

REVISTA DE

# DIREITO

MÉDICO E DA SAÚDE

nº 25

Doutrina  
Legislação  
Jurisprudência



**ANADEM**

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA



REVISTA DE  
**DIREITO**  
**MÉDICO E DA SAÚDE**  
nº 25

**Conselho Editorial**

**Coordenador**

Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas

**Membros**

André Gonçalo Dias Pereira

André Luís Alves Nigre

Camila Vasconcelos

Eduardo Dantas

Gustavo Borges

Igor Mascarenhas

Lívia Callegari

Luciana Dadalto

Marianna Chaves

Miguel Kfourri Neto

Nelson Rosenvald

Oswaldo Simonelli

Rafaella Nogaroli

Rosa Amélia Andrade Dantas

**Colaboradores desta edição**

Alan Carvalho Leandro

Alexandre Eisele Barberis

André Luiz B. Canuto

Carlos Victor Silva Paixão

Deborah Azevedo de Pinho

Eduardo Dantas

Láisa Dário Faustino de Moura

Larissa Vitória Costa Carrazzoni de Souza

Patrícia Schoeps da Silva

Renan Sequeira

Silvio Guidi

# ANADEM

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA



# Palavra do Presidente

Chegamos ao fim do primeiro semestre de 2022, ano que ainda terá muita movimentação nas áreas política, econômica e social no Brasil e no mundo, publicando mais uma edição da Revista de Direito Médico e da Saúde. Outra vez, somos agraciados com exímios artigos acadêmicos, produzidos com todo o rigor técnico-científico e tratando dos mais variados e atuais temas desse ramo do conhecimento.

Nosso muito obrigado pela colaboração nesta 25ª edição aos articulistas André Luiz B. Canuto; Renan Sequeira e Silvio Guidi; Alan Carvalho Leandro e Carlos Victor Silva Paixão; Deborah Azevedo de Pinho; Alexandre Eisele Barberis, Laísa Dário Faustino de Moura e Patrícia Schoeps da Silva; Eduardo Dantas; e Larissa Vitória Costa Carrazzoni.

Estendo os agradecimentos ao nosso seletto Conselho Editorial, sempre primoroso em sua contribuição, possibilitando um periódico que pode ser consultado tanto por estudantes quanto especialistas e profissionais da área do Direito Médico, da Saúde e da Bioética.

A partir da 21ª edição, a revista passou a ser editada pela Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (Anadem) e pela Universidade Corporativa Anadem – UCA com o apoio institucional da Associação Pernambucana de Direito Médico e da Saúde (APEDIMES) e do Capítulo Brasileiro da ASOLADEME (Asociación Latinoamericana de Derecho Medico). Portanto, já são cinco edições em dois anos e meio de uma parceria de sucesso, que nasceu durante os piores momentos da pandemia da covid-19 e que só se fortalece a cada semestre.

Desejo a todos uma leitura proveitosa.

Brasília, junho de 2022.



Raul Canal

**Presidente da Anadem**

# REVISTA DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE

Publicação semestral de doutrina, jurisprudência, legislação e outros assuntos do Direito Médico e da Saúde. Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução parcial ou total, sem o consentimento expresso dos editores. As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Distribuída em todo o território nacional.

Coordenador do Conselho Editorial **EDUARDO DANTAS** editor-chefe **ANDREW SIMEK** (DRT 10484/DF) revisão **ANDREW SIMEK, CLAUDIA SOUZA, ISABELLA QUEIROZ, CAMILA GONZALEZ, VINÍCIUS SAMPAIO** e **ENZO BLUM** (DRT 13356/DF) diagramação **ANGELO GABRIEL** coordenação de projeto gráfico e diagramação **VEM MAIS EDITORAÇÃO LTDA.** impressão **GRÁFICA ATHALAI** tiragem **2 MIL EXEMPLARES** contato [revistadedireitomedico@anadem.org.br](mailto:revistadedireitomedico@anadem.org.br).

## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

REVISTA DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE: doutrina, legislação, jurisprudência.  
Brasília: VEM MAIS EDITORAÇÃO, n. 25. jun. 2022. 134p.

ISSN 1983-411XE

1. DIREITO PENAL DA MEDICINA: ASPECTOS INICIAIS E PRÁTICOS PARA PREVENÇÃO DE DEMANDAS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA. 2. INCIDENTES DE SEGURANÇA NOS SERVIÇOS DE SAÚDE: UMA ANÁLISE À LUZ DO ARTIGO 48 DA LGPD. 3. A EMERGÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DE ENFERMAGEM. 4. ALA SEPARADA COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO LUTO DA GESTANTE: REFLEXÕES E ANÁLISE CONSTITUCIONAL. 5. O ESTADO DE PERIGO COMO DEFEITO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS EM TEMPOS DE COVID-19. 6. DESAFIOS REGULATÓRIOS PARA A TELEMEDICINA NO ÂMBITO DOS CONSELHOS REGIONAIS E FEDERAL DE MEDICINA. 7. A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVAS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS NA ÁREA DA SAÚDE: ANÁLISE DOS IMPACTOS DA CRIAÇÃO DE CÂMARAS EXTRAJUDICIAIS NOS ESTADOS DE RIO DO JANEIRO E DE SERGIPE.

# Editorial

Em diversas oportunidades, pude defender a ideia de que o Direito Médico e da Saúde engloba uma imensa e variada quantidade de temas dentro de seu ambiente de investigação acadêmica. A produção jurídica que entregamos neste volume da Revista de Direito Médico e da Saúde é uma prova disso.

Nesta edição, há temas atuais, polêmicos e necessários. Da responsabilidade penal médica à responsabilidade civil do profissional de enfermagem, da telemedicina à covid-19, da mediação em saúde ao direito ao luto da gestante, passando pelos incidentes de segurança nos serviços de saúde sob a ótica da LGPD. É uma edição plural, que se mostra imprescindível à biblioteca do mais experimentado profissional, que nela encontrará fonte doutrinária para pesquisa, servindo também àquele que busca conhecer e se especializar nesse ramo do Direito, mesclando abordagens práticas e reflexões acadêmicas.

Aos membros do Conselho Editorial, os nossos agradecimentos pelo comprometimento e entrega. Aos autores desta edição, nossos mais profundos sentimentos de gratidão pela pesquisa, pela capacidade de difundir conhecimento e por tornar possível o cumprimento dessa missão tão agradável quanto essencial.

Que possamos estar sempre em constante evolução e que esta nova edição que agora lhe chega às mãos seja mais um marco nesta jornada.

Uma boa leitura a todos.

Brasília, junho de 2022.



Eduardo Dantas

**Coordenador do Conselho Editorial**



## **ANADEM – SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA**

Presidente **RAUL CANAL**

Vice-presidente **RODRIGO CANAL** vice-presidente de segurança do paciente e riscos assistenciais **LUIS FLÁVIO CARVALHAIS** diretor jurídico **WALDUY FERNANDES** vice-diretoras jurídicas e conselheiras fiscais **ERICA LIRA** e **YUKARY NAGATANI** diretora financeira **IONE MEDEIROS** diretor comercial **ALEXANDRE LEMOS** vice-diretora comercial **VIVIANE SAMPAIO** diretora administrativa **PALOMA FURTADO** diretora de estudos e pesquisas da Universidade Corporativa Anadem (UCA) **DANIELA FRANCO BUENO** diretor de gestão e planejamento estratégico **JOSÉ RAMALHO** diretor de compliance e conselheiro fiscal **JOSÉ LIRA** diretor de comunicação **ANDREW SIMEK** diretor de projetos especiais **JOSÉ MAURO** diretor comercial do Cirurgia Segura **LUIS VARGAS** diretor de segurança do paciente **MAURÍCIO SANTOS FERREIRA**.



# Sumário

## Doutrinas

1. Direito Penal da Medicina: aspectos iniciais e práticos para prevenção de demandas no âmbito da responsabilidade penal médica  
*André Luiz B. Canuto* ..... 11
2. Incidentes de segurança nos serviços de saúde: uma análise à luz do artigo 48 da LGPD  
*Renan Sequeira e Silvio Guidi* ..... 31
3. A emergência da responsabilidade civil do profissional de enfermagem  
*Alan Carvalho Leandro e Carlos Victor Silva Paixão* ..... 45
4. Ala separada como concretização do direito ao luto da gestante: reflexões e análise constitucional  
*Deborah Azevedo de Pinho* ..... 59
5. O estado de perigo como defeito dos negócios jurídicos em tempos de covid-19  
*Alexandre Eisele Barberis, Laísa Dário Faustino de Moura e Patrícia Schoeps da Silva* ..... 75
6. Desafios regulatórios para a telemedicina no âmbito dos Conselhos Regionais e Federal de Medicina  
*Eduardo Dantas* ..... 93
7. A mediação e a conciliação como políticas públicas efetivas de tratamento de conflitos na área de saúde: análise dos impactos da criação de câmaras extrajudiciais nos estados do Rio de Janeiro e de Sergipe  
*Larissa Vitória Costa Carrazzoni de Souza* ..... 107



# DIREITO PENAL DA MEDICINA ASPECTOS INICIAIS E PRÁTICOS PARA PREVENÇÃO DE DEMANDAS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA

## MEDICINE CRIMINAL LAW: INITIAL ASPECTS AND PRATICAL MEASURES TO PREVENT LITIGATION IN CRIMINAL RESPONSABILITY CASES

André Luiz B. Canuto<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Direito Penal e medicina. 2. A responsabilidade do profissional de saúde no Direito Penal. 3. Aspectos relevantes do dever de cuidado 4. A posição de garante do médico. 5. A responsabilidade por atos em equipe. 6. A responsabilidade do preceptor. 7. A questão da imputação objetiva. Referências bibliográficas.

**Resumo:** Não existe uma lei especial que regule o Direito Penal da Medicina. As disposições penais mais importantes do Direito Penal da Medicina estão no Código Penal ao tratar dos crimes contra a saúde pública, da falsidade documental, dos crimes contra a vida e isso por certo é ignorado por muitos profissionais, pois a profissão médica tem por objetivo maior o cuidado com a vida. A partir dessa perspectiva, a reflexão sob o viés dos elementos da parte geral do Direito Penal trazemos a análise das condutas médicas que podem ser caracterizadas como crimes e, assim, passíveis de responsabilização penal. Apontando de forma fundamentada os possíveis enquadramentos tendo como referência a dogmática penal e demonstrando por meio da análise de atos de equipe e do preceptor a proximidade do Direito Penal dos atos médicos, e da possibilidade de aplicação da imputação objetiva. Diante desse risco permanente de responsabilização criminal apontamos as alternativas de prevenção de demandas por meio do compliance para área de saúde.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Medicina. Culpabilidade. Dogmática penal. Responsabilidade penal. Atos médicos. Crimes médicos. Compliance. Prevenção de litígios.

**Abstract:** There is no special law regulation for Medicine Criminal Law cases. The most important criminal directives of the criminal law about medicine are in the criminal code when dealing with crimes against public health, document forgery, crimes against life, and this is certainly ignored by many professionals, meanly medical professionals has as its main objective the beware of life. From this perspective, the reflection under the bias

1. Advogado e professor em pós-graduação. Mestre em direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Professor da disciplina Direito Penal Médico da pós-graduação da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (Anadem) e da disciplina Direito Penal Médico do MBA de Direito Médico da Subseccional Olinda da Ordem dos Advogados do Brasil. E-mail: advogado@andrecanuto.adv.br.

of the elements of the general part of criminal law, therefore we bring the analysis of medical conduct that can be characterized as crimes, and thus, subject to criminal liability. Pointing out the possible frameworks based on criminal dogmatics as a reference and demonstrating through the analysis of team and preceptor acts the proximity of criminal law to medical acts, and the possibility of applying objective imputation. Because of this permanent risk of criminal liability, made us point out alternatives to prevent demands through compliance procedures for the health area.

**Keywords:** Criminal Law. Medicine. Culpability. Criminal dogmatics. Criminal liability. Medical acts. Medical crimes. Compliance. Litigation prevention.

## 1. DIREITO PENAL E MEDICINA

Medicina e direito não são meras disciplinas teóricas, mas ciências aplicadas que influenciam nossas vidas de várias maneiras. Por isso, os problemas do Direito Penal da Medicina não são discutidos de forma meramente teórica, mas possuem enorme relevância prática. Durante suas atividades cotidianas, os médicos e outros profissionais da saúde são confrontados o tempo todo com problemas jurídicos. Basicamente toda intervenção médica que interfira na integridade corporal do paciente pressupõe seu consentimento e, para tanto, também seu esclarecimento conforme as regras da ordem jurídica, caso o médico não queira ser penalmente responsabilizado.

Além disso, a densa relevância prática do Direito Penal da Medicina levanta sempre novos problemas, já que a rápida evolução das pesquisas médicas termina por exigir um constante desenvolvimento dos moldes jurídicos. Por isso, o Direito Penal da Medicina não é uma matéria finalizada, mas está sob constante transformação. São exemplos atuais o direito à eutanásia e ao diagnóstico pré-implantacional.

Um outro traço comum entre a medicina e o direito é a orientação humana. As duas disciplinas são diretamente voltadas às necessidades do homem. A medicina está em uma relação estreita com as ciências naturais, especialmente com a biologia humana, e é, por isso, uma ciência natural aplicada. A ciência jurídica, ao contrário, acentua tradicionalmente sua autonomia metodológica. Apenas com algumas limitações ela pode ser descrita como uma ciência social aplicada.

A responsabilidade do médico no âmbito penal segue os aspectos do ordenamento para os indivíduos em geral, apresentando, contudo, particularidades que foram incluídas pelo legislador devido à noção – correta – de que este profissional possui um dever maior de atuar em conformidade com as normas legais, regulamentares ou da *lex artis* – e em estrita obediência aos deveres gerais de cuidado.

Esta obediência à *lex artis* é, inclusive, ditada pelo Código de Ética Médica. A saber:

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

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

[É vedado]

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

Qualquer violação às normas estabelecidas pelo Direito configura um ilícito, sendo crimes apenas aquelas cujo resultado adentrar a seara do Direito Penal.<sup>2</sup> Assim, conforme acima exposto, o objetivo das normas de é iluminar as regras que regem a profissão e a responsabilidade do profissional, de forma a habilitar este para evitar comportamentos que resultem em fatos ensejadores d uma responsabilização penal.

Ademais, já na seara das atitudes penalmente previstas, os delitos culposos existentes em nosso Código Penal (CP), Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, exigem o resultado danoso. Assim, não haverá imputação por delito culposo caso não exista qualquer lesão a bem jurídico, posto que “a não punição do fato, na ausência do evento danoso, diz respeito unicamente a um crime que não se aperfeiçoa”.<sup>3</sup>

Ou seja, a ação culposa, mesmo quando em frontal desrespeito às normas de compliance previstas, não poderá ser vista como crime na ausência do resultado danoso. Como é impossível que o resultado seja excluído do tipo, sob pena de sua desfiguração, sua ausência extingue o crime.<sup>4</sup>

O que faz o compliance é, além de auxiliar a atuação zelosa do profissional, criar uma régua para se buscar determinar se o profissional agiu ou não com culpa. Sem ele, essa régua existe, de forma subjetiva, no homem médio. Com ele, contudo, o julgamento pode ter base em parâmetros conhecidos e objetivos, o que é salutar para o profissional e para a Justiça.

Explica-se, por necessário, que a culpabilidade não se confunde com a culpa, sendo a primeira um princípio de limitação à atuação do Direito Penal, servindo a legitimar a ingerência do instrumento repressivo estatal, enquanto a segunda compreende a atuação com imprudência, negligência ou imperícia. Assim, ainda que a necessidade do Direito Penal de voltar-se à prevenção de danos a bens jurídicos volte seu foco a qualquer conduta lesiva àqueles, só será legítima sua aplicação quando verificada a culpabilidade individual, sendo impensável a punição dissociada desta.

2. “Isso porque é requisito do ilícito penal que a conduta se enquadre na tipicidade dos delitos previstos no Código Penal, razão pela qual não é qualquer violação normativa que enseja um crime.” TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.165.

3. *Ibidem*, p. 297.

4. *Ibidem*, p. 298. “Tal, contudo, não exclui a possibilidade de responsabilização civil, administrativa ou ética.”

## 2. A RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL DE SAÚDE NO DIREITO PENAL

É delicada a questão da responsabilidade do profissional de saúde para o Direito Penal. Como colocado por Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “quer o excesso de responsabilização quer a sua ausência promovem um clima de desconfiança entre médico e doente, quando, como se sabe, a confiança é um elemento essencial ao processo curativo”.

Além da questão da confiança na relação médico-paciente, é essencial que não se desestime, através de um recrudescimento exagerado da ação repressiva estatal, a necessária assunção de riscos e tomada de caminhos diferentes, que são inerentes à inovação da profissão médica. Como colocado por Jorge de Figueiredo Dias:

Dentre as facetas que assume a atividade profissional do médico, a do seu relevo jurídico não é, por certo, das menos importantes.

[...] em poucos domínios das relações sociais como neste o ético andarã tão de mãos dadas com o “legal” na determinação da responsabilidade jurídica.<sup>5</sup>

Afinal, a profissão médica não trabalha com promessa de êxito, sendo o insucesso parte integrante da atividade. Desta forma, deve-se tutelar apenas aquelas condutas que fujam ao parâmetro esperado de um profissional diligente e atualizado na *lex artis*. A esse respeito, Figueiredo Dias se posiciona com clareza, afirmando que ainda que faleça um paciente, não será responsável o médico que atuou:

Com observância estrita das *lex artis* e na base de um consentimento livre e esclarecido Ao paciente ou de quem tinha o poder jurídico para o conceder.

[...]

Nenhuma intervenção médica, desde que obedecendo da indicação objetiva, das *lex artis* e a da finalidade terapêutica, é tipicamente uma ofensa corporal mesmo que lhe falte o consentimento do paciente; a falta deste só pode tornar punível aquela intervenção, se disso for caso, como crime contra a liberdade de determinação do paciente.<sup>6</sup>

De fato, em casos de intervenção terapêutica a discussão é menos frequente, pois mesmo que não se alcance o resultado pretendido os atos tinham claro fim beneficente. Assim, não havendo qualquer tipicidade culposa ou violação das regras médicas, não haverá imputação.

Por outro lado, nas intervenções eletivas ou em casos de transplantes, nos quais o fim é estético<sup>7</sup> ou o benefício diz respeito a terceiro, o consentimento adquire caráter

5. DIAS, J. F. O problema da ortotanásia: introdução à sua consideração jurídica. *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p.10-23,1975. p. 10-12.

6. *Ibidem*, p. 18.

7. Neste ponto, também é relevante considerar, como acima apontado, a discussão existente a respeito de consistir a intervenção estética uma obrigação de resultado, o que poderia gerar consequências jurídicas diversas daquelas presentes nas intervenções terapêuticas.

essencial, constituindo-se no limite de justificação das ações médicas. Assim, caso o consentimento não seja claro e informado, ou caso as ações ultrapassem o limite deste, o médico poderá responder por lesões.<sup>8</sup>

Não se desconhece, ainda, que o médico possui a liberdade de escolha de métodos de tratamento, seja este majoritário ou não, desde que integre o estado da arte médica.<sup>9</sup> Por tal razão, não cabe ao operador do Direito – quanto mais ao Estado – interferir em tal liberdade, na medida em que a medicina, apesar de ciência, trabalha com margens de incerteza e é, “apesar de seus avanços, mais arte do que ciência”.<sup>10</sup>

A esse respeito, cabe consignar que tal liberdade não é irrestrita, pois se é certo que o profissional pode escolher os métodos diagnósticos e terapêuticos que utilizará, também é fato que a referida opção deve se dar entre métodos de eficácia semelhante. Assim, se existir na ciência médica um método indubitavelmente superior aos demais, deve ser este o escolhido, sob pena de responsabilização do profissional por resultados adversos que ocorram, constituindo a escolha uma violação do dever de cuidado.<sup>11</sup>

A imputação culposa somente será afastada de plano em duas hipóteses: caso a opção seja acompanhada de consentimento do paciente, e somente se referida escolha não implicar em uma certeza de lesão ou morte, e caso a utilização da técnica menos eficaz ou obsoleta se deva pela escassez de recursos humanos ou materiais disponíveis ao profissional, desde que referida indisponibilidade não possa ser imputada ao médico.<sup>12</sup>

Cumpra também destacar que a apuração da imperícia exige cautela, visto que o avaliador (autoridade policial, juiz, membro do Ministério Público) substituirá o médico na avaliação do comportamento e comparando-o à *lex artis*, sem perder de vista, ademais, que a culpa não prescinde da previsibilidade objetiva e subjetiva do resultado.

Em realidade, a *lex artis* é de fundamental importância no deslinde de casos que envolvem erro médico, servindo não somente para a verificação da imperícia no caso concreto, como acima exposto, mas também para a verificação de outros elementos formais do tipo. Assim sendo:

[...] se o agente agiu no exercício regular de um direito (o que exclui a ilicitude, apesar do

8. ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 456. Cabe ressaltar que o consentimento válido exclui a antijuridicidade do fato, mas não o tipo, posto que a ação continua a configurar uma lesão ao bem jurídico. Contudo, não interessa ao Direito Penal persegui-la. Cf.: TOLEDO, F. A. *Op. cit.* p. 171-172; 214 e ss.

9. Não se deve, contudo, confundir a autonomia com a pura soberania. A liberdade do profissional é limitada pelo risco à saúde do paciente, devendo esta harmonizar-se com a autonomia da qual aquele é também possuidor. Cf.: CAMPOS, R. A. C.; CAMARGO, R. A. E. **A autonomia do médico e do paciente no atual Código de Ética Médica**. In: Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2014. p. 646-647.

10. COUTINHO, L. A. Homicídio culposo — médico - inexistência de nexo causal entre a conduta do agente e a causa da morte — trancamento da ação penal [Jurisprudência comentada]. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 31, abr.-mai. 2005. p. 64.

11. SANCHEZ, J.-M. S. Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de medico anestesista: la perspectiva dei Tribunal Supremo. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima, v. 2, n. 3, p. 197-228, jan.-jun. 1994. p. 175. Ademais, não pode o profissional se escusar de responsabilização ao alegar que a opção pelo método menos eficaz — ou mesmo obsoleto — deu-se por desconhecimento das técnicas mais avançadas, posto ser sua obrigação a atualização constante. *Ibidem*. p. 194.

12. *Ibidem*. p. 198. Exemplo de escassez imputável ao profissional, por exemplo, seria a falta de reposição de material necessário, por esquecimento ou economia.

dano; onde ‘regular’ = ‘conforme a *lex artis*’) ou ainda se, tendo em vista as circunstâncias que envolveram o evento (informações obtidas do paciente, equipamentos disponíveis, condições de salubridade do local, situação de emergência), o médico conduziu-se como lhe poderia ser exigido, considerando-se mais uma vez a *lex artis* (verificação de eventual inexigibilidade de conduta diversa, excludente da culpabilidade).<sup>13</sup>

Tais valorações são de especial importância no Brasil, dado o estado precário de boa parte dos serviços públicos de saúde, ou mesmo da dificuldade de extensa parcela da população em comunicar adequadamente sua situação a terceiros.

Relevante é a definição acerca da prudência, da perícia e da diligência, afirmando-se que é prudente aquele que, baseado em sua experiência, age prevenindo eventos que possam derivar de sua ação; é perito aquele que, além de saber, sabe fazer; e é diligente aquele que age com amor, evitando distrações e erros.<sup>14</sup>

### 3. ASPECTOS RELEVANTES DO DEVER DE CUIDADO

O dever de cuidado a que o profissional se sujeita merece ser avaliado individualmente. De tal modo, para verificar-se a violação do dever de cuidado e, conseqüentemente, a incidência típica, verifica-se a capacidade individual do profissional – desta forma, incorrerá em violação ao dever de cuidado um grande especialista que, embora tenha atuado de forma superior à média ainda assim permite que danos ocorram ao paciente por atuar de maneira aquém de sua capacidade.

A culpa do profissional – ou seja, o erro, a imprudência, a imperícia ou a negligência – pode surgir em qualquer uma das fases da atividade médica, seja no diagnóstico, prognóstico, escolha do tratamento terapêutico, ou aplicação da terapia. Veremos estas com maiores detalhes abaixo.<sup>15</sup>

O diagnóstico é a fase – em verdade, dividida em uma fase empírica e uma fase de valoração racional dos dados – na qual se busca a identificação do que aflige o indivíduo, constituindo etapa extremamente complexa e, por isso, bastante exposta a riscos advindos de erros,<sup>16</sup> os quais acarretarão equívocos em toda a cadeia de atuação do profissional. Para minimizar tais riscos, são de grande utilidade os exames laboratoriais – sendo certo que, em casos nos quais não há urgência,<sup>17</sup> é recomendado se prever conseqüências negativas

13. COUTINHO, L. A. Op. cit. p. 321.

14. BILANCETTI, M. *La responsabilità penale e civile del medico*. Padova: CEDAM, 2006. p. 715.

15. BILANCETTI, M. Op. cit. p. 729-757. A esse respeito, um comitê que analisou a qualidade da prestação de serviços de saúde nos Estados Unidos definiu os diversos tipos de erros que podem surgir durante as etapas do tratamento, criando tabela com o momento e os erros mais comuns, sendo fácil perceber que os erros lá levantados coincidem com os ora apresentados, dado o caráter destes advir principalmente de falhas inerentes ao homem e aos sistemas que regulam a prestação de tais serviços, os quais obedecem a lógicas semelhantes. Cf.: KOHN, L. T. CORRIGAN, J. M.; DONALDSON, M. S. *To err is human: Building a Safer Health System*. Washington D.C.: National Academy Press, 2000. p. 36.

16. O qual é entendido como “uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional GIOSTRI, H. T. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 136.

17. Em tais casos, uma decisão imediata que se afigure equivocada, não sendo caso de conduta claramente culposa, é, de certa forma, vista de forma mais benéfica ao profissional, posto que a inação seria **completamente prejudicial** ao paciente.



que são frequentes em casos de mesmas características; em ocorrências nas quais não se escolha o procedimento frequentemente adotado, mas outra conduta com menores probabilidades de sucesso; e em hipóteses nas quais já se conheça o resultado danoso da ausência de determinada medida em casos análogos, e, mesmo assim, não sejam tomadas as devidas providências.

Geralmente, ao transcorrerem as fases anteriores sem erros, eventuais problemas encontrados no tratamento serão menos escusáveis, e ainda mais se considerado que, apesar da liberdade de escolha de tratamento de que o médico goza, esta não é absoluta.

Contudo, na hipótese do profissional optar pelo caminho terapêutico ortodoxo e, embora assim, ocorrerem resultados danosos, tal dano não poderá ser a ele imputado.

A fase final da atividade médica é a execução do tratamento terapêutico, sendo que a discricionariedade do profissional deve ser balizada pelas regras técnicas atinentes ao fato concreto, bem como pelas regras de diligência, prudência e perícia.

Se a execução terapêutica depender de intervenção cirúrgica, as regras acima devem ser aplicadas não apenas na escolha do método do momento de intervenção, como também na execução propriamente dita e nos cuidados pós-operatórios, sendo essa uma fase na qual eventuais negligências podem ter consequências extremamente prejudiciais.

Não se ignora que a medicina não é uma ciência exata. Assim, em suma, para que se verifique a responsabilidade criminalmente imputável ao profissional deverá ser verificada, no caso concreto, a ocorrência das hipóteses de condutas culposas e/ou de violação da *lex artis*, episódios nos quais se poderá verificar se tais comportamentos de fato integraram onexo causal que levou ao resultado lesivo.<sup>18</sup>

Certo é, que apesar das definições doutrinárias, a linha entre a imperícia e a negligência pode ser tênue. Inobstante, em qualquer um dos casos estas serão hipóteses de atuação culposa, sendo sua diferenciação uma questão mais dogmática do que prática, não existindo diferenciação legal para a punição de cada tipo de atuação culposa.

Outro ponto relevante para a determinação da responsabilização do profissional da saúde é a questão da incidência do chamado dolo eventual (inciso I do art. 18 do CP), o qual ocorre quando o agente, apesar de não querer o resultado, “assumiu o risco de produzi-lo”.<sup>19</sup> Segundo a doutrina, nesta hipótese “a vontade do agente não está dirigida para a obtenção do resultado; [...] mas, prevendo que o evento possa ocorrer,

18. “Sendo assim, não há culpa em casos de doença de difícil diagnóstico e que não apresenta os sinais clássicos. Ainda, não se pode imputar negligência ou imprudência caso o profissional ministre o tratamento adequado ao paciente, apenas não o internando, desde que tenha se conduzido com diligência dentro das normas recomendadas.” DELMANTO, C. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 452.

19. “Art. 13/CP - Diz-se do crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

assume assim mesmo o risco de causá-lo”,<sup>20</sup> fornecendo como exemplo a conduta do médico que “ministra medicamento que sabe poder conduzir à morte o paciente, apenas para testar o produto”.<sup>21</sup> E, portanto, a assunção de um risco previsto, cujo desfecho não é desejado.

Esse consentimento interno e implícito quanto à potencial ocorrência do resultado danoso é o que diferencia o dolo eventual da chamada culpa consciente, na qual, apesar da previsão, o agente não consente internamente com o resultado diverso, acreditando que este não irá se concretizar.<sup>22</sup>

Como se percebe, é tema complexo, que depende da análise minuciosa de elementos subjetivos,<sup>23</sup> razão pela qual não nos aprofundaremos na questão. Ademais, a prática de um ato médico com a assunção consciente de um risco possível para o paciente – risco esse que não é aquele esperado do procedimento ou do medicamento<sup>24</sup> – não se afigura como mero erro.<sup>25</sup>

Desta forma, para os limites deste trabalho, avaliaremos as circunstâncias de responsabilização dos profissionais em delitos sobretudo culposos – os quais são taxativamente previstos em nosso CP – e nos tipos omissivos, sobretudo os omissivos impróprios, ou seja, que derivam do chamado dever de garante.

#### 4. A POSIÇÃO DE GARANTE DO MÉDICO

O denominado dever de garante – ou posição de garante – sempre existe quando se trata de profissionais da medicina, por força de previsão expressa do CP. Assim, mesmo em episódios que não consistem em uma ação, ou seja, naqueles de omissão, tais condutas podem ser consideradas como comissivas por omissão, ou seja, a omissão em agir equiparada à ação por parte do indivíduo.

Nestes casos, o nexos causal não se configura entre a ação e o resultado, mas entre este e o comportamento a que o agente estava juridicamente obrigado a adotar, porém não o fez. Ou seja, não se pune a omissão em si mesma, mas a abstenção de agir quando compelido o agente por norma legal.

20. MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1. p. 127.

21. *Ibidem*.

22. DELMANTO, C. et al. *Op. cit.* p. 152-153.

23. Havendo dúvida, em regra, entende-se pela existência da culpa consciente. Cf.: Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal n.º 214**, Rel. Min. Luiz Fux, j. 7.5.2008.

24. A respeito, há interessante julgado de médico e anestesista que, embora tenham percebido sinais que fugiam da normalidade do procedimento cirúrgico, atuaram durante todo o tempo sem sequer cogitar a hipótese de ocorrência de evento lesivo. No caso, houve desclassificação do delito de lesão corporal gravíssima para lesão culposa, por ter o julgador entendido que agiram com culpa consciente, não adentrando no dolo eventual. (Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal n.º 2000.71010016409**, Rel. Des. Federal Tadaaqui Hirose, julg. 8.3.2005.)

25. “Como curiosidade, apontamos a existência do Inquérito Policial n.º 35/2010 da Comarca de Ivinhema/MS, no qual dois profissionais foram indiciados pela morte de um feto, fato ocorrido por estes terem iniciado briga na sala de parto, evento este que culminou na demora de atendimento à gestante e mudança do procedimento que seria adotado (parto normal). Os autos da ação civil de indenização (**Processo n.º 0000447-93.2010.8.12.0012**) podem ser acessados eletronicamente. A esse respeito, houve manifestação acerca da possível responsabilização dos profissionais pelo crime de aborto na modalidade de dolo eventual”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-07/classificar-crime-medi-cos-responsaveis-morte-feto>>. Acesso em: 8 out. 2015.

Em nosso ordenamento prevalece o entendimento de que a posição de garante advém de uma estreita e especial relação entre o obrigado e o bem jurídico a ser protegido de lesão.<sup>26</sup> Assim, o profissional sempre será considerado garante daqueles que estão sob seus cuidados, conforme preceitua a “a” do §2º do art. 13 do CP.<sup>27</sup>

Há, ainda, a possibilidade da “culpa por assunção”, a qual ocorre quando o profissional opta por assumir o encargo de um paciente ao invés de remetê-lo (caso não seja especialista naquela questão) a outro mais competente, ou ainda na hipótese de o médico sentir-se incapaz ou exausto para a realização das condutas necessárias e mesmo assim atuar.<sup>28</sup> Esta hipótese do dever de garante está expressa na “b” do §2º do art. 13 de nosso CP, sendo a conduta daquele que “de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado”.

Note-se que o parágrafo segundo estabelece a relevância da omissão daquele que “devia e podia agir”. Sendo certo que o profissional tem o dever de agir, a análise do caso prático deve verificar se o indivíduo possuía capacidade – em sentido amplo – para tal.

É relevante, ainda, que o dever de agir pode ser legitimamente transferido a terceiro, o que exonera aqueles que seriam, a princípio, responsáveis. Tal ocorre, por exemplo, em hospitais, no quadro da divisão de funções naturalmente existente em tais organizações, razão pela qual se valoriza o princípio da confiança e a limitação da responsabilidade aos setores especificamente competentes.<sup>29</sup>

## 5. A RESPONSABILIDADE POR ATOS EM EQUIPE

Além da problemática relativa à responsabilidade médica individual, também é importante a definição e delimitação da responsabilidade de cada integrante: de uma equipe, isso porque no Direito Penal cada indivíduo responderá sempre nos limites de sua efetiva culpa para o resultado – assim, por exemplo, em caso de cirurgias, é preciso delimitar a responsabilidade individual de cada membro.

Conforme acima apontado, a atividade médica assume, por diversas vezes, contornos de um ato plurissubjetivo, seja com divisão vertical de tarefas – relação de subordinação dentro da equipe, como entre médicos e enfermeiros –, seja com uma

26. BATISTA, N. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Geneveva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 38, abr.-jun. 2002. p. 283.

27. “Art. 13-0 resultado, de que depende a existência do crime, **somente é imputável a quem lhe deu causa**. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (...) § 2º - A **omissão é penalmente relevante** quando o omitente **devia e podia agir para evitar o resultado**. O dever de agir incumbe a quem: a) **tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância**”.

28. DIAS, J. F. *Temas básicos da Doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 363-364.

29. BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 285.

distribuição horizontal de tarefas, na qual existem, a rigor, responsabilidades autônomas, por exemplo, na relação médico e anestesista.<sup>30</sup>

A realidade da estrutura do atendimento médico-sanitário, principalmente em hospitais, é a de uma engrenagem na qual cada profissional atua de forma especializada, demandando-se a interação entre diversos especialistas e técnicos de apoio. Logo, percebe-se que existe “paralelamente a necessidade de que os profissionais da saúde estejam na posse de um número cada vez maior de conhecimentos e técnicas, assim como, e conseqüentemente, de uma especialização cada vez mais reduzida no seu campo de ação, porém mais profunda”<sup>31</sup>, de forma que o sucesso do diagnóstico e do tratamento dependem da integração de todos os profissionais e técnicos.

A divisão do trabalho, portanto, é condição necessária à eficiência dos procedimentos médicos, sendo que a esta divisão se aplica o já mencionado princípio da confiança, segundo o qual é direito daquele que trabalha em uma equipe esperar que seus companheiros ajam de acordo com o quanto exigido pela *lex artis*, não cabendo a cada indivíduo vigiar os demais, senão apenas supervisionar equipe dentro de limites razoáveis.<sup>32</sup>

De fato, exemplo corrente deste princípio é a já citada relação entre médico cirurgião e anestesista. Devido ao princípio da confiança, só haverá infração do dever de cuidado por um destes se a atuação do outro em desconformidade com a ciência médica e a *lex artis* seja perceptível – ou seja, caso consista em ação ou omissão a qual o outro profissional pode, dentro de seus conhecimentos, perceber como errônea ou incomum. Não ocorrendo fato nestes moldes, e não havendo razão para se suspeitar das qualificações do outro profissional, não se pode falar em dever de cuidado sobre as ações alheias, sendo impossível imputar, por omissão ou violação deste dever, eventual resultado lesivo ocorrido.<sup>33</sup>

A doutrina italiana, por exemplo, já possui posicionamento acerca da responsabilidade dos subordinados por atos culposos de seus superiores. Para Andréa Rocco di Landro<sup>34</sup>, em um contexto cirúrgico seria impraticável que cada decisão ou ato passasse pelo crivo dos profissionais envolvidos, razão pela qual, a um integrante hierarquicamente inferior, não se pode imputar responsabilidade pelos resultados oriundos de uma ordem ou conduta culposa advindo de seu superior. Tal impossibilidade, contudo, não significa que se exclui a obrigação de garantia relacionada ao papel principal de cada um dos membros da equipe. Assim, os limites da obediência às ordens superiores seguem, neste caso, também os limites previstos em casos análogos como, por exemplo, de policiais, devendo o sujeito

30. CALHARDES, M. F. Negligência médica no Código Penal revisto. **Sub Judice**: Justiça e Sociedade, Coimbra, n. 11, jan.-jun. 1996. p. 166.

31. CASABONA, C. M. R. A responsabilidade penal do médico por má prática profissional. **Revista de Estudos Criminais**, v. 3, n. 12, p. 9-33, 2003.

32. BÁTISTA, N. *op. cit.* p. 287. Claus Roxin compactua com esse entendimento, aduzindo que existe, contudo, dever de cuidado na supervisão de auxiliares menos experientes. ROXIN, C. **Derecho Penal** - Parte General. Madrid: Civitas, 1997. p. 1004-1006.

33. SANCHEZ, J.-M. S. Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista: la perspectiva dei Tribunal Supremo. **Revista Peruana de Ciências Penai.es**, Lima, v. 2, n. 3, p. 197-228, jan.-jun. 1994. p. 198-199.

34. DI LANDRO, A. R. Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'equipe. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia**, Padova, v. 18, n.1-2, jan.-jun. 2005. p. 233.

atentar-se à ilicitude manifesta da ordem. Ainda não se escusa o sujeito de não atuar de forma culposa, cumprindo ordens que são claramente ineptas à consecução do resultado.

Há quem defenda – posição que não compartilhamos – a aplicação de uma espécie da teoria do domínio do fato, sendo que, em ocasiões nas quais existem diversas equipes atuando sobre o mesmo paciente – por exemplo, radioterapia, diálise, etc. –, sem prejuízo da responsabilização de cada indivíduo por seus erros, o chefe da equipe de tratamento, por possuir a visão do que deseja ver feito e os dados fornecidos por cada núcleo, assume uma espécie de obrigação de vigilância e controle, o que pode vir a fundar uma imputação por negligência se este não perceber – e não corrigir erros nas condutas dos demais profissionais.

Ainda mais complicada é a questão quando não existe subordinação hierárquica entre os profissionais, como entre médicos que atuam em turnos (por exemplo, no pronto-socorro), assumindo o dever de cuidado de pacientes que estavam, anteriormente, sob o cuidado de outro profissional. Nesses cenários, a responsabilidade sobre fatos ocorridos deve recair sobre aquele que violou os deveres de cuidado, não informando seu sucessor, ou sobre o sucessor, que, podendo e devendo agir de forma a eliminar a violação ocorrida não o fez? Ou a ambos?

A doutrina italiana reconhece que o cedente poderia escusar-se de tal responsabilidade caso informasse, tempestivamente e de maneira completa, ao sucessor sobre os riscos, sobretudo ocultos, da situação. Já o cessionário, escusar-se-ia caso tomasse todas as medidas a mitigar os riscos encontrados na situação.

Todavia, para o nosso ordenamento, parece inadequado que o cedente possa afastar de si a responsabilidade pela violação aos deveres objetivos de cuidado apenas pela informação, ao próximo profissional, do quanto ocorrido. Tal afastamento deve ocorrer apenas caso o segundo profissional efetivamente neutralize os riscos, sem prejuízo de que a conduta do primeiro profissional de informar o ocorrido possa ser sopesada quando da determinação do quantum de sua responsabilidade e consequente pena. Ainda, a responsabilização do profissional que sucede àquele que criou situação de risco ao paciente deve ser medida através do caso concreto, verificando-se se ele teria condições de identificar tais riscos e se, identificando-os, seria possível revertê-los. Sendo a resposta a tais questionamentos negativa, não se poderá imputar a ele qualquer responsabilidade, sob pena de incorrer em responsabilização objetiva<sup>35</sup> e desvinculada de qualquer nexos causal.

35. Ao contrário do Direito Civil, o Direito Penal não admite a responsabilização objetiva, sendo necessária a verificação da responsabilidade subjetiva do agente, ou seja, o conteúdo de vontade da conduta, que abrange tanto o aspecto volitivo (querer realizar) quanto um aspecto cognoscitivo (conhecimento do que faz e dos eventuais riscos). Cf.: ZAFFARONI, E. R. Marco general para delimitar la responsabilidad médica: sinopses de la teoria dei delitto. In: BUERES, A. J. ZAFFARONI, E. R. VAN-NELLI-VIEL, R. L. (Colab). **Responsabilidad médica: aspectos civiles y penales.** Buenos Aires: Hammurabi, p. 142-146, 2009. p. 145. De fato, a imputação do resultado baseada tão somente em sua causalção seria o mesmo que admitir um Direito Penal afastado da culpa, o que se repudia não apenas em nosso ordenamento, mas na doutrina mundial. Tanto o é que a Lei n.º 7.209/1984, a qual contém a exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal, aduz que deste “eliminaram-se os resíduos de responsabilidade objetiva”. Neste sentido, cf.: ZAFFARONI, E. R. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 456.

Na doutrina pátria encontramos que o entendimento dominante é aquele que homenageia o princípio da confiança, ou seja, em regra não há a responsabilização do profissional por erros cometidos por colegas ou auxiliares aos quais se delegou a realização de parte das atividades, confiando na correção da conduta e na habilidade técnica dos mesmos. Nesse sentido, o cirurgião-chefe não será responsável pelos erros de conduta exclusivos de seu anestesista, por exemplo.

## 6. A RESPONSABILIDADE DO PRECEPTOR

Não é possível tratar de responsabilidade de equipe médica sem adentrar, ainda que de forma breve, na relação entre residente e preceptor. Isso porque, é este o indivíduo responsável por conduzir e supervisionar, por meio de orientação e acompanhamento, o desenvolvimento dos médicos residentes nas especialidades de um hospital, exercendo papel de suporte ao novo profissional para que este possa adquirir prática.<sup>36</sup> Assim, é possível afirmar que:

A principal função do preceptor é ensinar a clinicar, por meio de instruções formais e com determinados objetivos e metas. Portanto, entre as suas características marcantes devem estar o conhecimento e a habilidade em desempenhar procedimentos clínicos. Nesse sentido, o preceptor se preocupa principalmente com a competência clínica ou com os aspectos de ensino-aprendizagem do desenvolvimento profissional, favorecendo a aquisição de habilidades e competências pelos recém-graduados, em situações clínicas reais, no próprio ambiente de trabalho.<sup>37</sup>

O papel do preceptor é regulado pela Resolução do Conselho Nacional de Residência Médica n.º 5/2004, dispondo, em seu art. 2º, que caberá ao preceptor “orientar diretamente os médicos residentes do programa de treinamento”.

Nesse contexto, apesar de ser indiscutível que a responsabilidade penal é individual, questionam-se os limites da responsabilidade de cada um. Ou seja, há dever de cuidado que levará o preceptor a responder pelos atos do residente? Caso o residente, atuando em conformidade estrita com as orientações recebidas, lesione um paciente, a quem cabe a imputação? É o que buscamos elucidar.

O Cremesp, de há muito, já exarou entendimento acerca da responsabilidade do residente, entendendo que este, sendo médico já formado posto que a residência é, em verdade, espécie de pós-graduação, possui plena capacidade de responder por seus atos.

36. BOTTI, S. H. O.; REGO, S. Preceptor supervisor, tutor e mentor: quais são seus papéis? *Revista brasileira de educação médica*, v. 32, n. 3, 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/3x9ybfm>>. Acesso em: 13 jan. 2016. p. 365.

37. *Ibidem*.

Vejamos o parecer:<sup>38</sup>

O médico Residente apesar de toda a supervisão e orientação conforme já enfocado, subentende-se que tenha os necessários conhecimentos para tratar de vida humana. Com efeito, o Residente ao prestar atendimento ao paciente, assume a responsabilidade direta pelos atos decorrentes, não podendo em hipótese alguma atribuir o insucesso a terceiros. Desta forma, apesar da possibilidade de ocorrência de aspectos negativos na formação profissional, temos que entre o paciente e o médico existe uma relação jurídica perfeitamente definida por dispositivos legais existindo para ambos direitos e deveres. Destaca-se entre os deveres dos médicos a responsabilidade. Entre os direitos do paciente, o de não sofrer dano por culpa do médico. Assim, em conclusão, entendemos que não há como isentar Residentes, Internos e Docentes da responsabilidade jurídica por eventuais danos, uma vez caracterizada a prática de ato ilícito.

Melhor esclarecendo a questão, Miguel Kfoury Neto afirma:<sup>39</sup>

Quanto ao residente, já doutor em medicina, a responsabilidade é pessoal. Eventualmente, o preceptor de residência médica poderá responder solidariamente, caso permita que um residente de primeiro ano (R-1), por exemplo, realize ato da especialidade considerada, para o qual ainda não se encontra habilitado (apenas um R-3, p. ex., já estaria capacitado para tal). Portanto o residente ainda é considerado imperito.

O Conselho Federal de Medicina, entende que há, em regra, responsabilidade compartilhada entre preceptor e residente na prática de atos médicos<sup>40</sup>. Contudo, caso ocorram erros médicos na ausência do preceptor, o Conselho Federal entende ser a responsabilidade deste, posto que a atuação do residente deve ser a todo tempo seguida de perto pelo preceptor, o qual deve, ainda, estar presente durante todos os atos cirúrgicos.<sup>41</sup>

A jurisprudência criminal pouco trata do tema, fornecendo poucos subsídios para um posicionamento. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a responsabilização do preceptor depende de efetiva verificação de conduta omissiva ou comissiva que evidencie negligência, imprudência ou imperícia, tendo também o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenando apenas a médica que realizou cirurgia indevida, na qual foi auxiliada pelo residente e demais membros da equipe, por se vislumbrar total domínio da situação por aquela.<sup>42</sup>

Pois bem. Analisando a questão à luz do CP, é evidente que a responsabilidade pelo fato recai sobre aqueles que lhe deram causa<sup>43</sup>. Dessa forma, na prática do ato que

38. Disponível em: <<https://bit.ly/3PVXDfI>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

39. KFOURI, M. N. *Culpa Médica e ônus da Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 183-184.

40. Conforme o **Processo-Consulta CFM n.º 3.426/2001**. Disponível em: <<https://bit.ly/38WGEJT>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

41. Conforme **Parecer do Conselho Federal de Medicina n.º 23/2015**. Disponível em: <<https://bit.ly/3aprCFN>>. Acesso em: 13 jan. 2016. Nesta linha, está em trâmite o **Projeto de Lei n.º 456/2015**, que busca definir a responsabilidade penal durante a residência como exclusiva do preceptor. Inteiro teor disponível em: <<https://bit.ly/3m4SioL>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

42. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 16ª Câmara de Direito Criminal. **Apelação n.º 0011041-09.2003.8.26.0050**. Relator: Des. Newton Neves, j. 13.3.2012.

43. Art. 13/CP - 0 resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

ocasionou lesão a bem jurídico o residente, via de regra, será responsável por suas ações ou omissões, bem como o será o preceptor, posto seu dever de zelar pelos pacientes a seus cuidados e vigiar as condutas dos residentes.<sup>44</sup>

Por outro lado, caso o residente atue seguindo orientações do preceptor e, no estrito cumprimento destas, ocorram danos ao paciente, poderá ser excluída a responsabilidade do residente caso se verifique, no caso concreto, que lhe era impossível prever tal resultado, confiando nos conhecimentos de seu preceptor.<sup>45</sup> Nestes casos, verifica-se que o erro foi determinado por terceiro e que sobre o residente recai a chamada discriminante putativa.<sup>46</sup>

Dessa forma, percebe-se que o preceptor se encontra em posição que determina o dever de vigilância, sendo sua responsabilidade penal diferenciada, posto que responde tanto pelas suas orientações como por sua omissão em fiscalizar os atos de seus residentes, podendo mesmo responder exclusivamente por eventos lesivos que venham a ocorrer.

Sendo assim, é imprescindível que os profissionais que atuam na condição de preceptor tenham plena ciência de sua posição, atuando com a diligência devida e zelando pela plena segurança de seus pacientes.

## 7. A QUESTÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A teoria da imputação objetiva, criada por Claus Roxin, pode ser vista como uma resposta do Direito Penal à sociedade do risco, buscando acrescer aos critérios da causalidade os do risco permitido e risco proibido, como elementos normativos. Assim, cria-se um redutor para as hipóteses de incidência da norma penal, com a inclusão de um novo requisito para a caracterização da tipicidade objetiva.

Por esta, a imputação não depende exclusivamente do resultado causado, mas da criação do risco – não permitido – de que se produzissem os resultados, assim o autor é aquele que contribui com a criação ou aumento do risco, tendo, ainda, o poder de interrompê-lo,<sup>47</sup> Em suma, pode-se dizer que:

44. Neste caso, não há que se falar em princípio da confiança, posto ser intrínseca à posição de residente a ignorância de diversos aspectos práticos da profissão, bem como a ausência de perícia específica.

45. Na situação inversa, plenamente aplicável o princípio da confiança. Assim, em sendo a orientação aparentemente correta e não havendo previsibilidade subjetiva de dano ao paciente, o residente está justificado em confiar nas ordens do preceptor.

46. Conforme art. 20 do Código Penal: "§1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo. § 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.". Pode-se vislumbrar, também, a incidência do art. 22 do mesmo Codex, segundo o qual: "Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem."

47. BOTTINI, P. C. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, G. F. BOTTINI, P. C.; PACELLI, E. **Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, p. 109-134, 2011. p.130-131.



Um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco realiza no resultado concreto, e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo<sup>48</sup>.

Esse risco não permitido se entende pela assunção de que, na vida em sociedade, vigora o princípio da confiança, o qual só seria afastado ao haver indicações objetivas que permitam aferir o risco existente seu incremento em desacordo com as regras legais e sociais.

Assim, caso o risco se realize, ou seja, caso ocorra o resultado danoso, considera-se que o tipo penal foi preenchido, permitindo a imputação do fato delitivo ao agente. Por outro lado, caso o dano resulte de conduta que respeitava as normas vigentes, este não poderá ser imputado a ninguém, posto não haver o preenchimento do tipo.<sup>49</sup>

A teoria não afasta a análise do tipo subjetivo, defendendo que a culpa depende da previsibilidade do resultado ou do incremento do risco, sendo esta aquilo que se é obrigado a prever de acordo com parâmetros jurídicos definidos, e não consoante possibilidade hipotética de previsão. Assim, a violação do dever de cuidado – hipótese juridicamente prevista, é uma criação ou incremento de risco proibido.<sup>50</sup>

Dessa forma, entende-se que as normas penais constituem um padrão de comportamento imposto aos indivíduos, o qual deve passar por diversos filtros<sup>51</sup> – causalidade, tipicidade objetiva, imputação objetiva, tipicidade subjetiva, culpabilidade para a aferição de sua relevância penal. Portanto, só os comportamentos perigosos *ex ante*, ou seja, previsíveis, são penalmente desvalorados, sendo a imputação objetiva mera interpretação do comportamento e o tipo subjetivo uma ferramenta de delimitação do quanto é relevante ao Direito Penal.<sup>52</sup>

Assim sendo, para que os crimes culposos sejam objetivamente imputáveis, a lesão deve ser uma expressão de uma conduta típica, realizada com lesão ao dever de cuidado, estando esta compreendida nos resultados que a norma buscava evitar.<sup>53</sup> Ainda, basta a mera cognoscibilidade ou advertibilidade das circunstâncias que fundamentam o perigo para que se justifique a imputação objetiva culposa.

48. ROXIN, C. A teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 38, v. 10, p. 11-31, 2002, p. 13.

49. *Ibidem*. p. 18. Eventos ocorridos dentro do âmbito do risco permitido são entendidos como inevitáveis. Exemplo da situação é o condutor de veículo que, na velocidade regulamentar e obedecendo às marcações da via, atropela pessoa que atravessa, repentinamente, fora da faixa de pedestres. Outro exemplo é o médico que, que obedecendo a todas as previsões da ciência médica, não consegue conter hemorragia de paciente durante cirurgia que objetivava salvar-lhe a vida.

50. *Ibidem*. p. 21-22. Importa ressaltar a diferenciação entre a imputação por criação de risco não permitido e por aumento deste e efetiva, lesão ao bem. No primeiro caso, trata-se da imputação de tipos de perigo, nos quais não há qualquer medida de risco permitido. Já o segundo caso trata da imputação em tipos de resultado nos quais existem condutas permitidas em sociedade, ingerindo o Direito Penal apenas quando se aumenta o risco além do permitido e aceito ou quando há efetiva lesão do bem conforme descrito na norma penal. Cf.: GIMBERNAT ORDEIG, E. Causalidad, omisión e imprudencia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 32-74, jan.-mar. 1997, p. 36.

51. Claus Roxin expressamente coloca a teoria da imputação objetiva como um filtro que deve ser posterior àquele da causalidade. Cf.: ROXIN, C. *Finalidad e imputación objetiva*. *cardenos de política criminal*, Madrid, n. 40, p. 131-146, 1990, p. 136.

52. PRADO, L. R.; CARVALHO, E. M. de. A imputação objetiva no Direito Penal Brasileiro, *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, v. 2, n. 3, p. 81-110, 2005, p. 90-92.

53. *Ibidem*. p.93-94.

Desta forma, de acordo com Claus Roxin, será imprudente a ação daquele que, conhecendo os fatores de risco ou, em sendo fatores que o agente deveria conhecer, este os desconheça, não se detém acaba por realizar o resultado proibido pela norma.<sup>54</sup>

Para Santiago Mir Puig, qualquer resultado danoso advindo de conduta que violou regra explícita pode ser atribuído ao autor, posto que a violação da norma implica na previsibilidade concreta da periculosidade do ato.<sup>55</sup>

Inobstante, é de se lembrar que a relação de causalidade segue como elemento fundamental para a tipicidade, não sendo eliminada pela imputação objetiva. Assim, é necessário que se demonstre que o comportamento do autor condicionou o mundo exterior ao resultado típico. Ou seja, além da realização do risco não permitido, é necessário que essa se ligue ao âmbito de responsabilidade do autor.<sup>56</sup> Assim, caso seja um terceiro, ou mesmo a vítima, o introdutor de um novo risco aos fatos, ou caso este modifique ou suprima a previsibilidade do resultado da ação ou omissão provocada pelo agente, a imputação poderá ser excluída.<sup>57</sup>

Assim, se o paciente vem a sofrer lesões oriundas de intervenção médica, derivando estas de uma supressão de informações por parte do paciente, o dano não poderá ser imputado de nenhuma forma, ao profissional. Referida exclusão também se opera de acordo com as regras de nosso CP, pois a ausência de previsibilidade de um resultado exclui a responsabilidade.

Dessa forma, se um paciente omite ser usuário de drogas, vindo a sofrer lesões por interações medicamentosas, não se podem imputar estas ao médico, posto não ser razoável que o profissional duvide de todos os seus pacientes ou realize extensos exames toxicológicos previamente a cada interação.

De fato, está o profissional protegido pelo princípio da confiança na relação médico-paciente, de forma que a atuação conforme as informações passadas pelo primeiro não pode ser considerada como negligente ou imprudente.

A teoria não ignora que o tipo penal não pode ver-se completo quando a vontade do agente – o elemento subjetivo do tipo for alheio à descrição contida no tipo objetivo<sup>58</sup>, de forma que não se pode considerar típica uma conduta que não atender, minimamente, a tipicidade subjetiva, ou seja, devem existir os elementos definidores do dolo ou da culpa.

54. ROXIN, C. FinaEdad e imputación objetiva. *Cuadernos de política O criminal*, Madrid, n. 40, 1990, p. 143-144.

55. MIR, S. Sobre el consentimiento imprudente: comentario a la STS de 17 de julio de 1990. *Anuário de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 44, n. 1, p. 259-267, jan.-abr. 1991, p. 262

56. ROXIN, C. Ingerência e imputación objetiva. *Revista Penal*, Valência, n. 19, jan. 2007, p 153.

57. PUIG, S. M. Sobre el consentimiento imprudente: comentario a la STS de 17 de julio de 1990. *Anuário de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 44, n. 1, jan.-abr. 1991, p. 262.

58. MARTÍN, L. G. O finalismo como método sintético real-normativo para a construção da teoria do delito. *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, v. 2, n. 2, p. 5-28, jan.-jun. 2005, p. 23.

De fato, deve-se ter cuidado com a aplicação da teoria que não é oficialmente adotada por nosso ordenamento, mas tampouco rejeitada –, de forma que não se perca esta diferenciação entre dolo e culpa, posto que enquanto a teoria da imputação objetiva considera passível de responsabilidade o agente pela mera consciência da periculosidade de sua ação, nosso Direito Penal não prescinde dos complexos elementos volitivos que compõem a tipicidade subjetiva.

A teoria também se aplica aos tipos omissivos, posto que só é possível conceber uma omissão no Direito Penal quando essa se vincule a um dever de agir<sup>59</sup> – e, portanto, seja parte essencial do âmbito de proteção da norma.

Assim, a omissão não constitui um aumento do risco, mas uma não diminuição ou não tentativa legítima de diminuição – deste, em contrariedade a um mandamento legal. Considerando que o CP brasileiro expressamente adotou a teoria da condição,<sup>60</sup> a aplicação da teoria da imputação objetiva se dá em momento posterior à análise da causalidade, verificando-se se a omissão teve relevo no incremento ou não diminuição do risco.<sup>61</sup>

Importa ressaltar que, também nos delitos omissivos não se prescinde da análise do tipo subjetivo, de forma que deve o agente ter-se decidido a não executar a ação que lhe era possível e exigível.<sup>62</sup>

Relacionando a teoria com o compliance, entende-se que a previsão das regras de conduta pode facilitar a evidenciação do momento no qual se iniciaram as condutas imprudentes ou negligentes, servindo como ponto de partida para a verificação da periculosidade da conduta em confronto com os bens jurídicos protegidos pela norma penal.<sup>63</sup>

Entendemos que a simples violação de norma de compliance não pode ser vista como penalmente relevante, se desta violação não houver qualquer resultado típico – lesão corporal, morte, etc., posto que todo delito deve, por óbvio, ser antijurídico, e só o é o fato que resulta em uma lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico.<sup>64</sup> Isso porque, ainda que uma ação culposa seja reprovável, se esta não produzir um resultado não haverá tipicidade penal objetiva e, portanto, a ação não será punível.<sup>65</sup>

Dessa forma, ainda que se aplique a teoria da imputação objetiva, as condutas que violem as previsões do compliance não serão, *per se*, criminosas e imputáveis, dependendo estas, em primeiro lugar, da ocorrência do resultado lesivo. Em ocorrendo este, deve,

59. TAVARES, J. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 1.5, jul.-set. 1996, p. 131.

60. "Art. 13-0 resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido."

61. TAVARES, J. *Op. cit.* p. 142.

62. *Ibidem.* p. 156/157.

63. A esse respeito, cf.: SANCHEZ, J.-M. S. Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de medico anestesista; la perspectiva dei Tribunal Supremo. *Revista Perwana de Ciências Penales*, Lima, v. 2, n. 3, jan.-jun. 1994, p. 206.

64. PUIG, S. M. Antijuridicidad objetiva y antinormatividad em derecho penal. *Anuário de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 47, n. 1, p. 5-28, jan.-abr. 1994, p. 9.

65. *Ibidem.* Notar que a presente conclusão apenas se dirige a tipos de Z resultado, como os analisados na presente dissertação. Contudo, sendo esta referente a crimes culposos, como nosso Código Penal não prevê crimes de perigo nesta modalidade, a conclusão se sustenta.

ainda, ser analisado se a conduta permitia uma previsão ex ante e concreta de dano – o que a violação à norma do compliance indica, mas não define.

Por fim, a conduta lesiva, ainda que considerada previsível, deve ser vista à luz do consentimento do paciente ou da ocorrência de causas de justificação.

Assim sendo, entende-se que a previsão de normativas de compliance não aumenta o risco de imputação ao agente, senão certo que a mera violação dessas não constitui crime, sobretudo quando ausente resultado danoso, sendo atitude fortemente recomendada o desenvolvimento de regras de compliance, seja para o profissional da medicina, seja para instituição de saúde.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, N. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 271-279, abr.-jun. 2002. p. 283.

BILANCETTI, M. **La responsabilità penale e civile dei medico**. Padova: CEDAM, 2006. p. 715.

BOTTI, S. H. O.; REGO, S. Preceptor supervisor, tutor e mentor: quais são seus papéis? **Revista brasileira de educação médica**, v. 32, n. 3, p. 363-373, 2008.

BOTTINI, P. C. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, G. F.; BOTTINI, P. C.; PACHELLI, E. **Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, p. 109-134, 2011. p.130-131.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1940. Disponível em: <<https://bit.ly/3dpmjff>>. Acesso em: 03 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. Resolução do Conselho Nacional de Residência Médica n.º 5, de 08 de junho de 2004. Dispõe sobre os serviços de preceptor/tutor dos programas de Residência Médica. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/cnrm\\_052004.pdf](http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/cnrm_052004.pdf)>. Acesso em: 03 de junho de 2022.

CALHARDES, M. F. Negligência médica no Código Penal revisto. **Sub Judice: Justiça e Sociedade**, Coimbra, n. 11, p. 163- 167, jan.-jun. 1996. p. 166.

CAMPOS, R. A. C.; CAMARGO, R. A. E. **A autonomia do médico e do paciente no atual Código de Ética Médica**. In: Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: Editora GZ, p. 637-655, 2014. p. 646-647.

CASABONA, C. M. R. A responsabilidade penal do médico por má prática profissional. **Revista de Estudos Criminais**, v.3, n.12, p.9-33, 2003.

COUTINHO, L. A. Homicídio culposo - médico – inexistência de nexos causal entre a conduta do agente e a causa da morte – trancamento da ação penal [Jurisprudência comentada]. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 31, p. 62-74, abr.-mai. 2005.

DELMANTO, C. **Código Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 452.

- DI LANDRO, A. R. Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'equipe. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia**, Padova, v. 18, n.1-2, p. 225-272, jan.-jun. 2005.
- DIAS, J. F. O problema da ortotanásia: introdução à sua consideração jurídica. **Ciência Penal**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p.10-23,1975.
- \_\_\_\_\_. **Temas básicos da Doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 363-364.
- ORDEIG, E. G. Causalidad, omisión e imprudència. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, n, 17, p, 32-74, jan.-mar. 1997.
- GIOSTRI, H. T. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**, Curitiba: Juruá, 1999. p. 136.
- MARTÍN, L. G. O finalismo como método sintético real-normativo para a construção da teoria do delito. **Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais**, v. 2, n. 2, p. 5-28, jan.-jun. 2005. p. 23.
- KFOURI, M. N. **Culpa médica e ônus da prova**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 183-184.
- KOHN, L. T. CORRIGAN, J. M.; DONALDSON, M. S. **To err is human: Building a Safer Health System**. Washington D.C.: National Academy Press, 2000. p. 36.
- MIR PUIG, Santiago. Antijuridicidad objetiva y antinormatividad em derecho penal. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v.47, n.1, p.5-28, jan.-abr.1994. p. 9.
- \_\_\_\_\_. Sobre el consentimiento imprudente: comentário a la STS de 17 de julio de 1990. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 44, n. 1, p. 259-267, jan.-abr. 1991.
- MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1. p. 127.
- ROXIN, Claus. Ingerência e imputación objetiva. **Revista Penal**, Valência, n, 19, p, 152-161 Jan. 2007.
- \_\_\_\_\_. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 38, v. 10, p. 11-31, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Derecho Penal** – Parte General. Madrid: Civitas, 1997. p. 1004-1006.
- \_\_\_\_\_. Finalidad e imputación objetiva. **Cardenos de política criminal**, Madrid, n. 40, p. 131-146, 1990.
- SANCHEZ, J-M. S. Aspectos de la responsabilidad penal por imprudència de medico anestesista: la perspectiva dei Tribunal Supremo. **Revista Peruana de Ciências Penales**, Lima, v. 2, n. 3, p. 197-228, jan.-jun. 1994.
- \_\_\_\_\_. Libertad de terapia y responsabilidad penal del medico. **Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal**, Buenos Aires, v. 7, n. 12, p. 171-207, 2001.
- TAVARES, J. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 1.5, p- 125-157, jul.-set. 1996.
- TOLEDO, F. A. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.165.
- ZAFFARONI, E. R. Marco general para delimitar la responsabilidade médica: sinopses de la teoria dei delito. In: BUERES, A J.; ZAFFARONI, E. R.; VAN-NELLI-VIEL, R. L. (Colab). **Responsabilidad medica: aspectos civiles y penales**. Buenos Aires: Hammurabi, p. 142-146, 2009.
- \_\_\_\_\_. PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 456.



# INCIDENTES DE SEGURANÇA NOS SERVIÇOS DE SAÚDE: UMA ANÁLISE À LUZ DO ARTIGO 48 DA LGPD

## SECURITY INCIDENTS IN HEALTH SERVICES: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF ARTICLE 48 OF THE LGPD

Renan Sequeira<sup>1</sup>

Silvio Guidi<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Noções gerais sobre a tutela jurídica do direito à intimidade. 3. Sigilo e proteção de dados. 4. As providências a serem adotadas em razão de incidentes de segurança no âmbito da saúde. 5. Repercussões judiciais em razão de incidentes de segurança no âmbito da saúde. 6. Outras repercussões em razão de incidentes de segurança no âmbito dos serviços de saúde. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente artigo versa sobre o incidente de segurança, figura prevista na LGPD, especificamente no que diz respeito aos serviços de saúde. Discute-se, além do direito à intimidade, do sigilo e da dados do paciente de forma ampla, as medidas que devem ser tomadas a partir do incidente de segurança, bem como sobre as repercussões dessa importante figura do ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** Direito à intimidade. Sigilo. Proteção de dados. Incidente de segurança.

**Abstract:** This article discusses the security incident, an institute provided for under the LGPD, specifically with regard to health services. It discusses, in addition to the right to privacy, confidentiality and patient data in a broad way, the measures that should be taken from the security incident, as well as the repercussions of this important figure provided in the legal system.

**Keywords:** Right to privacy. Secrecy. Data protection. Security Incident.

1. Advogado da área de Healthcare e Life Sciences do Vernalha Pereira Advogados. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo – USP (Faculdade de Direito do Largo de São Francisco) e, na França, pela Universidade Lumière Lyon 2, por meio do programa “Partenariat International Triangulaire d’Enseignement Supérieur” (PITES).

2. Sócio da área de Healthcare e Life Sciences do Vernalha Pereira Advogados. Advogado com 18 anos de atuação na área do direito da saúde, representando e assessorando juridicamente profissionais da saúde, operadoras de planos de saúde, hospitais, clínicas, empresas de home care, laboratórios e distribuidores de medicamentos e equipamentos médicos. Eleito nos últimos 4 anos pela Revista Análise Advocacia 500 como um dos advogados mais admirados do País. Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP; especialista em Direito Administrativo pela SBDP (Sociedade Brasileira de Direito Público); membro do Conselho Editorial da Revista de Direito Administrativo da Editora Lex Magister; e coordenador dos cursos de Compliance, Planos de Saúde, LGPD na Saúde e Diagnóstico e Gerenciamento de Riscos Jurídicos da Organização Nacional de Acreditação em Serviços de Saúde (ONA). Autor dos livros: Serviços públicos de saúde – PPPs, permissões e credenciamento (Quartier, 2019) e Comentários à Lei Orgânica da Saúde (Quartier, 2021). Professor do curso de pós-graduação em Direito Regulatório da Saúde da Faculdades Oswaldo Cruz (FOC). Professor da pós-graduação em Pesquisa Clínica e Medical Affairs da Santa Casa de São Paulo. Professor de Direito Médico nas seguintes instituições: Faculdade de Medicina da USP (campus Ribeirão Preto); Escola Paulista de Direito (EPD); Faculdade de Ciências da Saúde (FASIG); e da PUCPR. Conselheiro de Saúde do Estado de São Paulo (2022/2023). Membro do Comitê de Saúde do Tribunal de Justiça de São Paulo (2022/2023); membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SP (2022/2024); membro da Comissão de Direito Sanitário da OAB/SP (2019/2021); membro do Comitê de Saúde do Tribunal de Justiça do Paraná (2010/2012); e presidente da Comissão de Direito à Saúde da OAB/PR (2010/2012).

## 1. INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia no âmbito da saúde traz consigo inúmeros benefícios. Quando pensamos nos serviços telepresenciais, por exemplo, o ganho de tempo – para profissionais e pacientes – e a ampliação da acessibilidade aos serviços são algumas das marcas mais relevantes desse rol de benefícios.<sup>3</sup>

Apesar dos pontos positivos, há sérios riscos envolvidos. Este artigo cuidará de um deles, qual seja, a ampliação da vulnerabilidade do paciente, projetada em razão do aumento da exposição de dados pessoais de saúde. A majoração desse risco é intrínseca aos benefícios derivados da telessaúde. Basta notar que a telessaúde amplia o acesso aos serviços (sejam públicos ou privados). Com isso, mais pessoas buscam o atendimento por mais vezes. De um lado, terão mais benefícios para a sua saúde. De outro, a conquista desses benefícios é condicionada à transferência de informações pessoais, as quais tornam a pessoa vulnerável, a partir do momento que são compartilhadas.

A vulnerabilidade reside em dois pontos. O primeiro deles é a transformação de fatos em dados – dados são fatos materializados. Por exemplo, determinado paciente não tem um bom sono. Enquanto esse indivíduo não procurar auxílio para sua condição – fato –, não haverá nenhum dado a esse respeito. Mas, ao procurar solução para seu problema, esse fato será objeto de registro, criando-se um dado. Desse dado, aliás, outros tantos serão gerados por meio da investigação feita pelo profissional médico. Descrição da rotina de vida, relações pessoais e profissionais, resultados de exames (de sangue, polissonografia, ressonância etc.) gerarão, provavelmente, milhares de dados sobre o indivíduo. Essas informações poderão servir a inúmeros fins, alguns úteis ao paciente, outros inúteis e alguns, ainda, nocivos – tanto para o paciente quanto para terceiros.

O outro ponto é a replicação desses dados para uma cadeia de outros indivíduos, os quais terão acesso às informações do paciente simplesmente em razão de sua atuação profissional. Farmacêuticos, bioquímicos etc. passarão a ter acesso aos dados do paciente, ampliando o rol de indivíduos responsáveis<sup>4</sup> por preservar e garantir que esses dados sejam utilizados exclusivamente para os fins desejados pelo próprio paciente, bem como evitar que sirvam de objeto para acarretar danos.

3. A professora Fernanda Schaefer também apresenta alguns outros benefícios "diminuição das distâncias (desconsideração das barreiras geográficas); a facilitação da troca de informações e de conhecimentos sanitários; a aceleração da tomada de decisões médicas e até o barateamento dos custos (...)" SCHAEFER, F. Telemedicina e proteção de dados de saúde (p. 123-147). In: CORREA, F. A.-J. (Coord). **Diálogos entre direito e medicina**: estudos em homenagem ao CRM/TO. Curitiba: Instituto Memória, 2019, p. 139.

4. A esse respeito, Luis Gustavo Gasparini Kiatake ensina o seguinte: "o destino do dado de saúde, aquele crítico e sensível, não é ficar restrito a uma instituição ou entre duas partes. Quando uma pessoa utiliza um laboratório, os dados ali produzidos, os laudos, não são feitos para ali ficarem nem para ficarem somente no conhecimento do paciente. O destino do laudo é chegar ao médico, aos profissionais de saúde que o solicitaram, podendo ir ao hospital, eventualmente ao plano de saúde para uma autorização, e até a determinado fabricante de um material especial. E desse ecossistema da saúde fazem parte instituições de todos os tipos de tamanho e características, públicas e privadas, de grandes redes de saúde a laboratórios familiares, de uma UBS a hospitais universitários de complexidade, hospitais das forças armadas, instituições de pesquisa, um consultório individual e farmácias, inclusive academias de ginástica". Sistemas de prontuário eletrônico e digitalização: impacto da LGPD (327-340). KIATAKE, L. G. G. Sistemas de prontuário eletrônico e digitalização: impacto da LGPD (327-340). In: DALLARI, A. B. M.; CAMPOS, G. F. (Coords). **LGPD na saúde**. Thompson Reuters, São Paulo, 2021.



A vulnerabilidade, portanto, pode ser definida como o risco de dados do paciente serem acessados, utilizados ou replicados por pessoas ou para fins diversos daqueles com que ele consentiu. Para mitigar as chances dessa vulnerabilidade efetivamente ocasionar danos ao paciente, foram criados instrumentos jurídicos preventivos e paliativos. São aquilo que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, denomina, em seu Capítulo VII, como boas práticas de segurança de dados. A norma parte da premissa de que, em uma sociedade de riscos, não é mais possível garantir que um dano não irá ocorrer. Por isso, a LGPD deixa de exigir dos agentes – denominados controladores ou operadores nos incisos VI e VII do artigo 5º – que tratam<sup>5</sup> dados de outros indivíduos – definidos pelo inciso V do artigo 5º como titulares – a obrigação de não permitir – em qualquer circunstância ou hipótese – que haja utilização indevida de dados.

A LGPD concretiza a compreensão de que faz mais sentido exigir que controladores e operadores passem a adotar as melhores condutas possíveis para evitar a materialização desse risco. Evidentemente, os dados de saúde recebem proteção mais especial. Haja vista que seu tratamento irregular pode ocasionar danos mais severos ao titular, são classificados como sensíveis, ganhando, com isso, uma maior capa protetiva.

É nesse contexto que surge o incidente de segurança, compreendido como um importante instrumento de defesa do titular. Trata-se de um sistema com duas bandeiras. A amarela, preventiva, revela situações pelas quais as medidas existentes para a preservação de dados não foram suficientes ou estão comprometidas. Apesar disso, não há ainda danos efetivos ao titular, devendo ser adotadas soluções adequadas para que prejuízos não sejam concretizados. A vermelha é paliativa, pela qual há a constatação de que dessa falha derivaram prejuízos ao titular. Em razão de tal constatação, hão de ser adotadas medidas para mitigar a dimensão desses danos.

Dentro desse cenário, a sequência do presente artigo é voltada a demonstrar como se dá o incidente de segurança no âmbito dos serviços de saúde. Para isso, é importante realizar um recorte metodológico, na medida em que a expressão “incidente de segurança” é polissêmica. Por isso, será lida dentro da semântica que o dispositivo legal empresta. Estamos a falar do conteúdo do artigo 48 da LGPD, o qual define “incidente de segurança” como qualquer fato ou ato relativo a dados que possa atrair riscos ou danos ao titular.

5. A expressão tratamento de dados é utilizada pela LGPD (Artigo 5º, inciso X) para significar toda e qualquer ação efetuada com dados pessoais. Eis o conteúdo do dispositivo: “X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”. Como ensina José Augusto Fontoura Costa, “tratar dados” “tem um sentido amplíssimo, reforçado pela utilização de lista exemplificativa e não taxativa. Sua caracterização não depende de qualquer transformação das informações disponíveis; basta qualquer ação, digital ou analógica que tenha por objeto quaisquer dados”. Tratamento e transferência de dados de saúde: limites ao compartilhamento de dados sensíveis (89-102). DALLARI, A. B.; MARTINS, A. C. M. S. Proteção e compartilhamento de dados entre profissionais e estabelecimentos de saúde. (117-138). In: DALLARI, A. B.; MONACO, G. F. C. (Coords). **LGPD na saúde**. São Paulo: Thompson Reuters, 2021.

## 2. NOÇÕES GERAIS SOBRE A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO À INTIMIDADE

Por que existe o sigilo para os profissionais de saúde? A resposta mais simples poderia ser: porque o código de ética de cada profissão o impõe. Fosse somente isso, bastaria a revogação desse dispositivo normativo para que o sigilo profissional não fosse mais obrigatório.

O sigilo existe, na verdade, como um dever irradiado do direito individual, fundamental e constitucional – inciso X do artigo 5º da Constituição Federal (CF/88)<sup>6</sup> – à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem da pessoa.<sup>7</sup> A questão reside na lógica de que as pessoas têm o constitucional direito de preservar sua intimidade. Por isso, não só não são obrigadas a revelar uma série de informações a seu respeito, como podem resistir às tentativas de violação e ainda exigir do Estado uma série de posturas, com vistas a garantir a inviolabilidade da sua intimidade.

Apesar disso, existirão situações nas quais o indivíduo se verá compelido a revelar certos traços de sua intimidade, e a busca por atenção por atenção à sua saúde será uma delas. Não raramente, para além de informações acerca de seu corpo, o indivíduo haverá de apresentar para o profissional de saúde seus hábitos pessoais, sua orientação e suas predileções sexuais, por exemplo. Sem abrir ao profissional da medicina tais informações, a pessoa, provavelmente, não conseguirá um diagnóstico e, ainda que consiga, haverá grandes chances de ser equivocado ou parcial.

Diante desse cenário, o indivíduo se vê em uma encruzilhada: ou revela traços marcantes de sua intimidade – aqueles que ele, provavelmente, não abre para mais ninguém, nem mesmo para as pessoas mais próximas<sup>8</sup> – ou não poderá acessar os serviços de que tanto necessita. É de se notar, portanto, que a revelação da intimidade não é um ato protagonista e deliberado. Muito pelo contrário, estamos diante de uma ação acessória, colateral e mandatária, sem a qual a pessoa não poderá receber cuidados para a sua saúde.

É nesse contexto que surge o sigilo para os profissionais de saúde. Havendo uma enorme coerção para que o indivíduo abra sua intimidade, surge um dever deontológico para o profissional de se valer desses dados exclusivamente em benefício do paciente.<sup>9</sup> Por

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

(...)

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

7. Mesmo havendo diferenças entre a natureza jurídica de imagem, privacidade e intimidade, esse artigo, para fins meramente didáticos, trata todos como sinônimos.

8. A esse propósito, relevante o pensamento de Gustavo Artese e Marina Alves Mandetta: “São boas as razões que fazem com que as pessoas se preocupem em manter seu histórico médico confidencial. Por exemplo, certas doenças desde muito estão associadas a grande estigma (e.g. lepra ou doenças psiquiátricas), outras enfermidades são correlacionadas a determinados hábitos ou estilos de vida (e.g. doenças sexualmente transmissíveis) e certas outras podem alterar a percepção das capacidades e potencialidades do doente na vida social (doenças inabilitantes ou degenerativas). Ser doente em público equivale a se colocar ou ser colocado em posição para ser discriminado ou como alvo de situações de constrangimento público”. Privacidade na saúde: para muito além do segredo (164-187). ALVES, M. M.; ARTESE, G. Privacidade na saúde: para muito além do segredo (164-187). In: BRAGA, R.; SOUSA, F. (Coords). **Compliance na saúde**: presente e futuro de um mercado em busca da autorregulação. Salvador: Sanar, 2016. p. 167.

9. O sigilo, ensina Fernanda Schaefer, *é o laço que atribui a qualidade de secreto*. Telemedicina e proteção de dados de saúde (p. 123-147). SCHAEFER, F. Telemedicina e proteção de dados de saúde (p. 123-147). In: CORREA, F. A.-J. (Coord). **Diálogos entre direito e medicina**: estudos em homenagem ao CRM/TO. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 139.

sua vez, a utilização indevida desses dados e mesmo a displicência em sua preservação – a bem de evitar que terceiros tenham acesso – devem ser encaradas seriamente como uma infração ética e moral.<sup>10</sup> Afinal de contas, o paciente depositou extrema confiança no profissional para que este não só utilizasse seus dados em favor de sua saúde, mas também acreditou que haveria uma intensa blindagem, capaz de proteger suas informações íntimas de acessos de terceiros. Dentro desse contexto, já há muito o regime jurídico brasileiro tutela fortemente a intimidade e dispõe sobre repercussões sérias sobre quem viola esse dever. A própria CF/88, quando eleva a intimidade ao status de direito fundamental, garante a justa indenização ao ocorrer sua violação.

Em decorrência disso, o Código Civil (CC), Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, assegura o direito do indivíduo de que o Judiciário adote “providências necessárias para impedir ou fazer cessar”<sup>11</sup> atos que violem o direito à intimidade do indivíduo. Por sua vez, o Código Penal (CP), Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, define como crime a divulgação de segredos em geral, bem como aponta como crime, mais específico e mais grave, a revelação de informação sigilosa recebida em razão de exercício profissional.<sup>12</sup> A mesma proteção é dada pelo Marco Civil da Internet, Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014.<sup>13</sup> As legislações processuais, civil e penal<sup>14</sup> também protegem a intimidade do indivíduo ao impedir o testemunho, mesmo em processos que tramitem em segredo de justiça, por pessoas que tiveram acesso à informação sigilosa em razão de seu ofício.<sup>15</sup>

### 3. SIGILO E PROTEÇÃO DE DADOS

Compreendida a extensão do direito à intimidade, é de se ter em mente que o sigilo, atualmente, configura-se em um dever muito maior do que a não exposição deliberada dos dados do paciente a terceiros. Para além desse *non facere*, incide sobre os profissionais da saúde uma série de obrigações comissivas voltadas a proteger o paciente, com vistas a dificultar o acesso indevido ou não consentido aos dados que estão sob sua tutela.

Tempos atrás, quando a atenção à saúde era pré-digital, os dados do paciente eram pouco ou nada interessantes para terceiros. Talvez porque a estratificação daquilo

10. Esse artigo trabalha com o conceito de que a ética é a moral positivada.

11. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

12. Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses ou multa de trezentos mil réis a dois contos de réis.

(...)

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis.

13. Inciso I do artigo 7º da Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014.

14. O Código de Processo Penal.

15. O consentimento do indivíduo cuja intimidade está protegida pode relativizar essa vedação.

que poderia ser clandestinamente mercantilizado fosse também muito mais difícil. Para comprovar isso, basta notar que nunca se teve notícia de tentativas de invasão de instalações médico-hospitalares para furto ou roubo em massa de prontuários, com a finalidade de acessar os dados neles constantes.

Atualmente, os dados clínicos são objeto de cobiça financeira para fins que raramente se voltam ao bem-estar do paciente,<sup>16,17</sup> como ensina Fernanda Schaefer:

A digitalização do corpo humano provoca sua maior exposição e, por consequência, produz questionamentos quanto à valorização econômica das informações obtidas com base em dados clínicos identificados ou identificáveis. Justamente para evitar a absoluta mercantilização do corpo humano é que se propõe o redimensionamento da intimidade (...).<sup>18</sup>

Daí a razão dos dados do paciente passarem à tutela do profissional de saúde, que assume um status de um verdadeiro guardião. Esse ônus é extremamente complexo de ser exercido, na medida em que a realidade social passa a revelar a existência de pessoas focadas a capturar ilicitamente esses dados, fato que inexistia tempo atrás.

Mesmo diante da complexidade de honrar com tal encargo, as repercussões por seu descumprimento são numerosas e intensas, como se verá adiante. E o que mais chama à atenção nesse novo ambiente de proteção de dados, a partir da lógica do incidente de segurança, é que surge o dever de noticiar não só as hipóteses materializadas de vazamento, mas, também, todo e qualquer fato que importe majoração do risco dessa materialização.

#### 4. AS PROVIDÊNCIAS A SEREM ADOTADAS EM RAZÃO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO ÂMBITO DA SAÚDE

Incidentes de segurança são situações nas quais os dados do titular se encontram num status de majorada vulnerabilidade. Como já visto, sua caracterização não depende necessariamente do vazamento dos dados, tampouco de danos ao titular. Basta que os mecanismos de proteção dos dados se revelem, ainda que temporariamente, insuficientes para desempenhar seu papel de preservação.

Também como assinalado, o avanço tecnológico potencializa esse risco. Uma marca interessante desse agravo é o tráfego de dados. Dados de saúde trafegam dentro e

16. Recente matéria jornalística revelou que cibercriminosos cobiçam dados de saúde em razão de serem *bastante específicos em relação ao paciente, criando janelas de oportunidade para golpes*. Disponível em: <<https://bit.ly/3GzM0Hm>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

17. Nessa mesma linha, matéria do O Globo destacou que, para empresas de cibersegurança, “os dados de saúde são os que mais valem para os hackers, eles têm valor de venda, porque há grande conteúdo”. Disponível em: <<http://glo.bo/3MdTcdt>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

18. SCHAEFER, F. Telemedicina e proteção de dados de saúde (p. 123-147). In: CORREA, F. A-J. (Coord). **Diálogos entre direito e medicina**: estudos em homenagem ao CRM/TO. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 135.

entre controladores e operadores de dados. É como explicam Analluza Bolivar Dallari e Amanda Cunha Mello Smith Martins:

Dados de saúde trafegam e precisam trafegar dentro da cadeia de modo a garantir a melhor assistência do paciente e titular de dados. Exame de sangue e imagem realizados em um certo laboratório podem ser acessados pelo médico e pela equipe assistencial de um hospital para impedir a repetição desnecessária desses exames, tudo para a adequada tutela da saúde do paciente.

Dados de saúde podem ser acessados até mesmo pelo plano de saúde, desde que de forma segura e sigilosa, seja para liberar um reembolso, seja para autorizar um pagamento, seja até mesmo para evitar a exposição desnecessária à radiação, com a realização repetitiva de exames como PET-Scan, que prejudicam a saúde do paciente titular de dados (...).<sup>19</sup>

Dentro desse contexto, é de se esperar que o tráfego desses dados já os exponham a um determinado nível de vulnerabilidade.<sup>20</sup> Mas estamos falando em um nível admitido pelo direito, mesmo essa admissão não significando a ausência de responsabilidade de controladores e operadores pelo acesso irregular.<sup>21</sup> Assim o sendo, operadores e controladores devem: (i) adotar as melhores práticas para evitar a materialização desse risco – compreendidas no tripé da segurança da informação: confidencialidade, integridade e disponibilidade –;<sup>22</sup> (ii) atuar para mitigar os efeitos dessa materialização; e (iii) responder pela materialização do risco, especialmente para indenizar os dados experimentados pelo titular.

O incidente de segurança e suas bandeiras – amarela e vermelha – deve ser iniciado nas situações (i) e (ii). Sua função é evitar a materialização do dano e, se isso não for possível, minorar seus efeitos. Metaforicamente, uma vez identificada a ampliação da vulnerabilidade dos dados do titular, um botão é apertado para que uma série de ações – necessariamente premeditadas – sejam executadas. A LGPD, em seu artigo 48, relaciona abstratamente essas ações, o que significa que deve existir um plano de contingência customizado para cada controlador.

19. Proteção e compartilhamento de dados entre profissionais e estabelecimentos de saúde. (117-138). DALLARI, A. B. Proteção de dados na telemedicina (313-325). In: DALLARI, A. B.; MONACO, G. F. C. (Coords). **LGPD na saúde**. São Paulo: Thompson Reuters, 2021. p. 121.

20. No âmbito da telemedicina, há uma ampliação desse risco quando esse tráfego de dados envolve pessoas menos preparadas para os proteger. E aqui destacamos o próprio paciente. Nas hipóteses em que a atenção ao paciente se der fora do ambiente físico prestacional, o paciente provavelmente acionará os sistemas virtuais para atendimento telepresencial de dispositivos com menores nível de segurança do que aqueles utilizados pelo prestador. Para além disso, o paciente tende a ter menor atenção e até habilidade para lidar com os riscos inerentes à telemedicina. O paciente é, no âmbito da telemedicina, um risco a si mesmo.

21. Aqui é aplicada a teoria do risco, pela qual, mesmo sem culpa, operadores e controladores respondem pelos danos causados ao titular. O nexo de causalidade é ínsito à decisão de tratar dados de terceiros.

22. As melhores práticas de proteção de dados são assim compreendidas por constarem no Código de prática para controles de segurança da informação. Constam da ABNT NBR ISO/IEC 27002:2013. Segundo Lilian Cristina Pricola e Vladimir Ribeiro Pinto Pizzo, as características dos pilares fundamentais são.

"No âmbito da confidencialidade: a. garantir que a informação do cidadão somente será acessada por profissionais envolvidos no seu cuidado. b. conceder ao cidadão o direito de revogar o acesso de determinado profissional. c. promover mecanismos de acesso à informação em caso de urgência (*break the glass*), para a salvaguarda da vida do paciente. d. implantar controles de monitoração, controle de ciberataque e prevenção contra vazamento de informação.

No âmbito da integridade: a. garantir que os dados sejam inseridos por profissionais da saúde e estejam associados aos seus cuidados, procedimento realizados e aos resultados válidos de seus exames e imagens. b. evitar qualquer acesso indevido que possa comprometer a completude da informação ou provocar adulteração dos dados, incluindo sequestro de dados (*ransomware*).

No âmbito da disponibilidade: a. garantir que os sistemas devem estar disponíveis e com informações atualizadas e íntegras, para que o cidadão receba os cuidados de acordo com as prescrições registradas pelos profissionais da saúde assim como para documentar os cuidados e os procedimentos realizados durante a atenção à saúde. b. implantar controles de detecção, resposta a incidentes e continuidade de negócios, evitando a perda do dado". Segurança da informação na saúde: requisitos para coleta e tratamento de dados na área da saúde (140-157). DALLARI, A. B. Proteção de dados na telemedicina (313-325). In: DALLARI, A. B.; MONACO, G. F. C. (Coords). **LGPD na saúde**. São Paulo: Thompson Reuters, 2021. p. 142/143.

A primeira medida a ser adotada é a notificação às autoridades competentes. A LGPD determina que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) seja notificada. Mas, no âmbito da telemedicina, os Conselhos Regionais de Medicina (CRMs) têm orientado que sejam eles também comunicados.<sup>23</sup> A orientação é embasada na lógica do extravio de prontuário, que é, por definição regulamentar – artigo 87 do Código de Ética Médica, por exemplo –, o documento – ainda que virtual – no qual os dados clínicos para a boa condução do caso devem ser armazenados. Mas isso não significa que outros dados, que não aqueles constantes no prontuário, não devam receber intensa proteção, tampouco que a ampliação de sua vulnerabilidade não deva ser noticiada ao Conselho competente.

Ainda no âmbito das orientações dos CRMs, por exemplo, estão o registro de um boletim de ocorrência – especialmente se houver suspeita de roubo ou furto –, bem como a tentativa de restauração – naquelas hipóteses em que os dados não forem mais acessíveis pelo controlador. Essa última providência é fundamental, especialmente sob a perspectiva de que os dados constantes em prontuário são fundamentais para a continuidade do tratamento do paciente.

A LGPD – ainda no *caput* do artigo 48 – determina que o titular seja informado do incidente de vulnerabilidade ou exposição indevida de seus dados. Essa postura é conectada com uma lógica de *disclosure*, pela qual o controlador assume explicitamente a ocorrência de uma falha, seja pelo direito do titular em ser informado de fatos dos quais possam lhe causar danos, seja para que o próprio titular também assuma um papel decisivo na defesa de sua esfera de direitos. É de se lembrar, à luz dos artigos 21 do CC e 7º do Marco Civil da Internet, que o titular pode buscar a tutela jurisdicional para impedir a utilização indevida de seus dados. Nessa ordem de ideias, o titular pode requerer ao Judiciário o bloqueio de sites e mídias sociais, por exemplo, que sejam palco para a utilização indevida de dados que foram objeto do incidente de segurança. Tolher o titular do exercício desse direito pode representar para ele um aumento desnecessário dos prejuízos, ampliando a carga indenizatória em desfavor do controlador.

Até por isso, a LGPD impõe que essa comunicação seja feita em prazo razoável – §1º do artigo 48. É preciso reconhecer que quão mais despreparado o controlador estiver para lidar com incidentes de segurança, maior será o tempo para comunicá-los. A razão é simples: nessas hipóteses, há grandes chances do controlador sequer saber da ocorrência do incidente. Por certo que o desconhecimento pode, de alguma forma, legitimar a não comunicação. Entretanto, deixa a porta aberta para uma pergunta constrangedora, qual seja, o porquê do desconhecimento.<sup>24</sup> A resposta evidenciará a fragilidade do sistema

23. Vide Parecer Consulta 01/2017 do CRM/ES, Parecer 2041/2009 e Consulta 63.568/02 do CREMESP.

24. A esse propósito, o inciso V do artigo 48 impõe que o controlador informe a razão da demora na comunicação, na hipótese em que ela não for imediata. Por sua vez, o inciso III do §1º do artigo 48 determina que o controlador informe as medidas técnicas que utiliza para a proteção de dados.

de proteção de dados do controlador, ampliando sua culpa acerca do incidente com consequentes sanções e condenações indenizatórias mais severas.<sup>25</sup>

As autoridades notificadas devem receber informações sobre os titulares cujos dados foram expostos, bem como sobre a natureza desses dados.<sup>26</sup> É preciso compreender, sob esse viés, que essas informações servem não só para apurar o grau de responsabilidade do controlador, mas também para aperfeiçoar o sistema macro de proteção de dados. É que essas autoridades têm uma visão mais holística, podendo identificar padrões, gerar estatísticas, orientar preventivamente outros controladores, titulares e a sociedade em geral.

Outra providência a ser adotada pelo controlador, no âmbito do incidente de segurança, é a avaliação dos riscos.<sup>27</sup> O controlador precisa aferir se, com a ampliação da vulnerabilidade, derivada do comprometimento de seu sistema de segurança, houve ou não tratamento irregular ou acesso ilícito aos dados do titular. Essa medida é fundamental e preparatória para outra, qual seja, a adoção de ações para reverter ou mitigar os prejuízos.<sup>28</sup>

A LGPD, nesse ponto, deixa claro que a ampliação da vulnerabilidade, por si só, é um prejuízo, ainda que não tenha havido tratamento irregular ou acesso ilícito. Essa primeira hipótese é aquilo que denominamos de bandeira amarela. O prejuízo prescrito se refere à ampliação da vulnerabilidade em si. Portanto, o papel do controlador será o de encerrar ou de consertar as fragilidades, permissivas da ampliação da vulnerabilidade, do seu sistema de proteção de dados. Essa atuação provavelmente será executada sob a vigilância da ANPD, a qual poderá, inclusive, definir as medidas a serem adotadas.<sup>29</sup>

A bandeira vermelha é aquela pela qual o prejuízo significa efetivamente um dano ao titular. Aqui, por certo, o controlador precisa agir de forma mais intensa e rápida, pois os danos podem crescer em larga projeção – quantitativa e qualitativamente. Os dados podem estar em acesso público e ser infinitamente multiplicados de modo a tornar quase impossível a reversão. São ações desse perfil que podem fazer com que o acesso irregular ou ilícito seja de uma pessoa e não de um milhão.

Nessas hipóteses, uma das medidas impostas pela ANPD é a ampla divulgação do fato. Isso ocorre quando o incidente impacta um número significativo de pessoas – provavelmente indeterminado –, a bem de que elas também possam protagonizar a defesa de sua esfera de direitos. O caso recente de incidente ocorrido na plataforma Conecte SUS é um bom exemplo disso. A comunicação em massa permitiu uma série de providências por parte dos titulares, como a alteração de senhas e a impressão do certificado vacinal, por exemplo.

25. A média de tempo para se identificar vazamento de dados em saúde é de 329 dias. Vide: BONAFÉ, L.; GUTIERREZ, T.; MAGALHÃES, L. Startups de saúde: aspectos específicos da responsabilidade pelo tratamento e proteção de dados sensíveis. (341-356). In: DALLARI, A. B.; MONACO, G. F. C. (Coords). **LGPD na saúde**. São Paulo: Thompson Reuters, 2021. p. 344.

26. Incisos I e II do parágrafo 1º do artigo 48 da LGPD.

27. Inciso IV do §1º do artigo 48 da LGPD.

28. Inciso VI do §1º do artigo 48 da LGPD.

29. Inciso II do §2º do artigo 48 da LGPD.

Compreendidas as etapas de providências impostas pela LGPD ao ocorrer um incidente de segurança, fica claro seu caráter preventivo e paliativo. Ao impor condutas intensas e ágeis, a LGPD proporciona uma camada protetora e mitigadora de impactos nocivos aos titulares. Isso também irradia benefícios aos controladores, na medida em que diminuem os danos que haverão de ressarcir e auxiliam na instalação de uma cultura protetiva dos dados.

## **5. REPERCUSSÕES JUDICIAIS EM RAZÃO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO ÂMBITO DA SAÚDE**

Pelo fato do avanço tecnológico ser uma realidade relativamente recente, o universo acessível de incidentes de segurança a ele associados é significativamente restrito. Além disso, muitos desses incidentes não se tornam públicos. Nada obstante, ainda é possível depreender lições importantes de alguns recentes precedentes judiciais que já se pautaram pela LGPD.

Talvez o mais relevante até o momento seja o julgamento de ação indenizatória promovida em desfavor do Município de Barueri, em São Paulo.<sup>30</sup> O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), em 2021, determinou que o município indenizasse um paciente portador de HIV que tinha seus dados de saúde acessíveis por qualquer pessoa que conhecesse seu CPF e sua data de nascimento. O TJSP, ao considerar que a ausência de senha de acesso torna a informação, na prática, pública, compreendeu que a facilitação de acesso aos dados do paciente equivaleu ao próprio vazamento. Conformou-se aqui a interpretação de que o prejuízo se consolida com a ampliação da vulnerabilidade, não necessitando a prova do acesso por terceiro para que haja a indenização.

Em 2020, o mesmo TJSP condenou um profissional médico a indenizar uma paciente em razão de permitir que um terceiro tivesse acesso ao seu prontuário.<sup>31</sup> O fato interessante desse julgado é que o profissional médico foi enganado pelo terceiro, que se fez passar pela paciente para conseguir acesso ao prontuário. Nesse julgado, também foi expressa a compreensão de que não há necessidade de demonstração do dano para a condenação indenizatória, bastando a prova do acesso à informação reveladora da intimidade para a caracterização do dever de indenizar.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui também caso relevante, especialmente para demonstrar que é possível exigir condutas mínimas de titulares de dados, em especial

30. TJ-SP - AC: 10168440320208260068 SP 1016844-03.2020.8.26.0068, Relator: Heloísa Martins Mimesi, Data de Julgamento: 05/07/2021, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 07/07/2021.

31. TJ-SP - AC: 10131323020168260008 SP 1013132-30.2016.8.26.0008, Relator: HERTHA HELENA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 23/09/2020, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/09/2020.



os sensíveis de saúde. Em 2020,<sup>32</sup> o STJ negou condenação de uma operadora de plano de saúde pelo fato de terceiro ter tido acesso à informação de saúde de um beneficiário. A condenação foi negada, em razão do próprio beneficiário ter fornecido as informações necessárias para acesso ao sistema da operadora a terceiros.

Extraíndo conclusões a partir desses casos, fica claro que os tribunais já revelam sua orientação em repreender o agente de tratamento de dados em casos de incidentes de segurança, mesmo que não haja prova de dano. Considerando a sensibilidade, que é característica dos dados relativos ao âmbito da saúde, os tribunais conferem grande proteção aos dados dos pacientes, mas reconhecem que há dever dos titulares dos dados em contribuir com a proteção de sua própria intimidade.

## **6. OUTRAS REPERCUSSÕES EM RAZÃO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO ÂMBITO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE**

No âmbito da saúde, as implicações legais da existência de incidentes de segurança são diversas. Além das repercussões no âmbito das responsabilidades civil e penal, há a possibilidade de sanção pelas instâncias de controle dos Procons e da ANDP. Especificamente, naquilo que interessa às profissões de saúde, os próprios conselhos profissionais podem aplicar sanções em razão da violação do dever de sigilo.

Na seara consumerista, é importante destacar a possibilidade da atuação fiscalizatória e punitiva dos Procons, naquilo que concerne às relações desenvolvidas no âmbito da telemedicina. Isso se retira do Decreto n.º 2.181, de 20 de março de 1997, o qual estabelece que cabe aos Procons fiscalizar as relações de consumo, funcionando, no âmbito administrativo, como instância de instrução e julgamento das infrações das normas de defesa do consumidor, as quais estão sujeitas às sanções previstas nos artigos 55 e seguintes da Lei n.º 8.078, Código de Defesa do Consumidor (CDC), de 11 de setembro de 1990. Exemplo disso é o célebre caso protagonizado pelo Procon-SP. Em 2020, instaurou processo investigativo contra um hospital, no qual ocorreu vazamento de dados pessoais e de saúde de pacientes diagnosticados e internados por covid-19.<sup>33</sup>

Outra repercussão jurídica originada a partir da configuração de incidentes de segurança diz respeito às sanções administrativas previstas nos artigos 52 a 54 da LGPD. A partir desses dispositivos, depreende-se que a violação às normas da LGPD sujeita os agentes de tratamento de dados à sanções que variam da advertência à proibição total do exercício de atividades relacionadas ao tratamento de dados, passando pela aplicação de multa diária.

32. STJ. ARESP 1653927 (2020/00176797-5), Relatora: Maria Isabel Gallotti, decisão monocrática. Data de Julgamento: 07/08/2020, 4ª Turma.

33. Disponível em: <<https://bit.ly/3MdU5mh>>. Acesso em: 20 jan.2022.

A partir disso, é evidente que a violação de qualquer um dos dispositivos da LGPD sobre segurança e boas práticas, incluindo as obrigações legais, que devem ser observadas em caso de incidentes de segurança – artigo 48 da LGPD –, implica na possibilidade de ser aplicado ao prestador de serviços de saúde as sanções administrativas previstas na norma. Nesse sentido, cumpre destacar que, com base no artigo 46 da LGPD, é possível inclusive a aplicação de sanções administrativas contra o agente de tratamento de dados que deixe de adotar medidas de segurança para proteger dados pessoais de terceiros. A esse respeito, a ANPD noticiou o acompanhamento do incidente de violação do aplicativo Conecte SUS.<sup>34</sup>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, M. M.; ARTESE, G. Privacidade na saúde: para muito além do segredo (164-187). *In*: BRAGA, R.; SOUSA, F. (Coords). **Compliance na saúde: presente e futuro de um mercado em busca da autorregulação**. Salvador: Sanar, 2016.

BONAFÉ, L.; GUTIERREZ, T.; MAGALHÃES, L. *Startups* de saúde: aspectos específicos da responsabilidade pelo tratamento e proteção de dados sensíveis. (341-356). *In*: DALLARI, A. B; MONACO, G. F. C. (Coords). **LGPD na saúde**. São Paulo: Thompson Reuters, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<https://bit.ly/2SqtOuu>>. Acesso em: 03 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 2.181**, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <<https://bit.ly/3N2VixU>>. Acesso em: 03 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n.º 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1940. Disponível em: <<https://bit.ly/3dpmjff>>. Acesso em: 03 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/2PYzo6F>>. Acesso em: 03 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2PX8QCG>>. Acesso em: 03 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 12.964**, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<https://bit.ly/3M745O8>>. Acesso em: 03 de junho de 2022.

DALLARI, A. B. Proteção de dados na telemedicina (313-325). *In*: DALLARI, A. B.; MONACO, G. F. C. (Coords). **LGPD na saúde**. São Paulo: Thompson Reuters, 2021.

34. Disponível em: <<https://bit.ly/3z73ZmI>>. Acesso em: 20 jan.2022.

DALLARI, A. B.; MARTINS, A. C. M. S. Proteção e compartilhamento de dados entre profissionais e estabelecimentos de saúde. (117-138). *In*: DALLARI, A. B.; MONACO, G. F. C. (Coords). **LGPD na saúde**. São Paulo: Thompson Reuters, 2021.

FONTOURA, J. A. C. Tratamento e transferência de dados de saúde: limites ao compartilhamento de dados sensíveis (89-102). *In*: DALLARI, A. B.; MONACO, G. F. C. (Coords). **LGPD na saúde**. São Paulo: Thompson Reuters, 2021.

KIATAKE, L. G. G. Sistemas de prontuário eletrônico e digitalização: impacto da LGPD (327-340). *In*: DALLARI, A. B. M.; CAMPOS, G. F. (Coords). **LGPD na saúde**. Thompson Reuters, São Paulo, 2021.

SCHAEFER, F. Telemedicina e proteção de dados de saúde (p. 123-147). *In*: CORREA, F. A-J. (Coord). **Diálogos entre direito e medicina**: estudos em homenagem ao CRM/TO. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 139.



## A EMERGÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DE ENFERMAGEM

THE EMERGENCY OF CIVIL RESPONSIBILITY OF THE NURSING PROFESSIONAL

Alan Carvalho Leandro<sup>1</sup>

Carlos Victor Silva Paixão<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A enfermagem como componente essencial da cadeia multidisciplinar de cuidados. 3. Critérios jurídicos para responsabilização do profissional da enfermagem. 4. O comportamento jurisprudencial acerca do tema. 5. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo apurar a emergência da responsabilidade civil em atos conduzidos por profissionais da enfermagem. Ainda que tais demandas não ocupem uma posição de relevância quando comparadas com outras profissões da área de saúde, já se avista, em alguns tribunais pátrios, a discussão sobre a imputação do dever de indenizar por atos cometidos por essa categoria. O posicionamento da enfermagem dentro da rede multiprofissional de cuidados do paciente, assim como a eleição de critérios técnico-jurídicos, dentro do sistema posto, é imprescindível para a análise do ato profissional e conseqüente imputação do dever de indenizar.

**Palavras-chave:** Enfermagem. Indenizar. Paciente. Responsabilidade civil.

**Abstract:** This article aims to investigate the emergence of civil liability in acts carried out by nursing professionals. Although such demands do not occupy a position of promotion when compared to other professions in health assistance, it is possible to notice, in some Brazilian courts, the discussion on the imputation of the duty to indemnify for acts committed by this professional category. The positioning of nursing within the multi-professional patient's care network, as well as the choice of technical-legal criteria, within the established legal system, is essential for the analysis of the professional act and the consequent imputation of the duty to indemnify.

**Keywords:** Nursing. Indemnify. Patient. Civil liability.

1. Advogado inscrito na OAB/PI sob o n.º 12.843 e OAB/MA n.º 19.730 - A e enfermeiro. Bacharel em Direito pela Faculdade Maurício de Nassau (FAP). Bacharel em Enfermagem pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Mestrando em Gestão de Cuidados em Saúde pela MUST University. Pós-graduado em Saúde Pública pela Universidade Federal do Piauí (UFPI) e em Auditoria em Contas Médicas e Hospitalares pela Faculdade IBRA de Brasília.

2. Advogado inscrito na OAB/SE sob o n.º 7.390, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, especialista em Direito Médico pela Universidade Católica do Salvador (BA) e em Direito da Medicina pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Pós-graduado em Direito Civil pela Faculdade Guanambi/BA e mestrando em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva pela Universidade Federal Fluminense.

## 1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, é notório o incremento de demandas judiciais, sobretudo em relações sociais afeitas à saúde. Ano após ano, diversas autoridades anunciam o aumento desse tipo de demanda, ao passo que buscam variadas alternativas para frear tal cenário. Malgrado acreditar-se que a criação de barreiras ao direito constitucional de acesso à justiça não é a solução mais adequada para enfrentar esse problema, é sabido que o ritmo crescente de busca pelo Poder Judiciário pode, sim, causar impactos na prestação do serviço à população, motivo pelo qual urge uma análise acurada do problema, do seu nascedouro às possíveis soluções aplicáveis.

O ato de cuidar do outro possui grande fator histórico de presença na sociedade civil organizada. Contudo, é perceptível uma mudança paradigmática no que toca ao desenvolvimento dessa relação entre aquele que cuida – que, por muitos anos, era restrito à figura do médico – e o enfermo, isto porque tal convívio já não mais reproduz o arquétipo clássico do amigo da família – popularmente chamado de médico-de-cabeceira –, cuja confiança inabalável o introduzia na intimidade daquele núcleo. Nos tempos modernos, pesquisas apontam que o Poder Judiciário vem sendo acionado com uma frequência cada vez mais intensa, relegando ao Estado-Juiz a palavra definitiva na relação abalada pelo rompimento do elo de confiança.

Nessa linha de ideias, é amplamente sabido que o fenômeno de judicialização das relações sociais é reflexo de uma transformação sobre a forma humana de solucionar conflitos. Do sistema de autotutela, evoluiu-se para a criação e independência do Poder Judiciário, que arvorou para si o poder-dever de resolver, em instância definitiva, as lides postas à sua apreciação. Em que pese a historicidade e a consolidação dessa forma de resolução de conflitos, não bastou a criação de tal estrutura para se buscar a pacificação dos embates. É patente que a dinamicidade da vida humana impõe outras formas de se chegar a uma decisão acerca das querelas sociais, podendo-se citar os exemplos da mediação, da conciliação, da arbitragem e até mesmo dos tribunais administrativos, presentes dentro das mais variadas esferas do Estado. E a sociedade vem fazendo uso desse direito de processar o outro.

O elemento de litigiosidade crescente nas relações interpessoais é refletido por meio de diversos estudos estatísticos, os quais mostram a situação belicosa em números, quando se observa o quadro em dois países distintos: Brasil e Portugal. Para aquele cenário, a Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (Anadem), debruçando-se sobre o assunto e analisando empiricamente o fenômeno da judicialização da medicina, constatou que, no ano 2000, em média 4% dos médicos brasileiros respondiam a algum de tipo

de processo em virtude da sua conduta profissional, seja na esfera cível, seja na esfera criminal, na esfera ética ou, ainda, na esfera administrativa. No ano de 2012, por sua vez, esse número aumentou para 7%, aproximando-se do índice encontrado nos Estados Unidos, que é de 9%. Não se perca de vista que os Estados Unidos talvez sejam o país mais reconhecido por sua beligerância judicial entre médicos e pacientes (CANAL, 2014, p. 21). Debruçando-se sobre esse cenário, denota-se, igualmente, que o número de demandas manejadas contra médicos, pleiteando indenização, compensação ou reparação por danos sofridos em decorrência do chamado erro médico, segundo estatísticas do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aumentou em nada menos do que 1.600% nessa Corte, no período de 2002 a 2012. No mesmo período, os processos ético-profissionais, perante os Conselhos Regionais de Medicina (CRMs), aumentaram em 302% e as condenações de médicos cresceram em assustadores 180% no mesmo período (CANAL, 2014, p. 21).

Em Portugal, a situação não é diferente. André Gonçalo Dias Pereira (PEREIRA, 2015, p. 109-110), ao abordar o tema – e respaldado pelo estudo realizado pela Inspeção Geral das Atividades em Saúde (IGAS) –, expõe que, entre 2005 e 2007, os enfermos portugueses buscaram o Poder Judiciário pleiteando cifras que somadas chegam a € 29.000.000,00 (vinte e nove milhões de euros), somente em relação a alegados erros médicos. Exclusivamente no ano de 2010, o valor foi superior a € 26.000.000,00 (vinte e seis milhões de euros), ao passo que, em 2008, foi de aproximadamente € 30.000.000,00 (trinta milhões de euros). Tais números apontam uma consequência, que é justamente o aumento da busca de órgãos estatais para resolver a distensão entre os componentes da relação social citada.

Contudo, o aumento da litigiosidade não é elemento exclusivo da classe médica. Observa-se, também, um incremento de demandas judiciais contra cirurgiões-dentistas. Em estudo analítico sobre o caso, Freitas et al. (2020, p. 782) aduzem que, no maior tribunal do País – o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) –, houve, entre 2016 e 2018, um aumento de 48% no número de acórdãos envolvendo esse tipo de profissional, passando de 130 em 2016 para 192 em 2018, o que somente denota uma tendência de busca do Poder Judiciário para solucionar os mais diversos conflitos entre aquele que está doente e o profissional de saúde por ele eleito. Tudo isso aponta que, se ainda não se chegou, no mesmo ritmo, à quantidade de demandas contra enfermeiros e enfermeiras, é certo que, num futuro próximo, esse cenário será inevitável. A fragilização do elemento de confiança nas relações sociais aliada à ultra disseminação de informações – ainda que sem um crivo técnico de veracidade –, fazem com que o paciente não mais aceite todo e qualquer evento adverso ocasionado pelos serviços de cuidado a ele prestados, recorrendo, então, à via judicial para buscar a reparação que entende devida.

É justamente por se antever esse problema que emerge a necessidade de se analisar, do ponto de vista jurídico, com amparo na literatura e na jurisprudência, o sistema de responsabilidade do profissional da enfermagem, sendo essencial, para tanto, entender como essa ciência de cuidados se posiciona no sistema multidisciplinar de saúde num primeiro momento. Após, será também imprescindível buscar e sistematizar os critérios jurídicos aplicáveis à apuração da correição e à responsabilização do(a) enfermeiro(a) pela conduta profissional empreendida, procedendo-se, em seguida, à análise do comportamento dos tribunais brasileiros quanto a esse tema.

## **2. A ENFERMAGEM COMO COMPONENTE ESSENCIAL DA CADEIA MULTIDISCIPLINAR DE CUIDADOS**

O profissional de enfermagem se encontra na linha de frente em relação ao cuidado com os pacientes e, conseqüentemente, é o responsável pelo primeiro contato com aqueles que necessitam da assistência, bem como com os familiares. Nesse sentido, “a tomada de decisões clínicas deve ser compartilhada entre a equipe multidisciplinar, tendo em vista a interpretação das leis vigentes, o pensar sobre o desejo do paciente” (ROCHA, et al., 2020, p. 2214), além da observação quanto às necessidades dele. Convém ressaltar que a enfermagem apresenta importância significativa na prestação de cuidados em uma equipe multidisciplinar, tendo em vista que é uma ciência composta por profissionais que têm um olhar diferenciado na assistência ao paciente. Nesse entendimento, cabe à equipe multidisciplinar a função de dar assistência humanizada, além de fornecer suporte, conforto e estabelecer uma comunicação transparente com o cliente e a sua família, auxiliar no luto, temor, dúvidas, estresse e frustração, aplicando as melhores intervenções (OLIVEIRA et al., 2019).

Assim, uma equipe multidisciplinar necessita da unificação de saberes quanto à prestação dos cuidados, em que pese de forma humanizada, mas sempre baseada em evidências científicas, uma vez que a evolução da condição de saúde depende do trabalho em conjunto de profissionais que detêm o compromisso para a melhora do prognóstico clínico. Vale destacar que a equipe multidisciplinar além de realizar estratégias de assistência deve se empenhar em executar medidas com o objetivo de proporcionar alívio ao sofrimento tanto físico quanto emocional e apoio aos aspectos sociais e espirituais. Além disso, os profissionais devem estar a realizar as suas estratégias de forma mais humanizada possível se preocupando com todas as fases da doença (OLIVEIRA et al., 2019). Nesse sentido, a equipe de enfermagem deve dar suporte adequado aos pacientes e aos familiares quanto às práticas humanizadas que são importantes na prestação da assistência. Esse tipo de abordagem ressalta a importância do enfermeiro(a) no processo de educação em saúde,



com o fim de proporcionar melhoria das condições do enfermo. Entende-se, pois, que o papel do(a) enfermeiro(a) é fundamental na implementação dessa educação. Torna-se imprescindível que esse profissional conheça atitudes, crenças, percepções, pensamentos e práticas desenvolvidas no cotidiano dos pacientes quanto à adesão ao tipo de tratamento pelo médico (MENEZES; GOBBI, 2010). Nesse contexto, a educação em saúde é a melhor maneira para se mudar hábitos que possam ser nocivos à saúde. A educação em saúde, então, passa a ser essencial para melhorar a qualidade da assistência de enfermagem (GUEDES et al., 2012).

Essa variedade de atribuições implica numa necessária participação mais ativa da enfermagem junto à equipe multidisciplinar para que haja o devido acompanhamento dos usuários de um sistema de saúde pelo qual fora acolhido, bem como o início das intervenções importantes para debelar os fatores que possam comprometer o tratamento proposto pela equipe de cuidados. Não por outra razão, é de grande importância que o(a) profissional enfermeiro(a) possa exercer o seu papel de forma a acolher as muitas eventualidades, circunstâncias, hábitos e diferentes necessidades que norteiam seus pacientes, como a condição de vida, as dificuldades inerentes às diversas classes sociais e até mesmo questões que vão além do âmbito hospitalar e que podem envolver muitos riscos ao paciente e comprometer a sua saúde e bem-estar plenas (PÓVOA, 2020). O próprio Código de Ética de Enfermagem, Resolução do Conselho Federal de Enfermagem (Cofen) n.º 564/2017, descreve em seus princípios fundamentais que:

O profissional de Enfermagem atua com autonomia e em consonância com os preceitos éticos e legais, técnico-científico e teórico-filosófico; exerce suas atividades com competência para promoção do ser humano na sua integralidade, de acordo com os Princípios da Ética e da Bioética, e participa como integrante da equipe de Enfermagem e de saúde na defesa das Políticas Públicas, com ênfase nas políticas de saúde que garantam a universalidade de acesso, integralidade da assistência, resolutividade, preservação da autonomia das pessoas, participação da comunidade, hierarquização e descentralização político-administrativa dos serviços de saúde (BRASIL, 2017).

Diante disso, a enfermagem assume a responsabilidade não apenas no que tange a sua competência técnica, todavia ajuda sobremaneira o desenvolvimento do indivíduo não como um ser único, mas como ser plural. Contudo, ainda segue de forma insipiente a aplicação prática desse pensamento coletivo, seja em virtude de preparo profissional, seja em decorrência cultural de uma região/localidade.

A importância do(a) enfermeiro(a) é, pois, evidente, assim como a carga de atribuições a eles imposta. Por outro lado, como ônus dessa multiplicidade de atribuições, estudos apontam uma elevada incidência de erros profissionais na administração de

medicamentos, por exemplo, creditando-os ao excesso de trabalho, falta de pessoal, volume de tarefas, carga horária elevada, grande número de pacientes, falta de protocolos e instrumentos de notificação, deficiência na formação acadêmica, ortografia ilegível da prescrição médica (BRANDÃO et al., 2012), entre tantos outros fatores, o que somente potencializa o risco dessa categoria de responder, judicialmente, pelos danos causados aos pacientes.

E é justamente por essa participação multifacetada na cadeia multidisciplinar de cuidados ao paciente, como por todos os riscos que lhe são inerentes, que se afigura imprescindível um olhar jurídico sobre a responsabilidade civil dessa categoria profissional, inserida em diversas etapas dessa rede plural de assistência.

### **3. CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA RESPONSABILIZAÇÃO DO PROFISSIONAL DA ENFERMAGEM**

Como visto, a presença da enfermagem é primordial dentro da rede multidisciplinar de cuidados ao paciente e, dado o incremento exponencial de demandas judiciais questionando as condutas técnicas empreendidas, é natural que, em um futuro próximo, esses agentes também se vejam envolvidos nas mais variadas lides. Dessa forma, para apontar sob qual regime de responsabilidade se enquadra o(a) enfermeiro(a), é necessário entender como o sistema jurídico compreende os diversos sistemas de imputação desse dever jurídico sucessivo.

Dentro do âmbito cível, em que preponderam as conhecidas demandas indenizatórias, a apuração de responsabilidade segue o pilar tradicional da alegação de um dano, seguida da demonstração do nexo de causalidade entre o referido prejuízo e a conduta empreendida, e, por fim, a demonstração da culpa do agente, seja através da culpa *stricto sensu* – com apontamento de negligência, de imprudência e/ou de imperícia –, seja por meio do dolo, que é a vontade consciente e deliberada do agir. De outro giro, a Lei estatui que, em alguns casos específicos e predeterminados, haveria apuração de responsabilidade sem necessidade de averiguação desse elemento anímico, em qualquer de suas espécies, conforme expressa dicção do parágrafo único do art. 927 – a chamada responsabilidade objetiva. O ponto de partida, portanto, reside na análise se a atividade da enfermagem estaria dentro da exceção legal, em que a responsabilidade civil dar-se-ia sem análise da culpa ou se depende da demonstração inequívoca de todos os elementos acima delineados.

Compulsando a legislação vigente no País e dentro do aspecto das atividades funcionais do(a) enfermeiro(a), a responsabilidade objetiva é pressuposto para as relações

que se enquadram no microsistema de consumo (arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) e para aquelas em que há risco criado (parágrafo único do art. 927 do Código Civil (CC), Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Acerca desse último dispositivo, é fundamental esclarecer que não é possível analisar nenhuma das atividades de saúde como atividade criadora de riscos, apta a ensejar a responsabilidade objetiva dos agentes, nos termos do parágrafo único do art. 927 do CC, uma vez que todo o agir multiprofissional tem escopo diametralmente oposto, qual seja, debelar os riscos que acometem a saúde dos indivíduos.<sup>3</sup>

Restaria, portanto, analisar se a enfermagem se enquadra nas disposições protetivas do CDC. Nesse diploma, há uma inversão da lógica jurídica empreendida, visto que – diversamente da regra geral em que a responsabilidade é sempre subjetiva, salvo exceção legalmente prevista –, no CDC, tem-se uma irrestrita apuração do dever de indenizar sem averiguação da culpa, com ressalva apenas para os casos em que o profissional seja caracterizado como liberal, à vista do disposto § 3º do art. 14. Oscar Ivan Prux, em citação de Nery Tadeu Câmara Souza, defende ser profissional liberal aquela categoria de pessoas que, no exercício de suas atividades laborais, diferencia-se pelos conhecimentos técnicos reconhecidos em diploma de nível superior. E mais: sintetiza que a definição de profissional liberal não possui correlação automática com a categorização de profissional autônomo; é dizer: nem todo profissional liberal é um profissional que trabalha de forma autônoma, sem o vínculo da preposição/subordinação (PRUX, 1998, p. 107). É o caso da enfermagem, visto que a esmagadora maioria da categoria exerce seu mister sob a orientação de um corpo hospitalar complexo, numa verdadeira rede de cuidados sistematizada. Apenas para ilustrar que há certo consenso nesse entendimento, o Decreto-Lei n.º 2.381, de 09 de julho de 1940, indicou como profissional liberal o(a) enfermeiro(a), ainda que para fins de associação sindical.

Não pairam, pois, dúvidas acerca de que, uma vez configurada a enfermagem como profissão liberal, seu regime de responsabilidade é, fatalmente, o da responsabilidade civil subjetiva, apurada mediante comprovação de culpa. Ocorre que esse raciocínio se torna mais palpável ao se realizar a análise do(a) enfermeiro(a), profissional liberal, que atuaria de forma autônoma, visto que seria ele – naturalmente – o demandado pelo paciente em virtude de sua atuação técnica. Porém, se a práxis indica que o(a) enfermeiro(a) costuma agir numa rede sistêmica e multiprofissional de cuidados, não será apenas sua conduta que será questionada pelo paciente em juízo. Sob esse prisma, é natural que o autor da ação judicial inclua, num mesmo processo, uma gama de profissionais liberais – dentre eles o(a)

3. Consoante leciona Miguel Kfourri Neto (2013, p. 72), a ninguém seria dado atribuir aos profissionais da área da saúde o exercício de atividade que, normalmente, por sua própria natureza, implicasse em risco aos direitos do paciente. Caso admitida tal hipótese, estaria descartada a verificação da culpa, na atribuição da responsabilidade, acarretando a adoção da responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco criado. Isso porque a atividade curativa, em regra, não gera risco ao paciente. Antes, muito pelo contrário, visa a afastar o risco de agravamento do seu estado de saúde do doente, propiciando-lhe melhora ou cura total. Mesmo que se utilizem equipamentos em procedimentos cirúrgicos (cirurgias videolaparoscópicas, variadas aplicações de laser, por exemplo), ainda assim será imperativo provar-se a imperícia, imprudência ou negligência do profissional. Isso porque o advento da atual codificação civil, neste aspecto, nada inovou: a responsabilidade médica, em regra, continua a ser subjetiva.

enfermeiro(a) – e, ainda, as instituições de saúde às quais estejam vinculados(as), o que fatalmente pode levar a uma discussão acerca do regime de responsabilidade aplicável em situação de litisconsórcio.

No que toca às instituições públicas, tem-se que toda a matéria de responsabilidade civil do Estado e prestadores de serviço público deve ter como norte a regra insculpida no § 6º do art. 37 da Constituição Federal<sup>4</sup>, a qual preconiza a responsabilidade objetiva dos referidos entes. Durante muito tempo, foi aventada a possibilidade de que o autor do pedido de indenização poderia escolher livremente contra quem ele gostaria de direcionar a demanda: (i) contra o Estado/empresa prestadora de serviço público – que responderia objetivamente pelo ilícito praticado pelo seu funcionário público – ou (ii) contra o pretenso causador do dano – através da aferição de conduta culposa no caso concreto. Havia, ainda, uma terceira possibilidade, que seria (iii) a instauração de um litisconsórcio passivo entre o Estado/Empresa prestadora de serviço e seu respectivo preposto, sendo que o regime de responsabilidade permaneceria inalterado para cada ente demandado.

A consagração constitucional da responsabilidade civil do Estado serve, portanto, como forma de assegurar ao administrado-lesado a oportunidade de recuperar/compensar os abalos experimentados pelo agir da Administração Pública, na chamada Teoria da Dupla Garantia. É dizer, haveria um risco inato à própria atividade do serviço público: o risco administrativo – primeira garantia. De outra banda, a mesma hipótese normativa assegura ao ente estatal a oportunidade de recompor o erário mediante ação regressiva contra o seu agente que deu causa, de forma culposa, ao ato danoso verificado – segunda garantia. Em síntese do problema, pode-se afirmar que o preceito constitucional sob análise estabelece duas relações de responsabilidade: a) a do poder público e seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano; e b) a do agente causador do dano, perante a Administração ou empregador, de caráter subjetivo, calcada no dolo ou culpa consagrada Administrativista (MEDAUAR, 2012, p. 419). Tal debate, por sua vez, fora definitivamente sepultado pela Excelsa Corte quando realizou o julgamento definitivo do Tema 940<sup>5</sup>, como tese em Repercussão Geral, abraçando a teoria em questão.

Assim, resta claro que quando o(a) enfermeiro(a) for demandado em juízo em lides afeitas à atuação da Administração – e isso inclui a prestação de serviços, por empresas privadas, realizada na modalidade complementar do Sistema Único de Saúde (SUS) – a responsabilidade do Estado será apurada objetivamente e o profissional deverá ser excluído da demanda, podendo responder ao ente público apenas de forma regressiva. De

4. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

5. Tema n.º 940 - A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

outro giro, quando o serviço de saúde se der na modalidade suplementar do SUS, que é justamente aquele exercido mediante contraprestação financeira direta e paga pelo usuário (privado), o regime jurídico aplicável merece outras reflexões.

Fora dito linhas atrás que a incidência do CDC atrai a responsabilidade civil pelo sistema objetivo, em que não precisa ser demonstrada a culpa do ofensor para se caracterizar a obrigação reparatória. A exceção, fora salientado, era no caso da apuração de responsabilidade por profissionais liberais, que têm para si a garantia de responder subjetivamente, na forma do § 4º do art. 14 do CDC. A primeira divergência, portanto, se dá pela duplicidade de critérios para averiguação, em concreto, quanto à existência do dever de reparar o paciente/consumidor, o que, a seu turno, causa tumulto e confusão (fática e jurídica) quanto ao direcionamento da causa e ao objeto de produção probatória. Tanto é assim que o mesmo CDC prevê, no seu art. 88<sup>6</sup>, a vedação de denunciação à lide quando houver possibilidade de exercício de direito de regresso. Acerca do tema, é importante ouvir as lições dos juristas e autores do próprio Código Consumerista: Bruno Miragem, Antonio Herman Benjamin e Claudia Lima Marques (2013, p. 1.643), quando pontuam:

Esta hipótese [*ação regressiva*], que ordinariamente ensejaria a denunciação da lide, no regime adotado pelo CDC faz nascer outra ação, de natureza autônoma, a qual não pode tramitar junto com a ação de indenização do consumidor, mas que com ela não se confunde. Isto porque o CDC, ao prever a possibilidade de regresso, determina que a mesma se processe em processo autônomo, ou seja, um outro processo. A finalidade desta norma é dar celeridade ao pleito indenizatório do consumidor e ao mesmo tempo evitar a multiplicação de teses e argumentos de defesa que dificultem a identificação da responsabilidade do fornecedor. Não se pode perder de vista que a regra determinante do regime de responsabilidade civil do CDC é o da responsabilidade objetiva e solidária dos membros da cadeia de fornecimento.

A claridade do sistema é inconteste: o legislador previu esse cenário e buscou evitar tumulto processual mediante uma quimérica ambivalência de critérios para adoção de uma mesma solução jurídica à lide posta. Não bastasse o CDC, o próprio CC consagra, em seus arts. 932, III, e 933, a responsabilidade objetiva do empregador por atos de seus empregados. Garante-se, dessa forma, a apuração idônea dos fatos num modelo que excluiu o elemento volitivo e, caso seja averiguada a existência do dever de indenizar, a empresa poderá mover demanda de regresso e – aí, sim – investigar a existência de culpa na conduta profissional.

É certo que tal raciocínio pode não necessariamente implicar na exclusão do profissional da enfermagem do polo passivo da ação judicial indenizatória. Diferentemente das demandas que envolvem o SUS nas modalidades direta e

6. Art. 88. Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide.

complementar, nas quais o STF definiu que a Teoria da Dupla Garantia implica na ilegitimidade passiva do funcionário público *lato sensu* para figurar no processo, nas demandas que envolvem vínculos funcionais privados, não há essa determinação para exclusão imediata, dúvida essa que poderá vir a ser dirimida pelos Tribunais pátrios em momento vindouro. Entretanto, ainda que haja um litisconsórcio, os critérios de apuração da responsabilidade não se misturam, cabendo sempre a responsabilização subjetiva para análise do profissional da enfermagem. Há, inclusive, precedentes judiciais do próprio STJ mitigando a responsabilidade das instituições de saúde, uniformizando o sistema da responsabilidade subjetiva para todos os envolvidos<sup>7</sup>. Feito esse delineamento normativo, têm-se demonstrados os parâmetros gerais pelos quais deve ser norteada a busca pela existência (ou não) de responsabilidade profissional na atuação do(a) enfermeiro(a) enquanto profissional, cabendo averiguar, em concreto, se tais balizas vêm sendo adotadas pelo Poder Judiciário brasileiro.

#### 4. O COMPORTAMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA

Já fora dito, em linhas anteriores, que o volume de demandas contra enfermeiros(as) não representa, ainda, o mesmo quantitativo quando comparado com outras profissões de saúde, a exemplo da medicina e da odontologia. A responsabilidade civil do profissional de enfermagem, assim, não apresenta ampla abordagem jurisprudencial, podendo-se creditar tal fato, também, à expectativa pecuniária do paciente quanto à possibilidade de obtenção de indenização, uma vez que é pilar da responsabilidade civil a restauração do equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano (GONÇALVES, 2019, p. 3). Assim, mesmo quando atuar em observância aos parâmetros legais e éticos no exercício profissional da enfermagem, os quais visam sempre à promoção da saúde, a conduta tomada mediante o exercício do seu labor pode resultar, por vezes, em ato ilícito, vindo a ocorrer a sua responsabilização, mediante o direito de reparação pelo dano imputado à vítima/paciente.

Em busca de julgados pelos mais variados tribunais pátrios, através do parâmetro “enfermagem; dano”, foram encontrados os mais diversos precedentes, dentre os quais alguns deles chamam a atenção por aspectos que merecem uma reflexão mais ponderada. O primeiro deles, naturalmente, aduz ao fato de que – como reiteradamente exposto – a

7. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. ERRO MÉDICO. PARTO NORMAL. INDICAÇÃO DE PARTO CESÁRIO. MÉDICO CONTRATADO. CULPA CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO HOSPITAL. DANO MORAL. ALTERAÇÃO DO VALOR FIXADO. VALOR EXORBITANTE NÃO CONFIGURADO. PENSIONAMENTO MENSAL À GENITORA DA CRIANÇA. MANUTENÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE.  
[...]

4. A responsabilidade dos hospitais, no que range à atuação dos médicos – que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Assim, não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital. Precedentes. [...]

(STJ - Acórdão REsp 1642999 / Pr, Relator(a): Min. Nancy Andrighi, data de julgamento: 12/12/2017, data de publicação: 02/02/2018, 3ª Turma)

busca de responsabilização direta por ato do(a) enfermeiro(a) ainda não é uma realidade consagrada. O excerto abaixo transcrito demonstra que o Poder Judiciário reconhece o dano causado ao paciente, assim como atesta que a causa do dano foi fruto de negligência atribuída à atividade do corpo de enfermagem. Todavia, a demanda fora direcionada à instituição hospitalar, o que não representa isenção de riscos aos profissionais envolvidos, haja vista que a indenização poderá ser buscada pelo nosocômio, a título de regresso contra seus colaboradores. Eis o excerto:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. MENOR. INTERNAÇÃO EM UTI COM DIAGNÓSTICO DE PNEUMONIA. PARADA CARDIORRESPIRATÓRIA. ATRASO NA CONSTATAÇÃO POR PARTE DA EQUIPE DE ENFERMAGEM. DANOS NEUROLÓGICOS DE NATUREZA GRAVE, TOTAL E PERMANENTEMENTE LIMITANTE DA CRIANÇA. LAUDO PERICIAL. PRESUNÇÃO DE IMPARCIALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO HOSPITAL. PRESSUPOSTOS PRESENTES. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM. REDUÇÃO. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ADSTRIÇÃO À NORMATIVA DA EFETIVA EXTENSÃO DO DANO. DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL. MANUTENÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. HONORÁRIOS RECURSAIS FIXADOS.

[...]

3. A responsabilidade do hospital, em regra, é objetiva, fundada na teoria do risco da atividade, conforme art. 14 do CDC e arts. 186, 187, 927 e 932, III, do CC. Em tais casos, para fins de responsabilização, faz-se necessário demonstrar a falha de serviço cuja atribuição lhe é afeta e a relação de causalidade entre esta e o resultado lesivo alegado, como é o caso dos autos (regularidade ou não na atuação da equipe de enfermagem).

[...]

6.1. In casu, a demora na constatação do problema do autor foi a causa provável das sequelas permanentes e irreversíveis que lhe acometeram. Todavia, não se pode precisar com certeza absoluta que, acaso o procedimento de reanimação fosse tempestivo, tais consequências seriam inexistentes. Daí porque, na espécie, vislumbra-se necessária a redução da quantificação para R\$ 100.000,00, que melhor atende às peculiaridades do caso concreto e às finalidades do instituto, sem desvirtuar dos precedentes deste TJDF.

7. É de se manter hígida a condenação do hospital réu ao pagamento dos danos materiais (R\$ 1.097,89 e pensão vitalícia de 3 salários-mínimos), os quais não foram objeto de impugnação recursal. [...]

(TJDF - Acórdão 0073481-75.2010.8.07.0001, Relator(a): Des. Alfeu Machado, data de julgamento: 05/07/2017, data de publicação: 11/07/2017, 6ª Turma Cível).

Em outros precedentes, igualmente ilustrativos, percebe-se também outra tentativa de busca de reparação civil por ato profissional de enfermeiro(a), mas que não obteve sucesso em decorrência da falta de prova técnica que comprovasse a má prática, tendo o profissional agido em conformidade com as leis da sua arte. Abaixo, segue a transcrição da ementa desse julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. ERRO LABORATORIAL.

– Pretensão autoral à condenação da ré em razão de erro no procedimento de punção da veia, por enfermeiro, que de forma desajeitada, além de machucar a sua mão, proferiu palavras de baixo calão, sendo insensível à sua dor e sangramento.

– Sentença de improcedência do pedido. Inconformismo da parte autora. Prova pericial produzida que não evidenciou a ocorrência de erro profissional cometido no procedimento laboratorial. Ao contrário, diante do que foi apurado pela perícia, o que aconteceu foi uma intercorrência médica, cujo termo define uma ocorrência inesperada em um procedimento, o que não significa necessariamente erro médico. Apesar das alegações recursais, restou provado que o exame foi realizado com sucesso, sem necessidade de punção de outro vaso sanguíneo.

– Prova técnica conclusiva no sentido de se tratar de intercorrência médica, não rara no tipo de procedimento, sem sequelas. A falta da prova do erro profissional, que incumbia à autora, afasta o ato ilícito e, por consequência, impede a concessão da pretendida indenização. Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso desprovido.

(TJRJ - ACÓRDÃO APELAÇÃO 0306443-32.2013.8.19.0001, RELATOR(A): DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA, DATA DE JULGAMENTO: 10/04/2018, DATA DE PUBLICAÇÃO: 10/04/2018, 22ª CÂMARA CÍVEL)

À verificação dos seguintes julgados, percebe-se que a responsabilidade acima discutida consiste, precipuamente, no dever jurídico de responder pelos atos que violem direitos e na reparação dos danos efetivamente causados. Cumpre ao(à) profissional enfermeiro(a), por sua vez, agir dentro da mais esmerada técnica, consoante às normas objetivas da sua profissão. É o agir dentro dessas leis (*legis artis*) – e sua respectiva comprovação em juízo – que garantem ao(à) enfermeiro(a) a impossibilidade de vir a sofrer qualquer tipo de prejuízo durante a apuração de responsabilidades.

## 5. NOTAS CONCLUSIVAS

Diante do que já foi explorado na pesquisa, denota-se que o profissional de enfermagem está inserido na arte do cuidar, sempre na busca de resolução de problemas inerentes à assistência do paciente. Ao mesmo tempo, esses profissionais seguem uma norma de conduta quanto ao exercício de seu ofício laboral, por meio do Código de Ética de Enfermagem, que é aplicada aos(às) auxiliares, aos(às) técnicos(as) em enfermagem e aos(às) enfermeiro(a)s. Viu-se, também, que há, no ordenamento jurídico, uma multiplicidade de critérios para apuração de responsabilidades pelo agir do profissional na enfermagem, os quais abrangem tanto a responsabilidade penal quanto as responsabilidades ética e administrativa e, sobretudo, a responsabilidade civil, não se olvidando, por vezes, a incidência de todos esses campos de forma cumulativa.

Debateu-se que, pelo fato de a profissão estar rodeada de riscos, incrementados, principalmente, pela realização de procedimentos invasivos no enfermo, assim como pela



administração de medicamentos, é necessário um rigor técnico para delinear os critérios jurídicos pelos quais poder-se-á investigar, em juízo, a apuração de responsabilidades por atos dessa categoria. Mais à frente, também foram exemplificados os critérios de tal apuração em precedentes judiciais, com a ressalva de que os(as) enfermeiros(as) ainda não frequentam os tribunais com a mesma intensidade que outros profissionais de saúde.

Diante de todo o exposto, tem-se que não há como fugir ao axioma de que há uma importância de se ter profissionais qualificados para o exercício da enfermagem na rede multiprofissional de cuidados, os quais precisam ser alertados quanto à consciência de seus atos e de suas tomadas de decisões, sob pena de virem a responder, em juízo, por suas escolhas e ações/omissões perante os pacientes. Da mesma forma, cabe aos operadores do direito fazer uso dos instrumentos jurídicos postos, no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, a fim de garantir a essa categoria o devido processo legal na defesa de seus atos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, J. et al. **O enfermeiro e seu papel ético frente a erros de medicação**. Webartigos.com. 25.jul.2012. site de internet. 10 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/3wG2BVj>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/3PxwbVH>>. Acesso em 20 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. **Código de Defesa do Consumidor**: Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/3ySTy61>>. Acesso em 22 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n.º 2.381**, de 09 de julho de 1940. Aprova o quadro das atividades e profissões, para o Registro das Associações Profissionais e o enquadramento sindical, e dispõe sobre a constituição dos sindicatos e das associações sindicais de grau superior. Rio de Janeiro: 1940. Disponível em: <<https://bit.ly/3GbZWqv>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. **Resolução COFEN n.º 564/2017** – Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem. Disponível em: <<https://bit.ly/3Lyqi7r>> Acesso em 21 jul. 2021.

CANAL, R. **Erro Médico e Judicialização da Medicina**. Brasília: Saturno, 2014.

FREITAS, G. F.; OGUISSO, T. Ocorrências éticas com profissionais de enfermagem: um estudo quantitativo. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, v. 42, n. 1, p. 34-40, 2008.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro, Volume II: Teoria Geral das Obrigações**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUEDES, N. G. et al. Intervenções de enfermagem relacionadas à promoção da saúde em portadores de hipertensão. **Acta Paulista de Enfermagem**, v. 25, n. 1, p. 151-56, 2012.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil do médico**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, C. L. et al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 419.

MENEZES, A.G.M.P; GOBBI, D. Educação em saúde e Programa de Saúde da Família: atuação da enfermagem na prevenção de complicações em pacientes hipertensos. **Mundo saúde**, v. 34, n. 1. p. 97-102, 2010.

OLIVEIRA, A. J. et al. Atuação das equipes de atenção domiciliar nos cuidados paliativos. **Revista Percorso Acadêmico**, v. 9, n. 18, 2019.

PEREIRA, A. G. D. **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

PÓVOA, R. Minieditorial: características clínicas da hipertensão arterial resistente versus refratária em uma população de hipertensos afrodescendentes. **Arquivos Brasileiros de Cardiologia**, v. 115, n. 1, p. 40-41, 2020.

PRUX, O. I. **Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROCHA, H. N. et al. O enfermeiro e a equipe multidisciplinar na preservação de vestígios forenses no serviço de urgência e emergência. **Brazilian Journal of Health Review**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 2208-2217 mar./apr. 2020.

SOUZA, N. T. **Câmara, Responsabilidade Civil e Penal do Médico**. 3. ed. Campinas: Servanda, 2008.

## ALA SEPARADA COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO LUTO DA GESTANTE: REFLEXÕES E ANÁLISE CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

### SEPARATE WING AS A CONCRETIZATION OF THE RIGHT TO GRIEF FOR PREGNANT WOMEN: REFLECTIONS AND CONSTITUTIONAL ANALYSIS

Deborah Azevedo de Pinho<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A maternidade e a perda gestacional. 3. Singularidades do luto materno não reconhecido. 3.1. Dignidade da pessoa humana: a saúde como bem-estar psicológico. 3.2 contribuições da estrutura física adequada para os casos de perda gestacional. 4. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

**Resumo:** A gravidez gera mudanças repentinas na vida da mulher, todavia, em alguns casos, ocorrem fatores que resultam na perda gestacional, descrita por várias mulheres como um evento traumatizante. Isto se dá não só devido à toda a expectativa frustrada em torno da maternidade, mas também pela forma como todo o processo de assistência, sobretudo no que diz respeito ao luto, ocorre no âmbito hospitalar. Os cuidados físicos são priorizados, ao passo que os psicológicos são negligenciados. Um fato comum encontrado nas narrativas de mães que passaram por processo de perda gestacional, diz respeito ao compartilhamento de enfermaria com puérperas e seus bebês, o que torna a experiência ainda mais dolorosa e difícil de ser superada. Para tanto, o presente trabalho visa a abordar como o oferecimento de ala separada para mães que passaram por perda gestacional contribui para a superação, manifestando-se claramente como exercício do direito ao luto decorrente da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Gravidez. Perda gestacional. Luto. Ala separada. Dignidade.

**Abstract:** Pregnancy generates sudden changes in a woman's life, however, in some cases, factors occur that result in pregnancy loss, described by many women as a traumatic event. This happens not only because of all the frustrated expectations around motherhood, but also because of the way in which the entire care process, especially about grief, takes place in the hospital environment. Physical care is prioritized, while psychological care is neglected. A common fact found in the narratives of mothers who went through a process of gestational loss concerns the sharing of the ward with puerperal women and their babies,

1. Artigo apresentado ao Instituto Júlio Cesar Sanchez, como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Auditoria e Direito Médico em 2021.  
2. Advogada atuante na área de Direito Médico, graduada em Direito pela Faculdade Católica Dom Orione.

which makes the experience even more painful and difficult to overcome. Therefore, the present work aims to address how the offer of a separate ward for mothers who have gone through a pregnancy loss contributes to their overcoming, clearly manifesting itself as an exercise of the right to grief resulting from the dignity of the human person

**Keywords:** Pregnancy. pregnancy loss. Grief. Separate wing. Dignity.

## 1. INTRODUÇÃO

A maternidade sempre foi uma experiência naturalizada e amplamente discutida, ao mesmo tempo em que, de modo oposto, a morte é um evento tratado como tabu e sua abordagem é frequentemente excluída dos debates, muito embora, entre os dois temas, este último seja um fenômeno, de fato, inevitável à condição humana. Quando há o entrelaçamento desses dois eventos, ou seja, nos casos de perda gestacional, a repulsa pela discussão do tema toma proporções ainda maiores. Com isso, a temática acaba ficando limitada à roda de conversa em que os componentes vivenciaram a situação, resultando em um enorme desserviço à própria sociedade, na medida em que, apesar de sua ocorrência ser mais comum do que se imagina, são poucos os esforços em torno de criar ações adequadas ou políticas públicas para a correta assistência médica nessas circunstâncias, sobretudo, no que se refere à mulher.

O processo de luto decorrente de perda gestacional é delicado e bastante complexo. Isto se dá porque, segundo análise realizada por Melo e Vaz (2019, p. 92), “enquanto os outros enlutados prateiam a morte de uma pessoa estimada, aqueles que sofrem perda gestacional ou neonatal não lamentam apenas a morte de um ente querido, lastimam também o reconhecimento da perda”. O não reconhecimento vem sendo refletido na forma inadequada, insuficiente e, muitas vezes, traumatizante de como esses casos são conduzidos pelos profissionais de saúde, gestores públicos e privados, familiares e sociedade em geral.

Inúmeros fatores poderiam ser listados para exemplificar esse tratamento inadequado, todavia, no presente estudo, o enfoque será na inexistência de alas/enfermarias específicas nas unidades hospitalares para mulheres com diagnóstico de perda gestacional, pois, a despeito da importância do tema, ainda são poucos os locais em que essa medida vem sendo observada.

Com base em artigos científicos e pesquisas, abordar-se-á qual a contribuição dessa medida para o processo saudável do luto por perda gestacional. Além disso, este artigo aspira refletir, tendo em vista que o conceito de saúde abrange também o bem-

estar psicológico, se a separação de enfermaria para casos de perda gestacional deveria ser considerada obrigatória para garantir à gestante o exercício do luto de forma digna.

## 2. A MATERNIDADE E A PERDA GESTACIONAL

As transformações que ocorreram em torno do papel social da mulher interferiram, inegavelmente, sobre o significado e padrões atribuídos à maternidade ao longo dos séculos. Nesse cenário, os métodos contraceptivos e de reprodução humana assistida tiveram uma importante contribuição, uma vez que tornaram possível postergar a gravidez para o momento mais propício e adequado para a mulher sem que tivesse que escolher entre sua carreira e vida pessoal. Naturalmente, também se atenuou a pressão existente pelo exercício da maternidade por aquelas que não a ansiavam.

Aliadas a isso, as tecnologias que foram surgindo – destacando-se, dentre as mais relevantes, as ultrassonografias ultramodernas, por meio das quais é possível ver e acompanhar com clareza o crescimento do bebê – permitem que a gravidez seja sentida e vivenciada, de forma intensa e desde o seu estágio inicial. Diante de tantos recursos, atualmente e na maioria das ocasiões, a maternidade se tornou uma experiência desejada, o que gera ainda mais expectativas em volta de sua ocorrência, que é sempre idealizada por todos os envolvidos como um episódio positivo e feliz. Segundo Melo e Vaz (2019, p. 104) “nos casos de gravidez planejada, evidencia-se o alinhamento entre o desejo e o momento considerado o mais propício para engravidar. Já nos casos de gravidez não planejada, a ideia da chegada de uma criança é logo aceita como fonte felicidade”.

Em decorrência desse novo modo de como a maternidade passou a ser vista e vivida, o tema ganhou enfoque, por meio de inúmeros blogs, séries, documentários, livros e outros meios, além de espaço nas rodas de debate, nos quais são discutidas as experiências das mulheres e dos familiares.

Embora hoje seja, relativamente, acessível encontrar informações sobre o assunto, é fato que a jornada por sua inserção no meio social, de forma não fantasiosa e sem rótulos, começou há bem pouco tempo, após o desejo de muitas mulheres de garantir que a gravidez e todo o processo envolvido pudesse se dar de forma livre e digna.

Os temas debatidos em torno da experiência de gestar são os mais diversos e englobam tanto aspectos físicos, biológicos e sociais quanto psicológicos. Aliás, este último tem ganhado ainda mais notoriedade devido aos intensos conflitos psíquicos pelos quais passam as mulheres durante a gravidez.

Nesse sentido, expuseram Andrade, Silva e Roure:

Na gestação, um sentimento emergente é a ambivalência afetiva que, como coloca Bortoletti (2007), está presente desde o momento da descoberta da gravidez, quando afloram questionamentos em relação a capacidade de conseguir gestar e ser mãe. Acrescido a isso está a impossibilidade de a gestante possuir qualquer certeza referente à gravidez. Muitos medos emergem nesse período em relação a permanência do feto no útero, ao parto, à amamentação, aos cuidados dispensados ao recém-nascido, ao desempenho do papel de mãe, entre outros. Os temores podem expressar características de autopunição e culpa relacionados à idealização da maternidade. (ANDRADE; SILVA; ROURE, 2020, p. 144).

A despeito de todos esses sentimentos controversos que o ciclo gravídico-puerperal pode provocar, há um consenso entre profissionais de saúde, estudiosos do tema, as mulheres que vivenciaram a maternidade e até mesmo aquelas que ainda não chegaram a esse ponto de que a maternidade é uma experiência inigualável, independentemente do fato da gravidez ter sido ou não planejada. Isto porque o ato de gerar se relaciona com a vida e, conseqüentemente, provoca sentimento de felicidade, pois se acredita que a chegada de um novo ser no seio familiar dará sentido às adversidades enfrentadas no decurso do processo. Todavia, ocorrem intercorrências durante a gravidez que interrompem o curso natural da vida e resultam em perda gestacional, um assunto que é excluído e silenciado, apesar de frequente.

De acordo com dados da OMS (Organização Mundial da Saúde) (2008 apud PUCCI et al., 2021, p. 1) “a cada ano, no mundo, três milhões de gestações resultam em óbito fetal, sendo diversos os motivos de tal desfecho”. No Brasil, segundo dados do Ministério da Saúde, no ano de 2017, foram registrados 30.620 óbitos fetais, dos quais o maior número se deu entre mulheres com idade de 20 a 29 anos e período gestacional entre a 28<sup>a</sup> e a 36<sup>a</sup> semana em aproximadamente 40% dos casos (BRASIL, 2009).

A despeito das definições constantes na literatura médica, no presente estudo, o termo perda gestacional será utilizado de modo abrangente para designar a interrupção da gravidez em qualquer idade gestacional, todavia, apenas para conhecimento, vale especificá-los brevemente.

A perda fetal é definida, segundo a OMS como “a morte do produto da gestação antes da expulsão ou de sua extração completa do corpo materno, independentemente da duração da gravidez” (BRASIL, 2009).

Os parâmetros utilizados para distinguir as perdas gestacionais são os aspectos cronológicos da gravidez, peso e estatura do feto. Desse modo, considera-se óbito fetal a perda de feto a partir da 22<sup>a</sup> semana de gestação, com estatura a partir de 25 cm e peso igual ou maior do que 500g. Por outro lado, entende-se por aborto espontâneo a perda que se deu com idade gestacional inferior a 22 semanas, com peso menor do que 500g e

estatura inferior a 25 cm (BRASIL, 2009).

As perdas gestacionais podem ocorrer em decorrência de diversos fatores, sendo que costumam acontecer, em sua maioria, devido aos problemas de saúde da mãe e às complicações obstétricas ou do parto, contudo, em uma boa parte dos casos, a perda gestacional também acontece por causas desconhecidas. (NAZARÉ et al., 2010 apud LEMOS; CUNHA, 2015).

Independentemente da idade gestacional ou do motivo pelo qual houve a perda, é certo que o evento provoca impactos na vida da gestante, começando pelo aspecto físico, porquanto ela passará por procedimentos médicos, como curetagem, AMIU (aspiração manual intrauterina), até mesmo o parto propriamente dito e, ainda, posteriormente, passará por modificações corporais decorrentes da eliminação das características da gestação.

Além disso, a interrupção indesejada da gravidez gerará inúmeros impactos psicológicos e, a depender do modo como ocorre e é tratada, pode vir a resultar em um processo de luto complicado que pode causar vários transtornos à mulher, como depressão, privando-a de bem-estar mental para vivenciar futuras gestações, sendo, portanto, de suma importância uma boa assistência médica para minimizar eventuais consequências negativas.

### **3. SINGULARIDADES DO LUTO MATERNO NÃO RECONHECIDO**

Assim como a maternidade, o luto é um estado emocional peculiar e individual, no qual há modificações tanto interna quanto externamente, sendo um período de extrema vulnerabilidade para a mulher e que implica em readaptações a uma nova realidade.

Segundo as concepções de Freitas, pode-se compreender o luto como todo processo psíquico provocado pela perda de um objeto, ou seja, nada mais é do que uma reação comum após a descontinuidade da relação que se mantinha com o objeto ao qual o sujeito atribuía grande investimento afetivo (FREITAS, 2000, apud CUNHA; LEMOS, 2015).

É comum que o luto esteja sempre associado às perdas humanas, ou seja, de uma pessoa, mas algumas outras perdas, por exemplo, o fim de um relacionamento amoroso ou a perda de um animal de estimação, também geram esse processo, o qual precisa de atenção e tempo para ser assimilado.

Trata-se, portanto, de um processo doloroso que implica em novas adaptações, cujo acontecimento se dá de forma diversa de um indivíduo para o outro, pois está diretamente ligado às questões de personalidade, de experiências de vida anteriores e do contexto em que se encontra inserido no momento da perda, como se conta ou não com rede de apoio,

sendo, portanto, um processo imprevisível quanto aos efeitos e a duração.

A ocorrência da perda gestacional gera uma nova e abrupta mudança na vida da mulher que já vinha sendo transformada pelo processo gravídico. Por essa razão, há um grande impacto psicológico, do qual decorre um processo de luto, cuja reação “é singular, pois é difícil representar a perda de um objeto tão concreto e internalizado para a mulher e ao mesmo tempo imaterial. Nesses casos, ocorre um enlutamento melancólico” (FREIRE; CHATELARD, 2009, apud ANDRADE; SILVA; ROURE, 2020, p. 148).

De acordo com Cunha e Lemos (2015, p. 1120-1138), conforme citado por Pucci et al. (2021, p. 1), “O luto gerado pelo óbito gestacional ou no período neonatal proporciona uma reação esperada de tristeza e sensação de perda. No entanto, tais sentimentos podem se tornar anormais, excessivos e até mesmo incapacitantes” e isso se dá, em grande parte dos casos, não só pelas condições inerentes ao processo gravídico, mas, sobretudo, pela forma como esse processo de perda é vivenciado desde o momento de sua descoberta.

De um modo geral, por se tratar de um assunto incômodo pela sua natureza, há uma tendência de não querer abordá-lo ou ainda de minimizar sua ocorrência, principalmente, se ocorreu em estágio inicial da gravidez, o que, segundo denotam os estudos psicológicos, vai de encontro à forma saudável de como o luto deve ser elaborado. Esse comportamento, aliás, advém não só dos familiares, mas também de alguns dos profissionais de saúde obstétrica, que escancaram o despreparo para lidar com a situação.

A propósito, em estudo dedicado ao tema, apontou-se que há uma tendência por parte dos profissionais de saúde de diminuir o luto quando esse se dá nos primeiros meses de gestação, sem atribuir ao evento a devida importância (PUCCI et al., 2021).

Esse fato tem raízes, principalmente, nas prioridades estabelecidas desde a graduação, na qual o estudo é maciçamente voltado para os cuidados e a assistência física de modo prioritário, em detrimento do bem-estar psicológico da gestante. Ou seja, as dificuldades enfrentadas pelos profissionais de saúde que trabalham na atenção obstétrica possuem relação com a falta de visibilidade da perda da gestação no processo de formação. (SERAFIM et al., 2021).

Verifica-se, portanto, que a gestante tem dificuldades para encontrar acolhimento nos âmbitos hospitalar, social e familiar, visto que os integrantes desses meios, por receio e falta de tato para oferecer suporte a essa gestante, tendem a se calar ou a fazer abordagens inadequadas através de conselhos, julgamentos ou compartilhamento de experiências pessoais, que, além de não oferecem conforto, denotam uma aparente falta de empatia, fazendo com que a mulher creia que sua perda não é digna de tamanho sofrimento por se tratar de um bebê em formação, ou seja, não há reconhecimento da perda.



Segundo Duarte (2019, p. 24), “no luto não reconhecido, a dor e o sofrimento é desqualificado pelo outro ou pela própria pessoa, não permitindo que o processo de luto seja vivenciado”. Esse é o principal ponto que difere o luto pela perda gestacional dos demais. Isto porque existe uma negação social do sofrimento materno diante da perda gestacional, o que impede que esse seja externalizado e representado como as demais perdas, ou seja, nesse caso não há rituais que permitam simbolizar ou assimilar esse luto. Além disso, o fato impede a gestante de ter reconhecido o seu status de mãe e, ainda, de atribuir ao bebê perdido o status de filho.

Essa perspectiva é brilhantemente abordada por Melo e Vaz:

Se, por um lado, a narrativa de luto de pais que sofreram perda gestacional e neonatal se diferencia daquela dos demais enlutados; por outro, sustentamos que ela reproduz a trajetória de tantos outros grupos identitários, qual seja: 1) testemunhar publicamente atitudes preconceituosas por parte daqueles que não reconhecem o sofrimento da vítima ou avaliam que ele não foi tão grave e 2) exigir a reparação do dano causado através de um trabalho de sensibilização da sociedade e do desenvolvimento de políticas públicas que lhes garantam direitos (MELO; VAZ, 2019, p. 93)

O não reconhecimento da perda fica evidente diante do tratamento que é dado à gestante e ao feto, principalmente, nos casos de gravidez inicial. Sobre esse aspecto, vale apontar que só é oferecido serviço de sepultamento e encaminhamento para o IML em casos de morte de crianças recém-nascidas. Ocorrendo mortes pré-natais, caso o feto possua mais de 22 semanas e tamanho maior do que 25 centímetros, é feito o registro de um atestado de óbito e sepultamento. Todavia, caso o feto não tenha os padrões anteriores, é descartado como lixo hospitalar (BRASIL, 2009).

Todas essas mudanças e informações são vivenciadas pela mulher, em grande parte dos casos, no ambiente hospitalar, durante o período de internação necessário para a realização dos procedimentos médicos e a recuperação física, quando, muitas vezes, estão compartilhando enfermarias ou quartos com gestantes aguardando parto ou puérperas e seus bebês recém-nascidos, o que torna a experiência traumática.

### **3.1. Dignidade da pessoa humana: a saúde como bem-estar psicológico**

A dignidade da pessoa humana é um requisito considerado obrigatório e inafastável à ordem jurídico-constitucional de um estado democrático de direito. Em vista disso, o legislador constituinte a incorporou, expressamente, à Constituição Federal (CF) de 1988, no inciso III do art. 1º, como um valor supremo, estabelecendo-a como um dos fundamentos da República e do estado democrático de direito.

Sobre o tema, são importantes as considerações de Cunha Junior:

Efetivamente, o Estado Democrático de Direito é princípio fundamental que reúne os princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, não como simples reunião formal de seus respectivos elementos, tendo em vista que revela um conceito novo que se supera, mas como providência de transformação do status quo e garantia de uma sociedade pluralista, livre, justa e solidária, em que todo o poder emane do povo e seja exercido em benefício do povo, como reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais que possam realizar, na sua plenitude, a dignidade da pessoa humana (JUNIOR, 2008, apud SANTOS, 2018, p. 14).

Nessa perspectiva, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado a principal fonte hermenêutica constitucional, porquanto, confere racionalidade ao ordenamento jurídico e proporciona aos seus intérpretes meios para chegar a um correto entendimento e aplicação da norma, trazendo consequências dentro do sistema constitucional.

Isto porque, a partir da sua justa interpretação, haverá a concretização do rol de direitos e garantias fundamentais do ser humano, ao qual pertence a saúde, disposta no art. 6º da CF, em que se encontram previstos os direitos sociais. Segundo Santos (2018, p. 16), “os direitos fundamentais são direitos sem os quais o ser humano não vive adequada e dignamente e que devem ser garantidos a todos, devendo, ainda não ser apenas formalmente reconhecidos, mas também concretizados e efetivados”.

Em outros termos, os direitos sociais ou fundamentais de segunda dimensão, que abrangem, além da saúde, a educação, o trabalho, a moradia, a segurança, a previdência e outros, voltam-se para as necessidades mínimas que proporcionam a existência digna de cada indivíduo e, por assim ser, denotam a necessidade de uma postura mais efetiva do Estado para garantir o seu exercício concreto.

Expressa no art. 196 da CF, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Logo, trata-se de direito fundamental vinculado à dignidade da pessoa humana e de obrigatória observância pelos poderes estatais. Assim dizendo, cabe ao Estado, por meio de recursos materiais e humanos, buscar implementar políticas públicas de saúde para o exercício efetivo desse direito fundamental.

Ao longo destas últimas décadas, depois da promulgação da Constituição Cidadã, muitos foram os avanços em termos de políticas sociais, com ênfase na instituição do Sistema Único de Saúde (SUS), que visam a garantir a qualquer cidadão o exercício desse direito.

Sem prejuízo ao entendimento do tema do presente estudo pela ausência de uma retrospectiva minuciosa quanto às políticas públicas de assistência a mulher e a despeito dos inegáveis avanços obtidos, até então voltados, tão somente, para direitos sexuais e reprodutivos, entre os quais se destacam o planejamento familiar, a atenção obstétrica, a atenção ao abortamento seguro, entre outros, afirma-se que sobre o tema ainda há muito a evoluir, principalmente, no que diz respeito à humanização do atendimento. Isto porque a efetividade dessas políticas públicas, enquanto meio para garantia do direito previsto constitucionalmente, pressupõe constante aprimoramento e adequação à evolução social, conforme, brilhantemente, expôs Viana ao afirmar que “políticas públicas são respostas elaboradas para enfrentar problemas identificados em uma realidade concreta, sendo esse um processo dinâmico e constituído por um conjunto de ações emaranhadas por diversos e diferentes atores” (VIANA, 1996, apud PEREIRA, p. 15).

Assim, no que diz respeito à assistência médica obstétrica e considerando que a OMS define saúde não apenas como ausência de doença, mas como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social, verifica-se que as políticas públicas estatais deveriam também priorizar e estar voltadas não só para a promoção de cuidados físicos, mas, também, para os psicológicos de gestantes e puérperas.

A despeito da existência da política nacional de humanização preconizada pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2011), segundo já exposto anteriormente, existem vários casos de relatos em estudos e artigos científicos em que as mulheres que vivenciam perdas gestacionais são expostas à situações que lhes causam prejuízo à saúde mental devido ao desrespeito advindo das instituições e profissionais de saúde, o que torna o processo do luto materno, já sabidamente singular, um processo complicado e, muitas vezes, patológico.

Em sua maioria, os problemas advêm do sucateamento, da precarização e da desorganização estrutural do serviço público, o que dificulta a prestação dos serviços pelos profissionais vinculados à assistência médica obstétrica, os quais muitas vezes também carecem de capacitação e de treinamento para lidar com os casos de perda gestacional.

Ao privar essas mulheres gestantes da oportunidade de vivenciar o luto da forma mais adequada, submetendo-as a um tratamento desumano e traumático, ao invés de curá-las, o Estado acaba sendo o causador do seu adoecimento.

Nesse sentido, atualmente, padecem os serviços estatais de assistência à mulher de completa efetividade devido à sabida carência de meios para proporcionar bem-estar psicológico e, com isso, não se pode dizer que o direito à saúde está sendo exercido em sua integralidade, tampouco à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, dada a completa falta de humanização na assistência.

### **3.2. Contribuições da estrutura física adequada para os casos de perda gestacional**

Os questionamentos acerca da estrutura de Hospitais e Maternidades é fato corriqueiro na atualidade, seja devido à ausência de leitos suficientes, seja pelas péssimas condições de conservação, entre outros assuntos. Nessas situações, parte da população que não dispõe de recursos é obrigada a se submeter a tratamentos ou procedimentos em condições, muitas vezes, degradantes e que lhe atingem o bem-estar psicológico.

“Em geral, as áreas físicas das maternidades não foram construídas para permitir a humanização do cuidado” (MONTEIRO et al., 2021, p. 4), mesmo sendo essa uma das políticas preconizadas pelo Ministério da Saúde. Segundo Serafim et al. (2021, p. 9), “a ambiência como um componente fundamental das interações de cuidado é pouco valorizada no cotidiano dos serviços em saúde”.

Seja pela falta de prioridade, pela desorganização estrutural ou ainda pela ausência de espaço devido à grande demanda, a grande maioria das unidades hospitalares ou maternidades brasileiras não possui um local separado e apropriado para comunicar, acolher e muito menos para proporcionar uma recuperação física adequada para gestantes e familiares em casos de perda gestacional.

Como já explorado anteriormente, esse é um evento bastante delicado para a mulher, sendo imprescindível que a assistência médica prestada seja adequada, a fim de que os efeitos negativos desse evento possam ser minimizados e o processo de luto seja vivido de maneira saudável.

Ocorre que a atenção médica obstétrica tem sido prestada de maneira improvisada e não humanizada, pois, devido à ausência de estrutura física adequada e suficiente, muitas mulheres com diagnósticos de perda gestacional são internadas em quartos ou enfermarias juntamente com outras gestantes que aguardam seus partos ou que estão com seus bebês recém-nascidos saudáveis, vivenciando os primeiros cuidados maternos.

Com isso, a gestante é privada de espaço adequado para singularização da dor, o que reforça a ideia do não reconhecimento da perda, já devidamente abordado neste estudo, o que, como visto, potencializa e prolonga a duração de sentimentos negativos de culpa, de tristeza, de incapacidade de gerar, de desvalorização da autoimagem e outros atribuídos à perda gestacional.

Segundo Teodózio, essa conduta é prejudicial para recuperação das gestantes:

Esses elementos levam à negação da importância da perda gestacional e não proporcionam a singularização do sujeito, o que dificulta a elaboração psíquica dessa experiência. Em relação à estrutura dos serviços de saúde, destaca-se que, por vezes, as mulheres que sofreram uma perda gestacional são expostas no quarto de recuperação a duplas mãe-bebê, o que demonstra como não há espaço para a singularização do sujeito e sua dor (TEODOZIO et al., 2020, p. 3).

Em um artigo que contém o relato de experiência, em uma maternidade pública, sobre a humanização em situações de abortamento, recentemente publicado, foi exposto, de forma pontual, o quão prejudicial essa falta de alas separadas pode ser para as gestantes:

A carência de espaço físico além de dificultar a assistência, acabava provocando um desequilíbrio emocional muito maior nessa mulher pelo fato de as mães já possuírem um diagnóstico de óbito fetal e ainda serem obrigadas a presenciar outras mulheres com seus filhos, durante esse momento que é tão delicado para elas (MONTEIRO et al., 2021, p. 5).

Essa conduta vem sendo há muito tempo debatida. Os profissionais ligados à prestação de assistência médica obstétrica estão atentos a essa necessidade e sempre destacam os benefícios que a existência de uma ambiência adequada pode trazer. Inclusive, costumam reportar que a falta de espaço adequado é um fator que gera incômodo não só para as mulheres, mas para a equipe que presta o atendimento e busca implementar essa medida da forma que é possível.

Em um estudo qualitativo, realizado com vistas à elaboração de uma cartilha de cuidados a partir de dados extraídos de entrevistas com a equipe de enfermagem de uma maternidade, destacou-se que a separação entre mães com perda gestacional e puérperas com seus bebês é uma forma encontrada para oferecer proteção e amenizar a dor (DUARTE, 2019).

Segundo relatam Lemos e Cunha (2015, p. 1130), o compartilhamento de enfermaria põe as gestantes com perda gestacional em contato direto com o sentimento de dor ligado à comparação com outras mulheres, fazendo com que se sintam menos capazes de gerar, pois “estar numa enfermaria de uma maternidade sem um bebê, deixava evidente a falta, o não ganhar, que diferenciava as mulheres enlutadas, daquelas satisfeitas e felizes na enfermaria.”

Essa convivência, ainda que durante curto período, é desumana e torturante, na medida em que, submete essas mulheres à grande sofrimento psicológico e, por isso, deve ser combatida e modificada.

A ausência de conscientização acerca da necessidade desses espaços não é generalizada. Em alguns estados brasileiros, a medida já está há muito tempo regulamentada e prevista em lei sendo, portanto, de obrigatória implementação nas redes públicas de saúde, como no caso dos estados do Paraná e Santa Catarina, respectivamente, através das Leis n.º 18.881, de 05 de outubro de 2016, e n.º 17.925, de 03 de abril de 2020. (PARANÁ, 2016; SANTA CATARINA, 2020). Já, por exemplo, nos estados da Bahia (Projeto de Lei (PL) n.º 23.318/2019) e Tocantins (PL n.º 89/2020), ainda tramitam PLs (BAHIA, 2019; TOCANTINS, 2020).

Em outros, infelizmente, a despeito de sua importância e da diligência de parlamentares no sentido de tornar a medida obrigatória no âmbito hospitalar, a medida foi vetada pelo Executivo como, a propósito, ocorreu recentemente, no estado de São Paulo, com o PL n.º 355/2019 (SÃO PAULO, 2019).

Vale destacar que o tema já se encontra em pauta em âmbito nacional através do PL n.º 1.372/2020, no qual se propõe o acréscimo de dispositivos à Lei n.º 8080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, para instituir o subsistema de atenção à saúde da mulher parturiente com óbito fetal (BRASIL, 2020).

Diante do exposto, é fato que a medida é importante e contribui para o bem-estar psicológico da gestante com perda gestacional. Por esse motivo, é salutar que a questão seja brevemente regulamentada para que se torne obrigatória em todas as maternidades públicas do País.

#### **4. NOTAS CONCLUSIVAS**

Nascimento e morte são acontecimentos que se encontram em lados opostos na linha que retrata o ciclo da vida humana, havendo entre eles inúmeros outros eventos relevantes e naturais. Obviamente que a vinda da morte de forma precoce contraria esse ciclo natural e, a despeito de sua frequente ocorrência, nunca é esperada, seja em decorrência de crenças ou mesmo pelo inegável avanço da medicina.

O problema existente em torno da assistência médica obstétrica nos casos de perda gestacional envolve vários fatores, atores e questões sociais, econômicas e políticas, o que o torna complexo.

Ocorre que, conforme demonstrado ao longo deste estudo, atualmente, não há mais espaço para negar essa realidade ou simplesmente tentar minimizar a sua importância

diante da evidente mudança de valores sociais que não mais tolera as inadequadas e, muitas vezes, desumanas práticas de atenção à saúde da mulher.

Nessa perspectiva, é imprescindível que se busque criar mais espaços para entender e problematizar o tema, buscando ouvir todos os envolvidos, desde as gestantes e seus familiares até os profissionais que compõem a equipe multidisciplinar que prestam a assistência médica, para descobrir e aplicar novas, humanizadas e dignas formas de lidar com a morte no contexto da atenção obstétrica, a fim de que se possa contribuir para a vivência do processo de luto de modo saudável.

Diante da ocorrência de perda gestacional, a gestante terá que lidar com várias questões inevitáveis que, por si só, já representam um sofrimento extremo, tais como a necessidade de se submeter aos procedimentos médicos indispensáveis para o restabelecimento da sua saúde física, por exemplo, curetagem, AMIU ou parto. Além disso, intimamente, terá que lidar com as suas expectativas e sentimentos controversos ligados à gravidez e à perda do bebê, o que, independentemente das condições em que ocorreu, será doloroso.

A separação de ala ou enfermaria específica para essas mães enlutadas é uma medida mínima e básica para preservação e recuperação da saúde mental, sendo que, em algumas maternidades, demandaria apenas uma melhor organização na estrutura, que, todavia, não vem sendo garantida e prestada de forma satisfatória pelo Estado, como visto até agora.

Os vários estudos mencionados deixaram claro que o caminho mais adequado tem início com a mudança de prioridades e com o implemento de ações integradas, tanto do ponto de vista humano, visto que é necessário qualificar os profissionais de saúde que irão prestar essa assistência já desde a graduação, quanto físico e estrutural, que perpassa pela destinação de espaço específico para esses atendimentos. Isto porque, nos casos de perda gestacional, essas atitudes surtiram efeitos positivos na saúde mental de gestantes e familiares, uma vez que se revelaram empáticas por valorizar a experiência vivida e proporcionar formas para que cada um pudesse ter preservada sua intimidade e sentimentos.

Nesse cenário, evidencia-se que a separação de ala ou enfermaria própria para os casos de perda gestacional é uma medida essencial à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto proporcionará um melhor atendimento pelos profissionais de saúde às gestantes com foco não só nos cuidados físicos, mas também nos psicológicos, visto que esses são igualmente relevantes e garantidos constitucionalmente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, D. D.; SILVA, F. M. S. P.; ROURE, S. A. G. Dor psíquica e luto materno diante da perda gestacional. **Revista Psicologia em Ênfase**, v. 1, n. 2, p. 142-161, 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/38UGORH>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BAHIA. Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. **Projeto de Lei n.º 23.318, de 20 de maio de 2019**. Dispõe sobre a obrigatoriedade das redes pública e privada de Saúde oferecerem leito ou ala separada para mães de natimorto e/ou mães com óbito fetal e dá outras providências. Disponível em: <<https://bit.ly/3LR5DLZ>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 1372, de 01 de abril de 2020**. Acrescenta dispositivos a Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3sYUG4i>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/3wQUWVv>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Manual de vigilância do óbito infantil e fetal e do Comitê de Prevenção do Óbito Infantil e Fetal**. Normas e Manuais Técnicos. 2ª ed. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/3lO2h1u>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

DUARTE, M. G. **Luto na Maternidade**: Construção de Cartilha para cuidados em situação de óbito perinatal. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Medicina de Botucatu, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3z1h1SL>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

LEMOS, L. F. S.; CUNHA, A. C. B. **Concepções sobre morte e luto**: experiência feminina sobre a perda gestacional. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 35, n. 4, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/3LK8iXz>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

MELO, C. T. V.; VAZ, P. R. G. Perda Gestacional e Neonatal, um sofrimento como outro qualquer. **Revista da USP**, v. 13, n. 2, maio/ ago. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3PJraJK>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

MONTEIRO, G. F. et al. Humanização em situações de abortamento: relato de experiência em uma maternidade pública. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**, v. 13, n. 3, 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3wOqgUD>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

PARANÁ. Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. **Lei n.º 18.881, de 05 de outubro de 2016**. Determina que a rede privada de saúde ofereça leito separado para mães de natimorto. Disponível em: <<https://bit.ly/3wOiev1>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

PEREIRA, M. J. B. et al. Avanços e lacunas no processo de elaboração das políticas de saúde da mulher, do Brasil, no momento da perda do período perinatal. **Transições**, Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3NAJxyl>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

PUCCI, C. M. et al. Avaliação do luto familiar na perda gestacional e neonatal. **Revistas USP**, v. 54, v. 1, 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3PGXTzh>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

SANTA CATARINA. Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. **Lei n.º 17.925, de 3 de abril de 2020**. Dispõe sobre a obrigatoriedade de oferecimento de acomodação separada para mães de natimorto ou mães com óbito fetal. Disponível em: <<https://bit.ly/3sX8pZe>>. Acesso em: 31 ago. 2021.



SÃO PAULO. Assembleia Legislativa de São Paulo. **Projeto de Lei n.º 355, de 03 de abril de 2019**. Obriga as redes pública e privada de Saúde a oferecerem leito ou ala separada para mães de natimorto e/ou mães com óbito fetal. Disponível em: <<https://bit.ly/3wOGcX0>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

SERAFIM, T. C. et al. Atenção à mulher em situação de óbito fetal intrauterino: vivências de profissionais da saúde. **Revista Gaúcha de Enfermagem**, v. 42, 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3xajp7d>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

TEODÓZIO, A. M. et al. Particularidades do luto materno decorrente de perda gestacional: estudo qualitativo. **Revista Subjetividades**, v. 20, n. 2, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3wNfzAF>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

TOCANTINS. Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. **Projeto de Lei n.º 89, de 16 de abril de 2019**. Determina a oferta de leito hospitalar privativo para mães de natimorto e mães de óbito fetal. Disponível em: <<https://bit.ly/3sYT8au>>. Acesso em: 31 ago. 2021.



## O ESTADO DE PERIGO COMO DEFEITO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS EM TEMPOS DE COVID-19

THE STATE OF DANGER AS A DEFECT OF LEGAL BUSINESSES IN TIMES OF COVID-19

Alexandre Eisele Barberis<sup>1</sup>

Laísa Dário Faustino de Moura<sup>2</sup>

Patrícia Schoeps da Silva<sup>3</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Estado de Perigo no Código Civil. 3. O estado de perigo e as demais espécies de vícios de consentimento: erro, dolo, coação e lesão. 4. Entendimento jurisprudencial dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro e do Superior Tribunal de Justiça sobre o estado de perigo como causa de anulatória dos negócios jurídicos. 5. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O artigo tem por objetivo retomar o conceito de estado de perigo e sua caracterização como vício de consentimento nos contratos de prestação de serviços médico-hospitalares, considerando a atual circunstância de pandemia de coronavírus (covid-19) e a alta na procura por esse tipo de serviço, principalmente com a necessidade de internação, nem sempre a preços acessíveis à população. A pesquisa bibliográfica e de jurisprudência possibilitou a conceitualização do estado de perigo como vício de consentimento; a sua distinção em relação aos demais vícios de consentimento previstos no Código Civil (erro, dolo, coação e lesão); e a interpretação da previsão legal pelos maiores tribunais pátrios no que se refere aos contratos oriundos da pandemia de coronavírus.

**Palavras-chave:** Contratos. Vícios. Necessidade. Pandemia. Coronavírus.

**Abstract:** The article aims to retake the concept of a state of danger and its characterization as an addiction to consent in contracts for the provision of hospital and health services, considering the current circumstance of the coronavirus pandemic (covid-19) and the high demand for this type of service, especially with the need for hospitalization, not always at affordable prices for the population. The bibliographic and jurisprudence research enabled the conceptualization of the state of danger as a defect of consent; its distinction from

1. Graduado em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Advogado.

2. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Responsabilidade Civil pela FGV Direito (GVLaw). Advogada.

3. Mestre e doutoranda em Direito pela Universidade de Salamanca. Mestre em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC. Especialista em Direito Constitucional Civil pela Escola Superior de Direito Constitucional. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.

the other defects of consent provided for in the Civil Code (error, intent, coercion and injury); and the major patriot court's interpretation of the legal provision about contracts arising from the coronavirus pandemic.

**Keywords:** Contracts. Vices. Necessity. Pandemic. Coronavirus.

## 1. INTRODUÇÃO

A pandemia de coronavírus, que se abateu sobre o mundo no início de 2020, acarretou uma explosão na busca por serviços médico-hospitalares, ocasionando a utilização do sistema de saúde – tanto público quanto privado – em sua capacidade máxima e, evidentemente, incapaz de atender à demanda de pessoas infectadas com covid-19.

Para além de evidenciar a incapacidade do sistema de saúde em atender uma demanda tão alta de casos de covid-19, a pandemia ocasionou uma série de situações jurídicas oriundas do drama enfrentado por quem necessitava de atendimento médico, porém não reunia as condições financeiras necessárias para fazer frente aos gastos decorrentes desse atendimento que, por vezes, inclui internação e tudo que ela implica em termos de custos.

As relações jurídicas decorrentes do atendimento médico-hospitalar, ocasionalmente, decorrem de uma situação de emergência, em que não é possível buscar outro nosocômio ou um atendimento financeiramente mais favorável, e o contratante dos serviços acaba se comprometendo com uma obrigação pecuniária que, ao fim e ao cabo, não consegue cumprir. O inadimplemento das obrigações contratadas com hospitais no período de pandemia é uma realidade frequente, e os tribunais são diuturnamente chamados a dizer o direito nessas situações.

Tendo em vista esse contexto social, o presente artigo tem por objetivo retomar o conceito do estado de perigo e sua caracterização como vício de consentimento nos contratos de prestação de serviços médico-hospitalares, considerando a atual circunstância de pandemia de coronavírus – covid-19 – e a alta na procura por esse tipo de serviço, principalmente com a necessidade de internação, nem sempre a preços acessíveis à população.

A pesquisa bibliográfica possibilitou a conceitualização do estado de perigo como vício de consentimento que macula o negócio jurídico e enseja sua anulação, assim como a sua distinção em relação aos demais vícios de consentimento previstos no Código Civil (CC), Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – erro, dolo, coação e lesão.

A pesquisa de jurisprudência teve em mira entender qual a interpretação dada pelos maiores tribunais pátrios – Tribunais de Justiça de São Paulo (TJSP) e do Rio de Janeiro (TJRJ) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – sobre a possibilidade de anulação do negócio jurídico por vício de consentimento na modalidade do estado de perigo, em contratos médico-hospitalares, no período de pandemia de coronavírus. Concluindo-se que a cobrança pelas despesas hospitalares somente pode ser desconstituída caso se apresente de forma excessiva, caracterizando a onerosidade exagerada ao contratante do serviço.

## 2. ESTADO DE PERIGO NO CÓDIGO CIVIL

Entende-se por negócio jurídico toda a atividade realizada por sujeitos de direito – pessoa física ou jurídica –, no qual, por meio da manifestação livre da vontade, busca-se criar, extinguir ou modificar relações jurídicas. Resumidamente, o negócio jurídico “define-se como qualquer estipulação de consequências jurídicas”<sup>4</sup>.

Por essa definição, é possível observar que os negócios jurídicos estão presentes no cotidiano em enorme abundância. Muitas vezes, realizam-se diversos negócios jurídicos sem nem mesmo perceber. Note-se que, desde a compra do pãozinho no supermercado ao abastecimento do carro no posto de gasolina, até mesmo na aquisição de um imóvel ou na assinatura de um testamento, todos esses atos constituem hipótese de negócio jurídico.

Trata-se, desse modo, de instituto muito caro para o direito, pois, sem o negócio jurídico, não haveria relacionamento entre indivíduos, circulação de bens, assunção de direitos e obrigações, enfim, não haveria suporte para a sociedade existir e se desenvolver. E, justamente por sua importância, o direito disciplinou sistemas de proteção ao negócio jurídico, para que sempre se faça valer a autonomia da vontade das partes, que se constitui como elemento essencial dos negócios jurídicos e deverá prevalecer até mesmo em detrimento do sentido literal da linguagem (art. 112 do CC).

Silvio de Salvo Venosa, em sua obra, ensina que:

A vontade é a mola propulsora dos atos e negócios jurídicos. Essa vontade deve ser manifestada de forma idônea para que o ato tenha vida normal na atividade jurídica e no universo negocial. Se essa vontade não corresponda ao desejo do agente, o negócio jurídico se tornará suscetível de nulidade ou anulação<sup>5</sup>.

Assim, ditos sistemas de proteção se materializam pelos chamados defeitos do negócio jurídico, que os tornam nulos ou anuláveis, estando previstas as seis modalidades

4. DIMOULIS, D. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 240.  
5. VENOSA, S. *Direito Civil*. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. V.1.

existentes no art. 138 e seguintes do CC, sendo elas: o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores.

Na letra de Francisco Amaral, os “defeitos do negócio jurídico são, pois, as imperfeições que nele podem surgir, decorrentes de anomalias na formação da vontade ou na sua declaração”<sup>6</sup>.

É indiscutível que o tema ligado aos defeitos do negócio jurídico é muito convidativo, porém também é extenso e possui diversas particularidades em cada uma de suas modalidades. Mas, para que não desvirtue-se do objeto de estudo do presente artigo, as considerações estarão voltadas especificamente à modalidade do estado de perigo, prevista no art. 156 do CC.

Conforme já mencionado, a vontade de forma livre, espontânea e de boa-fé é condição indispensável para a existência/validade de um negócio jurídico, pois, sem ela, haverá consequências jurídicas que não aquelas desejadas pelo agente, o que não se admite pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No caso do estado de perigo, fala-se em vício de consentimento, no qual o agente está em uma situação de perigo atual ou iminente, sendo que para se livrar a si ou a outrem – familiares – do risco em questão, acaba se submetendo a determinado negócio jurídico, ao qual não se sujeitaria em tempos de normalidade.

Nota-se, nessa modalidade, que a princípio o agente não teria interesse no negócio jurídico, mas somente se submeteu a ele para se livrar de uma situação de perigo, caso em que o direito entende que o agente não estaria exercendo sua autonomia da vontade e, portanto, o negócio jurídico em questão seria passível de anulação.

Veja o que dispõe o art. 156, do CC: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”.

Exemplos de estado de perigo são enumerados por Silvio Rodrigues:

Assim, aquele que, assaltado por bandidos, em lugar ermo, dispõe-se a pagar alta cifra a quem venha livrá-lo da violência; ou o naufrago que oferece ao salvador recompensa excessiva; ou o comandante de embarcação, às portas do naufrágio, que propõe pagar qualquer preço a quem venha socorrê-lo; ou o doente que, no agudo da moléstia, concorda com os altos honorários exigidos pelo cirurgião; ou a mãe que promete toda a sua fortuna para quem lhe venha salvar o filho, ameaçado pelas ondas ou de ser devorado pelo fogo<sup>7</sup>.

6. AMARAL, F. *Direito civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

7. RODRIGUES, S. *Direito Civil, Parte Geral*, v. 01, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 222.

É importante mencionar, conforme se extrai dos exemplos delineados acima, que, para configuração do estado de perigo, não basta apenas a existência de situação de risco, mas, também, é necessário que tenha sido imposta uma obrigação indevida/desproporcional.

A título ilustrativo e traçando um paralelo com os exemplos do jurista Silvio Rodrigues: se alguém for assaltado por bandidos, estiver em lugar ermo, encontrar um motorista de táxi, pedir-lhe que o tire de lá para uma avenida próxima e, então, o tal motorista aceitar, ligar o taxímetro e cobrar regularmente pelo transporte, ter-se-á, nessa situação, inegavelmente, uma situação de risco vivenciada pelo agente. Porém, tal hipótese não será capaz de configurar estado de perigo e macular o negócio jurídico – prestação do serviço de transporte –, pois não terá havido qualquer abuso ou desproporcionalidade no preço cobrado.

Agora, situação bem diversa seria, se o taxista, sabendo da situação de risco do agente, ao invés de ligar o taxímetro, cobrasse por fora a corrida pelo dobro ou triplo do valor, por exemplo, que, usualmente, seria o custo daquele trecho. Nesse caso, sim, o agente estaria em situação de risco e dele haveria sido exigido vantagem desproporcional, caracterizando-se, desse modo, o estado de perigo capaz de anular o negócio jurídico em questão.

Ressalte-se, ainda, que, pelo fato do disposto no art. 156 do CC mencionar o termo “onerosa” ao se referir a obrigação assumida pelo agente, muitas vezes, tal vocábulo causa erros de interpretação por parte dos operadores do direito, que acabam associando a palavra onerosa com “custoso, dispendioso ou valor elevado” – até porque, literalmente falando, é de fato o que significa ser oneroso.

Assim, não raras vezes, observam-se, em demandas judiciais, teses sendo levantadas acerca do estado de perigo, nas quais se alega a ocorrência de vício de consentimento pelo estado de perigo, em razão do risco e da assunção de obrigação, da qual se julga pura e simplesmente o seu valor para lhe atribuir onerosidade. Por exemplo, alegando que o agente assumiu uma obrigação de R\$ 20 mil e isso seria muito dinheiro – onerosidade. Ou, então, fazendo comparações com a capacidade financeira do agente: como quem diria que, se o agente ganhar um salário mínimo e tiver uma obrigação de R\$ 10 mil, portanto, essa seria onerosa. Já em outro caso, o agente que ganhasse R\$ 10 mil e tivesse uma obrigação de R\$ 100 mil, essa acabaria sendo onerosa.

Porém, é de se argumentar que tais análises, além de extremamente subjetivas, estão equivocadas, pois nada disso importa para a configuração do estado de perigo, na medida em que o art. 156 do CC não visa a proteger o agente de uma obrigação custosa

quando estiver em situação de risco. Não é essa a finalidade do referido dispositivo, mas, sim, proteger o agente, quando, em situações de perigo, assumir obrigações indevidas ou desproporcionais, sendo essa a interpretação que deve ser dada ao termo “onerosa” constante do art. 156 do CC. Consigne-se que tal interpretação é totalmente compreensível e deve ser sempre levada a efeito, sob pena de prejudicar a outra parte de boa-fé, que não contribuiu para a situação de risco e que não auferiu qualquer vantagem indevida.

Para ilustrar, em uma situação hipotética, em que o sujeito com graves problemas de saúde precisasse se deslocar imediatamente para outra cidade, a fim de receber atendimento emergencial, e, temendo pela demora do resgate, contratasse um táxi aéreo particular para realizar o deslocamento. Ora, nesse contexto, ter-se-ia a existência de uma situação de risco e, também, uma obrigação onerosa no sentido de custosa/alto valor. Contudo, haveria que se indagar: o serviço teria sido prestado adequadamente? Se sim, não haveria cobrança indevida. E o valor que a companhia de táxi aéreo teria cobrado seria compatível com o serviço em questão? Se fosse compatível, não haveria desproporcionalidade e, então, não seria possível configurar o estado de perigo e, conseqüentemente, não haveria anulação do negócio jurídico.

De fato, entendimento não poderia ser outro, pois a empresa não pode ser punida por agir de boa-fé e dentro dos limites da legalidade, cuja conduta foi a de fornecer um serviço e cobrar o valor justo e usual pelo que foi entregue.

Outra situação parecida e que é muito comum decorre do atendimento em hospitais particulares, que possuem atividade precipuamente ligada ao perigo e às situações de risco. Pelo fato dos serviços prestados serem de alto custo, em razão da mão de obra qualificada e dos equipamentos tecnológicos que são colocados à disposição, muitos acreditam que as despesas médicas podem ser impugnadas sob a alegação de estado de perigo.

Há, sim, possibilidade de que o negócio jurídico realizado com o hospital contenha vício de consentimento da modalidade estado de perigo. Contudo, não basta uma análise superficial da situação de perigo à saúde do agente em coexistência com os altos custos do hospital, mas, conforme dito, impõe-se incursionar sobre o contexto da situação. Dessa forma, há que se observar, se os custos do hospital, ainda que possam ser considerados elevados, têm correspondência com o valor dos serviços prestados. Além disso, deve o hospital disponibilizar todos os meios necessários para a melhoria do quadro do paciente, mas, também, nada além do lhe possa ser útil e efetivo, pois, caso isso não ocorra, poderá ser considerada a cobrança indevida.

Assim, se nenhum procedimento desnecessário tiver sido realizado, se não houver nenhuma cobrança desproporcional ao serviço prestado, ainda que as despesas médicas sejam de elevado custo, não se retiraria a obrigatoriedade do pagamento pelo agente, sob



pena de até mesmo colapsar as empresas que prestam serviços dessa natureza, visto que os hospitais dependem da contraprestação pelos serviços para se manterem em funcionamento.

Oportuno consignar, sobre a questão, o trecho extraído do voto proferido pela Em. Ministra Nancy Andrighi nos autos do Recurso Especial n.º 1.669.129-SP e que exprime bem a situação dos hospitais:

É de se notar, que existem atividades empresariais voltadas especificamente para o atendimento de pessoas em condição de perigo iminente, com se dá com as emergências de hospitais particulares, não se podendo cogitar que elas tenham que suportar o ônus financeiro do tratamento de todos que lá aportam em situação de risco à integridade física ou mesmo à vida, pois como dito, esse é o público-alvo desses locais, e a atividade que desenvolvem com fins lucrativos é legítima, e detalhadamente regulamentada pelo Poder Público<sup>8</sup>.

Diante dessas considerações, é possível analisar e identificar as situações em que se caracteriza o defeito do negócio jurídico na modalidade estado de perigo, o qual, como visto, ocorre em situações específicas, que vão além da simples condição de perigo e custo elevado da obrigação, mas que têm papel fundamental no direito, pois visam a combater o oportunismo daquele que, ainda que não tenha produzido a condição de risco, mas que dela tenha conhecimento, aproveite-se da situação para exigir vantagens indevidas ou desproporcionais.

### **3. O ESTADO DE PERIGO E AS DEMAIS ESPÉCIES DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO: ERRO, DOLO, COAÇÃO E LESÃO**

Cediço que o estado de perigo macula o ato negocial no plano da validade, ante a deficiência do consentimento exprimido por uma das partes, cabe investigar sobre a diferenciação desse instituto com os demais vícios de consentimento previstos no CC de 2002, distinção essa que, por vezes, apresenta-se de forma nebulosa.

Pode-se estabelecer a distinção das modalidades de vícios de consentimento, levando-se em conta tanto o *animus* da parte que manifesta a vontade viciada quanto o da parte que recebe essa manifestação de vontade defeituosa, isto é, observando-se o elemento subjetivo das duas partes contratantes.

Teresa Ancona Lopez<sup>9</sup> estabelece o fundamento geral do estado de perigo, qual seja, a necessidade do sujeito “que se vê forçado a concluir um negócio em condições desfavoráveis para evitar um prejuízo maior”.

8. REsp n.º 1.669.129-SP (2016/0335953-2), Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.8.2017.

9. LOPEZ, T. A. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. In: *Revista do Advogado (São Paulo)*, v. 22, 2002. p. 50.

O erro, previsto no art. 138, é defeito pelo qual a parte tem uma falsa percepção da natureza do negócio entabulado – *error in negotia* –, das qualidades do negócio – *error in substantia* –, do objeto da declaração – *error in corpore* –, da lei aplicável – *error iuris* – ou da pessoa – *error in persona* – com a qual contrata – o *engano* –, concluindo um negócio sem a noção correta acerca de seus elementos. O erro deve ser *substancial* ou *essencial*, ou seja, perceptível a qualquer pessoa de diligência normal, mediana, para merecer a anulação.

O erro é hipótese de vício do consentimento que se pauta pela ética e pela boa-fé que devem guiar as relações negociais pelo *princípio da confiança*, do qual se extrai que a parte receptora da vontade viciada não deveria concluir o negócio percebendo que a outra parte está em erro. O Enunciado n.º 12 da I Jornada de Direito Civil expõe este entendimento: “Art. 138: Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança”. Escusável ou não, o erro é causa de anulabilidade do negócio jurídico, em observância à boa-fé que deve nortear as relações negociais.

Já no caso do dolo, o vício de consentimento previsto no art. 145 do CC, o *animus* de uma das partes contratantes é, deliberadamente, obter vantagem indevida, para isso se utilizando de ardil ou estratagemas, que conduza a outra parte a emitir uma declaração de vontade que, de outro modo, não ocorreria. É, portanto, dolo *essencial* aquele que se caracteriza como a causa principal do negócio jurídico e é sujeito à anulação. Flávio Tartuce<sup>10</sup> alerta para a distinção entre o dolo como defeito do negócio jurídico e o dolo como elemento da responsabilidade civil. No segundo caso, o dolo “não está relacionado com um negócio jurídico, não gerando qualquer anulabilidade. Se eventualmente atingir um negócio, gera somente o dever de pagar perdas e danos, devendo ser tratado como dolo acidental”.

O art. 148 prevê a possibilidade do dolo ser de terceiro, ou seja, pessoa que não faz parte do negócio, mas age com o objetivo de favorecer uma das partes. Nesse caso, se a parte beneficiada tenha conhecimento ou devesse ter, do dolo que a favorece, o contrato será anulável. Se o favorecido não tinha ciência do dolo da terceira pessoa, o negócio não é anulável, mas o lesado pode pleitear o recebimento de perdas e danos contra o terceiro que agiu com dolo pelo prejuízo que sofreu.

O mesmo raciocínio pauta o art. 149, que prevê o dolo do representante legal, estabelecendo que a responsabilidade do representado se limita ao proveito que auferiu com o negócio; no entanto, se o representante for convencional – ou seja, escolhido pela parte –, a responsabilidade com o representado é solidária.

10. TARTUCE, F. *Direito civil 1: Lei de Introdução e parte geral*. 7. ed. São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 383.

Sobre essa distinção explicam Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald<sup>11</sup>:

Sobre o dolo de terceiro e do representante legal, terceiro é aquele que não intervém direta ou indiretamente no negócio. No entanto, não será considerado terceiro o representante da parte (legal ou convencional), uma vez que, atuando nos limites de seus poderes, considera-se o ato praticado pelo próprio representado. Se se trata de representante legal, só obrigará o representado a responder civilmente até a importância do proveito que tenha obtido. Por outra banda, se o representante é convencional (e, logicamente, foi escolhido pelo representado), responderá o representado solidariamente pelas perdas e danos, tendo ação regressiva contra o procurador, se sofrer condenação (CC, art. 149).

A coação tem previsão no art. 151 do CC, e Flávio Tartuce<sup>12</sup> a conceitua como “uma pressão física ou moral exercida sobre o negociante, visando a obrigá-lo a assumir uma obrigação que não lhe interessa”. Ressalta o elemento objetivo nessa modalidade de vício, uma vez que a obrigação assumida pela parte coagida não é de seu interesse. De outro lado, o elemento subjetivo é o temor, o medo fundado de dano que possa ser causado à pessoa do coagido, à sua família ou ao seu patrimônio, caso a obrigação não seja assumida. Eventualmente, no caso de coação física – *vis absoluta* –, o negócio pode ser tido como inexistente.

Na letra de Carlos Alberto Gonçalves<sup>13</sup> (2006, p. 383):

Coação é toda ameaça ou pressão injusta exercida sobre um indivíduo para forçá-lo, contra a sua vontade, a praticar um ato ou realizar um negócio. O que a caracteriza é o emprego da violência psicológica para viciar a vontade. Não é coação, em si, um vício da vontade, mas sim o temor que ela inspira, tornando defeituosa a manifestação de querer do agente.

Noutros termos, a coação é um vício de consentimento sinônimo de violência, seja física ou psicológica, no qual se emprega injusta pressão sobre um indivíduo, a fim de que ele realize determinado negócio jurídico.

O art. 153 estabelece os casos em que a ameaça não se caracteriza como coação, a saber, no caso de exercício regular de direito e de temor reverencial, hipóteses em que não existe a causa de invalidade do negócio. A coação é, por vezes, muito parecida com a figura do estado de perigo e dele se diferencia pelo elemento objetivo da obrigação assumida, que não é do interesse da parte coagida. É dizer que, não fosse pela pressão sofrida do coator, o coagido jamais entabularia o negócio. No estado de perigo, o elemento fundamental é a

11. FARIAS, C. C. ROSENVALD, N. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*, v. 1. São Paulo: Atlas, 2015, p. 549.

12. *Op. cit.*, p. 385.

13. GONÇALVES, C. R., *Direito Civil Brasileiro Vol. 1 – Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 383.

onerosidade excessiva da obrigação assumida em razão do estado de necessidade vivenciado pela parte.

Por fim, no caso da lesão, vício do consentimento previsto no art. 157, pelo qual “uma pessoa, sob premente necessidade ou por inexperiência, obriga-se à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”, cuida-se de defeito também muito semelhante ao estado de perigo, pois é calcada no mesmo fundamento geral: a necessidade de uma das partes em se sujeitar a um negócio desfavorável, sob pena de sofrer um dano maior em sua esfera de direitos.

A distinção está no elemento subjetivo do instituto, que, no caso da lesão, não existe. É dizer que, para que se configure a lesão como vício de consentimento, basta que haja excessiva desproporção entre as prestações assumidas na relação obrigacional, sem que haja necessidade de que a parte favorecida conheça o estado de necessidade ou inexperiência da parte lesada. A lesão se caracteriza, então, pela objetividade da sua verificação mediante a tão-só desproporção exagerada entre as prestações bilaterais.

#### **4. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO E DO RIO DE JANEIRO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O ESTADO DE PERIGO COMO CAUSA DE ANULATÓRIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS**

Diante da pandemia da covid-19, podem-se elencar situações, nas quais a falta de vagas em hospitais públicos ocasionou uma busca por atendimento em hospitais particulares, surgindo situações, já enfrentadas pela jurisprudência, acerca do custeio das despesas inerentes a tal internação.

Há um caso, já analisado pelo TJSP, no qual se buscou, através de ação anulatória de débito, o reconhecimento da inexigibilidade das despesas em hospital particular, em razão da internação de pessoa posteriormente falecida em decorrência da covid-19. O argumento apontado diz respeito, justamente, ao vício de consentimento dado no momento da contratação dos serviços hospitalares particulares, que estaria maculada tendo em vista o estado de perigo enfrentado pela contratante, diante da escassez de vagas na rede pública.

O TJSP, todavia, entendeu não estarem presentes os requisitos do estado de perigo aptos a anularem os negócios jurídicos, tal qual determinado no art. 156 do CC. Em especial, diante do conhecimento acerca da situação, por parte da contratante, também de não ter sido assumida obrigação excessivamente onerosa, pois os valores cobrados pelo nosocômio particular não se perfaziam em descompasso com o preço de mercado.

Oportuno, colacionar a ementa de referido julgado:

Civil e Administrativo – Procedimento Comum – Inexigibilidade de Débito – Internação em Hospital de Rede Privada – Estado de Perigo não caracterizado – Vício de Consentimento não configurado – Responsabilidade Civil do Estado – Direito à Saúde – Pandemia do novo Coronavírus – Vaga em Leito Hospitalar – Esgotamento do Sistema de Saúde – Demora na disponibilização de vaga – Omissão ou falha do serviço – ausência – dever de indenizar inexistente.

1. Pretensão à declaração de inexistência de débito. Paciente levado a atendimento em hospital da rede privada. Internação após agravamento de quadro clínico durante consulta médica. Celebração de contrato para prestação de serviços médico-hospitalares. Atendimento de urgência ou emergência e requerimento de vaga em hospital da rede pública de saúde. Demora na disponibilização de vaga em decorrência do esgotamento do sistema de saúde durante os picos da pandemia do novo coronavírus (covid-19).

2. Contrato celebrado entre as partes que é válido e eficaz, ausente demonstração de vício de consentimento. Ainda que inegável a emoção do momento, é consciente a opção de celebrar contrato de que resulta sacrifício patrimonial extremo na tentativa de salvar a vida de ente querido. “O estado de perigo pressupõe a onerosidade excessiva e o dolo de aproveitamento que, se não provados, inviabilizam a anulação do negócio jurídico” (AgRg no AREsp 672.493/DF, Segunda Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 07/05/2015).

3. Não questionada a necessidade dos serviços prestado ou demonstrado que o preço cobrado está acima da média daqueles que são usualmente praticados no mercado, o sacrifício patrimonial extremo por si só não basta para a caracterização do estado de perigo. Exigibilidade da dívida.

4. Responsabilidade civil do Estado. Imputação de conduta omissiva. Exame da exigibilidade da conduta estatal, invocada como causa do dano, que deve ser feito tendo em vista as reais possibilidades de se exigir o cumprimento de um dever por parte do Poder Público, laborando com a concepção de proporcionalidade, de diligência e de prudência. Crise sanitária, de gravidade e proporcionalidade inéditas no país e no mundo. Da imprevisibilidade e inevitabilidade da pandemia advém a inexigibilidade de conduta diversa que rompe o nexo causal entre a alegada omissão da Administração e o dano. Ausência de prova de falha no gerenciamento da crise sanitária. Dever de indenizar inexistente. Pedidos improcedentes. Sentença mantida. Pedidos improcedentes. Recurso desprovido.<sup>14</sup>

A jurisprudência tem se posicionado no sentido de que não basta a forte emoção e a tensão, inerentes àquele que procede a internação de um ente próximo, como aptas a caracterizar o estado de perigo e, conseqüentemente, anular o negócio jurídico firmado. Se a parte contratante assim o faz, por livre e espontânea vontade, ciente de que se trata de instituição particular, então não pode, uma vez sendo cobrada pelos serviços prestados, deixar de os adimplir sob o argumento de que seu consentimento se encontrava eivado de estado de perigo apto a anular a contratação, a não ser que demonstre exigência exagerada por parte do hospital ou mesmo utilização de serviços inadequados.

14. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (9. Câmara de Direito Público). **Apelação 1012046-55.2020.8.26.0405**. Civil e Administrativo – Procedimento Comum – Inexigibilidade de Débito – Internação em Hospital de Rede Privada – Estado de Perigo não caracterizado – Vício de Consentimento não configurado – Responsabilidade Civil do Estado – Direito à Saúde – Pandemia do novo Coronavírus – Vaga em Leito Hospitalar – Esgotamento do Sistema de Saúde – Demora na disponibilização de vaga – Omissão ou falha do serviço – ausência – dever de indenizar inexistente. Apelante: Viviane Cristina da Silva Camargo. Apelados: Fundação Instituto de Moléstias do Aparelho Digestivo e da Nutrição e Estado de São Paulo. Relator: Des. Décio Notarangeli, 20 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3NpLvBd>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

Confira-se, também, outro julgado do TJSP, que assim se posicionou:

EMENTA: Prestação de serviços médico-hospitalares Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. pedido declaratório de responsabilidade solidária Sentença de improcedência.

(...) Iterativa jurisprudência vem se manifestando no sentido de que a configuração do estado de perigo, depende da demonstração de dolo de aproveitamento ou onerosidade excessiva, o que não aconteceu in casu.

(...) Em se tratando do estado de perigo (vício de consentimento invocado), previsto no art. 156 do Código Civil, é assente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que a sua caracterização implica no preenchimento dos seguintes requisitos: “uma situação de necessidade; a iminência de dano atual e grave; nexo de causalidade entre a manifestação e o perigo de grave dano; ameaça de dano à pessoa do próprio declarante ou de sua família; conhecimento do perigo pela outra parte e assunção de obrigação excessivamente onerosa” (Silvio de Salvo Venosa, Código Civil Interpretado, 2ª edição, São Paulo, 2011, p. 167).

(...) Realmente, dúvida não há de que qualquer pessoa que autoriza a internação hospitalar de alguém afetivamente próximo, em grave estado de saúde ou em situação de emergência, o faz sob forte tensão e emoção.

Porém, não menos certo é o fato de que independentemente da situação, é de senso comum, hodiernamente, independentemente da idade do responsável, que afigura-se temerária a assinatura de documentos sem que se tenha noção, ainda que mínima, de seu conteúdo.

E tal conclusão está amparada no dispositivo contido no art. 375 do CPC.

(...) Realmente, não há nos autos elementos ou mesmo início de prova, a apontar que o valor cobrado pelo hospital correu pela prestação de serviços é excessivamente oneroso em relação à média praticada no mercado.

(...) Hospitais privados cobram por seus serviços e não podem assumir os custos por todos os atendimentos prestados a pacientes em situação de emergência.

Portanto, da mesma forma que seria inadmissível a recusa de atendimento por parte do nosocômio, afigura-se injusta a recusa do pagamento pelos serviços prestados, que, pelo que se tem nos autos enquadram-se dentro dos parâmetros de normalidade.

Ante todo o exposto, bem se vê que por todos os ângulos que se analise a controvérsia, remanesce a conclusão de que não restou configurado na espécie vício de consentimento, qual seja, o estado de perigo, consubstanciado no art. 156 do CPC.

De fato, **não restaram demonstrados na espécie dolo de aproveitamento ou onerosidade excessiva.**<sup>15</sup>

Há, também, um julgado do TJRJ invocando a remansosa jurisprudência nesse sentido, analisando um caso em que o contratante dos serviços do hospital particular alegou o estado de perigo, a fim de que a municipalidade arcasse com as despesas havidas em razão da falta de leitos na rede pública. O entendimento foi no sentido de se manterem hígidas as despesas e a obrigação de pagamento por parte do contratante, diante da não caracterização do estado de perigo simplesmente pela falta de leitos em hospitais públicos. Veja-se:

15. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (29. Câmara de Direito Privado). **Apelação 1011114-17.2017.8.26.0100**. Prestação de serviços médico-hospitalares Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. pedido declaratório de responsabilidade solidária Sentença de improcedência. Apelante: Cleide Iracy Tierno Atihe. Apelados: Sociedade Beneficente de Senhoras - Hospital Sírio-Libanês; Fausto Haruki Hironaka e Espólio de Célio Nogueira Borges. Relator: Des. Neto Barbosa Ferreira, 13 de julho de 2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=13745053&cdForo=0>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

Apelação. Remessa necessária. Ação de obrigação de fazer. Internação em hospital particular. Pedido de transferência para hospital público. Requerimento para que o custeio das despesas com hospital particular recaia sobre o município. Sentença de parcial procedência para condenar o município réu a promover a transferência da parte autora para unidade conveniada ao sus que disponha de unidade de terapia intensiva e assistência de cardiologia. Improcedência do pedido de imputação dos custos hospitalares ao município. Não configuração do estado de perigo. Inteligência do art. 156 do CC. Apelação dos autores que alegam equívoco na sentença que não reconheceu o estado de perigo da paciente. Apelantes que procuraram por conta própria o atendimento de emergência em hospital particular, admitindo arcar com os custos da consulta e exames. Necessidade de internação da apelante devido a diagnóstico de infarto no miocárdio. Hospital particular que não podia liberar a paciente, após o diagnóstico, sob pena de responsabilidade, sendo de rigor sua internação. Ausência de cobrança de valores exorbitantes. Internação realizada em data posterior à ida dos apelantes à UPA. Estado de perigo não configurado. Município que sequer participou ou foi informado de qualquer etapa da relação contratual, não havendo prova da negativa de internação na rede pública, não podendo o ente federativo ser compelido a arcar com os custos de uma internação da parte que, voluntariamente, procurou os serviços do hospital particular. Precedentes desta Corte de Justiça. Manutenção da sentença em sede de remessa necessária e negativa de provimento ao recurso.<sup>16</sup>

Cite-se, por oportuno, outros tantos julgados oriundos do TJSP, os quais afirmam a necessidade de demonstração de cobrança excessiva por parte do hospital para que esteja presente o estado de perigo, não bastando a fragilidade emocional do contratante para se anular os negócios jurídicos: TJSP - 32ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, Apelação 000945-77.8.2013.8.26.0009, Data de Julgamento: 13/12/2019; TJSP - 32ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, Apelação 1022565-50.2014.8.26.0001, Data de Julgamento: 18/09/2019; TJSP, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Sergio Alfieri, Apelação 1042168-98.2017.8.26.0100, Data de Julgamento: 01/02/2019; TJSP, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Denise Andréa Martins Retamero, Apelação 1105933-09.2018.8.26.0100, Data de Julgamento: 22/07/2020; TJSP, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Angela Lopes, Apelação 1031779-41.2019.8.26.0114, Data de Julgamento: 20/05/2021; TJSP, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Salles Vieira, Apelação 1002817-23.2016.8.26.0176, Data de Julgamento: 31/08/2020; TJSP, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Adilson de Araújo, Apelação 1019760-61.2019.8.26.0224, Data de Julgamento: 26/08/2020; TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Marcondes D'Angelo, Apelação 1077422-74.2013.8.26.0100, Data de Julgamento: 12/06/2020; TJSP, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Neto Barbosa Ferreira, Apelação 1009828-82.2015.8.26.0032, Data de Julgamento: 19/02/2020.

16. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (24. Câmara Cível). **Apelação 0003006-94.2018.8.19.0061**. Apelação. Remessa necessária. Ação de obrigação de fazer. Internação em hospital particular. Pedido de transferência para hospital público. Requerimento para que o custeio das despesas com hospital particular recaia sobre o município. Sentença de parcial procedência para condenar o município réu a promover a transferência da parte autora para unidade conveniada ao sus que disponha de unidade de terapia intensiva e assistência de cardiologia. Improcedência do pedido de imputação dos custos hospitalares ao município. Não configuração do estado de perigo. Inteligência do art. 156 do CC [...]. Apelante: Sandra Maria Oliveira da Silva. Apelado: Fundação Educacional Serra dos Órgãos - FESO e outro. Relator: Des. Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, 19 de agosto de 2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A5F42AC338989C77DB8A448048E400AAC50D04356133&USER=>. Acesso em 18 fev. 2022.

Por fim, mas não menos importante, colacionam-se julgados do STJ, também no sentido de que o estado de perigo não se resume ao desespero emocional da parte contratante, pois, se assim fosse admitido, certamente, os serviços hospitalares particulares sentiriam o peso da inadimplência constante, exigindo-se a prova de onerosidade excessiva pelo cobrado assim como o aproveitamento doloso por parte do contratante. Veja-se:

Processual civil. Ação cominatória. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Despesas de tratamento médico. Internação de paciente em hospital particular. Alegação de estado de perigo não reconhecida pela instância *a quo*. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ.

(...) 2. O estado de perigo pressupõe a onerosidade excessiva e o dolo de aproveitamento que, se não provados, inviabilizam a anulação do negócio jurídico.

4. Agravo Regimental não provido.<sup>17</sup>

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS HOSPITALARES. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. ESTADO DE PERIGO. OCORRÊNCIA.

I- O Estado de perigo é vício de consentimento dual, que exige para a sua caracterização, a premência da pessoa em se salvar ou a membro de sua família e, de outra banda, a ocorrência de obrigação excessivamente onerosa, aí incluída a imposição de serviços desnecessários, conscientemente fixada pela contraparte da relação negocial.

II - O tão-só sacrifício patrimonial extremo de alguém, na busca de assegurar a sua sobrevivência ou de algum familiar próximo, não caracteriza o estado de perigo, pois embora se reconheça que a conjuntura tenha premido a pessoa a se desfazer de seu patrimônio, a depauperação ocorrida foi conscientemente realizada, na busca pelo resguardo da própria integridade física ou de familiar. (...)

IV- Se o nosocômio não exigir, nessas circunstâncias, nenhuma paga exagerada, ou impor a utilização de serviços não necessários, ou mesmo garantias extralegais, mas se restringir a cobrar o justo e usual, pelos esforços realizados para a manutenção da vida, não há defeito no negócio jurídico que dê ensejo à sua anulação. Recurso especial provido.<sup>18</sup>

Destaca-se, diante da clareza de explanação, o voto da Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial 1.680.448/MG<sup>19</sup>, acerca do tema ora analisado:

17. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 672.493/DF**. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. VIOLAÇÃO DO ART.535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. DESPESAS DE TRATAMENTO MÉDICO. INTERNAÇÃO DE PACIENTE EM HOSPITAL PARTICULAR. ALEGAÇÃO DE ESTADO DE PERIGO NÃO RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA A QUO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. Agravante: Angela Cristina de Araújo Clemente e outros. Apelado: Rede D'Or Santa Luzia S/A Unidade Santa Luzia e Distrito Federal. Relator: Min. Herman Benjamin, 07 de maio de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3NVRRsR>. Acesso em: 18 fev. 2022.

18. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.669.129/SP**. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS-HOSPITALARES. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. ESTADO DE PERIGO. OCORRÊNCIA. Recorrente: São Joaquim Hospital e Maternidade Ltda. Recorrido: Rayla Bernardes Chaves e Eder Gonçalves Chaves. Relator: Min. Nancy Andrighi, 22 de agosto de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\_registro=201603359532&dt\_publicacao=29/08/2017>. Acesso em: 18 fev. 2022.

19. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.680.448 / MG**. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS-HOSPITALARES. AÇÃO DE COBRANÇA. ESTADO DE PERIGO. OCORRÊNCIA. Recorrente: Hospital Mater Dei S/A. Recorrido: Bruno Souza Fonseca. Relator: Min. Nancy Andrighi, 22 de agosto de 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3Nq4Lzk>. Acesso em: 18 fev. 2022.



o estado de perigo é vício de consentimento dual, que exige para sua caracterização, a premência da pessoa em se salvar, ou a membro de sua família e, de outra banda, a ocorrência de obrigação excessivamente onerosa, aí incluída a imposição de serviços desnecessários, conscientemente fixada pela contraparte da relação negocial. O tão-só sacrifício patrimonial extremo de alguém, na busca de assegurar a sua sobrevivência ou de algum familiar próximo não caracteriza o estado de perigo, pois embora se reconheça que a conjuntura tenha premido a pessoa a se desfazer de seu patrimônio, a depauperação ocorrida foi conscientemente realizada, na busca pelo resguardo da própria integridade física, ou de familiar. Atividades empresariais voltadas especificamente para o atendimento de pessoas em condições de perigo iminente, como se dá com as emergências de hospitais particulares, não podem ser obrigadas a suportar o ônus financeiro do tratamento de todos que lá aportam em situação de risco à integridade física, ou mesmo à vida, pois esse é o público-alvo desses locais, e a atividade que desenvolvem com fins lucrativos é legítima, e detalhadamente regulamentada pelo Poder Público. Se o não exigir, nessas circunstâncias, nenhuma paga exagerada, ou impor a utilização de serviços não necessários, ou mesmo garantias extraleais, mas se restringir a cobrar o justo e usual, pelos esforços realizados para manutenção da vida, não há defeito no negócio jurídico que dê ensejo à sua anulação.<sup>20</sup>

Então, o atual entendimento do STJ desconsidera o estado de perigo, apto a viciar o consentimento, quando alguém decide sacrificar o seu patrimônio para resguardar a integridade física própria ou de familiar. Obviamente, se também não houver desproporcionalidade no valor cobrado, de modo que, existindo justo valor em relação à contraprestação, não há como se macular a decisão tomada.

## 5. NOTAS CONCLUSIVAS

A previsão do estado de perigo como vício do consentimento a ensejar a anulação do negócio jurídico tem por objetivo essencial evitar que uma das partes obtenha vantagem decorrente do estado de necessidade vivenciado pela outra parte, sendo o fundamento desse instituto o princípio da boa-fé objetiva que deve nortear toda e qualquer relação negocial.

Assim, conforme entendimento jurisprudencial atual, em se tratando da hipótese de vício de consentimento na modalidade estado de perigo (art. 156 do CC), a norma jurídica visa a evitar o oportunismo daquele que não tenha produzido a situação de risco, mas dela tenha conhecimento, se aproveite para exigir vantagens indevidas ou desproporcionais.

Não havendo cobrança exagerada dos serviços prestados – incluindo-se expedientes desnecessários ou que tenha superfaturado equipamentos e procedimentos hospitalares,

20. Cite-se ainda BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.578.474/SP**. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. VIOLAÇÃO DE RESOLUÇÃO NORMATIVA. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. ORÇAMENTO PRÉVIO. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO HOSPITALAR DE EMERGÊNCIA. HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. ESTADO DE PERIGO. INOCORRÊNCIA. TERMO DE RESPONSABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. Recorrente: Marcelo Breno Kelman. Recorrido: Sociedade Hospital Samaritano. Relator: Min. Nancy Andrighi, 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3NtkU7d>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

nem mesmo exigência de garantia ilegal – inexistente o estado de perigo apto a ensejar a anulabilidade do negócio jurídico firmado. Com efeito, a cobrança pelas despesas hospitalares somente poderia ser desconstituída, acaso se apresentasse de forma excessiva, o que não pode ser considerado pela avaliação pura e simples do valor da cobrança em comparação com a capacidade financeira do paciente/responsável. Deve-se observar se o valor é condizente com custo adequado e, nesse ponto, deve o contratante fazer essa prova.

A não exigência, portanto, de vantagem ou de valores superiores do que usualmente cobrado para os serviços hospitalares descaracteriza o estado de perigo, sendo certo que a situação de risco vivenciada pela parte contratante, diante do estado de saúde crítico de um ente querido, não retira a obrigatoriedade do pagamento das despesas hospitalares.

Como se vê, os hospitais particulares, possuem atividade precipuamente ligada ao perigo eminente e situações de emergência. Se todos decidissem se insurgir contra cobranças médicas, alegando vício de consentimento em função de situação de risco – sem que se tenha configurado qualquer abuso pelo hospital –, certamente, haveria o colapso de serviços dessa natureza, visto que os hospitais privados não são entidades filantrópicas, ou seja, somente conseguem se manter mediante a contraprestação dos serviços.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, F. **Direito civil: introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. **Código Civil**: Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/3PVZNvU>>. Acesso em: 07 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.578.474/SP**. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. VIOLAÇÃO DE RESOLUÇÃO NORMATIVA. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. ORÇAMENTO PRÉVIO. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO HOSPITALAR DE EMERGÊNCIA. HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. ESTADO DE PERIGO. INOCORRÊNCIA. TERMO DE RESPONSABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. Recorrente: Marcelo Breno Kelman. Recorrido: Sociedade Hospital Samaritano. Relator: Min. Nancy Andrighi, 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3MgupFu>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.680.448/MG**. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS-HOSPITALARES. AÇÃO DE COBRANÇA. ESTADO DE PERIGO. OCORRÊNCIA. Recorrente: Hospital Mater Dei S/A. Recorrido: Bruno Souza Fonseca. Relator: Min. Nancy Andrighi, 22 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3mkgTGk>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.669.129/SP**. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS-HOSPITALARES. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. ESTADO DE PERIGO. OCORRÊNCIA. Recorrente: São Joaquim Hospital e Maternidade Ltda. Recorrido: Rayla Bernardes Chaves e Eder Gonçalves Chaves. Relator: Min. Nancy Andrighi, 22 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3xjRhQ2>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 672.493/DF**. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. VIOLAÇÃO DO ART.535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. DESPESAS DE TRATAMENTO MÉDICO. INTERNAÇÃO DE PACIENTE EM HOSPITAL PARTICULAR. ALEGAÇÃO DE ESTADO DE PERIGO NÃO RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA A QUO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. Agravante: Angela Cristina de Araújo Clemente e outros. Apelado: Rede D'Or Santa Luzia S/A Unidade Santa Luzia e Distrito Federal. Relator: Min. Herman Benjamin, 07 de maio de 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/3auj7jv>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo (9. Câmara de Direito Público). **Apelação 1012046-55.2020.8.26.0405**. Civil e Administrativo – Procedimento Comum – Inexigibilidade de Débito – Internação em Hospital de Rede Privada – Estado de Perigo não caracterizado – Vício de Consentimento não configurado – Responsabilidade Civil do Estado – Direito à Saúde – Pandemia do novo Coronavírus – Vaga em Leito Hospitalar – Esgotamento do Sistema de Saúde – Demora na disponibilização de vaga – Omissão ou falha do serviço – ausência – dever de indenizar inexistente. Apelante: Viviane Cristina da Silva Camargo. Recorrido: Fundação Instituto de Moléstias do Aparelho Digestivo e da Nutrição e Estado de São Paulo. Relator: Des. Décio Notarangeli, 20 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3NmJW88>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo (29. Câmara de Direito Privado). **Apelação 1011114-17.2017.8.26.0100**. Prestação de serviços médico-hospitalares Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. pedido declaratório de responsabilidade solidária Sentença de improcedência. Apelante: Cleide Iracy Tierno Atihe. Apelados: Sociedade Beneficente de Senhoras - Hospital Sírio-Libanês; Fausto Haruki Hironaka e Espólio de Célio Nogueira Borges. Relator: Des. Neto Barbosa Ferreira, 13 de julho de 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3GRW3HL>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (24. Câmara Cível). **Apelação 0003006-94.2018.8.19.0061**. Apelação. Remessa necessária. Ação de obrigação de fazer. Internação em hospital particular. Pedido de transferência para hospital público. Requerimento para que o custeio das despesas com hospital particular recaia sobre o município. Sentença de parcial procedência para condenar o município réu a promover a transferência da parte autora para unidade conveniada ao sus que disponha de unidade de terapia intensiva e assistência de cardiologia. Improcedência do pedido de imputação dos custos hospitalares ao município. Não configuração do estado de perigo. Inteligência do art. 156 do CC [...]. Apelante: Sandra Maria Oliveira da Silva. Apelado: Fundação Educacional Serra dos Órgãos - FESO e outro. Relator: Des. Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, 19 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3xa0UQ7>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

DIMOULIS, D. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 240.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, v. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, C. R., **Direito Civil Brasileiro Vol. 1 – Parte Geral**, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 383.

LOPEZ, T. A. **O estado de perigo como defeito do negócio jurídico**. In: **Revista do Advogado (São Paulo)**, v. 22, p. 49-60, 2002.

RODRIGUES, S. **Direito Civil, Parte Geral**, v. 01, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 222.

TARTUCE, F. **Direito civil 1: Lei de Introdução e parte geral**. 7. ed. São Paulo: MÉTODO, 2011.

VENOSA, S. S. **Direito Civil**. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.1.

REsp n.º 1.669.129-SP (2016/0335953-2), Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.8.2017.

## DESAFIOS REGULATÓRIOS PARA A TELEMEDICINA NO ÂMBITO DOS CONSELHOS REGIONAIS E FEDERAL DE MEDICINA

### REGULATORY CHALLENGES FOR TELEMEDICINE IN THE FRAMEWORK OF THE REGIONAL AND FEDERAL COUNCILS OF MEDICINE

Eduardo Dantas<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O histórico da telemedicina. 3. Novos dilemas à espera de soluções no âmbito dos Conselhos 4. A LGPD e o atendimento em ambiente não presencial 5. Das inadequações entre a regulamentação ético-deontológica e a noção de ambiente virtual 6. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

**Resumo:** A rápida evolução da tecnologia de comunicação remota, o surgimento dos ambientes virtuais de interação humana, aliados à disrupção causada pela pandemia da covid-19, e a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados permitiram a criação das condições necessárias para a reformulação das regras deontológicas da telemedicina. Entretanto, mesmo após um hiato de 20 anos, as novas normas não parecem capazes de responder a todos os desafios propostos pela virtualização da medicina. O propósito deste artigo é analisar alguns desses aspectos, possibilitando o debate e a busca de soluções.

**Palavras-chave:** Telemedicina. Lei Geral de Proteção de Dados. Resoluções CFM. Dados sensíveis em saúde. Responsabilidade Civil.

**Abstract:** The rapid evolution of remote communication technology, the emergence of

1. Advogado, inscrito nas Ordens do Brasil e de Portugal; Sócio titular do Escritório Eduardo Dantas Advocacia & Consultoria (PE); Sócio do Escritório Dantas, Corrêa & Takahashi – Advocacia Especializada em Direito da Saúde (PR); Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1995); Especialista em Direito de Consumo pela *Universidad de Castilla-La Mancha* (2001); Mestre em Direito Médico pela *University of Glasgow* (2007); Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra; Ex Vice-Presidente e membro do *Board of Governors da World Association for Medical Law*; Procurador Jurídico do Conselho Regional de Odontologia de Pernambuco; Autor dos livros *Direito Médico* (Editora GZ, 2009), *Comentários ao Código de Ética Médica* (Editora GZ, 2010), *Droit Médical au Brésil* (Editora GZ, 2013); *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida* (Editora GZ, 2018); e *Contemporary Issues in Medical Law* (Editora GZ, 2018); Coordenador do Livro *Tendências do Direito Médico* (Editora GZ, 2021); Autor de diversos artigos publicados no Brasil, Portugal, Israel, EUA, Polónia, República Checa e França; Membro da Comissão Especial de Direito Médico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Gestões 2013/2015 e 2016/2018); Professor do VI Curso de Pós-Graduação em Bioética do CDIP – Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. (Portugal); Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito de Família da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (Recife – PE); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico e Hospitalar da EPD – Escola Paulista de Direito (São Paulo – SP); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico, Odontológico e da Saúde do IGD – Instituto Goiano de Direito (Goiânia – GO); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico e Saúde Suplementar do Instituto Luiz Mário Moutinho (Recife – PE); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico, da Saúde e Bioética da Faculdade Baiana de Direito (Salvador – BA); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico e Odontológico da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (Brasília – DF); Ex-Presidente da Comissão de Direito e Saúde da OAB/PE; Fundador e Ex-Presidente da Comissão de Direito Médico da OAB/AL; Membro da Comissão. De Direito Médico da OAB/RJ (2021); Membro honorário do Membro honorário do grupo de pesquisas “Direito da Saúde e Empresas Médicas”, do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, sob coordenação do professor Miguel Kfourri Neto; Presidente da Associação Pernambucana de Direito Médico e da Saúde; Vice-Presidente da Asociación Latinoamericana de Derecho Médico; Presidente da ALDIS – Associação Lusófona de Direito da Saúde; Coordenador pedagógico da *Association de Recherche et de Formation en Droit Médical* (Toulouse, França); Membro do International Advisory Board do Observatório de Direitos Humanos: Bioética, Saúde e Ambiente, da Universidade de Salerno, Itália; Vice-Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito do IBDIFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família; Membro do IBERC – Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil; Secretário-Geral da Comissão Nacional de Direito Médico da Associação Brasileira de Advogados - ABA; Membro do Conselho Editorial da *Medicine & Law Journal*, revista da *World Association for Medical Law*; Coordenador do Conselho Editorial da Revista de Direito Médico e da Saúde. [eduardodantas@eduardodantas.adv.br](mailto:eduardodantas@eduardodantas.adv.br)

virtual environments for human interaction, combined with the disruption caused by the covid-19 pandemic, and the enactment of the General Data Protection Law allowed the creation of the necessary conditions for the reformulation of the deontological rules regarding Telemedicine. However, even after a 20 years' hiatus, the new standards do not seem capable of responding to all the challenges posed by the virtualization of medicine. The purpose of this article is to analyze some of these aspects, enabling the debate and the search for solutions.

**Keywords:** Telemedicine. General Data Protection Law. Federal Council of Medicine Resolutions. Civil responsibility.

## 1. INTRODUÇÃO

A telemedicina representa a face mais visível da virtualização das relações sociais aplicadas à atividade médica, permitindo seu exercício a distância, com consulta, tratamento e diagnóstico em seus mais diversos modelos e denominações, tais como a teleconsulta, o teleatendimento, a telepatologia, a telerradiologia, o telemonitoramento, a telecirurgia e o uso das mais diversas tecnologias de interação não presencial.

Ao falar em telemedicina, incorporamos ao cenário dois importantes componentes: a velocidade da produção do conhecimento humano nas ciências da saúde, que atingiu níveis vertiginosos e exponenciais nas últimas 5 décadas, impactando, de forma definitiva, as formas de tratamento, os diagnósticos, a qualidade e a expectativa de vida da população, permitindo a construção de um novo modelo de sociedade; e o desenvolvimento da tecnologia, que trouxe conceitos e funcionalidades antes atribuídas apenas aos mais ousados devaneios e elucubrações no campo da ficção científica.

Todas as previsões foram atropeladas pela pandemia da covid-19, alterando comportamentos e hábitos em uma velocidade jamais vista pela humanidade fora dos períodos de guerra declarada entre povos, etnias, reinos ou nações. O que não foi realizado por opção tem um caráter de irreversibilidade latente, e os formuladores de pressupostos ético-deontológicos passaram à condição de administradores de consequências.

A ideia, portanto, é discutir o futuro da telemedicina pós-pandemia, mais precisamente os seus aspectos ético-deontológicos que ganharam nova regulamentação por meio da Resolução CFM n.º 2.314, de 05 de maio de 2022, publicada em 05 de maio de 2022 pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), em um contexto em que as premissas e os alicerces já foram alterados, à revelia dos formuladores de políticas e das balizas deontológicas, pela realidade.

## 2. O HISTÓRICO DA TELEMEDICINA

Até o alvorecer do ano de 2020, a telemedicina tinha sua regulamentação ética disciplinada pela Resolução CFM n.º 1.643, de 07 de agosto de 2002.<sup>2</sup> Já existia um consenso de que havia – e há – necessidade de atualização de determinados conceitos e padrões, uma vez que a evolução tecnológica e mesmo a social, nas últimas 2 décadas, tornou obsoletos alguns instrumentos limitantes e desnecessárias algumas das preocupações ali expostas, na medida em que a possibilidade de comunicação interpessoal não presencial, em tempo real, ganhou contornos e funcionalidades até então sequer imaginadas no ano de 2002.<sup>3</sup>

No ano de 2018, foi publicada a Resolução CFM n.º 2.227, de 13 de dezembro de 2018, que buscava justamente regulamentar o uso de novos serviços de telemedicina, tendo em vista a evolução das tecnologias, buscando adequar os parâmetros éticos à realidade. Objeto de múltiplas críticas, formuladas por diversas entidades e setores vinculados à saúde, a dita Resolução foi revogada, dias depois, antes mesmo de entrar em vigência, para adequação e análise, estando pendente até a presente data, de nova publicação.

Entre um momento e outro, o Código de Ética Médica (CEM) passou por duas modificações (Resoluções CFM n.º 1.931, de 24 de setembro de 2009, e n.º 2.217, de 27 de setembro de 2018), sendo a última redação vigente dada ao seu artigo 37 especialmente crítica e limitante do uso da telemedicina, proibindo ao médico “Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento”.

Sobrevindo a pandemia da covid-19, com as medidas de quarentena, lockdown, e distanciamento social, bem como o remanejamento de praticamente todos os recursos (humanos e técnicos) para o atendimento da emergência mundial, tornou-se imperativo o uso e o atendimento médico a partir de novas formas, como maneira de evitar a paralisação de tratamentos e atendimentos os mais diversos, com suas já conhecidas, possíveis e previsíveis consequências deletérias.

Reconheceu o CFM, portanto, em caráter emergencial, a possibilidade (inclusive sob parâmetros éticos) de uso da telemedicina como paliativo ao problema. Esse

2. Segundo Diogo Manganelli “O histórico da telemedicina no Brasil é extenso e complexo. Ainda em 2002, o Conselho Federal de Medicina (CFM) havia publicado a Resolução no 1.643 em que definia os conceitos acerca do que seria tido como telemedicina sem, contudo, trazer definições mais assertivas sobre os limites da sua utilização, como requisitos, gerando grau considerável de incerteza e, conseqüentemente, desencorajando sua aplicação de maneira extensiva no País. Além disso, até aquele momento, não existiam normativas do governo federal que autorizassem expressamente a prática, o que contribuiu para sua subutilização.”. In: Telemedicina veio para ficar mesmo após o fim da crise da Covid-19?, publicado em <<https://bit.ly/3mGn0FF>>, com acesso em 05 jan. 2022.

3. Sobre o tema, Luiz Felipe Conde e Abner Brandão Carvalho acrescentam: “O *Skype*, um dos *softwares* de videoconferência mais conhecidos da atualidade, só conheceria a luz do mundo virtual em 2003. A principal plataforma de vídeos da internet (*YouTube*) só passaria a existir em 2005 e o *WhatsApp*, em 2009. Outras plataformas de transferência de imagens, vídeos e dados, são ainda mais recentes. Aliás, os próprios *smartphones* tiveram seu início a partir de 2007, quando Steve Jobs, da Apple, anunciou o primeiro iPhone. A Google lançaria seu sistema operacional, o Android, no ano seguinte. A partir de então, os celulares se popularizariam ainda mais, entre as mais diversas camadas da sociedade.” In: CARVALHO, A. B.; CONDE, L. F. **A responsabilidade civil do médico no uso da telemedicina**. Disponível em: <<https://bit.ly/3GYOgbl>>. Acesso em: 05. jan. 2022.

reconhecimento se deu a partir da edição do Ofício CFM n.º 1.756 – COJUR, de 19 de março de 2020, que seguiu em consonância com a Portaria do Ministério da Saúde n.º 467, de 24 de julho de 2020, que disciplinou a telemedicina de forma excepcional e temporária, portaria essa precursora da Lei n.º 13.989, publicada e promulgada em 15 de abril de 2020, atualmente em vigor, que regulamenta a matéria durante o período em que perdurar a pandemia causada pelo coronavírus.

Importante destacar que a referida lei, uma vez encerrado o período emergencial, ainda que não possuísse – por óbvio – a delimitação de seu marco temporal, previa a devolução de competência para disciplinar a matéria ao CFM em seu artigo 6º. Todavia, tal artigo foi vetado pela Presidência da República, sob o argumento de que “a regulação das atividades médicas por meio de telemedicina após o fim da atual pandemia é matéria que deve ser regulada, ao menos em termos gerais, em lei, como se extrai do art. 5º, incisos II e XIII, da Constituição”<sup>4</sup>. E teve seu veto derrubado pelo congresso nacional, sendo republicada em 20 de agosto de 2020, tendo, em seu artigo 6º, a seguinte redação: “Competirá ao Conselho Federal de Medicina a regulamentação da telemedicina após o período consignado no art. 2º desta Lei.”

E assim foi feito. Com a edição da já citada Resolução CFM n.º 2.314/2022, precedida e complementada em alguns aspectos pela edição da Resolução CFM n.º 2.306, de 25 de março de 2022, que aprovou o novo Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) no âmbito dos Conselhos Regionais e Federal de Medicina.

### **3. NOVOS DILEMAS À ESPERA DE SOLUÇÕES NO ÂMBITO DOS CONSELHOS**

Uma vez posto o atual enquadramento normativo-legislativo da telemedicina, é de se verificar um dos principais pontos de conflito ético sobre o tema: a regulamentação prevista pelo CEM, bem como aquelas previstas na já revogada Resolução CFM n.º 1.643/2002 e na atual Resolução CFM n.º 2.314/2022, não encontram espaço para fundamentar a análise do comportamento ético do médico que atua realizando telemedicina.

Recentemente, durante o mês de novembro de 2021, tivemos a oportunidade de atuar em processo ético-profissional em um Conselho Regional de Medicina (CRM), em que o médico estava tendo sua conduta analisada, sob a alegação de possível infração aos artigos 82 e 87 do CEM.

4. Consoante pode ser visto em <https://bit.ly/3z17lgs>. Acesso em 05 jan. 2022.



No caso concreto, o médico denunciado estava sendo acusado de “aparentemente não ter confeccionado prontuário médico” referente ao atendimento telepresencial de uma colega médica com suspeita de estar infectada pela covid-19, sem ter aberto prontuário nos moldes tradicionais, pelo que entendeu o conselheiro sindicante ser caracterizada possível infração ética.

A argumentação utilizada em sua defesa ressaltava o fato de que não se poderia afastar da análise do caso a existência de uma situação excepcionalíssima na história pela ocorrência da pandemia da covid-19, cujos efeitos e consequências ainda se faziam presentes, e que, à época dos fatos, havia muito mais restrições de deslocamentos, de atendimentos e de cuidados, especialmente entre profissionais de saúde atuantes na linha de frente do combate à pandemia.

Naquele contexto, o denunciado atendeu uma colega médica por meio de teleconsulta, em momento no qual ela apresentava sintomas sugestivos da covid-19, realizando tanto a consulta como o monitoramento, facilitado pelo fato de a paciente ser também médica, por meio de aplicativos telefônicos com recursos audiovisuais.

Ao fazê-lo – repita-se: em situação atípica, extremamente estressante e extenuante e em um contexto de pandemia mundial, no qual buscava dar celeridade ao atendimento e fazê-lo com segurança para a paciente –, utilizou o receituário da instituição hospitalar na qual se encontrava, não se atentando, naquele momento, para uma situação nova, em que o atendimento era realizado com um paciente fisicamente ausente.

Vale salientar – até mesmo com o intuito de garantir a correta contextualização – que o denunciado se encontrava no hospital realizando evolução clínica. E não há, no CEM ou no artigo em comento, disposição que mencione de forma expressa que o paciente não possa estar em teleatendimento, estando o médico presente na instituição, como foi o caso. A expressão “fora da instituição a que pertençam tais formulários”, contida no artigo, é inaplicável ao caso aqui discutido, portanto.

O que se pretendia comprovar – como de fato ocorreu –, para além da ausência de qualquer tipo de dolo, é que existia um contexto em toda a situação que necessita ser levado em consideração, de modo a mitigar os efeitos dos dispositivos do CEM. Aplicá-lo literalmente, sem qualquer ponderação, contrariaria os mais básicos princípios de razoabilidade.

O que se buscava era – como sempre foi – atender uma situação séria, potencialmente grave, trazendo segurança à paciente e às pessoas com quem poderia ela ter contato, especialmente em sua condição de médica efetivamente atuante com pacientes.

Entender como infracional a conduta adotada, diante do caótico cenário existente no momento dos fatos seria adotar uma postura draconiana, por demais severa, fugindo aos preceitos essencial e primordialmente educativos, que devem pautar a fiscalização dos Conselhos de Medicina, mormente quando não houve dolo, intenção de fraude ou sequer prejuízo à paciente ou à instituição hospitalar.

A situação trazida ao atendimento requeria ações rápidas de investigação, vigilância quanto aos sintomas e necessidade de isolamento, para fins de evitar o contágio de outros profissionais e pacientes com quem a médica-paciente, por força do ofício, pudesse continuar a ter contato. O uso do receituário, portanto, estava longe de poder ser considerado uma infração ética em virtude de todas as questões ali indicadas.

O que se requeria, portanto, era a ponderação da situação fática, de modo a, devidamente contextualizada, reconhecer-se a inexistência de infração ética. Não se encontrava, no caso concreto, relação entre a capitulação e a realidade. A conduta tipificada como infração ética era deixar de elaborar prontuário legível. Como o verbo do ilícito ético é deixar de elaborar, presume-se uma conduta passiva do médico infrator, posto que o artigo não traz a previsão de infração na modalidade ativa (comissão).

Efetivamente, o que se tinha é que as informações pertinentes ao atendimento estavam todas registradas no aplicativo de mensagens, no qual se operou a troca de informações. Ou seja, uma situação não prevista pelo CEM, mas recepcionada pela legislação que regulamenta a telemedicina.

Mais que isso: da forma como se encontrava registrado, havia uma clara linha de tempo com perguntas, respostas, medidas adotadas e seus resultados. Tudo documentado de forma fidedigna e em ordem cronológica, de maneira absolutamente capaz de apresentar a continuidade de tratamento em qualquer situação.

Não se pode olvidar que, sendo a paciente também médica e tendo o acesso àquelas informações disponibilizado diretamente via aplicativo em seu smartphone ou em seu computador, todos os dados lhe eram facultados diretamente, em qualquer tempo e lugar, de maneira tão ou mais efetiva quanto um prontuário em papel.

Havia, portanto, elaboração de documentação equivalente a prontuário, o que excluiria a alegada conduta infracional. E se podia ir mais além: não havia dano causado à paciente. Ao contrário, seu atendimento foi realizado da forma mais adequada, segura e célere possível dadas as circunstâncias já anteriormente relatadas. Para todos os efeitos daquela situação inusitada e não prevista, havia um prontuário – ou um substituto que fazia seu papel –, estando, portanto, a situação tratada no processo ético-profissional localizada fora do âmbito e do escopo da norma ética, por tratar de uma situação inexistente e não

prevista à época de sua elaboração.

Diante das circunstâncias de pandemia, a consulta, as providências e as conversas registradas no aplicativo de mensagens poderiam ser consideradas um documento legal, uma vez que a discussão de casos no WhatsApp é frequente entre os médicos. O registro de conversas, nessas situações específicas, pode ser considerado um prontuário não formal, tendo em vista que a beneficiada pelo atestado também era médica, e o registro, da forma como foi feito, tornaria os dados bem mais acessíveis e com maior facilidade de compreensão do que o prontuário convencional.

O registro de conversas no WhatsApp tem sido utilizado como prova em processos judiciais e, analogicamente, também se considera que, no âmbito médico, possa ser utilizado, principalmente no contexto da pandemia, tendo em vista que o registro contém os dados, a hora e as condições do paciente e que os dados ali constantes são mais fidedignos e completos do que os constantes no prontuário formal. Esse tipo de registro, de certa maneira, contempla o consenso, a liberdade e o sigilo, que são princípios que norteiam a relação médico-paciente, materializando inclusive os esclarecimentos dados ao paciente.

Em outras palavras: até mesmo por não haver previsão de atendimento telepresencial no CEM, que é anterior à covid-19, não havia previsão de conduta infracional na elaboração do registro da consulta no ambiente de aplicativo de mensagens utilizado entre médico e paciente – e no caso concreto, entre dois médicos. Se não havia previsão de conduta infracional, não havia tipificação, portanto.

Condenar o denunciado, diante de todo aquele contexto apresentado, sem considerar a intenção e os benefícios obtidos pelo atendimento da paciente – e de toda uma comunidade que poderia ser potencialmente infectada, caso existisse demora nas condutas adotadas –, observando pura e simplesmente a letra fria e impessoal do CEM, seria o equivalente a condenar (multar) um médico que, ao conduzir seu veículo em uma via, onde é proibido parar e/ou estacionar, presenciasse um atropelamento grave e parasse seu automóvel para socorrer a vítima. Ao pensar dessa maneira, a conduta “ética” a ser adotada seria seguir em frente sem prestar socorro, porque, naquele local, haveria a proibição de interromper o trânsito. Não poderia ser essa a mensagem a ser transmitida por aquele Conselho Regional aos seus jurisdicionados, como de fato não o foi, tendo havido o reconhecimento da inexistência de infração ética durante o julgamento daquele PEP.

Esse é um dos exemplos de situação que pode advir do descompasso entre a normativa ética e a legislação vigente. A necessidade de harmonização se mostra patente em virtude, inclusive, de outro elemento legislativo recentemente incorporado à realidade médica: a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

## 4. A LGPD E O ATENDIMENTO EM AMBIENTE NÃO PRESENCIAL

A LGPD, Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, trouxe, no inciso I de seu artigo 5º, a definição de dados pessoais, classificando-os como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Um contexto absolutamente amplo, que serve para todas as formas de coleta de dados que tornam únicos – identificáveis – os seres humanos, para todos os fins sociais, econômicos, comerciais, enfim, de vida em sociedade. Aí, se incluem documentos pessoais – RG, CNH, CPF, etc. –, filiação, endereços, registros bancários, informações econômicas e fiscais e toda uma gama de dados que podem ser inter cruzados, possibilitando o seu tratamento para os mais diversos fins.

Dentre esses dados, existem, claro, alguns de ordem mais pessoal, íntima, que foram considerados pela LGPD (no inciso II do mesmo artigo) como dados pessoais sensíveis e definidos como:

[...] dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (BRASIL, 2018).

Tratando-se de dados sensíveis em saúde, a proteção se destina aos elementos existenciais da pessoa, sendo um dos pilares dos direitos da personalidade, materializando um dos fundamentos do sistema constitucional brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Já seu artigo 6º prioriza a finalidade do tratamento de dados pessoais com propósitos legítimos e específicos, em meios digitais ou não. Há que levar em consideração, portanto, a finalidade, a transparência e a segurança para o paciente do manuseio de seus dados pessoais sensíveis durante atendimento telepresencial, garantindo-se – na medida do possível e do razoável – medidas de proteção ao trânsito de informações contra o acesso não autorizado de terceiros ou de pessoas alheias à relação, sejam elas textuais, documentais ou audiovisuais.

Há aqui um bom sinal, posto que as alterações pontuais apenas reforçam as garantias já anteriormente estabelecidas. A lição que sobressai é a de que ao profissional de saúde e às empresas prestadoras de serviços de saúde cabe compreender que sua responsabilidade – em sua acepção mais ampla e não apenas jurídica – é muito maior, uma vez que os dados coletados, tratados e armazenados são considerados sensíveis, merecendo medidas de proteção ainda mais robustas, na medida em que a falta de segurança e o tratamento irregular, em desconformidade com as normas, acarretam punições muito maiores, tanto por constituir um ilícito civil quanto por descumprir imperativos éticos da profissão.

## 5. DAS INADEQUAÇÕES ENTRE A REGULAMENTAÇÃO ÉTICO-DEONTOLÓGICA E A NOÇÃO DE AMBIENTE VIRTUAL

Talvez o CFM ainda não tenha – por escolha ou em razão da velocidade das mudanças – se dado conta de que suas novas resoluções que envolvem o uso de atendimento por telemedicina ainda não incorporaram o conceito de ambiente virtualizado, buscando “ancorar” o paciente em um espaço ou circunscrição jurisdicional físico que se mostra inaplicável à realidade moderna.

Na Resolução n.º 2.306/2022, o CPEP, ao regulamentar a competência para julgar infrações éticas, menciona a telemedicina no § 5º de seu art. 2º da seguinte forma:

§ 5º - No atendimento por telemedicina, a instauração e apreciação da Sindicância e a tramitação do PEP ocorrerão no CRM com jurisdição no local onde o paciente foi atendido virtualmente. O julgamento do PEP será no CRM onde o médico tiver inscrição primária à época dos fatos e, em caso de inscrição secundária, nesta jurisdição, se o evento tiver ocorrido na mesma (BRASIL, 2022a).

Por sua vez, a Resolução CFM n.º 2.314/2002 assim dispõe no § 2º de seu art. 17: “§ 2º – A apuração de eventual infração ética a esta resolução será feita pelo CRM de jurisdição do paciente e julgada no CRM de jurisdição do médico responsável.” (Grifo nosso.)

Da maneira como se mostram dispostas as regras acima mencionadas, não há como julgar eventuais denúncias de infração ética em atendimento por telemedicina, caso o paciente se encontre fora do País – uma situação perfeitamente plausível, para aqueles casos em que o paciente resida fora ou esteja no exterior em férias, por exemplo. Ou, ainda, no caso da previsão do CPEP, se o próprio médico se encontrar fora do País – em um congresso, em férias ou mesmo residindo temporariamente em razão de um curso –, também se encontrará fora do alcance das regras deontológicas em caso de realização de atendimento, consulta ou mesmo cirurgias remotas.

Talvez, a relutância com a qual o tema vinha sendo tratado tenha levado os seus formuladores a não desperdiçar a oportunidade e perder uma chance de realizar uma regulamentação mais completa e adequada. O primeiro passo seria reconhecer, de maneira firme e definitiva, a existência do ambiente virtual, possibilitando a sua regulamentação e ampliando seu âmbito para acolher a medicina transnacional, como bem pontua Frederico Glitz:

Assim, o desafio atual para telemedicina internacional não parece ser, necessariamente, logístico (até porque a tecnologia só se torna mais inclusiva), mas jurídico. Dada a

quantidade e eventual qualidade destas limitações, o serviço pode vir a ser (im)(ex) portátil ou não.

E por que é importante que a telemedicina seja avaliada a partir da ótica internacional? Porque ela já é praticada em âmbito transnacional, ainda que o fenômeno esteja sendo raramente percebido. As motivações para sua busca variam, mas, de modo geral, redundam da busca do acesso a diagnóstico e tratamento médico de qualidade (em áreas que não estão disponíveis), em sua própria língua (por exemplo, para imigrantes, pessoas em situação de vulnerabilidade internacional ou aqueles que se encontram ilegalmente em outros países) e a custos mais compatíveis (aproveitando-se, por exemplo, da desvalorização da moeda nacional frente a divisas estrangeiras) e, de outro lado, podem estar profissionais que buscam aperfeiçoamento técnico e acadêmico ou, mesmo, reformularam seu projeto de vida e que buscam aliar experiências internacionais com o exercício de sua profissão (GLITZ, 2022, p. 123).

Ainda sob esse ponto de vista, resta claro que a regulamentação não só é possível como necessária, envolvendo também – e principalmente – o dever de informação, em virtude de uma maior fragilidade para o paciente, com o uso do ambiente virtual. Antonio Carlos Effing e Amanda Belliard<sup>5</sup> assim complementam:

Com a Lei 13.989/2020, a telemedicina foi implementada também no Sistema Único de Saúde, sendo garantido, ainda, pelo seu artigo 5º, os padrões normativos e éticos usuais do atendimento presencial, inclusive em relação à contraprestação financeira pelo serviço prestado (quando não ofertado pelo Estado).

Verifica-se, dessa maneira, que a telemedicina passou a ser considerada uma modalidade de prestação de serviço, tendo validade jurídica como qualquer outro contrato, vindo a ser aplicado nessas relações os princípios e regras gerais de validade contratual (como as do Código Civil), destacando-se a boa-fé.

Assim, pelo fato de a relação contratual dar-se de maneira *on-line*, não fica o fornecedor prestador dos serviços de saúde, isento de respeitar os deveres observados pelo Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, as informações relacionadas ao custo, à oferta, como por exemplo, as limitações que o atendimento *on-line* pode trazer, devem ser sempre concedidas ao consumidor de forma clara e eficaz, possibilitando o pleno entendimento.

Tal posicionamento é corroborado por Rafaella Nogaroli:

Nas telecirurgias, há distância entre o cirurgião principal e o paciente, porém um médico assistente deve estar sempre presente na mesa de operação. Ao realizar a cirurgia de maneira remota, mesmo que o profissional não esteja em contato direto com seu paciente, devem ser respeitados os princípios bioéticos e os deveres médicos, tal como sigilo, qualidade e segurança dos equipamentos e serviços médicos, consentimento informado e fornecimento de todas as informações que o paciente deseja ou necessita para tomar uma decisão bem-informada e esclarecida.

No contexto das cirurgias assistidas por robôs, seja de forma presencial ou à distância, o consentimento informado (leia-se, livre e esclarecido) adquire certas peculiaridades, tendo em vista os diversos fatores aleatórios e riscos inerentes à própria tecnologia,

5. Prestação Contratual *On-Line* e suas interfaces Consumeristas na Telemedicina. In SCHAEFER, Fernanda e GLITZ, Frederico (Coord.) Telemedicina – Desafios Éticos e Regulatórios. São Paulo, Ed. Foco, 2022, p. 81.

como já expusemos neste trabalho. No termo de consentimento, deverão constar informações sobre os benefícios esperados e os possíveis riscos associados à utilização da tecnologia. Acima de tudo, o médico precisa expor claramente ao paciente quais as diferenças na adoção de uma cirurgia robótica em relação à convencional para aquele caso específico (SCHAEFER; GLITZ, p. 73).

Frederico Glitz<sup>6</sup> ainda arremata:

(i) Em suma, haveria duas relações nacionais entre médico e paciente ou estaríamos diante de uma relação médica transnacional. Embora me incline a aceitar a existência da última, diria que o tratamento jurídico seria duplamente nacional e, embora, talvez, a relação médico paciente fosse legal no Brasil, poderia vir a representar um problema legal e tributário também nos EUA.

(ii) Essa complexidade pode, ainda, ser traduzida em três outras perguntas básicas:

Seria possível o serviço médico a distância e internacional, se o médico ou a pessoa jurídica aqui não fossem registrados, ainda que cumprissem todos os requisitos de atuação no local de realização do serviço (EUA, por exemplo)?

(iii) Seria possível que um médico (registrado no CRM) realizasse a teleconsulta a partir de seu domicílio no exterior, ainda que formalmente lá não pudesse atuar?

Seria imprescindível o registro em ambos os países para o exercício transnacional do serviço médico, ainda que o paciente esteja no Brasil?

## 6. NOTAS CONCLUSIVAS

Como se percebe, não há um único prisma a ser analisado quando se busca entender o futuro regulatório da telemedicina. A única certeza é a de que diversos aspectos precisam ser matizados e considerados, de forma a compatibilizar os inegáveis impactos práticos e positivos do uso das tecnologias que permitem atendimento remoto, com os preceitos éticos que devem balizar o exercício da profissão.

A telemedicina não é a solução para todos os males, mas pode representar um caminho para parte deles. É inegável que existem limitações de ordem real, como a não realização de exame físico presencial. Isso pode ser minimizado com aparelhos, sensores ou quaisquer outras tecnologias em desenvolvimento, mesmo que funcionando apenas como um paliativo excepcional, sem o condão de substituir o contato e a interação pessoal.

Urge que o CFM venha a atualizar sua Resolução, estabelecendo novos parâmetros e alguns protocolos, que deverão ser criados de modo a dar segurança ao paciente, transparência à relação e segurança ao profissional, validando seu atendimento e suas condutas, entendendo o espaço virtual como um local onde a jurisdição conselhal possa ser exercida, para evitar o surgimento de zonas espaciais desregulamentadas.

6. Op. cit. p. 124.

Ainda que de forma indireta, já se observa um começo de mudanças, mesmo que por vias transversas. É o caso, por exemplo, daquelas consubstanciadas na Resolução CFM n.º 2.299, de 30 de setembro de 2021, que regulamenta, disciplina e normatiza a emissão de documentos médicos eletrônicos – dentre eles a prescrição, os atestados, os relatórios, a solicitação de exames, os laudos e os pareceres técnicos –, parte essencial de um atendimento telepresencial, preparado para a virtualização da medicina.

Os conflitos advindos dos debates a respeito dos efeitos dessa Resolução são uma prévia do que poderá ocorrer, se não forem observados pelo CFM os limites impostos pela legislação. Seus artigos 3º<sup>7</sup> e 11, por exemplo, que regulamentam a atuação no tocante à guarda, ao manuseio e à confidencialidade de informações de pacientes e de médicos, são influência direta da LGPD.

É preciso pensar em todos os aspectos que envolvem o atendimento não presencial, virtualizado: plataformas de prescrição; softwares de gestão; armazenamento de dados; segurança no tráfego de informações; ambiente virtual seguro para trocas de áudios, vídeos, imagens e documentos, protegendo-os dos perigos conhecidos (e imaginados) do ambiente virtual.

O ambiente de telemedicina atual é muito diferente daquele de 2002, e a nova Resolução, lançada 20 anos depois, não atende de maneira adequada as necessidades de um futuro que insiste em atropelar a realidade a cada dia. Obrigações, responsabilidades e diretrizes ético-normativas atuais refletem um novo momento e não podem prescindir de soluções diferenciadas e não receber, simplesmente, uma atualização adaptada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 467/2020**, de 24 de julho de 2020. Dispõe, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de Telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional previstas no art. 3º da Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, decorrente da epidemia de COVID-19. Disponível em: <<https://bit.ly/3NYrFxL>>. Acesso em: 05. jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <<https://bit.ly/3GWidsi>>. Acesso em: 05. jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.989**, de 15 de abril de 2020. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Disponível em: <<https://bit.ly/3xo5ewm>>. Acesso em: 05. jan. 2022.

7. Art. 3º Os dados dos pacientes devem trafegar na rede mundial de computadores (internet) com infraestrutura, gerenciamento de riscos e os requisitos obrigatórios para assegurar registro digital apropriado e seguro, obedecendo às normas do CFM pertinentes à guarda, ao manuseio, à integridade, à veracidade, à confidencialidade, à privacidade e à garantia do sigilo profissional das informações.

§ 1º A guarda das informações relacionadas aos documentos emitidos deve atender a legislação vigente e estar sob responsabilidade do médico responsável pelo atendimento. Nos estabelecimentos de saúde essa responsabilidade será compartilhada com o diretor técnico das instituições e/ou da plataforma eletrônica.

§ 2º Deve ser assegurado cumprimento integral à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).



CARVALHO, A. B.; CONDE, L. F. **A responsabilidade civil do médico no uso da telemedicina**. Disponível em: <<https://bit.ly/3GYOgbl>>. Acesso em: 05. jan. 2022.

Conselho Federal de Medicina. **Ofício CFM n.º 1.756**, de 19 de março de 2020. COJUR. Disponível em: <<https://bit.ly/3mlcYc7>>. Acesso em: 05. jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM n.º 1.643**, de 07 de agosto de 2002. Define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina. Disponível em: <<https://bit.ly/3avlCSQ>>. Acesso em: 05. jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM n.º 2.217/2018**, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://bit.ly/3znd3Ea>>. Acesso em: 05. jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM n.º 2.227**, de 13 de dezembro de 2018. Define e disciplina a telemedicina como forma de prestação de serviços médicos mediados por tecnologias. Disponível em: <<https://bit.ly/3ztS0j0>>. Acesso em: 05. jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM n.º 2.299**, de 30 de setembro de 2021. Regulamenta, disciplina e normatiza a emissão de documentos médicos eletrônicos. Disponível em: <<https://cutt.ly/jLel2Ux>>. Acesso em: 05. jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM n.º 2.306**, de 25 de março de 2022. Aprova o Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM) e Conselhos Regionais de Medicina (CRMs). Disponível em: <<https://bit.ly/3NXoUwK>>. Acesso em: 05. jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM n.º 2.314**, de 05 de maio de 2022. Define e regulamenta a telemedicina, como forma de serviços médicos mediados por tecnologias de comunicação. Disponível em: <<https://bit.ly/3NIgEB7>>. Acesso em: 05. jan. 2022.

EFING, A. C.; BELLARD, A. M. Prestação Contratual *On-Line* e suas interfaces Consumeristas na Telemedicina. In SCHAEFER, Fernanda e GLITZ, Frederico (Coord.) **Telemedicina – Desafios Éticos e Regulatórios**. São Paulo, Ed. Foco, 2022.

GLITZ, F. Desafios para a internacionalização da telemedicina: Uma perspectiva brasileira. In SCHAEFER, F.; GLITZ, F. (Coords.) **Telemedicina – Desafios Éticos e Regulatórios**. São Paulo, Ed. Foco, 2022,

MANGANELLI, D. **Telemedicina veio para ficar mesmo após o fim da crise da Covid-19?**. Disponível em: <<https://bit.ly/3axo0Zg>>. Acesso em: 05. jan. 2022.

NOGAROLI, R. Responsabilidade civil médica e consentimento do paciente nas cirurgias robóticas. In SCHAEFER, F.; GLITZ, F. (Coords.). **Telemedicina – Desafios Éticos e Regulatórios**. São Paulo, Ed. Foco, 2022.



# A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVAS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS NA ÁREA DE SAÚDE: ANÁLISE DOS IMPACTOS DA CRIAÇÃO DE CÂMARAS EXTRAJUDICIAIS NOS ESTADOS DO RIO DE JANEIRO E DE SERGIPE

## MEDIATION AND CONCILIATION AS EFFECTIVE PUBLIC POLICIES FOR THE TREATMENT OF CONFLICTS IN THE HEALTH AREA: ANALYSIS OF THE IMPACTS OF THE CREATION OF EXTRAJUDICIAL CHAMBERS IN THE STATES OF RIO DE JANEIRO AND SERGIPE

Larissa Vitória Costa Carrazzoni de Souza<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O direito à saúde e a sua intensa judicialização. 3. Aplicabilidade da Mediação e da Conciliação para a resolução de litígios na área de saúde. 4. Câmara de Resolução de Litígios em Saúde: a consensualização na resolução dos litígios desta natureza. 5. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

**Resumo:** Quais os impactos da abertura de câmaras de mediação e de conciliação extrajudicial como política pública efetiva de tratamento de conflitos que envolvem o direito médico e da saúde nos estados de Sergipe e do Rio de Janeiro? Observa-se que, no contexto da evolução dos litígios na área de saúde, as desavenças, surgem, na maioria das vezes, em face da busca efetiva pela prestação de serviços. A difusão de uma cultura de paz baseada na prevenção e na comunicação seria relevante para assegurar direitos dessa ordem, de maneira célere e efetiva. A mediação e a conciliação podem assumir esse papel, visto que têm potencial para satisfazer as partes através do aperfeiçoamento do diálogo, aproximando o sistema de justiça com o de saúde e, assim, reduzindo o número de disputas judiciais e os gastos nos procedimentos. Portanto, a pesquisa objetiva analisar as possíveis implicações acerca da adoção da mediação e da conciliação para o direito preventivo à saúde. Com isso, os objetivos específicos são: a) compreender o aumento da judicialização da saúde; b) analisar a aplicabilidade da mediação e da conciliação para a resolução de litígios na área de saúde, levando em consideração suas potencialidades, contribuições, dificuldades e benefícios; e, ainda, c) verificar a efetividade das Câmaras de Resolução de Litígios em Saúde de Aracaju/SE e do Rio de Janeiro/RJ. A metodologia adotada na

1. Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); Pós-graduada em Direito Médico e da Saúde – LLM Católica Business School – UNICAP; Especialista em Direito Médico e da Saúde pelo Instituto Paulista de Direito Médico e da Saúde; membro da Comissão de Direito Médico e da Saúde da Seccional de Jaboatão dos Guararapes; membro da Sociedade Brasileira de Bioética; mediadora extrajudicial.

presente pesquisa é exploratório-descritiva, consistente na análise da aplicabilidade da mediação e da conciliação para a resolução de litígios na área de saúde. Para tanto, utiliza-se a revisão de literatura extraída de livros, artigos científicos, revistas e teses, bem como o método empírico qualitativo através da análise de dados fornecidos em levantamento da produtividade das Câmaras de Resolução de Litígios na Saúde de Aracaju/SE e do Rio de Janeiro/RJ, além de entrevista com um defensor público com conhecimento desses órgãos, para identificar se a aplicação de meios consensuais na seara administrativa foi efetiva para as partes inseridas em conflitos que envolvem o direito à saúde e se colaborou para a redução da judicialização.

**Palavras-chave:** Litígios na saúde. Câmaras Extrajudiciais. Mediação. Conciliação. Direito preventivo.

**Abstract:** What are the impacts of the opening of assembly of mediation and extrajudicial conciliation as an effective public policy for dealing with conflicts involving medical and health law in the States of Sergipe and Rio de Janeiro? It is noticed that, in the context of the evolution of litigation in the health area, disagreements arise, most of the time, due to the effective search for the provision of services. The propagation of a culture of peace based on prevention and communication would be relevant to ensure rights of this order, quickly and effectively. Mediation and conciliation can assume this role, as they have the potential to suit the parties through the improvement of the dialogue, bringing the justice system closer to the health system, and thus, reducing the number of legal disputes and the costs of procedures. Therefore, this study aims to analyze the possible implications regarding the adoption of mediation and conciliation for the health preventive right. Thus, the main objectives are: a) understanding the increase in the health's judicialization; b) analyzing the mediation and conciliation applicability for the resolution of disputes in the health area, considering its potential, contributions, difficulties and benefits; c) verifying the effectiveness of the Health Dispute Resolution Assembly in Aracaju – SE and Rio de Janeiro – RJ. The methodology adopted in this research is exploratory-descriptive, consisting in the analysis of the mediation's applicability and conciliation for the resolution of disputes in the health area. Along these lines, the bibliography is extracted from books, scientific articles, magazines and theses is used, as well as a result of the qualitative empirical method, through analysis of data provided in a survey of the productivity of the Aracaju Health Dispute Resolution Chamber - SE and in Rio de Janeiro - RJ, including an interview with a Public Defender with knowledge of these institutions, to identify whether the application of consensual means in the administrative area was effective for the parties involved in conflicts involving the right to health and if collaborated to the reduction of judicialization.

**Keywords:** Health litigation. Extrajudicial Chambers. Mediation. Conciliation. Preventive Law.

## 1. INTRODUÇÃO

A mediação é uma forma extrajudicial de solucionar um conflito, na qual o mediador oportuniza um diálogo colaborativo entre as partes, que irão, por si sós, chegar a uma solução. À vista disso, formula-se o seguinte problema de pesquisa: quais os impactos da abertura de câmaras de mediação e de conciliação extrajudicial como política pública efetiva de tratamento de conflitos que envolvem o direito médico e da saúde nos estados de Sergipe e Rio de Janeiro?

Depreende-se que a aplicação de medidas de mediação e de conciliação reduz o número de disputas judiciais, bem como a mediação e a conciliação se fazem capazes de assumir um papel efetivo na resolução de litígios na saúde, visto que, corroboram com a satisfação das partes.

No contexto da evolução dos litígios na área da saúde, as desavenças surgem, na maioria das vezes, em face da busca efetiva pela prestação de serviços. Tendo em vista que o direito à saúde é constitucionalmente assegurado e resguarda diversos bens jurídicos para além dela, como a dignidade da pessoa humana, a difusão de uma cultura de paz, baseada na prevenção e na comunicação, seria relevante para assegurar direitos dessa ordem de maneira simples, célere e efetiva. Ademais, humanizar a relação médico-paciente é fundamental, visto que a linguagem clara e construtiva resulta em satisfação pessoal e trabalho bem-feito.

O jogo de cintura para negociar, de maneira inteligente, situações que necessitam de rapidez de decisão perpassa por expectativas, sonhos e vidas. O conflito faz parte da relação humana e ninguém está imune de presenciá-lo ou vivenciá-lo (FOLLETT, 1997). Mas, quando nos desamarramos da competitividade e do autoritarismo, passamos a enxergar o outro com empatia, conseguindo, assim, dentro de uma estrutura organizacional, como uma clínica ou um hospital, chegar a uma decisão sem comprometer a ética e a produtividade daquele espaço.

No que tange ao direito médico preventivo, a mediação e a conciliação podem servir para a pacificação de discordâncias entre pessoas que trabalham no mesmo estabelecimento, trazendo à tona, novamente, o poder de comunicação, a dimensão temporal e as nuances acerca do investimento, por meio de um modelo de gestão que permita negociar para que, por exemplo, um remédio seja distribuído pelo Estado de maneira mais célere e efetiva, não apenas quando os pacientes já estão bastante debilitados.

Assim, esta pesquisa tem como objetivo geral analisar as possíveis implicações acerca da adoção da mediação e da conciliação para o direito preventivo à saúde. Com isso, os objetivos específicos são: a) compreender o aumento da judicialização da saúde; b) analisar a aplicabilidade da mediação e da conciliação para a resolução de litígios na

área de saúde, levando em consideração suas potencialidades, contribuições, dificuldades e benefícios; e, ainda; c) verificar a efetividade das Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde (CRLSs) de Aracaju/SE e do Rio de Janeiro/RJ. A metodologia adotada na presente pesquisa foi exploratório-descritiva, consistente na análise da aplicabilidade da mediação e da conciliação para a resolução de litígios na área de saúde. Para tanto, utilizou-se a revisão de literatura extraída de livros, artigos científicos, revistas e teses, bem como, por meio da documentação indireta, analisou-se os índices de resolução das CRLSs de Aracaju/SE e do Rio de Janeiro/RJ, destacando se foi efetivo para as partes e se colaborou para a redução da judicialização. Ainda foi realizada entrevista com o defensor público que será responsável pela CRLS que será aberta em parceria com a Defensoria Pública do Estado, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, o Governo Estadual e a Prefeitura do Recife e que, portanto, tem conhecimento sobre os dados.

## **2. O DIREITO À SAÚDE E A SUA INTENSA JUDICIALIZAÇÃO**

### **2.1. A previsão constitucional do direito à saúde no Brasil**

Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, os direitos sociais, principalmente, o da saúde, vieram representados de diversas normativas. Contudo, no Brasil, a implementação de tais direitos foi muito lenta, tendo as Constituições Italiana (1947), Portuguesa (1976) e Espanhola (1978) garantido, bem antes, a proteção e a promoção do direito à saúde. O direito à saúde, no Brasil, teve sua primeira previsão constitucional na condição de direito social no art. 6º da Constituição Federal (CF/88), de 5 de outubro de 1988. Outrossim, também foi tratado nos arts. 196 a 200 da Constituição ora mencionada.

O próprio art. 194 da CF/88 prevê que a seguridade social diz respeito a um conjunto de ações dos Poderes Públicos e da sociedade, com o intuito de garantir os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, o que evidencia a preocupação pela efetiva promoção da saúde. Desse modo, a saúde é um direito social universal, tendo a Constituição estatuído o Sistema Único de Saúde (SUS), o qual foi posteriormente regulamentado na Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, Lei Orgânica da Saúde (LOS), cujo art. 4º apresenta várias ações prestadas por órgãos públicos, sem prejuízo do auxílio da iniciativa privada.

O art. 196 da CF/88<sup>2</sup> dispõe que a saúde é garantida por meio de políticas sociais e econômicas que busquem a promoção, a proteção e a recuperação da saúde de todos.

2. Art. 196. 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.

Sendo assim, no âmbito da saúde universal, todos os brasileiros, sem discriminação, têm direito ao acesso às ações e aos serviços de saúde.

No âmbito da saúde suplementar, deve-se dizer que, consoante ao art. 199 da Carta Magna, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Contudo, as operadoras de planos de saúde se encontram vinculadas aos dispositivos legais, que regulam a sua atuação inclusive no tocante à prestação de serviços à pessoa com deficiência. Nesse sentido, as operadoras não podem impedir a pessoa com deficiência, em virtude da sua condição, de participar dos planos privados de assistência à saúde – art. 14 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998.<sup>3</sup> Além do que, devem assegurar, no mínimo, todos os serviços e produtos ofertados aos demais clientes – art. 20 da Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015.<sup>4</sup>

## **2.2. A tutela da saúde no Brasil: entre a judicialização e a consensualidade**

Em 2015, a Assembleia Geral da ONU aprovou o documento “Transformando o nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável”, que diz respeito a uma declaração em quadros de resultados, composta por 17 ODS (objetivos de desenvolvimento sustentável) e suas 169 metas. Sobre o documento, Dulce Maria Nascimento afirma que:

Dos dezessete objetivos definidos pela ONU, entendemos que o ODS n.º 3 é relevante para o presente trabalho, ao “assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades”, identificando o objetivo como o dever de garantir saúde e bem-estar, promovendo a prosperidade. Também consideramos relevante referir e reforçar o n.º 16, ao “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”, no sentido de melhorar a qualidade de vida dos indivíduos (NASCIMENTO, 2020, p.173).

Importa mencionar que o direito à saúde, pelo que dispõem a CF/88 e a LOS, é implementado por meio de políticas públicas voltadas para a garantia de efetividade da saúde, que são imprescindíveis para uma melhor qualidade de vida e bem-estar social. Nesse diapasão, os mecanismos da mediação e da conciliação aparecem como forma de trazer maior celeridade a essa salvaguarda constitucional.

Uma coisa é o acesso à Justiça, enquanto possibilidade concreta de ingresso do conflito no sistema judicial, e outra coisa é o acesso à Justiça, entendido como uma solução justa para um caso concreto”. Por isso, afirma que são duas faces da mesma moeda que “justificam o estabelecimento de políticas públicas que favoreçam ambos os contextos de

3. Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.

4. Art. 20. As operadoras de planos e seguros privados de saúde são obrigadas a garantir à pessoa com deficiência, no mínimo, todos os serviços e produtos ofertados aos demais clientes.

forma a provocar e facilitar uma resposta individualizada para cada tipo de conflito, mais efetiva, célere e justa à paz social” (WAQUIM; SUXBERGER, 2018, p. 22).

Nesse sentido, cumpre destacar que uma moderna concepção de acesso à Justiça deve “ultrapassar a delimitação física do Poder Judiciário, não sendo mais adequado vincular sua concretização à ideia de apreciação de uma causa por, tão somente, aquele poder” (PAULA FILHO, 2021, p. 425).

Esse movimento direcionado à ampliação do acesso à Justiça, valendo-se de múltiplos espaços, instituições e políticas públicas, foi pensado por Cappelletti e Garth em 1972, sintetizando a ideia naquilo que chamaram de “ondas renovatórias do acesso à Justiça” (CAPPELLETTI; GARTH, 2015). São três, a saber: a primeira diz respeito à preocupação com a assistência judiciária aos necessitados. (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p.12). No Brasil, a Lei de Assistência Judiciária, Lei n.º 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, já assegurava advogado para quem não possuísse e gratuidade das despesas processuais para quem não pudesse pagar.

A segunda onda veio no sentido de proteger os interesses metaindividuais (interesses coletivos e difusos), já que temos dificuldade de nos organizarmos, em relação ao coletivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p.18). Assim, o Ministério Público e as entidades privadas, como a associação de defesa do consumidor, desde que atuem há mais de 1 ano, são legitimados para falar em nome do coletivo. Destarte, foi criada também a ação civil pública, por meio da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, que é um remédio processual para proteção e discussão de interesses metaindividuais. Analisando os impactos das propostas da segunda onda renovatória no direito à saúde no Brasil, Delduque e Castro asseveram: “A saúde pública é um direito difuso, no entanto, não se tem notícia de Ações Civis Públicas ou mesmo ações coletivas que cheguem aos tribunais para tratar de modo generalizado de temas que afetem a saúde das pessoas, indistintamente.” (DELDUQUE; CASTRO, 2015, p. 508).

A terceira onda é a da reorganização do Estado, inclusive do Judiciário, e, sobretudo, do aprimoramento das normas instrumentais. Dentro dessa onda, leva-se em consideração outros meios de solução de conflito. (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 25). Ressurge, então, a arbitragem, a autocomposição na jurisdição estatal e, dentro da própria jurisdição, o juizado de pequenas causas.

No tocante à admissão ao processo, preconiza o princípio da universalidade, que toda e qualquer pessoa pode ter acesso ao processo. Entretanto, existem obstáculos para que o cidadão possa promover, através do processo, a proteção dos seus direitos, como a própria estrutura do Poder Judiciário, levando em consideração



se o jurisdicionado tem facilidade de encontrar o órgão do Poder Judiciário para fazer seus pleitos; a situação econômica do cidadão, devendo se dar gratuidade a quem não pode pagar e, por isso, o Estado organiza a defensoria; a ignorância dos direitos, devendo ser criados instrumentos de informação dos direitos das pessoas, como, por exemplo, a divulgação mais ampla das decisões judiciais e a proteção aos interesses metaindividuais, tendo ciência de quem vai representar o interesse difuso e coletivo e quem estará legitimado para representar.

O conflito entre as necessidades individuais e coletivas que permeiam a garantia de um direito complexo, como o direito à saúde, vem mostrando que os sistemas político, jurídico e médico-sanitário chegaram ao esgotamento e que o Poder Judiciário não responde mais, com a eficácia esperada, à pacificação dessas controvérsias. (DELDUQUE; CASTRO, 2015, p. 507-508).

Portanto, o cerne da questão gira em torno de mecanismos que assegurem esse direito sem que o Judiciário necessariamente interfira,<sup>5</sup> já que há que considerar que a saúde é integrativa, envolvendo aspectos psicológicos, biológicos, químicos, culturais, sociais e econômicos. Isso porque, no Judiciário, nos deparamos com menos tempo disponível para a resolução das questões em face da alta demanda, atrelado, muitas vezes, com a situação de vulnerabilidade jurídica, o que prejudica a paridade de forças entre as partes.

De acordo com Céline Fercot (2011, p. 229), os direitos sociais são dotados de “justiciabilidade”, isto é, se “configuram-se como algo que pode ser apreciado pelos juízes”. Em face dessa dicotomia, prevalece a ideia da inapropriada apreciação dos direitos sociais pelo Judiciário, o que termina culminando em uma procura por outros métodos mais adequados para resolver as demandas que englobem tais direitos.

Paralelamente, surgem novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los. São os direitos coletivos, individuais homogêneos e os difusos. Esses novos direitos produziram novos atores que determinaram a transferência do conflito da zona política para a jurisdicional. Então, as demandas sociais se tornam jurídicas e a consagração de novos direitos provoca uma explosão de litigiosidade significativa (em termos qualitativos e quantitativos) realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitada de forma ampla. (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2012, p. 18).

A expressão “Judicialização da Saúde” nada mais é do que a crescente procura do Judiciário pela população em busca da resolução de demandas atinentes à saúde.

5. Sobre o tema, o Conselho Nacional de Justiça realizou levantamento que aponta para o crescimento da judicialização no Brasil, desde o advento da CF/88 até os dias atuais (BRASIL, 2021).

Insta pontuar que não se trata de algo novo. Essa temática é estudada desde a década de 1990, com o aparecimento dos primeiros processos judiciais com os pleitos voltados para o fornecimento de medicamentos para o tratamento de HIV/aids (OLIVEIRA, 2016).

Na concretização dos direitos, vem-se adotando a via judicial, tanto de forma individual quanto coletiva, o que traz em si a judicialização das políticas públicas, porém, também oferece margem à excessivas demandas de ações judiciais envolvendo direito à saúde, o que resulta em morosidade do sistema judiciário na solução de conflitos e, comumente, excede os prazos necessários para efetivação do direito à saúde. (LIMA; CAMPOS; LOPES, 2018, p. 527).

De acordo com Maria Gabriela Diniz (2013, p. 476), essa judicialização exhibe, de certa forma, uma maior atuação da sociedade através da obrigação de efetivar seus direitos e, em contrapartida, intervém na realização de políticas públicas, coagindo os gestores para que satisfaçam a alta demanda de ordens judiciais. A problemática consiste quando ocorre violação dos princípios norteadores do SUS, bem como das decisões judiciais que não levam em consideração as políticas públicas atinentes aos pedidos. Ou seja, gera-se uma judicialização descomedida e sem fundamento (DINIZ, 2013).

No contexto da evolução dos litígios na área da saúde, as desavenças surgem, na maioria das vezes, em face da busca efetiva pela prestação de serviços das mais diversas ordens. Entre eles: consultas, exames e similares, fraldas e insumos, oferta de medicamentos, transferências, internações, agendamento de procedimentos cirúrgicos, tratamento oncológico (quimioterapia e radioterapia), alimentos infantis, equipamentos, procedimentos, suplementos nutricionais, próteses, órteses, tratamento domiciliar e transporte. Os principais problemas que ensejam a judicialização, segundo Silva e Schulman (2017, p. 293), são a procura da resolução judicial devido a negativa no pleito da efetivação de direitos à saúde através de ações individuais; os custos exorbitantes pela falta de estrutura no atendimento ao sistema de saúde nacional; o tempo inapto para fornecer medicamentos; a falta de diálogo entre atores públicos e privados de saúde e a administração pública; e a sobreposição nas avaliações médicas realizadas independentemente.

### **2.3. Considerações sobre a natureza dos conflitos que envolvem o direito à saúde**

Insta salientar que, o conflito se refere a um processo, resultado de uma interação, podendo os fatos não serem tão recentes. Envolve aspectos sociais, culturais, psicológicos, como as necessidades dispostas na pirâmide de Maslow.<sup>6</sup>

6. Trata-se de um conceito constituído pelo psicólogo norte-americano Abraham H. Maslow (1954), que elucidou a hierarquização das necessidades que o ser humano possui para atingir satisfação pessoal e profissional, em cinco níveis, da base para o topo, respectivamente: necessidades fisiológicas, de segurança, sociais, de status ou estima, de autorrealização.

As interações humanas se dão de infinitas maneiras, quer seja no contato entre pessoas, numa troca de olhares, num cumprimento, quer seja num diálogo que se desenvolva e resulte numa relação mais íntima. Mas é possível afirmar que cada uma delas pode desencadear um conflito, pois no momento em que algo não der perfeitamente certo para alguma das partes, a semente da discórdia é plantada. Esta permanecerá em forma de conflito latente até que outra atitude que não atenda aos papéis sociais desencadeie no conflito propriamente dito (emergente), por fim, espera-se o devido comprometimento e a busca por solução (manifesto) (WRASSE, 2012, p.60).

Há duas categorias de conflito: o manifesto – explícito – e o latente – implícito nas relações interpessoais. A saber, o conflito interno não é latente. E ao nos depararmos com as situações cotidianas, percebemos que as pessoas é que, na maioria das vezes, fazem a seleção do que dizem.

As competências emocionais são aquelas referentes à forma com que se processa ou metaboliza o conjunto de estímulos emocionais ao qual se está sendo exposto. Essas competências consistem essencialmente em estabelecer que todos os seres humanos têm sentimentos e que cada um deve se responsabilizar pelas suas próprias emoções – outros apenas apresentam o estímulo. (BRASIL, 2016, p. 94).

A espiral da ação e reação engloba o que é pensado em função da ação que foi tomada pelo outro, não havendo reflexão e norte aonde se quer chegar. Ter ciência dessa amplitude, faz com que reconheçamos como são as reações naturais e como os componentes emocionais interferem nessas relações. Uma reação é emocional quando o componente emocional origina o descontrole, propiciando a perda da razoabilidade. Sendo assim, muitas vezes, a gestão do conflito precisa ser realizada por um terceiro.

Atendendo às mencionadas particularidades sociais e culturais, podemos afirmar que os conflitos na área da saúde se caracterizam, maioritariamente, por envolverem multipartes, o que por si só impõe uma necessária especialidade técnica para que o profissional que trabalha com essa gestão, antes de tomar uma posição e decidir como proceder, consiga diagnosticar os diferentes elementos, sujeitos, posições, interesses e particularidades da situação tida como divergente, incompatível e conflitante. (NASCIMENTO, 2020, p.175).

Entende-se que, de acordo com cada conflito específico, há um método apropriado para resolução.

Volvendo o olhar para a judicialização da saúde, insta salientar o TEMA 793 do STF (BRASIL, 2015), que, interpretando o art. 196 da CF/88, não desobriga nenhum ente federado do cuidado com o direito à saúde de todos, de forma igualitária e universal. Nesse sentido, o princípio da reserva do possível aparece como forma de equilíbrio econômico,

visto que, necessita-se de recursos públicos disponíveis à atuação estatal.

É notório que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir da implementação do Fórum Nacional de Saúde, vem procurando, através de auxílio técnico-científico aos juízes, resolver os processos de uma forma mais efetiva e acautelar possíveis litígios.

No desenho do SUS, a função de gestão tem uma forte dimensão participativa, pois, além de envolver os gestores municipais, estaduais e federais, congrega, através de mecanismos participativos, como os Conselhos e Conferências de Saúde, o conjunto dos sujeitos envolvidos na produção da saúde, o que inclui os trabalhadores e os usuários do Sistema (FERREIRA NETO; ARAÚJO, 2014, p. 675-684).

Assim, percebe-se que, para de fato efetivar direitos, é preciso aproximar os gestores, os trabalhadores e os usuários, já que toda a promoção da saúde faz parte de uma cadeia, na qual os sujeitos se mobilizam de maneira interdisciplinar, envolvendo aspectos de várias ordens.

Realizada a IV Jornada Nacional de Direito da Saúde pelo CNJ no dia 09 de setembro de 2021, dirigida aos juízes com competência em matéria de direito da saúde e todos os demais atores dos sistemas de justiça e de saúde, foi apresentado o “Plano Nacional para o Poder Judiciário – Judicialização e Sociedade: ações para o acesso à saúde pública de qualidade”. Por meio dele, é possível extrair mecanismos que repercutam na gestão de saúde pública. Além disso, as estratégias também sugerem a criação de Comitês Estaduais de Saúde, bem como recomendações acerca de como os magistrados podem decidir as situações que envolvem a saúde.

Com o intuito de reduzir a judicialização, a Jornada trouxe à tona o diálogo com as secretarias de saúde para uma maior efetividade na prestação dos serviços. Inclusive, estimulou a instituição de varas, assim como turmas ou câmaras especializadas em matéria de saúde pública e suplementar. De acordo com Gebran Neto, “Já existem algumas medidas sendo tomadas por estados e municípios no sentido de prevenir a judicialização e há acordos na Justiça para a prestação da assistência. Isso precisa ser fomentado, a partir do Executivo”. Desta feita, o diálogo com o Ministério da Saúde e a Advocacia-Geral da União (AGU) poderá possibilitar a determinação de uma política de mediação e de conciliação na saúde (ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MAGISTRADOS, 2021). Alude ainda, no tocante à sugestão da criação de um “Manual de Desjudicialização da Saúde”, que “é necessário um material como esse, não para que as pessoas não litiguem – o acesso à Justiça deve e continua a ser amplo –, mas o Manual deve passar por uma perspectiva de soluções diferentes que não sejam necessariamente o processo judicial” (ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MAGISTRADOS, 2021).

Consoante Delduque e Castro (2015, p. 509):

Por desconhecer as políticas públicas formadoras do SUS, a jurisdição não tem solucionado o acesso a bens e serviços de saúde. Ao contrário, tem criado distorções no sistema e dado ao conceito de acesso à justiça um sentido reverso, em que uns poucos privilegiados, que podem ter acesso aos tribunais, obtêm uma sentença.

A gestão em saúde pública está atrelada à execução de políticas públicas que necessitam de agentes institucionais e de serviços que trabalhem em conjunto através de uma cadeia de vontade, de capacidade e de estratégia.

Francisco Javier Uribe Rivera (2013, p. 82) assevera que o diálogo é imprescindível para o planejamento estratégico, com possibilidade de articular sujeitos e gerir situações. Portanto, a comunicação está atrelada a todo processo gerencial, para além da seleção de métodos. Sobre o tema, Maria Gabriela Diniz (2013, p. 481) destaca que:

Os ADR destacam-se, igualmente, por promoverem o diálogo entre o usuário do SUS, o gestor de saúde e os demais atores do direito sanitário. Essa comunicação permite que sejam trazidas à tona as políticas públicas de saúde, quando existentes, e que a solução alcançada seja pautada por essas políticas. Da mesma forma, quando inexistentes políticas públicas para o assunto específico, os ADR permitem que o representante da gestão possa transacionar com o usuário de saúde para chegar a um acordo que, comparado com uma decisão judicial, minimize o impacto sobre os recursos públicos.

Em razão disso, evidencia-se, como leciona Dulce (2020, p. 185), que o gestor da saúde precisa construir, de maneira efetiva, culturas empresariais modernas, nas quais existam o diálogo colaborativo e o respeito mútuo, com resultados diretos na diminuição de litígios. Assim, cada pessoa em sua categoria de trabalho, seja médico, técnico, administrador ou usuário, ao exercerem sua atividade de forma colaborativa, atingirão um aprimoramento na qualidade dos serviços e, conseqüentemente, maior satisfação.

### **3. APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO PARA A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NA ÁREA DE SAÚDE**

Importa trazer à tona, a priori, a questão cultural envolvida na adesão aos métodos consensuais de conflitos. Em um primeiro momento, muitas pessoas enxergavam o Judiciário como algo inalcançável e, caso fossem ajuizar qualquer demanda, já entendiam que não seriam capazes de ganhar. Em seguida, percebia-se a sociedade ávida por disputas, nas quais todo e qualquer problema, teria que e deveria ser solucionado apenas pelo Judiciário. Com o passar do tempo, vislumbrou-se uma condição de inserção de diálogo

propício ao possível acordo como primeira tentativa, o que veio resolvendo muitas questões. Não só pelo fato da economia processual e da celeridade, mas também, em face de uma maior satisfação.

De forma ampla, tem-se que há uma crise generalizada do modelo estatal vigente e no modo de pensar o direito, intrinsecamente ligados à globalização, em razão das complexas mudanças que esse fenômeno enseja em curto espaço de tempo, impossibilitando que os legisladores, doutrinadores e sistemas incorporem tais alterações e a elas se adaptem.

Ressalta-se que as crises não produzem consequências apenas negativas, pois, por se configurarem como conjunturas marcadas por autocríticas que colocam em pauta o Judiciário e suas decisões, acabam por acentuar a criatividade daqueles que procuram soluções. Produzem, dessa forma, efeitos positivos, na medida em que ensejam inquestionáveis mudanças e evoluções na sociedade e no direito. (GOMES NETO; ALVES, 2012, p. 319-320).

O Projeto de Lei n.º 94 de 2002, que propunha a institucionalização da mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos, previa em seu art. 2º, a mediação como a “atividade técnica exercida por terceiro imparcial, que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas e mediante remuneração, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual”. Vale salientar que além da teoria, a técnica é fundamental na prática e existem diversas formas de mediar um conflito a depender da demanda e do perfil de cada parte (TARTUCE, 2013, p. 2).

É indispensável a adoção de técnicas apropriadas ao direcionamento dos mecanismos consensuais. Por muito tempo, elas foram deixadas de lado, inclusive os juízes não foram preparados para tal. O sistema de justiça deveria ter como um dever a preparação efetiva dos agentes públicos na medida em que eles desenvolvessem uma sensibilidade sensorial, emocional e cognitiva atrelada às técnicas apropriadas e à vivência prática de meios consensuais (TARTUCE, 2013, p. 3- 4).

Com o advento do Código de Processo Civil (CPC), Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, restou-se consolidado os métodos consensuais de litígios. Nos §27 e § 3º<sup>8</sup> de seu art. 3º, já houve a determinação aos juízes, aos advogados, aos defensores públicos e aos membros do Ministério Público de estimular tais métodos. Ademais, o Código regulamentou, nos arts.165 ao 175, a atividade dos conciliadores e mediadores.

7. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

8. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

A mediação, em particular, ganhou incentivo adicional com a publicação da Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, que regularizou esse método tanto de forma judicial quanto extrajudicial, trazendo maior segurança jurídica. O legislador, tanto na Lei de Mediação como no NCPC, prestigiou a proposta de consensualização do Poder Judiciário preconizada com o Movimento pela Conciliação e especialmente pela Resolução do CNJ n.º 125, de 29 de novembro de 2010.

Todavia, nota-se que o legislador avançou estabelecendo a regra de encaminhamento à conciliação ou à mediação no art. 334 do NCPC, indicando que se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação (BRASIL, 2016, p. 29).

Conforme prevê a legislação, a mediação se trata de um mecanismo no qual o mediador não pode dar sugestões e é um terceiro em regra escolhido pelos interessados. “Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas” (PINHO, 2014, p. 36). O mediador precisa administrar o processo tendo em vista a prioridade da postura firme e continente perante o sofrimento e para a valorização dos recursos das partes. Para contribuir na mediação, é interessante saber ouvir com atenção, reunir o máximo de percepções através da interrogação dos implicados e contribuir para elucidação dos pontos relevantes das relações e de suas controvérsias.

O terceiro imparcial deve gerir as ações da fala, da escuta, do questionamento e da resposta para que o diálogo se molde em consonância com a identificação dos anseios e, assim, seja adquirida eficácia (TARTUCE, 2013, p. 5-6). Deve ser utilizado quando há uma relação de convivência preexistente entre os envolvidos e, ainda, quando o conflito engloba direitos disponíveis e indisponíveis transigíveis, podendo abordar todo o conflito ou parte dele, conforme o art. 3º da Lei n.º 13.140/2015<sup>9</sup>.

A mediação se relaciona com o princípio da autonomia da vontade. O que é pactuado em sessão de mediação se torna lei. Vale mencionar que a mediação é um convite para dialogar, como esse diálogo se desenvolverá e reverberará compete aos interessados. O conflito não é resolvido, é transformado.

No que diz respeito à comunicação em si, para aplicação da técnica de forma mais eficiente, importa distinguir as linguagens binária e ternária. A binária, regida pela conjunção “ou”, refere-se ao princípio do terceiro excluído, no qual se afirma que uma coisa é ou não é, não existindo um meio termo e complementando o princípio da contradição.

9. Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Já a ternária, regida pela conjunção “e”, permite a inclusão de um terceiro na comunicação, ampliando o espaço-tempo em que se encontra o conflito e facilitando a aparição de outras possibilidades para uma determinada situação. O nosso ordenamento jurídico está pautado na dicotomia entre ganhar ou perder, limitando a existência de soluções diferentes, o que vai de encontro a nossa realidade, que é heterogênea. O ser humano tem diversas formas comportamentais e encaixá-las no raciocínio binário as levariam à extinção (TARTUCE, 2013, p. 5).

A mediação pode ocorrer nas esferas judicial e extrajudicial. No que se refere à judicial, segundo Cintra, diz respeito ao procedimento de mediação, que normalmente, acontece no decorrer de um processo ou, ainda, na fase pré-processual, através do requerimento das partes ou da designação do juízo, respeitando os critérios estabelecidos na Lei n.º 13.140/2015, os dispositivos do CNJ e o respectivo Tribunal de Justiça (CINTRA, 2016). A mediação judicial ganhou mais força quando o CPC dispôs acerca do art. 8º da Resolução n.º 125/2010 do CNJ<sup>10</sup>, tratando da estrutura física dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) e de pessoal para o estímulo da mediação judicial através de sessões, de audiências e de outros métodos, como consta no art. 165 do CPC/2015.<sup>11</sup>

Outra modalidade de mediação é a extrajudicial, que acontece fora da jurisdição, acompanhando as diretrizes da Lei de Mediação, por decisão das partes e no âmbito privado. Seja qual for a forma utilizada – mediação circular-narrativa, de Sara Cobb, que consiste na busca pela versão positiva para encontrar sentido na construção da relação; transformativa, de Bush e Folger, que tem como intuito a transformação do conflito, indo além das posições; satisfativa ou facilitativa, de Harvard, na qual importa acordos apropriados que façam sentido para os interessados (VASCONCELOS, 2018); avaliativa, que fundamenta seu acordo comparando como ele se desenvolveria diante de um juiz ou tribunal (ALMEIDA, 2021); humanista, de Jacqueline Morineau, que se preocupa com o sofrimento proveniente do conflito, buscando trabalhar este para reduzir aquele (VASCONCELOS, 2016) –, ela tem que fazer sentido para o profissional.

Por ser um método não adversarial (autocomposição), não há culpado nem inocente na mediação, posto que os envolvidos cooperam para solução do litígio sem serem adversários. As pessoas estão ali para conversarem acerca do conflito, aprofundando-se a partir do que efetivamente as relaciona, ou seja, abrindo a alma. O que fez o Novo Código de Processo Civil foi institucionalizar esse ambiente de diálogo.

10. Art. 8, caput: Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros”), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

11. Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.



Entretanto, essa transformação que se espera da mediação como solução pacífica de conflitos e a consequente diminuição da judicialização da saúde não devem ser realizadas de forma generalizada, e muito menos desacompanhadas de criteriosa fiscalização por instituições de caráter imparcial e comprometidas com o acesso e a realização da justiça. Se é certo que a judicialização da saúde traz consequências deletérias para o Estado e para a sociedade, também não se pode descurar que os direitos sociais precisam ser implementados e respeitados. Não obstante a via escolhida para resolver a questão conflituosa, é sempre o direito da pessoa que deve ser privilegiado, haja vista os valores constitucionais envolvidos. (RIBEIRO, 2018, p. 72-73).

Destarte, diante dos mais diversos modelos de mediação, é interessante que o mediador atenda a especificidade de cada interação e utilize a técnica que os mediados necessitem, na proporção em que a mediação vai se desenvolvendo conforme os movimentos sociais.

Consideramos indispensável conhecer e incorporar na gestão da saúde (médica, clínica e hospitalar) processos de diálogo e negociação consensual, voluntários e confidenciais, como a mediação de conflitos, facilitados por um terceiro imparcial ao tema em divergência, sem interesse no resultado nem poder de julgamento ou decisão, cuja atuação potencializará a humanização do direito médico. (NASCIMENTO, 2020, p.175).

Um dos métodos que pode ser escolhido pelas partes para solucionar um conflito quando não há um vínculo preexistente, as pessoas não se conhecem ou não tem perspectiva de manter uma relação futura é a conciliação, na qual o conciliador poderá, dando sugestões, chegar a um acordo que deverá contemplar todos os interesses dos envolvidos, sendo justo, equitativo e duradouro. Aqui, o conflito é visto de forma mais prática.

O art. 145 do NCPC, por sua vez, adota a distinção conceitual entre os institutos da mediação e da conciliação, estabelecendo os limites de atuação do terceiro (mediador ou conciliador) como critério diferenciador. Nesse viés, ao conciliador é facultada a possibilidade de sugerir soluções para a resolução da contenda (§1º do art. 145), ao passo que o mediador concentra suas funções em auxiliar os conflitantes a per si identificarem alternativas de benefício mútuo no caminho da construção do consenso (§2º do art. 145). (CAVACO, et. al., 2014, p.118). É sabido, portanto, que as conciliações são frutíferas ou infrutíferas e o acordo é construído com as partes. É válido mencionar que a conciliação não tinha a metodologia de ser dialógica, por isso não existem propriamente técnicas da conciliação e, sim, da mediação, que foram inseridas na conciliação. Cabe pontuar que, embora não detenha uma lei específica, a conciliação já tinha disposição na Constituição de 1824<sup>12</sup>.

12. "Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum" (BRASIL, 1824, online).

O processo não traduz tudo que as partes falam para o advogado, por conseguinte, importa mais o que as pessoas dizem, do que o que consta processualmente. Não há um método melhor do que outro e, sim, métodos que melhor se adequam à resolução de determinada situação em concreto. No tocante aos litígios na área de saúde, segundo Diniz (2013), importa se valer dos métodos consensuais, pois, além de reduzir as altas demandas pleiteadas no Judiciário, traz satisfação para os interessados e rapidez nas decisões, que, nesse âmbito, faz diferença em face do risco da própria vida.

Pelo exposto, na prática, observa-se que um caso de erro médico, de tratamento oncológico, de tratamento domiciliar ou de internações se enquadrariam na mediação, porquanto já havia um vínculo preexistente entre médico e paciente que se baseia em uma relação de confiança. Já no caso de uma demanda de concessão de medicamentos sem grande complexidade; de transferência de hospital diante da espera da fila única; de procura por consultas, fraldas e insumos; ou de exames e similares seria preferível a utilização da conciliação, uma vez que é algo objetivo, sem perspectiva de relação futura. Vislumbra-se que, além de uma prestação de serviço mais célere diante da não necessidade de ajuizamento de ações judiciais, há ainda, menos custo dos recursos públicos quando os conflitos são resolvidos administrativamente. Bem como, evitam-se sequestros judiciais.

Podemos elencar como benefícios/vantagens, conforme os dados fornecidos pelo defensor público Rafael Alcoforado, responsável pela CRLS, que abrirá em Recife/PE:

busca de uma solução administrativa para oferta de medicamentos, serviços, e/ou procedimentos; economia e maior satisfação com o serviço público; conhecimento do funcionamento das diversas políticas públicas de saúde para melhor orientação dos assistidos; banco de dados e criação de um fluxograma para atendimento das demandas; instrumento de centralização das informações sobre a qualidade e o acesso aos serviços de saúde prestados no Município de Aracaju e do Estado de Sergipe; vetor de orientação na priorização de políticas públicas de saúde; Identificar uma demanda individual de procura expressiva para, a partir dela, buscar uma atuação coletiva que, no médio prazo, tende a reduzir as distorções causadas pela judicialização individual; padronização de procedimento e do fluxo de solicitações; redução da judicialização de demandas e do número de sequestros judiciais - previsão de gestão dos recursos financeiros ao administrador; aumento da satisfação do assistido/administrado com o serviço público; avanços reconhecidos pelos Estados onde foram criadas as CRLS, especialmente pelo Estado do Rio de Janeiro (MACEDO, 2019, p. 21-24).

E, ainda, no que se refere aos valores que poderiam ser economizados, insta pontuar que:

O Estado de Sergipe, no bimestre julho-agosto/2016, gastou R\$ 763.642,20, para atender 10 casos cirúrgicos de pacientes (já considerando o rateio com o Município de Aracaju/SE) e 01 caso de exame, o equivale a um gasto por paciente de médio de R\$ 69.422,01/paciente. Caso existisse a CRLS e considerando o percentual de solução

administrativa do Rio de Janeiro em casos análogos, o Estado de Sergipe teria um economizado R\$ 641.459,44, no referido bimestre, para atendimento de 11 pacientes (05 destes casos foram de responsabilidade solidária). Assim, fica demonstrada a imprescindibilidade de criação e instalação da CRLS (MACEDO, 2019, p.31).

Para além das vantagens, a dificuldade que encontramos, muitas vezes, para resolução das demandas através dos métodos de soluções consensuais é a falta de equipe qualificada diante da complexidade da garantia desse direito, já que a relação perpassa por toda uma cadeia estrutural, envolvendo diversos sujeitos, como pacientes, hospitais, clínicas, entes públicos, seguradoras, pessoas jurídicas de direito público, estado, município e várias áreas da saúde. Por isso, é tão importante a aproximação do sistema de Justiça com o da saúde para ampliar esse conhecimento.

Atendendo às mencionadas particularidades sociais e culturais, podemos afirmar que os conflitos na área da saúde se caracterizam, maioritariamente, por envolverem multipartes, o que por si só impõe uma necessária especialidade técnica para que o profissional que trabalha com essa gestão, antes de tomar uma posição e decidir como proceder, consiga diagnosticar os diferentes elementos, sujeitos, posições, interesses e particularidades da situação tida como divergente, incompatível e conflitante (NASCIMENTO, 2020, p.175).

No tocante ao direito médico preventivo, é preciso pensar a mediação e a conciliação por meio de uma gestão que permita, por exemplo, negociar a distribuição de um medicamento pelo Estado de modo mais célere e efetivo, não apenas quando os pacientes já estão prestes a morrer.

Entender a dinâmica dos conflitos e diagnosticar, nomeadamente, se a autonomia dos médicos escapa ao controle da área administrativa e aos padrões de gestão, relacionando-se apenas com mecanismos de pressão na estrutura administrativa, exige por parte dos administradores, diretores e gestores, além de conhecimento técnico sobre conflito, elevadas competências de comunicação e negociação (NASCIMENTO, 2020, p. 182).

Assim, a partir de um mapeamento das demandas, com identificação dos gargalos; da correção, do controle e da adequação dos procedimentos; e da antecipação dos eventuais riscos, é possível prevenir e propor soluções a cada caso.

Ao identificarmos a perspectiva preventiva do conflito ou a resolução em tempo real (*just in time resolution*), os profissionais de saúde ao desenvolverem técnicas, facilitam a atividade cotidiana, diminuindo as situações de conflito que precisam gerenciar e solucionar (NASCIMENTO, 2020). Outrossim, a satisfação vem à tona, reduzindo o tempo gasto com situações adversas à área da saúde.

## **4. CÂMARA DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS EM SAÚDE: A CONSENSUALIZAÇÃO NA RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS DESTA NATUREZA**

Todas as informações trazidas a partir deste capítulo, foram extraídas por duas fontes: Uma entrevista realizada com o defensor público Rafael Alcoforado, matrícula n.º 297.677-3, lotado na Defensoria Pública do Estado de Pernambuco (cf. ALCOFORADO, 2021), e o levantamento de dados elaborados em conjunto com os índices das Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde de Aracaju/SE e Rio de Janeiro/RJ, sob coordenação do defensor público de Sergipe, Saulo Lamartine Macedo (cf. MACEDO, 2019), e fornecidos pelo defensor público Rafael Alcoforado.

### **4.1. As Câmaras de Resolução de Litígios existentes no Brasil: objetivos, estruturação e funcionamento**

A Câmara de Resolução de Litígios ou SUS Mediado, como é denominada em alguns estados, com o intuito de compreender a judicialização da saúde, discutir políticas públicas e racionalizar os pedidos, levando em consideração a salvaguarda constitucional do acesso individual a esses requerimentos, serve de auxílio para pessoas que procurarem a Defensoria Pública para dirimir questões de saúde através da mediação, da conciliação ou administrativamente (MACEDO, 2019, p.2).

Baseando-se nas Câmaras de Sergipe e do Rio de Janeiro, a ideia seria que os órgãos de saúde envolvidos pelo governo do estado e pelo município do Recife cedessem para Defensoria pessoas do seu corpo técnico. Sendo assim, esses profissionais de saúde, por exemplo, ao analisarem um laudo médico poderiam identificar que determinado medicamento, necessário para o tratamento daquela doença, não é disponibilizado pelo SUS, contudo, que existe uma alternativa para aquela mesma doença no âmbito do SUS e indicariam ao paciente uma prática específica mediante razão técnica (ALCOFORADO, 2021).

Ademais, há diversas situações em que essa Câmara pode atuar, como quando o medicamento não é indicado por alguma razão ou não é autorizado, podendo a equipe médica dar um parecer favorável com base em evidência (ALCOFORADO, 2021). As pessoas, muitas vezes, não têm ciência das possibilidades para solução de suas questões em saúde e poderiam, ao invés de judicializar, aproveitar as alternativas que o Estado pode vir a oferecer, justificando o porquê não foi suprimida determinada demanda.

Contudo, em que pese a necessidade da equipe médica, é de grande importância

a atuação do Tribunal. Além do parecer médico, é imprescindível a autorização do fornecimento e homologação do acordo antes da demanda ser encaminhada ao Judiciário, para que seja homologado na Justiça e com base na decisão judicial homologada, o Estado concretize o que foi requisitado. Seja o fornecimento de um medicamento; a troca de hospital diante da espera da fila única; a procura de consulta, de exames ou, até mesmo, de cirurgias (ALCOFORADO, 2021). A ideia é que todas as demandas de saúde contra o estado e o município sejam analisadas na Câmara e o demandante saia ou com a questão solucionada ou com a indicação de que não seria caso de judicialização (sem efeito) ou, ainda, com um parecer para judicializar (ALCOFORADO, 2021). Posto que, na situação em que não houver opção terapêutica ou inviabilidade de utilização dos medicamentos incorporados ao SUS, a defensoria ajuíza a ação correlata (ALCOFORADO, 2021).

Deve-se dizer que a CRLS funcionará como um setor próprio da Defensoria, apartado do setor que judicializa as questões, estando munido de todo o procedimento, não sendo o parecer vinculativo. Há uma autonomia entre os setores, em face da ampliação e do capital (ALCOFORADO, 2021). Destarte, o intuito é, a partir da análise da demanda, tentar solucionar administrativamente. Caso não logre êxito, emitir parecer acerca da viabilidade ou não de judicialização. E, ainda, se o assistido quiser, embora esteja com o parecer pela não judicialização, pode procurar um núcleo próprio de judicialização, que é o núcleo da fazenda. No núcleo, de posse do parecer, o defensor analisará se atuará de acordo com ele ou não (ALCOFORADO, 2021).

Os servidores efetivos da área de saúde serão cedidos para defensoria com o intuito de atuar na Câmara, ficando responsáveis por fazer a análise estritamente técnica das documentações. Desse modo, cria-se uma independência da Secretaria do Estado, na medida em que, às vezes, um parecer pode ser contrário ao interesse do Estado, como por exemplo, pela necessidade de judicialização contra o Estado (ALCOFORADO, 2021). Nessa Câmara, uma equipe da defensoria recepcionará os demandantes (ALCOFORADO, 2021). A CRLS contará com defensor e estagiários administrativos para receber as pessoas que pretendem judicializar questões de saúde. Passando os assistidos pela câmara, a documentação enviada por eles será encaminhada para a equipe técnica, com médico e farmacêutico, entre outros. A partir disso, com o devido parecer, tentar-se-á resolver administrativamente. Caso reste infrutífera, a demanda será encaminhada para judicialização, como já mencionado (ALCOFORADO, 2021).

Infere-se que esse projeto existe há mais ou menos 2 anos e se baseia na Câmara de Sergipe. Outrossim, o acordo de cooperação técnica foi enviado para o estado e o município e estão aguardando contato, na proporção em que as secretarias estão sobrecarregadas em razão da situação pandêmica (ALCOFORADO, 2021).

Para tanto, a saber, a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, a Defensoria Pública da União, o estado de Pernambuco e o município do Recife – representado pela Procuradoria Geral do Município do Recife e pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, ao qual se vincula o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) –, motivados pela demanda por efetivação do direito à saúde; pelo fato da responsabilidade pelo SUS ser solidária entre a União, o estado de Pernambuco e os municípios pernambucanos; e pelas Defensorias Públicas possuem a incumbência constitucional de, em face do regime democrático, propiciar os direitos humanos e a defesa em todas as esferas, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de modo integral e gratuito; realizaram um protocolo de intenções (PROTOCOLO DE INTENÇÕES, 2020, p. 1-2). Protocolo esse, que, para ser exercido, a Secretaria Estadual de Saúde (SES) e a Secretaria de Saúde do Recife assumem a responsabilidade de formar uma Comissão Técnica de profissionais de saúde, (PROTOCOLO DE INTENÇÕES, 2020, p. 2) que analisarão previamente a situação, com composição a ser definida em momento apropriado e junto aos órgãos municipal e estadual. Sendo assim, a priori, a Câmara se constituirá de profissionais capacitados, ficando a SES e a Secretaria de Saúde do Recife com o encargo de indicar substitutos no decorrer das férias dos integrantes da equipe técnica, assim como, em situação de afastamento dos efetivos superior a 10 dias (PROTOCOLO DE INTENÇÕES, 2020, p. 2). Insta salientar que a Comissão Técnica exercerá suas atividades na CRLS e a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco ficará responsável por indicar um integrante para administrar a referida Câmara, assim como por disponibilizar um local, dentro no núcleo, para a Comissão Técnica e os equipamentos pertinentes ao andamento da Comissão e da Câmara e, ainda, por nomear um defensor para monitorar, supervisionar, avaliar e fiscalizar todos os serviços exercidos. (PROTOCOLO DE INTENÇÕES, 2020, p. 2-3).

Depreende-se que a Defensoria Pública da União, também terá a prerrogativa de indicar defensores públicos para atuarem na Câmara no que for de suas competências, consoante acordo de cooperação técnica pactuado pela Defensoria Pública do Estado de Pernambuco (ALCOFORADO, 2021). Como a Câmara do Recife ainda não pôde iniciar o seu funcionamento em virtude da pandemia, tomamos como referência o levantamento de dados da Câmara de Sergipe e do Rio de Janeiro, que apresentam como as Câmaras vêm realizando seus trabalhos, o que se faz necessário demonstrar.

#### **4.2. Análise dos dados das Câmaras de Resolução de Litígios em Saúde de Sergipe e do Rio de Janeiro**

Consoante os dados fornecidos pelo defensor público Saulo Lamartine Macedo, os quais foram disponibilizados pelo defensor público Rafael Alcoforado, responsável pela

CRLS, programada para abrir no Recife, os primeiros acordos realizados pela Câmara de Sergipe passaram a ser realizados com o auxílio de uma assistente social, advinda do estado de Sergipe em agosto de 2015, que ficou atuando como mediadora, havendo uma diminuição das demandas contra o estado do Sergipe e o aumento das demandas contra o município de Aracaju (MACEDO, 2019, p. 3).

Assim, em 2015, pela estatística do Núcleo de Saúde do Centro Integrado de Atendimento Psicossocial (Ciaps), houve 965 atendimentos, dos quais 297 foram relativos a medicamentos, 163 a exames, 23 à UTI, 32 à quimioterapia e radioterapia, 27 a TFD<sup>13</sup>, 152 à fraldas e outros materiais, 30 a suplementos alimentares, 14 à internação compulsória e 188 a procedimentos cirúrgicos, dos quais 39 foram solucionados administrativamente. Em 2016, houve 814 atendimentos, dos quais 258 foram relativos a medicamentos, 96 a exames, 19 à UTI, 25 à quimioterapia e radioterapia, 19 a TFD, 82 à fraldas e outros materiais, 58 a suplementos alimentares, 21 à internação compulsória, 155 a procedimentos cirúrgicos, dos quais 81 foram solucionados administrativamente (MACEDO, 2019, p.10).

Em 2018, o Mapa da Solução Administrativa da CRLS demonstrou 897 atendimentos, sendo 326 solucionados. Entre eles: 67 consultas, 96 exames e similares, 11 fraldas e insumos, 34 medicamentos, 12 órteses e próteses, 82 procedimentos cirúrgicos, 6 quimioterapia e radioterapia, 4 suplementos alimentares, 11 UTI, 3 internações involuntárias; 264 orientações de fluxo e 307 judicializados (MACEDO, 2019, p. 7).

Objetivamente, houve um aumento da solução administrativa com a incorporação do município de Aracaju/SE ao Ciaps, visto que dos 965 atendimentos de 2015, 39 foram solucionados administrativamente e 926 originaram demandas judicializadas, apresentando um baixíssimo percentual de solução administrativa: 4,041%. Já, dos 814 atendimentos realizados até novembro de 2016, 81 foram solucionados administrativamente e 733 demandas judicializadas, demonstrando um baixo percentual de solução administrativa: 9,95 % (MACEDO, 2019, p. 10).

No bimestre outubro-novembro de 2016, já com a incorporação do município de Aracaju ao Ciaps, ocorreram 131 atendimentos, dos quais 21 foram solucionados administrativamente e 110 demandas acabaram judicializadas, apresentando um percentual de solução administrativa: 16,03 %. Por conseguinte, evidencia-se um aumento do percentual de solução administrativa com a incorporação do município de Aracaju e que o baixo percentual geral diz respeito à ausência de equipe técnica (MACEDO, 2019, p. 11).

13. TFD significa Tratamento Fora de Domicílio. Trata-se dos casos em que a pessoa geralmente reside no interior e não tem estrutura para fazer algum tipo de tratamento especializado, seja consulta, exame, acompanhamento médico, seja qualquer situação que não tenha atendimento especializado no interior, tendo que fazer o tratamento em outro local, fora de domicílio, na capital ou no centro maior no interior mesmo, no qual as pessoas se locomovem por meio da prefeitura para realizar esse tratamento. No Recife, existem várias casas que servem como TFD, abrindo as portas para o tratamento prolongado, inclusive com casas de apoio, nas quais as pessoas se hospedam até encerrar o tratamento.

Vale salientar que a CRLS, coordenada pela Defensoria Pública do Estado de Sergipe, é constituída pela aderência da Secretaria de Saúde do Estado de Sergipe (SES), da Secretaria de Saúde do Município de Aracaju (SMS) e da Defensoria Pública da União. É formada por dois médicos, dois farmacêuticos, dois enfermeiros e dois técnicos em regulação, que foram cedidos pela Secretaria de Saúde do Estado de Sergipe (SES) e pela Secretaria de Saúde do Município de Aracaju – SMS; além de duas psicólogas, um defensor público do estado de Sergipe, um defensor público da União, seis estagiários, e um servidor. A estrutura humana de assistência é composta por dois serviços gerais, uma copeira, um vigilante e duas recepcionistas, todos eles com recursos da CRLS (MACEDO, 2019, p. 13-14).

No que diz respeito à primeira etapa da área de atuação, a CRLS abarcaria Aracaju, podendo atingir a Grande Aracaju (Aracaju, São Cristóvão, Barra dos Coqueiros, Laranjeiras e Nossa Senhora do Socorro). Em um segundo momento, através da ampliação da CRLS e de seus componentes, os Centros de Apoio Técnico em Saúde (Cates) manteriam a ligação com a CRLS, com o intuito de resolver o conflito administrativamente, sendo a CRLS o acesso de todas as demandas de Saúde Pública do Estado de Sergipe (MACEDO, 2019, p. 15).

A constituição e atividade do Cates serão efetuadas na 2ª Etapa do Projeto “Construindo o SUS com a Defensoria Pública do Estado de Sergipe” (MACEDO, 2019, p. 16).

No fluxo de atendimento, os demandantes passam da senha para triagem, que se divide entre a Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Estado, fazendo cada uma, a análise da Secretária Estadual e Municipal de Saúde e a partir dessa análise, encaminhando para Unidade de Saúde ou Ação da DPU ou DPE (MACEDO, 2019, p. 17).

Extraindo dados da CRLS do Rio de Janeiro, a partir do atendimento entre 2012 e 2015, constata-se que houve um total de 14408 atendimentos, sendo 2287 em 2012, 2482 em 2013, 3883 em 2014, 5756 em 2015 e 8496 ações ajuizadas, sendo 1901 em 2012 (83,12%), 1956 em 2013 (78,81%), 1977 em 2014 (50,91%), 2662 em 2015 (46,25%) (MACEDO, 2019, p. 26).

Cabe analisar, também a partir dos dados extraídos pelo defensor público Saulo Lamartine Macedo, o percentual de resolução administrativa da CRLS do Rio de Janeiro. Destaca-se, dentre esses dados, o alto percentual de resolução administrativa nas demandas de consultas, exames e cirurgias (MACEDO, 2019, p. 27).

A segunda etapa do Projeto “Construindo o SUS com a Defensoria Pública do Estado de Sergipe”, traz à tona a ideia dos Cates. A ideia do Cates é dar uma assistência



através da mesma Câmara que funciona na capital, uma vez que ela serve de apoio para as comarcas do interior e região metropolitana nas quais possui defensor. Inicialmente apenas abrangerá a capital, mas já foi previsto que o defensor público que faz o atendimento de saúde no interior encaminhará os dados por e-mail para a Câmara, que analisará tecnicamente, da mesma forma que analisa as demandas da capital e encaminhará para o defensor público no interior que acionou, o qual tomará as medidas, tentando resolver administrativamente. Caso opte pela judicialização, judicializa. A ideia é que o mesmo serviço prestado pelos defensores da capital, seja prestado também no interior, de forma remota (MACEDO, 2019, p. 33-34).

Assim, de acordo com os dados fornecidos, o Projeto tem o intuito de delimitar a atividade dos defensores públicos, as demandas de toda a população sergipana e as principais deficiências do SUS no estado, especialmente na Rede Cegonha; Rede de Atenção às Urgências; Rede de Atenção Psicossocial; Rede de Cuidados à Pessoa com Deficiência; e Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas, no âmbito do SUS (MACEDO, 2019, p. 33).

O intuito é, através da ampliação da equipe técnica e das estruturas físicas da CRLS, para expedição de relatórios técnicos, nos mesmos termos já existente e constituição de sistema unificado de comunicação eletrônico entre a CRLS e o Cates; da celebração de convênios com os municípios sergipanos para fornecimento extrajudicial do maior número de medicamentos, insumos e serviços de saúde, o que demanda, para a sua realização, de organização da rede municipal, como a criação da REMUME e da lotação de defensores públicos em todos os municípios sergipanos, com redução dos custos operacionais da CRLS central, repetir a experiência da CRLS nos municípios pequenos (MACEDO, 2019, p. 34).

No que concerne ao fluxo de atendimento, há uma triagem pelo defensor público do Município Assistido que remeterá para análise pela CRLS, que conseqüentemente, encaminhará para Unidade de Saúde ou Ação. Na situação de ausência de opção terapêutica ou de impedimento de utilização dos medicamentos incorporados ao SUS, a Defensoria ajuíza a ação equivalente (MACEDO, 2019, p. 35).

Convém elencar as vantagens do Cates:

Estimula a solução extrajudicial dos conflitos individuais e coletivos envolvendo políticas públicas de saúde; aprimora o diálogo, a comunicação interinstitucional e a aproximação do sistema de justiça com o de saúde, além de promover o conhecimento, por um ator/sistema das especificidades da organização, da gestão e do funcionamento e as dificuldades enfrentadas pelo outro ator/sistema envolvido no conflito; possibilitará a formação de um banco de dados; instrumento de centralização das informações sobre a qualidade e o acesso aos serviços de saúde prestados nos Municípios do Estado de

Sergipe; vetor de orientação na gestão e priorização de políticas públicas de saúde; possibilita a qualificação da atuação dos Defensores na área da saúde pública, sobretudo na tutela coletiva, uma vez que deixa transparecer e sinaliza as principais deficiências do sistema único de saúde na localidade, sem trazer qualquer prejuízo à atuação do Defensor no restante de suas atribuições (MACEDO, 2019, p. 36-37).

O Mapa da solução administrativa – SE, no Projeto-Piloto da CRLS-SE, de janeiro a dezembro de 2018, demonstrou que houve 897 atendimentos, sendo 326 solucionados, entre eles 67 consultas, 96 exames e similares, 11 fraldas e insumos, 34 medicamentos, 12 órteses e próteses, 82 procedimentos cirúrgicos, 6 quimioterapia e radioterapia, 4 suplementos alimentares, 11 UTI, 3 internações involuntárias; 264 orientações de fluxo e 307 judicializados (MACEDO, 2019, p. 50).

Insta salientar a necessidade de um defensor público em cada município e de um Cates, visto que há uma racionalização dos gastos com saúde. O valor gasto com apenas cinco ações judiciais não resolvidas administrativamente ou manejadas “indevidamente” (em desacordo com a PPI) é suficiente para o pagamento de um defensor público pelo período de 1 ano, agente público esse, elemento essencial ao Cates e que não atuará apenas na saúde, mas também em todas as demandas do município de atuação, racionalizando não só o gasto com saúde, mas também eliminando o gasto do estado de Sergipe com o pagamento de advogados dativos e possibilitando o devido acesso à Justiça pela população mais carente (MACEDO, 2019, p. 57).

Ante o exposto, segundo os dados fornecidos, percebe-se que a CRLS junto com um defensor em cada município, propicia economia com a saúde, observância da CF/88, falta de superlotação de penitenciárias, previsão de recursos pelo gestor, mais satisfação da sociedade, extinção de gastos com advogados dativos, serve de agente de transformação social e traz maior celeridade a prestação jurisdicional (MACEDO, 2019, p. 58).

Ao pensar em saúde, identificamos diversas questões sensíveis que, com uma resolução mais célere, garantiria com maior efetividade e menos custo a demanda necessária. Percebe-se, assim, que a adoção de novos métodos de resolução de conflitos no âmbito da saúde se fez satisfatória, aumentando o índice de resolutividade e satisfação, ao passo que se fez presente um corpo técnico integrado e uma equipe humana de apoio, conscientes do tecnicismo voltado à saúde e dos trâmites administrativos. Desse modo, a gestão em volta da Câmara implicou em uma humanização e seguridade desse direito social.

## 5. NOTAS CONCLUSIVAS

A IV Jornada Nacional de Direito da Saúde pelo CNJ, revelou o diálogo com as secretarias de saúde para melhor prestação dos serviços. Portanto, restou-se perceptível que o diálogo colaborativo entre os entes contribui para a redução dos conflitos, já que cada pessoa em sua categoria de trabalho, ao exercerem sua atividade, atingirão um aperfeiçoamento nos serviços e por conseguinte, maior satisfação. Desse modo, com um mapeamento das demandas, é possível antecipar eventuais riscos, prevenindo, propondo soluções e reduzindo o tempo gasto com situações adversas à área da saúde.

À vista do exposto, percebe-se que a aplicação de medidas de mediação e de conciliação nas Câmaras de Sergipe e do Rio de Janeiro aperfeiçoa o diálogo; aproxima o sistema de justiça com o de saúde, propiciando conhecimento; reduz o número de disputas judiciais e os gastos nos procedimentos; como também se faz capaz de assumir um papel efetivo na resolução de litígios na saúde, visto que corrobora a satisfação das partes e, conseqüentemente, evidencia qualidade e, ainda, há compatibilidade e bons resultados práticos.

Assim, é notório que a necessidade de conferir efetividade às demandas faz com que sejam buscados novos e diversos caminhos institucionais no Judiciário. Portanto, aumenta-se a expectativa para o alcance de uma maior efetividade na resolução de litígios de saúde com a implementação da Câmara no Recife. Para além da resolução em si, a prevenção das desavenças, através de uma delimitação dos conflitos no contexto do SUS, já que toda a rede passa a executar a atividade, adianta os conflitos que podem vir a surgir, resolvendo-os.

Importa esclarecer que outros meios, além dos dispostos, conseguem resolver questões autocompositivas, na proporção em que cada situação pode demandar uma técnica diferente e mais adequada para sua solução, como negociações, práticas restaurativas, convenções processuais e, até mesmo, a atenção na esfera administrativa. Evidencia-se, por conseguinte, uma humanização através da garantia desse direito social, já que, no âmbito da CRLS, há espaço para destrinchar a questão, inclusive com uma equipe técnica de apoio que traz maiores subsídios para satisfação dos envolvidos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, T. Mediação de conflitos: um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade. In: CUNHA, J. R. (Coord.). **Poder Judiciário: novos olhares sobre gestão e jurisdição**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

APAMAGIS – ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MAGISTRADOS. **Plano Nacional traz medidas estruturantes para equacionar a judicialização da saúde**. APAMAGIS, 13 set. 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3OlrAEB>>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. In: AZEVEDO, A. G. (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3zBHhmZ>>. Acesso em: 20 out. 2021.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/2WyrDRV>>. Acesso em: 20 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 94**, de 2002. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em: <<https://bit.ly/2HDijj4>>. Acesso em: 20 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade**. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <[Relatorio\\_JudicializacaoSociedade-16072021.pdf\(cnj.jus.br\)](Relatorio_JudicializacaoSociedade-16072021.pdf(cnj.jus.br))>. Acesso em: 02 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 1.060**, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <<https://bit.ly/3HsJHGh>>. Acesso em: 02 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: < Acesso em: 02 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<https://bit.ly/3aR4JSH>>. Acesso em: 02 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.656**, de 3 de junho de 1993. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <<https://bit.ly/3mSnCaC>>. Acesso em: 02 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://bit.ly/39tEJN2>>. Acesso em: 02 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.140**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <<https://bit.ly/3xU4kYR>>. Acesso em: 02 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <<https://bit.ly/39Agmx0>>. Acesso em: 02 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Resolução CNJ n.º 105, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://bit.ly/3aVYf57>>. Acesso em: 02 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tema n.º 793. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, RE 855178 RG, DJe-050 DIVULG 13-03-2015. 16 mar. 2015.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Reimpr. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2015.

CAVACO, et. al. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 8. Volume Especial, ISSN 1982-7636 – Estrato B3 Qualis, 2014, p. 118. Disponível em: <<https://bit.ly/3zDQR8H>>. Acesso em: 04 jun. de 2021.

CINTRA, N. L. Mediação privada: aspectos relevantes da Lei n.º 13.140/2015. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 967, maio 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3OI0gGk>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

DELDUQUE, M. C.; CASTRO, E. V. A mediação sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, abr./jun. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/3tC4fX8>>. Acesso em: 12 maio. 2021.

DINIZ, M. G. A. Direito social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. **Caderno Ibero-Americano de Direito Sanitário**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 472- 485, jul./dez.2013. Disponível em: <<https://bit.ly/3tENGd7>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

FERCOT, C. La justiciabilité des droits sociaux en Allemagne et Suisse: des réticences progressivement surmontées. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v. 63, n. 2, p; 225-256, avr./juí. 2011.

FERREIRA, N.; JOÃO LEITE; ARAÚJO, JOSÉ NEWTON GARCIA DE. Gestão e Subjetividade no SUS: enfrentamentos de impasses em tempos neoliberais. **Revista Psicologia Social**, v. 26, n. 3, p. 675-684, 2014.

FOLLETT, MARY PARKER. **Profeta do gerenciamento**. Rio de Janeiro: Qualitymark; 1997.

GOMES NETO, J. M. W.; ALVES, C. B. Criação das Centrais de conciliação, mediação e arbitragem em Pernambuco: uma análise de sua efetividade à luz do novo enfoque de acesso à justiça. **Revista de Processo**, v. 37, n. 211, p. 317-346, set. 2012.

LIMA, B. G.; CAMPOS, F; PAPA LOPES, C. Mediação e conciliação de conflitos na área da saúde. In: **CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DA SAÚDE**. ISSN: 2317-1308, v. 7, n. 3, p. 523-533, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/39r4IKl>>. Acesso em: 09 jun. 2021.

MACEDO, S. L. **Atuação na Saúde. A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – CRLS**. Dados fornecidos pelo Defensor Público Rafael Alcoforado, matrícula n° 297.677-3, lotado na Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. Relatório elaborado em conjunto pelas Câmaras de Resolução de Litígios em Saúde das Defensorias Públicas de Aracaju e Rio de Janeiro. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3uOnEl1>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

MASLOW, A. H. **Motivation and Personality**. Harper & Row,Publishers,Inc. Reprinted from The English Edition By Harper & Row,Publishers. 1954.

NASCIMENTO, D. M. Mediação de conflitos na gestão da saúde (médica, clínica e hospitalar): humanização do direito médico. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. L.], v. 9, n. 1, p. 170–195, 2020. DOI: 10.17566/ciads.v9i1.605. Disponível em: <<https://bit.ly/3HsqQvd>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Mediação de Conflitos na Área da Saúde: experiência portuguesa e brasileira. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 201–211, 2016. DOI: 10.17566/ciads.v5i3.333. Disponível em: <<https://bit.ly/3QoVIG7>>. Acesso em: 5 jul. 2021.

OLIVEIRA, M. R. M. et al. Mediação: um meio de desjudicializar a saúde. **Tempus, actas de saúde colet**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 169-177, mar. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3zFLqpP>>. Acesso em: 10 maio. 2021.10.18569/tempus.v10i1.1860.

PAULA FILHO, A. M. A. Cláusula de mediação ou negociação obrigatória nos contratos de consumo: violação ao acesso à Justiça? **Revista de Processo**, v. 315. ano 46. p. 421-442. São Paulo: Ed. RT, maio 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3QoCyLd>>. Acesso em: 27 jun. 2022.

PERNAMBUCO. Protocolo de Intenções celebrado entre a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, Defensoria Pública da União, Estado de Pernambuco, Município do Recife e Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Recife**: Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, Defensoria Pública da União, Estado de Pernambuco – Procuradoria do Estado, Município do Recife – Procuradoria Geral do Município, Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco/Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de solução de conflitos – NUPEMEC, p. 1-6, 20 ago. 2020.

RIBEIRO, W. C. A mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 62-76, 2018. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v18i3p62-76. Disponível em: <<https://bit.ly/3xrSyUg>>. Acesso em: 11 maio. 2021.

RIVERA, F. J. U. Análise estratégica hospitalar e projeto assistencial a perspectiva de Michel Crémadez e François Gâteau. In: **Análise estratégica em saúde e gestão pela escuta** [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013, 309 p. ISBN: 978-85-7541-303-6. Disponível em: <<https://bit.ly/3O8mjjK>>. Acesso em: 02 maio. 2021.

SILVA, A. B.; SCHULMAN, G. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Rev. Bioética**. Curitiba, v.25, n.2, p. 290300, 2017.

SPLENGER, F. M.; SPLENGER NETO, T. A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos. In: SPLENGER, F. M.; SPLENGER NETO, T. **Mediação enquanto política pública**: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. 1. ed., Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/3b4TtIV>>. Acesso em: 02 maio. 2021.

TARTUCE, F. Técnicas de mediação. In: SILVA, L. A. M. G. **Mediação de conflitos**. Atlas, 2013, v. 1, p. 42-57. Disponível em: <<https://bit.ly/3NY31Of>>. Acesso em: 03 maio. 2021.

VASCONCELOS, C. E. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: Método, 2018.

VASCONCELOS, K. N. Mediação Humanista: A Mediação Como Caminho E O Caminho Da Mediação. **Revista Internacional CONSINTER DE Direito II**, no. II, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3xShxRS>>. Acesso em: 11 maio. 2021.

WAQUIM, B. B.; SUXBERGER, A. H. G. A institucionalização da mediação no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3mRV5IK>>. Acesso em: 04 maio. 2021.

WRASSE, H. P. A autocomposição e o tratamento adequado das controvérsias: uma visão positiva dos conflitos. In: SPLENGER, F. M.; SPLENGER NETO, T. **Mediação enquanto política pública**: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. 1. ed., Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/3b4TtIV>>. Acesso em: 02 maio. 2021.





Apoio científico:



**ASOLADEME**  
Asociación Latinoamericana de Derecho Médico  
Sede Brasil



Universidade Corporativa Anátema



**APEDIMES**  
Associação Pernambucana  
de Direito Médico e da Saúde

