esta noção um acórdão de 1980 onde não se atendeu à queixa indenizatória impetrada por paciente de cirurgia plástica, que teve no período pós-operatório, paralisia do nervo ciático poplíteo externo provocador de disfunção funcional no pé correspondente. Afirmava o queixoso, que a origem causal do agravo à sua saúde fora compressão mecânica que teria sido realizada em seus membros inferiores durante o ato cirúrgico. Mas, como não se comprovou o liame de causalidade entre os procedimentos realizados e o evento danoso, os juízes afirmaram:

"ao réu não se pode atribuir qualquer culpa, mesmo porque não se pode atribuir-lhe negligência no tratamento da moléstia surgida no período pós-operatório". (RJTJESP 68/148)

Ainda, bastante significativo é o acórdão de 1982, concernente a danos causados por tratamento médico-estético, no qual, não se aponta uma obrigatoriedade de resultados, mas responsabiliza-se os profissionais de saúde na

ocorrência de um resultado negativo, indesejado, contrário às pretensões do cliente.

"Na cirurgia estética existe responsabilidade do médico quando há um resultado diverso do pretendido pelo paciente".

E, reforçando a tese exposta, os magistrados continuam:

"em se tratando de um resultado médico-estético com o emprego de peeling mecânico e ação de dermo abrasão, o resultado é levado em conta" "nessa hipótese o médico pode não garantir o resultado, ou seja, embelezar o paciente, respondendo, entretanto, se for alcançado resultado negativo, ou, melhor, diverso, ou seja, agravar os defeitos ou se de forma a paciente". (RT 566/191)

No tocante à responsabilidade criminal, a prática da cirurgia estética é avaliada da mesma forma que nos outros procedimentos cirúrgicos. Tendo ocorrido resultado indesejado em procedimento cirúrgico de caráter estético conformando lesão corporal, se as regras técnicas que o caso requeria foram observadas, justifica-se o trancamento da ação penal. (RT 599/355) (1984)

Finalizando o tópico, pode-se exemplificar situações de *mau funcionamento do serviço*, com o caso, de 1981, em que decorrente da inexistência de médico qualificado no serviço, ocorreu um evento danoso a uma paciente, cuja profissão era a de manicure. Esta fora atendida em clínica que mantinha

contrato com o seu seguro de saúde. Assistida por um estagiário, na ausência de profissionais do estabelecimento, a intervenção praticada resultou em deformidade permanente de seu polegar direito.

A sentença de segunda instância considerou ter existido uma situação de mau funcionamento e organização do serviço, por:

"não ter médicos de plantão em determinados horários, substituindo-os por estagiários".

(RT 556/190)

Estes não possuíam habilidades técnicas necessárias para a elaboração dos procedimentos necessários ao caso, e assim cabia a responsabilidade da clínica, devendo responder civilmente por culpa "in eligendo".

Concluindo o tópico consideramos a validade de apresentar caso de caráter exemplar de falta na organização de serviço relatado por VAREILLE (1990), e ocorrido e julgado em 1989, realizado pelo Conselho de Estado francês, órgão máximo julgador das questões referentes à responsabilidade civil da Administração Pública do país. Foi condenado a indenizar, um hospital público, em virtude de ter-se retardado a ação da equipe cirúrgica, causada por dificuldades na transferência de uma parturiente, do serviço de maternidade para o de reanimação, quando a vítima apresentava uma hemorragia uterina. Em razão do fato, a paciente teve que ser submetida a uma histerectomia, o que lhe causou a impossibilidade de ter futuras gestações.

A EMISSÃO DE ATESTADOS MÉDICOS

Dentre as faltas técnicas que podem ocorrer na atividade médica, encontra-se a emissão de falsos atestados, delito que o art.302 do Código Penal brasileiro contempla especificamente e responsabiliza o médico.

Atestado médico é todo o documento emitido pelo profissional no exercício de suas atividades, mas relacionado com suas competências e conhecimentos específicos, não compreendendo aqueles relacionados com aspectos privados ou comerciais do médico, enquanto cidadão comum. Segundo FRANÇA (1975) é uma declaração simples e por escrito, dada por um profissional de Medicina, sobre um estado mórbido ou a sanidade de seu cliente e de suas consequências.

Para MORAES (1991) é o documento exarado pelo profissional médico em papel timbrado da instituição em que trabalha ou, no caso da clínica particular, com seu nome, endereço e número de registro no Conselho Regional de Medicina, no qual o profissional atesta, após indicar o nome do paciente e a finalidade para a qual é expedido, a condição de saúde ou de doença avaliada, bem como eventual capacidade ou restrição com a responsabilidade que sua qualificação lhe confere.

Cabe frisar que o art.110 do Código de Ética Médica expressa o impedimento do médico em "fornecer atestado sem

ter praticado o ato profissional que o justifique, ou que não corresponda à verdade".

Nossa pesquisa encontrou 8 decisões judiciais enfocando a responsabilidade penal de médicos, por causa de emissão de falso atestado, sendo 5 relativas a atestados de óbito; constituíram-se em 5% das situações estudadas.

Sendo crime de natureza dolosa não é apenada a forma culposa derivada de conduta negligente ou imprudente. Tal afirmação encontra respaldo nas decisões estudadas, como se verifica no caso ocorrido no interior paulista, em 1961, quando médico atestou o óbito de paciente, a pedido de seu esposo, que dizia ter a mulher falecido de tuberculose pulmonar, mas que posteriormente verificou-se a inveracidade do fato.

Os juízes de segunda instância consideraram não ter havido conduta intencional no procedimento do facultativo; fora uma conduta negligente, displicente, não teria tomado providências necessárias para averiguar a veracidade da solicitação do esposo da falecida, mas, o atestado fora fornecido sem malícia. Segundo havia dito o próprio representante do Ministério Público, tratava-se de

"rotina típica no interior" (RT 310/111)

Logo, nesta situação aceitou-se um procedimento, que apesar de não ser o desejável, era habitual nos procedimentos e costumes, de forma a se poder inocentar o acusado, por não se tipificar a infração penal.

Também, em 1961, foi absolvido o médico que atestara o óbito de uma pessoa por motivos naturais, quando esta, na verdade, havia sido morta por seu pai. Como o assassinato se dera em condições que não deixavam vestígios evidentes quando da presença do médico junto ao cadáver, tanto que o fato passou encoberto por quatro anos, os magistrados reconheceram a inocência do profissional, pois sua conduta não fora dolosa, tendo sido enganado pelas circunstâncias. E assim como não houvera condições de duvidar da veracidade do fato, tinha atestado a suposta causa mortis. (RT 318/86)

Conduta culposa também foi motivo de trancamento de ação penal no processo intentado contra profissional médico, em 1962; o Ministério Público acusara o profissional de ter declarado como sendo suicídio a causa do óbito de uma mulher, que posteriormente provou-se ter sido envenenada por intermédio de ingestão de composto arseniacal, crime cometido pelo esposo

Depondo em juízo, o profissional afirmou que não havia examinado a falecida de forma atenta, e realmente procedera um exame superficial na vítima, de forma negligente e até reprovável, mas como em sua conduta, não se dera provas de ter declarado o óbito com intenção de enganar, o que tipificaria o crime de falsidade de atestado, o médico viu sua demanda de trancamento da ação penal atendida pelos juízes. (RT 338/92)

Resultado contrário aos descritos acima, teve o denegado recurso de habeas corpus impetrado em 1976, em

favor de profissional médico, que, sem ter examinado menor falecida em hospital, emitiu atestado de óbito, a pedido dos familiares, mediante pagamento. A conduta dolosa ao fornecer a declaração do falecimento não foi atenuada pela alegação de que a atitude tomada não trouxera prejuízo ou dano a quem quer que fosse e intencionava apenas diminuir o estado aflitivo em que os familiares se encontravam. Nos dizeres dos julgadores observa-se o rigor com que se expressam contrariamente à ação cujo objetivo era tirar proveito da dolorosa situação:

"evidencia a transcrição feita que o acusado firmou atestado falso, mediante paga, sem ter examinado a paciente. Este fato, de inequívoca carga criminosa." (RT 507/488)

Finalizando esta parte pode-se verificar, quando comparados os achados relativos a faltas técnicas da década de setenta com os anos oitenta, torna-se possível notar que ocorreu um crescente número de casos de responsabilidade civil tendo sobrepujado o das ações penais. Dos anos setenta a pesquisa obteve 6 decisões relativas a demandas indenizatórias e 12 ações penais; da década de oitenta recolheu 35 demandas indenizatórias e 20 decisões relativas à responsabilização penal.

Em relação à responsabilidade civil verificou-se também que nos anos oitenta ocorreu um expressivo número de condenações, num total de 23, contra 10 decisões onde o julgamento foi favorável ao profissional ou estabelecimento

de saúde atacado. Tal tendência não era possível de ser observada nas décadas anteriores, onde o número de condenações não superava os casos em que a pretensão indenizatória fora desconsiderada.

Ao contrário, nos casos de responsabilização penal, as três décadas mostram que as decisões inocentando os acusados prevalecem sobre as considerações de existência de violação às normas.

PARTE IV: FALTAS CONTRA O HUMANISMO MÉDICO

FALTAS CONTRA O HUMANISMO MÉDICO

As faltas contra o humanismo compreendem os casos que envolvem o direito ao consentimento esclarecido, à privacidade, à locomoção, à segurança e o direito à solidariedade.

A pesquisa realizada encontrou 64 decisões judiciais relativas a faltas contra o humanismo, portanto em um número inferior ao relacionado às faltas técnicas.

A distribuição no período estudado é mostrada na tabela 3

Tabela 3: Distribuição das decisões jurídicas sobre faltas contra o humanismo médico segundo tipo de responsabilidade jurídica, 1960-1989.

PERÍODO	RESP. CIVIL	RESP. PENAL	TOTAL
1960-1969	1	10	11
1970-1979	1	24	25
1980-1989	11	17	28
TOTAL	13	51	64

Das sessenta e quatro decisões, 13 são pretensões à reparação de danos e 51 relacionam-se a infrações

criminais, notando-se o significativo incremento das ações de responsabilidade civil na última década considerada.

DIREITO AO CONSENTIMENTO ESCLARECIDO

O direito de cada indivíduo em consentir sobre fatos ou atos que lhe digam respeito baseia-se no princípio da autonomia do ser humano para seguir seu próprio plano de vida e ação. Respeitar uma pessoa autônoma é reconhecer que a ela cabe possuir certos pontos de vista e valores que embasam suas deliberações e decisões.

O respeito ao consentimento do indivíduo pode ser compreendido como a aplicação dos princípios da democracia moderna, pois os cidadãos esperam ter voz ativa em múltiplas questões que lhes dizem respeito na vida em sociedade. A aceitação de tal princípio encontra-se na norma constitucional de nosso país, que inclui a autodeterminação individual entre os direitos fundamentais de que dispõem os brasileiros e os estrangeiros residentes no país. O art.5º,II da Constituição Federal de 1988 afirma: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei". Portanto, a sociedade brasileira reconhece que todo cidadão tem o direito à plena autonomia, resguardados os condicionantes e os limites determinados por ela, através das normas emanadas em seu nome pelo Poder Legislativo.

A necessidade de se obter o consentimento do indivíduo para procedimentos a serem praticados sobre seu organismo é um fenômeno histórico-social. Deriva do evoluir da conceituação teórica e da conquista dos direitos da cidadania, assim como da idéia de que todos os homens são iguais e livres, o que constitui uma das bases dos valores da cultura ocidental nos últimos séculos.

Fundamenta-se no direito que possui toda pessoa a seu corpo e à sua integridade física e psíquica, no respeito à autonomia individual (GILLON, 1985); porém, o consentimento somente valida atos fundamentados nas normas legais e não pode ser invocado para situações ilícitas, não exonerando ninguém de suas responsabilidades civil e penal.

É o consentimento que legaliza o ato do profissional de saúde ao manipular ou mesmo ao tocar o corpo de uma pessoa. É de reconhecimento inequívoco a validade dos dizeres emitidos, pelo juiz CARDOZO, em julgamento sobre responsabilidade médica ocorrido nos E.U.A., no início deste século: "todo o ser humano na vida adulta e com a mente sã tem o direito de determinar o que deve ser feito com seu próprio corpo". (BEAUCHAMP & CHILDRESS, 1985, p.68-9; WEISS, 1985, p.5-6)

Certo que, mesmo neste final de século, se faz necessário reforçar tal afirmação, como se depreende da análise do recurso impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, que tratava da acusação de crime de

cárcere privado intentado por um médico psiquiatra. Nele o julgador afirma:

"penso que o instinto de auto-preservação faz de toda pessoa humana, por rudimentar que seja seu conhecimento básico, o mais seguro juiz das conveniências de sua própria saúde". (RT 615/383)

Aceitamos a noção de consentimento enquanto um ato voluntário de decisão, realizado por uma pessoa autônoma, competente, embasada em adequada informação e que seja capaz de deliberar tendo compreendido a informação revelada, aceitando ou recusando proposta de ação que lhe afete ou poderá lhe afetar. Deve ser livre, voluntário e não comportar vícios, erros, dolo, coação física, psíquica ou moral; também não pode ser obtido mediante simulação ou práticas enganosas ou quaisquer outras formas de manipulação.

Na assistência à saúde tal assertiva significa que o indivíduo, que se serve das medidas de atenção à sua saúde, é quem, de forma ativa, deve autorizar as propostas a ele apresentadas e não meramente assentir a um plano de diagnóstico ou de tratamento, através de uma atitude submissa às ordens autoritárias dos profissionais de saúde.

É o consentimento que legitima o contrato estabelecido entre seres livres e iguais. (CHAUVENNET, 1991)

A responsabilidade jurídica do profissional de saúde, pela falta cometida ao descumprir o dever de obtenção do consentimento a ato praticado na integridade física ou

psíquica do paciente, pode derivar de conduta dolosa ou culposa. A consideração da intencionalidade do ato se faz extremamente necessária quando da apuração de sua responsabilização jurídica nas esferas civil e penal.

No Brasil, o não recolhimento do consentimento da pessoa é tipificado como ilícito penal apenas quando for ocasionado por uma conduta dolosa, pois o art.146, # 3º, I do Código Penal não contempla a hipótese de haver mera culpa no tocante à matéria. Diferentemente, na esfera civil a responsabilidade pode ser apurada tanto por prática dolosa quanto por negligência.

Em nosso país tem-se ampliado a discussão e a elaboração de normas éticas e jurídicas sobre as questões que envolvem as relações da assistência à saúde com os direitos fundamentais que devem reger a vida do ser humano. Tal compreensão é encontrada no Código de Ética Médica que inseriu entre as normas deontológicas da categoria o impedimento do profissional médico de realizar qualquer procedimento, através de práticas diagnósticas ou terapêuticas, sem que existam os devidos esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, excetuando-se nos casos da existência de iminente perigo de vida (arts.46, 56 e 59). Os profissionais são interditados de limitarem o direito dos indivíduos de decidirem livremente sobre sua pessoa ou sobre seu bem estar (art.48), princípio que vem reforçado para as pesquisas médicas. (arts.123 e 124)

Assim dispõem algumas das últimas Resoluções do Conselho Federal de Medicina que tem ressaltado os princípios do dever de informar e de obter consentimento, como é o caso da adotada em 11 de novembro de 1992⁸ sobre normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. O consentimento informado será obrigatório para os doadores e pacientes receptores, devendo as informações versarem sobre o caráter técnico, ético, jurídico e econômico dos procedimentos.

Em outra resolução também datada de 11 de novembro de 1992, o Conselho veda aos profissionais médicos a realização de exames compulsórios para a moléstia da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, por intermédio de pesquisa sorológica para HIV ou outros procedimentos, sem que haja o consentimento da pessoa; interdição válida para internações hospitalares, exames pré-admissionais ou periódicos e em estabelecimentos prisionais.⁹

Também o legislador brasileiro começa a se deter mais atentamente sobre aspectos da assistência à saúde que podem intervir com os direitos humanos. A lei federal nº 8489, de 19 de novembro de 1992, que dispõe sobre a retirada e transplantes, expressa a obrigatoriedade do consentimento do disponente para a retirada e doação pós morten (art.3º) e em vivo (art.10) de tecidos, órgãos ou partes do corpo.

8. Resolução CFM nº 1358/92

9. Resolução CFM nº 1359/92,

A Resolução nº 01, de 13 de junho de 1988, do Conselho Nacional de Saúde, normatizando as pesquisas em seres humanos, no capítulo referente a aspectos éticos, enfoca a necessidade de haver o consentimento expresso, por escrito, do indivíduo participante ou de seu representante legal.¹⁰

A noção do consentimento na atividade médica vem evoluindo historicamente. Os autores que tratam do tema apontam o caso SLATER V. BAKER & STAPLETON, julgado em 1767 na Inglaterra, como a primeira decisão jurídica que versou sobre a questão. Nesta, dois médicos foram considerados culpados por não terem recolhido o consentimento do paciente quando da realização de uma cirurgia de membro inferior que resultou em amputação. (BEAUCHAMP & MCCULLOUGH, 1988; KENNEDY & GRUBB, 1989)

Deve-se lembrar que naquela época o consentimento já era demandado - não só por motivos éticos e legais - mas também pela necessidade da cooperação do paciente na realização do ato cirúrgico, pois ainda não eram suficientemente desenvolvidas as práticas anestésicas.

Do início deste século retira-se da literatura o processo SCHLOENDORFF V. SOCIETY OF NEW YORK HOSPITALS, de grande repercussão doutrinária nos meios jurídicos norteamericanos. Refere-se a uma senhora que, em 1908, dirigindo-se ao New York Hospital, com queixas abdominais, foi examinada por médico que diagnosticou a existência de um fibroma, para o qual indicou ser necessária a realização de

um procedimento cirúrgico. O acórdão revela que a paciente fora submetida a uma cirurgia na qual fora retirado seu útero, mas pouco tempo após a realização do ato, acusara o médico e o hospital perante os tribunais, alegando ter sido enganada e operada sem que houvesse dado seu consentimento; afirmava somente ter autorizado ser anestesiada para procedimentos diagnósticos e não cirúrgicos.

O caso chegou à Corte Suprema do Estado de New York que manifestou-se favoravelmente à queixosa. É nesta ocasião que ocorre a manifestação do Juiz CARDOZO, citada anteriormente, que expressou os fundamentos do processo de autodeterminação do indivíduo em relação aos procedimentos médicos a serem realizados sobre sua integridade física.

Mas, esses fundamentos limitavam-se a afirmar o direito dos pacientes à recusa; de poder recusarem-se a procedimentos de natureza cirúrgica, ou seja, tentava-se garantir o direito do indivíduo ao conhecimento da natureza da intervenção que sofreria. Os juízes almejavam impor aos médicos o dever de advertir sobre a natureza dos atos a serem realizados em seus pacientes, mas ainda não se consolidava a interpretação de que o dever do consentir implicaria a discussão e a informação sobre riscos, benefícios e alternativas às medidas propostas.

É somente nas últimas décadas que, no bojo da ampliação da reflexão e da conquista dos direitos da cidadania, o dever dos profissionais de saúde de obter consentimento e de informar se manifesta com mais intensidade, o que se pode

verificar pela inserção do tema nos diversos textos e declarações internacionais relativas aos direitos dos pacientes.

Destaca-se inicialmente o Patient's Bill of Rights, publicado em 1973 pela Associação Americana de Hospitais, que teve o mérito de consagrar, entre os direitos dos usuários de serviços de saúde, a informação e o consentimento. (BANDMAN & BANDMAN, 1978; GAYLIN, 1978)

Posteriormente, também de larga repercussão, enuncia-se a Declaração do Havai, de 1977, revisada em 1983, que tratou especificamente dos direitos dos pacientes psiquiátricos e reforçou o direito desses pacientes ao consentimento informado. Em 1979, a Comunidade Econômica Européia se manifestava através da Carta do Doente Usuário de Hospital, promulgada por seu Comitê Hospitalar. A Carta afirma o direito do paciente hospitalizado à autodeterminação, nele ressaltadas a aceitação ou a recusa aos cuidados propostos para diagnóstico ou tratamento, assim como a obrigatoriedade da informação sobre todos os fatos referentes a seu estado de saúde .

Em sua Assembléia realizada em Lisboa, em 1981, a Associação Médica Mundial emite uma declaração sobre os direitos dos pacientes, incitando seus membros a promoverem medidas que garantam ao doente o direito de aceitar ou recusar o tratamento proposto após ter sido adequadamente informado. Cabe também aqui lembrar que, em 1984, o Parlamento Europeu adotou uma resolução sobre uma Carta

Européia dos Direitos do Paciente, a qual contem o direito à informação sobre a terapia e o prognóstico, o direito à consulta do prontuário médico pelo doente assim como o de consentir ou recusar a tratamento a ele proposto.

Pode-se ainda citar a reunião dos Conselhos Médicos da Comunidade Econômica Européia, de 1987, que objetivou a proposição de um Guia Europeu de Ética Médica. O art.4º de tal documento expressa que: "salvo urgência, o médico esclarecerá o doente sobre os efeitos e as consequências esperadas do tratamento devendo necessariamente recolher o consentimento do paciente, sobretudo quando os atos propostos apresentem um risco sério". Afirmar ainda que ao médico não caberia substituir sua própria concepção de qualidade de vida pela de seu paciente.¹¹

Paralelamente à afirmação do direito dos pacientes a serem informados e a consentirem aos atos praticados sobre sua integridade física ou psíquica, verificou-se o aumento das demandas jurídicas relacionadas à apuração da responsabilidade de médicos e estabelecimentos de saúde, por violação desses deveres, nos tribunais americanos e europeus.

Na França, LEMAIRE & IMBERT (1985), estudando a evolução da jurisprudência civil da responsabilidade médica, encontraram entre 1980 e 1983, 3170 processos de reparação de danos, sendo vinte demandas indenizatórias fundamentadas

11. As declarações internacionais citadas encontram-se em BELANGER, M. *Le Droit international de la santé par les textes*. Paris, Berger-Levrault, 1989. p.158, 304 e 307.

na ausência de consentimento do paciente ou de seus representantes legais a ato nele praticado

Na pesquisa por nós empreendida encontramos apenas três casos relacionados ao assunto, todos representando demandas de ressarcimento de danos, sendo que os julgamentos situaram-se na segunda metade dos anos 80. Apesar do número diminuto de julgados, as três decisões parecem expressar a diversidade da compreensão dos tribunais sobre a matéria e servem para analisar a tendência jurisprudencial.

O primeiro acórdão de que trataremos, relativo a questão consentimento-informação, é de 1987, e refere-se a uma demanda de indenização impetrada pela menor M.G., representada por seus pais, contra o Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual de São Paulo - IAMSPE. (RJTJESP 109/127)

A demandante propos ação civil contra o Instituto em virtude de ter sido submetida a cirurgia ortopédica visando tornar congruente e articulada a cabeça do fêmur da criança, em seu encaixe no quadril, pois era a paciente portadora de luxação congênita bilateral. Os resultados apresentados não lhe foram favoráveis, ao contrário, levaram ao agravamento das condições anteriores ao procedimento cirúrgico, no que se refere às condições locomotoras.

Apesar de não ter ocorrido um resultado satisfatório e desejado, a conduta cirúrgica adotada no caso foi considerada como adequada para as condições do paciente, segundo as conclusões dos peritos judiciais. A cirurgia

havia sido realizada por profissional de renome internacional, professor canadense, responsável pela introdução do método cirúrgico utilizado e que se encontrava em visita ao Brasil. O facultativo havia sido devidamente autorizado pelo Conselho Regional de Medicina a operar em nosso país.

Mas o debate jurídico não se travou acerca de falta técnica, com alegações de haver sido cometido erro de diagnóstico ou conduta terapêutica inapropriada, pois as considerações periciais descartavam ter ocorrido conduta imperita, deduzindo que o insucesso fora causado por fatores biológicos inerentes à própria paciente.

O fundamento da demanda indenizatória baseou-se na ausência de suficientes informações fornecidas aos representantes legais da criança acerca dos riscos da intervenção cirúrgica e do estabelecimento de falsas expectativas de sucesso. Houvera o consentimento ao ato cirúrgico, mas não havia sido um consentimento esclarecido, pois haviam faltado informações para uma tomada de decisão consciente, para aceitar ou recusar a realização do procedimento cirúrgico propugnado.

A Procuradoria Geral de Justiça fora favorável à proposição da paciente, acatando as considerações feitas, porém os argumentos apresentados não convenceram a corte julgadora que entendeu não poder acolher a pretensão indenizatória, pois havia sido dado o consentimento e a família havia anuído à realização da cirurgia, portanto

havia sido garantido o direito de recusa,. Quanto às informações sobre o balanço entre riscos e inconvenientes e benefícios os juízes afirmaram

"obviamente nenhum leigo pode ignorar os riscos decorrentes de qualquer cirurgia".

(RJTJESP 109/127)

Esta manifestação de aceitação da tese que considera que os riscos de qualquer ato cirúrgico são de conhecimento das pessoas, mesmo quando leigas no assunto, logo não cabendo alegação de seu desconhecimento para a promoção da responsabilidade civil nos atos médicos, é discutível e acata a noção do *consentimento simples*.

Esta consiste na primeira forma aceita juridicamente sobre o dever de recolhimento do consentimento de uma pessoa a um procedimento da atividade médica e prevaleceu nas cortes norteamericanas, tanto quanto nas francesas, até meados dos anos 50; requerida basicamente para as intervenções cirúrgicas e consistindo numa simples e rotineira revelação sobre a natureza do procedimento a ser realizado sobre o paciente, usualmente sem explanação substanciada, não contemplando o direito à autodeterminação. Em verdade ela apenas garante o direito do indivíduo de manifestar sua recusa, pois este não detém informações que possam levá-lo a exercer sua decisão verdadeiramente autônoma.

Analisando-se o conteúdo da norma penal brasileira, que considera ilícito um procedimento sobre a integridade

física de uma pessoa, sem o seu consentimento, verifica-se que também, e somente, obedece aos fundamentos do consentimento simples, ou seja, sanciona o desrespeito ao direito de recusa.

Mas, é no segundo caso (RT 638/89) encontrado na pesquisa, apesar de tratar da questão da informação-consentimento em relação às cirurgias plásticas, que podemos observar a compreensão da tendência internacional de considerar dever dos médicos, obter do paciente ou de seus representantes legais o consentimento baseado em informações adequadas para cada caso.

O acórdão diz respeito à promoção de responsabilidade civil de cirurgião plástico acusado de ter provocado dano estético a paciente (quelóides), causado pela cirurgia por ele realizada. A decisão judicial, em primeiro lugar, considerou que no tocante a procedimentos cirúrgicos dessa natureza é demandada a obrigação de resultados e não de meios, portanto o queixoso deve ser ressarcido caso o resultado do ato médico se contraponha à obrigação contratual.

Mas também considerou que o grau das informações fornecidas não havia sido suficiente para que o consentimento à cirurgia tivesse sido esclarecido, sobretudo dos riscos possíveis de acontecerem, e, por isso deu ganho de causa à demandante. Expressou-se assim:

"no tocante aos quelóides, não existiu a comprovação de que o médico advertiu a cliente

(que sendo de raça amarela, apresenta maiores problemas com quelóides) dos perigos da cicatrização".(RT 638/89)

O resultado deste julgado amolda-se à tendência manifesta desde a década de 50 que vem preparando, na doutrina e nos tribunais de diversos países, uma transição da interpretação jurídica para formas qualificadas de consentimento. Evoluindo da noção de consentimento simples para o *consentimento informado* (informed consent), conforme a denominação utilizada nos E.U.A. ou *consentimento esclarecido* (consentement éclairé), conforme encontramos na jurisprudência francesa.(AUBY,1981; POLANI, 1983; APPELBAUM et al., 1987)

Ilustrativo o acórdão da Corte de Cassação francesa de 1955, que firma o dever da obtenção do prévio consentimento esclarecido aos atos médicos. Uma senhora recebera eletrochoques para o tratamento de depressão nervosa em serviço de neuropsiquiatria, o que lhe ocasionou fratura da cabeça do úmero. Constatando-se a ocorrência de dano certo, não se advogou a ocorrência de conduta técnica culposa, mas o médico foi repreendido por haver se omitido de revelar à paciente das possibilidades de consequências danosas do procedimento terapêutico adotado, ou seja, a responsabilidade civil foi promovida pela falta de suficiente informação à paciente para que esta pudesse, autonomamente, dar seu consentimento ao procedimento cirúrgico. (CHAMMARD & MONZEIN, 1974)

No mesmo ano, nos E.U.A., a Corte Suprema do Estado da Carolina do Norte estatui, no caso HUNT V. BRADSHAW, que a falta de explicação dos riscos envolvidos em cirurgia deveria ser considerada como comportamento médico culposos da parte do cirurgião. Porém, aceitava-se que para evitar uma apreensão psíquica por parte do paciente, o médico poderia resguardar determinadas revelações sobre riscos cirúrgicos. (KATZ, 1986)

É somente em 1957 que aparece na literatura americana a expressão *informed consent*, cunhada pela corte californiana julgadora do caso SALGO V. LELAND STANFORD Jr. UNIVERSITY OF TRUSTEES. Este caso se refere a senhor que foi submetido a aortografia transtorácica realizada porque havia suspeita de obstrução da aorta abdominal; posteriormente ao procedimento o paciente sofrera paralisia dos membros inferiores, complicação dada como rara para a técnica utilizada na época. Os magistrados julgaram que, houvera conduta culposa por parte dos operadores, porque não haviam revelado ao enfermo as possibilidades de riscos da técnica empregada e, porisso cabia a sanção indenizatória. A partir desse momento nota-se que a responsabilidade médica, na esfera civil, começa a ser promovida mesmo na presença de um consentimento simples que não seja acompanhado da revelação da natureza e do escopo do procedimento.

No ano de 1960 são julgados dois casos nas cortes americanas que marcam a afirmação do princípio da obrigatoriedade legal do consentimento informado.

No processo NATHANSON V. KLINE, examinando-se o caso de uma mulher que havia sofrido queimaduras torácicas em razão de radiações terapêuticas por cobalto após uma mastectomia radical. Em MITCHELL V. ROBINSON o paciente recebera eletrochoques que visavam o tratamento de estado esquizofrênico, mas que resultara no aparecimento de várias fraturas vertebrais. Nos dois casos as cortes julgaram que os médicos haviam agido de forma negligente ao não explicar aos pacientes, de uma forma simples e acessível, os riscos das terapêuticas propostas, as possibilidades de sucesso e as alternativas para os procedimentos realizados. As cortes não aceitaram a alegação de que os médicos assim procederam no intuito de evitar temores por parte dos pacientes; afirmaram que, mesmo em havendo necessidade cirúrgica ou qualquer outra forma de tratamento, não caberia, aos profissionais substituírem a decisão dos pacientes por seus próprios valores (GRABER, 1980). Em ambos os casos o consentimento simples havia sido recolhido anteriormente aos procedimentos efetuados, mas sem a existência de devidas informações sobre os possíveis efeitos colaterais, o que foi considerado como conduta não respeitadora do direito à autodeterminação dos pacientes.

Mas, foi na década de 70 que se ampliou o dever de informar, como exemplifica o caso COBBS V. GRANT, de 1972. Neste, a corte julgadora entendeu que deveria ter ocorrido a revelação, por parte do profissional, de todos os riscos significativos que pudessem causar morte ou sério dano à

pessoa do queixoso. Os juízes passaram a afirmar que as informações deveriam se estender àquilo que uma pessoa prudente e razoável gostaria de saber sobre os riscos possíveis de ocorrerem, se fossem submetidas a determinado procedimento. (BEAUCHAMP, 1989)

O segundo acórdão encontrado em nossa pesquisa segue a tendência encontrada na doutrina jurídica que considera que nas cirurgias estéticas não reparadoras existe obrigação do profissional de informar ao candidato a este tipo de procedimento cirúrgico de todos os riscos e inconvenientes possíveis, mesmo os mais raros, antes de validar o consentimento do indivíduo ao ato cirúrgico. (AUBY, 1981)

Mas, se para as cirurgias estéticas parece haver concordância doutrinária com as decisões tomadas nos tribunais, existe ainda considerável polêmica a esse respeito quanto aos outros procedimentos da atividade médica. O caráter, a diversificação e a complexidade dos atos médicos leva a que, tanto a doutrina jurídica, quanto aqueles que, no campo médico, preocupam-se com a temática, tenham diferentes interpretações de quando e em que procedimentos se faz necessária a obtenção do consentimento esclarecido.

Para AGUIAR DIAS (1979) o consentimento se faz necessário apenas nas intervenções cirúrgicas ou nos tratamentos considerados "mais ou menos perigosos", sendo dispensável nos que não ofereçam inconvenientes. O autor propunha que o consentimento prévio deveria ser recolhido

nas operações cirúrgicas, nas anestésias, nas ações onde existisse inoculação de vírus ou soro heterólogo e nos tratamentos por meio de eletricidade ou de radiologia.

Seguindo a mesma linha de AGUIAR DIAS, o juiz KFOURI NETO (1990), ao tecer comentários sobre aspectos da responsabilidade civil do médico, restringe a necessidade do consentimento aos casos de cirurgia onde há risco de vida, mutilações e utilização de radioterapia.

PEREIRA (1989), por seu lado, entende que, em se tratando de um cirurgião, é regra que nenhuma operação seja conduzida sem o consentimento do paciente ou de pessoas da família. BLOISE (1987) também restringe a obrigatoriedade às operações que oferecem perigo.

Na Argentina, lei de 1967, que trata do consentimento e da recusa do paciente a ato médico, dispõe sobre a obrigação do recolhimento do consentimento por escrito nas operações mutilantes realizadas fora de situações de risco de vida ou de inconsciência do paciente. (MACHADO, 1985)

É interessante o modelo exposto por LARA & DE LA FUENTE (1990), baseado nos riscos dos procedimentos e visando avaliar a obrigatoriedade do consentimento informado. Fixam-no nos casos onde existam riscos ou alternativas de tratamento e reforçam a necessidade do paciente compreender as diferenças entre os riscos das alternativas terapêuticas existentes podendo assim ser capaz de tomar decisões baseado no entendimento amplo do problema.

Numa interpretação mais abrangente, compreendendo que cabe ao paciente e não ao médico a decisão na escolha das ações a que deve ser submetido, CHAMMARD & MONZEIN (1974) e GRABER (1980) expressam serem favoráveis que o consentimento prévio deva ser obtido em todos os procedimentos terapêuticos, quaisquer que sejam os locais onde a atividade médica se dê e não se restrinjam ao ambiente hospitalar.

Assim como VIEIRA & HOSSNE (1987), preferimos a expressão criada pelos tribunais franceses - o *consentimento esclarecido* - que ao nosso ver traduz melhor o direito do indivíduo à autodeterminação. Esclarecimento significa que o paciente deve compreender a informação para a tomada de decisão e não basta que a pessoa apenas seja receptora de informações, como poderia se interpretar na expressão *consentimento informado*, utilizada correntemente pela doutrina ética e jurídica estadunidense.

Consentimento esclarecido é aquele em que a informação é revelada a uma pessoa livre e competente, que pode compreendê-la e voluntariamente possa tomar uma decisão, aceitando ou recusando o procedimento médico recomendado. As informações devem ser adaptadas às circunstâncias do caso e às condições sociais, psicológicas e culturais do paciente.

Decisão judicial de 1961, que criou jurisprudência na França, define ainda que a informação deva ser "simples, aproximativa, inteligível e leal" (LEMAIRE & IMBERT, 1985), ou seja, deva ser dada dentro de padrões acessíveis à compreensão intelectual e cultural do paciente, não

necessitando adentrar em detalhes técnicos específicos. Aqui cabe ressaltar que, em nossa opinião, a utilização de formulários padronizados sobre procedimentos a serem realizados em determinadas patologias e agravos à saúde, não é a forma mais adequada para se obter o consentimento esclarecido do paciente, pois não obedece aos princípios definidos logo acima.

Também, em 1961, a Corte de Cassação francesa precisou o que depreendia por informação aproximativa e simples. Decidiu que um otorrinolaringologista, operando uma doente de mucocèle frontal, não havia cometido nenhum ato passível de promover sua responsabilidade, em virtude de haver indicado à paciente que ela tinha uma sinusite frontal e não uma mucocèle, pois a operação necessária era a mesma para as duas patologias. O médico, no entender dos magistrados, havia com esta linguagem emitido uma informação simples, aproximativa e que objetivara a melhor compreensão do paciente, lhe permitindo uma adequada tomada de decisão.

As informações a serem transmitidas ao paciente devem se pautar na natureza do procedimento, nos objetivos diagnósticos ou terapêuticos, na sua invasibilidade, duração do tratamento, localização da patologia, necessidade de anestesia, no tipo de instrumental a ser utilizado e na explicação acerca das regiões corpóreas a serem afetadas pelos atos a serem praticados. Deve o paciente também ser esclarecido se o tratamento ou a prática diagnóstica é experimental ou faz parte de um protocolo de pesquisas,

assim como sobre o balanço entre benefícios a serem obtidos e riscos e inconvenientes possíveis, e, ainda, das probabilidades de alteração das condições de dor, sofrimento e de suas condições patológicas.

Quanto aos riscos - devem ser reveladas sua natureza, magnitude, probabilidade e iminência de sua materialização. O citado julgado das cortes francesas, de 1961, afirma que a informação a ser fornecida deve conter os riscos normalmente previsíveis em função da experiência habitual e dos dados estatísticos, não existindo a necessidade de que sejam informados riscos excepcionais ou raros.

Baseada nessa assertiva, a justiça francesa julgou improcedente a demanda de reparação de danos impetrada contra médico cirurgião por causa de paralisia facial decorrente de cirurgia praticada pelo profissional. Alegava o queixoso que não teria sido adequadamente informado da ocorrência de tal complicação e que no caso não teria dado seu consentimento. A decisão judicial, baseada em pareceres de peritos que haviam estimado que a probabilidade do aparecimento de tal complicação era de 4 a 5 por 1000 cirurgias - sendo, portanto, um risco excepcional - considerou que o médico não era obrigado a revelar todos os riscos raros possíveis de se concretizarem com uma cirurgia e o absolveu. (LEMAIRE & IMBERT, 1985)

Também não afirma a obrigação do profissional de saúde em fazer conhecer a seu paciente todas as consequências desfavoráveis possíveis da intervenção - raras

e hipotéticas, mas pode-se observar a discordância com a afirmação feita pelos magistrados julgadores do primeiro acórdão por nós pesquisados, que concebia o conhecimento dos leigos sobre os riscos dos procedimentos cirúrgicos.

Já, nos Estados Unidos da América, em algumas unidades federadas, tais como Texas, Iowa e Louisiana, as cortes especificaram que somente certos riscos devem ser informados aos pacientes. Devem ser revelados riscos de lesão cerebral, quadriplegia, perda de órgão ou de função, ou ainda, quando houver possibilidade de que os atos efetuados resultem em cicatrizes desfigurantes. Essa tendência se contrapõe às decisões tomadas por jurisdições de outras entidades federadas que exigem que mesmos riscos remotos e raros sejam explicitados. (APPELBAUM et al., 1987)

APPELBAUM et al.(1987) consideram que os riscos conhecidos pelo senso comum não necessitam ser apontados. Efeitos colaterais no tratamento que sejam considerados leves e passageiros e não causem substancial dano ou desconforto ao paciente, também podem ser omitidos. Por sua vez, CULVER & GERT (1982) insistem para que também sejam informados os riscos de um não tratamento.

Nas cirurgias estéticas, como é o caso do acórdão encontrado na pesquisa, tanto a doutrina estrangeira quanto a nacional, afirmam que, diferentemente da cirurgias de outra natureza, existe a obrigatoriedade do cirurgião plástico de revelar todos os riscos que a intervenção possa ocasionar, mesmo os considerados raros ou excepcionais, tese

verificada no resultado do acordo analisado. (AUBY, 1981; LEMAIRE & IMBERT, 1985; PEREIRA, 1989)

A terceira decisão encontrada em nossa pesquisa (RT 613/46), é de 1986 e trata de recurso impetrado por médico neurologista-psiquiatra contra decisão judicial de primeira instância que dera ganho de causa à demanda de reparação de danos físicos atribuídos ao medicamento prescrito pelo facultativo para menor L.S., portadora de quadro epilético, tipo grande mal, com episódios convulsivos.

A medicação anticonvulsivante, difenil hidantoína, era na ocasião do acontecimento, considerada como medicação adequada de escolha para o combate do mal de que padecia a criança. Esta, porém, apresentou manifestações colaterais, com quadro clínico sugestivo de Síndrome de Stevens Johnson, tendo apresentado graves lesões cutâneas, perda de tecido tegumentar, queda de cabelos e das unhas, ruptura do esôfago e enucleação de um dos olhos.¹²

A corte paulista considerou que em vista das provas apresentadas não houvera nenhuma falta técnica desde que o diagnóstico neurológico havia sido preciso. Também não se podia cogitar de erro de tratamento, pois segundo as afirmações periciais, o medicamento era adequado à situação apresentada pela menor. Se entendeu que não ocorrera conduta

12. A Síndrome de Stevens-Johnson é uma forma grave, às vezes fatal, de reação de hipersensibilidade, causada por drogas ou infecções, com lesões em pele e mucosas. SAMPAIO, S.A.P. Dermatologia Básica. São Paulo, ESPE, 1970. p.45.

culposa ao deixar de realizar testes com objetivo de aferir a sensibilidade individual à droga, à maneira que ocorre com os soros de origem heteróloga (antidiftérico, antitetânico, antirábico), pois não existiam na época, como ainda não existem, testes eficazes para essa finalidade.

Não foi aceita alegação de erro no acompanhamento da evolução do quadro, pois apesar do acontecido a paciente somente havia retornado para nova consulta, com o profissional acusado, onze meses após o encontro onde havia sido receitado o medicamento supostamente causador dos danos, sendo que nesse intervalo havia se socorrido de outros serviços médicos.

Portanto, estava descartada conduta negligente ou imprudente baseada em faltas técnicas. Afirmaram os julgadores:

"inexistem elementos decisivos que permitam a conclusão de que o réu agiu com culpa na prescrição e acompanhamento da medicação".

A polêmica em relação ao julgado, de interesse para o estudo em foco, travou-se à respeito da magnitude das informações sobre os riscos que foram ou deveriam ter sido reveladas aos pais, responsáveis legais da menor, para que estes pudessem avaliar, controlar o quadro de sua filha e deliberar adequadamente sobre a continuidade da utilização da medicação. O voto vencedor no julgamento concluiu:

"reconhece-se que o requerido informou ao pai da autora e à sua mulher a possibilidade de haver

reação ao remédio, porém isso seria normal e marcou retorno de para daí a 30 dias".

E, continuou

"aliás, como é notório, não é normal que um médico advirta um cliente de todos os possíveis efeitos colaterais de um remédio, máxime em moléstias que afetam o sistema nervoso".

Por tais assertivas podemos complementar a discussão quanto às informações sobre os riscos de procedimentos médicos, iniciada com o segundo acórdão citado e aferir, pelos dizeres dos juízes, que se verifica uma tendência a se aceitar limitação da obrigatoriedade de informar como nos caso das doenças que afetam o sistema nervoso, pois poderiam causar danos psicológicos aos pacientes.

Com este acórdão pode-se discutir o *padrão de informação* que se demanda legalmente ao médico revelar e o princípio do *paternalismo médico*.

Começemos lembrando o *padrão da prática profissional* (professional practice standard) onde ao médico é requerido que revele aquilo que um colega consciencioso e razoável teria feito em iguais ou similares circunstâncias. Nesta padronização, a revelação mais adequada é a determinada pelas regras habituais e práticas tradicionais da comunidade médica. É o profissional que estabelece o balanço entre as vantagens e os inconvenientes da informação, assim como os

tópicos a serem discutidos e a magnitude de informação a ser revelada em cada tópico. (BEAUCHAMP & McCULLOUGH, 1988)

Referindo-se ao julgamento estudado, pelo padrão da prática profissional, o profissional não necessitaria ter fornecido maiores informações sobre os riscos do medicamento prescrito, caso fosse esta a prática dominante da sua categoria, para casos semelhantes. Porém, consideramos que este modelo de consentimento negligencia o direito à autonomia do paciente, pois trabalha com parâmetros já estabelecidos pela categoria médica, não se adaptando ou individualizando aos reais interesses de cada indivíduo. Apesar dessas restrições doutrinárias, este é o padrão predominante na jurisprudência estadunidense, pois 75% das cortes o adotam nos julgamentos de demandas indenizatórias baseadas no "informed consent". (APPELBAUM et al., 1987)

Nos votos vencedores se configura a tendência de que o consentimento seja dado segundo o padrão da prática profissional, pois o limite e a quantidade de informação são decididas apenas pelo médico.

O segundo padrão possível de ser utilizado é o padrão da pessoa razoável (the reasonable person standard) que se fundamenta sobre a informação que uma hipotética pessoa razoável, mediana, necessitaria saber sobre os procedimentos, riscos, alternativas e consequências dos procedimentos. A esse modelo pode-se contrargumentar que se baseia numa abstração do que seria uma pessoa razoável, que pudesse configurar um modelo padronizado de paciente para

determinada cultura. No mais, não requer que o profissional se disponha a revelar informações que julgue estarem fora dos limites traçados pela figura hipotética da pessoa razoável.

O profissional, ao utilizar tal modelo, continua a decidir o que será ou não revelado, e, portanto este padrão de dever de informar conclui por não dar garantias adequadas a que seja respeitado o direito a uma autônoma tomada de decisão. APPELBAUM et al. (1987) afirmam que as pesquisas realizadas junto aos tribunais norteamericanos apontam que 25% das cortes acatam este procedimento.

Por último encontra-se o *padrão orientado ao paciente* ou *padrão subjetivo* (patient oriented standard ou subjective standard). Este não se contenta com a utilização da idéia de uma hipotética pessoa considerada como razoável e que se conforme ao padrão mediano da população, mas passa a requerer uma abordagem informativa apropriada a cada indivíduo. A discussão sobre o caso médico deve ser feita adaptando-se aos valores e expectativas de cada pessoa, sem se ater a fórmulas padronizadas. Os pacientes devem, segundo esta linha de raciocínio, ser considerados como únicos, não padronizáveis e o consentimento com a adequada informação se baseia, não na escolha da "ótima alternativa científica ou tecnológica", mas sim, "da melhor para aquele paciente".

Este padrão obriga o facultativo a realmente ser respeitador do direito do paciente à autodeterminação e intenta que ele descubra, de forma sensível, baseada nos

conhecimentos e na arte de sua prática, o que realmente cada indivíduo gostaria de conhecer e quanto gostaria de participar das decisões.

Em nossa terceira decisão judicial relativa ao tema, ainda, dos dizeres dos magistrados depreende-se que não é o profissional de saúde obrigado a revelar todos os possíveis riscos de um tratamento, pois

" o resultado danoso não poderia ter sido como provável, tudo fazendo crer que era remotamente possível, ou seja, consequência ocasional decorrente da hipersensibilidade(...)".

Da fórmula utilizada "remotamente possível" podemos inferir que seja permitido aos profissionais de saúde a ocultação de efeitos colaterais e complicações de rara ou hipotética possibilidade no intuito de evitar um dano psicológico ao paciente que o conduza à recusa do procedimento recomendado, diferentemente do que foi dito para as cirurgias estéticas.

Mas, é importante aqui ressaltar a discordância de interpretação observada na declaração de voto emitida pelo presidente da corte, que foi voto vencido. Este, após tecer comentários sobre a inexistência de culpa na adequação terapêutica, complementa:

"não houve, por certo, prudente e adequada advertência à demandante ou a seus pais, quanto aos efeitos secundários do medicamento, irradiado, no caso, de maneira grave".

As manifestações colaterais, segundo os peritos, continuaram a aparecer 10 -14 dias após o início da ingestão da substância,

"e isto recomendava, mormente para a paciente, de família pobre e de pouca instrução, uma clara e detalhada advertência quanto às possíveis alterações provocadas por essa ordem de efeitos secundários, com a recomendação de pronta suspensão do medicamento". "essa providência, cercada dos cuidados precisos, é que faltou."

O arrazoado do magistrado tende a considerar que a magnitude e a extensão das informações deveriam ser fundamentadas segundo padrões individualizados, observando-se fatores sociais e culturais e que para se atingir esses objetivos, a forma mais adequada de se obter o consentimento seria orientando-se pelas características próprias da situação estabelecida, logo estando mais próximo do padrão subjetivo.

Com o que não se pode concordar, é a tese exposta por TORRES (1991, p.236) que valida a restrição de demanda de consentimento argumentando que: "a realidade brasileira demonstra que é praticamente impossível contar com a compreensão devido ao baixo nível intelectual dos pacientes que frequentam as instituições médicas e universitárias", tese que acaba por contrariar o princípio inserido no art.1º de nossa Carta Constitucional, que veda que o cidadão seja discriminado por qualquer motivo.

Também consideramos que se deva minimizar as conclusões de pesquisas do gênero daquela realizada por CASSILETH et al.(1980), que afirmam que o consentimento informado não é eficaz, pois boa parte dos pacientes de instituição hospitalar não compreende as informações que lhes são reveladas, por formas escritas ou orais de consentimento. Pensamos que se deva olhar o resultado dessas pesquisas de uma ótica inversa. Se os pacientes não compreendem a informação dada, talvez seja devido a que esta não lhes tenha sido adequada, não os tenha esclarecido, ou seja, o consentimento quando dado foi um consentimento informado, mas não esclarecido; tratou-se os pacientes sob o princípio da igualdade e não da equidade.

Estimamos que em casos semelhantes e na prática diária dos profissionais de saúde, seria desejável aliar o padrão da pessoa razoável com o subjetivo, pois o profissional revelaria aquilo que uma pessoa mediana devesse conhecer e acrescentaria outras informações que cada pessoa, individualmente, desejasse apreender.

A terceira decisão judicial aqui comentada ainda nos traz a reflexão acerca das noções sobre o *paternalismo médico*, aceitas pelas normas éticas ou legais. Aceitar que se possa restringir informações de diagnóstico e de prognóstico a uma pessoa competente revela acatar pressupostos do paternalismo médico (DRANE, 1984; WEISS, 1985; KANTOR, 1989). Ao se manifestarem considerando a validade do ato de não revelar, ou mesmo, de se esconder

informações do paciente e de seus responsáveis, os magistrados demonstraram estarem imbuídos da legitimidade e legalidade dessa forma de proceder.

"aliás, como é notório, não é normal que um médico advirta um cliente de todos os possíveis efeitos colaterais de um remédio, máxime em moléstias que afetam o sistema nervoso".

Podemos conceituar o paternalismo como a interferência com a liberdade pessoal mediante ação justificada por razões referidas exclusivamente ao bem estar, alegria, necessidades, interesses ou valores da pessoa que está sendo coagida. O paternalismo existente na interação profissional de saúde-cliente é concebido como sendo uma característica relacional básica, que aliás distingue o contrato médico de outras relações contratuais; por vezes, o paternalismo médico é reconhecido na jurisprudência norteamericana com a denominação de *privilégio terapêutico*. (BEAUCHAMP & CHIL-DRESS, 1985; KONRAD, 1988)

Esta forma de ver a relação profissional de saúde-paciente legitima o procedimento médico que maneje qualitativamente ou quantitativamente as informações a serem dadas ao doente, e mesmo, por vezes isenta-o da obrigação de revelá-las, quando considere que possam conduzir a uma deterioração do estado físico ou psíquico do paciente.

Fundamenta-se na tese do predomínio, em determinadas circunstâncias, avaliadas e consideradas pelo próprio médico, do princípio de não causar dano, que em determinadas

circunstâncias sobrepuja, e, mesmo pode se opor ao princípio da autonomia do indivíduo.

Segundo CULVER & GERT (1982) para que um comportamento se adeque à noção de privilégio terapêutico é necessário que se guie por certas premissas, que se evidenciam no relacionamento médico - paciente. O agente deve acreditar que sua ação é benéfica à outra pessoa e não a ele próprio ou terceiros e que sua ação envolva uma violação de regra moral. Deverá também, não ter, no passado, no presente, ou mesmo, em futuro próximo, o consentimento da outra pessoa que deve ser competente para tomar decisões.

O privilégio terapêutico é defendido como uma ação necessária empreendida pelo médico no interesse daquele a quem trata. Justificado, por alguns, em todas as relações terapêuticas, por considerarem que, em razão da natureza das doenças, sempre ocorre um comprometimento da autonomia do paciente. Neste entender a conduta paternalista acabaria por ter um fim restaurador, reavivendo no indivíduo as condições adequadas de compreensão, deliberação e tomada de decisão. Logo seria uma resposta a incapacidades e não uma negação dos direitos das pessoas. (KONRAD, 1988)

O Código de Ética Médica brasileiro, apesar de dispor sobre a obrigatoriedade do recolhimento do consentimento para validar o ato médico, de certa maneira aceita que quando a informação possa provocar danos psicológicos ao paciente, seja permitido ao médico sonegá-la; mas, observa

que é mandatório que sejam comunicados a seus representantes legais. (CEM, art.59)

Se entre os modernos estudiosos da ética ocorre uma forte rejeição dos pressupostos paternalísticos da assistência médica (BEAUCHAMP & CHILDRESS, 1985; KANTOR, 1989), entre os comentadores jurídicos sobre a responsabilidade médica percebe-se a anuência, e, mesmo a defesa do privilégio terapêutico. (AGUIAR DIAS, 1979)

BUERES (1979) afirmava que em seu país, Argentina, é validada a prática de ocultação de situações quando o mal é considerado "incurável".¹³ CHAMMARD & MONZEIN (1974) manifestam a compreensão que o médico possa, até mesmo, mentir para o paciente em casos específicos, podendo atenuar voluntariamente os riscos de uma intervenção cirúrgica por ele considerada como grave.

Na jurisprudência alienígena vamos encontrar julgados que demonstram a aceitação pelas cortes do predomínio do princípio da não causação de danos sobrepondo-se ao direito à autodeterminação.

Em SALGO V. LELAND STANFORD JR UNIVERSITY BOARD OF TRUSTEES, já citado anteriormente neste trabalho, julgado de 1957 do Estado americano da Califórnia, houve manifestação do tribunal considerando que, em determinadas condições mentais ou emocionais do doente, é permitido ao médico que mantenha uma "certa quantidade de descrição" sobre os riscos de um procedimento terapêutico.

13. Grifo nosso

Também em COBBS V. GRANT, 1972, a corte se manifesta pela legitimidade de ocorrer omissão de informação quando o profissional evidencia que, em condições semelhantes, mesmo uma dita pessoa razoável poderá apresentar "sérias perturbações"¹⁴ resultantes da revelação, impedindo que o paciente avalie adequadamente os riscos de uma recusa a tratamento recomendado. (JONSEN et al., 1986)

Em nossa opinião esconder a verdade, sob a alegação de perigo de causação de dano pela informação carece de consistência demonstrada cientificamente. Não é de nosso conhecimento a existência de pesquisas que confirmem os efeitos danosos da revelação da verdade total ao paciente. A legitimação ética e jurídica desta idéia tem servido frequentemente para que os profissionais de saúde se escusem do penoso dever de dialogar e revelar aos pacientes situações desagradáveis de diagnóstico ou de prognóstico.

E, mesmo aceitando-se a tese da validade do paternalismo médico para algumas situações, é de se realçar que esse princípio não pode ser encarado como permanente em uma determinada relação médico-paciente e que a desobrigatoriedade de revelar certas informações potencialmente danosas não encerra o dever de informar acerca dos outros elementos do caso, isto é, não produz o direito de que o profissional se cale totalmente sobre tudo que diz respeito ao diagnóstico, à terapêutica ou mesmo ao prognóstico. E, muito menos, deve a aceitação do

paternalismo médico chegar às raias do autoritarismo, extinguindo o direito da pessoa à autodeterminação.

Aceita-se a persuasão e não a coação ou a manipulação. Persuasão, entendida como a tentativa de induzir alguém através de apelos à razão para que livremente aceite crenças, atitudes, valores, intenções ou ações advogadas pela pessoa que persuade. Já, a manipulação, tentativa de fazer com que a pessoa realize o que o manipulador pretende e que o manipulado não saiba o que ele intenta, deve ser rejeitada.

Além de livre e esclarecido o consentimento deve ser renovável, quando passem a existir significativas modificações no panorama médico do caso, que se diferenciem daquele em que foi obtido o consentimento inicial. Também o princípio da autodeterminação conduz ao direito de que o consentimento anteriormente dado possa ser revogado, por decisão livre, consciente e esclarecida do indivíduo.

Concluindo este item pode-se depreender da análise do terceiro acórdão que duas tendências se confrontam na interpretação do tribunal sobre o dever de informação para a tomada do consentimento. De um lado, os votos vencedores aceitando a limitação da necessidade de informação, acatando um padrão mais voltado ao que se referiu como padrão da prática profissional e legitimando a prática do paternalismo médico. Em posição diversa, encontra-se o voto vencido em prol da amplitude da extensão da informação devida aos pacientes, e orientado ao padrão subjetivo.

E, finalizando, podemos afirmar que, diferentemente do que se manifesta nos EUA e na crescente tendência em países europeus, no Brasil a promoção da responsabilidade médica centrada na questão do consentimento e da informação ainda não parece ter motivado o ambiente jurídico, mas delinea-se o aparecimento das diversas tendências ocorridas na evolução jurisprudencial ocorrida naqueles países, no tocante à matéria.

DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

Entre os direitos fundamentais dos cidadãos, enquanto usuários dos estabelecimentos de saúde, destaque-se a liberdade de locomoção - o direito de ir, vir, ficar, permanecer ou sair.

A liberdade de locomoção é uma das liberdades objetivas do ser humano, tendo sido uma das primeiras que o homem teve que conquistar, se contrapondo à escravidão e à prisão ilegal.(SILVA, 1991)

O preceito constitucional segundo o qual ninguém é obrigado "a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude da lei"(CF, art.5º,II) fundamenta o direito à liberdade de locomoção no território nacional, e a não ser nas hipóteses previstas pela lei, a restrição da locomoção de uma pessoa pode ser considerada como ato infringente das normas penais, por intermédio de práticas de cárcere privado ou de constrangimento ilegal.

Cárcere privado é a restrição parcial ou total, da liberdade de movimento no espaço de alguém - privação do direito de locomoção de indivíduo, restrição de ir e vir - forçando a vítima a permanecer em espaços limitados, dos quais se encontra impedida de deixar. Como o elemento deste crime é de natureza dolosa, deve existir vontade consciente do sujeito ativo, mas podendo decorrer de prática tanto omissiva como comissiva.(BRUNO, 1972; NORONHA, 1976)

Por constrangimento ilegal compreende-se o ato ilícito, comissivo ou omissivo, que coage, obriga ao indivíduo agir ou se omitir mediante violência ou grave ameaça ou ainda por qualquer outro meio que ocasione redução da capacidade de resistir daquele que tem seu direito ofendido. A doutrina jurídica entende que constitui exceção, reconhecida mesmo pela norma penal, o fato do médico restringir a liberdade de locomoção para intervir clinicamente ou cirurgicamente em paciente, mesmo sem seu consentimento ou de seu representante legal, nos casos de iminente perigo de vida.(NORONHA, 1976)

Para se contrapor a práticas ilegais de cerceamento da liberdade a norma constitucional brasileira prevê a existência da figura do hábeas corpus que deve ser concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (C.F., art 5º, LXVIII).

Não se aceita que uma pessoa, mesmo um doente mental, possa ser mantido incomunicável em hospital, com restrição

de sua liberdade, quando nada em seu quadro clínico demonstra a exigência médica de tal medida. A Justiça carioca, já na década de 60, considerava que tal situação caracterizava a prática ilícita do cárcere privado. Diz a ementa da decisão:

"a incomunicabilidade prolongada de um enfermo no hospital, se necessária, como terapêutica auxiliar, para evitar emoções e traumatismos, cansa e fixação de atenção, etc, não induz violência, nem coação. Mas, ao contrário, se essas circunstâncias nenhum perigo trazem à saúde do enfermo, a incomunicabilidade desnecessária é violência, é coação (...)." (RT 302/688)

Ainda na matéria é de interesse referir o caso de denegação de pedido de trancamento de ação penal pelo Supremo Tribunal Federal, de 1987, movida contra médico psiquiatra, acusado da infração de cárcere privado, por manter paciente, cujo diagnóstico era de transtornos mentais crônicos - psicose, em estabelecimento hospitalar, contra sua vontade. Apesar do acerto diagnóstico, no momento da internação o paciente não se encontrava em situação que exigisse seu isolamento em instituição psiquiátrica, pois seus males eram de natureza física e não psíquica.

O internamento se dera contra a vontade do paciente que posteriormente conseguiu a concessão de um hábeas corpus para sair do hospital e, no mais, os autos indicavam a

existência do envolvimento de razões econômicas familiares para o procedimento de internação. Os julgadores alertaram:

"nenhum profissional responsável, na área de Medicina, pode deixar de dar-se conta da gravidade da situação que se lhe antepõe quando existe um conflito de opiniões entre o doente e sua família a respeito da conveniência de se adotar este ou aquele tratamento, sobretudo quando resvalamos para o terreno tormentoso do internamento psiquiátrico." (RT 615/383)

Se a partir do século XVII o hábeas corpus consiste no instrumento jurídico reconhecido para se garantir o direito dos cidadãos à se locomoverem livremente (SILVA, 1991), verifica-se sua aplicação e resultado nas decisões encontradas, que mostram sua concessão garantindo o direito de saída de estabelecimento hospitalar, contrapondo-se à restrição da locomoção dos indivíduos motivada pela falta de pagamento de prestações pecuniárias.

"Não se pode, nem se deve permitir a prisão em cárcere privado ou sem liberdade de ir ou vir, de alguém, em qualquer hospital, por não possuir recursos financeiros para pagar as dívidas ou despesas provenientes de tratamento ou internamento." (RT418/301)

Esta foi a afirmação contida na ementa do julgamento de hábeas corpus, de 1970, impetrado por paciente internado em Santa Casa de cidade de interior do Paraná, em que os

juízes, não acatando a alegação de que a alta do paciente não era concedida por não haver adequadas condições clínicas, ordenam a realização de exames por junta médica. Esta considerou que o paciente bem se encontrava, portanto não era clinicamente justificada sua permanência no estabelecimento. Considerou-se a tipificação de prática de cárcere privado o que levou à incriminação do médico responsável.

O hábeas corpus constitui-se em remédio eficaz para possibilitar a saída de pacientes, que mesmo tendo recebido alta médica, continuavam retidos nos estabelecimentos de saúde devido à impossibilidade de saldarem suas dívidas com o estabelecimento. (RT 484/349) (1975); (RT 509/336) (1977); (RT 543/415) (1980); (RT 574/400) (1983)

Concedido por idêntico motivo, vale transcrever os dizeres de caso ocorrido em 1976, onde os juízes entendem que:

"constitui injustificável cerceamento à liberdade de locomoção impedir alguém de deixar o hospital, onde obteve alta, sem o pagamento das despesas de internamento médico hospitalares". E, ainda, "o esdrúxulo expediente utilizado para cobrança de honorários médicos estava a importar, incontestavelmente, num ilegal cerceamento à liberdade de locomoção do paciente, com nuances de cárcere privado (...)." (RT 489/387)

Confirmam-se os ensinamentos de DALLARI (1984) para quem o sistema legal brasileiro não admite que qualquer pessoa possa a vir ser presa, ou ter sua locomoção dificultada, em virtude do não pagamento de dívidas.

Destas decisões pode-se inferir não ser possível que, em virtude da não prestação de obrigações pecuniárias por parte de um usuário, decorrente de ações de diagnóstico ou tratamento clínico ou cirúrgico, venha um médico ou estabelecimento de saúde adotar medidas que restrinjam a liberdade de locomoção, contrárias aos interesses das pessoas que acorreram aos seus préstimos.

Somente uma decisão de 1977 se opõe à esta idéia. Caso em que médico era acusado de prática de cárcere privado, por retenção de menor de idade em hospital, porque não havia recebido dos responsáveis pela criança, seus devidos honorários.

A Justiça paranaense reformou a sentença condenatória, contrapondo-se à decisão anterior que condenara o profissional, aceitando que

"a retenção de paciente em hospital, até a satisfação das despesas de internamento e tratamento, não caracteriza crime de cárcere privado, por inexistir dolo específico" e que "a retenção era um meio e não uma finalidade em si".

(RT 503/368) e (RT 512/423)

Finalizando o tópico observou-se no decorrer da pesquisa empreendida o encontro de nove decisões judiciais

concernentes à violação da liberdade de locomoção - por cárcere privado ou constrangimento ilegal referentes aos anos 60 e 70. Não nos é possível saber com certeza, por este tipo de estudo, o porque do não aparecimento de casos desta natureza, atentatórios ao direito à locomoção, nos anos 80, mas pode-se supor que os estabelecimentos privados tenham desenvolvido práticas administrativas mais rigorosas que intentem garantir, a priori, na entrada dos pacientes ou antes da realização dos atos médicos, a compensação financeira, evitando a ocorrência de situações como as expostas acima.

DIREITO À PRIVACIDADE

A discussão sobre o direito à privacidade tende a resgatar princípios básicos da cidadania, muitas vezes esquecidos, principalmente nos estabelecimentos de saúde. A privacidade abarca as manifestações da esfera íntima - a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Consiste no conjunto de informações sobre uma pessoa que ela pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições. (SILVA, 1991)

Abrange os segredos pelos quais o titular vê resguardado seu direito à intimidade. Segredo pode ser compreendido como sendo o compromisso moral e o dever legal de não se revelar as notícias conhecidas ou recebidas por

via confidencial.(LLANO, 1991) Entre os segredos destaca-se o profissional, que é aquele devido por pessoa física que mantém "o exercício de ocupação de natureza intelectual e independente e que, via de regra, necessita de habilitação do Estado". (NORONHA, 1976, p.204)

Segredos profissionais não são somente os revelados confidencialmente pelo cliente. No caso dos profissionais de saúde se entende que compõe a esfera do sigilo:

"tudo quanto o profissional, no exercício de sua atividade descobre, mesmo ao arrepio do conhecimento daquele." (RT 328/3)

Corresponde a tudo aquilo que, mesmo desconhecido pelo próprio cliente, possa o profissional de saúde ter acesso e compreender através das informações advindas da anamnese e do exame físico. Entre os fatos que estão submetidos ao sigilo encontram-se os que chegam ao conhecimento do médico pelo exercício profissional e não por intermédio de atividades realizadas enquanto cidadão comum.

Fundamenta o segredo a liberdade que as pessoas têm de guardar para si mesmas o conhecimento de fatos que não desejam participar a outrem ou comunicar a determinada(s) pessoa(s). Portanto, deixa de ser segredo se o conhecimento da situação já ultrapassou as fronteiras do círculo limitado de indivíduos a que devia ficar restrito, tornando-se notória. Tal se depreende de acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça, de 1962, que, fundamentando a denegação do pedido de recurso de hábeas corpus impetrado, desobrigou dirigente

de hospital público de manter o segredo relativo a caso de abortamento ilegal de pessoa lá atendida pois,

"esse segredo não existia porque o próprio hospital comunicou o fato à polícia". (RT 330/808)

Se ocorre o conhecimento positivo do fato por um determinado grupo de pessoas não há mais segredo, mas o simples ouvir-dizer, não exclui a ilicitude da violação do segredo. (BRUNO, 1972)

A comunicação do segredo no âmbito dos serviços de saúde pode ser oral ou escrita, feita através de uma carta particular, por intermédio do prontuário médico ou mesmo através de divulgação à imprensa, através de boletins médicos; dirigida a destinatários certos ou incertos, por

exibição de imagens, fotografias, radiografias ou documentos em geral.¹⁵

Respeitá-lo é uma maneira de preservar a dignidade do paciente, sua intimidade e seu direito à autonomia para revelar a quem queira fatos de natureza física, psíquica ou social de sua vida privada. Mas, além de um acordo tácito firmado com o paciente almejando evitar produzir danos ao primeiro, o sigilo profissional possui um componente pragmático, utilitarista, pois sem sua preservação o profissional não teria garantias de sinceridade das informações e das revelações fornecidas por seu cliente, o que causaria prejuízos à relação estabelecida entre os dois.

15. Sobre o tema recomenda-se a leitura de HOSSNE, W.S. Prontuário médico. Rev.Ass.Med.Bras, 38: 75-9, 1992.

A confidencialidade encoraja a procura dos serviços apropriados por quem tem necessidades de atenção à sua saúde e, ao contrário, quando não observada, produziria um afastamento das pessoas dos mesmos. Nesse sentido deve-se lembrar que mantida, a confidencialidade favorece a diminuição dos sentimentos de vulnerabilidade e de vergonha que sofrem os atingidos por doenças, principalmente aquelas que carregam um poder discriminatório por parte da sociedade, tais como as doenças infecto contagiosas de evolução crônica, como a tuberculose, a hanseníase e a AIDS. (BAYER, 1991; FUENZALIDA-PUELMA et al., 1991)

O princípio da privacidade é um dos fundamentos do Estado Democrático moderno, e, no Brasil, apresenta-se inserido nas normas constitucionais vigentes, que afirmam o direito e sua garantia, declarando sua inviolabilidade (art.5º). Complementa e não se contrapõe ao direito da informação.

Sua violação constitui para os profissionais de saúde, ao mesmo tempo, uma infração deontológica, civil e penal. Além da proteção a um direito individual ensejando coibir a publicidade de fatos conhecidos no desempenho de determinadas profissões, funções e ofícios, regulamentada nas normas do Direito Civil, nossa legislação considera o segredo profissional enquanto interesse público e sua violação constitui infração à ordem social, sancionada pela norma penal.¹⁶

16. A respeito do sigilo médico recomenda-se a leitura do

Crime, apurado mediante representação daquele que teve seu direito ofendido e a quem foi causado um dano, é expresso no art.154 do Código Penal, que afirma: "revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem".

O delito é sancionado por pena de detenção de três meses a um ano, ou através de multa. Sendo de natureza dolosa, a norma penal não o contempla quando decorrente de ato culposo negligente ou imprudente. No caso do sistema de saúde é necessário lembrar que o ato doloso é tipificado independente do número de pessoas a quem foi revelado.

VERON (1984) afirma que a comunicação de que uma determinada pessoa está doente, internada ou mesmo que foi consultada em estabelecimento de saúde, poderia tipificar o ilícito penal. Assim se estaria quebrando o anonimato ao qual o interessado estaria apegado. A única decisão judicial encontrada na pesquisa realizada, de 1975, que aborda a questão, em pedido de hábeas corpus preventivo, dá solução contrária à tese exposta pelo autor citado.

"Indagação sobre data de entrada e alta de alguém em nosocômio, para tratamento, por ser fato praticamente público, de conhecimento comum, em nada afeta o sigilo profissional". (RT 479/326)

parecer de Antonio Carlos Mendes, de 10.02.80, publicado in CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO *Ética Médica*, 1(1), 1988. p.144-150.

Apesar dessa decisão isolada, consideramos que o desejo da manutenção do anonimato é direito de cada cidadão que se serve de um estabelecimento de saúde e deve ser respeitado, ressalvado o conhecimento de sua identidade por parte da administração, procedimento necessário para que possa tomar providências de natureza ética e legal.

A importância e a preocupação com o direito à privacidade e o sigilo profissional manifesta-se pela constância com que o tema está presente nas declarações de direitos dos pacientes e nas discussões sobre normalização ética da categoria médica que ocorrem a nível internacional, como demonstra BELANGER (1989).

Pode-se citar como exemplo o Código Internacional de Ética Médica, elaborado pela Associação Médica Mundial, adotado em 1949, em Londres, Inglaterra, e emendado em Sydney, Austrália, na 22ª Assembléia, em 1968 e na 35ª Assembléia, 1983, em Veneza, Itália. O Código afirma a necessidade de que o médico preserve o segredo absoluto sobre tudo que ele saiba de seu paciente, mesmo após a morte deste.

Elaborado em 1987, na reunião dos Conselhos Médicos da Comunidade Econômica Européia, o Guia Europeu de Ética Médica destaca a importância da questão do sigilo em seu art.7º: "o médico é confidente necessário do paciente. Ele deve lhe garantir o segredo total de todas as informações que tiver obtido e as constatações que ele terá feito quando

de seus contactos com ele. O segredo médico não é abolido pela morte do paciente".

Quando da Declaração sobre os Direitos dos Pacientes, elaborada em Lisboa, Portugal, em 1981, a Associação Médica Mundial se manifestou pelo direito do paciente a esperar que seu médico respeite a natureza confidencial de todos os dados médicos pessoais que lhe concernem.

Resolução do Parlamento Europeu sobre Carta Européia dos Direitos dos Pacientes, de 1984, contempla o segredo como um dos direitos a ser preservado e que não pode ser atenuado por motivos graves perfeitamente definidos em seus limites.

A regra do segredo profissional se estende a todos os profissionais envolvidos em práticas sanitárias e fundamenta suas atividades, não sendo exclusiva dos médicos ou daqueles que executem atividades-fins. Constitui em temática constante das normas deontológicas dos profissionais brasileiros que atuam no campo da saúde, sendo sua violação deontologicamente reprimida quando conduta injusta revele segredo.

A preocupação dos profissionais médicos com o assunto se manifesta na frequência com que a questão aparece como causa de consultas feitas aos órgãos fiscalizadores de classe. Em 1991, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo teve no segredo profissional a terceira causa de pareceres exarados pela entidade. (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1991, p.5)

Para os médicos, esse dever baseia-se nos postulados de Hipócrates, segundo o qual: "As coisas que eu verei ou ouvirei dizer no exercício de minha arte, ou fora de minhas funções, no comércio dos homens, e que não deverão ser divulgadas, eu calarei, as percebendo como segredos invioláveis". (PRADEAU, 1986) Os dizeres hipocráticos apresentam o sigilo numa dimensão mais ampla do que o referente ao simples fato revelado ou conhecido pela via confidencial. Ao contrário, entendem que é resguardado tudo aquilo conhecido, ouvido, apreendido, deduzido, no exercício profissional ou em virtude do conhecimento profissional.

O Código de Ética Médica, promulgado em 1988, insere normas correspondentes ao segredo em vários de seus artigos.¹⁷

Art.11- o médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto no caso em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco à saúde do trabalhador ou da comunidade.

É vedado ao médico:

art.102 - revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente

parágrafo único: permanece essa proibição:

a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou que o paciente tenha falecido

17. D.O.U. de 26.01.88

b) quando do depoimento como testemunha. Nesta hipótese o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento

art.103 - revelar segredo profissional referente a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou responsáveis legais, desde que o menor tenha capacidade de avaliar seu problema e de conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo, salvo quando a não revelação possa acarretar danos ao paciente.

art.104 - fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos em programas de rádio, televisão ou cinema, e em artigos, entrevistas, ou reportagens em jornais, revistas ou outras publicações leigas.

art.105 - revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

art.106 - prestar às empresas seguradoras qualquer informação sobre as circunstâncias da morte de paciente seu, além daquelas contidas no próprio atestado de óbito, salvo por autorização do responsável legal ou sucessor.

art.107 - deixar de orientar seus auxiliares e de zelar para que respeitem o segredo profissional a que estão obrigados por lei.

art.108 - facilitar o manuseio e conhecimento dos prontuários, papeletas e demais folhas de observações médicas sujeitas ao segredo profissional, por pessoas não obrigadas ao mesmo compromisso

art.109 - deixar de guardar o segredo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial.

art.117 - elaborar ou divulgar boletim médico que revele o diagnóstico, prognóstico ou terapêutica, sem a expressa autorização do paciente ou de seu representante legal.

Deve-se recordar que o sigilo das profissões de saúde anteriormente relacionava-se à prática liberal, efetuada em consultórios. A partir da utilização de locais coletivos - clínicas e hospitais - onde se ocupam do doente diversos agentes de saúde, de diversas categorias profissionais e de diversas formações e nível de atenção, o segredo passou a ser partilhado por várias pessoas; há vários possuidores do segredo que não mais se restringe ao médico.¹⁸

SIEGLER (1982) avalia que em um hospital universitário, em média 75 pessoas, de diversas categorias profissionais, têm acesso por diversos motivos a dados

18. Além dos médicos, outras categorias que atuam no campo da saúde, têm estabelecido normas deontológicas concernentes ao segredo profissional. (O Código de Ética dos psicólogos, de 1987, trata do assunto nos arts. 21 a 29 (resolução C.P.F. nº 002/87, de 15.08.87). O dever em manter o sigilo encontra-se nas normas contidas nos arts. 30 a 35 do Código de Ética dos fonoaudiólogos, de 1984, e para os assistentes sociais, nos arts. 4º e 5º das normas éticas da categoria estabelecidas em 1986. (D.O.U. de 02.06.86))

confidenciais de um paciente, no intuito de adequarem suas atividades às necessidades do doente.

O fato de que os médicos, o corpo de enfermagem, os nutricionistas, psicólogos, técnicos de RX e de laboratório, assim como o pessoal do setor administrativo se inteire da totalidade ou de parcelas das condições sobre o estado de saúde do paciente resguardadas pelo segredo, não exime a todos de protegê-lo. Por causa disto consideramos que a confidencialidade nas instituições de saúde, vistas na sua forma tradicional, não mais subsiste, havendo a necessidade de uma nova abordagem no modo de trabalho, dando acesso às informações somente àqueles agentes que têm necessidade real de conhece-las. Deve-se manter o princípio de que toda pessoa que, em virtude de sua profissão, ofício ou função, tenha conhecimento, por qualquer meio, de fatos sigilosos relacionados aos pacientes institucionais, seja responsável pela guarda da informação quando exista uma previsão razoável de que a revelação por si só possa causar dano ao indivíduo.

Ao mesmo tempo não se deve minimizar o potencial desrespeitador do direito da confidencialidade que pode ser causado pela disseminação do poder de informação através do avanço da informática no setor saúde. Isto tem ocasionado constante preocupação nos legisladores de diversos países, como a França, onde desde 1968, vigora uma lei relativa à informática, aos fichários e às liberdades individuais para controlar a utilização dos meios de informática, a aplicação

de computadores e o tratamento informatizado dos dados pessoais. Se bem que esta lei não vise exclusivamente as atividades do campo da saúde, nele tem um de seus principais pontos de normalização.(DUCROT & DUSSERE, 1985)

Os casos concernentes ao segredo profissional que foram encontrados nestas pesquisa aparecem relacionados à ocorrência de suposições de constrangimento ilegal efetuado por autoridades judiciárias ou policiais contra profissionais, dirigentes ou funcionários administrativos de instituições de saúde aos quais eram demandadas, ou informações sobre pacientes por eles assistidos, ou a entrega de prontuários médicos.

Primeiramente pode se verificar que a obrigatoriedade do segredo não pode depender da natureza do atendimento efetuado, se público ou privado, se ambulatorial ou hospitalar, sendo regra imperativa em todos as situações. Isto se depreende da manifestação de pedido de hábeas corpus acatado, de 1961:

"A obrigatoriedade do segredo não depende em absoluto da forma gratuita ou remunerada com que foi prestado, senão da natureza mesma do socorro médico particular como o do médico funcionário, e ainda é mais frequente que a intervenção dos serviços públicos." (RT 328/379)

Parte das decisões judiciais encontradas discutem condições de derrogação do dever da garantia do sigilo para os profissionais e estabelecimentos de saúde.

Na doutrina como na jurisprudência de países europeus de influência francesa prevaleceu por muito tempo a noção absolutista do segredo profissional. Julgados dos tribunais franceses encontrados até a década de 60 afirmavam o dever geral e absoluto do segredo médico que não poderia ser atenuado por ninguém, nem pelo próprio paciente, seu titular. Os tribunais de então consideravam que mesmo perseguido por uma ação indenizatória de reparação de danos, não era válido ao médico se defender invocando fatos cobertos pelo segredo profissional. (LEMAIRE & IMBERT, 1985)

A jurisprudência deste país foi gradualmente atenuando a concepção de sigilo profissional e na atualidade vigora uma forma mais relativista, ocasionada, entre outros fatores, pela expansão do sistema de Seguridade Social no país, que é o principal financiador do sistema de atenção à saúde, e que trouxe uma maior necessidade de informações do atendimento médico para a prestação dos benefícios aos assegurados (VERON, 1984; FORGES, 1986)

Na concepção jurídica brasileira prevalece o relativismo do segredo profissional, como demonstra a própria norma penal ao invocar a possibilidade de derrogações ao princípio da privacidade, criando condições que caracterizem uma *justa causa* para sua derrogação. Isto se reforça na interpretação dada pelos tribunais, orientados pela decisão do Supremo Tribunal Federal, que, em 1981, julgando recurso extraordinário de mandado de segurança, afirmou:

"a obrigatoriedade do sigilo profissional não tem caráter absoluto. A matéria, pela sua delicadeza, reclama diversidade de tratamento diante das particularidades de cada caso. (RT 562/407) ¹⁹

A justa causa funda-se no estado de necessidade. Quando existe colisão de interesses, um deles, no caso, a manifestação do direito à privacidade, deve ser sacrificado em benefício do outro, sempre que for esta a única maneira de evitar um perigo atual, iminente ou injusto para outrem. (BRUNO, 1972; NORONHA, 1976)

Há algumas situações que poderão adequar-se à noção de justa causa estabelecida no Código Penal de 1940, mas, como expressa acórdão de 1982, as justas causas "não podem ficar ao sabor dos casuísmos"²⁰. (RT 567/305)

É a lei e a criação jurisprudencial que moldam os limites das justas causas e as decisões judiciais pesquisadas parecem conformar a existência de formação jurisprudencial no tocante a que o interesse na divulgação do fato, quando advém do próprio titular do segredo, constitui justa causa para sua revelação. É o que podemos vislumbrar pela manifestação de 1985:

"a preocupação de manter o sigilo não pode ser levada ao intolerável extremo de atuar em prejuízo de seu titular." (RT 605/121)

19. A noção de relativismo do segredo é confirmada nas decisões RT 608/326, RT 567/305

20. Segundo o acórdão.

Apesar do Código de Processo Penal afirmar, em seu art.207 que: "são proibidas de depor as pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho", os tribunais têm tentado evitar que a norma penal reguladora do segredo seja frequentemente invocada para permitir que o profissional médico ou os dirigentes de estabelecimentos de saúde se calem, contrariando o interesse do paciente, mesmo quando a suposta intenção de não revelar é justificada por argumentos humanitários, de benemerência, que visam a proteção do próprio paciente. Os magistrados, em 1987, afirmaram:

"o sigilo é estabelecido em benefício do cliente e não do médico".(RT 522/342)

As decisões judiciais encontradas parecem não só desobrigar o profissional ou o dirigente do estabelecimento de saúde a manter o segredo nesses casos, mas intentam criar o dever de revelação quando as informações trouxerem benefício ao titular. Porém não se obriga o testemunho em juízo do profissional, contrariando o disposto no art.207, do CPP, mas requerem a entrega de fichas e prontuários relativos à permanência do paciente nos estabelecimentos.

Ilustrativo é o caso ocorrido em 1978, em que médico se recusa a entregar ficha médica de paciente por ele atendida. Esta havia demandado a instauração de processo criminal por ter sido seduzida pelo noivo e levada a praticar um abortamento, de forma ilícita, sem que para tal

fim tivesse dado seu consentimento. O profissional, alegando respeito às normas deontológicas em vigor na época do acontecido, recusou-se a obedecer a ordem judiciária e impetrou um hábeas corpus por considerar-se vítima de constrangimento ilegal por parte da autoridade judiciária. Negando a concessão do remédio jurídico os magistrados decidiram:

"ao contrário do que sustenta o impetrante, no caso concreto, não está o paciente desobrigado do atendimento de exigência judicial de exibição da ficha médica da ofendida e de prestação de esclarecimentos, posto que não há propriamente segredo profissional a resguardar". (RT 519/316)

Verifica-se que tal determinação foi motivada pelo próprio pedido do titular que revelara empenho particular, abrindo mão do seu segredo e, portanto, não se concebia que o profissional atuasse em detrimento de seu interesse.

Além da demanda do próprio titular do direito, enquadram-se nas denominadas justas causas, os deveres legais constantes no próprio Código Penal, que criaram obrigação específica aos médicos. Inserida no capítulo destinado aos crimes contra a saúde pública, em seu art.269, está a obrigatoriedade do médico em romper o segredo nos casos de moléstias de notificação compulsória, em razão do interesse da coletividade.

Quanto às declarações obrigatórias, o legislador baseia-se no princípio da justiça e da predominância do

interesse coletivo, pois compreende que o benefício da sociedade em evitar a propagação de determinadas moléstias, objetivando garantir o direito à vida ou à saúde da coletividade, deve prevalecer sobre os direitos individuais da privacidade. Ou seja, é legítimo o rompimento de segredo para evitar danos a outrem, principalmente quando existe risco sério e iminente de perigo.

A esse respeito frise-se que também o Código de Processo Criminal admite o rompimento daquilo que se teve conhecimento no exercício profissional quando se diagnostica a existência de moléstias de notificação compulsória.

Com relação às moléstias de notificação compulsória faz-se presente a crescente reflexão sobre o sigilo concernente aos casos de pessoas atingidas pela AIDS ou que se apresentem como soropositivos, em razão da discriminação social que traz essa doença.

A pesquisa mostra um caso recente, de 1989, abordando a questão do segredo profissional em paciente aidético. Chefe da Seção Técnica de Unidade Integrada de Saúde de cidade do interior paulista invocou estar presa ao sigilo, pelas normas legais e deontológicas, para não responder à demanda de juiz da comarca que lhe oficiou solicitando informações a respeito do estado de saúde e da existência de diagnóstico de AIDS, em pessoa que fora atendida na unidade de saúde e que estava na ocasião da solicitação, como ré, em processo criminal. Sem a resposta à sua demanda, o

magistrado reiterou o pedido ameaçando a profissional por desobediência.

No caso, hábeas corpus preventivo, impetrado para evitar inquérito policial foi concedido, pois entendeu o tribunal de segunda instância que

"o sigilo profissional a que está sujeito o médico só pode ser dispensado para fornecimento de informes ou elementos para a instrução de processos crimes que visem à apuração de infrações criminais praticadas por médicos, omissão de socorro ou moléstia de notificação compulsória".

(RT 643/304)

Este caso é significativo, pois apesar da AIDS já ser nessa época uma doença de notificação compulsória, os magistrados intentaram observar que a obrigação de comunicar é destinada somente a dar à autoridade sanitária condições de tomar providências no intuito de implementar medidas de vigilância epidemiológica para o controle da moléstia e não deve servir à apuração de supostos atos criminais praticados pelo titular do segredo, portanto a conduta da médica era legalmente válida.

No citado caso o julgador ainda afirma que, como posteriormente, o próprio acusado, através de seu defensor, requereu fosse reiterado o ofício, deveria a médica disso ter sido informada, pois nesta nova situação, prevalecendo agora o interesse do próprio paciente, a demanda do Sr. juiz poderia então ser satisfeita.

Importante lembrar que a preocupação em garantir a manutenção do sigilo com relação à AIDS, levou recentemente o Conselho Federal de Medicina brasileiro a manifestar-se, por intermédio de resolução, que cria normas deontológicas específicas para o trato do paciente aidético reforçando o dever do médico em manter o respeito rigoroso ao sigilo, mesmo em relação aos familiares do doente e após sua morte.²¹

Além da legalidade em se romper o segredo profissional quando de moléstias de notificação compulsória existe outra derrogação que se conforma em dever legal de revelação, quando da apuração de crimes relacionados à prestação de socorro médico ou omissão de socorro. O segredo não pode, nestes casos, obstruir a ação da Justiça, tentando corporativamente proteger supostas infrações cometidas no âmbito dos serviços de saúde. A Justiça paulista (1982) tem se manifestado desta forma:

"Assim, não se cuidando de crimes relacionados com a prestação de socorro médico ou de moléstia de comunicação compulsória, em que fica o profissional desonerado do aludido sigilo, de se ter este por subsistente em se tratando de tratamentos particulares, seja no tocante à

21. O art.2º da Resolução nº 359/92 do CFM afirma - "o sigilo deve ser rigorosamente observado em relação aos pacientes com AIDS, isso se aplica inclusive aos casos em que o paciente deseja que sua condição não seja revelada sequer aos familiares, persistindo a proibição de quebra de sigilo mesmo após a morte do paciente".

espécie de enfermidade, seja quanto ao diagnóstico ou à terapia aplicada".(RT 567/305)

Portanto, quando de pedido de informações por parte de autoridade judiciária em apuração de delito de omissão de socorro, homicídio ou lesão corporal causada por médico ou por integrantes das equipes dos estabelecimentos de saúde, está o profissional ou o estabelecimento de saúde obrigado a fornecê-las. Não se conformando a essas hipóteses, a natureza da moléstia, o diagnóstico, o tratamento recebido, o prognóstico, devem ser resguardados no interesse do paciente, pois decidiram os magistrados em resposta à demanda de hábeas corpus concedido em 1975:

"(...) contudo , espécie de enfermidade, o diagnóstico e o tratamento ministrado são particularidades que se acham por eles protegidas".(RT 479/326)

Ainda pode-se reiterar os dizeres da decisão acima citada, com o constante em acórdão de 1982:

"Assim, não se cuidando de crimes relacionados com a prestação de socorro médico ou de moléstia de comunicação compulsória, em que fica o profissional desonerado do aludido sigilo, de se ter este por subsistente em se tratando de tratamentos particulares, seja no tocante à espécie de enfermidade, seja quanto ao diagnóstico ou à terapia aplicada".(RT 567/305)

Quanto à forma de comunicação do diagnóstico de moléstias e outros agravos à saúde é interessante o resultado do julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça matogrossense, em 1988, em um pedido de hábeas corpus para trancar inquérito policial instaurado contra médico. Este havia sido acusado de falsidade ideológica por ter identificado a doença de seu paciente em atestado médico através da codificação da Classificação Internacional de Doenças (CID), recomendando a necessidade de repouso para tratamento. O atestado foi utilizado pelo paciente, réu em processo judicial, para justificar o seu não comparecimento a juízo, o que causou a manifestação do Ministério Público, por considerar o procedimento médico irregular. A posição da maioria dos votos do citado julgamento manifestou-se pela não tipificação do crime de falsidade ideológica quando o atestado médico identifica o código da doença e opina pela necessidade de tratamento ou de repouso.

Mas, traz interesse ao estudo aqui efetuado a declaração de voto vencido, mostrando-se contrário à prática da utilização do CID, ao invés da expressão gramatical da moléstia ou agravo à saúde. Disse o juiz:

" Quero ressaltar que não concordo, de forma alguma, com alguns médicos, que insistem em valer-se da sigla "CID" - Código Internacional de Doenças, para não declinarem o mal que eles atribuem aos pacientes; com essa manobra é que eles tem se eximido de afirmar o mal que

justificaria o afastamento, pelo prazo contido no atestado. Para a Justiça, não pode haver mera referência ao Código Nacional de Doença; devem declinar a doença. Não sendo os magistrados versados em Medicina, a simples alusão ao "CID" não permite que o julgador aprove realmente, a procedência ou a improcedência do contido no atestado, e é por aí que os pacientes escapam, é um artifício, uma manobra injustificável." (RT 651/306)

Essa manifestação, se bem que isolada, confronta-se com o dever do fornecimento de atestado médico, dever legal e ético. Desde que seja solicitado pelo paciente, o médico deverá incluir o diagnóstico, sob forma codificada ou não. A prática da utilização da forma codificada tenta, de certa forma, evitar a disseminação de segredo, principalmente entre os leigos ²².

O antigo Código de Ética Médica, de 1965, que vigorou até 1988, aconselhava expressamente a utilização da nomenclatura internacional e de causas de óbito, em código, norma não mais encontrada no Código de Ética vigente desde 1988. Apesar disto, o uso do CID em atestados médicos, de acordo às recomendações estabelecidas pelo órgão regulamentador, somente pode ser feito desde que exista o consentimento expreso do beneficiário autorizando a

22. Resolução nº 1.190/84 e diversos pareceres do CREMESP (10.946/85; 19.392/87)

revelação de informações sobre diagnóstico ou procedimentos terapêuticos nele efetuados.

Sumarizando o apresentado, pode-se dizer que, quando não for o fato enquadrado nas situações acima citadas, nada respalda ordem judicial ou policial que tenda a desobrigar os profissionais ou os estabelecimentos de saúde do dever de preservar o sigilo, podendo a atitude da autoridade caracterizar constrangimento ilegal. Nesses casos o hábeas corpus e o mandado de segurança são os meios a serem utilizados para evitar o constrangimento dos atacados. A esse respeito a Justiça, em 1985, já se pronunciava:

**"o poder discricionário do juiz não é absoluto,
mas limitado por restrições impostas pela lei".**

(RT 605/121) ²³

Exemplificando o princípio, acórdão de 1986 concedeu ordem para trancamento de inquérito policial contra médico chefe e enfermeira acusados de desobediência por haverem se negado a atender requisição judicial que lhes demandava a apresentação de ficha clínica sobre pessoa por eles examinada e falecida, e cujo diagnóstico aventado havia sido o de suicídio. Suicídio, na legislação brasileira não é considerado ato criminoso e como

**"no caso presente, em que não se tratava de
apuração de crime relacionado com a prestação de
socorro médico ou de moléstia de notificação**

23. O art.5º, II, da Constituição Federal afirma que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei".

compulsória, poderia o hospital recusar-se ao fornecimento das fichas, validamente."

(RT 608/326).

Reafirme-se que a norma penal só apena a instigação, o auxílio ou o induzimento ao suicídio e não tenciona punir aquele que por ato de desespero o comete ²⁴ e portanto em situações como acima exposta, não haveria porque infringir o direito da privacidade do indivíduo, revelando ter ou não cometido um suicídio.

No mais, verificou-se no estudo realizado a ocorrência de modificação jurisprudencial relacionada às situações em que informações são demandadas por autoridades policiais e judiciais quando de casos de suspeita ou confirmação de aborto provocado.

Justifica o dito, o caso ocorrido no início dos anos sessenta em que a polícia teve conhecimento, por intermédio do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo, de internamento de uma jovem por motivo de aborto provocado. Esta, posteriormente, teria confessado às autoridades policiais da provocação do ilícito, que fora realizado com o seu consentimento, por suposta enfermeira. Mais tarde essas afirmações foram desmentidas pela indiciada no processo penal, sob alegação de ter assinado documentos sem o conhecimento de seu conteúdo.

O Ministério Público entendeu que, em havendo comunicação por parte do hospital, existiam elementos para a

24. Código Penal, art.122.

caracterização do crime e impediu o encerramento do inquérito por parte da autoridade policial, requerendo mais elementos ao estabelecimento hospitalar. A autoridade judiciária deferiu o pedido do Sr. Promotor, mas o Superintendente do nosocômio negou-se a dar as informações solicitadas. Fundamentava a negativa pela intenção em não descumprir as normas éticas e legais concernentes ao sigilo profissional, como também as determinações de circular emanada da Procuradoria Geral da Justiça, existente na época, que concluía

"pela obrigatoriedade dos médicos de hospitais públicos e congêneres, de comunicar a ocorrência de casos de aborto, de que tenham conhecimento os seus médicos, no exercício de suas funções, somente quando tal crime é praticado por terceiro sem o consentimento da gestante, ou mediante o consentimento viciado da mesma, por deficiência de idade, que não era o caso dos autos".

Diante das reiteradas negativas no fornecimento das informações aventou-se a possibilidade de processo contra o Superintendente do hospital por desobediência à ordem judicial. Concluía o MM. Juiz da Vara Auxiliar do Juri:

"se não estava exigindo a revelação, no caso "sub judice" de nenhum segredo, pois à Polícia já havia o Hospital das Clínicas comunicado a existência do crime de aborto"

"o elemento que ali se encontra para o corpo de delito, afim de poder esclarecer o caso e não permanecer impassível em face da tentativa de anulação do seu procedimento na repressão de um crime, apoiada em evidentes arranjos dos indiciados". (RT 328/379)

Portanto, por tais argumentos, a Justiça paulista denegava hábeas corpus impetrado pelo dirigente hospitalar, afirmando não existir no caso a hipótese de constrangimento ilegal contra a pessoa do administrador do estabelecimento, entendendo que o dever legal de revelar um crime sobrepujava o dever de manter fato sigiloso, conhecido durante a atividade de profissional de saúde.

Apelando da decisão do tribunal paulista foi intentado recurso junto ao Supremo Tribunal Federal, que em 1962, confirma a decisão tomada na instância inferior e nega provimento manifestando-se pela inexistência de coação ilegal por parte das autoridades.

"A Justiça pediu apenas ao hospital que mandasse as fichas, pois foi o próprio hospital que comunicou a ocorrência à polícia." (RT 330/808)

Em 1978 verifica-se, em situação bastante semelhante a manutenção da orientação dada pelo STF. Mandado de segurança impetrado pela Irmandade da Santa Casa de Misericórdia terminou denegado por maioria de votos dos julgadores. O caso se referia a existência ou inexistência de justa causa para a requisição, pela autoridade judicial, de fichas

clínicas de pessoa internada naquele estabelecimento a quem se atribuía a prática de crime de aborto.

Os médicos e a administração do hospital se negavam a fornecer informações sobre a situação da paciente baseados no dever da manutenção do segredo profissional, apesar do suposto aborto criminoso já ter sido noticiado pela própria paciente durante o inquérito policial. Segundo dizeres do boletim de ocorrência policial, inseridos no acórdão:

"a própria gestante não escondeu detalhes do episódio supostamente delituoso, confessando espontaneamente o fato, depois de atendida pelo serviço de pronto-socorro da Santa Casa".

Os magistrados, no caso, consideraram que a violação do segredo não concretizaria um dano à paciente, ao contrário, não se estaria ferindo a norma penal, pois o fato tratava-se no máximo de "autêntico segredo de Polichinelo"²⁵. E, mais ainda, que a deontologia médica não teria seus princípios feridos com a decisão judicial, pois no cotejo com o direito particular prevaleceria o interesse social, em havendo crime a punir.

Mas, o próprio acórdão estudado já apresenta argumentação divergente, encontrada em voto vencido, que afirmava que o interesse social da tutela do segredo médico deveria sobrepujar à necessidade de apuração de um eventual delito, o da provocação de aborto, propugnando:

25. Segundo o acórdão

"é menos escorreita a afirmação de que o segredo que havia sobre o assunto já foi desvendado, não havendo sigilo a conservar".

O voto ainda reforçava que o interesse social é o da preservação do sigilo e não o da incriminação de suposta atitude infratora:

"se surgisse a notícia, rapidamente difundida, de que a direção do nosocômio entregava à Polícia ou à Justiça os criminosos que socorria, toda essa gente fugiria espavorida. E como não poderia também buscar ajuda, alhures, pagando-a, acabariam morrendo à míngua de amparo médico". (RT 522/342)

Coube recurso extraordinário criminal junto ao Supremo Tribunal Federal, que em 1982, inicia modificação de sua decisão anteriormente citada, concedendo o mandado de segurança aos dirigentes da Santa Casa. A ementa oficial expressa:

"A revelação do segredo médico em caso de investigação de possível abortamento criminoso faz-se necessária em termos, com ressalvas do interesse do cliente".

A partir da interpretação dada pelo órgão judicial máximo do país, a revelação por parte de profissionais de saúde de fatos relativos a caso de abortamento provocado passa a seguir as regras regentes do segredo profissional para outras situações, não devendo as informações serem

comunicadas em prejuízo do paciente quando este estiver ameaçado de sofrer sanções penais.

Ainda com relação ao segredo profissional, devemos dizer que não nos foi possível depreender, pela pesquisa realizada, pois não foi encontrado nenhum acórdão que trata-se da matéria, sobre o comportamento dos tribunais nas decisões fundamentadas em demandas formuladas a partir de queixa dos pais ou responsáveis por adolescentes, contra os médicos por estes terem se conduzido de forma a se conformarem com o contido no art.103, de seu Código deontológico, que veda ao profissional "revelar segredo referente a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou responsáveis legais, desde que o menor tenha capacidade de avaliar seu problema e de conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo, salvo quando a não revelação possa acarretar danos ao paciente". Poderão vir a ser sancionados em caso de pedidos de ressarcimento de danos por não terem obtido o consentimento dos responsáveis a procedimento médico realizado no menor ?

Finalizando o tópico pode-se afirmar que, se no campo ético, quanto na doutrina jurídica, se concebe grande importância sobre a matéria do segredo profissional, esta não parece se manifestar como motivadora de processos civis ou penais. A pesquisa por nós efetuada não revelou demandas de reparação de danos na esfera civil, nem mesmo processos criminais baseados na inobservância do disposto na norma penal regulamentadora da matéria.

Das três décadas estudadas somente recolhemos 10 decisões dos tribunais, uma na esfera civil e nove no campo penal (todas elas relacionadas à concessão de remédios jurídicos- seis hábeas corpus e três mandados de segurança). Essas decisões correspondem à 6.6% do total de casos estudados e a 15.6% dos relacionados ao humanismo médico.

A totalidade das decisões relativas ao direito à privacidade foi referente a situações acontecidas em ambientes hospitalares ou em clínicas médicas, não aparecendo nenhum caso relacionado ao atendimento ambulatorial ou em consultório. Porém, o pequeno número de casos encontrados equivale-se ao observado em estudo das decisões de tribunais franceses, ocorridas entre 1980 e 1986. Este recolheu entre zero e seis decisões anuais sobre o sigilo profissional, ressaltando ainda que não eram necessariamente concernentes à violação do segredo por profissional de saúde. (VERON, 1984)

Concluindo, pode-se dizer que as decisões judiciais relativas ao sigilo dos profissionais de saúde analisadas neste estudo mostram situações onde existe conflito entre princípios; o da autonomia da pessoa humana, em decidir quando e para quem, podem ser reveladas informações das quais é titular; o princípio do respeito à privacidade, e, por último, o princípio da justiça, manifestando-se pelo interesse por parte dos agentes do Estado - autoridades policiais ou judiciárias - em terem informações para a apuração de supostas infrações.

DIREITO À SEGURANÇA

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, resultante dos eventos que culminaram na Revolução Francesa, já considerava a segurança como um dos direitos fundamentais da pessoa humana. (DALLARI, 1984)

Modernamente, após a segunda grande guerra, com o advento da Organização das Nações Unidas, os países aí representados estabelecem a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, afirmando entre esses direitos, o direito do cidadão à segurança (art.3). (TORRELLI & BADOUIN, 1972)

Nas relações entre os estabelecimentos de saúde e os cidadãos que a eles acorrem, em virtude de suas condições físicas ou psicológicas, este direito deve ser preservado.

Encontramos doze decisões judiciais que abordam a questão da segurança física dos pacientes internados em estabelecimentos de cuidados de saúde, correspondendo a 7.9% das decisões estudadas e a 18.7% dos casos relacionados às faltas contra o humanismo médico. Onze casos referem-se a processos de promoção de responsabilidade civil e apenas um relaciona-se à infração criminal.

A quase totalidade das situações refere-se a pessoas portadoras de transtornos mentais, transitórios ou crônicos, a vítimas de agressão ocorrida no interior do estabeleci-

mento ou a indivíduos que intentaram fuga ou suicídio na instituição.

Uma das hipóteses de trabalho, ao iniciar a pesquisa, era de que o dever de segurança fosse verificado enquanto obrigação de resultados, na apuração da responsabilidade civil de estabelecimentos de saúde; pelas decisões encontradas, tal hipótese não prosperou.

Primeiramente, parece-nos que quando da ocorrência de situações dessa natureza em serviços de caráter privado coexistem duas tendências. Uma delas tende a aceitar a noção de culpa presumida, cabendo ao estabelecimento demonstrar que houve caso fortuito, de força maior ou culpa concorrente da vítima, para que seja excluída sua responsabilidade. Pela segunda tendência fica com os queixosos a demonstração da ocorrência de conduta negligente ou imprudente por parte das instituições de saúde.

Representativa da primeira tendência é a apelação civil, de 1967, que manteve a sentença do tribunal de primeira instância, que dera ganho de causa à família de paciente, com diagnóstico de epilepsia e deterioração mental, que por falta de vigilância fugira de estabelecimento hospitalar não psiquiátrico e se lançara às águas de rio, falecendo, vítima de afogamento.

Afirmava-se a responsabilidade presumida da instituição acusada, invertendo o ônus da prova; cabendo a atacada demonstrar que tomara todas as medidas necessárias para que o evento não se desse.

"Conclui-se que a responsabilidade das casas de saúde e de hospitais é de natureza contratual, constituindo obrigação não de resultado, mas com conteúdo de garantia de bons serviços, de vigilância e de resguardo do paciente contra quaisquer consequências lesivas."(...) obrigação de vigilância não resulta uma responsabilidade objetiva, mas presumida segundo as circunstâncias." (RJTJESP 6/73)

No mesmo sentido manifestaram-se os julgadores em 1987, para o caso de estabelecimentos voltados ao acolhimento de doentes portadores de transtornos mentais.

"não há dúvida que, (...) cabe ao estabelecimento hospitalar zelar pela segurança, como pela saída ao paciente ali internado".

"independentemente de qualquer estipulação expressa existe, uma obrigação geral de vigilância no sentido de resguardar os pacientes de quaisquer consequências que um serviço do gênero deve evitar. (RJTJESP 6/73)

Ainda reforça a tese exposta a conclusão do processo recente de responsabilidade civil, de 1989, decorrente de morte de paciente durante tentativa de fuga de sanatório psiquiátrico. Os magistrados, invertendo o ônus da prova, afirmaram que havia presunção de culpa do estabelecimento, pois:

"toda a pessoa que, por seu estado físico ou psíquico, necessita de vigilância ou assistência, supõe inadimplemento do dever. De modo que, morrendo paciente que, pelas condições psicopatológicas, devia estar sob vigilância ininterrupta - enquanto tentava fugir, a culpa é suposta in re ipsa, e da consequente presunção só se livra o estabelecimento, no caso em que se livraria o tutor, ou o curador, ou seja, se prova que não houve, de sua parte, culpa ou negligência." (RJTJESP 126/159)

Exemplo da segunda tendência dos tribunais quanto ao dever de preservação da incolumidade dos pacientes, prevalecendo a noção clássica de responsabilidade subjetiva, é encontrada no acórdão de 1983, que confirmou julgamento anterior realizado pelo Tribunal de Justiça paulista, que havia considerado improcedente a demanda indenizatória da família de doente mental. Este encontrando-se em hospital psiquiátrico, havia falecido devido a enforcamento. Não se atendeu ao pedido dos familiares da vítima por compreenderem os juízes que aqueles não haviam conseguido provar a culpa dos médicos e enfermeiros do estabelecimento, faltando com o dever de dar segurança ao falecido. Assim se manifestaram:

"sem produzir qualquer prova da alegada culpa do réu, funda seu recurso no atestado de óbito, porque teria havido falta de vigilância,

sustentando, por isso, a legitimidade do pedido de indenização por dano moral." (RJTJESP 85/147)

Também em idêntica orientação, em 1987 foi confirmada sentença contrária à demanda de apelante efetuada contra decisão anterior, que não aceitara sua pretensão indenizatória. A apelação era relativa a uma senhora que havia sido internada em hospital não psiquiátrico, mas livrando-se voluntariamente das amarras a ela atadas, se atirara por uma janela e encontrara a morte. A decisão tomada adotara a tese da responsabilidade subjetiva e negara a demanda, pois considerara que cabia aos familiares demonstrarem a existência de conduta culposa do estabelecimento, o que não se dera.

"a apelante não demonstrou ter a apelada agido com culpa, elemento essencial para a caracterização da responsabilidade do hospitalar particular."
(RJTJESP 108/146)

Mas, ainda no tocante às instituições privadas de saúde, a jurisprudência aponta que a responsabilidade pelo dever de vigiar e assegurar a integridade física de seus internados independe de que o tratamento dispensado seja oneroso ao paciente/famíliares ou seja feito de forma gratuita, isto é, sem a ocorrência de pagamento direto, por medidas filantrópicas ou por pagamento indireto de conveniados ou credenciados do sistema de seguridade social. Já, em 1978, a Justiça paulista assim se manifestava:

"na responsabilidade dos hospitais se inclui a incolumidade, mesmo quando o tratamento seja gratuito".(RT 522/90)

Tal conceito é reafirmado em decisão recentemente tomada pelo mesmo tribunal, em 1989, que condenou hospital psiquiátrico a indenizar a esposa e filhos de paciente, que burlando a vigilância do nosocômio, tentara empreender fuga do estabelecimento, e nessa tentativa havia falecido em virtude de queda. Os juízes expressaram-se assim:

"fora rematada heresia ou insensatez, imaginar que, vocacionados a tratar, em regime de albergue, de pessoas carentes de vigilância alheia, tais estabelecimentos não contraíssem, no ato de as hospedar, correlata obrigação jurídica de vigilância (...) independente de seu caráter gratuito ou oneroso". (RT 652/51)

Julgamentos de soluções opostas aparecem à propósito da ocorrência de fugas anteriores efetuadas pela vítima. De um lado, acórdão de 1989, expressa que:

"nem precisa, com efeito, grande esforço por convencer de que, se a história clínica do paciente registrava duas fugas bem sucedidas (...) era patente a necessidade de cuidados precisos por evitar que o fizesse." (RT 652/51)

No mesmo sentido deu-se a consideração do voto vencido, em 1988, em ação indenizatória pela morte de

paciente mental que empreendera fuga do estabelecimento, colocando que:

"não pode deixar dúvidas de que ele, réu, não podia deixar de ter vigilância especial em relação ao de cujus, dado que as internações anteriores estão pontilhadas de sucessivas fugas (...)"

(RT 637/58)

Mas, de posição contrária, o tribunal de apelação, em 1988, julgou improcedente ação indenizatória, pois o paciente, que fugira de instituição psiquiátrica e encontrara a morte, já havia realizado diversas fugas quando internado em outros estabelecimentos. E, por isso, consideraram que tal fator era excludente, quando da verificação da culpabilidade do estabelecimento.

"a fuga fazia parte de seu quadro" e "a fuga no caso era inevitável (...)" "não se pode pretender vigilância permanente e exclusiva, nem forma de isolamento total e imobilização de paciente".

(RJTJESP 116/164)

Outro importante ponto que merece ser analisado é o referente à validade legal de *cláusulas contratuais de exclusão de responsabilidade de estabelecimentos psiquiátricos* quando da ocorrência de danos causados aos pacientes internados decorrentes de ações originadas em virtude de seu estado psíquico; a maior frequência é de decisões que apontam para a ilegitimidade do contrato assinado entre os estabelecimentos de saúde e os

responsáveis pelo paciente mental internado, que libere o nosocômio da obrigação de se responsabilizar civilmente no caso de eventos danosos provocados por atos do internado, como fuga do próprio nosocômio.

Não constitui fator de exclusão de responsabilidade o fato de que os métodos terapêuticos evitem a existência de procedimentos restritivos. Em 1981 os juízes já não acatavam este tipo de argumentação da defesa do serviço de saúde, dizendo:

"no estabelecimento se aplica a moderna terapia, sem grades, sem correntes ou amarras. Tal fato não esmaece, nem mitiga, sua evidente culpa in vigilando." (RT 560/201)

Idêntica solução é apresentada em acórdão de 1989, que reforma a sentença aplicada em primeira instância, dando provimento a recurso impetrado pelos familiares de internado em sanatório psiquiátrico, que encontrou a morte ao se evadir do estabelecimento. A ementa oficial é clara, ao assegurar o dever de vigilância e segurança dos doentes internados, afirmando ainda:

"a existência de cláusula excludente de responsabilidade, nos estatutos ou no regulamento de sanatório, ainda que conhecida pelo credor da teórica indenização, não tem validade jurídica em qualquer caso de acidente gravoso a doente mental".(RT 652/51)

Estas duas últimas decisões apresentadas contrariam as teses expostas em apelação civil de 1983, relativa a encarceramento de paciente internado em clínica psiquiátrica, em que a decisão dos magistrados divergiu da orientação mostrada acima, manifestando-se favorável ao estabelecimento.

"de acordo com o art.XXXII do regulamento da entidade, reproduzido no termo de responsabilidade assinado pelo ora apelante, não se responsabilizará o sanatório" em caso de qualquer incidente imprevisto, como suicídio ou assassinato, caso em que deverá responder o responsável direto." (RJTJESP85/147)

No entanto, com relação aos serviços ligados à Administração Pública, as decisões judiciais concernentes a fatos relacionados ao dever de incolumidade dos internados adotam a noção de responsabilidade objetiva do Estado.

Exemplifica a matéria o acórdão de 1984 em que portadora de distúrbios mentais e paralisia dos membros, internada para o tratamento de psicose em Hospital Público paulista, sofre agressão de outra paciente da enfermaria, o que lhe ocasionou o arrancamento dos globos oculares. Requerendo indenização dos danos sofridos, foi atendida em seu pleito, tendo os julgadores considerado:

"este hospital não tem condições de abrigar pessoa desse tipo" "tudo nos autos está a demonstrar a má condição de funcionamento do hospital", "seria injusto, nessas circunstâncias,

imputar ao diretor do nosocômio, ao médico atendente ou a uma simples vigilante noturna, a responsabilidade pelo bárbaro acontecimento. Só se o Poder Público desse ao hospital condições para seu normal funcionamento, aí sim poder-se-ia lançar sobre o servidor a responsabilidade do evento." (RJTJESP 93/164)

Também, quando um indivíduo, internado por distúrbios psíquicos devidos a intoxicação por defensivo agrícola, burla a vigilância do hospital, sai à rua e é atropelado por veículo, Prefeitura do interior paulista foi obrigada ao ressarcimento de danos ocorridos, pela adoção da tese da responsabilidade objetiva da Administração Pública. Os magistrados acataram a decisão tomada em primeira instância.

"desprezando por inteiro qualquer consideração sobre a culpa dos funcionários municipais, fundamentando seu julgamento na responsabilidade civil do Estado". (RJTJESP 94/150)

Esta orientação é lembrada em apelação civil contra entidade de natureza privada, de 1987. Ao negarem provimento do recurso contra o estabelecimento, em que não se provou culpa do estabelecimento atacado. Os magistrados insistem que assim entendiam , pois

"caso contrário estar-se-ia diante de uma responsabilidade objetiva, cabível somente na hipótese de evento danoso praticado pelo Poder Público". (RJTJESP 108/146)

Encerrando este tópico cabe analisar o único caso na esfera penal, de 1981, que envolveu incriminação de profissional de enfermagem acusada e condenada por ter faltado com o dever de vigilância durante a realização de uma transfusão sanguínea em criança de três anos. Tendo deixado sozinho o menor durante o procedimento, este teve queda da maca onde se encontrava e, em consequência do fato, acabou se enforcando em virtude de compressão no pescoço causada por dobra de lençol.

Foi julgado que a enfermeira havia faltado com sua obrigação, pois que sendo responsável pela transfusão não deveria ter se ausentado da sala onde se praticava o procedimento, sem antes resolver a quem caberia ficar em seu posto e que pudesse observar eventuais reações da criança. Tendo sido provada sua conduta culposa e estabelecido o nexo causal com o evento danoso na criança, tipificou-se o crime de homicídio culposo. (RJTJESP 69/369)

O DEVER DE SOLIDARIEDADE

O dever de solidariedade humana, necessário para a convivência social, fundamenta a idéia de prestação de assistência a uma pessoa em perigo. Presente em diversas filosofias e religiões, este dever está embutido na cultura cristã, expressando-se pela parábola do Bom Samaritano.

Constitui uma obrigação genérica, impessoal, imperativa a todas as pessoas, sendo socialmente regulada e normatizada tanto pela Moral quanto pelo Direito. Sua inobservância conforma a omissão de socorro.

Esta, enquanto motivadora de processos de responsabilidade médica, apareceu, entre as causas pesquisadas, como sendo a de maior frequência na pesquisa por nós efetuada, perfazendo trinta e uma (31) decisões judiciais (20% do total dos casos e 48% das decisões relativas a faltas contra o humanismo médico). Foram encontrados vinte e dois (22) julgados e nove (9) hábeas corpus, sendo que o maior número de casos encontrados deu-se nos anos 70 (quinze casos), tendo ocorrido seis na década de 60 e sete na de 80. Esta distribuição numérica não permite uma análise causal relacionada a modificações ocorridas no sistema de saúde ou nas práticas sanitárias.

Inicialmente é preciso lembrar que a obrigação de prestar assistência à pessoa em perigo é regrada pelas normas deontológicas que ordenam as atividades de várias categorias profissionais que atuam no campo da assistência à saúde, sancionando sua inobservância. Citando a concernente à categorias médica, encontramos o art.58 do Código de Ética Médica que veda ao médico

"deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo".

No tocante à norma jurídica brasileira verifica-se que houve uma importante evolução, pois a legislação penal do período do Império ignorava totalmente a hipótese de omissão de socorro. O Código de 1890, já na era republicana, apesar de introduzir o dever de assistência, reduzia-o somente a quem encontrasse uma criança recém-nascida exposta ou um menor de sete anos abandonado em lugar ermo. (BRUNO, 1972)

Foi o Código Penal vigente, de 1940, que ampliou o conceito de omissão de socorro, à não prestação de auxílio aos incapazes em geral, aos enfermos, inválidos e feridos, não se limitando à proteção dos menores de idade.

Seu art.135 sanciona quem "deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública".

Portanto, todas as pessoas podem ser sujeitos ativos ou passivos da omissão de socorro não existindo qualquer obrigatoriedade de vinculação jurídica anterior entre o omitente e a vítima.(BRUNO,1972)

"O dever de prestar socorro a quem se acha especialmente afetado em sua incolumidade física ou fisiológica nasce da situação de fato e fundamenta-se no valor ético-moral da solidariedade humana, não necessitando, portanto, ter fonte em um negócio jurídico".(RT 601/350)

Assim se expressa a decisão de 1984, pronunciada no caso em que plantonista médico deixa de atender a pessoa acometida de grave crise de bronquite porque ela não participava de convênio hospitalar com o estabelecimento onde o fato se deu.

O delito de omissão de socorro não se caracteriza somente quando da existência de um dano à vida ou à integridade física de uma pessoa. Pune-se o desrespeito ao dever legal de ser solidário em situação de perigo, como se depreende do contido do julgado, de 1982, que teve como sujeito ativo uma receü sujeito ativo uma recepcionista hos

Apesar da omissão a paciente não chegara a sofrer danos físicos, mas mesmo assim foi mantida a condenação imposta, acatando-se os dizeres do juiz de primeira instância que assim se manifestara:

"além de que a lei não pune somente quando da sua omissão ou recusa resulte consequência fatal".

(RT 570/383)

O que a lei intenta é sancionar o egoísmo, mesmo que o dano presumido não tenha ocorrido, porisso prevaleceu a obrigatoriedade da prática de atitude solidária, não tendo sido levada em conta a capacitação profissional da recepcionista em prestar efetiva assistência ou julgar a gravidade ou a iminência da situação de perigo. Foi considerado que ela, mediante as informações recebidas dos acompanhantes da vítima, poderia buscar socorro com quem de

direito, no caso estando dentro de um hospital, com os médicos de plantão.

As decisões judiciais analisadas confirmam ser o dever de assistência um imperativo legal quando da existência de perigo grave e não um perigo qualquer. Para a promoção da responsabilidade penal de acusado de omissão de socorro há de se caracterizar uma situação que proporcione um perigo grave à vida ou à saúde, e no mais, iminente, prestes a desencadear o dano, efeito ou consequência.

Mas, é mediante a análise dos acórdãos encontrados que relacionam-se ao tema, que se pode observar a dificuldade de ser caracterizado o perigo grave e iminente. Não há uma fórmula jurídica que estabeleça padrões de avaliação de gravidade dos casos, o que também é extremamente difícil para a própria ciência médica, como o é a definição de urgência ou emergência.

Exemplifica a tese o caso relativo de recepcionista hospitalar que foi condenada por recusar-se a encaminhar a médicos do estabelecimento, paciente considerado em estado periclitante, a pretexto de necessidade de preenchimento de ficha hospitalar.

No caso, uma senhora havia ingerido diversos comprimidos de um medicamento utilizado para a indução do sono, a base da substância flurazepan, com intuito de cometer suicídio. Tendo conhecimento da situação, duas pessoas conduziram-na ao Pronto Socorro, onde solicitaram internação à recepcionista de plantão. O entendimento da

gravidade do caso, pelos juízes, baseou-se, no que se depreende de seus dizeres, da compreensão leiga sobre a situação de suicídio, como também do fato que a vítima estava "se debatendo e espumando pela boca²⁶"; este fato, na visão dos magistrados, conformava a existência de grave perigo, conclusão que não seria necessariamente a adotada por profissionais de saúde.

A dificuldade na avaliação do perigo grave e iminente é fato, porisso compreende-se a manutenção da absolvição de médicos, em 1971, acusados de se recusarem a atender menor em seus consultórios, por se tratar de indigente, alegando que o fariam na Santa Casa local. Considerou-se que a avaliação do caso mostrava que o estado da vítima "não apresentava sinais alarmantes"²⁷ na ocasião da demanda de socorro, portanto não havendo tipificação do crime aventado.
(RT 428/364)

Também, em 1985, foi confirmada a absolvição de facultativo, em julgamento de ação penal baseada na recusa de atendimento gratuito à vítima, em razão da falta de inscrição no sistema previdenciário, orientando-a porém a como proceder com seus ferimentos, que se caracterizavam como lesões leves, e que não deixaram sequelas. Aqui a noção de perigo foi elemento decisivo para a decisão judicial. Diz a ementa do acórdão

26. Segundo o acórdão

27. Segundo o acórdão

"Só pode exigir do médico que atenda ao paciente gratuitamente, quando ele apresente ferimentos de regular gravidade e esteja correndo algum risco. Além disso, para a configuração do delito de omissão de socorro é necessário que a pessoa inválida ou ferida esteja desamparada, isto é, privada de socorro e incapaz de obtê-lo por si mesma." (RT 605/374).

Este acórdão é exemplar para perceber-se a dificuldade da conceituação de perigo grave. Aqui se utilizou da fórmula "ferimentos de regular gravidade", construção que pode ser entendida como abrandadora da severidade da situação, e que assim não infringiria a norma penal.

Também, levou-se em conta o resultado de não ter havido sequelas, o que significaria não ter sido realmente "grave" a situação imputada como faltosa ao profissional. Ora, tal interpretação difere da feita em julgado anteriormente citado pois desconsidera a intencionalidade e considera os resultados.

Ainda, quanto à análise da condição de existência de condição de grave perigo, pode-se citar a concessão de hábeas corpus, em 1969, para médico acusado de haver omitido socorro a menor, em razão do entendimento dos juízes da inexistência de justa causa para a ação penal por não se poder tipificar o crime aventado, pois

"a menor mencionada não fora ao Posto para ser medicada, senão para obter uma guia que deveria

apresentar no Pronto Socorro Municipal, onde seria atendida". (RT 409/276)

Logo, fica claro que o fato de não ser uma pessoa atendida quando na procura de obtenção de documento administrativo facilitador para dar-se posterior consulta, não se configura a ocorrência de perigo grave, nem iminente.

O perigo considerado na norma penal incriminadora é concernente à vida ou à integridade física da pessoa e não ao seu patrimônio, importando pouco sua natureza. Nos casos relacionados no estudo, os sujeitos passivos o foram como vítimas de infração (acidente de trânsito), causa natural ou accidental (doença, catástrofe). A assistência sendo devida mesmo quando ocorreu culpa da parte da vítima, como nos casos de embriaguez, briga ou tentativa de suicídio. Aqui há de se frisar que não importa se a pessoa que necessita de prestação de socorro é culpada de infrações criminais, pois aos profissionais de saúde não cabe julgamento de responsabilidade criminal, nem fazer qualquer tipo de discriminação de quem necessite seus serviços.

O elemento subjetivo do agente na infração penal por omissão de socorro caracteriza-se pela atitude dolosa, a vontade consciente de abster-se para agir ou o conhecimento do resultado de sua inação, pois nosso Código penal não comporta a omissão culposa.

"Não havendo prova segura de que o acusado agiu com dolo necessário à tipificação do delito de omissão de socorro, que consiste na vontade de

omitir assistência ao periclitante, devendo o profissional ter consciência de que a vítima se encontrava numa das hipóteses previstas na lei, impõe-se sua absolvição, por atipicidade do fato".

(RT 584/356)

Esta afirmativa está contida em acórdão, de 1983, que absolveu médico da imputação criminal de omissão de atendimento a menor, recém recém-nascido.

A ausência de dolo também resultou na decretação da inocência de atendente hospitalar acusada de omitir socorro, em 1977, quando os juízes aceitaram a alegação da ré, de que não chegara a ver a vítima, daí não podendo ter avaliado a condição de perigo grave a que a última estava exposta. É elucidativa a ementa da decisão:

"Há circunstâncias que podem revelar displicência, desatenção, indiferença, não, porém, crime de omissão de socorro, como, por exemplo, no caso em que o agente não estiver em presença da vítima. Para a configuração daquele é mister a segura consciência do perigo a que esteja contribuindo, dolosa e omissivamente." (RT 517/361)

Na decretação da inocência de profissional acusado de recusar-se a atender paciente, sob a alegação de que no estabelecimento em que se encontrava, como plantonista, só poderiam ser prestados serviços a pacientes vítimas de acidentes de trabalho, o desconhecimento da gravidade e da iminência do perigo sustentaram a não tipificação do delito,

em razão de que as informações recebidas do acompanhante do falecido não faziam perceber a gravidade do quadro clínico, pois a comunicação recebida era de que o paciente apenas desmaiara.

No acórdão, de 1978, os magistrados consideraram que como o cidadão permanecera no carro, não sendo levado para dentro do hospital e como as aparências indicassem não se tratar de caso grave, necessitando de imediato e urgente socorro, e como não era caso de acidente do trabalho, que seria normalmente atendido pelo médico, não se pode dizer tenha havido, por parte do requerente, omissão de socorro. (RT 525/378)

Mas é de se observar que este processo não confirma a noção prescrita por alguns estudiosos da matéria, para os quais o médico não deve se contentar com informações a ele reveladas, porquanto elas podem ter sido fornecidas por pessoas sem a adequada competência em avaliar a gravidade e a iminência de um perigo, devendo, mesmo se deslocar para uma análise própria ou utilizar meios apropriados para se certificar das informações recebidas, face a possibilidade de graves perigos. (FRANÇA, 1975; VERON, 1984)

Neste sentido há decisão de 1969, que não considerou válido argumento para o pedido de trancamento de processo penal, por intermédio de habeas corpus. O profissional médico, através do remédio jurídico, alegava que não havia estado na presença da vítima, para a qual havia sido apelado seu concurso. Afirmaram os juízes:

" Assim, o fato de não estar o paciente presente no local onde se encontrava a enferma, por si só, não descaracteriza o delito que a denúncia, contra cujo recebimento se insurge". (RT 409/77)

Mas, em situação bastante aproximada, a desconsideração da veracidade das informações trazidas ao conhecimento dos profissionais por parente da vítima, foi entendida como justificadora da inocorrência de conduta dolosa, por parte de dois médicos acusados de negar assistência a menor em perigo, que veio a falecer. Expressaram os magistrados, em 1971, acatando os ensinamentos de BRUNO (1972).

"é certo que mesmo o ausente pode ser responsabilizado pela omissão de socorro. Mas para tal é imprescindível que o sujeito ativo por aviso feito com a precisa seriedade, venha a ter conhecimento de grave perigo em que se encontra alguém e saiba que sua intervenção é necessária e da sua ausência resultar para a vítima um risco de dano quase irremovível".

Ainda mais, frisam

"está (o médico) obrigado a crer na notícia da moléstia que lhe chega através da manifestação de truculência? a resposta, pelo menos no caso, é negativa". (RT 428/364)

Nas condições técnicas existentes, na atualidade, torna-se importante refletir sobre a questão da qualidade das informações prestadas por via telefônica. Evidentemente a falta de contacto direto entre o doente e o facultativo leva à necessidade de avaliação apurada que indique a necessidade de deslocamento do profissional para junto ao paciente.

Reflete a hipótese, o caso em que paciente, vítima de acidente automobilístico foi encaminhado à Santa Casa da cidade de Monte Aprazível, SP, tendo sido internada pelo médico plantonista, para observação. Como o estado clínico do paciente piorava, ocorrendo queda dos níveis pressóricos, foi o profissional alertado pelo enfermeiro do estabelecimento. Apesar do agravamento do quadro, o médico recusou-se a se deslocar do quarto de repouso para junto do acidentado, limitando-se a dar instruções por telefone ou interfone e somente dirigiu-se ao leito do paciente quando constatado que estava este último em estado de choque.

Só então determinou a remoção para cidade próxima, onde o acidentado chegou morto. Os juízes, em 1988, consideraram não ter sido suficiente a conduta de avaliação feita do caso e as instruções que o médico deu por via telefônica, sem ter se dirigido imediatamente ao encontro do paciente, pois conhecia as possibilidades de risco mortal do caso, uma vez que ele mesmo havia internado o paciente. Foi mantida a condenação do profissional porque ele determinara

a utilização de medicamentos sem atentar para a imprescindibilidade de sua presença. (RT 636/301)

Já, em outro acórdão, de 1975, a respeito de médico, em acompanhamento constante do estado de uma sua paciente internada em hospital - quando receita e propõe procedimentos por via telefônica, mas logo após se desloca para verificar as alterações de agravamento do quadro da doente, não se configura o delito de omissão de socorro, mesmo tendo ocorrido o falecimento da cliente. No caso, o profissional teve admitido seu pedido de hábeas corpus para interrupção de processo criminal. (RT 482/347)

É ainda significativo para nosso estudo, o resultado favorável da apelação intentada por estudante de Medicina, de 1983, de condenação imposta em primeira instância, quando foi apenado com detenção e multa, por suposto crime de omissão de socorro, tendo como sujeito passivo do suposto crime uma criança. Esta havia sido conduzida por seus pais, com quadro de febre alta, diarreia e vômitos, à Santa Casa da localidade onde o estudante realizava plantão noturno. O acusado, diagnosticara amigdalite, não indicando internação para o menor. Horas depois a criança é socorrida em outro estabelecimento, em estado grave, vindo a falecer com o diagnóstico de meningite e gastroenterite.

Os magistrados consideraram que pela inexperiência do estudante, este não havia avaliado as reais condições de gravidade da criança; havia sim, cometido uma falta técnica, um erro de diagnóstico, mas que não poderia ser configurado

enquanto ato doloso. Portanto sua conduta não era passível de sanção pela acusação de omissão de socorro à pessoa em grave perigo. Diz o acórdão:

"o delito de omissão só é punível a título de dolo e não o comete quem, por insuficiente formação científica e inexperiência, não avalia corretamente a gravidade do perigo e não determina providência que profissional mais capaz e atento eventualmente adotaria".

E mais,

"é possível que o acusado tenha sobrestimado seus conhecimentos da difícil arte de curar e feito exame menos completo". (RT 580/357)

Sendo assim, se diferencia esta falta contra o humanismo - o dever de solidariedade à quem necessite ser atendido por motivo de grave e iminente perigo - da falta técnica, de natureza culposa, que incida em erro de diagnóstico.

Detemo-nos no caso, pois apesar de que houvessem provas que o estudante estivesse praticando um ato ilícito, ou seja, exercendo ilegalmente a Medicina - prática infelizmente muito habitual ainda nos serviços de assistência à saúde em nosso meio - o fato de não ter diploma que o qualificasse para a atuação que realizara foi considerado um fato atenuante que serviu para inocentá-lo da

prática de omissão de socorro, o que não ocorreu no caso da recepcionista hospitalar, descrito anteriormente.

Ressalte-se que, apesar de inocentarem ao estudante, os juízes alertaram que deveriam ser processados os responsáveis pelo estabelecimento, pois a eles coubera uma prática dolosa facilitadora de ocorrência de consequências danosas aos pacientes, tendo por economia ou comodismo, confiado difícil plantão noturno a jovem inexperiente.

Esses dizeres nos reafirmam a convicção de que nos casos de apuração da responsabilidade penal por delitos cometidos por atos médicos é imprescindível que os poderes públicos, através da atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, não se contentem em acusar aquele que aparentemente é o culpado por estar mais diretamente envolvido com as pessoas em perigo e deixem de se voltar para os verdadeiros responsáveis pelas condições facilitadoras e provocadoras dos crimes de omissão de socorro.

Numa posição análoga ao caso descrito encontramos uma apelação, de 1979, impetrada pela Justiça Pública contra recepcionista hospitalar acusada do delito de omissão de socorro. Os magistrados consideraram que a acusada, em virtude de sua profissão, não tinha condições de avaliar a gravidade de perigo de vida da vítima, menor de dois meses de idade, e havia cometido um ato culposo, imprudente e não a prática do delito a ela imputado - de caráter doloso - por

não haver procurado o auxílio de terceiros, no caso, os médicos do hospital.

Também aqui o juiz relator se manifesta afirmando que caberia a responsabilidade a quem de direito, que infelizmente não estavam relacionados no processo - aqueles que detém o poder de mando, e de possibilidade de ação

"necessário se diga que, no caso, a omissão não foi da recorrida, mas da direção do nosocômio ou de médicos que ali não se encontravam. Constan os autos que faltavam constantemente ao trabalho, descumprindo suas obrigações". (RT 538/364)

Aproveitando as conclusões deste caso, verificamos que existem divergências na interpretação dada pelos tribunais quanto ao papel a ser desempenhado pelos recepcionistas hospitalares e sobre o alcance de seus conhecimentos ao julgar a gravidade de uma situação de perigo, pois divergindo do acórdão anterior, em julgado de 1982, no qual recepcionista retarda o atendimento médico a pretexto de que fossem preenchidas fichas administrativas do hospital, os juízes mantiveram a condenação firmada em primeira instância entendendo que a situação de gravidade do caso era explícita e aí bastavam os conhecimentos leigos para sua avaliação. (RT 570/383)

Em outro caso, de 1978, foi mantida a condenação de atendente de enfermagem acusada de deixar de prestar socorro a menor, que apresentava quadro de febre e convulsão e que veio a falecer. A alegação do impedimento da atenção à

criança se baseava no fato de que o progenitor não possuía convenio com o hospital, onde a ré trabalhava.

Nesta decisão os juízes consideraram que:

"a apelante, conquanto não fosse uma especialista, competia levá-lo a quem fosse. Mas sequer o examinou." (RT 512/389)

É interessante que no caso de atendente de enfermagem, profissional com pouco preparo para a avaliação da gravidade do estado clínico de uma pessoa em perigo, muitas vezes com pouca diferenciação do saber leigo, os juízes impõe o dever de examinar o paciente e caracterizam a situação como dolosa o que diferencia da decisão tomada em relação ao caso do estudante de Medicina, referido acima.

Possível ainda se verificar que a obrigação de prestar socorro independente de que tenha sido efetuada por terceiros. A alegação de que a assistência negada por recepcionista hospitalar havia sido prestada pelas pessoas que acompanharam a vítima, assim como por policiais que se encontravam no estabelecimento hospitalar, não excluiu a ilicitude do ato da acusada. Diz o acórdão de 1982:

"É dever jurídico a assistência àqueles que se encontram em situação de perigo de que não podem defender-se, a circunstância de a vítima ser socorrida por terceiros é irrelevante, portanto o delito de omissão de socorro é de natureza instantânea e se consuma no momento e no local em

que se inadimpliu o dever imposto por lei."

(RT 570/383)

O socorro a que está obrigado o cidadão é somente aquele possível de ser realizado dentro das circunstâncias do caso e sem risco pessoal. A lei não exige que haja manifestações de heroísmo ou ações excepcionais, mas incita à atuação conforme as possibilidades do agente em dada situação. O risco não deve ser de pequena monta, ao contrário deve ser relativamente importante e sem ligação ao patrimônio do omitente, pois a atividade médica, pela sua própria natureza, não é isenta de riscos, como o de contaminação ou infecção, mesmo que cuidados adequados sejam tomados.

A tese da existência de risco pessoal para o possível prestador de solidariedade é que baseou a concessão de hábeas corpus para trancamento de ação penal intentada contra médico, em 1964, quando este era acusado de negar assistência à pessoa em perigo, pois se encontrava doente e acamado na ocasião do evento. (RT 383/272)

Voto vencido, em processo de 1969, que denegou pedido de hábeas corpus impetrado por médico, objetivando o trancamento de ação penal, admitiu a legitimidade do procedimento do profissional que recusou a se deslocar para o atendimento de ex-cliente, pois a pessoa que isto demandara, o marido da vítima, era seu inimigo e com ele tivera sério atrito, em razão de que este último considerava

que a doença da esposa teria se agravado em virtude do tratamento que fora submetida pelo profissional incriminado.

Os magistrados julgadores consideraram que se configurava a tese de risco pessoal, pois

"essa pessoa surge à casa desse médico que há muitos meses já não dava assistência profissional à enferma, armado, à noite, querendo à viva força que o paciente fosse à sua casa. Ante à recusa do médico sacou do revólver, disparou por quatro vezes, ferindo ao médico". (RT 409/77)

Tais fatos consubstanciariam a hipótese de risco pessoal mediante prática de violência que desqualificaria a acusação do cometimento do delito.

A norma legal que trata da omissão de socorro, por se fundamentar no princípio da solidariedade, não exige eficácia de resultados. O dever de prestar assistência à pessoa em perigo não constitui obrigação de resultados, não se requer sucesso dos procedimentos efetuados. (VERON, 1984)

Nesse sentido foi decretada a absolvição de médico, em 1978, acusado de haver se recusado a atender a doente em grave perigo de vida que veio a falecer, com base no parágrafo único do art. 135 do Código Penal.

O médico estava de plantão no Hospital para onde fora levado um cidadão, vítima de mal súbito. Recusou-se a atender à vítima porque o estabelecimento era destinado a casos de acidente de trabalho, recomendando ao acompanhante do doente que o encaminhasse a um Pronto Socorro, onde,

infelizmente o cidadão não chegou, pois veio a falecer a caminho.

Os juízes absolveram o acusado considerando que não havia sido tipificada a infração do parágrafo único do art.135, que qualifica o crime de omissão de socorro. Acataram as conclusões emitidas pelos peritos judiciais que estimaram que o réu não poderia ter obtido sucesso se interviesse, pois o paciente havia sofrido uma hemorragia cerebelar, evento de conseqüências fatais.

"Resulta claro que, se houvesse que ser condenado, a condenação se daria pelo caput do art. 135 do CP, como aliás, propugnara o Dr. Procurador de Justiça em seu parecer".(RT 525/378)

Isto porque o conteúdo do "caput" do artigo citado não obriga resultados positivos da intervenção médica e sim apenas prestação de assistência à uma pessoa que realmente esteja sob grave e iminente perigo de vida, vindo rapidamente a falecer a caminho de outro estabelecimento para onde o facultativo a enviara. Estes dizeres corroboram VERON (1984), para quem existe o dever de agir mesmo quando se conhece que a pessoa, para a qual foi demandado o auxílio, está condenada à morte.

O retardo no atendimento para a prestação de assistência a pessoa em perigo grave e iminente, quando doloso, equivale à omissão de socorro. (RT 369/281)

Justifica a afirmação, o caso ocorrido em 1967, que tem como sujeito passivo uma menina que nasceu em bairro

rural, na cidade de São Roque, SP, tendo já no segundo dia de vida começado a passar mal. Levada para atendimento com facultativo, foi considerada em estado grave, e como o profissional não dispusesse de maiores recursos para uma ação eficaz, encaminhou-a à Santa Casa local, com informações escritas sobre seu estado clínico. Os progenitores, no estabelecimento hospitalar, foram atendidos por uma enfermeira que apelou aos serviços do médico de plantão, mas este, alegando que estava almoçando, avisou-a que somente atenderia a criança finda a refeição.

Entre a comunicação das informações ao profissional e o atendimento prestado resultou um período estimado entre 10 a 35 minutos. A conduta dolosa se caracterizou pela demora no atendimento ao periclitante, pois "apesar de ter sido o médico desde logo informado pela enfermeira de que a menina passava mal e advertido por essa auxiliar de que a criança ia morrer"²⁸, não tomara providências na tentativa de evitar o acontecido. A demora em agir resultou em sua condenação, considerada como uma manifestação consciente do autor do delito. (RT 386/259)

O encaminhamento a outro estabelecimento de saúde é entendido como conduta válida nas situações em que se conforma como uma ação concreta no sentido de resolução dos problemas que ocasionam a situação de emergência do paciente. Caracteriza um conselho ou auxílio, a busca ou encaminhamento a outro médico ou serviço, que, em tese,

28. Segundo o acórdão

tenha maiores recursos humanos e/ou técnicos para responder às necessidades de saúde dos pacientes. Mas, o encaminhamento não é validado quando realizado por interesses pecuniários ou meramente administrativos.

Exemplifica a tese o caso, de 1983, em que se manteve a absolvição de médico que encaminhou doente menor para uma clínica especializada por não possuir em sua residência aparelhamento adequado para atender situações de emergência.

A menor, vítima de quadro diarreico e portadora de lesão cardíaca, havia sido atendida pelo profissional em seu consultório. Alguns dias após, foi o facultativo procurado em sua residência pelos pais da recém nascida em razão de piora de seu quadro clínico. Recomendou que a criança fosse conduzida para uma clínica por não dispor em sua residência de condições técnicas para adequadamente atendê-la, mas logo após deu-se o falecimento da criança.

O tribunal considerou que o profissional não praticara uma conduta dolosa que pudesse caracterizar-se como omissão de socorro, pois como mostraram os autos, haviam elementos de prova de que o facultativo entrara em contacto com colega de plantão em hospital próximo alertando-o para as condições da menor. Portanto, nesse contexto o encaminhamento fora válido (RT 584/356)

Igualmente, deu-se a decisão, em 1977, no caso em que a vítima faleceu horas após ter sido devidamente atendida pelo médico acusado. Assim interpretaram os magistrados:

"não se pode responsabilizar o médico plantonista pela morte da vítima se necessitava ela de tratamento especializado, impossível de lhe ser ministrado no hospital em que aquele trabalhava".(RT 514/386)

Também, em 1978, foi concedido hábeas corpus à médico que se recusou a atender uma pessoa vítima de atropelamento por não possuir o hospital em que trabalhava aparelhamento adequado para tanto, pois o estabelecimento se caracterizava por dar assistência especializada a doenças crônicas, não dispondo de serviço de emergência. Disseram os magistrados:

"o médico acusado, com ou sem cortesia que lhe seria exigível, mas com os conhecimentos técnicos de que dispõe, viu de relance, que a vítima não encontraria ali, os meios indispensáveis para salvar-se, e recomendou à pessoa com quem se apresentara buscar outro hospital". (RT 512/381)

Novamente, aqui o encaminhamento não caracteriza uma conduta ilícita, pois no momento havia sido feito na tentativa de melhor solucionar o problema.

Inversamente, o encaminhamento para outra instituição e a recusa de internação por falta de vagas, não foi aceita como excludente da prática delituosa, levando, em 1973, à manutenção da condenação imposta à enfermeira, plantonista da Santa Casa da cidade de Limeira.

A enfermeira havia se negado a apelar ao concurso dos médicos do estabelecimento, alegando falta de vagas no

nosocômio. Instruiu aos familiares do paciente que procurassem outro hospital

"não chegando a examinar a pessoa doente, pois considerou que o caso não apresentava gravidade pela maneira que agia e falava o acompanhante da paciente". (RT 459/384)

Infelizmente, no trajeto entre para o hospital ao qual foi referenciado, deu-se o falecimento do paciente.

Este acórdão demonstra interesse para nossa análise, pois apesar de que sua leitura pareça revelar uma situação de negligência ou imprudência, não eivada de dolo por parte da imputada - não foram apresentadas provas do conhecimento da gravidade e iminência do perigo - os juízes, ao contrário de outros casos anteriormente expostos, exigiram que se desse uma avaliação das condições da pessoa que apela por socorro antes de enviá-la a outro estabelecimento.

A condenação refere-se a que o encaminhamento não foi feito em busca de dar melhores condições de resposta às necessidades de saúde da vítima, mas sim decorrente de razões puramente administrativas - falta de vagas, contrariando frontalmente o dever de prestação de socorro

Reafirma a idéia de que entraves ou deficiências administrativas, como a ausência de vagas no estabelecimento, não justificam a atuação que se deu em inobservância ao dever de prestação de auxílio a pessoa em grave perigo, a leitura da ementa de pedido de hábeas corpus denegado, de 1977:

"a existência ou não de vaga no hospital ou de condições para atender pessoa ali conduzida em precário estado de saúde, necessitando os cuidados médicos imediatos, (...) não constituindo motivo de ausência de justa causa para a ação penal por omissão de socorro intentada contra médicos assistentes". (RT 535/324)

Neste processo dois médicos do Hospital das Clínicas da USP de Ribeirão Preto foram processados criminalmente por omissão de socorro a paciente que veio a falecer, não tendo sido atendido sob a alegação de falta de vagas no hospital. Julgado recurso de hábeas corpus impetrado no Supremo Tribunal Federal expressa o voto do relator:

"acontece que as gravíssimas e excepcionais condições do doente, na realidade, impunham a necessidade de imediata assistência por parte do Hospital das Clínicas, já que na região apenas ele contava com os recursos indispensáveis para isso".

E complementa

"nada importa que os pacientes não sejam especialistas em urologia, ou sejam clínicos, nem tampouco a ausência de vagas no Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto - USP, visto que deviam a diligência junto à autoridade competente para resolver de logo o problema de vaga no hospital, e

não se recusarem a prestar assistência".

(RT 515/451) (1978)

Esta decisão do Supremo Tribunal Federal nos ensina que meros problemas administrativos não podem servir de escusa para afastar o dever de solidariedade e prestação de socorro, devendo-se quando de impossibilidade de ação eficaz no sentido de internar um necessitado em grave perigo de vida, buscar o auxílio das autoridades administrativas competentes e responsáveis pelo estabelecimento para que possam criar condições para atender as necessidades do caso, aliás como também é requerido para a observância das normas deontológicas dos profissionais de saúde.

Regulamentos ou normas administrativas não podem, de forma alguma, justificar a ausência de prestação de socorro nos estabelecimentos especificamente destinados a tal atividade. Nesta idéia é exemplar o acórdão de 1963 que trata do processo criminal relativo a funcionários do SAMDU e do Hospital Municipal, decretando suas condenações, por se recusarem a atender vítima de hemorragia vaginal que a levou à morte, sob a alegação que o marido, responsável pela paciente, não era portador de documentação previdenciária necessária para regularização administrativa de tais casos na época do acontecido. Aberto o inquérito policial, foram os funcionários instados a prestar declaração, afirmando que suas condutas se deviam ao cumprimento de ordens superiores.

"As ordens eram severas, determinavam um comportamento que não poderia ser alterado, sem que fossem infringidas normas regulamentares".

Mas tal justificativa não foi aceita pelos magistrados que afirmam:

" seria um contrasenso legitimar-se a desumana omissão sob o amparo de meros regulamentos internos, ou de condenáveis ordens superiores, nas instituições oficiais de socorro médico, que teriam existência puramente farisaica." "nunca qualquer ordem superior ou circunstância de interesse pessoal poderia eximir (...) de providenciar o socorro solicitado".

(RT 351/333)

Assim se confirmam os dizeres de FRANÇA (1975) para quem, quando um profissional de saúde atende uma pessoa em iminente perigo de vida, ele está juridicamente mais próximo à pessoa que necessita de sua manifestação solidária do que à instituição em que trabalha.

O dever de prestar assistência à pessoa em perigo independe da existência de vínculo jurídico prévio, como se depreende do acórdão de 1984, anteriormente citado, que manteve a condenação de médico plantonista por ter recusado atendimento de paciente com forte crise de bronquite que caracterizou grave e iminente perigo de vida, sob a alegação que o periclitante não participava de convênio hospitalar.

"o dever de prestar socorro a quem se acha especialmente afetado em sua incolumidade física ou fisiológica nasce da situação de fato e fundamenta-se no valor ético-moral da solidariedade humana, não necessitando ter fonte em negócio jurídico". (RT 601/350)

Mais uma vez, reforça-se a tese de que o dever de ser solidário não pode ser contraposto por barreiras administrativas ou monetárias.

A jurisprudência confirma a asserção de PANASCO (1979), para quem os interesses pecuniários são agravantes quando constituem o motivo que conduziu à conduta da não assistência à pessoa em perigo, conforme o exposto na ementa de apelação criminal da Justiça catarinense emitida em 1978.

"Comete o delito de omissão de socorro o médico que exige depósito prévio e aval para o atendimento de pessoa ferida gravemente numa briga". (RT 511/427)

No mais, verifica-se, por decisão de 1979, que manteve a condenação de médico, que não é aceito, como motivo de escusa de prestação de assistência à saúde, alegação por parte de profissional de saúde de não estar oficialmente em atividade, ou seja, estar de folga, sendo que havia a ausência de outro facultativo na cidade onde se deu o ocorrido. (RT 516/347)

Finalizando o tópico cabe verificar que os médicos constituíram a categoria profissional mais atingida pela aplicação da norma penal. Em vinte e quatro situações foi o médico considerado o sujeito ativo da omissão de socorro. Das sete decisões restantes encontradas na pesquisa, duas relacionam-se a enfermeiros, um número igual a atendentes de enfermagem e três a recepcionistas hospitalares.

O predomínio da presença médica também é encontrado na jurisprudência estrangeira e parece decorrer das características inerentes ao exercício de suas atividades, que colocam o profissional em posição de frequente solicitação para agir em situações de perigo. (VERON, 1984) A sociedade considera que, pela formação obtida, o médico, mais do que outros profissionais, está habilitado a atuar em circunstâncias de perigo de vida ou de saúde que corram as pessoas.

Foi o hospital o local de maior incidência de situações relacionadas à omissão de socorro. Vinte e duas situações relacionadas no estudo deram-se em âmbito hospitalar. Estes resultados, além de refletir o hospitalocentrismo que nosso sistema de saúde apresenta, como uma de suas características fundamentais, expressa que este tipo de estabelecimento tendo, em geral, maior capacitação técnica e recursos humanos para acorrer ao socorro dos periclitantes, é entendido tanto pelo leigo, como pelos agentes do campo jurídico, como sendo o local

onde menos se espera e deseja que se de a ocorrência de abstenção na prestação de socorro a quem dela necessita.

Esses processos também parecem demonstrar que a Justiça compreende que os estabelecimentos mais adequados para a lidar com situações de emergência - os pronto-socorros - são aqueles em que o delito de omissão de socorro deva ser tratado com maior rigor. Ao contrário, se tende a aceitar como um dos atenuantes de supostas infrações, quando da ocorrência das condutas, tidas como delituosas, em locais que não possuam condições apropriadas para a resolução de situações de emergência, como são os consultórios e os hospitais especializados em moléstias crônicas.

Finalizando esta parte do trabalho verifica-se, em relação aos achados de faltas contra o humanismo médico, que o número de casos na década de setenta dobrou em relação à anterior (25 X 11), mas manteve-se bastante aproximado da seguinte (28). As demandas indenizatórias foram expressivas somente nos anos oitenta, totalizando 11 decisões judiciais. Deu-se nas três décadas a predominância das situações concernentes à omissão de socorro e diferentemente do demonstrado no capítulo anterior, aqui ocorre um ligeiro predomínio das condenações dos acusados nos processos da esfera penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo presente que o campo de abordagem do estudo do tema escolhido era bastante extenso, nos limitamos a identificar e a analisar a ocorrência de formação jurisprudencial de alguns aspectos da responsabilidade jurídica da atividade médica, que se conformavam em interrogações apresentadas durante nossa formação e atuação profissional.

Partindo de casos de tribunais de segunda instância, pode-se verificar, analisando os resultados das três décadas estudadas, a ocorrência de um gradativo aumento na presença de decisões judiciais concernentes à responsabilidade médica, tanto em relação aos casos relativos de responsabilização penal, quanto a julgamentos na esfera civil.

Esse fato tem causado preocupação aos dirigentes de órgãos da classe médica, que, também em razão das constantes reclamações contra seus membros, formuladas nos últimos anos pelos meios de comunicação de massa, reagem afirmando ser sua categoria profissional a mais visada pela lei. (HADBA,1991; ZANETTI,1991; GODOY,1992; BENATI,1993) Mas, não chegam a clamar em favor de uma total irresponsabilidade legal pelos atos praticados por médicos, como o fazia NICOLLE, prêmio Nobel de Medicina e professor do Colégio de França, que em 1934 afirmava: "somente a impunidade total do

médico pode lhe permitir o exercício de sua arte".
(LEMAIRE & IMBERT, 1985, p.5)

Em nosso país a categoria médica se defende das acusações, alegando que a maioria das situações que têm sido veiculadas como sendo devidas a "erros médicos", são, na verdade, resultantes das condições por que passa o sistema de assistência à saúde, que desfavorece a adequada prática médica, atuando como o principal elemento condicionante dos atos reprováveis ocasionados no exercício profissional. (CORREA, 1991; HOSSNE, 1991; FERREIRA JUNIOR, 1992; HADBA, 1993) Afirmam os médicos que o sistema atual constitui-se em um submundo das unidades ambulatoriais e hospitalares mal instaladas, desaparelhadas, sucateadas, impondo-lhes condições de trabalho, muitas vezes, inaceitáveis. Insistem que "não temos sido imperitos ou negligentes, posto que geralmente estamos em nossos postos e na grande maioria, qualificados para a função. Podemos ser tachados de imprudentes em relação às condições de trabalho". (MONTEIRO, 1991,p.6)

Mas, se por um lado temos a referida posição da categoria médica, de outro lado encontramos doutrinadores do campo jurídico que apontam a existência, em nosso país, de uma indevida promoção da responsabilidade médica. Como fatores determinantes para tal fato citam a dificuldade de acesso das vítimas ao aparelho judiciário, a timidez dos tribunais em estabelecerem a culpa dos profissionais de saúde, em virtude do hermetismo técnico de sua atividade e

também, o corporativismo que teriam os peritos, que pelo "esprit de corps", influenciariam as conclusões dos magistrados, evitando assim que elas se manifestassem desfavoravelmente aos interesses dos seus pares. (KFOURY NETO, 1990; BITTAR, 1991; CARAMURU, 1991)

Os próprios magistrados, relativamente à avaliação da responsabilização médica na esfera civil, confessam suas dificuldades, como se constata em acórdão de 1981:

"a jurisprudência dos tribunais brasileiros a respeito da responsabilidade civil dos médicos é escassa. Não que os médicos não tenham incidido em responsabilidade muitas e muitas vezes. Mas, principalmente porque ainda não está nos nossos hábitos apurar essa responsabilidade, para efeitos de reparação". (RT 558/178)

Pela análise dos casos apresentados no trabalho pode-se observar que apesar do limitado número de decisões judiciais encontradas em três décadas, totalizando 151, em determinados aspectos da responsabilidade médica já se encontram tendências jurisprudenciais bem demarcadas, como no que concerne às faltas técnicas, mas em outros campos, como é o caso do direito do consentimento e à informação, as linhas jurisprudenciais apenas se delineam.

Um exemplo do dito é a questão da obrigatoriedade de resultados na atividade médica. No tocante à responsabilidade civil médica, cabe ressaltar que somente nos casos referentes a cirurgias estéticas é que pudemos

averiguar a utilização da noção de obrigação em produzir resultados; mesmo quanto ao dever de segurança dos estabelecimentos de saúde para àqueles que lá se encontram, pode-se observar que a tendência dominante nos tribunais ainda considera esse dever como sendo uma obrigação de meios.

O estudo também mostra que a pretensa ineficácia do processo jurídico dirigido contra profissionais e estabelecimentos de saúde, levando a uma impunidade desmesurada, é relativa, pois um percentual significativo de casos de responsabilização, quer civil, quer penal, termina por apresentar condenação do profissional ou do estabelecimento de saúde e pode-se verificar que tal se dá com mais frequência quando de demandas indenizatórias.

No tocante às faltas técnicas, quando estabelecida a comparação do casos julgados na década de setenta com aqueles dos anos oitenta, tornou-se possível notar a ocorrência de um crescente número de demandas de responsabilidade civil, ficando patente que nos anos oitenta a expressividade da magnitude das condenações, diferentemente do observado nas décadas anteriores.

Se a análise dessas decisões mostra uma maior aceitação da culpabilidade dos profissionais e dos estabelecimentos de saúde em demandas de ressarcimento de danos, quando comparadas às ações penais, isto nos leva a considerar como válida a tese de que mais proveitoso para as vítimas de condutas ilícitas, causadas por faltas técnicas

decorrentes da atividade médica, seria o estabelecimento de mecanismos facilitadores do acesso dos cidadãos ao sistema judiciário para que pudessem se utilizar mais frequentemente de demandas indenizatórias e serem ressarcidos civilmente de seus prejuízos, sem a necessidade de tornar cada caso, onde existe suspeita de falta médica, em ocorrência policial, como parece demonstrar a cultura nacional. Assim, seguindo a observada tendência, que vem sendo demonstrada internacionalmente, se deva reservar a ação penal aos casos mais graves, dolosos ou que contrariem os princípios humanísticos que devem reger a atividade médica. (LEMAIRE & IMBERT, 1985; MEMETEAU, 1986; APPELBAUM et al., 1987)

No entanto, para que a relação entre os profissionais de saúde e as pessoas que necessitam de atenção à sua saúde não continue a caminhar em direções divergentes e conflitantes, é necessário que se amplie e se reformule as formas de diálogo entre as duas partes, para que a resolução de suas diferenças possa ocorrer sem mesmo haver a necessidade da intermediação dos tribunais. Para tanto, deve-se refletir sobre a possibilidade de criação de formas jurídicas alternativas, de conciliação das diferenças, assim como a ocorrida no início dos anos oitenta, na França - a dos conciliadores médicos. Os denominados conciliadores médicos eram magistrados que tentavam uma negociação amigável para as disputas relativas à responsabilidade resultante da atividade médica, evitando levá-las para a utilização da via judiciária tradicional. Tal mecanismo

propunha servir de arbitragem nas pendências entre os profissionais e estabelecimentos de saúde e usuários do sistema, substanciando sua atuação na disseminação de informações aos pacientes sobre seus direitos. (DUBOIS, 1990)

Cabe também indagar se a periodização estudada (1960-1990) ou mesmo a desatualidade de nossas normas legais brasileiras não foram fatores determinantes da inexistência de decisões judiciais referentes a assuntos bastante em voga nos últimos anos, como a comercialização de órgãos, a manipulação genética, formas e processos de procriação artificial, etc. Porém, sendo a jurisprudência um fenômeno social, as decisões judiciais acompanham o momento histórico onde se dão, portanto os resultados do trabalho poderão servir de bases comparativas para futuros estudos que avaliem a presença de casos relacionados às matérias citadas, assim como para os que ensejem analisar as modificações jurisprudenciais decorrentes dos efeitos das normas do Código de Defesa do Consumidor (de 1990) e sua aplicação sobre os serviços de saúde.

No mais, deve-se ressaltar que a magnitude e a especificidade dos casos encontrados relativos a ofensas contra direitos humanos fundamentais, principalmente devido às situações de violação do dever de solidariedade - omissão de socorro -, parecem apontar para o fato de que não se pode culpar unicamente a organização e a administração do sistema de assistência à saúde pela infrações, mas deve-se atentar

para o tipo e a qualidade da formação dos médicos, assim como daqueles profissionais e técnicos que se agregam às ações decorrentes de sua atividade. Ponto que consideramos essencial, é a reformulação da atuação das instituições de ensino voltadas às profissões de saúde. É sua tarefa voltar-se a um ensino onde a pessoa humana seja vista dentro de sua integralidade, em seus aspectos biológicos, psíquicos e sociais, tendo como resultado, profissionais com uma visão do processo saúde-doença, que leve a uma prática mais humanista, conhecedores dos aspectos éticos e legais de sua atividade cotidiana e garantidores dos direitos dos pacientes.

Assim como proposto no relatório final do XXX Congresso Brasileiro de Educação Médica, 1992²⁹, deve-se aceitar o desafio de contribuir para criação de condições que resultem numa prática médica mais humanize, e nesse sentido acreditamos que as poucas reflexões aqui trazidas sirvam como auxiliares para tal finalidade.

29. Rev.Bras.Educ.Méd., 16 (1/3): 77-78, 1992.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR DIAS, J.A. Da responsabilidade civil. 6ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979. v.1
- APPELBAUM, P.S.; LIDZ, C.W.; MEISEL, A. Informed consent: legal theory and clinical practice. New York, Oxford University Press, 1987.
- AUBERT, J.L. Introduction au droit. 5ª ed. Paris, Presses Universitaires de France, 1988.
- AUBY, J.M. Le droit de la santé. Paris, Presses Universitaires de France, 1981.
- AUBY, J.M. La responsabilité médicale. Bordeaux, DEA Droit de La Santé, 1989.
- BANDEIRA DE MELLO, C.A. Elementos de direito administrativo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- BANDMAN, E. & BANDMAN, B. Bioethics and human rights. Boston, University Press of America Inc., 1978.
- BARREIROS, R. Vítimas de erro médico têm associação no Rio. O Estado de São Paulo, São Paulo, 11 ago.1991. p.25.
- BAUAB, J.A. A ação do médico e a sua responsabilidade em consulta, tratamento, operação e manutenção do paciente em hospital In: Bittar, C.A. Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar. São Paulo, Saraiva, 1991. p.87-106.

- BAYER, R. La confidencialidad y sus limites In: Fuenzalida Puelma, H.; Parada, A.M.L. & Lavertu, D.S., ed. **Aportes de la ética y el derecho al estudio del SIDA.** Washington, Organizacion Panamericana de la Salud, 1991. p.94-108 (OPAS- Publicación Científica, 530)
- BEAUCHAMP, T.L. & CHILDRESS, J.F. **Principles of of medical ethics.** 2ª ed. New York, Oxford University Press, 1985.
- BEAUCHAMP, T.L. & MCCULLOUGH, L.B. The management of medical information: legal and moral requeriments of informed voluntary consent. In: Edwards, R.B. & Graber, G.C. **Bioethics.** San Diego, Hacourt Brace Jovanovich Publishers, 1988. p.130-41.
- BEAUCHAMP, T.L. Informed consent. In: Veatch, R.M. **Medical ethics.** Boston, Jones & Bartlett Publishers, 1989. p.173-200.
- BELANGER, M. **Droit internacional de la santé par les textes.** Paris, Berger - Levrault, 1989.
- BENATI, J.C. Erro médico e o triunfo sobre a morte. **J.CREMESP**, 76:11, 1993.
- BITTAR, C.A. **Responsabilidade civil: teoria e prática.** Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- BITTAR, C.A. **Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar.** São Paulo, Saraiva, 1991. p.1-31: As atividades científicas e profissionais, médicas, odontológicas, hospitalares e congêneres e o Direito: princípios norteadores.

- BLOISE,W. A responsabilidade civil e o dano médico. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- BRUNO,A. Direito penal. 2ª ed. São Paulo, Forense, 1972.
v.4
- BUERES,A.J. Responsabilidad civil de los medicos. Buenos Aires, Abaco, 1979.
- CARAMURU,A.F. Responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e pronto-socorros. In: Bittar, C.A. Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar. São Paulo, Saraiva, 1991. p. 177-212.
- CASSILETH,B.R.; ZUPKIS,R.V.; SUTTON-SMITH,K.; MARCH,V.
Informed consent - why are its goals imperfectly realized? N.Engl.J.Med., 302: 896-900, 1980.
- CHAMMARD,G.B.& MONZEIN,P. La responsabilité médicale. Paris, Presses Universitaires de France, 1974.
- CHAUVENNET,A. A lei e o corpo. Physis: Rev. Saúde Col., 1: 13-48, 1991.
- CHAVES,A. Responsabilidade das clínicas, hospitais e médicos. Rev. Procurad. Geral Est. S.Paulo, 33: 95-133, 1990.
- CLEMENT,J.M. Memento de droit hospitalier. Paris, Berger-Levrault, 1988.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Estatísticas de consultas feitas ao CREMESP. J.CREMESP, 64: 5, 1991.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Prontuário e o sigilo médico. J.CREMESP, 70: 3, 1992.

CORREA,E.A. Erro do médico e do sistema. J.Assoc.Med.Bras,
32 (1215): 5, 1991.

CULVER,C.M. & GERT,B. Philosophy in medicine. New York,
Oxford University Press, 1982.

CUSTODIO,H.B. Responsabilidade civil por danos ao meio
ambiente. São Paulo, 1983. [Tese de Livre Docência-
Faculdade de Direito da USP].

DALLARI,D.A. O que são direitos da pessoa. São Paulo, Abril
Cultural/Brasiliense, 1984.

DAMASIO,J.E. Direito penal. 15ª ed. São Paulo, Saraiva,
1991. v.1

DELIEGE,D. & LEROY,X. Humanisons les hôpitaux. Paris,
Maloine, 1978.

DRANE,J.F. Competency to give an informed consent. JAMA,
252: 925-7, 1984.

DUBOIS,L. Oraison pour la seconde mort du conciliateur
médical. Rev. Droit Sanit. Soc., 26: 55-59, 1990.

DUCROT,H. & DUSSERE,L. L'informatique médicale. 2ª ed.
Paris, Presses Universitaires de France, 1985. p.85-
101.

FERREIRA JUNIOR,A.G. Omissão de socorro. J.CREMESP, 67: 11,
1992.

FORGES,J.M. Le droit de la santé. Paris, Presses
Universitaires de France, 1986.

FRANÇA,G.V. Direito médico. São Paulo, Byk Prociénx, 1975.

- FUENZALIDA-PUELMA,H.; PARADA,A.M.L.; LAVERTU,D.S., ed.
Aportes de la ética y el derecho al estudio del SIDA
Washington, Organización Panamericana de la Salud, 1991.
p.24-44. (OPAS-Publicación Científica 530)
- GAYLIN,W. The patient's Bill of Rights In Bandman,E. &
Bandman,B. Bioethics and human rights. Boston,
University Press of America Inc., 1978. p.265-7
- GILLON,R. Philosophical medical ethics. Chichester, John
Willy & Sons, 1985.
- GODOY,R. Erros médicos: real dimensão. J.Assoc.Med.Bras.,
1320: 11, 1992.
- GRABER,G.C. Bioethics. San Diego, Hacourt Brace Jovanovich
Publishers, 1980.
- GRACIANO,V. Responsabilidade civil dos médicos. Paranavaí,
Editora do Autor, 1987.
- HADBA,A. Erro grosseiro e os médicos J.CREMESP, 60: 11,
1991 .
- HADBA,A. Erros médicos, a quem interessa J.CREMESP, 79: 11,
1993.
- HOSSNE,W.S. Também se morre por erro médico.
J.Cons.Fed.Med., 25: 12, 1991.
- HUISMAN,D. & VERGEZ,A. Curso moderno de filosofia. São
Paulo, Livraria Freitas Bastos, 1983.
- ITURRASPE,J.M. Responsabilidad civil de los medicos. Buenos
Aires, Astrea, 1979.
- JONSEN,A.R.; SIEGLER,M.; WINSDALE,W.J. Clinical ethics.
2ªed. New York, Macmillan Publishing Company, 1986.

- KANTOR, J.E. **Medical ethics for physicians-in-training.** New York, Plenum Medical Book Company, 1989.
- KATZ, J. **The silent world of doctor and patient.** New York, The Free Press, 1986.
- KENNEDY, I. & GRUBB, A. **Medical law: text and materials.** London, Butterworths, 1989.
- KFOURI NETO, M.A. A responsabilidade civil do médico. *Rev. Tribunais*, 654: 57-76, 1990.
- KONRAD, M.S. A defense of medical paternalism maximizing patient's autonomy. In: Edwards, R.B. & Graber, G.C. **Bioethics.** San Diego, Hachett Brace Jovanovich Publishers, 1988. p.141-50.
- LARA, M.D.C. & DE LA FUENTE, J.R. Sobre el consentimiento informado. In: Organización Panamericana de la Salud **Bioetica: temas y perspectivas**, 1990. p.61-6 (OPAS-Publicación Científica, 527)
- LEMAIRE, J.F. & IMBERT, J.L. **La responsabilité médicale.** Paris, Presses Universitaires de France, 1985.
- LERY, N. & GAZET-LORENT, C. La responsabilité juridique des médecins en France. *Méd. Hyg.*, 48: 2168-74, 1990.

- LLANO,A. El manejo del secreto profesional con pacientes de SIDA. In: Fuenzalida-Puelma,H.; Parada,A.M.L.; Lavertu,D.S., ed. Aportes de la ética y el derecho al estudio del SIDA. Washington, Organización Panamericana de la Salud, 1991. p.149-54 (OPAS-Publicación Científica, 530)
- MACHADO,E.S.F. Responsabilidade civil dos médicos São Paulo, 1985. [Dissertação de Mestrado Faculdade de Direito U.S.P.]
- MAGALHÃES,T.A.L. O dano estético. São Paulo, Ed.Revista dos Tribunais, 1980.
- MALICIER,D. Les aspects positifs de la responsabilité médicale. Méd. Hyg., 43: 2382-6, 1985.
- MEIRELES,H.L. Direito administrativo brasileiro. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982.
- MEMETEAU, G. Droit médical. Paris, Litec, 1986.
- MONTEIRO,L.C.S. Os médicos, o "Bateau-Mouche" e o Código de defesa do Consumidor. J.Assoc.Med.Bras., 5: 6, 1991.
- MORAES, I.N. Erro médico. São Paulo, Santos Maltese, 1991.
- MOREAU,J. & TRUCHET,D. Droit de la santé publique. 2ª ed. Paris, Dalloz, 1990.
- NO BANCO dos réus. VEJA, 23 (17): 52-9, 1990.
- NORONHA,E.M. Direito penal. 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 1976. v.2.

- PANASCO,W.L. A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- PANNEAU,J. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. Rev. Int. Droit Comp., 42: 525-44, 1990.
- PEREIRA,C.M.S. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- POLANI,P.E. The development of the concepts and practice of patient consent. In: Dunstan,G.R.& Seller,M.J. Consent in medicine: convergence and divergence in tradition. London, King Edward's Hospital Fund for London, 1983. p.57-84.
- PRADEAU,F. Secret médical et santé publique. Paris, Université Rene Descartes, 1986.
- RAMOS, P.L.T. Erro médico. Rev.Tribunais, 625: 415-9, 1987.
- REALE,M. Lições preliminares de Direito. 17ª ed. São Paulo, Saraiva, 1990.
- RODRIGUES,S. Direito civil. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 1982. v.4
- SIEGLER,M. Confidentiality in Medicine: a decrepit concept. N.Engl.J.Med., 307: 1518-21, 1982.
- SILVA,J.A.da Curso de direito constitucional positivo. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991.
- TORRELLI,M. & BADOUIN,R. Les droits de l'homme et les libertés publiques par les textes. Montreal, Presses Universitaires du Quebec, 1972.

- TORRES,L. Direito, moral e deveres do médico.
Rev.Bras.Cirurg., 71: 229-238, 1991.
- VAREILLE,F. Faute dans l'organisation du service. Rev.Droit
Sanit.Soc. 26: 343, 1990.
- VASQUEZ,A.S. Etica. 3ª ed. Rio de Janeiro, Ed.Civilização
Brasileira, 1978.
- VERON,M. La responsabilité pénale. In: Mellenec,L. Traité de
droit médical. Paris, Maloine, 1984.
- VIEIRA,S. & HOSSNE,W.S. Experimentação com seres humanos.
2ª ed. São Paulo, Editora Moderna, 1987.
- WEISS,A.E. Bioethics: dilemmas in modern medicine.
Hillside, Enslow Publishers Inc., 1985.
- ZANETTI,C.I.B. Crise social e ética médica. J.Cons.Fed.Med.
20: 12, 1991.