

Direito Médico e da Saúde

**Maria da Glória Virginio Barbosa
Regina Claudia Virginio Barbosa**
Organizadoras

Coautores

Andressa Pasqualini

Alexandra Moreschi

Daniele Thais de Souza Almeida

Fabson Barbosa Palhano

Fabrcio Reis

Fernanda Layse da Silva Nascimento

Fernanda Borges Keid

Maria da Glória Virginio Barbosa

Milla Bezerra Damasceno

Rafael Gusmão Dias Svizzero

Ronaldo Souza Piber

Rosália Toledo Veiga Ometto

Thalia Ferreira Cirilo

Viviane Dias dos Santos Olímpio

ideia

«Cuidar de temas de Direito e Saúde implica adentrar uma das esferas mais delicadas do Direito. Apontar dilemas e propor soluções neste âmbito exige, a um só tempo, extremo cuidado e bravura. Tratar a fundo sobre temáticas tão arrojadas, como se propôs neste livro, concernentes ao emprego da tecnologia e da inteligência artificial e à incidência do *compliance* no âmbito sanitário, à responsabilidade de profissionais da saúde e à publicidade médica, entre outras notáveis abordagens, é tarefa ainda mais árdua e arrojada, digna, por isso mesmo, dos mais altivos elogios. Cumpre, portanto, registrar os devidos encômios a todos os autores que se propuseram a desvendar muitos dos mais desafiadores problemas que os aludidos temas apresentam.»

Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho

Direito Médico e da Saúde

Maria da Glória Virginio Barbosa

Regina Claudia Virginio Barbosa

Organizadoras

Coautores

Andressa Pasqualini

Alexandra Moreschi

Daniele Thais de Souza Almeida

Fabson Barbosa Palhano

Fabrcio Reis

Fernanda Layse da Silva Nascimento

Fernanda Borges Keid

Maria da Glória Virginio Barbosa

Milla Bezerra Damasceno

Rafael Gusmão Dias Svizzero

Ronaldo Souza Piber

Rosália Toledo Veiga Ometto

Thalia Ferreira Cirilo

Viviane Dias dos Santos Olímpio

Ideia – João Pessoa – 2022

Todos os direitos das organizadoras.
A responsabilidade sobre texto e imagens é do respectivo autor.

Diagramação/Capa: Magno Nicolau
Revisão: Dos respectivos autores

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

D598 Direito médico e da saúde [recurso eletrônico] / Maria da Glória Virginio Barbosa, Regina Cláudia Virginio Barbosa, organizadoras; coautores: Andressa Pasqualini ... [et al.]. Dados eletrônicos. - João Pessoa: Ideia, 2022.
206p.

ISBN 978-65-5608-301-8

Coautores: Andressa Pasqualini, Alexandra Moreschi, Daniela Thais de Souza Almeida, Fabson Barbosa Palhano, Fabrício Reis, Fernanda Layse da Silva Nascimento, Fernanda Borges Keid, Maria da Glória Virginio Barbosa, Milla Bezerra Damasceno, Rafael Gusmão Dias Svizzero, Ronaldo Souza Piber, Rosália Toledo Veiga Ometto, Thalia Ferreira Cirilo, Viviane Dias dos Santos Olímpio.

1. Direito médico. 2. Direito à saúde. 3. Responsabilidade civil médica. I. Barbosa, Maria da Glória Virginio. II. Barbosa, Regina Claudia Virginio.

CDU 34:614.25

Ficha Catalográfica elaborada pela Bibliotecária Gilvandedja Mendes, CRB 15/810



EDITORA

www.ideiaeditora.com.br
contato@ideiaeditora.com.br

Sumário

Apresentação	7
Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho	
Do Ato Ilícito e do Erro no Direito Médico Veterinário	15
Andressa Pasqualini	
O Direito à Saúde como Garantia Constitucional e Materialização dos Direitos Humanos.....	36
Alexandra Moreschi	
Compliance na Saúde: a Solução para uma Gestão Médico-Hospitalar Segura.....	45
Daniele Thais de Souza Almeida	
Visual Law Aplicado aos Documentos Médicos.....	57
Fernanda Layse da Silva Nascimento	
Mediação como Instrumento para a Alocação Consciente de Recursos em Saúde Pública	68
Fernanda Borges Keid	
Responsabilidade Civil do Médico: uma Análise no Âmbito da Pediatria.....	85
Fabson Barbosa Palhano	

A Vulnerabilidade dos Pacientes Raros e Direito à Saúde	96
Fabrício Reis	
A Publicidade Médica e da Saúde à Luz de uma Interpretação Atual sobre o Fenômeno da Digitalização das Profissões e o Uso das Mídias Sociais.....	106
Milla Bezerra Damasceno	
Uso da Inteligência Artificial na Saúde e Repercussões na Responsabilidade Civil	118
Maria da Glória Virginio Barbosa	
A Importância do Letramento em Saúde para o Direito Médico e da Saúde	126
Ronaldo Souza Piber	
A Importância do Direito do Consumidor no Acesso à Saúde...	143
Rafael Gusmão Dias Svizzero	
Estado-Juiz <i>Versus</i> Estado-Regulador: Contrastes entre a Tutela Judicial do Direito à Saúde Suplementar e a Competência Normativa da Agência Reguladora Nacional	158
Thalia Ferreira Cirilo	
Direito do Paciente como Consumidor e como Titular de Dados Pessoais.....	179
Rosália Toledo Veiga Ometto	
Viviane Dias dos Santos Olímpio	

Apresentação

Recebi de Maria da Glória Virginio Barbosa e Regina Claudia Virginio Barbosa organizadoras e coautoras da obra coletiva que o leitor tem em mãos, intitulada “Direito Médico e da Saúde”, a honrosa missão de fazer sua apresentação. A tarefa é, a um só tempo, árdua e prazerosa, em razão da qualidade dos textos que compõem este compêndio. Passo, pois, à difícil missão de formular um texto que esteja minimamente à altura dos inegáveis méritos deste livro.

Em primeiro lugar, cabe louvar a iniciativa das organizadoras e de todos os autores desta obra, não apenas pela iniciativa de produzi-la com brilhantismo, mas sobretudo por se proporem a estabelecer sólidas diretrizes acerca de um dos mais espinhosos ramos jurídicos: o Direito da Saúde. Afinal, neste âmbito colocam-se em pauta temas relativos ao direito à vida e à saúde, à relação entre os profissionais da saúde e seus pacientes, ao acesso à saúde (nomeadamente no âmbito público) e à sua judicialização, entre inúmeros outros, magistralmente abordados ao longo dos capítulos que preenchem a obra.

O texto inaugural, de autoria de Andressa Pasqualini, versa, em um primeiro momento, sobre a conceituação do ato ilícito e a análise de seus elementos configuradores, para que, na sequência, se verifique como se dá o erro na seara das práticas médico-veterinárias. O trabalho ainda se presta a esmiuçar as modalidades de erro – a saber, de diagnóstico, de

tratamento e no tratamento –, apontando-se, enfim, as possíveis consequências oriundas das condutas lesivas praticadas por profissionais da veterinária, nomeadamente a responsabilidade civil pelos danos decorrentes de condutas ilícitas por eles levadas a efeito.

Na sequência, Alexandra Moreschi trata do enquadramento do direito à saúde como garantia constitucional e como instrumento de materialização dos direitos humanos. Com especial acento para o fenômeno da constitucionalização do Direito à Saúde – eis que o texto constitucional cuidou de elevar a saúde ao *status* de direito social-fundamental –, a autora demonstra cuidadosamente como o acesso universal aos cuidados sanitários, sobretudo através do SUS, é um meio de garantir a materialização de alguns dos mais basilares direitos humanos, inclusive nas áreas secundárias e terciárias de atuação.

Daniele Thais de Souza Almeida presta seu contributo com a análise da cultura do *compliance* nas instituições hospitalares do Brasil, especialmente a partir da edição da Lei n. 12.846/2013. A autora demonstra com efetividade que a adoção institucionalizada e generalizada do sistema de *compliance* é capaz de garantir segurança, transparência e economicidade aos serviços de saúde, evitando-se a emergência de condutas irregulares neste âmbito. Em nome da eficiência e da moralidade no uso dos recursos públicos, a cultura do *compliance*, conforme também aponta o texto em apreço, deve ser adotada com especial atenção nas entidades do terceiro setor que prestam serviços públicos de saúde, em favor das quais são repassadas verbas públicas em decorrência de parcerias com o Estado.

O texto de autoria de Fernanda Layse da Silva Nascimento também contribui com os debates em torno das questões de *compliance*, mas em perspectiva distinta: a aplicação do denominado *visual law* aos documentos médicos em geral é um poderoso instrumento de facilitação do acesso à informação, mediante a adoção, nos domínios das relações entre profissionais de saúde e seus pacientes, de recursos de *design* gráfico cada vez mais usuais em sociedade, tais como vídeos, *QR Codes*, infografia e iconografia. Conforme bem aponta a autora, a comunicação facilitada, marcada pela empatia e pela necessidade de facilitar a compreensão por parte do destinatário da mensagem, é uma forma eficaz de dar a devida transparência aos documentos médicos – entre eles os termos de consentimento –, e tudo isso passa por uma necessária reeducação de juristas e de profissionais da saúde quanto ao modo como se comunicam com seus interlocutores.

A mediação como instrumento para a alocação consciente de recursos em saúde pública é o tema tratado a seguir por Fernanda Borges Keid, que conclama, em seu texto, a participação ativa e efetiva de profissionais da saúde e da sociedade em geral em debates amplos sobre o tema. A intensa judicialização no âmbito sanitário acarreta uma evidente sobrecarga de demandas judiciais, sendo a mediação um notável instrumento de democratização dos processos de tomada de decisão sobre as condutas em saúde, o que pode contribuir sobejamente com a prevenção de conflitos, reduzindo-se, pois, o gargalo judicial vigente no Brasil. Esta solução somente se viabiliza, como bem demonstra a autora, por meio de fóruns coletivos de debates acerca de temas sanitários e bioéticos, dos quais devem participar tanto profissionais da saúde como seus pacientes.

O trato da responsabilidade civil médica ganha particulares contornos no texto de Fabson Barbosa Palhano, que cuida da potencial responsabilização de pediatras, não apenas pela eventual prática de condutas lesivas culposas, como também em virtude da ausência de termo de consentimento prestado pelo paciente. Atento ao elevado quantitativo de demandas que têm como réus os profissionais da pediatria, o autor aponta modelos de comportamento preventivo – inclusive em respeito às normas do Código de Ética Médica – que objetivam, a um só tempo, robustecer os cuidados a ter com os pacientes e, por conseguinte, evitar a propositura de ações judiciais.

Em texto plenamente conforme com as perspectivas de humanização do direito à saúde, Fabrício Reis trata da particular vulnerabilidade de pacientes acometidos de enfermidades raras e da necessidade, cada vez mais premente, de se instituir centros especializados que primem pela qualificação de profissionais habilitados ao tratamento adequado e eficaz dos enfermos. Afinal, como bem salienta o autor, somente se pode falar em dignidade, cidadania e acesso verdadeiramente universal à saúde se os devidos tratamentos e cuidados sanitários estiverem dispostos em proveito de todos os indivíduos, com especial atenção àqueles que, em virtude de circunstâncias de especial vulnerabilidade, demandem atendimento específico.

Os avanços tecnológicos propiciaram, dentre inúmeras outras consequências, o fenômeno da digitalização das profissões. Milla Bezerra Damasceno trata, em especial, dos crescentes dilemas éticos e jurídicos da publicidade médica nas mídias sociais, verificados mormente a partir da pandemia da Covid-19. O modelo de conduta que se exige dos profissionais da saúde há de ser pautado por uma lógica de

eticidade que supera aquela que se impõe à comunidade em geral; tal não pode implicar, todavia, um alijamento destes profissionais do ambiente das redes virtuais. A autora propõe, em seu estudo, reflexões sobre o modo de viabilizar a publicidade médica e sanitária no âmbito da internet, sem que tal acarrete a infração a ditames éticos e normativos que disciplinam a matéria, o que pode ocasionar, em última instância, a instauração de procedimentos disciplinares e a propositura de ações judiciais que podem colocar em xeque a atuação dos profissionais da saúde.

Os problemas concernentes à responsabilidade civil decorrente do emprego da inteligência artificial no meio sanitário são o objeto de análise do texto de Maria da Glória Virginio Barbosa. Nas circunstâncias em que os danos causados a pacientes forem decorrentes do uso de equipamentos inteligentes, a quem caberia a correspondente responsabilidade? Valendo-se de robustos e extremamente atuais argumentos, a autora demonstra que a insuficiência de regras jurídicas que cuidem da matéria (eis que, até o momento, há apenas projetos de lei que tendam a regulamentar o emprego da inteligência artificial no Brasil) não apenas prejudica a sua discussão do ponto de vista teórico, como pode colocar em risco a garantia da reparação integral dos danos sofridos pelas vítimas, o que demonstra que a simples adaptação dos diplomas legais vigentes à nova era tecnológica não é capaz de fazer frente aos desafios da incidência da inteligência artificial nos mais variados meios, especial e nomeadamente no âmbito médico.

A relevância do Letramento em Saúde (LS) nos domínios do Direito Médico e da Saúde é o tema que toca a Ronaldo Souza Piber. O LS implica, no caso, a capacidade cognitiva de compreender, interpretar e aplicar informações

escritas ou orais sobre saúde, questão que se revela crucial para permitir a cada paciente em concreto que compreenda a natureza e gravidade das intervenções médicas que lhe sejam propostas. O baixo nível de letramento de uma parcela considerável da população impede que se afirme que o consentimento eventualmente prestado pelos pacientes seja verdadeiramente esclarecido. Assim, o emprego de linguagem facilitada e acessível aos pacientes se torna um instrumento fundamental para permitir-lhes uma tomada de decisão efetivamente consciente.

Em seguida, Rafael Gusmão Dias Svizzero ressalta a relevância das instituições e dos órgãos reguladores para facultar aos cidadãos o devido acesso à saúde, o que porventura pode ser alcançado, inclusive, por meio da judicialização. Em seu texto, o autor destaca a importância da aplicação das regras e princípios do Direito do Consumidor e também a atuação mediadora do PROCON como instrumentos de promoção e proteção do direito à saúde dos indivíduos. Muito embora seja de se destacar a atuação do aludido órgão no âmbito da saúde e de forma preventiva e conciliatória, é inevitável, ao menos nos dias que correm, que se dê o fenômeno da judicialização; apesar dela, nem mesmo a atuação maciça do Poder Judiciário no âmbito sanitário tem sido capaz de refrear eventuais abusos por parte de entidades prestadoras de serviços de saúde, em virtude da ineficiência da máquina judicial e da imposição de multas e condenações insuficientes para dissuadir práticas lesivas aos consumidores/pacientes.

Outra temática de relevo é suscitada por Thalia Ferreira Cirilo, que aponta a acentuada divergência existente entre as posições do Estado-Juiz (inclusive entre decisões do

Superior Tribuna de Justiça) e do Estado-Regulador quanto à natureza do Rol de Procedimentos e Eventos da ANS e, ainda, o modo como referida disparidade agrava a sensação de insegurança jurídica, ao atentar contra a previsibilidade das decisões judiciais. A autora demonstra, muito particularmente, que o debate em torno do aludido rol – interpretado pelo STJ como sendo meramente exemplificativo, e não taxativo – revela a disparidade de entendimentos entre a jurisprudência que se forma nos tribunais superiores e a ANS, entidade legalmente detentora da competência normativa relacionada à temática em apreço. Insegurança jurídica daí resultante é prejudicial aos próprios interesses das partes envolvidas nas relações de ordem sanitária, inclusive e sobretudo os pacientes.

Finalmente, Rosália Toledo Veiga Ometto e Viviane Olímpio destacam em seu texto a importância do papel da educação e conscientização social, de modo a permitir à população como um todo uma melhor compreensão de seus direitos, nomeadamente a titularidade de dados pessoais no âmbito sanitário, e a prevenir a ocorrência de danos e a propositura das respectivas ações judiciais que visem a repará-los. As autoras sugerem que a melhora na comunicação entre médicos e pacientes e a transparência quanto aos direitos e deveres de cada parte entre operadoras de planos de saúde e usuários, para além da produção de conteúdos educativos em proveito da população em geral, são vigorosos instrumentos de conscientização e de prevenção de danos e do ajuizamento de demandas judiciais.

Cuidar de temas de Direito e Saúde implica adentrar uma das esferas mais delicadas do Direito. Apontar dilemas e propor soluções neste âmbito exige, a um só tempo, extremo

cuidado e bravura. Tratar a fundo sobre temáticas tão arrojadas, como se propôs neste livro, concernentes ao emprego da tecnologia e da inteligência artificial e à incidência do *compliance* no âmbito sanitário, à responsabilidade de profissionais da saúde e à publicidade médica, entre outras notáveis abordagens, é tarefa ainda mais árdua e arrojada, digna, por isso mesmo, dos mais altivos elogios. Cumpre, portanto, registrar os devidos encômios a todos os autores que se propuseram a desvendar muitos dos mais desafiadores problemas que os aludidos temas apresentam.

Com muito orgulho, enfim, apresento esta obra, que certamente servirá de valiosa fonte de informação aos que forem agraciados com sua leitura. Que fiquem registradas estas breves notas como manifestação de preito ao trabalho desenvolvido e de inestimável apreço por seus autores e, em especial, por suas mentoras.

João Pessoa/PB, junho de 2022.

Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho
Professor da Universidade Federal da Paraíba
Pós-doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra
Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa
Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais
Membro fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) e do Instituto de Direito Civil-Constitucional (IDCC)

Do Ato Ilícito e do Erro no Direito Médico Veterinário

Andressa Pasqualini¹

1. INTRODUÇÃO

Instituto intrínseco à responsabilidade civil, sendo entendido como o seu fato gerador, é extremamente importante entender o que significa ato ilícito até como forma de se viabilizar uma eventual condenação ou até mesmo saber como, quando e onde defender o profissional.

O ato ilícito deve, necessariamente, fundamentar-se em dois componentes, quais sejam, a violação de um direito e a consequência danosa. Essa base binária é imprescindível para a caracterização do ato como realmente ilícito, pois, do contrário, apenas ter-se ia um ato civilmente lícito².

¹ Advogada, pós-graduada em Direito Médico e Hospitalar pela EPD, especialista em Direito da Medicina pela Universidade de Coimbra, mestrando em Healthcare Management e atual responsável pela Assessoria Jurídica do CRMV/DF.

² FARIA, Thiago. *Direito Civil III: responsabilidade civil*. Coleção Saberes do Direito; v.17. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: < <https://books.google.com.br/books?id=74RnDwAAQBAJ&pg=PT38&dq=responsabilidade+civil+objetiva+e+subjativa&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewiC7bSpm5PrAhVvEbkGHfJ7BpsQ6AEwBnoECAgQAg#v=onepage&q=responsabilidade%20civil%20objetiva%20e%20subjativa&f=false> >. Acessado em 11 de ago. de 2020

Destarte, para a existência de um ato ilícito, é essencial a antijuricidade, e para que esse ato ilícito seja capaz de gerar uma responsabilização civil especificamente ao Médico Veterinário (assim como para outros profissionais liberais), é imprescindível a presença da culpa, além dos demais pressupostos, quais sejam, o dano e onexo causal.

Nesse sentido, quando diante o ajuizamento da ação competente, que busque a responsabilização do Médico Veterinário, caberá ao Autor, comprovar não apenas o cometimento de um ato ilícito, como também que essa conduta humana tenha se dado com culpa, ou seja, por meio de ações ou omissões imperitas, negligentes e imprudentes. Não obstante é primordial comprovar, ainda, que o ato ilícito em questão se liga ao dano por meio do nexocausal.

Se, condutas imperitas, negligentes e imprudentes são o indício da incidência da culpa na atuação e também caracterizam o dano, o que se pode entender por este último requisito? Qual a importância dele na figura da responsabilidade civil?

Ao se buscar o significado da palavra no dicionário³ tem-se que “erro” é o mesmo que uma ação inadequada, resultante de um juízo falso; um desvio de uma regra de conduta estabelecida; uma crença ou um juízo em desacordo com os fatos; um engano; um equívoco.

³ MICHAELIS. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=erro>>. Acessado em 24 de ago. de 2020.

Nessa mesma linha, são sinônimos⁴ de “erro”, portanto, as seguintes palavras: incorreção, inexatidão, imperfeição, inadvertência, defeito, descuido, deslize, falha, falta...

Destarte, o ser humano, como animal imperfeito que é, comete escorregadelas que, muitas das vezes, têm o condão de causar prejuízos e, nesse sentido, sob o viés jurídico, pode-se dizer que o erro, *lato sensu*, é o ato ilícito capaz de causar danos a terceiros, lembrando-se de ser imprescindível a presença do nexo causal.

Portanto, percebe-se que o erro médico-veterinário é uma das formas de o dano se concretizar que, por sua vez, é elemento essencial da responsabilidade civil.

Assim, entender que a culpa implica em conduta imperita, imprudente e/ou negligente que, por sua vez, são formas de atuações danosas e, portanto, ocasionam os erros médico-veterinários é de suma importância.

2. Do Ato Ilícito

Inicie-se destacando que o elemento crucial na caracterização de um ato ilícito é a sua antijuricidade. Quer dizer, em sendo um ato civilmente lícito, não há que se falar em responsabilidade civil visto que não interessa ao mundo jurídico, não impacta negativamente e/ou não viola um direito.

Como, então, pode-se conceituar um ato ilícito? Toda e qualquer manifestação humana, omissiva ou comissiva, que

⁴ SINÔNIMOS. *Dicionário de Sinônimos Online*. Disponível em: <<https://www.sinonimos.com.br/erro/>>. Acessado em 24 de ago. de 2020.

seja contrária ao direito e, portanto, tenha o condão de lesar outrem é entendido como ato ilícito civil.

Destarte, o ato ilícito é a própria conduta humana voluntária e lesiva, que, por sua vez, é o ponto de partida da responsabilidade civil tanto na sua forma objetiva quanto subjetiva.

Importante destacar que, apenas quando há o dever de agir, é possível caracterizar a conduta negativa (omissiva) como componente do ato ilícito. Isso porque, se o suposto agente ofensor não era obrigado por lei a agir de determinada maneira, ao permanecer inerte não estará violando direito algum, o que significa dizer que o seu ato, por não ter a composição binária (direito maculado + resultado danoso) não será ilícito.

Nesse sentido, Thiago Faria ensina que:

“Como ato jurídico que é, o ato ilícito decorre de uma atuação humana movida por uma vontade. Pode ser uma conduta comissiva (por ação) ou omissiva (por omissão). Note que a omissão também pode resultar no ato ilícito civil, mas isso só ocorrerá quando o agente tinha o dever de agir e quedou-se inerte. Indo mais além, só há o ato ilícito civil se o resultado da conduta for um dano, que não precisa necessariamente ser material, pois, nos termos da lei, pode ser um dano ainda que exclusivamente moral.”⁵

⁵ FARIA, Thiago. *Direito Civil III: responsabilidade civil*. Coleção Saberes do Direito; v.17. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=74RnDwAAQBAJ&pg=PT38&dq=responsabilidade+civil+objetiva+e+subjetiva&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewiC7bSpm5PrAhVvYebkGHfJ7BpsQ6AEwBnoECAgQAg#v=onepage&q=responsabilidade%20civil%20objetiva%20e%20subjetiva&f=false>>. Acessado em 11 de ago. de 2020

Podem haver a ocorrência de um ato ilícito em diversas esferas do Direito, como, por exemplo, a penal, a administrativa, a tributária, a trabalhista, etc., observando-se que, em todas haverá um ponto em comum, qual seja, a antijuricidade⁶. Porém, em razão do tema, ater-se-á à esfera cível.

Do até aqui exposto, é possível perceber que há diferença entre ato, ato ilícito e ato ilícito indenizável (passível da aplicação da responsabilidade civil), restando a dúvida: como saber se o ato ilícito tem o condão de responsabilizar civilmente o agente ofensor?

Para tanto é necessária a coexistência de seus pressupostos, pois nem a manifestação que apenas viole um direito, mas não cause danos, nem aquela que cause danos, mas não infrinja a lei, são capazes de fazer com que a vítima seja indenizada por não estarem presentes todos os elementos caracterizadores do ato ilícito civil indenizável.

Para esclarecer melhor essa ideia, Thiago Faria nos apresenta os seguintes exemplos:

“Em primeiro lugar, podemos ter a causação de um dano sem violação de um direito. Imagine uma licitação em que um dos licitantes legitimamente vence o certame. Ele causou dano aos demais concorrentes, pois estes perderão dinheiro por não terem vencido a disputa e, conseqüentemente, terem perdido o negócio com o Poder Público. No entanto, não se

⁶ FIUZA, Cesar. *Direito Civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Disponível em:

<[https://books.google.com.br/books?id=rTXGZ3iRPscC&pg=PA716&dq=ato+il%C3%ADcito&hl=pt-](https://books.google.com.br/books?id=rTXGZ3iRPscC&pg=PA716&dq=ato+il%C3%ADcito&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewi0n8u18JPrAhXIGbkGHZlqD9AQ6AEwAHoECAEQAg#v=onepage&q=ato%20il%C3%ADcito&f=false)

[BR&sa=X&ved=2ahUKewi0n8u18JPrAhXIGbkGHZlqD9AQ6AEwAHoECAEQAg#v=onepage&q=ato%20il%C3%ADcito&f=false](https://books.google.com.br/books?id=rTXGZ3iRPscC&pg=PA716&dq=ato+il%C3%ADcito&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewi0n8u18JPrAhXIGbkGHZlqD9AQ6AEwAHoECAEQAg#v=onepage&q=ato%20il%C3%ADcito&f=false)>. Acessado em 11 de ago. de 2020.

configura qualquer ato ilícito civil, em razão de inexistir qualquer violação de um direito deles.

Em sentido inverso, podemos ter a violação de um direito sem que isso cause qualquer dano a alguém. Imagine um motorista que comete diversas infrações de trânsito, mas não atropela nenhum pedestre tampouco colide com qualquer veículo. Não se configura ato ilícito civil também nesse caso, razão pela qual não se pode imputar qualquer responsabilidade civil ao seu agente.”⁷

Tendo compreendido as nuances do ato ilícito, é importante saber como essa figura jurídica se encontra no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Nos termos o Código Civil de 2002, o ato ilícito é tipificado nos seguintes artigos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito⁸.

Dissecando esse artigo é possível chegar ao conceito de “ato ilícito”, abordado anteriormente, visto que impõe como condição para o cometimento de ato ilícito uma ação ou omissão capaz de violar um direito alheio e causar dano.

⁷ FARIA, Thiago. *Direito Civil III: responsabilidade civil*. Coleção Saberes do Direito; v.17. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=74RnDwAAQBAJ&pg=PT38&dq=responsabilidade+civil+objetiva+e+subjativa&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewiC7bSpm5PrAhVvYebkGHfJ7BpsQ6AEwBnoECAgQAg#v=onepage&q=responsabilidade%20civil%20objetiva%20e%20subjativa&f=false>>. Acessado em 11 de ago. de 2020

⁸ BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acessado em 16/05/2022.

Importante ter em mente, ainda, que o ato ilícito também pode ser decorrente do exercício que extrapola os limites de um direito legalmente previsto, ou seja, o agente ofensor abusa de um direito e, conseqüentemente, viola o direito de outrem e tem o potencial de causar danos.

É exatamente isso que determina o próximo artigo do Código Civil. Veja-se:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes⁹.

O abuso de direito pode ser transcrito como “o seu direito vai até onde o meu começa”, ou seja, é preciso saber os limites para evitar ultrapassá-los e, assim, evitar o cometimento de um ato ilícito.

Isso porque, contrariamente ao ato ilícito oriundo de uma conduta antijurídica, o ato ilícito que nasce do abuso de direito independe da apuração de culpa.¹⁰

Assim, quando o Médico Veterinário age por oportunismo, desrespeitando ou até mesmo ignorando a vontade do paciente (leia-se “autorização do Tutor”), terá manifestamente excedido os limites da sua atuação, podendo ser responsabilizado.

Por exemplo, o Médico Veterinário que aproveita que o animal já está desacordado (pois foi anestesiado para

⁹ BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acessado em 16/05/2022.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*, 13 ed. São Paulo: Atlas, 2015. vol. 1, p. 587.

realização de, por exemplo, castração) e resolve fazer remoção do tártaro, sem ter consultado o Tutor, sem ter obtido a autorização e prestado os esclarecimentos necessários através do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, comete abuso de direito e, conseqüente, pratica um ato ilícito.

Portanto, cabe ao Médico Veterinário agir dentro dos limites da sua atividade, isto é, respeitando os preceitos éticos e, inclusive, sua capacidade técnica e conhecimentos médicos.

O Código Civil ainda aborda o “ato ilícito” em mais dois artigos, sendo eles¹¹:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Art. 927. Aquele que, **por ato ilícito** (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (Grifos nossos).

Como é possível perceber dos cotejos acima, a responsabilização em razão de cometimento de ato ilícito não se dá de forma automática, é necessário que a vítima busque amparo no Judiciário. Frise-se a importância de o ajuizamento de eventual ação, que reclame pela responsabilização do Profissional e por eventuais indenizações, deve respeitar o prazo máximo disposto em lei.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acessado em 16/05/2022.

Em situações envolvendo serviços de Médicos Veterinários, o prazo pelo Código Civil para processar é de três anos. Veja-se¹²:

Art. 206. Prescreve:

[...]

§ 3º Em três anos:

[...]

V - a pretensão de reparação civil;

Porém, segundo o Código de Defesa do Consumidor, esse prazo é de cinco anos, sendo esse o prazo mais aplicado. Observe-se¹³:

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Quando se diz “danos causados por fato do produto ou do serviço”, significa que houve um acidente de consumo que além de atingir a esfera econômica, lesiona, também, a incolumidade física ou psíquica do consumidor.¹⁴ Por

¹² BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acessado em 16/05/2022

¹³ BRASIL. *Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acessado em 19 de maio de 2022.

¹⁴ TJDF. *Fato do Produto e do Serviço*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/responsabilidade-civil-no-cdc/fato-do-produto-e-do-servico>>. Acessado em 25 de agosto de 2020.

exemplo, em uma cirurgia o bisturi elétrico utilizado pelo Médico Veterinário causou queimaduras no animal.

Por fim, imprescindível destacar que o Código de Defesa do Consumidor expressamente determina que a responsabilidade dos Profissionais Liberais, incluindo, portanto, o Médico Veterinário, será a subjetiva, ou seja, dependerá da apuração da culpa. Vejamos:

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

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (Grifos nossos).

3. Do Erro Médico-Veterinário

Especificamente sobre Erro Médico, Genival Veloso França¹⁵ afirma que:

“(...) o erro médico, no âmbito da responsabilidade civil, pode ser de ordem pessoal ou estrutural. Será pessoal quando o ato lesivo se der na ação ou na omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais que se referem às condições físicas ou emocionais do profissional. Já as falhas estruturais, se referem quando os meios e as condições de trabalho foram insuficientes ou ineficazes para a obtenção de uma resposta satisfatória.”

¹⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 6ª ed., São Paulo: Fundação BYK, 1994. P.242.

Frise-se que o conceito aplicado à Medicina Humana por ser o mesmo na Medicina Veterinária, tendo em vista a possibilidade de analogias.

Destarte, corroborando o entendimento do cotejo acima, Erro Médico (Veterinário) pode ser conceituado como uma falha na prestação de serviço, causando danos ao paciente através de ações ou omissões imprudentes, imperitas ou negligentes e desde que haja o nexo causal comprovado entre a falha e o mau resultado.¹⁶

Ademais, imprescindível, para a caracterização efetiva da ocorrência de um Erro Médico (Veterinário), que o evento danoso não tenha se dado em razão de acidente ou complicação, entendidas, respectivamente, como situação não esperada, porém previsível (caso fortuito ou força maior) e como o surgimento de uma comorbidade até então inexistente.¹⁷

“Importante é não confundir “erro médico” com “insucesso”. Se erro médico é o advento de um mau resultado para o paciente, por conta de um ato médico, deve-se entender que o insucesso é um mau resultado advindo para o paciente por conta de sua resposta orgânica.”¹⁸

¹⁶ MORAES, Iray Novah. *Erro Médico e a Lei*. 4ª ed. São Paulo: Lejus, 1998. P 37.

¹⁷ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). *Direito e Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=izzd31Z7GWYC&pg=PA194&dq=erro+m%C3%A9dico&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewiehpfswbTrAhWzGLkGHVRWATEQ6AEwAnoECAQQAg#v=onepage&q=erro%20m%C3%A9dico&f=false>>. Acessado em 24 de ago. de 2020.

¹⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada*. Curitiba: Juruá, 2008.

Portanto, são vários os requisitos necessários para que a conduta do Médico Veterinário possa ser interpretada como “erro médico”.

Neste ponto, importante destacar que o erro médico se subdivide em três categorias, conforme se expõe a seguir.

O primeiro e mais conhecido deles é o Erro de Diagnóstico¹⁹, que é aquele que destoa da realidade enfrentada pelo paciente. Por exemplo, entendeu que os sintomas eram típicos de piometra quando na verdade eram dores de distensão muscular.

Claro que nem sempre é possível determinar a origem do problema apresentado pelo paciente em um primeiro momento, sendo necessário trabalhar com uma hipótese de diagnóstico até que resultados de exames complementares confirmem ou alterem a hipótese. Porém, cabe ao Médico Veterinário se certificar e eliminar ao máximo as dúvidas para chegar a uma conclusão.

“Agindo assim, evita-se um erro grosseiro de diagnóstico que, provavelmente, será difícil de ser apreciado. Nesse caso falta conhecimento técnico ao médico, o que poderá trazer a seu paciente graves consequências. O médico responderá por imprudência, pois o erro se caracteriza por insistir em conduta errada, não obtendo resultado de melhora ou cura.”²⁰

¹⁹ FERNANDES, Caio Guimarães. *Erro Médico: cinco tópicos que todos devem saber*. Disponível em:

<[²⁰ CORDEIRO, Elza Bernardes. *O Erro Médico e suas Consequências Jurídicas: uma abordagem sob a perspectiva defensiva do médico*. São Paulo: Biblioteca](https://caiogf.jusbrasil.com.br/artigos/608214961/erro-medico-cinco-topicos-que-todos-devem-saber#:~:text=Existem%20tr%C3%AAs%20tipos%20de%20erros,destoa%20da%20realidade%20do%20paciente.>”. Acessado em 25 de ago. de 2020.</p></div><div data-bbox=)

Há também o chamado Erro de Tratamento²¹, que se consubstancia no tratamento ineficaz; que não traz benefícios nem melhoras aparentes; que apesar de ter sido executado de forma correta, não era o indicado para aquele diagnóstico. Por exemplo, indicou-se chá de berinjela para tratar hemorroida. Apesar de o Tutor ter administrado corretamente o medicamento, não houve melhora.

Nessa seara há a hipótese de o Erro de Tratamento se dar em razão de Erro de Diagnóstico em exames laboratoriais e radiológicos. Nesse caso, não há que se falar em responsabilização do Médico Veterinário ou em dever de indenizar por parte desse profissional, tendo em vista se tratar de um dos tipos de Excludentes de Ilicitude, qual seja, a chamada culpa exclusiva de terceiro.

“Por derradeiro, haverá responsabilidade do médico se durante o tratamento se mostrar insustentável o parecer laboratorial ou radiológico em razão da evolução negativa do estado mórbido do paciente e, ainda assim, o profissional insistir em aceitar os resultados originários sem qualquer espécie de questionamento quanto à possibilidade de

24 Horas, 2011. Disponível em: <
<https://books.google.com.br/books?id=uksuAzarKtoC&pg=PA57&dq=tipos+de+erro+m%C3%A9dico&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewj7ytHaj7frAhX2ILkGHZVRAQIQ6AEwBHoECAMQAg#v=onepage&q&f=false>>. Acessado em 25 de ago. de 2020.

²¹ FERNANDES, Caio Guimarães. *Erro Médico: cinco tópicos que todos devem saber*. Disponível em:
<<https://caiogf.jusbrasil.com.br/artigos/608214961/erro-medico-cinco-topicos-que-todos-devem-saber#:~:text=Existem%20tr%C3%AAs%20tipos%20de%20erros,destoa%20da%20realidade%20do%20paciente.>>>. Acessado em 25 de ago. de 2020.

equivoco, ao invés de prescrever novos exames e buscar novos resultados.”²²

Por fim, existe o Erro no Procedimento, ou seja, aquele executado de forma inadequada; que, apesar de ser o procedimento indicado, a sua realização foi errônea ou danosa. Por exemplo, prescreveu-se remédio anti-inflamatório para tratar dor muscular, porém errou na dosagem²³.

Esses erros (de diagnóstico, de tratamento e no procedimento) se materializam através de condutas negligentes, imprudentes ou imperitas, apresentando como resultado danos ou prejuízos a outrem.

Importante frisar, nesse ponto, que além de concretizarem o erro da atuação do Médico Veterinário, a negligência, a imprudência e a imperícia configurarão a culpa do profissional.

“A culpa irá exteriorizar-se em uma imprudência, em uma negligência ou em uma imperícia. Estas três figuras não são “a culpa”, nem parte dela. Elas são formas nas quais a culpa

²² NIGRE, André. *O Atuar Médico: direitos e obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Rubio, 2008. Disponível em: <

<https://books.google.com.br/books?id=U8TNAwAAQBAJ&pg=PA19&dq=erro+de+tratamento+m%C3%A9dico&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewiStKj0l7frAhUVJ7kGHRsODOYQ6AEwChOECAYQAg#v=onepage&q=erro%20de%20tratamento%20m%C3%A9dico&f=false>.

Acessado em 25 de ago. de 2020.

²³ MEDEIROS, Fernando. *Um Mar de Possibilidades: a medicina no passado, presente e futuro*. São Paulo: Biblioteca 24 Horas, 2010. Disponível em: <

<https://books.google.com.br/books?id=AXJeUFD8l0kC&pg=PA205&dq=tipos+de+erro+m%C3%A9dico&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewju57fRj7frAhUzIbkGHUUTDF8Q6AEwAHoECAAAQAg#v=onepage&q&f=false> >. Acessado em 25 de ago. de 2020.

pode aparecer. [...] Como se diz: acidentes acontecem porque se foi imprudente, negligente ou imperito”²⁴

Em outras palavras, para que haja eventual responsabilização do Médico Veterinário combinada com o dever de indenizar, é imprescindível demonstrar a culpa, ou seja, que houve imprudência, imperícia e/ou negligência e, portanto, que se sofreu com algum prejuízo decorrente do erro médico-veterinário.

Por isso é extremamente necessário saber diferenciar e identificar cada uma dessas espécies. Veja-se:

Do latim *negligentia*, a culpa por negligência pode ser traduzida como desatenção, falta de diligência, falta de precaução, descuido na atuação do Médico Veterinário.²⁵

“Caracteriza-se pela parcial ou completa omissão, ou pela não observação do dever de agir que competia ao agente em razão das precauções aconselháveis pela prudência e tidas

²⁴ DIAS, 1995. APUD Iuri Bolesina. *Responsabilidade Civil*. Erechim: Deviant, 2019. Disponível em:

<https://books.google.com.br/books?id=ScynDwAAQBAJ&pg=PA155&dq=imper%C3%ADcia+imprud%C3%Aancia+neglig%C3%Aancia&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewi224D58LjrAhX_G7kGHSvvBQ8Q6AEwA3oECAMQA#g#v=snippet&q=refer%C3%Aancias&f=false>. Acessado em 26 de ago. de 2020.

²⁵ NIGRE, André. *O Atuar Médico: direitos e obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Rubio, 2008. Disponível em: <

<https://books.google.com.br/books?id=U8TNAwAAQBAJ&pg=PA19&dq=erro+de+tratamento+m%C3%A9dico&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewiStKj0l7frAhUVJ7kGHRsODOYQ6AEwChOECAYQAg#v=onepage&q=erro%20de%20tratamento%20m%C3%A9dico&f=false>>. Acessado em 26 de ago. de 2020.

como estritamente necessárias para se evitar qualquer espécie de dano à saúde psicofísica do paciente.”²⁶

Como exemplo de negligência podemos citar o esquecimento de uma gaze no corpo do animal durante um procedimento cirúrgico ou a falta de solicitação de exames complementares que sejam imprescindíveis à constatação da enfermidade.

Já a imperícia pode ser traduzida como a não observância de regra ou conhecimento técnicos que o agente, para realizar aquela prática, deveria dominar.²⁷ Em outras palavras, age com imperícia, o Médico Veterinário que atua sem habilidade nem experiência.²⁸

²⁶ NIGRE, André. *O Atuar Médico: direitos e obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Rubio, 2008. Disponível em: <

<https://books.google.com.br/books?id=U8TNAwAAQBAJ&pg=PA19&dq=erro+de+tratamento+m%C3%A9dico&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewiStKj0l7frAhUVJ7kGHRsODOYQ6AEwChOECAYQAg#v=onepage&q=erro%20de%20tratamento%20m%C3%A9dico&f=false>.

Acessado em 26 de ago. de 2020.

²⁷ FIUZA, Cesar. *Direito Civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Disponível em:

<<https://books.google.com.br/books?id=rTXGZ3iRPscC&pg=PA716&dq=ato+il%C3%ADcito&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewi0n8u18JPrAhXIGbkGHZlqD9AQ6AEwAHoECAEQAg#v=onepage&q=ato%20il%C3%ADcito&f=false>>. Acessado em 26 de ago. de 2020.

²⁸ NIGRE, André. *O Atuar Médico: direitos e obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Rubio, 2008. Disponível em: <

<https://books.google.com.br/books?id=U8TNAwAAQBAJ&pg=PA19&dq=erro+de+tratamento+m%C3%A9dico&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewiStKj0l7frAhUVJ7kGHRsODOYQ6AEwChOECAYQAg#v=onepage&q=erro%20de%20tratamento%20m%C3%A9dico&f=false>>.

Acessado em 26 de ago. de 2020.

“A imperícia pode ser exemplificada no caso de um experiente e reconhecido neurocirurgião, cujo conhecimento tecnocientífico de sua área é notório e conhecido por toda a sociedade médica, aventurar-se por soberba a realizar uma cirurgia plástica reparadora para a qual não está qualificado e tampouco possui conhecimento.”²⁹

Por fim, a imprudência se consubstancia na atuação irresponsável, que não mede as consequências, colocando o paciente em risco excessivo e desnecessário.³⁰

“Caracteriza-se o médico imprudente quando o mesmo, apesar de ter consciência dos riscos e ser conhecedor da ciência que pratica, opta por agir precipitadamente e, por consequência, causa dano ao seu paciente.”³¹

²⁹ NIGRE, André. *O Atuar Médico: direitos e obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Rubio, 2008. Disponível em: <
<https://books.google.com.br/books?id=U8TNAwAAQBAJ&pg=PA19&dq=erro+de+tratamento+m%C3%A9dico&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewiStKj0l7frAhUVJ7kGHRsODOYQ6AEwCHoECAyQAg#v=onepage&q=erro%20de%20tratamento%20m%C3%A9dico&f=false>>. Acessado em 26 de ago. de 2020.

³⁰ FIUZA, Cesar. *Direito Civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Disponível em:
<<https://books.google.com.br/books?id=rTXGZ3iRPscC&pg=PA716&dq=ato+il%C3%ADcito&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewi0n8u18JPrAhXIGbkGHZlqD9AQ6AEwAHoECAEQAg#v=onepage&q=ato%20il%C3%ADcito&f=false>>. Acessado em 26 de ago. de 2020.

³¹ FIUZA, Cesar. *Direito Civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Disponível em:
<<https://books.google.com.br/books?id=rTXGZ3iRPscC&pg=PA716&dq=ato+il%C3%ADcito&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewi0n8u18JPrAhXIGbkGHZlqD9AQ6AEwAHoECAEQAg#v=onepage&q=ato%20il%C3%ADcito&f=false>>. Acessado em 26 de ago. de 2020.

Portanto, é imprudente o Médico Veterinário que, impensadamente e sabendo dos riscos, opta por realizar uma cirurgia sem a presença da equipe mínima necessária ou mesmo quando dá alta prematuramente.³²

4. Conclusões

Pelo até estudado foi possível perceber que para que haja uma efetiva condenação de um Médico Veterinário em decorrência da prática de um ato ilícito, isto é, para que o profissional seja realmente responsabilizado civilmente por suas condutas é necessária a presença mútua de seus pressupostos quais sejam:

- Conduta Humana antijurídica (seja ela originariamente ilícita ou oriunda de um abuso de direito);
- Culpa (negligência, imprudência e/ou imperícia);
- Dano (uma efetiva lesão, quando na sua forma positiva, ou lucros cessantes, quando na sua forma negativa);
- Nexo Causal

Ademais, também foi possível compreender que a peça chave, tanto no apontamento de tal culpa quanto na

³² CREMESP. *Manual de Ética em Ginecologia e Obstetrícia*. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=52#:~:text=Exemplo%20de%20imprud%C3%AAncia%20seria%20o,de%20conhecimentos%20t%C3%A9cnicos%20da%20profiss%C3%A3o.>>. Acessado em 26 de ago. de 2020.

comprovação da ocorrência de um dano, são as condutas imprudentes, imperitas ou negligentes, que na prática, se darão por meio dos tipos de erros conhecidos por Erro de Diagnóstico, Erro de Tratamento e Erro no tratamento.

Restou claro, portanto, a similitude entre condenações de Médicos de “Humanos” e de Médicos Veterinários, sendo de suma importância saber apontar e comprovar a presença de uma conduta humana antijurídica (ou seja, um ato ilícito) que se ligue (nexo causal) a um dano (erro médico essencialmente falando) com culpa (negligência, imprudência e/ou imperícia), sob pena de não se lograr êxito em uma eventual condenação por responsabilidade civil.

Referências

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>

CORDEIRO, Elza Bernardes. **O Erro Médico e suas Consequências Jurídicas: uma abordagem sob a perspectiva defensiva do médico**. São Paulo: Biblioteca 24 Horas, 2011. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=uksuAzarKtoC&pg=PA57&dq=tipos+de+erro+m%C3%A9dico&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwj7ytHaj7frAhX2ILkGHZVRAqIQ6AEwBH0ECAMQAg#v=onepage&q&f=false>>.

CREMESP. **Manual de Ética em Ginecologia e Obstetrícia**. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=52#:~:text=Exemplo%20de%20imprud%C3%AA>

ncia%20seria%20o,de%20conhecimentos%20t%C3%A9cnicos%20da%20profiss%C3%A3o. >.

DIAS, 1995. APUD Iuri Bolesina. **Responsabilidade Civil**. Erechim:

Deviant, 2019. Disponível em:

<<https://books.google.com.br/books?id=ScynDwAAQBAJ&pg=PA155&dq=imper%C3%ADcia+imprud%C3%Aancia+neglig%C3%Aancia&hl=pt->

[BR&sa=X&ved=2ahUKEwi224D58LjrAhX_G7kGHSvvBQ8Q6AEwA3oECAMQAg#v=snippet&q=refer%C3%Aancias&f=false](https://books.google.com.br/books?id=ScynDwAAQBAJ&pg=PA155&dq=imper%C3%ADcia+imprud%C3%Aancia+neglig%C3%Aancia&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwi224D58LjrAhX_G7kGHSvvBQ8Q6AEwA3oECAMQAg#v=snippet&q=refer%C3%Aancias&f=false)>.

FARIA, Thiago. **Direito Civil III: responsabilidade civil**. Coleção

Saberes do Direito; v.17. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <

<https://books.google.com.br/books?id=74RnDwAAQBAJ&pg=PT38&dq=responsabilidade+civil+objetiva+e+subjativa&hl=pt->

[BR&sa=X&ved=2ahUKEwiC7bSpm5PrAhVyEbkgGHfJ7BpsQ6AEwBnoECAGQAg#v=onepage&q=responsabilidade%20civil%20objetiva%20e%20subjativa&f=false](https://books.google.com.br/books?id=74RnDwAAQBAJ&pg=PT38&dq=responsabilidade+civil+objetiva+e+subjativa&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiC7bSpm5PrAhVyEbkgGHfJ7BpsQ6AEwBnoECAGQAg#v=onepage&q=responsabilidade%20civil%20objetiva%20e%20subjativa&f=false) >

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB, 13 ed. São Paulo: Atlas, 2015. vol. 1, p. 587.

FERNANDES, Caio Guimarães. **Erro Médico**: cinco tópicos que todos devem saber. Disponível em:

<<https://caiojf.jusbrasil.com.br/artigos/608214961/erro-medico-cinco-topicos-que-todos-devem-saber#:~:text=Existem%20tr%C3%AAs%20tipos%20de%20erros,destoa%20da%20realidade%20do%20paciente.>>

FIUZA, Cesar. **Direito Civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Disponível em:

<<https://books.google.com.br/books?id=rTXGZ3iRPscC&pg=PA716&dq=ato+il%C3%ADcito&hl=pt->

[BR&sa=X&ved=2ahUKEwi0n8u18JPrAhXIGbkGHZlqD9AQ6AEwAHoECAEQAg#v=onepage&q=ato%20il%C3%ADcito&f=false](https://books.google.com.br/books?id=rTXGZ3iRPscC&pg=PA716&dq=ato+il%C3%ADcito&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwi0n8u18JPrAhXIGbkGHZlqD9AQ6AEwAHoECAEQAg#v=onepage&q=ato%20il%C3%ADcito&f=false) >.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 6ª ed., São Paulo: Fundação BYK, 1994. P.242.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada**. Curitiba: Juruá, 2008.

MEDEIROS, Fernando. **Um Mar de Possibilidades**: a medicina no passado, presente e futuro. São Paulo: Biblioteca 24 Horas, 2010.

Disponível em: <

<https://books.google.com.br/books?id=AXJeUFD8I0kC&pg=PA205&dq=tipos+de+erro+m%C3%A9dico&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwju57fRj7frAhUzIbkGHUUTDF8Q6AEwAHoECAAQAg#v=onepage&q&f=false> >.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=erro>>.

MORAES, Iray Novah. **Erro Médico e a Lei**. 4ª ed. São Paulo: Lejus, 1998. P 37.

NIGRE, André. **O Atuar Médico**: direitos e obrigações. 3ª ed. Rio de Janeiro: Rubio, 2008. Disponível em: <

<https://books.google.com.br/books?id=U8TNAwAAQBAJ&pg=PA19&dq=erro+de+tratamento+m%C3%A9dico&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiStKj0l7frAhUVJ7kGHRsODOYQ6AEwCHoECAYQAg#v=onepage&q=erro%20de%20tratamento%20m%C3%A9dico&f=false> >.

SINÔNIMOS. **Dicionário de Sinônimos Online**. Disponível em:

<<https://www.sinonimos.com.br/erro/>>.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). **Direito e Medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Disponível em:

<<https://books.google.com.br/books?id=izzd31Z7GWYC&pg=PA194&dq=erro+m%C3%A9dico&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiehpfswbTrAhWzGLkGHVRWATEQ6AEwAAnoECAQQAg#v=onepage&q=erro%20m%C3%A9dico&f=false>>.

TJDFT. **Fato do Produto e do Serviço**. Disponível em:

<<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/responsabilidade-civil-no-cdc/fato-do-produto-e-do-servico>>

O Direito à Saúde como Garantia Constitucional e Materialização dos Direitos Humanos

Alexandra Moreschi

1. Introdução

O presente artigo, tem como objetivo mostrar a todos os leitores a importância e a relevância da saúde ter sido elevada na Constituição num capítulo próprio, como bem jurídico, e bem jurídico indissociável do direito à vida.

A proteção constitucionalmente dada ao Direito à Saúde se materializa com a criação do Sistema Único de Saúde? Ou temos outros direitos que permitem como ele a garantia de políticas públicas da assistência a toda população brasileira?

No presente artigo buscarei abordaremos as questões referentes aos direitos garantidos pelo SUS e a sua importância como direito autônomo e constitucionalmente garantido.

2. O direito à saúde como garantia constitucional e materialização dos direitos humanos

Os Direitos Humanos são aqueles indissociáveis, indistintamente as questões de cor, sexo, religião, orientação

política. São direitos inalienáveis e indivisíveis. Tem como escopo a dignidade da pessoa humana.

De acordo com a Constituição Federal, não basta ao indivíduo estar biologicamente vivo, é preciso que essa vida seja digna. A dignidade da pessoa humana só existe se houver a proteção à saúde.

A saúde, ao ser reconhecida na Constituição de 1988 como direito fundamental, fez com que o Direito à saúde passasse a ter aplicação imediata. A constitucionalização do Direito à saúde é uma conquista, pois tornou o acesso a saúde válido para todas as pessoas. O estado obrigou-se a prestações positivas e, como consequência, a criação de políticas públicas, sociais e econômicas

Nas Constituições anteriores, esse acesso à saúde era destinado exclusivamente aos trabalhadores que contribuía para a Previdência Social e os demais ficavam dependentes da iniciativa privada. Nos textos constitucionais anteriores, a saúde era prevista apenas em normas direcionadas à distribuição de competências legislativas e executivas entre União, Estados e Municípios.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a evidenciar a saúde como direito social-fundamental. Observa-se ainda que esse direito é reconhecido também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao tratar a saúde como direito humano essencial.

A proteção constitucional à saúde seguiu a trilha do Direito Internacional, abrangendo o aspecto promocional, preventivo e curativo da saúde, conferindo ao Estado o dever de tornar possível o acesso da população ao tratamento que garanta a cura da doença, ou uma melhor qualidade de vida.

O pressuposto é que a saúde é condição indispensável a garantia da vida humana, previsto como direito social no artigo 6º da Constituição Federal, que exige ações no que tange a garantia efetiva para assegurar sua validade.

A Reforma Sanitária teve papel decisivo, tanto para que a saúde se tornasse um direito fundamental, quanto para a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). O Objetivo era a concretização desse direito, mediante acesso universal e em igualdade de condições de ações e serviços de caráter integral, voltados à prevenção, promoção e cura.

O artigo 196 da CF/88, normatiza que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A saúde, da forma que foi elevada na Constituição num capítulo próprio, reflete a importância dada pelo legislador a esse bem jurídico. O direito à saúde não pode ser dissociado ao direito à vida e essa proteção foi manifestada constitucionalmente, sendo tratado como direito social fundamental e, dessa forma, protegida juridicamente.

A materialização desse direito ocorreu com a criação do Sistema Único de Saúde, sendo ele, por sua vez um conjunto de políticas públicas garantidoras da assistência a toda população brasileira.

O Sistema Único de Saúde, ou mais conhecido pela sua sigla, o SUS, está previsto na Constituição Federal em seus artigos 196 e 200 e regulado pelas leis nº 8.080, de 19/9/90 e nº 8.142, de 28/12/90.

Sua criação é uma conquista do movimento da reforma sanitária, e trata-se de um sistema público de saúde

descentralizado, que visa garantir o dever de prestar saúde pública e gratuita a todo e qualquer cidadão.

O SUS é composto por todos os hospitais públicos, pronto socorros, estabelecimentos públicos de saúde (hemocentros, laboratórios públicos, institutos de saúde mental, hospitais e clínicas privadas conveniadas - rede complementar).

Os pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS) têm inúmeros direitos garantidos pela legislação em que já tiveram inclusive a oportunidade de serem sedimentados e assegurados em decisões judiciais pelo país afora. Como, por exemplo:

- 1. O acesso ao SUS é universal**, isto quer dizer que todos os hospitais públicos ou conveniados do SUS (nas especialidades garantidas) não poderão negar atendimento a qualquer pessoa, seja esta de qualquer classe social, sexo, cor, crença, idade ou proveniente de qualquer lugar do país;
- 2. O acesso ao SUS é igualitário**, ou seja, deverá ser fornecido o mesmo tratamento a todo indivíduo que procurar atendimento junto aos estabelecimentos do SUS;
- 3. O acesso ao SUS é totalmente gratuito**, dessa forma todas as ações serviços de saúde pública, até mesmo junto aos hospitais particulares prestadores de serviços contratados pelo SUS, devem ser isentos de qualquer cobrança. Qualquer cobrança de complementação de pagamento, seja a que título for, corresponde a crime, que deve ser denunciado às autoridades (Ministério Público ou Polícia);

4. O paciente ou seu representante legal tem o direito a consentir ou recusar procedimentos, diagnósticos ou terapêuticas a serem realizados, salvo em caso de iminente perigo de vida, conforme previsão legal prevista no art. 56 do Código De Ética Médica c/c § 3º do art. 146 do Código Penal Brasileiro, que prevê a exclusão de crime em caso de constrangimento ilegal;
5. O paciente tem direito à preservação de sua intimidade, porque o profissional da área de saúde deve guardar o devido sigilo profissional dos atos que pratica. Porém, não cabe alegação de sigilo para ocultar conduta infracional ou criminosa do profissional da área de saúde;
6. É direito do paciente ter seu prontuário médico elaborado de forma legível e consultá-lo a qualquer momento, devendo o hospital facilitar o acesso a ele, mesmo após a alta médica. Nesse sentido, também é direito do paciente obter a receita médica de forma legível;
7. O paciente tem direito ilimitado à realização de consultas, exames e internações, seja em hospitais públicos ou particulares conveniados ao SUS. Pela lei, não há um prazo máximo de espera, apenas para boa parte dos pacientes com câncer, que devem ter seu tratamento inicial em até 60 dias após o diagnóstico;
8. Se o paciente internado for menor de 18 anos de idade, tem assegurado um acompanhante – um dos pais ou responsável – e a cobertura de suas despesas. O mesmo direito é assegurado aos

idosos, com 60 anos ou mais, submetidos à internação hospitalar. Esse direito também se estende às mulheres durante o trabalho de parto e pós-parto nos hospitais públicos e conveniados ao SUS. O acompanhante terá direito a acomodações e às principais refeições durante a internação;

9. Todo cidadão tem direito de obter gratuitamente, medicamento necessário para o tratamento da saúde, mesmo que não esteja na lista oficial dos chamados medicamentos essenciais. O medicamento deve ser aprovado pela Anvisa, possuindo registro em seus cadastros. Além dos postos, há Farmácia Popular, na qual o paciente leva a receita, seja do SUS ou particular, e recebe remédio gratuito ou com desconto de até 90%;

10. Paciente do SUS tem direito a receber próteses e órteses necessárias para a realização de cirurgias ou se for portador de necessidades especiais. A lei estabelece expressamente que está incluída na assistência integral à saúde a concessão de órteses, próteses, bolsas coletoras e materiais auxiliares, o que, portanto, deve ser fornecido gratuitamente;

Ou seja, o SUS é a concretização de um dos direitos humanos mais importantes: O DIREITO à saúde, que está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no artigo XXV, que define:

“todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, **saúde e bem-estar**, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis.”

A saúde deve ser entendida como uma sadia qualidade de vida, uma vida plena, com autonomia e com dignidade, buscando sempre os valores preconizados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o SUS não trata apenas de atendimento médico. É um sistema muito maior e complexo. Um dos maiores do mundo. Que abrange diversas searas da vida dos usuários como programas de conscientização, disponibilização de medicamentos, programas de vacinação, cuidados assistenciais, serviços de vigilância sanitária, epidemiológica e ambiental. Buscando-se sempre a atenção integral de saúde.

Infelizmente, não é de hoje que o SUS vem recebendo críticas de vários setores da sociedade. Contudo, poucas pessoas sabem que o SUS não se limita apenas ao atendimento na unidade básica de saúde e atenção primária, mas se estende para a atenção secundária e terciária com procedimentos mais complexos como transplantes de órgãos e cirurgias especializadas.

Em especial, nas áreas secundárias e terciárias de atuação, o sistema tem um funcionamento de excelência, muitas vezes superando até mesmo redes privadas.

Com todas essas informações preciosas, fica evidente que o SUS é, por si só, a concretização do direito à saúde garantido a todo cidadão brasileiro e merece que seja defendido, aprimorado e cada vez mais difundido junto à população. Afinal, falar de direito à saúde é falar de direitos humanos.

3. Conclusões

Um modelo de Saúde Pública de qualidade e perfeita passa pelo desenvolvimento interno de políticas focadas no desenvolvimento do SUS como não apenas ao atendimento na unidade básica de saúde e atenção primária, mas sim focando na atenção secundária e terciária, e pensar no todo.

Apesar das diversas críticas de vários setores da sociedade, o SUS vem resistindo, e demonstrando que em especial, nas áreas secundárias e terciárias de atuação, o sistema tem um funcionamento de excelência, muitas vezes superando até mesmo redes privadas.

Assim sendo, fica claro e notório que o SUS é, por si só, a concretização do direito à saúde garantido a todo cidadão brasileiro, e garantindo a efetivação do Direito à Saúde como uma garantia aos Direitos Humanos.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União. 1988; 5 out.

LUCCHESI, Patrícia T. R. **Políticas públicas em Saúde Pública**/Patrícia T. R. Lucchese, coord., Dayse Santos Aguiar, Tatiana Vargas, Luciana Dias de Lima, Rosana Magalhães, Giselle Lavinias Monerat. São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2004. 90 p

MATEUS, Cibele Gralha, **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988.** Porto Alegre, 2007. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUCRS, Fac. De Direito.

MOURA, Elisângela Santos de. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: <
http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13440>. Acesso em maio 2022.

SOUZA, C. **Políticas públicas**: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre: ano 8, n.16, jul/dez, 2006, p. 20-45.

TRAVASSOS C, MARTINS M. Uma revisão sobre os conceitos de acesso e utilização de serviços de saúde. **Cad Saúde Pública** 2004;20 (Sup 2):S190-S8

Compliance na Saúde: a Solução para uma Gestão Médico-Hospitalar Segura

Daniele Thais de Souza Almeida¹

1. Introdução

As práticas que visam a implementação do *compliance* dependem da mudança de cultura, valores e hábitos cotidianos, o que será alcançado por meio do estabelecimento de uma rede cooperativa de práticas institucionalizadas, cujo objetivo é prevenir práticas ilegais e corruptas internamente, antes mesmo da constituição das instituições. Portanto, descrições detalhadas de análise de risco, priorização, práticas sistemáticas de treinamento e canais de informação são essenciais. A ANAHP e o hospital analisado neste estudo desenvolveram um exemplo de código de conduta em saúde, portanto, ao sistematizar tais documentos, pode constituir

¹ Advogada, enfermeira, Auditora em Saúde, professora de Direito Médico na plataforma EAD da Faculdade do Ensino Superior da Paraíba-FESP Faculdades; especialista em Gestão e Auditoria dos Serviços de Saúde pela Faculdade de Medicina Nova Esperança- FAMENE; Mestre e Doutora em Terapia Intensiva pelo Instituto Brasileiro de Terapia Intensiva; Especialista em Direito Médico, Direito Processual Civil e Direito Empresarial pela Faculdade Única; Membro do Instituto Jurídico de Estudos em Direito da Saúde- IJEDS; Certificação Profissional em Compliance Anticorrupção (CPC-A) pela LEC – Legal, Ethics & Compliance e FGV- Fundação Getúlio Vargas; Membro da Compliance Academy; Membro da ANPPD- Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados.

uma referência básica para a implantação de programas de compliance em hospitais privados.

Nesse caso, para evitar comportamentos corruptos e manter suas atividades dentro do escopo da honestidade, transparência e ética, a organização passa a implantar um programa de *compliance*.² Esses planos não são apenas documentos escritos, mas também fornecem ferramentas para a criação de verdadeiras redes de cooperação cultural interna,³ destinadas a coibir a corrupção e comportamentos antiéticos.

No setor da saúde, deve-se notar que, dada a estreita relação entre os prestadores de serviços de saúde privados e o governo, o risco de corrupção é alto. Como todos sabemos, o Brasil possui o maior sistema público de saúde do mundo, atendendo atualmente a mais de 150 (150 milhões) de pessoas. O atendimento é prestado por órgãos e entidades estaduais, além de empresas e organizações da sociedade civil. Nesta equipa, o montante de relações jurídicas e recursos médicos transferidos do público para o privado é particularmente tenso, razão pela qual existem maiores oportunidades de corrupção na prática.

Nesse contexto, este artigo tem como objetivo investigar as peculiaridades da aplicação de programas de *compliance*

² O termo *compliance* designa estar em adesão às normas e procedimentos exigidos em um setor do mercado, seja no direito positivo geral ou administrativo, elaborado pelos órgãos reguladores e, internamente, pelo próprio agente privado. Observa-se, portanto, que *compliance* implica tanto uma situação de fato, correspondente a estar em acordo com as normas legais e regulamentares, quanto um conjunto de mecanismos, estruturas e procedimentos que garantam tal situação, detectando, evitando e punindo eventuais desvios.

³ Utiliza-se neste artigo o conceito *rede cooperativa* a fim de dar ênfase na necessária construção de uma cultura institucional, a qual depende do esforço coletivo e integrado dos colaboradores.

no setor saúde. Para tanto, inicialmente constrói uma base teórica geral para os tópicos a seguir para tratar dos pontos básicos da implementação do plano de *compliance* e enfatiza a importância de se estabelecer uma cultura institucional para sua efetiva realização. A seguir, são especificados os pontos relevantes que devem ser incluídos no plano de compliance das organizações de saúde, especialmente hospitais privados e entidades do terceiro setor que cooperam com o SUS para a prestação de serviços públicos. Por fim, na conclusão, os principais pontos da discussão foram rediscutidos, e a particularidade e os benefícios da implementação de um programa de compliance no setor saúde foram reiterados.

2. Benefícios de implementação de uma cultura interna de *compliance*

A implementação do plano de *compliance* visa proporcionar aos gestores e colaboradores contribuições institucionais, para que possam focar na concretização da missão e dos valores pactuados na organização no seu dia a dia, envolvendo legislação e regulamentos departamentais.

Vale ressaltar que, nesse sentido, a implantação do programa de compliance não visa apenas ser honesto e respeitar o ordenamento jurídico. O objetivo é formular normas internas que vão além da legislação estabelecida e estabelecer valores básicos para consolidar o propósito da organização. Portanto, pode-se dizer que compliance não é apenas obedecer a normas, mas envolve uma verdadeira cultura institucional.

Lidar diretamente com a implementação do plano de conformidade. De acordo com o *Global Integrity Summit*

(*Griffith University*), é necessário seguir várias etapas, que podem ser definidas da seguinte forma: a) Compromisso da alta administração; b) Avaliação de risco; c) Comportamento Normas e políticas de compliance; d) controles internos; e) treinamento e comunicação; f) canais de denúncia; g) investigações internas; h) due diligence; i) monitoramento e auditoria.

A segunda etapa do cumprimento (avaliação de riscos) deve ser realizada de forma ampla, incluindo todos os efeitos negativos relacionados ao campo profissional e, com base nisso, as prioridades devem ser ajustadas de forma objetiva para elencar intervenções contínuas. O código de conduta e os valores institucionais serão institucionalizados, partindo da ponderação dos riscos inerentes às atividades desenvolvidas e da determinação dos objetivos a atingir.

Neste sentido, para dar aporte à necessária sistematização de procedimentos internos, vale assinalar que se criou um importante mercado de empresas de *certificações de integridade*. Dentre inúmeras certificações aplicáveis à generalidade das organizações, pode-se citar aquelas que se alinham, de algum modo, com a proposta do *compliance*, ou seja, de desenvolvimento de práticas em conformidade a uma ação profissional ética. Esse é o caso, por exemplo, da ISO 2600, da AA1000, da SA8000,⁴ do selo Pro-ética e da ISO 37.001.

Além disso, merecem destaque as certificações na área da saúde, que não estão diretamente relacionadas à

⁴ Diversas áreas afetas às atividades exercidas pela organização devem ser enquadradas pelo programa, como corrupção, governança, meio ambiente, concorrência, entre outros.

certificação de comportamento ético ou sustentável, mas sim à qualidade técnica dos serviços prestados na área da saúde. Entre as certificações mais conhecidas neste campo podemos citar ONA, certificações canadenses, Niaho, HIMSS, e a International Joint Commission.

Os sistemas de certificação e acreditação podem ser ferramentas de apoio para a implementação de programas de conformidade. No entanto, é importante destacar que é a composição da cultura interna e é inerentemente consistente com o código de conduta, que irá valorizar a imagem da organização e a padronização de serviços de alta qualidade sem desvios éticos ou corruptos.

2.1 *Compliance* em hospitais privados

A Associação Nacional de Hospitais Privados – ANAHP, a fim de facilitar a adequação dos hospitais privados às inovações veiculadas pela Lei Anticorrupção, publicou o *Código de Conduta Empresarial para Hospitais Privados*, o qual consiste em uma cartilhade ações que devem ser seguidas pelas empresas privadas do ramo de saúde.

A Associação Nacional dos Hospitais Privados-ANAHP, com o objetivo de promover os hospitais privados a se adequarem às inovações promovidas pela lei anticorrupção, emitiu as “Diretrizes de Conduta Empresarial dos Hospitais Privados”, que inclui um manual de ações que devem ser seguidas pelos privados empresas do setor de saúde.

Importa ressaltar que os valores cultivados serão variados e deverão estar em acordo com a missão, a visão e as metas da instituição, de modo que não há um modelo prévio e estanque. O importante é compreender que o *compliance* visa

estruturar um ambiente corporativo íntegro, resistente a ações ilícitas e em desconformidade a concepção da instituição.

É preciso enfatizar que os valores cultivados podem estar em constante mudança e devem ser consistentes com a missão, visão e objetivos da organização, para que não haja um modelo pré-existente e estanque. É importante entender que a conformidade visa construir um ambiente corporativo correto que resista ao comportamento ilegal e viole o design da organização.

Autoridades governamentais e órgãos públicos:

- Necessário cumprimento das obrigações legislativas.

b) Desenvolvimento de método sancionatório interno:

- Descumprimento do Código de Conduta pode levar a advertências e, em último caso, a demissão;

c) Interação com pacientes:

- Prezar pela qualidade do serviço prestado, tratando o cliente com educação, respeito e eficiência.
- Toda a ação deve ser pautada na proteção da integridade, bem-estar e saúde do paciente.
- Respeitar concepções pessoais do paciente, como credo, religiosidade e opção sexual.

d) Respeito a diversidade:

- Respeitar crenças e valores dos pacientes e familiares;
- Não apresentar condutas discriminatórias a cor, opção sexual e nacionalidade.

e) Postura dos prestadores de serviço:

- Deve-se manter postura profissional ética, viabilizando o cuidado.

f) Autoridades governamentais e órgãos públicos:

- Necessário cumprimento das obrigações legislativas.

g) Desenvolvimento de método sancionatório interno:

- Descumprimento do Código de Conduta pode levar a advertências e, em último caso, a demissão;

h) Relacionamento com fornecedores:

- Necessário que a empresa estipule diretrizes expressas a respeito do relacionamento com fornecedores de materiais, medicamentos e serviços (*due diligence*).
- Os fornecedores deverão ser avaliados segundo padrões técnicos de qualidade, estando em conformidade com os requisitos legais e sanitários, normas regulamentadoras e em respeito ao meio ambiente.

i) Relacionamento com o corpo clínico:

- Necessário que o corpo clínico siga as diretrizes institucionais e de autarquias profissionais;

j) Prática médica deve ser pautada por evidências científicas:

- Atualizadas e sólidas
- Necessário que as pesquisas médicas respeitem a proteção a propriedade intelectual, a aprovação e as exigências dos comitês e o consentimento livre e esclarecido do paciente.

k) Relacionamento com operadoras de planos de saúde:

- Contratos com as operadoras de saúde devem ser formalizados em instrumentos contratuais claros, com detalhamento de direitos e deveres.

l) Auditorias:

- Deverá ser vetada a realização de cópias totais ou parciais aos prontuários.

m) Conflito de interesses:

- Os colaboradores não podem se envolver direta ou indiretamente em ações que passam ser contrárias aos interesses ou a imagem da organização.
- Vetado o recebimento de propinas;
- Necessária regulação para recebimento de presentes e bonificações;

n) Controle de doações:

- Controle de doações realizadas e recebidas;

o) Política sustentável:

- Necessária designação de resíduos corretamente;
- Evitar desperdício com recursos naturais.

p) Fiscalização de órgãos do governo:

- Condução da fiscalização de forma responsável;

q) Canal de reporte de denúncias.

Observa-se que todos os manuais de comportamento analisados trazem a necessária importância de fornecer informações aos colaboradores, mantendo e divulgando informações Políticas internas que podem criar um ambiente ético com valores institucionalizados. ³²Conforme mencionado no tema anterior, os temas de implantação de *compliance* seguem o mesmo fundamento, porém, o mapeamento de riscos, o estabelecimento de metas a serem alcançadas, missão, visão e valores institucionais devem ser adequados ao propósito de cada organização e realidade.

1.2 *Compliance* nas gestões privadas de serviços públicos de saúde

No Brasil, a Constituição Federal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhecem a participação privada na prestação dos serviços públicos de saúde e a decisão de agir diretamente contra a constituição n. 1923 e recursos especiais nº 581.488 / RS. Com base nessas decisões, fica fora de dúvida a viabilidade jurídica de transferir a gestão da unidade nacional de saúde para o setor privado. Nesse quadrante, o sistema de saúde brasileiro é composto por (i) prestadores estaduais, (ii) prestadores privados que prestam serviços em sua própria estrutura, integrados de forma complementar ao estado, e (iii) prestadores privados que gerenciam os serviços públicos. Integram unidades de saúde.³³

Porém, além dos cuidados gerados por tais planos, cabe ressaltar que, no que se refere ao terceiro setor, existem legislações específicas que impõem uma série de cuidados especiais ao desenvolvimento de suas atividades, principalmente no que tange ao desenvolvimento de suas atividades. gestão transferida do poder público.

Finalmente, outros requisitos se aplicam a todas as entidades do terceiro setor envolvidas no trabalho de saúde pública, tais como (i) abrir uma conta específica para gestão de recursos públicos, (ii) fornecer contas regularmente aos governos parceiros, (iii) realizar auditorias independentes, se os parceiros relacionamento excede um certo valor, e (iv) Submeter ao tribunal de contas competente para fiscalização.

2. Conclusões

As práticas voltadas para a implementação do *compliance* dependem da mudança de cultura, valores e hábitos cotidianos, o que será alcançado por meio do estabelecimento de uma rede cooperativa de práticas institucionalizadas, cujo objetivo é prevenir práticas ilegais e corruptas internamente, antes mesmo da constituição das instituições. Portanto, a análise de risco, a priorização, as práticas sistemáticas de treinamento e a elaboração de canais de informação são essenciais.

A ANAHP e o hospital analisado neste estudo desenvolveram um exemplo de código de conduta em saúde, portanto, ao sistematizar tais documentos, pode constituir uma referência básica para a implantação de programas de compliance em hospitais privados.

Especificamente para entidades do terceiro setor que prestam serviços públicos de saúde, deve-se observar que a participação e alocação de recursos públicos implica necessariamente uma série de responsabilidades que se somam (e eventualmente integram) às responsabilidades geradas por seu programa de compliance. Isso porque o repasse de recursos públicos a entidades do terceiro setor, por meio de diversos ajustes estipulados pelo ordenamento jurídico brasileiro, assume a forma de repasse voluntário, atraindo uma série de cuidados especiais às entidades beneficiárias para garantir a integridade. A saúde impõe o uso da eficiência dos recursos públicos.

Uma vez que esta é uma atividade extremamente importante para a vida de todos e muitas vezes envolve a

transferência de recursos para entidades privadas, hospitais privados e entidades privadas devem cooperar com o governo em vez de desenvolver planos de conformidade e abraçar a conformidade verdadeira. Cultura regulatória. A disseminação dessa cultura deve levar em consideração as características do setor saúde e, no caso do terceiro setor, as características de eventuais parcerias firmadas com o governo.

Referências

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 63.

BALESTRIN, Francisco. Como construir uma cultura compliance em instituições de saúde. In: BRAGA, Reinaldo; Filipe Souza (ORG.). **Compliance na saúde**. Presente e futuro de um mercado em busca da autorregulação, p.31.

MÂNICA, Fernando; MENEGAT, Fernando. **Teoria Jurídica da Privatização: Fundamentos limites e técnicas de interação público-privada no Direito Brasileiro**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

Pacto Global, implementado pela Organização das Nações Unidas, em 26 de julho de 2000; e a lei britânica UK Bribery Act, de abril de 2010.

MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ, Ronaldo. **Lei anticorrupção e temas de compliance**, 2. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2016, p. 476.

SANTOS JÚNIOR, Belisário dos; PETIAN, Angélica. Por uma cultura de integridade agora. In: CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de; PAULA, Marco Aurélio Borges de (Coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 183-192.

Associação Nacional de Hospitais Privados. **Código de Conduta Empresarial** / Compliance para Hospitais Privados. Novembro, 2014. Elaborado pelo Grupo de Estudos Código de Conduta, p. 17.

SOUZA, Leandro Marins de. **O plano de trabalho na Lei 13.019/14**. In: MOTTA, Fabrício.

Visual Law Aplicado aos Documentos Médicos

Fernanda Layse da Silva Nascimento¹

1. Introdução

No Direito palavras e expressões difíceis sempre foram comuns, não à toa existem diversos jargões jurídicos. Todavia, essas práticas tradicionais hoje parecem pouco eficazes entre os operadores do direito e a sociedade que convive cada vez mais em um mundo informatizado e atualizado em tempo real.

A pandemia de COVID-19 fez com que a transformação digital evoluísse rapidamente, o que trouxe consigo uma carga informacional gigante, e hoje, a visualização e entendimento de dados é superestimado para orientar a tomada de decisões.

Apesar de uma parcela da população ser bastante engessada e formal, de outro lado, se tem uma parcela que não consegue compreender adequadamente o que se quer dizer por meio de contratos ou determinados tipos de documentos.

O design adotado dentro do mundo jurídico, se coloca como solução de inúmeros problemas, abrindo portas de

¹ Advogada especialista em Compliance e Direito Médico e da Saúde. Pós graduada em Direito Civil e Processo Civil e Direito Médico. Membro da Comissão Nacional de Direito Médico da ABA.

conexão entre o Direito e o mundo digital, através de recursos de *visual law*.

Assim, torna-se um dever produzir e disseminar informações de forma clara, didática e rápida como forma de chegar mais perto do nosso interlocutor. E, nessa linha, utilizar uma linguagem visual garante maior persuasão na hora de se comunicar estrategicamente, o que pode ser aplicado também nos documentos médicos a partir do emprego de *visual law*, como será abordado a seguir.

2. Legal design e visual law

A cada dia que passa, se caminha para uma Medicina Preditiva² a partir da massiva evolução tecnológica, e, essa tendência confirma que nos próximos anos a área da saúde será cada vez mais personalizada, afinal essa ciência não é única ou individual.

Por outro lado, todo ser humano é designer por natureza. Absolutamente tudo que existe hoje foi encontrado na natureza e/ou criado e adaptado pelo homem. Negócios são criados inconscientemente a partir da transformação do design, considerando soluções que prometem criar um mundo ideal.

Segundo a definição de Margaret Hagan³ (2017), *Legal Design* é a aplicação do design no mundo do Direito com foco

² Segundo Pena e Azevedo (1998) medicina preditiva é a capacidade de fazer predições quanto à possibilidade de um indivíduo vir a desenvolver alguma enfermidade de base genética, no futuro. É a mensuração, através de testes genéticos, da predisposição deste indivíduo e, talvez, de seus familiares, para tal tipo de adoecimento.

³ Margaret Hagan é diretora do Legal Design Lab da Stanford Law School,

no ser humano. Assim o ecossistema de produtos e serviços jurídicos passa a ser permeado por técnicas inovadoras de solução de conflitos, buscando auxiliar os sujeitos de direito em suas tomadas de decisões.

Já o *visual law* consiste em uma subárea do *Legal Design* por meio do qual a comunicação jurídica é acertada, tornando-a mais acessível e de fácil compreensão através da adoção de recursos de design gráfico como: vídeos, *QR Codes*, infografia, iconografia, entre outros recursos.

Não se está aqui a fomentar o embelezamento de peças e documentos jurídicos em substituição de termos textuais, mas, repensar a comunicação jurídica, a partir do uso de elementos visuais, como forma de tornar acessível e se fazer entender por todo e qualquer cidadão.

A Justiça deve ser compreendida em sua atuação por todos e especialmente por seus destinatários. Compreendida, torna-se ainda mais imprescindível à consolidação do Estado Democrático de Direito. (AMB, 2007, p. 4)

Por muito tempo, se quis restringir a linguagem jurídica, onde os operadores do direito se comunicam de forma pedante, falando entre si, deixando de se fazer entender por outras pessoas que não detivesse qualquer conhecimento jurídico, o que causava enormes transtornos à sociedade, que sequer conseguia ler e interpretar um contrato de prestação de serviços ou de compra e venda.

O uso exponencial da tecnologia, massificado ainda pelo período pandêmico que se enfrenta, marcaram vários

professora do Stanford Institute of Design e uma das principais autoras sobre o tema.

[Sumário](#)

segmentos por uma transformação digital que se reflete numa mudança cultural. Reuniões e encontros online são cada vez mais breves e diretos.

A busca por atenção, no arsenal de informação que bombardeia, diariamente, os indivíduos fica cada vez mais acirrada. Assim o *visual law*, como leciona Alexandre Zavaglia Coelho (2019), busca entregar informação jurídica de acordo com a necessidade do seu destinatário final, tornando essa relação mais efetiva e empata.

Fica cada vez mais evidente a desigualdade que permeia as relações contratuais e jurídicas, tornando patente comunicar-se de maneira efetiva através de mecanismos eficientes de comunicação; os elementos visuais podem fundir Direito, tecnologia e design, tornando a prática jurídica mais moderna e voltada à experiência do seu interlocutor.

De forma prática e didática, é possível entender que o objetivo do *Legal Design* é apresentar métodos para visualizar a lei e dar aos operadores do Direito uma maneira mais eficaz de conceber questões jurídicas e de comunicá-las aos seus clientes e usuários. (AGUIAR, 2021)

E para os que acreditam que essa realidade parece distante, Bernardo Azevedo e Ingrid Oliveira (2021) destacam que o próprio Poder Judiciário, já vem debatendo o tema desde 2019, inclusive com o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul editou em 2020 o parecer SEI/TJRS – 2131257 que sugere *visual law* como forma de comunicação.

Por todo o apresentado, a máxima que se extrai é que de agora em diante o ser humano deve ser colocado no centro do processo, e a partir daí, deverão ser construídas formas de comunicação assertiva de acordo com a necessidade de cada

indivíduo. Esta acessibilidade na disseminação de informações que o *visual law* promove, pode ser aplicada, também, na área da saúde.

3. Documentos médicos

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2019), na pesquisa Judicialização da Saúde no Brasil, o perfil de demandas judiciais até 2017 aumentou 130%. A partir dessa conjuntura, pode se fazer uma breve leitura de que o crescimento de demandas judiciais advém uma relação contratual com foco na prestação de serviços em saúde, onde o contratante, nem sempre detém uma visão global do contrato por não compreender bem termos científicos e nomenclaturas de jargões da medicina.

Aqui pode-se entender por documentos médicos todos os documentos que usualmente regem a relação profissional de saúde – paciente assistido, qual seja: termos de consentimento livre e esclarecido, laudo, receituário, contrato de prestação de serviços, termos de uso/envio de imagem, prontuário do paciente, termo de finalização de tratamento, atestados, ou toda e qualquer informação por meio da qual o profissional relata uma questão médica de interesse jurídico.

Todo esse contexto, adentra no cenário dos documentos médicos, que apesar do vernáculo médico são utilizados em todas as relações de saúde, incluindo assistência odontológica, fisioterápica, fonoaudiológicas, de terapia ocupacional, psicológicas, laboratoriais, entre outras.

Mormente, tais documentos trazem o código de classificação internacional de doenças (CID), sintomas, reações comuns ou adversas, parte de órgãos ou do corpo, nomen-

clatura de fármacos, e recomendações médicas e assistenciais que nem sempre podem ser bem compreendidas pelo paciente.

Documentos médicos com *visual law* aplicado podem ser compreendidos mais facilmente, o que contribui para a mitigação de riscos e conflitos que podem existir na relação do profissional de saúde com o seu paciente assistido.

A aplicação de elementos gráficos e visuais nos documentos médicos melhora a comunicação e transmissão de informações, garantindo a melhor compreensão do paciente acerca da doença que possui e tratamento que irá realizar, o que só potencializa o entendimento do assistido que passa a confiar cada vez mais no profissional que a partir do prisma da empatia passa a enxergar melhor o seu paciente.

Segundo Coelho e Holtz (2019), estudos comprovam que imagens são reconhecidas de forma mais rápida pelo cérebro. Porém não se quer substituir palavras por imagens, figuras, tabelas infográficos, por isso a aplicação do *visual law* no documento médico demandará uma habilidade específica para compreender o indivíduo receptor da informação, considerando suas necessidades e desafios para entender os termos apresentados.

Uma informação mais objetiva e assertiva por meio do uso de elementos visuais auxilia na tomada de decisões, garantindo assim a autonomia do paciente, em, por exemplo, aceitar submeter-se a um tratamento, ou não.

Para aplicação dessa técnica, é essencial o auxílio de um advogado, juntamente, na maioria das vezes, com uma equipe multidisciplinar de design, de modo que o profissional do direito aponte os pontos essenciais do documento e o que pode ser alvo de conflito jurídico, garantindo assim uma

relação jurídica entre o profissional de saúde e o paciente mais harmoniosa, sempre centrada no indivíduo hipossuficiente.

4. Aplicação de visual law na saúde

Constantemente se busca uma via acessível e prática de transmitir informações que possam ser compreendidas ampliando a capacidade de tomada de decisão da pessoa. E o *visual law* aplicado aos documentos inerentes à prática médica é uma maneira inovadora de garantir a melhor compreensão pelo destinatário final da mensagem.

Para Juliana Ono Tonaki (2021), é preciso ter em mente que o design é feito para funcionar e conseguir traduzir a visualização de linguagens, otimizando a capacidade que cada pessoa tem de visualizar o abstrato que precisa ser dito.

Assim, termos de consentimento, laudos, prontuários, contratos de prestação de serviços devem passar a conter, de maneira estratégica, elementos visuais como imagens, vídeos, gráficos, fluxogramas como forma de serem melhor entendidos, garantindo assim, uma argumentação mais persuasiva do destinatário que corrobora na credibilidade do profissional de saúde que zela por se fazer entender pelo usuário do serviço.

Primeiro se deve entender os problemas e desafios jurídicos relevantes, como forma de propiciar um melhor entendimento do paciente, e depois criar documentos mais ideais e assertivos, porque cada clínica, consultório, laboratório ou farmácia tem um público alvo específico, por isso é importante entender a melhor maneira de interagir com o seu interlocutor.

5. Compliance na saúde

Dentro de um setor extremamente regulamentado como o da saúde, necessário se faz estar em *compliance*, ou seja, exercendo a prestação à saúde do paciente conforme determinações legais, e regulamentares, garantindo assim a transparência, credibilidade do profissional e segurança dos pacientes.

A Agência Nacional de Saúde – ANS, editou a resolução normativa 443/2019, com normas de governança corporativa com ênfase em controles internos e gestão de riscos e programas de *compliance*, com foco numa mudança cultural fundamentada na governança, riscos e *compliance* através de mecanismos de transparência, equidade e responsabilidade.

Nesse contexto, comumente, o paciente alheio ao cenário da medicina não consegue entender determinadas ações executadas na assistência prestada à sua saúde. E essa falta de transparência e criação de mecanismos de comunicação eficaz vai de encontro a um padrão de conduta que transmita a confiabilidade necessária na relação entre o profissional de saúde e o seu paciente.

Dessa forma, a releitura de contratos de saúde e documentos médicos se torna patente uma vez que há a necessidade de se assegurar ao paciente uma maior segurança na hora da contratação do tratamento médico, bem como, garantir sua autonomia.

E o emprego dessas técnicas de comunicação visual só tende a reduzir o número de insatisfação dos pacientes que se sentem lesados, o que por sua vez corrobora na redução de demandas judiciais em face de profissionais de saúde,

garantindo assim uma boa reputação do profissional de saúde no seu mercado.

Se diz que dados são o novo ouro dessa era, mas nessa disputa acirrada por atenção em meio a tantas informações, tornar uma mensagem acessível e bem compreendida, se traduz como a melhor decisão no mundo dos negócios, garantindo a diferenciação dentro do mercado. Entender direitos e deveres garante aos prestadores de serviços estar em *compliance* e ser mais eficiente e rentável.

6. Conclusões

Praticamente tudo no Direito hoje, é feito como se fazia há cerca de 50 ou 100 anos atrás, e comumente nos pegamos fazendo algo de determinada forma, sem nem saber o motivo pelo qual se executa de determinada forma algo que se faz naquele momento.

Cada vez mais se torna necessário uma comunicação assertiva e empática, que vá na contramão do retrabalho, e a partir desse entendimento, o *visual law*, busca transformar conceitos mais complexos em ideias mais simples que possam ser consumidas de forma intuitiva.

Para isso, é necessária uma atualização do ensino jurídico, para que temas que acompanhem a evolução da sociedade possam ser incluídos nas grades curriculares, de maneira que os novos operadores do direito quebrem crenças limitantes e objeções acerca do uso de novas soluções garantindo a constante inovação para dentro da prática jurídica.

O mundo e as relações se tornam cada vez mais multidisciplinares e essa influência precisa chegar até o

Direito. Por fim, não será primordial que um advogado seja design gráfico, apesar de ser um ponto positivo deter essa habilidade, mas o profissional do direito precisa ser capaz de criar pontes de facilitação, como forma de garantir uma sociedade mais igualitária.

Referências

_____. Associação dos Magistrados Brasileiros. **O judiciário ao alcance de todos:** noções básicas de Juridiquês. 2.ed. Brasília: AMB, 2007.

AGUIAR, K.S. **Transformação jurídica digital:** Do uso da tecnologia ao Visual Law. Disponível em:
<<https://www.migalhas.com.br/depeso/345132/transformacao-juridica-digital-do-uso-da-tecnologia-ao-visual-law>> Acesso em: 09 de jan. 2022.

AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de.; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. Visual Law: **Como Os Elementos Visuais Podem Transformar o Direito.** Thompson Reuters, 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde - ANS. Disponível em:
<<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzY3MQ>> Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil:** Perfil das demandas, causas e propostas de solução. CNJ. Brasília, 2019.

COELHO, A. Z.; HOLTZ, Ana Paula U. Legal Desing/Visual Law: **Comunicação entre o universo do Direito e os demais setores da sociedade.** São Paulo. Thompson Reuters, 2020.

HAGAN, Margaret. Law by Design. Stanford Law School, 2017. Disponível em: <<https://www.lawbydesign.co/>>. Acesso em: 12 nov. 2021

TONAKI, J. O. **Justiça Digital e o Futuro do Direito**. 2021.
(Apresentação de Trabalho/Conferência ou palestra).

PENA, S.D.J.; AZEVEDO, E.S. **O projeto genoma humano e a medicina preditiva: avanços técnicos e dilemas éticos**. In: Costa SIF, Garrafa V, Oselka G, organizadores. *Iniciação à bioética*. Brasília: CFM; 1998. p. 139-56.

Mediação como Instrumento para a Alocação Consciente de Recursos em Saúde Pública

Fernanda Borges Keid¹

1. Introdução

Ainda é incipiente a utilização de alternativas extrajudiciais aos dilemas surgidos na área médica, especialmente em relação à alocação de recursos em saúde, sob a ótica de otimização das relações entre os diversos atores envolvidos, na busca pelo decréscimo das demandas resolvidas pelo Poder Judiciário como primeira e única opção.

As decisões exaradas pelo Poder Judiciário decidem, por certo, algumas pretensões individuais, consagrando princípios básicos do modelo de *Welfare State* adotado pelo Brasil, como assistencialismo e justiça. Todavia, ao mesmo tempo, tem gerado graves distorções no sistema de geren-

¹ Advogada e mediadora extrajudicial. Especialista em Direito Médico e da Saúde. Pós-graduanda em Bioética pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Pós-graduanda em Saúde Pública pela Escola Brasileira de Aperfeiçoamento em Saúde. Mestranda em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina do ABC. Membro das Comissões de Biodireito e Bioética e de Direito Médico da OAB/SP. Membro do Grupo de Pesquisas em Bioética e Biodireito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Email: fernandakeid@hotmail.com

ciamento e planejamento estratégico do Sistema Único de Saúde - SUS, em especial diante da escassez de recursos financeiros e humanos (MEDEIROS, 2021).

A dificuldade em se garantir a universalidade, equidade e atendimento integral, princípios consagrados pela Lei 8.080/90 - Lei Orgânica do SUS –, repercute em prejuízos individuais incalculáveis, por vezes evitáveis, em face da difícil tarefa de se fazer escolhas difíceis em saúde, o que tem exigido cada vez mais um posicionamento técnico e sólido do Poder Judiciário como mediador deste conflito institucional (BRASIL, 1980).

Em um movimento que alcança números exorbitantes, brasileiros buscam garantir seu direito ao atendimento integral pelo SUS com base nas garantias constitucionais previstas a partir do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, graças as mais variadas causas, tais como: dificuldades financeiras, envelhecimento populacional, falta de subsídios, falhas na gestão pública, cortes do orçamento e falta de recursos na saúde pública (BRASIL, 1988)

Contudo, esse panorama atual da judicialização da saúde vem revelando a incapacidade do Poder Judiciário em lidar com conflitos distributivos, que envolvem regras de apropriação individual de bens comuns, na medida em que ele age sob provocação e, além disso, suas decisões, em geral, se aplicam apenas ao caso concreto (microjustiça), sendo que o resultado acaba sendo um tratamento desigual para aquele que não acionou o sistema de Justiça, interferindo na macrojustiça (VIEIRA apud GOTTI, 2017).

Ou seja, a complexidade das demandas sociais e o cenário de judicialização da saúde no Brasil, além de escancararem a ineficiência de certas políticas públicas do setor,

revelam que os impactos do Poder Judiciário nessa intervenção na aplicação de recursos públicos podem impedir, num futuro breve, a própria continuidade de todo o sistema.

A solução é, portanto, a remodelagem para situações conflituosas, com um novo sistema de desenho de disputas, tendo como principais institutos a mediação e a conciliação extrajudiciais.

2. Judicialização da saúde e alocação de recursos

Até a promulgação da nossa Carta Magna, o sistema de saúde brasileiro não tinha tratamento tão específico e amplo, na medida em que o Estado apenas garantia o atendimento médico aos indivíduos que tivessem vínculo com a Previdência Social e, assim, aqueles do mercado informal eram excluídos do serviço público ou poderiam ser atendidos apenas pelas Santas Casas de Misericórdia (NOGUEIRA DE ABREU, 2014).

Em 1986, ocorreu, então, a VIII Conferência Nacional de Saúde, momento em que, diante da crise sanitária em que se encontrava o país, se tornou palpável a criação de um novo sistema de saúde que atendesse aos princípios da universalidade, da integralidade e da equidade, que, pouco mais tarde, formariam o alicerce do Sistema Único de Saúde (SUS) e as premissas balizadoras do direito à saúde (CONASEMS, 2007).

A Constituição de 1988, promulgada na fase de redemocratização do país, em seu Capítulo II – “Dos Direitos Sociais”, artigo 6º garante a toda população os seguintes direitos: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção

à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (BRASIL, 1988).

Com maior ênfase, no artigo 196 da Carta Magna, a saúde foi assegurada como direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas com vistas à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Ato posterior, foi consolidado o SUS, por intermédio da Lei n.º 8.080/1990, que reafirma, em seu artigo 3º, os direitos à alimentação, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente, ao trabalho, à renda, à educação, ao transporte, ao lazer, como determinantes aos níveis de saúde da população e representantes da organização social e econômica do país (BRASIL, 1990).

O direito à saúde exige do Estado, portanto, prestações positivas para sua garantia e efetividade, o que leva à conclusão de que todo direito tem um custo, na medida em que gera um dever ao Estado (SOUSA, CASTRO, 2018).

Fica claro, nesse sentido, que não basta que o Estado reconheça formalmente o direito à saúde, mas torna-se mandamental que promova todas as medidas políticas, sociais e econômicas para assegurar que esse direito seja integralmente respeitado e garantido, porquanto a própria Constituição promete uma sociedade justa, fraterna, solidária, tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou sobre o assunto, sendo oportuno o destaque dado de tal entendimento pelo autor Nogueira de Abreu (2014):

(...) percebe-se, de forma bastante clara, que o Supremo Tribunal Federal tem o entendimento consolidado no sentido de que o conteúdo jurídico do artigo 196 da Constituição Federal irradia seus efeitos de forma plena, esta belecendo um vínculo jurídico cogente ao Estado quando demandado na temática da saúde, não importando, nesse particular, qual dos entes federados figure no pólo passivo, já que a responsabilidade pela prestação do serviço é partilhada e solidária.

(...)

Nesse sentido, a Corte Constitucional Brasileira tem demonstrado ao longo dos anos, e mais especificamente nos julgados estudados, uma disposição em interpretar a norma positivada (art. 196, CF), quando sob julgamento de tema envolvendo saúde, de maneira a minimizar o seu aspecto formal (programático), dotando-a de eficácia plena, de modo a garantir que o bem da vida perquirido no caso concreto seja sempre pronta e integralmente atendido pelos demais Poderes.

Neste ponto, contudo, pertinente relembrar a contribuição dada pelo Exmo. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), Renato Dresch, na assembleia CONASS realizada em 27 de abril de 2016, no seguinte sentido: “o juiz não tem capacidade de dizer se determinado atendimento é ou não integral. Esse é o impacto social e cabe ao Estado dizer o que é integral. O magistrado não entende de medicina. Se o médico afirmar que há risco de morte, na dúvida, ele irá atender a demanda sem ter consciência de que, com essa decisão, pode estar prejudicando outro paciente”, ficando evidente, pois, que há necessidade urgente de se buscar uma fórmula capaz de racionalizar tais decisões e harmonizar novamente o sistema que tem sofrido com o aumento gradativo da judicialização e com as nefastas

consequências que vão desde a afronta a princípios do SUS até o colapso do planejamento estratégico da rede, especialmente dos municípios que executam diretamente essa política pública (MEDEIROS, 2021).

O Poder Judiciário tem a prerrogativa de decidir, quando provocado, em matéria de saúde, o que repercute, no mais das vezes, tanto na contestação quanto na exigência de realização de políticas públicas, revelando-se como agente político pouco eficaz na temática (SOUSA, CASTRO, 2018).

Segundo as autoras Sousa e Castro (2018):

“Há portanto duas premissas inteiramente legítimas: a) o direito à saúde é um direito fundamental previsto constitucionalmente, que possui aplicabilidade imediata, e que, por sua dimensão subjetiva, pode ser exigido de forma individual (inclusive por meio de uma ação judicial) por seu titular; b) as sentenças e liminares exaradas pelo Poder Judiciário, no afã de garantir o direito à saúde, desconsideram que todo o direito tem um custo de implementação, e que, na maioria das vezes, não pode ser suportado pelos cofres públicos de forma instantânea sem ocasionar o comprometimento da política pública em termos coletivos.”

Ainda, em sintonia com o entendimento de Barroso (2007):

“O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de

medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.”

Ademais, de acordo com relatório do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário tem, de forma constante, outorgado muitas reivindicações de usuários do SUS, no tocante a medicamentos, procedimentos e exames médicos, o que afeta os orçamentos públicos, com a transferência de recursos para satisfação de ordens judiciais, o que revela que a judicialização da saúde, a despeito de atender ao demandante, desorganiza todo um sistema integrado de ações e de políticas públicas (BRASIL, 2021).

Muito embora possa se afirmar que todos os investimentos em saúde sejam justificáveis, vez que protegem e promovem a vida, os recursos humanos e técnicos são também esgotáveis e, por vezes, até escassos, daí surgem dilemas que influenciam a dificuldade de tomada de decisões (DE ABREU, 2018).

Convém lembrar que, por trás do funcionamento do SUS há uma política estruturada, discutida em todos os níveis da Administração Pública e com a participação da comunidade, programada para atender a saúde de mais de 210 milhões de brasileiros com “ações e serviços para sua

promoção, proteção e prevenção”, na linha do disposto no artigo 196 da Constituição Federal e, assim, consoante afirmam Gebran Neto e Schulze (2021):

(...) o desconhecimento sobre essa estrutura, bem como sobre os agentes públicos responsáveis por mantê-la em funcionamento, leva a uma elevada taxa de sucesso nas demandas da saúde, como constatado pelo relatório feito pelo CNJ. Os índices de sucesso superam a casa dos 80% dos pedidos, segundo dados obtidos pelo Data Jud/CNJ em 2020. E isso é motivo para aumento progressivo da demanda judicial sobre direito à saúde, porque há praticamente certeza de sucesso na pretensão, seja ela qual for gerando um ciclo vicioso.

Somado a essas perspectivas, verifica-se que a opção pelo ajuizamento de uma demanda judicial envolve um cálculo racional formulado pelo interessado, ainda que apenas de maneira intuitiva. Ele considerará a possibilidade de demandar via Poder Judiciário, se os benefícios por ventura alcançados com a lide superarem os custos para a propositura da ação e, assim, diante dos crescentes julgamentos com êxito ao usuário dos sistemas de saúde, tanto público quanto privado, há a inevitável retroalimentação do ciclo hoje vigente no país pela judicialização em massa (CARVALHO, 2018).

Prossegue Carvalho (2018) afirmando que a passiva aceitação desse ajuizamento em massa de demandas em saúde não se revela a opção mais eficiente à Administração Pública, uma vez que há vários indícios de que a mais frequente busca pela solução extrajudicial dos conflitos poderia ser uma estratégia racional e consentânea para atingir, inclusive, o princípio da economicidade, previsto constitucionalmente.

3. Métodos extrajudiciais para resolução de conflitos (bio)éticos

Divergências de valores fazem parte das relações humanas de modo geral, constituem elementos da vida em sociedade e, nesta perspectiva, modelos que possibilitem abordagens menos adversariais de conflito, as quais, sem dúvida, envolvem facetas sociais e coletivas, econômicas e políticas da implementação de políticas públicas em saúde. Acarretam, dessa forma, a redução de intervenções ineficientes do Poder Judiciário quando do controle de políticas e recursos públicos, com escolhas mais conscientes e com efeitos menos nefastos à própria continuidade do SUS, seja por intermédio de modelos individuais de solução de disputas, seja por modelos de cooperação técnica voltados ao enfrentamento de posturas conflitivas. Quer parecer que esse caminho é o mais adequado à nova racionalidade proposta pelo ordenamento jurídico (SOUSA, DE CASTRO, 2018).

Atualmente, três são as formas reconhecidas para a solução de conflitos, conforme elencado por Delduque e Castro (2015):

- a) as resoluções estatais – ou heterocomposição de conflitos, como hoje são conhecidas as decisões judiciais;
- b) as resoluções estatais negociadas com as partes – ou autocomposição –, realizadas no âmbito jurisdicional, prévia ao início do processo ou no âmbito dos órgãos auxiliares da justiça, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Geral da União;
- c) a resolução dos conflitos – ou autocomposição dos conflitos –, em âmbitos extrajudiciais, privados ou não.

Aliás, segundo os próprios autores designam, o SUS tem recebido, de forma cada vez mais evidente, auxílio de espécies autocompositivas de resolução de conflitos, tendo como iniciativa ações de juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos e advogados da União e procuradores, voltadas à instituição de grupos de mediação, em que são realizados trabalhos de mediação de conflito entre paciente/autor e o gestor da saúde, no intuito de evitar a demanda judicial (DELDUQUE, CASTRO, 2015).

Conflitos que envolvem dilemas morais e de valores individuais e familiares, relacionados à saúde e à vida, inclusive na relação médico-paciente, são muito frequentes e, sem dúvida, deságuam em reflexões bioéticas. A prática da mediação insere-se, neste contexto, em atividades a serem desenvolvidas pelos comitês de bioética hospitalares, competentes para solucionar referidos dilemas do dia a dia dos profissionais de saúde, no âmbito de suas atividades (CARREIRO, 2011).

O século XXI pressupõe novos sistemas de solução de conflitos, em que a consideração de valores e deveres intervenientes a casos concretos conduz a decisões razoáveis e prudentes. Não se trata, pois, de racionalidade idealista, pragmática ou utilitarista, mas criteriosa, com a capacidade de se valorar o que está envolvido nas diversas situações clínicas, de modo a se chegar em decisões razoáveis, capazes de inibir ou reduzir cenários judicializáveis (ZOBOLI, 2012).

Por vezes, não se pode negar que controvérsias que envolvem valores morais parecem insolúveis, ainda que sejam oriundas de confusões ou ruídos de comunicação da relação médico-paciente. Entretanto, elas podem ser resolvidas por agente capaz de intermediar uma comunicação mais

consistente ou até com o clareamento de informações transmitidas, sendo fundamental o papel de um mediador ou conciliador diante destes cenários. Ademais, a Bioética Clínica encontra seu lugar de primordial importância diante de conflitos em saúde, pois ela almeja soluções desejáveis da relação profissional de saúde-paciente, as quais possibilitem que todos sejam respeitados e preservados, assim como a prestação de serviço, que constitui objeto dessa relação, seja capaz de alcançar a máxima eficiência possível, em especial na manutenção da vida digna e na esmerada alocação de recursos (CARRERO apud LEVI, 1998).

Por óbvio, além do avanço tecnológico, o acesso facilitado à informação acarretou maior consciência individual acerca de seus próprios direitos, exigindo mudanças relacionadas à posição paternalista do médico, o que sugere o compartilhamento de ideias e de valores na tomada de decisões como o caminho mais adequado à prevenção de situações conflituosas. A decisão compartilhada depende da autonomia plena do paciente, da objeção de consciência médica, mas especialmente de uma comunicação adequada entre ambos, com a transmissão de informações, dos valores e dos desejos de forma clara e precisa, mas também a prática da escuta ativa, mas compassiva, como meio de diminuir assimetrias relacionais (ZOBOLI, 2012).

Nesse sentido, em algumas situações, apenas a participação de um mediador já se revela suficiente para resolver um dilema, pois permite melhor escuta com novos entendimentos acerca de condutas e caminhos possíveis. Porém, muitas vezes, é preciso que o profissional que realiza a mediação vá além, não bastando que as informações sem prestadas e, a partir delas, uma solução seja encontrada com o

resultado de um acordo produzido entre os conflitantes. É necessário que a alternativa escolhida atenda aos interesses das partes, seja a melhor opção para o paciente, esteja de acordo com a norma prescritiva de não causar dano e seja legalmente aceita. Ademais, diante de conflitos éticos, as escolhas devem ser justificáveis e, para isso, a mediação bioética, distintamente da mediação tradicional, deve se pautar pela observância dos princípios basilares da autonomia, da não-maleficiência, da beneficência e da justiça (CARRERO, 2011).

4. Conclusões

Conflitos morais e bioéticos sempre fizeram parte da rotina dos profissionais da saúde, que enfrentam diariamente situações limítrofes entre a vida e a morte e, trazem como consequência, a necessidade de realização de escolhas difíceis e conflitos persistentes, já que envolvem assuntos polêmicos, como: determinação do início da vida de um indivíduo, aborto, doação de órgãos, transfusão de sangue, estabelecimento de critérios para detecção da morte, eutanásia, suicídio assistido, além, por óbvio, a alocação de recursos públicos escassos em saúde (CARRERO, 2011).

Os caminhos da mediação na área do Direito Sanitário revelam-se imprescindíveis no atual momento, em que as relações em saúde extrapolam a ótica bilateral entre médico e paciente envolvendo outros atores, o que repercute em diversos conflitos ou dilemas, internos e externos ao próprio sistema, que acabam por evoluir para a sobrecarga de ações judiciais. Ou seja, tanto a mediação convencional quanto a mediação em bioética possuem caráter multidisciplinar, de modo que podem garantir resultados mais efetivos à satisfação

dos envolvidos, moralmente plurais, porquanto as soluções são encontradas por meio da participação ativa e empoderamento das partes, com uma visão ampla do cenário.

Quer parecer que o processo de ampliação da participação de cidadãos em processos de tomada de decisões sobre condutas em saúde filia-se ao processo de redemocratização do país e, assim, ampliar esse conceito participativo a conselhos de saúde e a comitês de mediação hospitalares pode aprimorar as ações e as políticas públicas da área.

Seja por intermédio de modelos individuais de solução de disputas, seja por modelos de cooperação técnica voltados ao enfrentamento de posturas conflitivas, esse caminho é o mais adequado à nova racionalidade proposta pelo ordenamento jurídico, objetivando, em especial a diminuição da judicialização em massa da saúde.

Há necessidade de ir além, ou seja, de se prevenir conflitos, antes que eles aconteçam e se tornem sem solução em ambiente extrajudicial. Para tanto, são essenciais à própria manutenção do sistema de saúde brasileiro a criação de Núcleos de Mediação, no âmbito administrativo das Secretarias de Saúde, em todos os níveis, para operar uma visão não adversarial aos conflitos surgidos, além da instauração de Comitês de Bioética Clínica, em toda a rede de atenção de saúde, capazes de deliberar sobre conflitos de valores surgidos diuturnamente em relações médico-paciente.

Apesar da incipiência dos métodos alternativos de conflitos na saúde pública, o cenário pós pandemia da COVID-19 deixou alguns legados nesse sentido. O primeiro deles é a publicação, no último dia 13 de abril, da Resolução n.º 388/2021, que dispõe acerca da reestruturação dos Comitês Estaduais de Saúde fixados pela Resolução CNJ n.º

238/2016, para os quais ficam discriminadas as seguintes finalidades: monitorar as ações judiciais que envolvam os sistema de saúde pública e suplementar, com a proposição de medidas voltadas a otimização de rotinas processuais, organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas, prevenção de conflitos judiciais e definição de estratégias em matérias de direito sanitário; além de auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NatJus), os quais deverão ser constituídos de profissionais da saúde, responsáveis por elaborar notas técnicas baseadas em evidências científicas e viabilizar o diálogo interinstitucional (BRASIL, 2021).

Referido diálogo interinstitucional já pode ser detectado em circunstâncias concretas, como por exemplo, em São Paulo, quando um paciente precisa de leito, a unidade de saúde o cadastra no sistema CROSS, que faz a regulação do paciente e oferta de serviços de saúde. A partir disso, um médico recebe, avalia e encaminha o paciente para um leito que seja adequado às suas necessidades. Quando há problemas que podem se tornar uma questão judicial, há um e-mail que envia as demandas diretamente aos magistrados. Além disso, o comitê tem parceria no programa governamental Acesso SUS, em que estado analisa o pedido de medicamento e tenta atender, antes de se tornar uma queixa na Justiça, eliminando demanda na fase pré-processual que incluía a Defensoria Pública nesse processo (CAMIMURA, 2021).

Ainda, a experiência de instalação de Comitê de Bioética no Hospital Geral de São Mateus em São Paulo, de acordo com a análise de Oliveira (2016), revelou a importância de se estimular a criação de instâncias da espécie em instituições de saúde pública no Brasil, uma vez que são capazes de

analisar situações complexas advindas do progresso científico da saúde, assim como situações do cotidiano médico que repercutem, no mais das vezes, em ações que envolvem o Poder Judiciário como agente externo que decide, em última instância e de forma efetiva, sobre as políticas públicas em saúde.

Enfim, a participação ativa de profissionais e pacientes em fóruns coletivos de debates, comitês ou núcleos de mediação ou de debate (bio)ético assume posição essencial à própria sustentabilidade do sistema, na medida em que contribuem, em última instância, além do empoderamento social e democrático, para a adequada alocação de recursos públicos.

Referências

ABREU, Carolina Becker Bueno (org.). **Bioética e gestão em saúde**. Curitiba: Intersaberes, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Movimento Sanitário Brasileiro na Década de 70: a participação das universidades e dos municípios**, Brasília: CONASEMS, 2007.

BRASIL. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade/Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. – Brasília: CNJ, 2021.

CAMIMURA, Lenir. **Pós pandemia: mediação pode prevenir judicialização na saúde**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pos-pandemia-mediacao-podera-ser-ferramenta-para-prevenir-judicializacao-na-saude/>.

CARREIRO, Natalia Maria Soares. **Mediação Bioética: Busca de Soluções Compartilhadas para Resoluções de Conflitos Bioéticos**. UNB: Brasília. 2011

CARVALHO, Victor Aguiar. A Judicialização da saúde sob olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial dos conflitos. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 8, n.º 03. Brasília: 2018.

DELDUQUE, Maria Célia e de Castro, Eduardo Vazquez. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. In: **Revista Saúde Debate**, Rio de Janeiro. Vol. 39, n. 105. P. 506-513. Jun/2015.

MEDEIROS, Marcelo Paiva. Princípio da proporcionalidade e precedentes históricos do Supremo Tribunal Federal no âmbito dos direitos sociais. **JUSBRASIL**. Disponível em: <https://vitriol.jusbrasil.com.br/artigos/1166918567/principio-da-proporcionalidade-e-precedentes-historicos-do-supremo-tribunal-federal-no-ambito-dos-direitos-sociais>.

GEBRAN NETO, João Pedro e SCHULZE, Clenio Jair. **Judicialização da Saúde e Sociedade: o novo projeto do CNJ**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/judicializacao-e-sociedade-gebran-e-clenio.pdf>. Acesso em 17/10/2021.

LEVI GC, Barros AOL. Ética Clínica: a AIDS como paradigma. In Costa SIF, Oselka G, Garrafa V (org.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

NOGUEIRA DE ABREU, Tiago Souza. **Análise jurídica do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, à luz da jurisprudência do Supremo**

Tribunal Federal. Cad. Ibero Am. Direito Sanit. [Internet]. 19º de dezembro de 2014 [citado 16º de outubro de 2021];3(3):50-61. Disponível em:

<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/53>.

OLIVEIRA, Maridite Cristóvão Gomes. **Análise da experiência do Comitê de Bioética de um hospital geral da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo.** São Paulo, 2016.

SOUSA, Mônica Teresa Costa Sousa e DE CASTRO, Maíra Lopes. Desenhando modelos de sistemas de disputas para a administração pública: proposições acerca da política pública de fornecimento de medicamentos pelo viés do diálogo institucional. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** Vol. 8, n.º 03. Brasília: 2018.

ZOBOLI, Elma. **Bioética clínica na diversidade:** a contribuição da proposta deliberativa de Diego Gracia. In: Revista BioEthikos. Centro Universitário São Camilo: São Paulo.

Responsabilidade Civil do Médico: uma Análise no Âmbito da Pediatria

Fabson Barbosa Palhano¹

1. Introdução

No campo da medicina, a Pediatria compreende um âmbito de destaque jurídico, pois sua prestação de serviços médicos abrange, nos polos da relação médico-paciente, o Pediatra, as crianças e os pais ou representantes legais, relação que em diversas vezes é tumultuada, com stress, nervosismo e aflição, diante de um quadro de agravamento do menor ou de efeitos lentos em que os pais ou responsáveis não aceitam e culpam o médico por essa demora, cumulada por diagnósticos inconclusos, pois bem sabe que a criança não consegue repassar os verdadeiros sintomas que está sentindo.

Sob um enfoque mais direto, considero o exercício da Pediatria um dos mais difíceis, complexos, pois nem sempre é exercido com tranquilidade; é como se a atividade do Pediatra fosse de Responsabilidade fim e que a cura, na ótica e visão dos pais ou responsáveis legais, fosse obrigatória, o que não é o caso. A ciência médica ainda não conseguiu desvendar mistérios ligados à natureza humana e, assim, fica impossibilitada de prometer um resultado certo e determinado para a

¹ Advogado Direito Médico.

cura da criança. A responsabilidade do Pediatra é subjetiva e sua obrigação é de meio, não podendo se vincular a um resultado.

No Direito Médico, o Pediatra vem ocupando um espaço maior, com o aumento da judicialização da saúde e as diversas ações de responsabilidade civil em seu desfavor e o coloca, com mais habitualidade, no polo passivo, com o intuito de responder às ações. Assim, o profissional médico tem uma obrigação profissional com dever jurídico originário e que ao ser violado gera a responsabilidade de indenizar. Por isso, é necessário que exerça os serviços médicos especializados amparados no Código de Ética Médica, atuando com correção técnica e utilizando-se das melhores ferramentas diagnósticas de terapêuticas.

2. Responsabilidade civil do pediatra

Em geral, o termo “Responsabilidade Civil”, no âmbito dos princípios jurídicos, tem equivalência a determinar a alguém de demandar a reparação de um dano, o dever de compensar um prejuízo originado pela violação de algo anterior; é a contraprestação para a outra parte.

No Direito Médico, a Responsabilidade Civil é atribuída ao profissional médico que, em síntese, decorre da constatação de culpa, *stricto sensu*; ou seja: deve ser provado que houve negligência, imprudência ou imperícia e que resultou em alguma lesão. Abaixo, uma análise, com exemplos, de cada uma dessas definições voltadas para o Pediatra.

2.1 Negligência na pediatria

É um ato omissivo (abandono da criança); uma subestimação da enfermidade, que não foi corretamente valorizada pelo profissional médico; isto é: não foi dada a devida atenção sobre se existia alguma gravidade no menor; uma desatenção e falta de precaução com os procedimentos de seu múnus, representado pelo ato do Pediatra. Pode-se afirmar que tais resultados não iriam acontecer, se o ato praticado fosse executado com a devida prudência. exemplos:- Esquecimento de algum objeto, após ato cirúrgico, dentro do corpo da criança;- Não requerer os exames necessários para verificação das lesões no corpo da criança;- Abandono de uma criança sem os cuidados devidos e sem realizar o atendimento; - abandonar o plantão antes da chegada do outro Pediatra que irá substituí-lo, deixando a criança sem o atendimento devido.

2.2 Imprudência na pediatria

É um ato comissivo (ação imprudente em uma criança). Caracteriza-se quando o Pediatra, apesar de ter consciência dos riscos e ser especialista na área, opta por agir precipitadamente, implicando em um dano na criança. exemplos:- Cirurgia de risco, sem apoio da equipe técnica;- Quando o Pediatra dá alta para a criança, mas ela ainda necessita se restabelecer no hospital;- utilização de técnicas terapêuticas sem necessidade e que podem ser nocivas ao paciente.

2.3 Imperícia na pediatria

Ocorre quando o profissional não tem o preparo necessário para exercer determinada atividade médica. É a falta de observação das normas e despreparo técnico para a utilização da técnica para cada tipo de procedimento na criança.

exemplos:- Quando um reconhecido neurocirurgião vem executar, numa criança, um procedimento cirúrgico diferente da especialidade dele, sem o conhecimento necessário e suficiente, causando danos ao menor;- Quando, por exemplo, um dermatologista realiza uma cirurgia no coração de uma criança.

3. Excludentes de responsabilidade civil do pediatra

Quais os limites da Responsabilidade do Pediatra? Como já explanado, o Pediatra tem a obrigação de utilizar os melhores meios e esforços, com o objetivo da cura da criança, mas não efetivamente alcançá-la; mas é preciso estabelecer que o profissional deve evitar excessos e, assim, consiga equilíbrio e tranquilidade no exercício profissional.

A medicina, no caso em questão, a Pediatria, não é uma ciência exata; toda intervenção, ainda que executada com prudência, diligência e perícia, expõe o menor a riscos, podendo ocasionar danos, sem o dever de reparação; daí, ser necessário conhecer as excludentes da responsabilidade civil do Pediatra.

3.1 Caso fortuito e de força maior

A primeira excludente da responsabilidade civil do Pediatra se caracteriza pela imputação do dano a um evento imprevisível ou inevitável. Entretanto, para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) os eventos previsíveis e inevitáveis já são capazes de afastar a responsabilidade civil do Pediatra; contudo, essa previsibilidade tem que ser comunicada aos pais ou responsáveis pelo menor, e que esses assumam os riscos do procedimento médico; ou seja: o profissional tem o dever de informar (decorrência de boa-fé) todas as possibilidades que podem ocorrer na prestação do serviço médico.

A evolução da tecnologia ou mesmo a experiência de episódios anteriores podem tornar previsíveis para o Pediatra acontecimentos em um procedimento médico com o menor que outrora não se podiam prever; bem como, podem tornar evitáveis efeitos que, no passado, não se podiam evitar.

A falta de compartilhamento das informações sobre fatos previsíveis e inevitáveis pode gerar ações judiciais. Logo, o Pediatra tem que cumprir, adequadamente, esse quesito.

A omissão de informação sobre os fatos que podem ocorrer em relação ao menor pode advir da omissão da informação e da utilização de uma ou de outra técnica; daí a importância do Pediatra de sempre estar em diálogo com a família; principalmente antes de um procedimento cirúrgico.

Esse é justamente o caso da relação privada médico-paciente, em que a confiança e a transparência são fundamentais para a conclusão e desenvolvimento válido e eficaz do negócio jurídico.

Na esfera de eventos imprevisíveis, a falha de um equipamento e o acometimento do Pediatra por mal súbito

durante uma cirurgia é uma das causas de excludente de responsabilidade do profissional. Entretanto, se em uma perícia for demonstrada falta de manutenção e precariedade no instrumento operacional, a responsabilidade poderá passar para o hospital. Ademais, na segunda situação, se o Pediatra sabe de sua enfermidade grave e inicia o procedimento, sem a presença de outro profissional, deixando o menor desassistido, dificilmente terá excluída a sua responsabilidade.

O caso fortuito ou de força maior exclui a responsabilidade civil, porque descaracteriza o nexo de causalidade entre a conduta do Pediatra e o dano experimentado pelo menor.

3.2 Fato de terceiro

Se foi um terceiro que provocou o dano, não existirá nexo de causalidade com qualquer ato do Pediatra; e se tal evento era imprevisível ou inevitável, não existirá culpa do profissional médico.

Não se enquadram em terceiros os auxiliares do procedimento executado pelo Pediatra, pois nesses casos o liame de causalidade não é rompido, respondendo o profissional por eventual erro. A expressão “terceiro”, nesse contexto, vem designar, portanto, pessoa estranha à relação entre Pediatra e menor, por cujo comportamento o profissional não tenha nenhuma responsabilidade; ou seja: se o dano for responsabilidade de um profissional que não esteja na equipe do pediatra ou se for ocasionado por um familiar, restará configurado o fato de terceiro; e, assim, o Pediatra não responderá pelos danos.

3.3 Culpa exclusiva da vítima

São eventuais danos que decorrem do próprio comportamento do menor que deixa de cumprir os deveres prescritos pelo Pediatra, tais como:- Dever de veracidade e completude das informações repassadas para o Pediatra;- dever de obediência às orientações do tratamento, repassadas pelo Pediatra.

Todavia, as informações de sintomas que o menor repassa para o profissional não é, em alguns casos, exatamente o ocorrido; principalmente os mais novos, que não conseguem traduzir para o Pediatra onde ocorrem as dores e outros incômodos; por isso, a complexidade da especialidade em questão torna-se então, indubitosa, pois a anamnese é o principal instrumento à disposição do profissional para identificar a enfermidade; e se as informações repassadas pelo menor não forem verdadeiras, comprometem a conclusão médica.

Em crianças, há o tratamento pós-procedimento, quando existem restrições, tais como: proibições de esforços físicos; limitações alimentares. A proibição de exposição a fonte de luz e calor é difícil de ser cumprida rigorosamente; isso pode ocasionar reações adversas ou até a persistência dos sintomas. Assim, surge mais um fator de exclusão de responsabilidade civil do Pediatra.

4. Erro de diagnóstico

O erro de diagnóstico é escusável? Digamos que, em princípio, é escusável; todavia, é uma tarefa árdua para os Advogados de Direito Médico demonstrar, precisamente, que

a responsabilidade civil do Pediatra foi originada por um erro de diagnóstico.

É um campo estritamente técnico; a ausência de meios tecnológicos pode implicar esse tipo de erro. Existem diversas enfermidades nas quais os sintomas são parecidos, o que pode dificultar a conclusão do Pediatra.

A responsabilidade civil do Pediatra, na circunstância de erro de diagnóstico está atrelada a um erro grosseiro do profissional, o que não ocorrerá com um médico prudente. Todavia, a pluralidade de sintomas no menor também pode ocasionar que tais erros ocorram.

A função do Pediatra, na tomada de decisão quanto ao tipo de tratamento que um menor receberá, é explicar as várias opções de diagnóstico ou tratamentos que existem para o caso em concreto e os possíveis riscos de cada um desses tratamentos. Importa esclarecer que diante de um diagnóstico exato é possível que o próprio organismo do enfermo influencie no resultado da terapia; caso contrário, é ter, ou não, a culpa como fundamento da responsabilidade civil do médico que diagnostica equivocadamente uma doença ou aplica a terapia incompatível.

O que deve ser levado em consideração pelo judiciário é se o Pediatra teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico; se recorreu, ou não, a todos os meios ao seu alcance para a investigação do mal.

5. Responsabilidade civil do pediatra na ausência do termo de consentimento livre e esclarecido

A relação médico - paciente na Pediatria é composta pelo Médico/ Pais ou Responsáveis legais e o menor,

implicando em um processo de comunicação mais complexo, pois a decisão médica tem de ser democrática, com boa fé; e o consentimento livre e esclarecido deve ser documentado e registrado.

O Referido consentimento é um instrumento que possibilita a comunicação de como o Pediatra vai proceder, as alternativas de tratamentos, bem como os riscos e benefícios; tudo isso numa linguagem clara, e o profissional não poderá efetuar nenhum tipo de tratamento sem receber o consentimento, podendo ser refutado, em casos de urgência.

E a ausência do Termo de consentimento livre e esclarecido? Cabe Responsabilidade Civil do Pediatra?

O código de ética médica proíbe o Pediatra de efetuar qualquer procedimento, sem o termo; salvo quando houver perigo de vida. Não vou entrar aqui no mérito dos filhos menores de testemunhas de Jeová na transfusão de sangue; deixemos isso para outro estudo.

O pediatra incorre em responsabilidade civil, no caso de efetuar algum tratamento com ausência do termo. Podemos até afirmar que é um pré-requisito essencial para o tratamento do menor; e sua ausência é passível de indenização, devendo ser verificado onexo causal entre a omissão de informação e o dano, estabelecendo-se, assim, o dever de indenizar do profissional, por meio da composição de um risco acerca do qual deveria ter sido avisado.

O termo de consentimento livre e esclarecido deve ser objetivo, completo e acessível.

6. Conclusões

O presente artigo objetivou a discussão e o questionamento acerca do tema da responsabilidade civil dos Pediatras. Entre os muitos aspectos que compõem o tema, esse trabalho destaca a culpa do profissional, *stricto sensu*, por meio da constatação de negligência, imprudência ou imperícia, sendo exemplificada na modalidade prática e suas excludentes de Responsabilidade civil. Além disso, discutiram-se, também, também, a possibilidade de eventuais lides envolvendo a ausência do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Como tratado nesse artigo, o aumento do número de ações envolvendo os Pediatras levantou as hipóteses em que o profissional busca se defender e a devida atenção em relação às precauções que deve ter.

Este artigo possibilita ao Profissional da Saúde, o Pediatra, exercer sua especialidade médica, com ações preventivas, evitando futuras judicializações e fortalecendo o atendimento e o devido cuidado com os pacientes.

O leitor dispõe de uma linguagem clara, de fácil entendimento, possibilitando-se encontrar informações necessárias para defender seus direitos e deveres.

A importância de se tratar desse tema leva ao profissional médico (Pediatra) uma visão para enfrentamento das questões presentes na rotina dele, as quais demandam ações judiciais.

Por fim, o respeito às normas e às condutas alçadas no Código de Ética Médica deve ser observado e praticado, com intuito de se ter um atendimento humanizado e eficaz para com o menor.

Referências

NOGUEIRA, Roberto Wanderley; FERRAZ, Edmundo Machado. Erro médico e a prática não médica. In FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. Direito Médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 347.

MORAES, Irany Novah. Erro médico e a lei. São Paulo: Lejus, 1998.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 718, p. 33-53, 1995.

CHAVES, Antônio. Responsabilidade civil do ato médico. Revista Forense, São Paulo, v. 324, p. 17-22, 1993.

GODOY, Roberto. A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, n. 777, p. 87-116, jul. 2000.

SZTAJN, Rachel. A responsabilidade civil do médico: visão bioética. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Rio de Janeiro, v. 108, p. 7-15, 1997.

SANTOS, Alexandre Martins dos. Responsabilidade Civil do Médico. 1. ed. Rio de Janeiro: DOC, 2011.

POLICASTRO, Décio. Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Médica na Experiência Brasileira Contemporânea. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.
MARTIN, Leonard Michael. O erro médico e a má prática nos códigos brasileiros de ética médica. Bioética, Brasília, v. 2, p. 163-173, 1994.

A Vulnerabilidade dos Pacientes Raros e Direito à Saúde

Fabrizio Reis¹

1. Introdução

Quando comparamos o Brasil com outros Países em cenários que envolvem pessoas com doenças raras, podemos considerar nossa legislação bastante avançada. A proteção jurídica que tais pessoas têm é ampla e diversa, seja pela própria natureza de nossa Constituição Federal, seja pela existência do Sistema Único de Saúde – SUS.

Infelizmente, em contraponto, a realidade se impõe e ao passo que podemos contar com uma legislação inclusiva, enfrentamos os gravíssimos problemas de sua aplicação e a concretização desses direitos no mundo real.

A realidade dos pacientes com doenças raras é permeada de diversas vulnerabilidades que vão muito além de eventual hipossuficiência. Ela se manifesta em contexto

¹ Advogado, pós-graduado em Direito Processual Civil, MBA em Direito Médico e Proteção Jurídica Aplicada à Saúde, MBA em Direito Médico, Mestrando em Health Management, Sócio em Moreschi e Reis Advogados, cofundador IJEDS, Vice-presidente da Comissão de Direito à Saúde – OAB/DF, conselheiro-suplente no Conselho de Saúde de Brasília. *E-mail*: fabrizio@moreschiereis.com.br - [@fabrizio.az](https://www.instagram.com/fabrizio.az)

social, familiar, de mercado de trabalho e principalmente no âmbito médico.

2. Uma percepção *a priori* da vulnerabilidade

A vulnerabilidade das pessoas com doenças raras é, em dada maneira, um consenso intrínseco, mas lamentavelmente é um assunto que carece de debate e aprofundamento.

A apreensão desta percepção se dá de uma forma muito natural e inconsciente, contudo é importante disponibilizar substância à matéria transformando uma mera percepção em conhecimento objetivo.

Antes de adentrar nas particularidades da vulnerabilidade importante se faz entender mais a fundo:

2.1. O que é doença rara?

Segundo a Organização Mundial da Saúde², considera-se doença rara aquela que afeta até 65 pessoas em cada 100.000 indivíduos, ou seja, 1,3 pessoas para cada 2.000 indivíduos. Não se sabe o número exato de doenças raras, porém estima-se que existam 8.000 tipos diferentes de doenças raras em todo o mundo, dentre elas algumas que sequer foram descobertas. Cerca de 80% dessas doenças decorrem de fatores genéticos, as demais advêm de causas ambientais, infecciosas, imunológicas, entre outras.

Muito embora sejam individualmente raras, como um grupo, elas acometem um percentual significativo da

² Matéria. No Dia Mundial das Doenças Raras, Ministério da Saúde reforça importância do diagnóstico precoce. Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://aps.saude.gov.br/noticia/16037>>. Acesso em: 20 de abr. de 2022.

população estimado, no Brasil, em cerca de 17 milhões de pacientes raros, o que resulta em um desafio de saúde relevante.

As doenças raras podem ser:

Degenerativas: aquelas que causam a degeneração celular, de órgãos ou tecidos, comprometendo as funções vitais do indivíduo em caráter irreversível e crescente.

Proliferativas: Que ocasiona ou favorece a propagação rápida de bactérias ou produção em excesso de enzimas, células, substâncias etc., apresentando forte tendência à proliferação ou se espalhar facilmente.

As doenças raras variam muito não apenas de doenças para doenças, mas de pacientes para pacientes. Indivíduos que tem o diagnóstico da mesma doença podem apresentar sintomas completamente diferentes.

Uma grande dificuldade vivenciada pelos pacientes é que essas doenças apresentam uma miríade de sintomas e manifestações que emulam doenças comuns, dificultando o seu diagnóstico, causando elevado sofrimento clínico e psicossocial aos afetados, bem como para suas famílias.

Geralmente são crônicas, progressivas, incapacitantes e sem cura. Muitas apresentam altíssimo risco de morte, afetando a qualidade de vida dos pacientes e de suas famílias. Os tratamentos consistem em acompanhamento clínico, fisioterápico, fonoaudiológico, psicoterápico, entre outros, com o objetivo de aliviar os sintomas ou retardar seu aparecimento.

Entendendo o que são as doenças raras, surge o questionamento:

2.2. O que é vulnerabilidade?

Segundo o dicionário Priberam da Língua Portuguesa³:

vulnerável | *adj.* 2 g.

vul·ne·rá·vel

adjetivo de dois gêneros

1. Que se pode vulnerar.
2. Diz-se do lado fraco de uma questão ou do ponto por onde alguém pode ser ferido ou atacado.

Também podemos achar em uma simples pesquisa ao *google* a seguinte descrição: “Vulnerabilidade é a característica de **quem ou do que é vulnerável**, ou seja, **frágil, delicado e fraco**⁴.”

A vulnerabilidade é um tema bastante explorado pelo direito do consumidor, em especial Art. 4º, I do CDC, podendo ser técnica, jurídica, fática e informacional. Um primeiro olhar mais apurado mostra que a vulnerabilidade é a fraqueza e fragilidade de uma parte, em comparação à alguma coisa ou alguém forte e potente.

Apesar do avanço cognitivo em relação à natureza da vulnerabilidade, estes conceitos ainda não traduzem amplamente a realidade, vivência e experiência das pessoas com doenças raras.

³ "**vulnerável**", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2021. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/vulner%C3%A1vel>>. Acesso em 20 de maio de 2022.

⁴ Página de pesquisa google. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=vulnerabilidade&rlz=1C1CHBF_enBR921BR921&oq=vulnera&aqs=chrome.0.69i59j0i512j69i57j0i512l2j0i10i433j0i512l4.2393j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 20 de abr. de 2022.

Mas podemos aprofundar o conceito⁵ ao considerar a vulnerabilidade como uma situação de risco. Ou seja, o indivíduo não é frágil, em si, mas está inserido em uma posição de fragilidade, que pode se manifestar sob aspectos biopsicossocioculturais, com forte influência de aspectos geográficos e até mesmo espirituais. E essa relação o deixa em uma posição mais vulnerável às consequências ou desdobramentos dessa exposição.

Não se pode conceber vulnerabilidade como um caráter ou qualidade do indivíduo, mas tão somente como o resultado de uma relação deste indivíduo com algum ente, objeto ou situação que faça apontar este estado. A vulnerabilidade é uma situação de desigualdade e de exposição a algum perigo.

Segundo Wendy Rogers e Angela Ballantynen⁶ existem fontes de vulnerabilidade, a partir das quais seria possível estabelecer uma tipificação básica:

- a) vulnerabilidade extrínseca – ocasionada por circunstâncias externas, como falta de poder socioeconômico, pobreza, falta de escolaridade ou carência de recursos; e
- b) vulnerabilidade intrínseca – causada por características que têm a ver com os próprios indivíduos, tais como doença mental, deficiência intelectual, doença grave, ou os extremos de idade (crianças e idosos)

⁵ Dicionário do Desenvolvimento. Disponível em: <<https://ddesenvolvimento.com/portfolio/vulnerabilidade/>>. Acesso 20 de abr. de 2022.

⁶ ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. **Populações especiais: vulnerabilidade e proteção**. RECIIS – R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde, Rio de Janeiro, v. 2, p. 31-41, dez. 2008.

Mesmo sob o aspecto da vulnerabilidade intrínseca, que à primeira vista poderia ser considerada uma característica do indivíduo, a vulnerabilidade se manifesta não pelo indivíduo possuir uma determinada característica, mas sim quando inserido em uma situação de risco e desequilíbrio.

Sob essa perspectiva, a vulnerabilidade das pessoas com doenças raras pode ser caracterizada sob diversos aspectos, tais como:

Vulnerabilidade médica: é a realidade do paciente que enfrenta toda sorte de dificuldades para sequer conseguir o diagnóstico de sua doença. Após vencer esse primeiro obstáculo, ainda deve enfrentar a falta de estrutura do sistema de saúde para seu tratamento e a falta de preparo de profissionais de saúde em lidar e acolher este paciente.

Vulnerabilidade social e estrutural: As doenças visíveis são estigmatizadas, as doenças invisíveis são desacreditadas e o paciente é posto em uma posição de falta de acesso às suas necessidades básicas de locomoção, acesso à serviços, acesso à informação.

A falta de entendimento e conhecimento sobre as doenças raras faz com que pessoas dos círculos sociais frequentados pelo paciente se tornem distantes e hostis, assim como prestadores de serviço não tenham preparo para lidar com as necessidades deste paciente.

Vulnerabilidade econômica: Pacientes com doenças incapacitantes e degenerativas encontram diversos obstáculos para entrar e até mesmo se manter no mercado de trabalho, assim como encontram dificuldades de auferir renda mesmo no mercado autônomo ou informal. Pacientes que precisam de terapias ou tratamentos intensos sofrem perseguição de empregadores ou são demitidos por conta disso.

Vulnerabilidade familiar: Pacientes com doenças raras enfrentam o preconceito por parte de familiares. A realidade de convivência com uma doença rara impacta de forma intensa todos os membros do núcleo familiar/domiciliar

Muito comumente as mães desses pacientes devem abandonar sua carreira, trabalho ou estudos para se dedicar a ser cuidadora em tempo integral, o que pode comprometer a renda familiar.

O abandono parental infelizmente é uma realidade, Homens abandonam suas companheiras quando descobrem que o filho tem alguma doença rara ou deficiência.

Vulnerabilidade política: O Brasil ainda está muito atrasado em quesitos de assistência social, políticas públicas e protocolos de atenção integral à pacientes. As Leis que tratam da matéria são costumeiramente descumpridas e são oferecidos poucos benefícios ou assistências estatais aos pacientes em situação de pobreza.

O Brasil não tem sequer uma política pública, lei ou programa de apoio às cuidadoras familiares e os poucos benefícios disponíveis como o BPC/LOAS não são acessíveis à grande parte dessa população, seja por falta de informação, falta de apoio, falta de acesso à internet etc.

3. Existe solução?

O SUS possui uma Política Nacional de Educação Permanente em Saúde desde 2004 e o Programa para Fortalecimento das Práticas de Educação Permanente (pro eps-sus) desde 2017.

Além disso, recentemente foi estabelecida a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, permitindo maior atenção, pesquisa e incorporação de protocolos de tratamento para doenças raras.

A população brasileira conta com 21 Centros de Referência Especializada, mas este número é insuficiente para suprir a demanda de pacientes com doenças raras do País, estimada em mais de 13 milhões de pacientes.

As doenças raras são um desafio mundial em matéria de saúde pública. Frise-se que quando falamos de políticas públicas estamos muito atrasados, uma vez que nos EUA existem leis que regulamentam a matéria desde 1980 e na União Europeia a partir de 2000, enquanto o Brasil institucionalizou a atenção às doenças raras somente em 2014 por meio da portaria nº 199/2014 do Ministério da Saúde que diz em seu preâmbulo:

Institui a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, aprova as Diretrizes para Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e institui incentivos financeiros de custeio.

O País voltou seu olhar, institucionalmente, às doenças raras há apenas 8 anos. As políticas públicas e a maturidade legislativa brasileira ainda são incipientes, mas apresentam ampla oportunidade de crescimento.

4. Conclusões

Ainda há muito a se construir e é cada vez mais necessário a criação de novos centros especializados, que incentivem a capacitação constante dos profissionais de saúde, com treinamento adequado gerando excelência no atendimento e maior acolhimento e proteção aos pacientes, protegendo-os contra tratamento ineficiente ou inadequado (vulnerabilidade médica).

Assim como já é urgente a desburocratização e o boa governança do SUS para adequação, atualização e incorporação de novos tratamentos e tecnologias, sendo que a busca

por soluções demanda a percepção e compreensão de que saúde não é apenas a falta de doenças, mas, assim como preconizado pela OMS, saúde é o bem-estar físico, mental, social e espiritual e crescimento econômico, inclusivo, familiar e cultura.

Da mesma forma, compreender que direito ou acesso à saúde não se restringe apenas à oportunidade de atendimento em unidades básicas de saúde ou hospitais, pois a ampla proteção à saúde como um direito constitucional e como expressão de cidadania e civilidade impõe a proteção e garantia da qualidade de vida dos indivíduos, em especial para aqueles em situação de vulnerabilidade, recaindo em perfeita harmonia com os mais diversos direitos básicos como educação, saneamento básico, atividades culturais e segurança, afinal, falar de saúde é falar de direitos humanos.

Referências

Dicionário do Desenvolvimento. **Vulnerabilidade**. Disponível em: <<https://desenvolvimento.com/portfolio/vulnerabilidade>> Acesso em 20 de abr. de 2022.

MO, Cláudio Márcio do. **Grupos minoritários, grupos vulneráveis e o problema da (in)tolerância: uma relação linguístico-discursiva e ideológica entre o desrespeito e a manifestação do ódio no contexto brasileiro**. Revista do Instituto de Estudos Brasileiros. Brasil, n. 64, p. 201-223. 2016.

No Dia Mundial das Doenças Raras, Ministério da Saúde reforça importância do diagnóstico precoce. **Ministério da Saúde**. Disponível em: <<https://aps.saude.gov.br/noticia/16037>>. Acesso em 20 de abr. de 2022.

Página de busca. **Vulnerabilidade**. Google. Disponível em: <
https://www.google.com/search?q=vulnerabilidade&rlz=1C1CHBF_enBR921BR921&oq=vulnera&aqs=chrome.0.69i59j0i512j69i57j0i512i2j0i10i433j0i512i4.2393j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em 20 de abr. de 2022.

ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. **Populações especiais: vulnerabilidade e proteção**. RECIIS – R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde. Rio de Janeiro, v. 2, p. 31-41. 2008.

A Publicidade Médica e da Saúde à Luz de uma Interpretação Atual sobre o Fenômeno da Digitalização das Profissões e o Uso das Mídias Sociais

Milla Bezerra Damasceno¹

1. Introdução

Falar em publicidade na área da saúde traz, para muitos, a ideia de “venda” de serviços de maneira invasiva e em desrespeito a ética profissional. Contudo, precisamos debater a utilização e divulgação por meio da propaganda em saúde, até para melhor entendermos: quais são seus limites necessários.

O avanço das mídias sociais, em especial aplicativos como *Instagram* e *Tiktok*, consagrou um novo palco e espaço profissional para diversos médicos, dentistas e nutricionistas, que, impulsionados por um contexto de pandemia Covid-19, viram, nesses meios, uma forma de falar com seu paciente de modo próximo e genuíno.

Ainda que tenha recebido um empurrão extraordinário com a pandemia, a Publicidade em Saúde sempre fez parte do

¹ Advogada, atuante no Brasil e em Portugal. Membro efetivo da comissão especial de Direito Médico e da Saúde da OAB/BA. E-mail: millabdasceno@hotmail.com.

cotidiano da vida em sociedade, de maneira, por vezes, essencial.

São campanhas de vacinação, prevenção ao câncer, combate ao tabagismo e febre amarela, que servem como fonte de educação e informação ao maior número de brasileiros possível, distribuídas por meio de novas tecnologias.

Todavia, também não é novidade, a preocupação com o controle da qualidade dessa informação propagada.

Em 1932, o Decreto 20.931 já apresentou diretrizes sobre os “anúncios médicos”. Em seguida, em 1942, Decreto-Lei 4.113, trouxe regras bem claras sobre a publicidade, para médicos e cirurgiões-dentistas.

A questão ganhou ainda mais estrutura e coesão, com a criação dos Conselhos de Medicina (Lei 3.267/57), em 1957, e dos Conselhos de Odontologia (Lei 4.324), em 1964. Foi quando o fator ético-profissional, em verdade, ganhou ditames próprios, para melhor tutela da sociedade.

Em sequência, o Conselho Federal de Medicina e os demais, melhor se muniram de regramentos que protegessem a utilização de veículos midiáticos, para dosar a participação do profissional de a saúde, direcionando sua atuação presencial e online para buscar a mais eficiente maneira de lidar com a conduta do operador de saúde e compatibiliza-la as ideologias do seu conselho de classe.

Entretanto, atualmente, enfrentamos o fenômeno da utilização de aplicativos em redes sociais que oportunizam a alguns desses profissionais o status de “influencers”. Inaugurando, assim, um nova “era” de digitalização das profissões, na qual o profissional da saúde compartilha conhecimento técnico, em linguagem mais informal, retêm atenção do seu público alvo, conquista um número de seguidores fiéis

e assíduos e transforma cliques em consultórios cheios de novos pacientes.

Diante desse contexto, ascende a necessidade de discutir esse novo local profissional de saúde que estamos sendo apresentados e que é uma realidade, não um momento transitório de pandemia.

2. A Publicidade médica e da saúde á luz de uma interpretação atual sobre o fenômeno da digitalização das profissões e o uso das mídias sociais

Na história da humanidade, independentemente do tipo de sociedade, sempre houve aquele que tratava dos enfermos e exercia o cuidado paliativo. Este trabalhador da saúde, sempre tão presente no crescer individual e coletivo, conserva, no iter da sua profissão, conseqüentemente, ditames e princípios caracteristicamente tão antigos quanto a própria existência humana.

Não é à toa que o próprio Código de Ética Médica, de 1988, tem sua base axiológica ensinamentos de Hipócrates, e que até os dias atuais, são palavras do filosofo de 377 a.C., que compõe o juramento dos formandos do curso de Medicina. No entanto, a ciência médica não é instantane, ela se desenvolve conjuntamente com as trocas sociais.

Nesse cotejo, a supremacia do interesse público sobre o privado, é imprimida pelo Estado, através da criação dos Conselhos de Classe, dentro das profissões das ciências da saúde, como mecanismo, de fiscalizar e regular a sua atividade

no território nacional. Como bem explica o Professor Osvaldo Simonelli²:

“Essa concessão, na verdade, demonstra o interesse do Estado em manter certo controle sobre uma profissão que sempre teve ligação direta com as atividades estatais, pelo menos a partir do denominado “Brasil República”, no início do século XX, e que a partir da Lei nº 3.268/57 passou a ser “regulamentada”. (...) Com o fim da monarquia e a proclamação da República, o Estado passou a ter mais interesse na realização de políticas públicas voltadas à Saúde, com o controle de determinadas epidemias. O governo populista de Getúlio Vargas deu mais atenção à saúde dos trabalhadores, a criação dos Conselhos de Medicina por Juscelino Kubistcheck, chegando à idéia de um Sistema Único de Saúde com a Constituição Federal de 1988 “

Com os olhos voltados para a saúde, o Brasil, por diversas vezes, utilizava das mídias sociais disponíveis, como: rádios, televisores e internet para educar, informar e disciplinar a população quanto a prevenção e riscos à saúde individual e coletiva.

É dizer, portanto, que a publicidade é mecanismo essencial do “falar” de saúde, especialmente dentro da atividade médica. Até mesmo, se tornando instrumento fundamental para que sejam divulgadas novas práticas de curas, métodos de tratamento e para que os programas públicos tenham maior eficácia.

Entretanto, apesar de todas as benesses, a preocupação também é enorme, especialmente, quando a Internet ganha cada vez mais espaço e essencialidade.

² Prof. Osvaldo Simonelli, in “O Sensacionalismo na Atividade Médica”. Ética em Publicidade Médica. CREMESP, 2006.

Com a realidade pandêmica Covid-19, houveram mudanças basilares na vida em comunidade, entre elas, destaca-se aqui: (i) a maior abrangência e disseminação do mundo online (como fonte de refúgio, informação e entretenimento dos brasileiros de diversas faixas etárias e condições financeiras), (ii) crescimento de plataformas como *Facebook*, *Instagram* e *Tiktok* e (iii) a mais ampla visibilidade, destaque e relevância dos profissionais de saúde e da área da saúde no cotidiano da sociedade.

Consequentemente, houve uma maior atenção ao trabalho dos profissionais de saúde, não só por estarem na linha de frente de combate a situação crítica e desafiadora pandêmica, mas por se tornarem ainda mais, aos olhos do mundo, fontes de respeito, inspiração e informação.

Logo, a disseminação de informações e a presença digital, ainda que, por vezes, essencial, começava a se tornar, por outro lado, preocupante.

Profissionais de saúde tomaram as redes sociais publicando, informando, mostrando seu dia a dia, fotografando seus pacientes e procedimentos realizados, numa avalanche de *posts*, com redes sociais administradas pelo próprio profissional, ou por empresas terceirizadas, sem se atentar para a necessidade de adequação àquela matéria estudada na faculdade e negligenciada por muitos: a ética.

Sendo fundamental, portanto, antes de se pensar em estar ativamente numa rede social, verdadeiramente aprender e estudar, o que é permitido e o que não é. Vale, então, se voltar ao que a ética em saúde ensina sobre o uso das mídias sociais.

A resolução nº 1.246/88 que instituiu o Código de Ética Médica, atualmente em plena vigência, regulamentou a

publicidade médica, vejamos alguns artigos que nesse contexto merecem destaque:

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

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

Art. 115. Participar de anúncios de empresas comerciais, qualquer que seja sua natureza, valendo-se de sua profissão.”

Logicamente, mediante a inauguração de um novo tipo de relação médico-paciente, com a abrangência da Internet, emergiu a necessidade de elucidar como o médico deve agir para manter o profissionalismo e a ética. Assim, o Conselho Federal de Medicina brasileiro (CFM) publicou, além do Código de Ética Médica, resoluções de orientação para os profissionais.

A Resolução nº 1.974/2011 do CFM inclui alguns critérios para participação de médicos nas redes sociais. Destaca-se, ainda, a Resolução do CFM nº 2.126/2015, que expõe ser proibido ao médico a publicação nas mídias sociais de autorretrato (*selfie*), imagens ou áudios que caracterizem sensacionalismo, concorrência desleal ou autopromoção.

Em seguida, o CFM publicou a Resolução nº 2.133/2015, que alterou o Anexo I da Resolução CFM no 1.974/2011, a qual aborda critérios para a relação dos médicos com a imprensa (programas de televisão e rádio, jornais, revistas), no uso das redes sociais e na participação em eventos.

Ressalta-se, nesse contexto, que não se trata apenas de um conjunto de normas, mas um regramento que objetiva, em essência, mostrar como o médico precisa agir profissionalmente. Assim, aponta-se o não fazer, para, então, elucidar o que se procura daquele indivíduo de jaleco.

Ainda que sejam algumas práticas até mesmo corriqueiras e simplórias numa rede social, o não fazer não é só um deslize, em realidade, são infrações éticas. Não há melhor exemplo do que o artigo 9º da Resolução 1.974/2011 do CFM, abaixo que veda o sensacionalismo:

§ 2º Entende-se por sensacionalismo:

- a) A divulgação publicitária, mesmo de procedimentos consagrados, feita de maneira exagerada e fugindo de conceitos técnicos, para individualizar e priorizar sua atuação ou a instituição onde atua ou tem interesse pessoal;
- b) Utilização da mídia, pelo médico, para divulgar métodos e meios que não tenham reconhecimento científico;
- c) A adulteração de dados estatísticos visando beneficiar-se individualmente ou à instituição que representa, integra ou o financia;
- d) A apresentação, em público, de técnicas e métodos científicos que devem limitar-se ao ambiente médico;
- e) A veiculação pública de informações que possam causar intranquilidade, pânico ou medo à sociedade;
- f) Usar de forma abusiva, enganosa ou sedutora representações visuais e informações que possam induzir a promessas de resultados.

É importante, nesse contexto, ressaltar o papel do CODAME, Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos, que inclusive já desenvolveu um manual de regulamentação da atividade e exercício profissional no que concerne à publicidade e *marketing* médico.

Não é dizer, que o profissional está impedido de divulgar seus serviços nas mídias sociais, só que deve aprender a como se posicionar assertivamente e com responsabilidade.

Aos nutricionistas, outro profissional da saúde muito presente nas redes sociais, também é um tema que merece as seguintes pontuações do próprio Código de Ética e Conduta do Nutricionista:

“Art. 54. É direito do nutricionista divulgar sua qualificação profissional, técnicas, métodos, protocolos, diretrizes, benefícios de uma alimentação para indivíduos ou coletividades saudáveis ou em situações de agravos à saúde, bem como dados de pesquisa fruto do seu trabalho, desde que autorizado por escrito pelos pesquisados, respeitando o pudor, a privacidade e a intimidade própria e de terceiros.

Art. 55. É dever do nutricionista, ao compartilhar informações sobre alimentação e nutrição nos diversos meios de comunicação e informação, ter como objetivo principal a promoção da saúde e a educação alimentar e nutricional, de forma crítica e contextualizada e com respaldo técnico-científico.

Parágrafo único. Ao divulgar orientações e procedimentos específicos para determinados indivíduos ou coletividades, o nutricionista deve informar que os resultados podem não ocorrer da mesma forma para todos.

Art. 56. É vedado ao nutricionista, na divulgação de informações ao público, utilizar estratégias que possam gerar concorrência desleal ou prejuízos à população, tais como promover suas atividades profissionais com mensagens enganosas ou sensacionalistas e alegar exclusividade ou garantia dos resultados de produtos, serviços ou métodos terapêuticos.”

O profissional da saúde merece receber a contraprestação digna pelo serviço. O que tenta se dirimir através de

tais regramentos é que haja o direito de concorrência pelos pacientes em iguais condições com os demais profissionais equiparados.

A busca, em verdade, é para que haja manutenção da base e princípios que guardam a essência e respeito a profissão da saúde. Todavia, também se faz necessário que ocorram adequações, com fito de melhor conversar com a realidade contemporânea.

Nesse passo, o Conselho Federal de Odontologia com essa grande expressão e repercussão do aumento do uso das redes digitais, como veículo de divulgação de assuntos e procedimentos odontológicos, em 2019, publicou a resolução 196/2019, que tornou viável o uso de imagem do paciente, desde que haja assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido autorizando a publicação.

Ainda que todas sejam profissões da área da saúde, cada Conselho Profissional entende por reger sua área de forma autônoma e compatível com o que é cabível, ou não, para sua atividade e exercício profissional.

Cumprir esclarecer que a ética na saúde, independente da área, fornece contornos fundamentais à proteção de coletividade e da própria profissão que também não pode ficar exposta a conceitos e informações irregulares, exageradas e mal transmitidas.

O que se procura resguardar é o profissional, paciente e a profissão. Caso não respeitadas as regras, consequentemente, penalidades também são impostas a esses profissionais de saúde.

As penas disciplinares aplicáveis após tramitação do processo e julgamento: advertência confidencial; censura confidencial; censura pública em publicação oficial; suspensão

do exercício profissional por 30 (trinta) dias e cassação do exercício profissional.

A chave unânime da questão é divulgar sempre com o condão educativo e elucidativo, tendo a compreensão de que: o objetivo maior não é para obter vantagem, mas sim para levar conhecimento.

Sendo assim, é fundamental que o profissional da saúde seja livre para compartilhar conteúdo, porém, respeite: as regras ético-profissionais, seus limites (como pertencente a sua profissão) e compreenda as consequências éticas, profissionais, jurídicas e financeiras do uso indevido das mídias sociais.

3. Conclusões

É notório que com a explosão da Internet têm-se um profissional que anseia para usar esse novo instrumento, mas que, por vezes, erra, e pode ser condenado por desobediência de questões-base, como: anunciar aparelhagem de forma a lhe atribuir capacidade privilegiada ou garantir, prometer ou insinuar bons resultados do tratamento³.

A conduta social ao usar a Internet tem, devida a profissão exercida, ditames, princípios e freios especiais, que colocam o profissional da saúde com responsabilidades a mais e, conseqüentemente, exigem posicionamentos compatíveis com o posto pelo Conselho de Classe.

É necessário que se proteja os três elos principais dessa equação: paciente, profissional e profissão. O que não pode

³ Art. 3, a e k, da Resolução CFM nº 1.974, de 14 de julho de 2011, alterada pela Resolução CFM nº 2.126, de 16/07/2015, alterada pela resolução CFM nº 2.133, de 12/11/2015.

ocorrer é uma limitação da participação desse profissional, ou até mesmo um impasse, por não saber, o conselho profissional, como lidar com a rapidez do mundo da Internet.

A realidade tecnológica à classe de trabalhadores da saúde é irreversível. São necessários mecanismos de fiscalização da utilização da Internet, como também um maior interesse do profissional em conhecer e respeitar os limites profissionais da sua atuação e vida online.

Afinal, as consequências dessa utilização irregular podem prejudicar a vida do operador da saúde, trazendo não só o desdém de lidar e conviver com um processo judicial, mas ainda repercutindo na esfera administrativa, da responsabilidade perante ao conselho de classe, que pode chegar, ao máximo, de decidir por uma cassação do exercício profissional. Fora, e somado, ao prejuízo e custo financeiro a ser pago.

A conduta profissional não é a mesma da conduta pessoal nas mídias sociais. É preciso entender que a ética compõe todos os contextos do ser médico, dentista, nutricionista, outros, como verdadeiro sinal de respeito a profissão e aos demais colegas em exercício.

É dizer, portanto, que a Internet é meio de expansão e não vantagem. O fenômeno da digitalização das profissões traz a interessante possibilidade de propagação profissional, mas, em conjunto, também, carrega o dever ao respeito a ética profissional, haja vista que internet “não é terra de ninguém” e, muito menos, terra sem ética.

Referências

BRASIL. Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957. **Dispõe sobre os conselhos de medicina**, e dá outras providências. Diário Oficial da União, de 1 de out. de 1957. p. 23013.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.701, de 25 de setembro de 2003**. Estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, n. 187, 26 set. 2003. Seção 1, p. 171-2.

_____. _____. **Resolução nº 1.036, de 19 de dezembro de 1980**. Estabelece normas a respeito de anúncios (Revogada pela Resolução CFM n. 1.701/2003).

_____. _____. **Resolução CFM Nº 1.974 de 14 de julho de 2011**. Estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. Diário Oficial da União. Brasília, 19 ago. 2011; Seção I, p. 241-244. 12.

_____. _____. **Resolução CFM Nº 2.126 de 16 de julho de 2015**. Altera as alíneas “c” e “f” do art. 3º, o art. 13 e o anexo II da Resolução CFM nº 1.974/11, que estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. Diário Oficial da União. Brasília, 01 out. 2015. Seção I, p. 131. 13.

_____. _____. **Resolução CFM Nº 2.133 de 12 de novembro de 2015**. Altera o texto do Anexo I – Critérios para a relação dos médicos com a imprensa (programas de TV e rádio, jornais, revistas), no uso das redes sociais e na participação em eventos (congressos, conferências, fóruns, seminários etc.) da Resolução CFM nº 1.974/11. Brasília, 19 dez. 2015. Seção I, p. 248.

CÓDIGO DE ÉTICA E CONDUTA DO NUTRICIONISTA.

Disponível em: <https://www.cfn.org.br/wp-content/uploads/2018/04/codigo-de-etica.pdf>.

CREMESP. Ética em Publicidade Médica. 2ª Edição. 2006.

Uso da Inteligência Artificial na Saúde e Repercussões na Responsabilidade Civil

Maria da Glória Virginio Barbosa¹

1. Introdução

Em âmbito mundial, tem ocorrido transformações nas intervenções médicas provenientes das inovações tecnológicas, a exemplo da Inteligência Artificial (IA), um campo da tecnologia que tem a finalidade de desenvolver sistemas que reproduzam a capacidade humana de análise de um problema.

Deve-se consignar, entretanto, que todo esse universo de inovações tecnológicas à serviço da saúde, se, por um lado, propicia a concretização de muitas atividades (a exemplo da verificação de dados e diagnósticos de forma mais célere e eficaz, do aprimoramento nos cuidados com a saúde), implica também a interferência do Direito, principalmente nas questões afetas a responsabilidade civil decorrente de danos causados aos pacientes.

Atualmente, no Brasil, a matéria é tratada de forma esparsa, com poucas reflexões. Entretanto, a Câmara dos De-

¹ Advogada, pós-graduada em Direito Civil Constitucional; Direitos Humanos Econômicos e Sociais (ESMA/UFPB); Prática Judicante (ESMA/UEPB); Formação Direito Médico (Centro de Ensino em Direito Médico e da Saúde Ltda.Me). Licenciada em História (UEPB). Servidora Pública: assessora jurídica na SEECT.E-mail: gloriaginio@hotmail.com.

putados aprovou, no dia 29 de setembro de 2021, o Projeto de Lei 21/20, objetiva disciplinar o uso da Inteligência Artificial pela Administração Pública Direta e Indireta, pessoas jurídicas de direito privado, entidades e pessoas físicas. Tal projeto, tem como um dos parâmetros resguardar os ditames do Regime Democrático os direitos humanos, os direitos fundamentais e políticos da República Federativa do Brasil.

2. Inteligência artificial

A Inteligência Artificial está presente em vários ramos do conhecimento. Na educação, este instrumento tem sido cada vez mais necessitado como ferramenta didática. Na economia, destaca-se em estudos e em mercado. Seus aproveitamentos vão desde realização de tarefas humanas, passando por consignação de conteúdos até o prognóstico de acontecimentos porvindouros. Várias dessas aplicações têm cooperado com inovações em diferentes pesquisas biológicas, sobretudo, na medicina.

“Desde os primeiros anos do século XXI o mundo acompanha o crescimento acelerado de um conjunto de tecnologias chamadas de IA. Seu peso e influência é maior a cada dia e seus impactos já podem ser sentidos em praticamente todas as esferas da vida econômica e social.”

Lobo (2018) afirma que a IA é um ramo da ciência da computação que se propõe a desenvolver sistemas que simulem a capacidade humana de percepção de um problema, identificando seus componentes para, com isso, resolver problemas e propor/tomar decisões.

Diante dos argumentos acima expostos, entendemos pela grande contribuição da inteligência artificial em vários ramos do conhecimento, mormente na área da medicina.

3. Inteligência artificial e medicina

Devido as inovações tecnológicas pertinente à Inteligência Artificial e de suas interferências no setor da saúde de forma ampla, propiciando a concretização de muitas atividades, bem como a verificação de dados com resultado mais apressurado e eficaz, aprimoramento nos cuidados com a saúde, incluindo atendimento clínico aprimorado e mais precisão nos diagnósticos de doenças, faz necessário a interferência do Direito, no que se refere aos princípios bioéticas e o conceito de responsabilidade civil.

Lemes e Lemos (2020) apontam que:

“Inteligência artificial (IA) se tornou um campo bastante explorado na área da saúde, já que pode possibilitar maior precisão no diagnóstico e no tratamento de doenças. Atualmente, devido ao elevado número de dados disponíveis, o *machine learning* é extremamente importante na medicina para conseguir agilizar os diagnósticos de paciente”

Nesse diapasão, apesar de Organismos Internacionais na área da saúde reconhecerem a influência das inovações tecnológicas na área da medicina, ainda não temos segurança em sua aplicação, posto não haver regramento no Ordenamento Jurídico Brasileiro, o que poderá implicar na possibilidade de violações de direitos fundamentais, bem como a possibilidade de não responsabilização civil, penal e administrativa dos responsáveis.

Experimentamos ainda, uma grande preocupação com a questão ética, posto que a atuação da tecnologia envolve dados sensíveis dos pacientes que precisam ser protegidos, e não temos ainda regulamento no ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas recomendações em âmbito internacional a Organização Mundial de Saúde.

Daí a necessidade de efetividade da equidade na saúde, mormente diante das inovações tecnológicas, uma vez que algumas pesquisas confirmam que a aplicação da Inteligência Artificial pode ampliar o desequilíbrio no setor da saúde, como por exemplos a redução do controle humano, a probabilidade de transferência de responsabilidade humana a fornecedores, desenvolvedores e designers envolvidos no processo de criação.

Diante desse cenário, a Câmara dos Deputados do Brasil aprovou, no dia de setembro de 2021, o Projeto de Lei 21/20, o qual objetiva disciplinar o uso da Inteligência Artificial pela Administração Pública Direta e Indireta, pessoas jurídicas de direito privado, entidades e pessoas físicas. Tal projeto, tem como um dos parâmetros resguardar os ditames do Regime Democrático os direitos humanos, e os direitos fundamentais e políticos da República Federativa do Brasil.

Depreende-se assim que, apesar da grande contribuição da tecnologia na saúde como por exemplos: a telemedicina, cirurgias robóticas e inteligência artificial, faz necessário analisar a possibilidade de danos aos administrados e usuários e quem deverá arcar com possíveis responsabilidades civis no dever de reparação.

Assim, levando-se em consideração que a maioria dos dados utilizadas pelas instituições públicas e privadas da

prestação de serviços relacionados à saúde, são dados sensíveis dos pacientes que podem possibilitar a violação de direitos fundamentais, liberdade, privacidade, garantias constitucionais. As informações de saúde dos pacientes e consumidores são consideradas como dados sensíveis, exigindo dessa forma muita cautela na utilização dos mesmos, ensejando, assim, a observância normativa da Lei Geral de Proteção de Dados.

4. Responsabilização civil decorrente do uso da inteligência artificial na área da saúde

A difusão da técnica da IA na contemporaneidade enseja vários questionamentos referente a responsabilidade civil, tendo em vista identificar o(s) agente(s) responsável(is) pelas decisões oriundas dos sistemas autônomos, visto que o mesmo não tem personalidade jurídica, por ser um requisito indispensável para ensinar direitos e obrigações na ordem civil.

Por conseguinte, apesar da aprovação do Projeto de Lei, nº 20/21, a falta da regulação efetiva sobre os possíveis danos decorrente da aplicação da IA no campo da saúde poderá causar danos que poderão não serem reparados, em virtude da não identificação do agente causador do dano individual ou coletivo.

O uso da IA na saúde configura um rompimento do relacionamento padronizado das pessoas envolvidas na disponibilização de serviço no setor da saúde. De forma que, antes da aplicação desta tecnologia, o paciente que suportasse um dano decorrente de diagnóstico ou procedimento inadequado para o paciente, conseguiria com facilidade identificar o causador do dano. No entanto, com a utilização da Inteligência Artificial, além do médico, outros agentes também

poderão ser responsabilizados civilmente, penalmente e administrativamente.

Neste interim, Moraes (2006) pontua:

Que a responsabilidade civil é uma ferramenta jurídica flexível e de ampla aplicabilidade, capaz de abrigar interesses novos que apresentam uma demanda por proteção “e que de outra maneira ficariam desprotegidos, porque ainda não suficientemente amadurecidos para receberem atenção e, portanto, regulamentação própria por parte do legislador ordinário.

No entanto, para Tepedino (2012), as novas tecnologias “rompem com os compartimentos do direito público e do direito privado, invocando, a um só tempo, regulação de natureza privada e de ordem pública”.

Diante de todo o exposto, verifica-se que o regramento de responsabilização vigente, não se adequa a inteligência artificial, pois não dispõe de personalidade jurídica, daí a premente necessidade de analisar a possibilidade de regulação para responsabilidade civil decorrente de atos de tal sistema tecnológico aplicado no setor da saúde, levando em consideração normas fundamentais, genéricas e princípios gerais do direito.

5. Conclusões

A adaptação do sistema de responsabilidade civil em virtude das inovações tecnológicas é de grande necessidade para a sociedade, tendo em vista a probabilidade de o atual regramento não amparar os potenciais riscos. Assim, se o ordenamento jurídico brasileiro não se adequar para respon-

der as demandas decorrentes de danos do uso da inteligência artificial, vítimas poderão não ser indenizadas pelos danos suportados.

Nesse contexto, apesar de ser indiscutível a importância da IA na área da saúde, também é inquestionável que essa inovação impõe uma mudança na relação entre os agentes na prestação do serviço de saúde.

Portanto, a falta de atualização do regime de responsabilidade civil pelo ordenamento jurídico brasileiro de acordo as inovações tecnológicas aplicadas no campo da saúde, poderá comprometer a compensação das vítimas pelos danos suportados.

Referências

- GODINHO, A. G. **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. Coordenado por Guilherme Magalhães Martins, Nelson Rosevald, Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2020.
- GODINHO, A. G. **Responsabilidade Civil e Medicina**. Coordenado por Joyceane Bezerra de Menezes, Luciana Dadalto, Nelson Resevald. – ed.- Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2020.
- LOBO, L. C. Inteligência artificial, o futuro da medicina e a educação médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**, Brasília, v. 42, n. 3, p. 3-8, 2018.
- MORAES, M. C. B. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito**, Estado e Sociedade, n. 29, 2006.
- Direito Civil e tecnologia / Marcos Ehrhardt Júnior, Marcos Catalan, Pablo Malheiros (Coord.). – Belo Horizonte: Fórum, 2020.

TEPEDINO, G. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. **(Syn)Thesis**, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012.

TEPEDINO, G.; SILVA, R. G. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 21, n. 3, p. 01- 21, 2019.

Projeto de Lei 21/20. <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>.

Relatório global e princípios orientadores sobre inteligência artificial na saúde publicado pela Organização Mundial de Saúde.
<https://brasil.un.org/pt-br/133507-oms-publica-relatorio-global-e-principios-orientadores-sobre-inteligencia-artificial-na>.

A Importância do Letramento em Saúde para o Direito Médico e da Saúde

Ronaldo Souza Piber¹

1. Introdução

A autonomia humana, de acordo com o pensamento moral, social e jurídico moderno, está enraizada na liberdade inerente de cada indivíduo. A liberdade dos seres humanos requer uma capacidade de autodeterminação e de chegar às próprias conclusões (CANOTILHO, 2017). É o que chamamos de livre arbítrio.

Cabe destacar que a preocupação com a autonomia se expressa em temas relativos à intimidade e à privacidade da pessoa, implicando que o indivíduo é o gestor de sua própria vida, segundo sua própria visão (SARLET, 2012).

A partir disso, em 1979, *Beauchamp e Childress* publicaram o livro: *Principles of Biomedical Ethics*, apresentando uma Bioética Principlista, fundamentada em quatro pilares básicos: (i) da não maleficência; (ii) da beneficência; (iii) do respeito à autonomia; e, (iv) da justiça (BEAUCHAMP;

¹ Advogado Especialista em Direito Médico e da Saúde. Mestrando em Bioética na Universidad Europea del Atlántico - UNEATLANTICO. Mestrando em Direito Médico na Universidade Santo Amaro – UNISA. Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil – 93ª Subseção Pinheiros. Membro da Rede Brasileira de Letramento em Saúde – REBRALS. Contato: rspiber@gmail.com

CHILDRESS, 2002). Assim, no campo do Direito Médico e da Saúde, quando falamos em autonomia, na realidade, estamos pressupondo que o paciente consegue entender os conceitos passados pelos profissionais da saúde, de maneira que atinja a total compreensão.

Para que o paciente compreenda a obtenção de informações e esclarecimentos do profissional de saúde sobre prognósticos, diagnósticos, condutas e autocuidado em saúde necessita compreender a escrita, a numeramento, os desenhos, os materiais visuais e o uso das animações que são apresentadas durante a consulta (CORDEIRO; SAMPAIO, 2019). Ou seja, não existe autonomia sem conhecimento e não existe conhecimento sem uma comunicação eficaz. É justamente isso que iremos tratar a seguir.

2 . Letramento em saúde (ls)

Antes de adentrarmos no LS, importante esclarecer inicialmente o que é Letramento Funcional (LF). Letramento é definido como o fenômeno que resulta do processo de aprender a ler e escrever; define-se também como o estado ou condição que uma pessoa – ou um grupo social – obtém depois de se apropriar da escrita e das atividades sociais que a acompanham (CORDEIRO; SAMPAIO, 2019). A definição do LF ocorreu a partir de publicação da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco):

Uma pessoa é funcionalmente letrada quando pode participar de todas aquelas atividades nas quais a alfabetização é necessária para o efetivo funcionamento de seu grupo e comunidade e, também, para capacitá-la a continuar usando

a leitura, a escrita e o cálculo para seu próprio desenvolvimento e o de sua comunidade (UNESCO, 2014).

Aplicando esse conceito ao campo da saúde, derivamos a Alfabetização Funcional em Saúde ou LS ou ainda *Health Literacy* (Literacia em Saúde), que representa a capacidade cognitiva de compreender, interpretar e aplicar informações escritas ou orais sobre saúde. A Organização Mundial de Saúde define o LS como:

(...) o conhecimento e as competências pessoais que se acumulam por meio de atividades diárias, interações sociais e entre gerações. O conhecimento e as competências pessoais são mediados pelas estruturas organizacionais e pela disponibilidade de recursos que permitem que as pessoas acessem, compreendam, avaliem e usem informações e serviços de forma a promover e manter a boa saúde e o bem-estar para si e para aqueles ao seu redor (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2021).

Como resultado disso, o LS hoje inclui habilidades em quatro áreas: conhecimento cultural e conceitual, alfabetização oral (falar e ouvir), alfabetização escrita (ler e escrever) e numeramento (capacidade de lidar com números) (HUHTA; HIRVONEN; HUOTARI, 2018). Essa visão reconhece o papel crítico do conhecimento e das habilidades das pessoas para acessar, compreender e usar informações de saúde para fazer escolhas diárias sobre prevenção e promoção da saúde que melhorem a qualidade de vida (FERNÁNDEZ-GUTIÉRREZ *et al.*, 2018).

Como o LS é tipicamente superestimado nos serviços de saúde, é natural que os profissionais de saúde assumam que

as informações repassadas foram compreendidas, o que é uma falsa suposição (ROGERS; WALLACE; WEISS, 2006).

Além disso, é importante notar que o LS não se restringe à educação pessoal, pois uma pessoa pode ter uma excelente educação formal e ainda desconhecer as exigências de sua doença (PASSAMAI; SAMPAIO; LIMA, 2013). O LFS não está diretamente ligado ao grau de instrução do indivíduo (MORAES *et al.*, 2021).

Em um dos maiores estudos que a WHCA fez nessa área, eles descobriram que de 20% a 50% das pessoas no Reino Unido, Estados Unidos, Austrália e Canadá têm baixa capacidade para LS, o que pode prejudicar tanto saúde individual e coletiva (WORLD HEALTH COMMUNICATION ASSOCIATES LTD, 2010). Ainda, pacientes, médicos e estudantes da área de saúde foram incluídos em uma outra pesquisa que analisou mais de 10.000 pessoas de 60 países. Os resultados são consistentes, demonstrando que a maioria das pessoas não possui as habilidades básicas necessárias para tomar decisões inteligentes sobre saúde (GARCIA-RETAMERO *et al.*, 2014).

Estudiosos brasileiros começaram a investigar o LS. Porém, existem poucos estudos atuais que ilustram como esse fenômeno impacta a atenção à saúde da população brasileira (CHEHUEN NETO *et al.*, 2019). Entretanto, podemos destacar que em alguns centros de referência de Saúde Coletiva e Interdisciplinar brasileiros já conseguimos perceber estudos voltados para essa importante área do conhecimento e da saúde, especialmente oriundos da Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, Universidade Estadual do Ceará - UECE e na Universidade Federal de Goiás – UFG (RIGOLIN *et al.*, 2018).

Além disso, associações no âmbito internacional e nacional foram criadas com o intuito de difundir o LS no mundo. A exemplo disso, podemos citar a *International Health Literacy Association* (IHLA) e a Rede Brasileira de Letramento em Saúde (REBRALS).

Na área do direito, o LS deve ser encarado como parte dos Direitos Humanos, eis que sua definição é pautada no conjunto de direitos considerados necessários para uma vida baseada na liberdade, igualdade e dignidade (RAMOS, 2019). Os direitos humanos são direitos fundamentais e inalienáveis que proporcionam uma existência de vida digna.

Outrossim, este mínimo de direitos necessários para viver uma existência decente não tem uma função fixa a desempenhar (PIOVESAN, 2019). As exigências humanas mudam com o tempo, e novas demandas sociais são traduzidas em lei e incluídas no rol dos direitos humanos de acordo com as circunstâncias históricas de uma determinada época (BOBBIO, 2004).

Portanto, importante entendermos que a população em nível global tem um baixo nível de LS e isso independe do grau de instrução de cada indivíduo, devendo ser uma prioridade – tal qual o papel dos Direitos Humanos – para que cada vez mais os pacientes consigam decidir com autonomia e se autocuidarem sobre assuntos relativos à saúde.

3. Correspondências legislativas brasileiras análogas ao letramento em saúde

Tornar a liberdade de expressão científica consistente com as responsabilidades do Estado de promover a pesquisa de forma a beneficiar as situações de vida de todas as pessoas

é o grande desafio do LS. Dessa forma, o acesso a informação pelo paciente é um direito contemplado na Constituição Federal, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, nos mais diversos Códigos de Ética Profissional da área da saúde e resoluções dos respectivos conselhos. Vejamos os principais exemplos:

3.1 Constituição Federal

No caput do art. 5º da Constituição Federal prevê que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (...)” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988). É preciso assegurar um nível mínimo de vida, compatível com a dignidade humana, incluindo assim, o direito à saúde previsto no art. 196², também da Constituição Federal. Na realidade, conforme já decidiu o STF, há uma relação indissociável entre o direito à saúde e o direito à vida³. A redução de risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário de ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos seres humanos – é a função primordial do LS (PASSAMAI; SAMPAIO; LIMA, 2013).

O inc. XIV do art. 5º da Constituição Federal prevê que todo o cidadão deve ter acesso à informação. Ora, existem vários aspectos jurídicos e filosóficos da dignidade humana,

² Art. 196 da Constituição Federal. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³ AgRg no RE 271.286-8-RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000.

particularmente no que diz respeito à forma como a personalidade se desenvolve e se manifesta, especialmente à luz da diversidade de gênero humano (SANTOS, 2021). Dessa forma, à medida que passamos a examinar os aspectos comunicativos e relacionais da dignidade humana, vemos que a dignidade do ser humano não está apenas ligada ao estado humano do indivíduo (dimensão ontológica), mas também à comunidade em geral (também chamado social). E nesse ponto, temos fundamental importância o LS.

Barry D. Weiss publicou um manual apresentando seis passos para o aperfeiçoamento da comunicação entre o profissional da saúde e paciente (WEISS, 2009). São eles: 1 - Diminuir a velocidade: falar pausado, dar espaço para emoções, gastando apenas uma pequena quantidade de tempo adicional com cada paciente. Isso vai ajudar a promover uma abordagem centrada no paciente para a interação médico-paciente; 2 - Use uma linguagem simples e não técnica: falar como se fosse explicar algo para seus familiares; 3 - Mostre ou faça desenhos: as imagens visuais podem melhorar a compreensão do paciente; 4 - Limite a quantidade de informações fornecidas — e repita: focar no que é importante naquele momento, juntamente com a repetição que aumenta ainda mais a recordação; 5 - Use a técnica de *teach-back*: forma de checar se o entendimento aconteceu e reexplicar se necessário; 6 - Crie um ambiente desprovido de vergonha; incentive questões; faça os pacientes se sentirem à vontade para fazer perguntas. Considere usar a técnica *Ask-Me-3* que encoraja a pessoa a perguntar e o profissional responder (WEISS, 2009).

A qualidade de vida das pessoas pode ser melhorada por uma melhor comunicação e compreensão, bem como o

direito à saúde, uma vez que essa estratégia ajuda a capacitar os pacientes a assumir o controle de suas escolhas de saúde (PASSAMAI *et al.*, 2012). As evidências mostram que investir nos regramentos do LS acima melhora a compreensão do paciente. Profissionais de saúde e pacientes devem se comunicar de forma eficaz para obter os melhores resultados de procedimentos e tratamentos médicos (PAZINATTO, 2019).

3.2 Código Civil

Independentemente do que está implícito no artigo 15 do Código Civil⁴, não há dúvida de que obrigar uma pessoa consciente a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra sua vontade, ainda que não coloque em risco sua vida, é proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro, independentemente das circunstâncias.

Mais uma vez, vemos o papel do LS na legislação brasileira, haja vista que devemos considerar a obtenção do Consentimento Informado do paciente, especialmente válido e eficaz de acordo com as regras do LS (CORDEIRO; SAMPAIO, 2019).

Na realidade, todo o desenvolvimento jurídico na área de responsabilidade médica nas últimas décadas concentrou-se na necessidade de obter a anuência do paciente antes de administrar qualquer tipo de terapia, em oposição à cultura paternalista do passado.

⁴ Art. 15 do Código Civil. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Entretanto, ressalta-se também que tal envolvimento não se limita a uma autorização geral para a realização de operações médicas que sejam requeridas ou destinadas à cura, mas implica o consentimento informado em relação a cada etapa ou etapa do tratamento (BRANDÃO, 2021). Dessa forma, partindo-se do entendimento que não existe autonomia sem conhecimento e não existe conhecimento sem uma comunicação eficaz, o LS deve ser uma parte importante como elemento de comunicação na obtenção do Consentimento Informado.

O Consentimento Informado precisa ser adaptado ao LS do indivíduo (ANDRADE *et al.*, 2020); no entanto, os profissionais da saúde não o prepararam de acordo com as normas elencadas nos seis passos acima (ROGERS; WALLACE; WEISS, 2006), reafirmando o falso conceito de compreensão da totalidade das informações por parte dos pacientes. Neste panorama, é fundamental considerar uma comunicação verbal e escrita eficaz, com auxílio de materiais gráficos, impressos, orais, desenhos, vídeos, etc. (CORDEIRO; SAMPAIO, 2019).

3.3 Código de Defesa do Consumidor

Os serviços em saúde, por ser de universo colossalmente amplo, variado, e dinâmico, também realiza procedimentos para os quais a necessidade do Consentimento Informado puramente escrito pode suscitar estranheza e impedir, dependendo das características, a dinâmica do procedimento e a particular relação entre o paciente e o profissional da saúde (PAZINATTO, 2019).

Portanto, os pacientes com níveis limitados de alfabetização em saúde geralmente retêm apenas metade do conteúdo discutido e não estão à vontade para fazer perguntas (COUTINHO; TOMASI, 2020). Aconselha-se, portanto, o uso de linguagem básica, livre de jargões médicos ou terminologia científica, com vocabulário que reflita o próprio paciente, fala clara e lenta, com informações divididas em pequenos pedaços (PASSAMAI; SAMPAIO; LIMA, 2013).

A ligação de consumo nas relações em saúde implica a responsabilização civil do prestador pelo bem ou serviço. Ou seja, ele é obrigado a indenizar o cliente/paciente por qualquer dano que possa ter ocorrido. De acordo com o artigo 14.º do Código de Defesa do Consumidor, o prestador é estritamente responsável por quaisquer danos sofridos pelo consumidor. Porém, há uma ressalva: os profissionais liberais têm responsabilidade subjetiva, ou seja, será apurada mediante verificação da culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

Ou seja, clínicas e hospitais respondem objetivamente, ao passo que os profissionais da saúde respondem subjetivamente por eventuais danos causados ao consumidor/paciente.

Dessa forma, mais um motivo para o profissional não incorrer em culpa é aplicar as regras do LS na obtenção do Consentimento Informado para com os pacientes. Para a certeza de uma comunicação efetiva, pode-se usar o método *teach-back*, pois é uma ferramenta útil para ajudar os receptores das informações a entenderem melhor as condições do consentimento (WOODS-TOWNSEND *et al.*, 2021).

Esse método busca o retorno do paciente a partir do seguinte pedido: *Quero ter certeza que consegui explicar direito o que vamos fazer. O(a) senhor(a) poderia repetir o que entendeu do que*

eu falei?. Se for crucial, o profissional da saúde pode esclarecer tudo outra vez e reproduzir o processo até presumir que as informações foram compreendidas (SCORTEGAGNA *et al.*, 2021). Assim, o indivíduo explica as informações com suas próprias palavras e permite que o profissional da saúde avalie seu entendimento, descartando, dessa forma, as tradicionais perguntas *O(a) senhor(a) entendeu?* ou *O(a) senhor(a) tem alguma dúvida?*, evitando respostas do tipo “sim” ou “não” (CORDEIRO; SAMPAIO, 2019).

Por meio da abordagem de ensino-retorno (*teach-back*), os pacientes podem aprender a gerenciar suas prescrições, envolver-se completamente em seus tratamentos e aderir a protocolos para atingir o objetivo de fornecer cuidados de saúde seguros e de alta qualidade.

A partir disso, *Cordeiro et al.*, no estudo denominado “Aplicação dos fundamentos do letramento em saúde no consentimento informado” sugerem o as utilizações das técnicas do LS no momento da obtenção do Consentimento Informado, conforme transcrição abaixo representada no **Quadro 1**:

Quadro 1 – Proposta de técnicas do Letramento Funcional em Saúde na obtenção do Consentimento Informado

CATEGORIA	RECOMENDAÇÃO
Voz Verbal	Ativa.
Nível de Leitura	Sexto ano do ensino médico, evitando-se jargões técnicos (caso necessário, explicar o significado entre parênteses).
Extensão	Texto curto, limitado a pontos-chaves;
Fonte	Mínimo de 12 pontos e para pessoas com necessidades atípicas aumentar para 14 pontos;
	Títulos em negrito;
	Espaçamento de 1,5 entrelinhas.
Organização do Texto	Utilizar materiais gráficos, quando aplicável, para comunicar dados numéricos com legendas explicativas;
	Intercalação entre letras maiúsculas e minúsculas;
	Contraste de cores entre o texto e a página;
	Espaço em branco entre tópicos;
	Destaque em negrito para os tópicos principais;

Fonte: CORDEIRO *et al.*, 2019

Para estar conforme o Código de Defesa do Consumidor, o profissional deve prezar por alguns aspectos na relação médico-paciente. Em primeiro lugar, deve respeitar os

direitos do paciente à informação e à prestação de serviços de qualidade, de modo a respeitar a boa-fé contratual. O consumidor deve ser informado sobre riscos e consequências do procedimento de saúde a que será submetido. Ao fornecer informações completas ao paciente, o médico se resguarda de futuros aborrecimentos, inclusive ações judiciais de reparação. Isso é complementado com a elaboração de consentimento informado de acordo com as regras do LS.

4 . Conclusões

O LS deve ser prestigiado em todos os aspectos de sua atuação, desde as relações interpessoais até a distribuição de informações, do apoio individual ao social, a fim de aumentar a adesão ao tratamento e procedimentos, bem como capacitar as pessoas. Como resultado, é fundamental garantir que as informações apresentadas sejam compreendidas corretamente, principalmente quando se trata de tomada de decisão autônoma.

Cabe aos profissionais da saúde, interpretar e comunicar conteúdos, utilizando meios gráficos e linguagem acessível para que os pacientes entendam as informações transmitidas e as utilizem para tomar sua decisão.

Ao longo do tempo, muitas foram as estratégias para ampliar o entendimento dos pacientes nos serviços em saúde, porém ainda hoje são muitas as inadequações e irregularidades na obtenção deste entendimento.

É necessário, portanto, que profissionais considerem as técnicas do LS em cada paciente ao planejar esse processo, pois dessa forma estará garantindo ao indivíduo um de seus direitos fundamentais, a saúde.

Referências

ANDRADE, Áurea *et al.* **Literacia em Saúde, um desafio emergente: Contributos para a mudança de comportamento. Coletânea de Comunicações**. 1. ed. Coimbra: Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra, 2020.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 1. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7 ed.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANDÃO, Luciano Correia Bueno. **A responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação**. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 18ed. Coimbra: Almedina, 2017.

CHEHUEN NETO, José Antonio *et al.* Letramento funcional em saúde nos portadores de doenças cardiovasculares crônicas. **Ciência & Saúde Coletiva**, [s. l.], v. 24, n. 3, p. 1121–1132, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232018243.02212017>

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**Brasil: [s. n.], 1988. p. 1–139. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set. 2021.

CORDEIRO, Mariana Dantas; SAMPAIO, Helena Alves de Carvalho. Aplicação dos fundamentos do letramento em saúde no consentimento informado. **Revista Bioética**, [s. l.], v. 27, n. 3, p. 410–418, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422019273324>

COUTINHO, Lúcia Soares Buss; TOMASI, Elaine. Déficit de autocuidado em idosos: características, fatores associados e

recomendações às equipes de Estratégia Saúde da Família. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, [s. l.], v. 24, n. suppl 1, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/interface.190578>

FERNÁNDEZ-GUTIÉRREZ, M. *et al.* Health literacy interventions for immigrant populations: a systematic review. **International Nursing Review**, [s. l.], v. 65, n. 1, p. 54–64, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/inr.12373>

GARCIA-RETAMERO, Rocio *et al.* Factors predicting surgeons' preferred and actual roles in interactions with their patients. **Health Psychology**, [s. l.], v. 33, n. 8, p. 920–928, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/hea0000061>

HUHTA, Anna-Maija; HIRVONEN, Noora; HUOTARI, Maija-Leena. Health Literacy in Web-Based Health Information Environments: Systematic Review of Concepts, Definitions, and Operationalization for Measurement. **Journal of Medical Internet Research**, [s. l.], v. 20, n. 12, p. e10273, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.2196/10273>

MORAES, Katarinne Lima *et al.* Validação do Health Literacy Questionnaire (HLQ) para o português brasileiro. **Acta Paulista de Enfermagem**, [s. l.], v. 34, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.37689/acta-ape/2021AO02171>

PASSAMAI, Maria da Penha Baião *et al.* Letramento funcional em saúde: reflexões e conceitos sobre seu impacto na interação entre usuários, profissionais e sistema de saúde. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, [s. l.], v. 16, n. 41, p. 301–314, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-32832012005000027>

PASSAMAI, Maria da Penha Baião; SAMPAIO, Helena Alves de Carvalho; LIMA, José Wellington de Oliveira. **Letramento Funcional em Saúde de Adultos no Contexto do Sistema Único de Saúde**. 1. ed. Fortaleza: EdUECE, 2013.

PAZINATTO, Márcia Maria. A relação médico-paciente na perspectiva da Recomendação CFM 1/2016. **Revista Bioética**, [s. l.], v. 27, n. 2, p. 234–243, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422019272305>

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed. reved. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RIGOLIN, Camila Carneiro Dias *et al.* A produção científica brasileira de teses e dissertações sobre health literacy. **Revista Tecnologia e Sociedade**, [s. l.], v. 14, n. 34, p. 178–195, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.3895/rts.v14n34.7599>

ROGERS, Edwin S.; WALLACE, Lorraine S.; WEISS, Barry D. Misperceptions of Medical Understanding in Low-Literacy Patients: Implications for Cancer Prevention. **Cancer Control**, [s. l.], v. 13, n. 3, p. 225–229, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/107327480601300311>

SANTOS, Eduardo dos. **Direito constitucional sistematizado [recurso eletrônico]**. 1. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. reed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCORTEGAGNA, Helenice de Moura *et al.* Letramento funcional em saúde de idosos hipertensos e diabéticos atendidos na Estratégia Saúde da Família. **Escola Anna Nery**, [s. l.], v. 25, n. 4, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2177-9465-ean-2020-0199>

UNESCO. **Segundo Relatório Global sobre Aprendizagem e Educação de Adultos**. [S. l.: s. n.], 2014.

WEISS, Barry D. **Removing barriers to better, safer care | Health literacy and patient safety: Help patients understand - Manual for clinicians**. 2. ed. Chicago: American Medical Association Foundation, 2009. ISSN 0026556X.v. 1*E-book*.

WOODS-TOWNSEND, Kathryn *et al.* A cluster-randomised controlled trial of the LifeLab education intervention to improve health literacy in adolescents. **PLOS ONE**, [s. l.], v. 16, n. 5, p. e0250545, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0250545>

WORLD HEALTH COMMUNICATION ASSOCIATES LTD. **Health Literacy Part 2 “Evidence and Case Studies”**. Birmingham: [s. n.], 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION [WHO]. **Health Promotion Glossary of Terms 2021**. [S. l.: s. n.], 2021. v. 36*E-book*.

A Importância do Direito do Consumidor no Acesso à Saúde

Rafael Gusmão Dias Svizzero¹

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 consagrou a proteção do consumidor e o elevou à categoria de cláusula pétrea, fazendo parte da renovação de direitos essenciais para uma modernização da sociedade, buscando, com isso, atender as necessidades do indivíduo e da coletividade frente à ordem econômica em que vivemos.

Hodiernamente, estamos diante da dialética fornecedor *versus* consumidor que é mais complexa que a dialética capital *versus* trabalho, sendo que os papéis vivenciados pelos agentes econômicos nem sempre encontram-se definidos de forma absoluta e imutável. Ao contrário, em verdade, verifica-se que nós todos somos consumidores – os indivíduos, as empresas, o Estado, os órgãos nacionais e internacionais.

Com o escopo de compatibilizar esses interesses sociais e econômicos tão diversos, o Estado procura harmonizá-los

¹ Advogado especialista em Direito do Consumidor, Direito Médico, MBA em Gestão de Seguros e Resseguros, Vice Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG. Membro do Instituto Jurídico de Estudos em Direito da Saúde – IJEDS. Membro do grupo de estudos BIOMEDS. Associado Brasilcon. Ex dirigente de PROCON por 14 anos.

através de políticas econômicas públicas e privadas que visem alcançar o ponto de equilíbrio entre os mesmos. Para tanto, o Estado busca efetivar a política econômica através de instrumentos que estejam em conformidade com a ideologia, com a base principiológica, com os valores e com os objetivos constitucionalmente consagrados.

Vários princípios consumeristas, entre eles, o princípio da vulnerabilidade, retrata a fragilidade do consumidor ante o poderio econômico do fornecedor e, por isso, há a imprescindibilidade de se estudar a disciplina Direito do Consumidor, bem como toda a legislação consumerista, para vislumbrarmos o que efetivamente é uma relação de consumo.

No que concerne às ações e serviços de saúde, já que classificadas pela própria Carta Magna como sendo de relevância Pública, e sua execução pode se dar diretamente pelo Poder Público ou por instituições privadas, sob sua fiscalização e controle. Desta feita, o modelo de assistência à saúde adotado no Brasil é o de prestação compartilhada entre o Poder Público e as instituições privadas que prestam atividades de assistência à saúde, sendo regulamentada pela Lei 9656/98, conhecida como lei dos planos de saúde.

A beligerância e senso comum de injustiça, de ser "passado pra trás" a todo instante leva a relação entre consumidor e fornecedor possua sempre nervos aflorados e, quando o problema em questão é a vida e/ou saúde, mais intolerantes nos tornamos por razões óbvias.

A judicialização da Saúde, na grande maioria advém de negativa de cobertura de operadora de planos de saúde, que, por sua vez, se sustentam em atos normativos de agência (des)reguladora, bem como normais gerais advindas do direito civil, no que tange às obrigações e contratos.

2. Histórico das Relações de Consumo

Desde os romanos, que ao realizarem um contrato observavam de maneira especial todas as formalidades tidas como essenciais para sua celebração, tendo em vista que após esta avaliação, o contrato ganhava cunho personalíssimo, pois era o próprio corpo do devedor que deveria responder pelo débito, e não o seu patrimônio.

Mais tarde, já Idade Média, o contrato deixava um pouco mais de lado as formalidades, uma vez que sob influência da igreja, o contrato ganhava uma característica religiosa, atribuindo à obrigação um caráter de divindade.

Sendo assim, a solenidade contratual perdia sua força e abria as portas para as livres manifestações de vontades, que se firmava como o meio hábil para celebração do contrato e instituição das obrigações. Neste sentido nos ensina o mestre Sílvio de Salvo Venosa:

“A necessidade de maior intercâmbio mercantil levou a situação a modificar-se, com simplificação das formas contratuais. A vontade contratual passa a ser obrigatória, não importando a forma. Essa concepção ingressa nos códigos modernos, com a dimensão universal que deu o Código Napoleônico (VENOSA, 2003, p.22).”

Com a Revolução Francesa, que teve como lema a famosa tríade “*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*”, veio trazer uma ideia liberalista que já ecoava na relação contratual, pois já havia a necessidade de se assegurar uma liberdade no agir, ou melhor, a garantia da faculdade no ato de contratar. Atrelado à ideia de liberalismo, ressalta-se o destaque de três princípios basilares na relação contratual: a autonomia de

vontades, a obrigatoriedade contratual e o consensualismo. Este último trazia uma inovação aos contratos, tendo em vista que, anteriormente, as partes deviam ficar adstritas as formalidades legais, não detendo a liberdade e, muito menos, firmarem um contrato baseado no consenso das partes.

Já obrigatoriedade contratual é o princípio que vincula as partes as obrigações previamente ajustadas, e, de uma maneira simples conceituamos, tal princípio como aquele que o contrato, uma vez celebrado, teria força de lei entre as partes.

O princípio da autonomia das vontades nada mais é do que a liberdade dada as partes para escolherem quem contratar ou não contratar, qual será o objeto do contrato, determinação de cláusulas e obrigações e, ainda a faculdade de acionar ou não ao Poder Judiciário para fazer valer todos os direitos e/ou deveres advindos do pacto.

A Revolução Industrial deixou, ainda que de forma incipiente, consequências na relação consumerista. Com a industrialização e a massificação das relações contratuais, que cada vez mais se tornavam mais dinâmicas, desprezando as possibilidades de negociações, pois apesar de asseguradas, no campo teórico, os princípios norteadores da legislação civil, na prática, o que ocorria, na verdade, era um flagrante desequilíbrio proveniente do abismo existente entre fornecedor e consumidor.

A produção e o consumo em massa tornavam imprescindível a adaptação dos contratos de um modo padronizado, pois com a massificação das relações contratuais, a demanda era muita e com isso restava ao aderente/consumidor, unicamente, receber, mesmo que de forma abusiva, as imposições do fornecedor, quando da assinatura do contrato, já que sequer se discutiam as condições para o

cumprimento das obrigações, prevalecendo, assim, o poderio econômico das empresas.

Posteriormente, com as Guerras Mundiais, surgiu uma nova realidade econômico-social, onde o direito do consumidor adquiria uma nova função, ou seja, a função social que começava a aparecer, tendo como característica a necessidade de intervenção estatal para além de intervir, também criar instrumentos capazes de promoverem a justiça e o equilíbrio contratual.

Um novo conceito de contrato nascia, onde a equidade e justiça prevaleciam em substituição ao predomínio da vontade do mais forte sobre o vulnerável.

Sendo assim, o acordo de vontades passava a ter uma relevância social que ultrapassava aos limites impostos pela parte mais forte no ato da celebração do contrato, pois cada vez mais transparecia perante a sociedade uma nova maneira de se interpretar os contratos.

2.1. A nova tendência sobre a defesa do consumidor

Presencia-se um momento de massificação do mercado, em que milhões de consumidores buscam satisfazer suas necessidades. Clientes e fornecedores não mais se conhecem, deixando para trás a confiança mútua que se fundavam as antigas cadernetas em que se anotavam as vendas a prazo.

Atualmente as relações de consumo têm o caráter de continuidade, imprevisibilidade e de velocidade, haja vista que um consumidor pode adquirir vários produtos num só dia de diversos lugares sem jamais ter qualquer contato com o provável fornecedor.

A pandemia apenas acelerou ainda mais o processo de robotização e informatização das relações humanas, perdendo-se a essência do relacionamento, do atendimento e, com isso, aumentando exponencialmente as demandas judiciais.

A quase falida relação harmoniosa entre o mercado e o consumidor atualmente vivendo nos respiradores, despendem todo o seu esforço para a construção de aparatos tecnológicos e humanos a fim de permutar informações entre si, esquecendo-se por sua vez do essencial, da relação humana.

Aí que entra a figura do PROCON, local criado precipuamente para ouvir o cidadão, com um atendimento pessoal, humanizado, individualizado, onde se encontra profissional capacitado para gerenciar o conflito ali instado, não só impingir ao fornecedor as sanções previstas em lei, mais do isso e até mesmo antes de tudo, após escutar o consumidor, independentemente de ter razão ou não, o órgão público de promoção e defesa do consumidor, deve agir como mediador, buscar composição, enfim, resolver a demanda sem contenda, sem buscar o litígio.

A defesa do consumidor no Brasil exerce papel fundamental na percepção e sentimento do brasileiro do que seja Cidadania. Promover a defesa do consumidor é se aproximar da Sociedade. E, na prática, são os órgãos de proteção e defesa do consumidor - PROCONS - quem promovem a citada defesa.

No Brasil, as matérias afetas a defesa do consumidor acabam por lastrear grande parte do abarrotamento do Poder Judiciário, onde, por exemplo, em sede de Juizados Especiais, a maioria esmagadora das demandas ali processadas e julgadas são atinentes a matérias consumeristas.

3. Agência nacional de saúde suplementar – ANS

As discussões sobre coberturas de doenças; reajustes de mensalidades; inadimplência do beneficiário ou do prestador de serviços; utilização de novas tecnologias, incorporadas aos medicamentos, equipamentos e exames; carência para determinadas coberturas e contratação de serviços na condição individual são alguns exemplos de áreas de atuação dos órgãos reguladores a partir dos anos 1980 em atendimento às necessidades dos usuários.

A Constituição Federal, da mesma forma que garantiu a saúde como direito de todos, declarou em seu art. 199 que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Em seguida, foi aprovada a Lei 8.078/90, de proteção ao consumidor que, definindo que as informações nos contratos devem ser claras sobre os diferentes produtos e serviços, normatiza a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva e, dentre outros artigos, regula os contratos de adesão também aplicáveis às empresas privadas de saúde. (BRASIL, 1990a).

A Lei 9.656/98, a Medida Provisória (MP) 2177-44 de 2001, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e a Lei 9.961 de 2000, que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), representam um novo ciclo para os planos e seguros privados de assistência à saúde ou saúde suplementar, como descrito na legislação e mostrado no quadro a seguir. Nesse ciclo, estão inseridas as normas que protegem o consumidor na forma de contratualização dos serviços, na definição dos produtos, no reajuste de preços, entre outros aspectos que ainda vamos estudar sobre a regulação do sistema.

A ANS foi criada como órgão responsável por regulamentar e fiscalizar o mercado de planos de saúde no Brasil, e cumpre este papel, visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde. Contudo, temos observado que, muitas vezes, a ANS tem falhado em seu dever, ficando ausente no papel regulador e fiscalizador, quando não, se posicionando de maneira dúbia, como se legislasse a favor dos planos de saúde, gerando insegurança jurídica. Desta maneira, diante de qualquer conduta abusiva das operadoras, o consumidor deve exigir o cumprimento dos seus direitos, e se necessário, buscar ajuda de um advogado especialista na área de Direito Médico, para pleitear junto ao Poder Judiciário, a tutela de seus direitos. No tocante, à saúde suplementar, as maiores demandas em face as operadoras dos planos de saúde, está relacionada a violações contratuais e as negativas de um determinado medicamento, tratamento, recusa de exames ou vagas de leitos. Sabe-se que a ANS (Agência Nacional de Saúde), é responsável pelo monitoramento, controle e regulação das Operadoras de Planos de Saúde, estabelece rol mínimo obrigatórios.

4. O rol de procedimentos e eventos em saúde. Do seu caráter exemplificativo

A jurisprudência é sólida no sentido de que o rol da Agência Nacional de Saúde é meramente exemplificativo e traz em seu bojo apenas uma lista mínima de cobertura. Vejamos:

- A Agência Nacional de Saúde (ANS) define o rol de procedimentos mínimos e eventos a serem cobertos pelos planos de assistência à saúde, ou seja, trata-se de rol meramente exemplificativo e não exaustivo, consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça. A falta de previsão de determinado procedimento no rol de procedimentos mínimos elaborado pela ANS não afasta, por si só, a cobertura contratual do plano de saúde. (TJDF; Proc 07265.15-32.2018.8.07.0001; Ac. 115.5407; Sexta Turma Cível; Rel. Des. Esdras Neves; Julg. 28/02/2019; DJDFTE 08/03/2019.)
- Considera-se que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar. ANS é meramente exemplificativo e não taxativo, portanto, não esgota os procedimentos que devem ser cobertos pelas operadoras dos planos de saúde. Desta feita, o fato de o tratamento prescrito não estar no rol de coberturas obrigatórias da ANS não exime o plano de saúde da responsabilidade de custeá-lo. (TJDF; Proc 07126.70-30.2018.8.07.0001; Ac. 115.0870; Segunda Turma Cível; Rel.^a Des.^a Sandra Reves; Julg. 13/02/2019; DJDFTE 26/02/2019.)
- O rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é exemplificativo, constituindo-se como referência básica para cobertura mínima nos planos de saúde, pois incumbe ao médico a tarefa de decidir qual o tratamento a ser dado ao paciente. 2. A recusa de fornecimento de tratamento baseada na ausência de previsão no rol exemplificativo de procedimentos da ANS carece de amparo legal. (TJDF; Proc 07064.69-96.2017.8.07.0020; Ac. 114.6978; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Roberto Freitas; Julg. 30/01/2019; DJDFTE 06/02/2019.).
- Doença prevista no contrato de plano de saúde. Procedimento não previsto no rol da ans. Rol exemplificativo.

Cobertura mínima. Interpretação mais favorável ao consumidor. Súmula n. 83 do STJ. (STJ; AREsp 1.334.292; Proc. 2018/0177694-0; DF; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Julg. 29/11/2018; DJE 10/12/2018; Pág. 5610)

Dessa forma, resta claro que o Rol de Procedimentos Médicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar não é taxativo em relação aos procedimentos nele previstos, trata-se sim, tão somente, de uma referência para a cobertura assistencial dos planos de assistência à saúde.

Ademais, as operadoras de plano de saúde podem limitar as doenças que terão cobertura pelo contrato, mas não o tratamento, medicamento ou procedimento indicado pelo médico como o mais adequado à preservação da integridade física do paciente.

É injustificável a recusa do plano de saúde em autorizar o custeio do medicamento prescrito, sob o argumento de que eles não constam do Rol de Procedimento da ANS, e que o medicamento solicitado não possui previsão de cobertura em regime ambulatorial, razão pela qual tal alegação não merece prosperar.

4.1) Jurisprudência

A Agência Nacional de Saúde (ANS) possui uma lista de procedimentos médicos (exames e cirurgias, por exemplo) que devem ser cobertos pelos planos de saúde, todavia, o citado rol é meramente exemplificativo, podendo, para não dizer devendo, ter procedimentos incluídos, à medida que as terapias e tratamentos são requeridos/solicitados pelos médicos assistentes.

É dizer, em que se pese o rol tornar público o direito assistencial dos beneficiários dos planos de saúde, tal listagem não é taxativa, em outras palavras, não exaure os direitos dos usuários à busca pelo acesso aos procedimentos e, em consequência, do acesso ao direito à saúde.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sempre entendeu que esse rol da Agência Nacional de Saúde era meramente exemplificativo, sendo essa ainda hoje a posição uniforme de sua Terceira Turma.

De acordo com este órgão colegiado, “O fato de o procedimento não constar no rol da ANS não significa que não possa ser exigido pelo usuário, uma vez que se trata de rol exemplificativo.” (AgInt no AREsp 1442296/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 23/03/2020, DJe 25/03/2020; AgRg no AREsp 708.082/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016; AgInt no REsp 1929629/RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 25/05/2021, DJe 28/05/2021).

Assim, o fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor (AgInt no REsp 1912467/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 29/03/2021, DJe 06/04/2021).

Concluindo, a Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/1998) estabelece que todas as moléstias indicadas na Classificação Internacional de Doenças (CID) estão incluídas

no chamado plano-referência, só podem ser excluídos da cobertura dos planos os procedimentos e eventos relacionados a segmentos não contratados pelo consumidor e aqueles que o próprio legislador estabeleceu como de cobertura não obrigatória – por exemplo, tratamentos experimentais e estéticos.

5. Conclusões

No Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem-se a defesa do consumidor em evidência, pois nossa Carta Magna elevou a Defesa do Consumidor como sendo cláusula pétrea (art. 5º, XXXII) e, também, elevando o Direito do Consumidor ao princípio geral da ordem econômica (art. 170, V).

A legislação consumerista, mais especificadamente o Código de Defesa do Consumidor, exalta a proteção aos consumidores por serem estes a parte hipossuficiente da relação contratual.

Os contratos, conforme já demonstrado no decorrer do presente trabalho, vem sofrendo constantes modificações, onde, em uma interpretação clássica, tínhamos uma simples manifestação de vontade das partes, com força de lei entre eles.

Hodiernamente, com o avanço da globalização, passou a ser imprescindível a rapidez, agilidade e eficiência nas relações de consumo, porém, junto com esta necessidade de ampliação e visando atender esta necessidade do mercado atual, surge, também, a nova concepção sobre o Direito do Consumidor, que possui princípios basilares como a boa-fé, a função social, bem como a intervenção estatal.

A importância da harmonização para solução de conflitos de consumo, principalmente em tempos como os atuais, dada a pandemia, traz para o PROCON a responsabilidade de mediar e, através do Poder de Polícia exerce uma efetiva e direta participação, prevenção e repressão, na medida em que promove uma utilidade à coletividade.

É dizer quando se denota o desequilíbrio natural das relações de consumo, ante o gigante contraste entre o poder do fornecedor e a vulnerabilidade do consumidor, a retidão e lealdade da conduta são objetivos perseguidos e que o PROCON, através do devido processo legal buscará restabelecer.

Citamos, sob essa ótica, o insigne Professor Bruno Miragem, que leciona:

"Não se perca de vista, que a imposição de deveres aos fornecedores como efeito legal das relações de consumo, a partir da incidência do Código de Defesa do Consumidor, não afasta dentre os princípios consagrados pela Política Nacional das Relações de Consumo, a "harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização de proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art.170, CF/88), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações ente consumidores e fornecedores" (art.4º, inciso III, do CDC)."

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 7ed. São Paulo: ED. RT, 2018. p. 125 e ss.

A defesa administrativa do consumidor está configurada em três modalidades, seja no caráter preventivo, quando da educação ou realização de ajustamento de conduta; fiscalizatório, quando da lavratura dos autos de infração/

fiscalização/constatação; ou até mesmo o repressivo, quando da aplicação das sanções previstas às infrações cometidas.

Portanto, é incontroverso no ordenamento jurídico que existe a autonomia por parte do Procon, que a partir da sua criação, passa a possuir a característica de ente administrativo, possuindo, portanto a qualidade de órgão atuador, e se valendo da constituição, da legislação consumerista e do decreto 2.181/97 para sancionar os entes administrados.

E, por derradeiro, as ações envolvendo acesso à Saúde vem crescendo e, para reflexão, importante verificar que apesar da luta diária dos órgãos de proteção e defesa do consumidor, o Poder Judiciário ao impor decisões ínfimas e/ou, condenações irrisórias, na verdade, provoca no "mercado" a sensação de impunidade.

É dizer que mesmo quando há uma decisão judicial, surge a figura do Dano Eficiente, isto é, ocasião que fica mais vantajoso economicamente não cumprir a decisão, mesmo com a imposição de astreintes, estas não são suficientes para que iniba a lesão por parte do fornecedor (Exemplo: medicamento/tratamento que custa 3 milhões de reais, devendo a operadora arcar sob penas de multa diária de cinquenta mil reais, até o teto de 30 dias. Vejam 50 mil X 30 dias, dará um milhão e meio, metade do valor do procedimento).

Concluindo, penso que o maior bem jurídico tutelado pelo Direito, é dizer, a VIDA HUMANA, não deve ser tratada de forma tão mercantilizada e, prova disso é o número em crescimento exponencial de judicialização da saúde.

Referências

BAHIA, L.; VIANA, A. Breve histórico do mercado de planos de saúde no Brasil. In: **BRASIL**. Ministério da Saúde. Regulação e saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS, 2002.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa nº 259, de 17 de junho de 2011. Dispõe sobre a garantia de atendimento dos beneficiários de plano privado de assistência à saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.ans.gov.br>.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa nº 395, de 14 de janeiro de 2016. Dispõe sobre as regras a serem observadas pelas Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde nas solicitações de procedimentos e/ou serviços de cobertura assistencial apresentados pelos beneficiários, em qualquer modalidade de contratação. Disponível em: <http://www.ans.gov.br>.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 7ed. São Paulo: ED. RT, 2018. p. 125 e ss.

Rol de Coberturas, Instituto de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/entenda-mais-sobre-o-rol-de-coberturas-obrigatorias-dos-planos-de-saude>. Acesso em: 10 ago de 2021.

O Rol de procedimentos da ANS é taxativo ou exemplificativos? Há divergência no STJ sobre o tema? Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/06/03/o-rol-de-procedimentos-da-ans-e-taxativo-ou-exemplificativo-ha-divergencia-no-stj-sobre-o-tema>. Acesso em 09 ago de 2021.

Estado-Juiz *Versus* Estado-Regulador: Contrastes entre a Tutela Judicial do Direito à Saúde Suplementar e a Competência Normativa da Agência Reguladora Nacional

Thalia Ferreira Cirilo¹

1. Introdução

O direito à saúde, corolário do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, foi elencado pelo legislador constituinte, ao lado de outros igualmente importantes para a existência minimamente digna dos indivíduos, como direito social fundamental. Além de mencionar esse direito, expressamente, no caput do artigo 6º, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possui uma seção exclusivamente destinada para seu tratamento, na qual se reconhece, dentre outras questões, a sua natureza de direito-dever fundamental, pois, além de concebido como direito de todos, apresenta-se como dever do Estado, o qual deve garanti-lo e protegê-lo

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido; pós-graduada (*lato sensu*) em Direito Tributário pelo Instituto Damásio de Direito; graduada em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande; e-mail: thaliaferreiracirilo@gmail.com

adequadamente por meio da elaboração e efetivação de políticas sociais e econômicas.

Embora o artigo 197 atribua relevância pública às ações e serviços de saúde, a Constituição não imputou ao Poder Público a exclusividade no seu atendimento. Da análise conjunta dos artigos 197 a 199 da Constituição, extrai-se que o legislador constituinte elegeu, no que diz respeito à forma de prestação do serviço de assistência à saúde, um modelo pluralista, pois, além do atendimento universal e gratuito oferecido diretamente pelo Poder Público através do Sistema Único de Saúde (SUS), há mais duas possibilidades de se garantir acesso a esse bem jurídico essencial, as quais são comumente reunidas sob as alcunhas de “saúde complementar” e “saúde suplementar”.

A primeira encontra-se prevista no artigo 197, e se relaciona à possibilidade de que o Poder Público execute os serviços de saúde por intermédio de pessoa jurídica de direito privado, atuando o SUS, nesse caso, de modo complementar; a “saúde suplementar”, por sua vez, está disposta na parte final do artigo 197 e no artigo 199, e se refere à permissão constitucional de que serviços de assistência à saúde sejam prestados pela iniciativa privada, desde que respeitados os mandamentos constitucionais e regras expedidas pela Agência Reguladora competente: a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Neste trabalho, explorar-se-ão algumas questões relacionadas à tutela da saúde suplementar, especialmente quanto aos contrastes existentes entre as normas que disciplinam esse setor, que são elaboradas pela ANS, responsável por regular a atividade desenvolvida pelos planos privados de assistência à saúde, e as decisões judiciais, que, não raro, divergem do

entendimento adotado pela Agência Reguladora. De forma mais específica, objetiva-se explorar, respeitando-se os limites deste trabalho, a discussão sobre a natureza do Rol de Procedimentos e Eventos da ANS, qualificado como taxativo pela ANS e por vezes entendido como exemplificativo pelos Tribunais do país.

A realização desta pesquisa justifica-se não somente diante da necessidade de que sejam compreendidas as divergências existentes entre Estado-Juiz e Estado-Regulador sobre uma matéria de interesse inequivocamente público, mas, principalmente, de como isso influencia na insegurança jurídica, afasta a desejada previsibilidade das decisões judiciais, acentua o protagonismo do Poder Judiciário e gera desequilíbrio entre importantes atribuições estatais.

Empregando-se o método de abordagem dedutivo e as técnicas documental e bibliográfica de pesquisa, este trabalho estrutura-se da seguinte forma: inicialmente, serão pontuados alguns dos principais instrumentos normativos relacionados à matéria, dando-se especial atenção para aqueles que constituem o marco regulatório da saúde suplementar no Brasil e que atribuem à ANS a competência normativa para regular o setor; em seguida, serão apontadas as divergências existentes entre os entendimentos do Poder Judiciário e da ANS sobre a natureza do Rol de Procedimentos e Eventos elaborado por esta Agência, bem como entre duas Turmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

2. Limitação estatal à autonomia privada dos planos privados de assistência à saúde: a atuação normativa da agência nacional de saúde suplementar

Embora o legislador constituinte tenha, explicitamente, possibilitado a prestação do serviço de saúde pela iniciativa privada, foram reservados ao Estado os poderes de fiscalização, normatização e regulação da atividade desenvolvida pelas operadoras dos planos de saúde, estabelecendo, conforme disposição do artigo 197, a necessidade de edição de uma lei que fixasse as competências fiscalizatória e regulamentadora do Poder Público. Tais competências visam a impor limites à liberdade de atuação dos planos privados de assistência à saúde, coibir comportamentos contrários ao interesse público, aos fundamentos da ordem econômica e à natureza de direito social imanente à saúde, e, mais especificamente, oferecer proteção ao consumidor, parte reconhecidamente vulnerável na relação de consumo, evitando, assim, o cometimento de abusos (PEREIRA, 2020).

Nesse contexto, com o objetivo de regulamentar o setor privado de assistência à saúde, estabelecendo obrigações a serem cumpridas pelas operadoras e disciplinando sua atuação de forma geral, foi editada, dez anos após a promulgação da Constituição Federal, a Lei nº 9.656, que, dentre outras importantes previsões, impõe aos planos e seguros privados a obrigatoriedade de atendimento às doenças listadas na Classificação Internacional de Doenças (art. 10); exige a observância de limites para reajustamento de mensalidades (art. 15); e proíbe a previsão de cláusula de rescisão unilateral nos contratos firmados (art. 35-E, III).

Não obstante a importância que essa lei, em vigência até hoje, possui para o setor, reconhece-se que a regulamentação da atividade privada por meio de lei específica não conduz, necessariamente, à sua devida fiscalização e ao disciplinamento de questões específicas, tornando-se mister, portanto, a criação de uma entidade estatal destinada a regulá-la e controlá-la adequadamente.

Nesse sentido, no ano de 2000, foi criada, por meio da Lei nº 9.961 – atendendo à exigência formal do inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal –, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que, conforme artigo inaugural da referida Lei criadora, reveste-se da natureza de autarquia sob regime especial e se caracteriza como “órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”.

As Leis nº 9.656/1998 e 9.961/2000 constituem o que, na literatura especializada sobre a matéria, convencionou-se denominar de marco regulatório da saúde suplementar, o qual “transformou substancialmente o cenário de desregulação, com a edição de um arsenal de normativos que tratavam desde regras para a entrada e saída de operadoras de planos de saúde no mercado, até a proteção de direitos dos beneficiários de planos de saúde” (SALVATORI; VENTURA, 2012, p. 477).

Para assegurar a formulação e o controle quanto ao cumprimento de diretrizes e regras que disciplinam a atividade desenvolvida pelas operadoras dos planos de saúde, foram atribuídas à ANS, do mesmo modo que são conferidas às demais Agências Reguladoras existentes, competências destinadas à fiscalização do setor, isto é, à averiguação de observância ou não, pelos planos privados, dos ditames legais,

podendo, se for o caso, e desde que resguardados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, aplicar-lhes sanções, conforme estabelecido nos incisos XXIII, XXVI, XXIX e XXX do artigo 4º de sua Lei criadora, e à sua normatização.

Ainda que sobre a legitimidade da competência normativa das Agências Reguladoras, a exemplo da ANS, incidam algumas divergências, especialmente no que concerne a um possível déficit democrático gerado pela inexistente ou inefetiva participação social direta ou indireta na produção dos instrumentos normativos – embora a tendência seja o arrefecimento dessa discussão, sobretudo em decorrência da edição da Lei nº 13.848/2019, que, dentre outras determinações, dispõe sobre o dever de sujeição das decisões e das “propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados” por estas pessoas jurídicas a processos formais de consulta pública, garantindo, assim, certo grau de legitimidade à sua atividade –, concorda-se com Ventura (2004, p. 144 apud SALVATORI; VENTURA, 2012, p. 474) que “esse poder legislativo das Agências é uma forma de aprofundamento da função normativa do Estado, visto que apenas leis gerais são insuficientes para defender e regular o interesse público”.

Em contraste à insuficiência que as leis – produzidas tipicamente pelo Poder Legislativo, as quais, por natureza, são dotadas de generalidade e abstração – possuem para conferir tratamento especializado a um setor ou eixo socialmente relevante, que demanda atenção individualizada, como a saúde, sobreleva-se a capacidade de que dispõem as Agências Reguladoras, isto porque, por estarem sujeitas ao princípio da especialidade, reúnem atribuições, conferidas por lei, voltadas

à regulação de uma matéria específica, produzindo, quando do exercício de sua competência normativa, regras destinadas ao melhor e mais adequado desempenho das atividades do setor regulado (DI PIETRO, 2021).

Ainda nesse sentido, cita-se o entendimento fixado em 2013 pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF, que tinha por objeto a discussão sobre a extensão do poder normativo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), tendo assim ficado expresso na decisão:

O advento das agências reguladoras setoriais [...] representa inegável aperfeiçoamento da arquitetura institucional do Estado de direito contemporâneo no sentido do oferecimento de uma resposta da Administração Pública para fazer frente à complexidade das relações sociais verificadas na modernidade. A exigência de agilidade e flexibilidade cada vez maiores do Estado diante das ininterruptas demandas econômicas e sociais que lhe são direcionadas levou à emergência de estruturas administrativas relativamente autônomas e independentes – as chamadas agências – dotadas de mecanismos aptos e eficazes para a regulação de setores específicos, o que inclui a competência para editar atos qualificados como normativos.

Nesse sentido, como frutos do exercício da competência normativa da ANS, têm-se, dentre outros, as Resoluções e as Instruções Normativas elaboradas pelas Diretorias que constituem seu organograma institucional, dando-se destaque, neste trabalho, à elaboração, por meio de Resolução Normativa, do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, consoante previsão do inciso III do art. 4º da Lei nº 9.961/2000 e do §4º do art. 10 da Lei nº 9.656/1998.

Atualmente, encontra-se em vigência a Resolução nº 465/2021, que recentemente incorporou novos procedimentos, medicamentos e insumos cuja cobertura pelos planos privados de assistência à saúde qualifica-se como obrigatória.

Ainda que, como já mencionado alhures, a ANS seja uma autarquia sob regime especial, que, nas palavras de Barroso (2002, p. 296) “visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo [...] por parte do Estado e de seus agentes” e seja imbuída de uma série de importantes atribuições, como as de natureza normativa, os atos normativos por ela produzidos não estão isentos de apreciação por parte do Poder Judiciário, até mesmo por força do princípio e direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal); do mesmo modo, as condutas e omissões perpetradas pelas operadoras de planos de saúde que apresentem algum grau de lesividade ao consumidor, ainda que tenham como fundamento dispositivo contido em Resolução Normativa da ANS, também não se esquivam da apreciação do Poder Judiciário.

3. Tutela judicial do direito à saúde suplementar: divergências entre os entendimentos da ans e do poder judiciário acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos

Inserir-se na discussão um dos motivos determinantes da atual e intensa provocação da atividade jurisdicional do Estado em matéria de saúde suplementar: a negativa de cobertura assistencial por parte das operadoras do plano de saúde motivada pela ausência de previsão no Rol de

Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS do procedimento ou medicamento solicitado pelo segurado.

Não raro, ao diagnosticar o paciente com alguma enfermidade, o médico ou outro profissional assistente prescreve um tratamento ou medicamento, que, dentre as alternativas existentes – ou, muitas vezes, como única alternativa apta à remissão satisfatória da enfermidade – apresenta-se mais avançado e com nível de eficácia comprovadamente maior, mas que não se encontra expressamente albergado pelo referido Rol e, motivada por esta ausência de previsão, quando o segurado solicita à operadora do plano de saúde a sua realização ou custeio, esta emite, em resposta, uma negativa de autorização.

A Resolução nº 465/2021 estabeleceu, expressamente em seu art. 2º, que os procedimentos e eventos contidos no Rol estão elencados taxativamente, isto é, as operadoras de planos de saúde só estão obrigadas ao fornecimento dos tratamentos, medicamentos ou procedimentos explicitamente previstos na lista ou, evidentemente, ainda que não previstos no Rol, possuírem previsão no instrumento contratual. Na Resolução anterior, no entanto, não havia previsão nesse sentido, de maneira que, embora a Agência se manifestasse de forma favorável à ideia de taxatividade por meio de Pareceres, o silêncio normativo ocasionou um aumento considerável na quantidade de demandas judiciais, transformando o Poder Judiciário em escoadouro natural das controvérsias dessa natureza.

Tais demandas, contudo, não são decididas unissomonamente, isto porque o entendimento acerca da existência ou não do dever de autorizar e custear determinado procedimento não previsto no Rol não se encontra, ainda,

consolidado na jurisprudência pátria, embora, atualmente, caminhe-se com essa finalidade, conforme será pontuado à frente. Existem diversas decisões, inclusive oriundas de Turmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – Tribunal em que se exaurem as alternativas recursais em se tratando de demandas de matéria infraconstitucional –, que revelam notável divergência jurisprudencial acerca da matéria.

Essa divergência gerou terreno fértil para a imprevisibilidade das decisões em todo o país, principalmente por que os Juízes, em decisões monocráticas ou colegiadas, filiando-se a entendimentos diferentes, ora decidem favoravelmente ao postulante – normalmente, o segurado-consumidor –, entendendo, nesses casos, que o Rol é meramente exemplificativo, de forma que, se devidamente prescrito por competente profissional da saúde, o plano privado de assistência à saúde está jungido a oferecer cobertura, ora fundamentam sua decisão de maneira favorável à operadora do plano, oportunidade em que se reconhece, geralmente, a necessidade de que o Rol seja considerado exaustivo, pois só assim poderá ser mantido um mínimo de segurança e equilíbrio na relação contratual.

É importante ressaltar que, comumente, tais Julgadores, a fim de garantirem a devida fundamentação de suas decisões, perfilham entendimentos do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, como se disse, as Turmas deste Tribunal, em oportunidades distintas, chegaram a conclusões diferentes acerca da natureza do Rol da ANS. A Quarta Turma, por exemplo, em 2019, proferiu uma decisão em sede de julgamento do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, sob relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, na qual ficou assentado o entendimento de que o Rol de Procedimentos e

Eventos elaborado pela ANS deve ser encarado como taxativo; nesta decisão, construiu-se a seguinte lógica argumentativa:

[...] O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição de outras coberturas.

Essa decisão foi e continua sendo alvo de críticas contundentes por parte de estudiosos e profissionais da área; a título de exemplo, tome-se o posicionamento adotado por Pereira (2020), o qual destaca a inobservância, pela Quarta Turma do STJ, dos três deveres jurídicos estampados pelo artigo 926 do Código de Processo Civil, quais sejam, uniformidade da própria jurisprudência, estabilidade e integridade. O aludido autor entende que houve descumprimento do dever de uniformidade pois, contrariamente ao que se esperava no julgamento do supracitado recurso, a Quarta Turma não observou decisões proferidas pela Corte em oportunidades anteriores.

Interessante destacar que a predita Turma ignorou decisões proferidas anteriormente pelos seus próprios mem-

bros, pois, até então, o entendimento que se consolidava na Quarta Turma era o de que o Rol da ANS possuía caráter meramente exemplificativo, conforme se observa, somente a título de exemplo, a partir da decisão proferida em sede de julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1036187/PE; do mesmo modo, não foi levado em consideração o entendimento cristalizado da Terceira Turma, para a qual o rol não pode ser tido como taxativo, conforme se vislumbra a partir de algumas decisões que seguem a mesma linha de pensamento de precedentes da Quarta Turma, a exemplo do que restou decidido em dezembro de 2020, no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.890.825/SP, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que reafirmou o entendimento prevalecente na Turma de que o rol possui caráter exemplificativo.

Pereira (2020) ainda ressalta que a decisão da Quarta Turma está na contramão do dever de estabilidade imposto legalmente a todos os órgãos e instâncias decisórias do Poder Judiciário, isto porque não houve, por parte dos julgadores, demonstração suficiente de fundamentos e motivos que justificassem adequadamente a mudança de entendimento; além disso, também não foi possível verificar o cumprimento do dever de integridade, haja vista que não foi observada “a evolução histórica das decisões proferidas e dos precedentes quando da aplicação e utilização das decisões proferidas e dos precedentes quando da aplicação e utilização do entendimento consolidado” (PEREIRA, 2020, p. 161).

Materialmente, a decisão em análise também é objeto de inquietações na literatura especializada, especialmente por que algumas incoerências são, na visão de alguns, inaceitáveis. Questões como impossibilidade de enclausuramento

de todos os procedimentos existentes na Medicina, aptidão exclusiva do médico ou outro profissional assistente para prescrever o tratamento ou medicamento mais adequado à remissão das enfermidades de seus pacientes, objeto central do contrato de prestação de serviços de saúde, qual seja, preservação da saúde do segurado contra quaisquer eventos e adversidades que possam comprometê-la, garantia legal de cobertura a todas as doenças previstas na Classificação Internacional de Doenças, estejam elas listadas ou não no Rol da ANS (art. 10, Lei nº 9.656/1998), dentre outras, são pontuadas como incompatíveis com o teor decisório do Recurso.

Além disso, outro ponto relevante para a discussão refere-se à vulnerabilidade dos consumidores e a natureza de adesão da qual se revestem os contratos firmados entre eles e as operadoras dos planos de saúde. Embora seja mantida a liberdade de contratação, o segurado não negocia as cláusulas dos contratos, nas quais, muitas vezes, senão sempre, há explícita previsão de exclusão de tratamentos não elencados no Rol da ANS. Nesse sentido, aduzem Magalhães e Lutzky (2019, p. 11):

[...] a contratação por adesão, sobretudo nas avenças de planos de saúde, tem acentuada a desigualdade existente entre as partes devido à essencialidade e imprescindibilidade dos serviços contratados pelo usuário, considerando as condições precárias atuais do sistema público de saúde. Desse modo, sobressai ainda mais a vulnerabilidade do contratante, vez que, **por necessidade de garantia de prestação de serviços à saúde, aceita o pacto elaborado pelo fornecedor, tonando-se dependente da avença, sem questionar eventuais abusos por vezes perpetrados pela operadora visando ampliar o lucro** (grifo nosso).

Por outro lado, há quem defenda que a posição adotada pela Quarta Turma foi acertada, pois, dentre outros motivos, arrefece o fenômeno da intensa judicialização no campo da saúde e observa, devidamente, a separação constitucional dos Poderes, pois impõe limites à interferência do Poder Judiciário na atividade regulatória desempenhada pela Agência competente, a qual, relembre-se, foi conferida por lei. Nesse sentido, firmando-se a jurisprudência de forma favorável à ideia de que o Rol é taxativo, impõe-se aos magistrados o dever de atuar comedidamente diante desses casos, evitando que as operadoras dos planos de saúde, também detentoras de direitos na relação jurídica estabelecida, sejam demasiadamente prejudicadas e que tais prejuízos reverberem sobre os próprios consumidores, já que “os contratos de planos de saúde se mantêm através das contribuições de todos os beneficiários” (MARTINEZ, 2018, p. 19). Nesse sentido, a mesma autora (MARTINEZ, 2018, p. 19) destaca, oportunamente, que:

Cada produto ou plano é sustentado por uma coletividade de beneficiários, de forma que a alteração na equação atuarial entre o valor da mensalidade e o custo efetivamente despendido pela operadora diante de uma nova obrigação que lhe é imposta, compromete a alocação dos recursos, sendo inevitavelmente repassado para todos os usuários. A imposição, por parte do poder judiciário, de novas obrigações prestacionais que não estejam previstas em contrato, nem nas normas de regulação também afetam a aplicação da teoria dos cursos de transação, desenvolvida justamente para reduzir o impacto de eventos futuros e incertos, característicos de um contrato de plano de saúde, tendo em vista a sua aleatoriedade. Além disso, o mercado da saúde suplementar também se submete à orientação da ANS que

atua, na qualidade de Estado-Regulador, orientando o comportamento dos agentes econômicos no setor, sempre com vistas a manter o equilíbrio do mercado e garantir o máximo de efetividade dos direitos atribuídos aos beneficiários dos planos de saúde [...]

Ante tal controvérsia, a ANS, recentemente, como já mencionado acima, pretendendo pôr termo à discussão, alinhou-se, através da Resolução nº 465/2021, ao entendimento exarado pela Quarta Turma no julgamento do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, dispondo, expressamente, que o Rol reveste-se da natureza de taxatividade.

Embora, aparentemente, a previsão de taxatividade na Resolução da ANS indique a existência de um diálogo entre a Agência e a Corte Superior e o possível arrefecimento da imprevisibilidade das decisões, o tema continua sendo recorrentemente inserido na pauta do STJ. Os Tribunais de segunda instância, muitas vezes, por reconhecerem que a decisão da Quarta Turma não é de seguimento obrigatório e que o entendimento nela exarado não é pacífico dentro da Corte, continuam se filiando à posição da Terceira Turma, o que enseja, portanto, a manutenção de decisões conflitantes relacionadas à mesma matéria e a constante provocação do STJ.

Recentemente, o Ministro Luis Felipe Salomão, verificando a necessidade de que haja um apaziguamento desse desencontro e, especialmente, que as divergências dentro do próprio Tribunal consigam chegar a um equilíbrio, propôs à Segunda Seção do STJ que o rol fosse reconhecido como taxativo, pois a taxatividade não prejudica os consumidores e, muito menos, desequilibra o contrato a ponto de causar prejuízo às operadoras, mas ressaltou que a taxati-

vidade não deveria ser encarada como absoluta, podendo ser mitigada diante de situações excepcionais que justificassem sua relativização.

A justificativa para essa mitigação estaria suficientemente demonstrada se fosse embasada em argumentos de ordem técnica, especialmente expedidos pelos Núcleos de Apoio Técnico criados pelo CNJ (NatJus). No julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929, opostos contra decisão da Terceira Turma do STJ, o mesmo Ministro, ao deferir o pedido de autorização e custeio de um procedimento não previsto no Rol da ANS, mas expressamente reconhecido pelo Conselho Federal de Medicina e recomendado por nota técnica emitida pelo NatJus, demonstrou como a mitigação da taxatividade funcionaria e o que seria uma situação excepcional apta a ensejá-la. No entanto, esse entendimento ainda não se encontra consolidado no Tribunal, pois continuam sendo proferidas decisões, notadamente pela Terceira Turma, nas quais sequer se cogita a possibilidade de que o Rol seja qualificado como relativamente taxativo.

4. Conclusões

Ainda que, recentemente, tenha se pretendido alcançar um equilíbrio não só entre os entendimentos adotados pela ANS e pelo Poder Judiciário, mas entre as posições prevaletentes nas Terceira e Quarta Turmas do STJ, percebe-se que há uma volatilidade imanente às decisões da Corte Superior, o que acaba gerando, apenas momentaneamente, uma sensação de segurança jurídica que pode, em pouco

tempo, esmorecer e dar azo a mais desencontros e imprevisibilidade.

A decisão proferida em sede de julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.886.929, inclusive, já deixa uma lacuna que pode dar margem a interpretações diversas, pois, embora o Ministro tenha usado a nota técnica do NatJus como exemplo de justificativa para a mitigação do rol, existem diversos outros instrumentos técnicos que podem ser explorados com a finalidade de se demonstrar a necessidade de submissão a determinado tratamento ou procedimento não previsto no Rol. O próprio laudo, emitido por profissional da saúde que detém, comprovadamente, expertise técnica naquela matéria, pode se enquadrar como documento de natureza técnica.

Nesse sentido, inclusive, recentemente entendeu a Terceira Turma do STJ, no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1913230/SP, em 22 de novembro, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Nessa decisão, além de ficar reconhecido que “[...] a Terceira Turma mantém a orientação firmada há muito nesta Corte de que a natureza do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS é meramente exemplificativa”, também restou admitido que “[...] se reputa abusiva a recusa da operadora do plano de saúde de custear o tratamento prescrito pelo médico do paciente, especialmente porque, na hipótese, se mostra imprescindível à conservação da saúde do beneficiário”.

Além disso, ao reconhecer a existência da possibilidade de mitigação do rol, o Judiciário ingressa, novamente, em arena de divergência com a disposição da Resolução da ANS, pois esta, que é legalmente detentora da competência normativa relacionada à matéria, não previu hipóteses excepcionais,

ou seja, verifica-se, mais uma vez, embora de forma mais atenuada, a interferência do Poder Judiciário na atividade regulatória da Agência.

Assim, conclui-se que, enquanto a matéria não for pacificada em decisão de natureza vinculante, os Tribunais do país, cujos membros são resguardados pelo Princípio do Livre Convencimento Motivado, poderão continuar seguindo as linhas de pensamento que mais lhes parecerem acertadas para o desenlace de um conflito específico. Do mesmo modo, enquanto as decisões judiciais e as disposições normativas da ANS não seguirem o mesmo trilha, as divergências e os efeitos delas decorrentes persistirão como um constante entrave à segurança jurídica, desequilibrando as relações contratuais e prejudicando tanto as operadoras dos planos de saúde quanto os consumidores.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS.
Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no artigo 35 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga a Resolução Normativa - RN n.º 428, de 7 de novembro de 2017, a Resolução Normativa - RN n.º 453, de 12 de março de 2020, a Resolução Normativa - RN n.º 457, de 28 de maio de 2020 e a RN n.º 460, de 13 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-normativa-rn-n-465-de-24-de-fevereiro-de-2021-306209339>. Acesso em: 26 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 229, p. 285–312, 2002. DOI: 10.12660/rda.v229.2002.46445. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.036.187/PE**. Relator: Ministro Raul Araújo. Data de julgamento: 27/06/2017. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGI-NT-ARESP_1036187_4a9fc.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67

SMCVA&Expires=1638543037&Signature=UB7kEe5tHgSAV6547vZO
CIxMg3A%3D. Acesso em 08 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1913230/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 22/11/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001000671&dt_publicacao=25/11/2021. Acesso em 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1890825/SP**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de julgamento: 15/12/2020. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGINT-RESP_1890825_8bdeb.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1638543196&Signature=YYZmnIGNXeW8LPK9Z27n4DnIj0w%3D. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Recurso Especial nº 1.733.013/PR**. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Data de julgamento: 10/12/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1733013_6b332.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1638542823&Signature=c1d3TIHCAOFAHG3AW7fZAJ7tzns%3D. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 27/09/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>. Acesso em: 20 out. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MAGALHÃES, Kathyane Gonçalves; LUTZKY, Daniela Courtes. **Judicialização da saúde privada: (im)possibilidade de negativa de**

cobertura das operadoras de planos individuais de saúde na hipótese de ausência de suporte no contrato. 2019. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/09/kathiane_magalhaes.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de saúde e a tutela judicial de direitos**: teoria e prática. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SALVATORI, Rachel Torres; VENTURA, Carla A. Arena A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS: onze anos de regulação dos planos de saúde. **Organizações & Sociedade** [online], v. 19, n. 62, pp. 471-488, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/osoc/a/YZRSftDwyZRjBnwK8LpKJsn/?lang=pt#>. Acesso em 28 out. 2021.

Direito do Paciente como Consumidor e como Titular de Dados Pessoais

Rosália Toledo Veiga Ometto¹
Viviane Dias dos Santos Olímpio²

1. Introdução

O presente artigo integra a temática norteadora do Direito Médico e da Saúde, com foco na pessoa humana

¹ Bacharel e mestre em Direito Civil pela FADUSP, especialista em Direito Empresarial pela PUC/SP, pós-graduanda em Direito Digital, Inovação e Ética nos Negócios pela FIA on-line Advogada atuante, desde 1993, em Dir. Médico, Dir. das Famílias, Dir. Cooperativo e Compliance em Proteção de Dados Pessoais. Membro efetivo regional da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde da OAB-SP. Membro da Comissão Nacional de Família e Tecnologia do IBDFAM. Membro da Comissão Permanente da Mulher Advogada da OAB-SP, membro da Comissão Especial de Bioética e Biodireito da OAB-SP, membro da ANADD - Associação Nacional das Advogadas(os) de Direito Digital, membro do coletivo Mulheres da LGPD. Encarregada de Dados Pessoais (DPO) externa de diversas empresas e entidades. Certificada Exin PCPE LGPD e Certificada LEC FGV CPC-PD. Autora de obras jurídicas, rosalia@omettoadvocacia.adv.br

² Advogada, pós-graduanda em Direito e Processo Civil pela ESA/PB, especialista em Direito Médico e da Saúde pela Legalle, membro efetivo regional da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde da OAB-PB. Colunista do Portal Doctor Play TV na coluna de Direito da Saúde, sempre realizou diversos cursos na área de Direito Médico e da Saúde, destacando-se, mais recentemente, cursos avançados com os mestres no Direito Médico Osvaldo Simonelli, Rosália Ometto, Luccas Reis e Milena Bassani. Atuante em Direito Médico e Saúde Suplementar (com ênfase na proteção aos litígios de beneficiários frente às operadoras de saúde, tutelados pelo acesso à assistência médica), Direito Cooperativo e Compliance em Proteção de Dados Pessoais, Defesa Médica. Atuação nacional, vivianeolimpioadv@gmail.com

consumidora final e titular de dados pessoais da prestação dos serviços médicos e hospitalares, quer públicos quer privados, a partir do preceito fundamental de seu direito: **informação clara e acessível**.

A ideia central é trazer à memória direitos da pessoa humana consumidora pouco exercidos nesses mais de trinta anos do Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei 8.078/1990), que tomam mais força ainda com os direitos dos titulares de dados pessoais da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD - Lei 13.709/2018) já vigente, bem como evidenciá-los para que sejam efetivamente colocados em prática, referências essenciais ao Código de Ética Médica (CEM – Resolução CFM nº 2.217/18) e Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98). Não serão abordadas questões da pessoa jurídica consumidora.

Conhecimento é poder, conhecimento é libertador, conhecimento é saber o que se pode exigir. Para introduzir o pensamento, importante destacar posicionamento de Yuval Noah Harari sobre lições para o século 21:

No presente, as pessoas ficam contentes de ceder seu ativo mais valioso — seus dados pessoais — em troca de serviços de e-mail e vídeos de gatinhos fofos gratuitos. É um pouco como as tribos africanas e nativas americanas que inadvertidamente venderam países inteiros a imperialistas europeus em troca de contas coloridas e bugigangas baratas.³ Aqui, gostaria de oferecer de improviso duas regras gerais simples. Primeira: se você quer uma informação confiável —

³HARARI. Edição do Kindle, posição 1496.

pague por ela. Se obtiver suas notícias gratuitamente, talvez o produto seja você.⁴

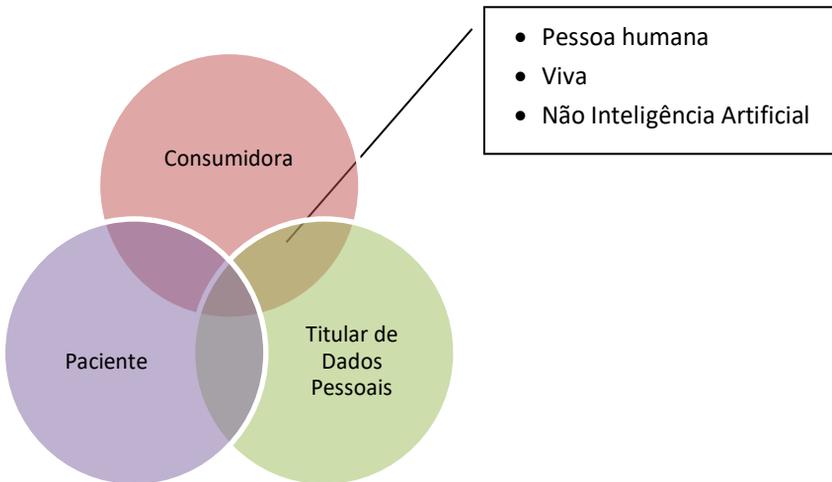
Por mais alguns anos ou décadas, ainda teremos escolha. Se fizermos esse esforço, ainda podemos investigar quem somos realmente. Mas, se quisermos aproveitar essa oportunidade, é melhor fazer isso agora.⁵

2. Termos jurídicos elencados para melhor compreensão e experiência da pessoa humana: leitora, paciente, consumidora, titular de dados pessoais. Glossário

A pessoa humana será tratada de acordo com o ato que está sendo realizado. Se for uma relação de consumo, será chamada consumidora (a pessoa jurídica também pode ser consumidora); se for uma relação de prestação de serviços de saúde, será chamada paciente; se for uma relação de tratamento de dados pessoais, será chamada de titular de dados pessoais; se apenas estiver lendo esse artigo, será chamada leitora.

⁴Idem, posição 4121.

⁵Idem, ibidem, posição 5350.



Glossário (Sentido das palavras e dos termos jurídicos)

CDC: Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei 8.078/1990) legislação que mudou as relações de aquisição de produtos e das prestações de serviços ao consumidor, com o objetivo de que ocorra o atendimento das necessidades da pessoa consumidora, com respeito à sua dignidade, saúde, segurança, proteção de seus interesses econômicos, para uma melhor qualidade de vida, com transparência e harmonia (arts. 1º e 4º CDC).

LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei 13.709/2018) foi criada para proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo. A lei cuida do tratamento de dados pessoais que estejam em meio físico ou digital, realizado por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, e compõe um amplo conjunto de operações realizadas em meios físicos ou digitais.

CEM: Código de Ética Médica (CEM – Resolução CFM nº 2.217/18, modificada pelas Res. CFM nº 2.222/18 e 2.226/19) – Princípios fundamentais:

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

II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

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

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício, mesmo depois da morte. Jamais utilizará seus conhecimentos

para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativas contra sua dignidade e integridade.

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

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

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

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

Consumidor: é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; por exemplo, paciente que utiliza serviços hospitalares, de planos de saúde ou que faz consulta com profissionais da saúde (CDC, art. 2º).

Titular de Dados Pessoais: pessoa natural (humana e viva) a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento. Dono dos dados pessoais. Pode ser o paciente, quando é atendido pelo profissional da área da saúde ou por serviços hospitalares, serviços de planos de saúde (LGPD, art. 5º, V).

Dados Pessoais: informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, ou seja, qualquer dado em que a pessoa possa ser identificada direta ou indiretamente, como o nome, número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, mental, econômica, cultural, social e outros, tais como nome, CPF, CNH, número do celular, tatuagem, foto, nome na rede social, e-mail, entre outros (LGPD, art. 5º, I).

Dados Pessoais Sensíveis: Se os dados pessoais forem sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou organização de caráter religioso, político, ou filosófico, referente à saúde ou vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural, são considerados Dados Pessoais Sensíveis. Esses dados podem acabar, indevidamente, impondo ao seu titular práticas discriminatórias ou a permitir a sua identificação sem qualquer dúvida, como uso da biometria, de forma indevida, para fraudes, golpes (LGPD, art. 5º, II).

Tratamento de Dados Pessoais: toda e qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a coleta, o registro, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, a eliminação ou a destruição (LGPD, art. 5º, X).

Consentimento da LGPD: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada (LGPD, art. 5º, XII).

Consentimento livre e esclarecido (CDC e Código de Ética Médica): é a manifestação livre, esclarecida e informada, relacionada a um determinado procedimento médico específico. Tem que ser na linguagem clara, objetiva e que a pessoa consumidora/paciente compreenda; que sejam oferecidas informações sobre o procedimento médico, suas escolhas e as consequências se optarem por uma ou outra linha de tratamento (CDC, art. 6º, III e Código de Ética Médica, art. 4º, 22, 73, 77, 101, 102 e 110).

ANPD: Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais é o órgão governamental responsável pela normatização, fiscalização e aplicação de penalidades relacionadas à LGPD (LGPD, art. 5º, XIX).

Agentes de Tratamento de Dados Pessoais: o controlador de dados pessoais e o operador de dados pessoais (LGPD, art. 5º, IX).

Controlador de Dados Pessoais: parte que determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais. É quem coletou os dados pessoais diretamente da pessoa consumidora/paciente/titular (LGPD, art. 5º, VI).

Operador de Dados Pessoais: parte que trata dados pessoais de acordo com as instruções do Controlador de Dados Pessoais; por exemplo, contabilidade do prestador de serviços médicos (fornecedor de serviços, controlador de dados pessoais, profissional da saúde). (LGPD, art. 5º, VII).

Operadora de Planos de Saúde: não se confunde com a Operadora de Dados Pessoais, é o Plano de Saúde devidamente registrado junto à ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, que pode ser pessoa jurídica: cooperativa, medicina de grupo, filantropia ou autogestão, que atendem por rede credenciada essencialmente (Lei Planos de Saúde – Lei 9.656.98, art. 1º, II).

Pessoa Com Deficiência: pessoa com deficiência é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/15, art. 2º).

Idoso: pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Dentre os idosos, é assegurada **prioridade especial** aos maiores de 80 (oitenta) anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos (Estatuto do Idoso – Lei 10.741/03, arts. 1º e 3º, §2º).

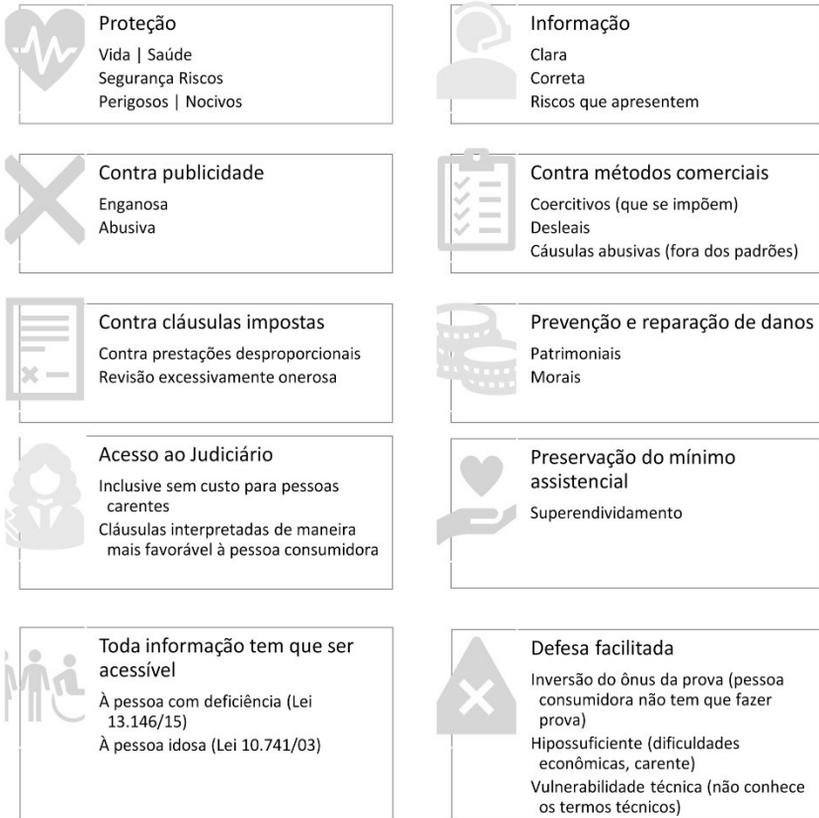
Assim, as leis brasileiras e as regras de conduta, como o Código de Ética Médica, são normas que se somam e não se excluem, e o paciente tem seus direitos somados, e que precisam ser divulgados, tanto para quem os têm, quanto para quem tem o dever de cumprir.

Pessoa Humana	Prestador de serviços de saúde	Planos de Saúde e Hospitais	Tem que cumprir
<ul style="list-style-type: none"> • Pessoa viva • Paciente • Consumidora • Titular de Dados Pessoais 	<ul style="list-style-type: none"> • Fornecedor de serviços de consumo • Controlador de Dados Pessoais • Profissionais da Saúde: médicas(os), fisioterapeutas, nutricionistas, dentistas, enfermeiras(os) 	<ul style="list-style-type: none"> • Fornecedores de serviços de consumo • Controladores ou controladoria conjunta de Dados Pessoais • Operadores de planos de saúde • Laboratórios • Clínicas médicas • Clínicas odontológicas • Clínicas de Fisioterapia 	<ul style="list-style-type: none"> • Todas as leis brasileiras • Constituição Federal • Código do Consumidor • Lei Planos de Saúde • Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais • Código de Ética Médica • Estatuto da Pessoa Com Deficiência • Estatuto do Idoso

3. Quais os direitos do paciente no CDC?

A relação das pessoas foi profundamente alterada na sociedade brasileira com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, no início da década de 1990, em que o consumidor foi contemplado com direitos e oportunidades mais equilibradas para discutir essa prestação de serviços. Em razão da complexidade da matéria, o consumidor não tem a mesma possibilidade de provar fatos relacionados à medicina ou às questões ligadas à área de planos de saúde, sendo por esta razão considerado vulnerável tecnicamente e, ainda, se for carente de recursos financeiros, também pode ser considerado hipossuficiente econômico, especialmente em comparação às grandes empresas que passaram a atuar no setor.

A pessoa humana que ao mesmo tempo é paciente, é consumidora, é usuária de planos de saúde, é usuária do SUS, é titular de dados pessoais, precisa conhecer seus direitos para poder fazer com que eles valham. Destacam-se os seguintes e fundamentais direitos do consumidor:



Esquema | Direitos básico da pessoa consumidora | Elaborado por Rosalia Ometto

Passadas mais de três décadas, as pessoas ainda desconhecem seus direitos, com especial destaque à informação clara, correta, adequada, que esclareça os riscos, que não pode utilizar termos técnicos ou muito específicos para alcançar uma vantagem desequilibrada na relação de consumo. Na relação da pessoa paciente enquanto pessoa consumidora de serviços médicos e hospitalares, os termos técnicos têm que ser

utilizados como um instrumento de educação, de conscientização.

Os profissionais da área de saúde têm o dever de esclarecer as dúvidas da pessoa consumidora/paciente/titular de dados pessoais, o objeto de toda ação ética da medicina, de toda ação adequada junto aos direitos da pessoa consumidora e juntos aos direitos do titular de dados pessoais, pois são a mesma e única pessoa, com diversas camadas de proteção.

É importante destacar que ao preencher a declaração de saúde, no ato da contratação de um plano de saúde, para se constatar que a pessoa consumidora tem alguma doença ou problema de saúde, a empresa que comercializa o plano de saúde pode indicar uma(um) médica(o) para ajudar a(o)paciente a responder ou, em alguns casos, solicitar uma perícia médica, e não poderá cobrar nada por isso. Se essa declaração não for realizada no ato da contratação, não poderá ser feita em hipótese alguma em nenhum outro momento. Se a pessoa consumidora preferir ser orientada por profissional da área médica da sua escolha, deverá assumir o custo, sem taxas de adesão.

A pessoa consumidora não pode mentir e nem omitir nenhuma informação no ato do preenchimento, bem como não deve dispensar a perícia, mesmo que seja induzida a isso. Importante destacar que a omissão de doenças ou condições preexistentes podem ser caracterizadas como fraude.

A pessoa consumidora precisa ser encorajada a questionar, a buscar informações qualificadas, como profissionais do Direito Médico que tenham qualificação para fazer uma assessoria preventiva, e não só na defesa de direitos quando há uma quebra das regras contratadas. Deve ser encorajada a ler o contrato que estiver assinando, ler os termos de consentimento da LGPD e, mais especialmente, os termos de consentimento de procedimentos médicos e hospitalares que for realizar.

É dever da(o) médica(o) informar o mais amplamente possível sobre o tratamento proposto e, sobretudo, sobre os riscos dele decorrentes. É direito do paciente perguntar e obter informações antes de se decidir sobre um determinado procedimento médico.

É dever do plano de saúde informar as coberturas, o tipo de atendimento (se ambulatorial, se hospitalar ou se obstétrico), tipo de acomodação (quarto coletivo, quarto individual), rede assistencial (principalmente quais hospitais compõem o plano escolhido), quais as formas de reajuste do plano, quais as contraprestações, se o plano é compartilhado nos custos pela pessoa consumidora. Se houver uma negativa ao pedido de atendimento, de cobertura ou de qualquer outro tipo questionamento, deverá ser por escrito.

A pessoa consumidora tem direito a cópia do seu prontuário, dos termos de consentimento livre e esclarecido relacionados ao procedimento médico, de uma receita com letra legível; tem direito à cópia do contrato de plano de saúde assinado, contendo todas as condições de utilização como: o

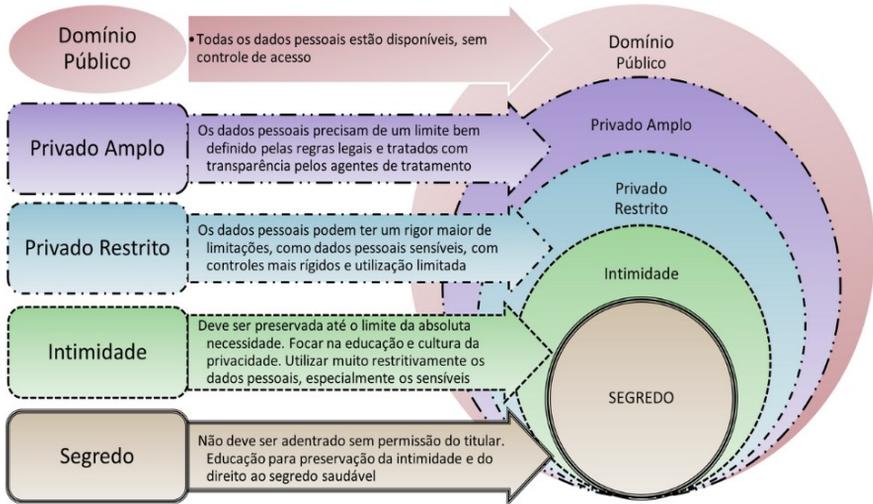
preço da mensalidade, as formas de reajuste e a cobertura que tem direito. Tem direito, ainda, à relação de todos os profissionais de saúde, hospitais, clínicas e laboratórios credenciados ou referenciados; ao manual para orientação de contratação de planos de saúde, e ao guia de leitura contratual, em linguagem clara e de fácil compreensão. Sobretudo, tem direito a ser tratada com dignidade.

4. Quais os direitos do titular de dados pessoais na LGPD?

A pessoa humana titular de dados pessoais tem direito de ter sua intimidade preservada, sua honra e sua imagem invioladas, sua privacidade protegida. Disso resultará a proteção dos seus dados pessoais, com a garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade, exercício da sua cidadania plena com dignidade, dando-lhe a oportunidade de exercer suas escolhas, de forma consciente e orientada, do que fazer com aquilo que é seu, intrínseco do seu ser, e escolher com quem compartilhar e ter limites muito claros estabelecidos, dentro dos princípios norteadores (LGPD, art. 6º), para qual finalidade e de que forma serão utilizados tudo alicerçado na boa-fé objetiva, com definição de responsabilidade com o descumprimento dessas obrigações.

Importante destacar que privacidade é algo na esfera pessoal e intimidade é algo na esfera interna da pessoa humana. Nem tudo que é privado é íntimo, mas tudo que é íntimo é privado. Destaca-se que⁶:

⁶ Para OMETTO, Privacidade | É o oposto de Público. No cotidiano, [Sumário](#)



Esquema 2 | Público, Privado, Íntimo e Secreto | Detalhado por Rosalia Ometto

privacidade é algo de acesso restrito ao público em geral. Na esfera privada há possibilidade de outras perspectivas, como: **esfera privada ampla** (dados pessoais em contratos, parceiros com informações importantes para negócios, redes sociais públicas cujo conteúdo é definido por você, etc.); **esfera privada restrita** (colegas de trabalho, amigos em geral, familiares distantes, redes sociais restritas definidas por você); **esfera íntima** (amigos, familiares que você escolhe permitir acesso, redes sociais privadas que você controla o conteúdo); **esfera do segredo** (só você ou quem você escolhe). Acesso em 15.11.2021, <https://www.linkedin.com/pulse/privacidade-intimidade-e-lgpd-reflex%C3%B5es-rosalia-ometto/>

[Sumário](#)

Seus direitos estão elencados nos arts. 17 a 22 da LGPD:

Confirmação da existência de tratamento

- Formato simplificado | imediatamente
- Formato completo | claro | 15 dias | por meio eletrônico ou impresso

Acesso aos dados pessoais

Correção de dados pessoais incompletos | inexatos | desatualizados

Anonimização | Bloqueio ou eliminação dos dados

- Desnecessários | excessivos | desconformidade

Portabilidade

Eliminação dos dados completos com consentimento do titular, salvo bases legais

Informação do Controlador com quem compartilha seus dados pessoais

Informação sobre poder não consentir e quais as consequências dessa opção

Revogação do consentimento

Revisão de decisões tomada por tratamento automatizado

Defesa dos direitos poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente.

Esquema | Direitos Titulares de Dados Pessoais | LGPD | Elaborado por Rosalia Ometto

É dever de todos os agentes de tratamento (médicos, hospitais, planos de saúde, governo) informar como os dados pessoais da pessoa titular (paciente) estão armazenados e

como estão sendo tratados. Certamente, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) traz mais uma significativa mudança na sociedade, algo que guarda relação com o impacto do Código de Defesa do Consumidor (CDC), ampliado.

O foco dos negócios muda com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), pois à pessoa titular dos dados pessoais (pessoas naturais, ou seja, pessoas físicas vivas, que podem ser pessoas consumidoras, pacientes, beneficiários de planos de saúde) ou responsáveis por menores de idades foi dado o protagonismo. O risco não está mais no negócio realizado entre titular e controlador, mas na custódia (guarda segura) desses dados pessoais independentemente e além do tipo de negócio.

A pessoa titular de dados pessoais terá a possibilidade de saber como seus dados foram tratados, utilizados e para que finalidade, devendo ser exatamente para o fim descrito no momento da coleta pelo controlador de dados pessoais (qualquer pessoa física ou pessoa jurídica que tenha finalidade comercial), com garantias e sanções de que não serão comercializados à revelia (sem o conhecimento) do titular, nem armazenados de forma precária, nem manipulados (alterados) em desconformidade com a finalidade vinculada às bases legais permitidas em lei. As regras básicas do direito do consumidor também abarcam todos os dados pessoais.⁷

⁷ Nesse sentido, TEPEDINO e TEFFÉ (p.291) refletem o seguinte: "(...) mostrou-se urgente a edição e a atualização no que concerne à proteção da privacidade e dos dados pessoais, especialmente no que tange aos dados sensíveis e aos dados de crianças e adolescentes. (...) Para melhor tutela dos direitos fundamentais, há que se definir quando, onde, como e para que fins poderão ser colhidas informações pessoais, restringindo-se o seu tratamento

A pessoa titular de dados pessoais tem direito de ser informada, de forma clara e transparente⁸, pelos controladores, sobre quais são os dados que estão sob sua custódia e para quais finalidades estão sendo utilizados, e, se não houver uma base legal⁹ para o controlador manter esses dados e para as finalidades específicas (quando, por exemplo, houver um contrato entre as partes de prestação de serviços médicos, ou de serviços de saúde, ou relação de emprego, ou o consentimento para publicidade), a pessoa titular poderá requerer a exclusão de seus dados da custódia do controlador e, se a base for do consentimento apenas, este poderá ser revogado a qualquer tempo.

como ativo comercial ou expressão de poder político do Estado. Nas últimas décadas, a privacidade vem sendo gradualmente compreendida como direito de manter controle sobre as próprias informações, passando a fazer referência à possibilidade de a pessoa natural conhecer, controlar, endereçar e, até mesmo, interromper o fluxo das informações a ela relacionadas. Abriu-se, assim, espaço para a chamada autodeterminação informativa, que representa a faculdade de o particular controlar a obtenção, a titularidade, o tratamento e a transmissão de dados relativos a ele”.

⁸ NALINI (p. 84-85) expõe: “A era da transparência reclama criatividade e mesmo ousadia. Nada impede, tudo recomenda, se estimulem práticas de prevenção de litígios. Assim como a de o médico interagir de fato com o paciente, informando-o, esclarecendo dúvidas e abrindo um conduto de comunicação que importa, em última análise, em alavancar a implementação dos direitos do paciente e aplainar o caminho de precaução de conflitos.”

⁹ LGPD, art. 7º indica permissão para tratamento de dados pessoais (consentimento titular; cumprimento de obrigação legal ou regulatório do controlador; administração pública; órgãos de pesquisa; contrato; exercício regular de direito; proteção da vida; tutela da saúde; interesse legítimo do controlador; proteção do crédito). O art. 11 traz as permissões para tratamento de dados pessoais sensíveis (consentimento específico e destacadas as finalidades; cumprimento de obrigação legal ou regulatória do controlador; administração pública; órgãos de pesquisa; exercício regular de direito; proteção da vida; tutela da saúde).

Haverá possibilidade de exclusão ou eliminação¹⁰ dos dados pessoais se a base legal for o consentimento, enfatizando-se que pode ser revogado a qualquer tempo. O agente controlador deverá eliminar os dados com o pedido formal da pessoa titular. Se houver outra base legal, como, por exemplo, contrato, tutela da saúde, obrigação legal, o controlador deve manter os dados pelo tempo necessário de custódia a cada tipo de obrigação (por exemplo, prontuários médicos têm uma regra do CFM – Conselho Federal de Medicina – que estabelece que o médico e/ou o hospital deverá manter os prontuários de seus pacientes sob sua custódia até vinte anos após o encerramento do seu atendimento). Todo agente de tratamento deve ter uma tabela de temporalidade para deixar claro à pessoa titular de dados pessoais o tempo de guarda e quais os fundamentos legais para tanto. Fundamental é, portanto, efetivar o princípio da transparência¹¹, que ficou ainda mais importante, e que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais impõe aos agentes de tratamento (controlador e operador), que podem também ser pensados como o governo, os planos de saúde, os hospitais, os

¹⁰ Para MALDONADO (p.299), “o direito à eliminação de dados previsto na LGPD é direito similar ao direito ao apagamento de dados previsto no GDPR, o qual, ali, também é denominado “direito a ser esquecido” ou “*right to be forgotten*”, como está no texto original em inglês. (...) De fato, aqui, o direito ao esquecimento ainda guarda perfeita consonância com suas raízes históricas, as quais incluem aspectos atinentes à perda do interesse processual, em razão do transcurso do tempo e ao princípio da dignidade da pessoa humana”.

¹¹ Para MONTEIRO (p.342), produto da nova concepção do direito à privacidade associado à transparência que permeia grande parte das relações sociais na contemporaneidade, o recém-chegado direito de acesso se apresenta, no cenário jurídico nacional, marcado pela busca por efetividade.

laboratórios, as clínicas e os profissionais da saúde. Que o caminho do conjunto de dados pessoais seja conhecido, transparente, claro e de fácil compreensão, e que todo o tratamento dos dados pessoais ocorra de forma segura, para que não haja prejuízo para a pessoa titular de dados pessoais, que é paciente e que é a pessoa consumidora também.

Destaca-se que a pessoa titular de dados pessoais tem um poder importante nessa decisão do tratamento de seus dados pessoais, a chamada autodeterminação informativa¹², que é a possibilidade de escolher se vai fornecer ou não seus dados pessoais, pelo consentimento, ou saber como, porque, com quem são tratados seus dados pessoais decorrentes de possibilidades alicerçadas nas bases legais. Algo muito novo e que precisa ser difundido é a cultura da privacidade e do conhecimento dos seus direitos.

¹² TASSO (p.97-98), “Se no contexto norte-americano, a privacidade era enfrentada sob a perspectiva do plano horizontal e, portanto, interindividual, como sendo o direito de ser deixado só, na postulação de Warren e Brandeis, em solo europeu, o era no plano vertical, uma vez que direcionado contra o Estado, impedindo-o de proceder ao tratamento não autorizado ou não consentido dos dados pessoais. Este, contrariamente ao primeiro, possui a característica de uma liberdade negativa, consagrada no conceito de autodeterminação informativa. Em ambos os enfoques, na ensinança de Stefano Rodotà, a preservação da privacidade é pré-condição da cidadania na era eletrônica”.

5. Quais as orientações para pessoa paciente/consumidora/titular de dados pessoais exercer seus direitos com plenitude?

A pessoa consumidora/paciente/titular de dados pessoais, primeiro de tudo, precisa se informar sobre seus direitos, saber que se forem descumpridos ou violados isso pode resultar em judicialização e processos indenizatórios, em que se busca a reparação ou compensação dos danos sofridos.

Num panorama geral para se caracterizar a responsabilidade civil em Direito Médico há a necessidade de análise jurídica dos seguintes elementos do caso concreto: qual era o fundamento da vinculação das partes (contratual ou extracontratual); se o profissional da saúde atua como prestador de serviços (obrigação de meio e responsabilidade subjetiva) ou vinculado a um hospital como empregado (responsabilidade objetiva) ou se estava na condição de controlador de dados pessoais no qual ocorreu o vazamento (responsabilidade objetiva); se houve dano, de qual seu tipo (patrimonial e/ou extrapatrimonial); do que decorreu o dano (ação, omissão, ou chance perdida real e séria; incidente de vazamento de dados pessoais); e se há excludente de responsabilidade (culpa de terceiro, culpa exclusiva ou concorrente da vítima, caso fortuito ou força maior); qual o tipo de incidente (dano na prestação de serviço defeituosa, dano à privacidade e proteção de dados cujo incidente gerou repercussão na vida do titular de dados pessoais); qual o grau de impacto, para só depois se adentrar no campo de quantificação da indenização, ou não, se descaracterizada a responsabilidade civil.

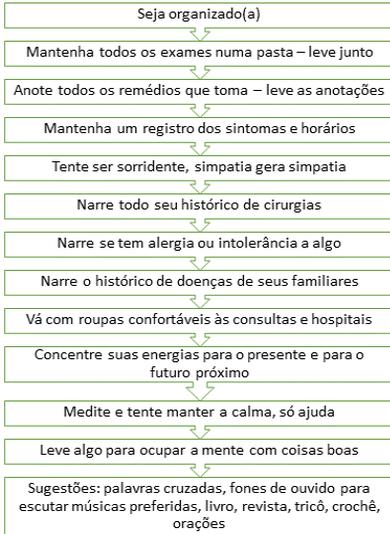
São questões técnicas jurídicas, que buscam tentar amenizar algo que já ocorreu, algo que aconteceu no passado. Contudo, a prática de tantos anos analisando questões de ordem médica permite algumas orientações colaborativas para que a prevenção construa uma atitude ativa da pessoa consumidora/paciente/titular de dados pessoais e uma atitude ativa da parte prestadora dos serviços médicos. Algumas atitudes simples podem colaborar muito.

O principal foco na prestação de um serviço é a transparência e a linguagem clara e acessível, o que está no Código de Defesa do Consumidor, está no Código de Ética Médica, está na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: uma boa escuta, uma boa conversa focada na pessoa consumidora/paciente/titular de dados pessoais. Especialmente em um atendimento na área de saúde isso é fundamental, evita muitos problemas para ambas as partes, pode salvar vidas, algo sério, essencial, é básico, isso é lei, mas pouco é feito. Precisa-se investir nas relações pessoais, interpessoais, prestar atenção no outro, é para isso que os prestadores de serviços são contratados, para fazer entender, para garantirem esclarecimentos.

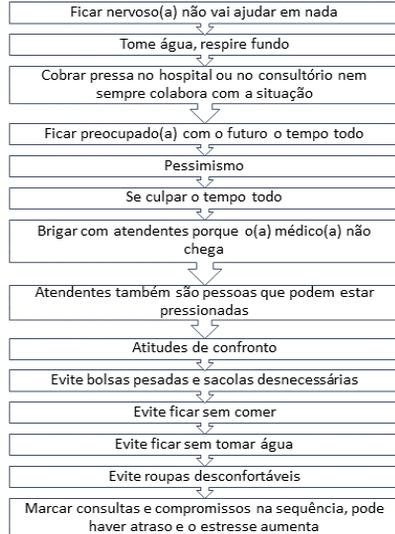
Destacam-se alguns pontos pela parte que busca os serviços dos profissionais da saúde, quer por questões de rotina, de prevenção ou até mesmo de doenças ou acidentes. Programe seu atendimento junto aos serviços de saúde, se possível com tais atitudes:



REALIZE ATITUDES POSITIVAS



EVITE ATITUDES NEGATIVAS



Esquema | Atitudes Positivas | Atitudes Negativas | Rosalia Ometto

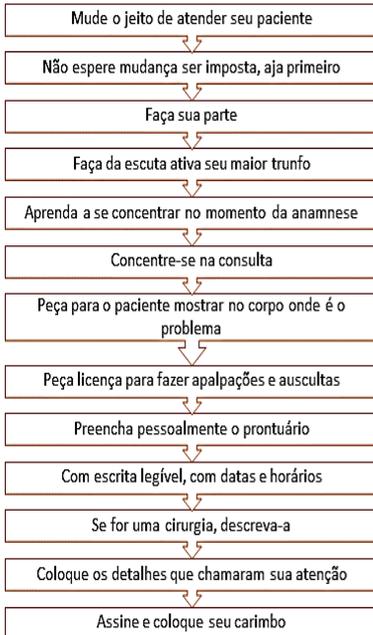
A contrapartida na relação entre profissional de saúde e a pessoa consumidora exige alguns parâmetros, algumas práticas precisam ser revistas, porque o mundo mudou, a percepção das coisas mudou, sobretudo depois do evento absolutamente devastador para a humanidade como a pandemia da Covid-19.

E para novos tempos, novos desafios, é preciso uma análise do que não estava funcionando no passado, nos atendimentos de saúde, e também algumas sugestões de melhorias efetivas, e isso só dependerá das pessoas, não de tecnologia nem de inteligência artificial, dependerá das relações humanas, da pessoa humana quer consumidora/paciente/titular de dados pessoais, quer profissional da

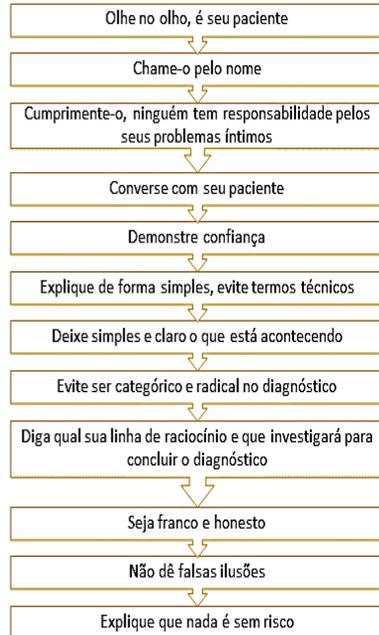
saúde/fornecedor de serviços/controlador de dados pessoais. Abaixo algumas impressões para reflexões e mudanças reais:



MUDANÇA DE FOCO



PRESTE ATENÇÃO



Esquema | Mudança de Foco | Preste Atenção | Rosalia Ometto

O foco principal hoje, tanto do Direito quanto da Medicina, é a valorização da experiência da clientela, ou seja, é necessário mudar, renovar, adaptar, reinventar o modelo de negócio para que o objetivo seja alcançado, para que a pessoa consumidora/paciente/titular de dados pessoais seja bem atendida, que a transparência e o respeito sejam a base de toda

essa relação humana, já que ambas as partes lidam com algo muito delicado, a vida humana.

6. conclusões

A pessoa consumidora/paciente/titular de dados pessoais tem na responsabilidade civil dos médicos e dos planos de saúde muitos recursos e direitos, com muitas facetas para serem analisadas. O contexto atual expõe a evolução da sociedade, especialmente pelo advento do Código de Defesa do Consumidor, da Lei dos Planos de Saúde e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Entretanto, a sociedade passa por um período conturbado de valores e de conscientização dos limites das suas obrigações e direitos. Vê-se que o indivíduo está sempre esperando soluções pelos direitos de indenização, na atitude de resgate. É preciso evoluir para a cobrança dos direitos de prevenção, para que danos sejam prevenidos, para que o indivíduo exerça sua autodeterminação informativa, exerça seus direitos e todos os envolvidos assumam verdadeiramente suas obrigações. Certo também, que os agentes de tratamento têm muita responsabilidade no tratamento de dados pessoais e terão que olhar para o indivíduo como uma pessoa humana detentora real de obrigações e com muitos direitos poucas vezes realmente atendidos.

Na área médica é fundamental a necessidade de melhora na comunicação entre médicos e pacientes, bem como na melhora das informações e esclarecimentos, sobretudo relacionados à saúde; melhora na comunicação e transparência entre operadoras de planos de saúde e usuários, desde a contratação dos usuários de planos de saúde sobre

deveres e obrigações. À operadora de planos de saúde fica a constante necessidade de melhoria da comunicação, para ser efetiva e transparente, com retorno para o usuário com possíveis soluções aos seus pedidos.

Muito se avançou nessas últimas décadas, sobretudo nos direitos formais, ou seja, nos direitos declarados por leis muito boas, ainda pouco colocadas em prática. Muito se tem a resgatar e a evoluir com novas ferramentas da tecnologia a favor, tais como, comunicação e acolhida, de forma física ou virtual, informação e resposta, por conversa pessoal ou por aplicativos, mas com uma roupagem nova e contemporânea nesse mundo cada dia mais “virtual”, mais disruptivo.

Soluções serão pensadas e melhoras ocorrerão quando todos os sujeitos de direitos e de deveres envolvidos nas relações médicas fizerem, cada um, a sua parte.

Enfim, o modelo que se propõe é da prevenção, da conscientização, do cuidar antes e melhor para que não se caminhe para conflitos judiciais. Com mais projetos educativos, mais palestras, mais divulgação na mídia, mais curadoria de bons conteúdos, claros e informativos para toda a população.

Referências

AMARAL, Francisco. O dano à pessoa no direito civil brasileiro. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu (Coords.). **Pessoa Humana e Direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 119-156.

CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao art. 11 do CC (dos direitos da personalidade). In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa; _____. (Coords.) **Código Civil Interpretado artigo por artigo**. 13 ed. São Paulo: Ed. Manole, 2020. p. 116-128.

CRIVELLI, Ivana Có Galdino. Intimidade e privacidade na era da informação. In: CORREIA, Atalá, CAPUCHO, Fábio Jun. (Coords.). **Direitos da Personalidade**. A contribuição de Silmara J. A. Chinellato. São Paulo: Ed. Manole, 2019. p. 256-273.

DUARTE, Nestor. Comentários aos art. 11 a 21 do CC (dos direitos da personalidade). In: PELUSO, Cezar. (Coord.). **Código Civil Comentado**. 14 ed. São Paulo: Ed. Manole, 2020. p. 30-43.

FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIA, Thaís S. Artibale. A proteção de dados como direito da personalidade. In: FALCÃO, Cintia; CARNEIRO, Tayná (Coords.). **Direito Exponencial**. O papel das novas tecnologias no jurídico do futuro. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 467-478.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Companhia das Letras. Edição do Kindle.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005.

MALDONADO, Viviane; ÓPICE BLUM, Renato (Coords.). **LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista, 2019.

_____. O direito à eliminação de dados e o blockchain. In: FALCÃO, Cintia; CARNEIRO, Tayná (Coords.). **Direito Exponencial**. O papel das novas tecnologias no jurídico do futuro. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 282-300.

MONTEIRO, Carlos Edson do Rego e CASTRO, Diana Paiva de. Potencialidades do direito de acesso na nova Lei Geral de Proteção de Dados. In: _____ FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. p. 323/345.

NALINI, José Renato. Os Direitos Turbinados do Paciente. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coords.). **Direito do Pacientes**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 84-85.

OMETTO, Rosália Toledo Veiga. **Responsabilidade civil do médico cirurgião**. Ometto Sociedade Individual de Advocacia, Edição Digital, 2019 fac simulada da 2ª edição, 2007.

_____. **Privacidade, Intimidade e LGPD**: Reflexões. LinkedIn de Rosália Ometto, artigo publicado em 11.09.2021.

_____. Comentários aos arts. 854 a 954 do CC (atos unilaterais, títulos de crédito e responsabilidade civil). In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa; CHINELATO, Silmara Juny (Coords.). **Código Civil Interpretado artigo por artigo**. 14 ed. São Paulo: Ed. Manole, 2021. p. 703/837.

_____. A importância da Informação no Direito Médico e nas Ações envolvendo Atos Médicos. In: ARRUDA, Alvim; MELLO, Cecília; RODRIGUES, Daniel Colnago; ALVIM, Thereza (Coords.). **Direito**

Médico - Aspectos Materiais, Éticos e Processuais. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. p. 283-309.

_____. Aspectos atuais da responsabilidade civil: o médico, o paciente, a proteção de dados pessoais e suas relações. In: HASSE, Juliana Peneda; SANTOS, Andréa Ferreira dos; FERREIRA, Sissyane Rodrigues (Coords.). **Reflexões da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde OABSP.** São Paulo: ESA, 2021, p. 90-122.

TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. In: **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura.** São Paulo, ano 21, nº 53, p. 97-115, Janeiro-Março/2020.

TEPEDINO, Gustavo e TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais no LGPD. In: _____, FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. p. 287-322.

Maria da Glória Virgínio Barbosa, titular da Cadeira 42, da Academia Paraibana de Letras Jurídicas, graduou-se em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (2009); Licenciatura em História pela Universidade Estadual da Paraíba, Campus III (2004). Pós-graduada em Prática Judicante pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba em parceria com a Universidade Estadual da Paraíba (2011); Pós-graduada em Direitos Humanos Econômicos e Sociais pela Escola Superior da Magistratura em parceria com a Universidade Federal da Paraíba (2013); Pós-graduada em Direito Civil Constitucional pela Escola Superior da Magistratura em parceria com a Universidade Federal da Paraíba (2014); Curso Preparatório à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura do Estado da Paraíba (2010). Formação em Direito Médico pelo Centro de Direito Médico e da Saúde (2021). Assessora jurídica na ATN/SEECT/PB. Advogada militante na área de direito médico e da saúde, desde 2010. Membro e Secretária Geral da Academia Paraibana de Letras Jurídicas (2020 a 2022) e do Instituto de Direito Civil Constitucional.

Exerceu e exerce funções públicas no Governo do Estado da Paraíba e em municípios do Estado. É Conferencista, palestrante, escritora, com várias publicações de artigos e em livros.



Regina Claudia Virgínio Barbosa é Graduada em Direito (Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ). Fez Pós-graduação em Direito Civil Constitucional - UFPB, trabalha na Secretaria Estadual de Educação da Paraíba na função de Assistente da Assessoria Técnico Normativa - ATN desde março de 2016 até os dias atuais. Trabalhou na Secretaria Estadual de Educação da Paraíba como Subgerente de Acompanhamento e Controle da Execução dos Programas Educacionais, no Fórum de Bayeux/PB como Juíza Conciliadora no Juizado Especial Cível; no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba - TJ/PB, sendo estagiária – 4ª Câmara Cível. No PROCON/PB – Defensoria Pública do Estado da Paraíba, foi estagiária, bem como na CEHAP - Companhia Estadual de Habitação Popular, mesma função e estágio na Ribeiro e Pimentel Advogados Associados, sendo Secretária na Cabral Associados S/C – Advocacia e Assessoria Jurídica S/C e, ainda, estagiando na Procuradoria da República na Paraíba. Palestrante no SEBRAE e UNIPÊ, participou do I Congresso Internacional de Direito do Consumidor da Paraíba – João Pessoa/PB, 2011.