

M E D I C I N A

M&P

& P E S Q U I S A

VOL. 9 - ANO 3 - Nº 3
SETEMBRO/DEZEMBRO 2017

DOSSIÊ - PARTE II
Medicina e Direito

Lourenço de Miranda Freire Neto
Eduardo Sérgio Soares Sousa
Organizadores

M E D I C I N A
M&P
& P E S Q U I S A

VOL. 9 - ANO 3 - Nº 3 - SETEMBRO/DEZEMBRO 2017

Organizadores

Lourenço de Miranda Freire Neto

Eduardo Sérgio Soares Sousa

EXPEDIENTE

EDITORES

Dr. Cláudio Sérgio Medeiros Paiva
Dr. Eduardo Sérgio Soares Sousa

CONSELHO EDITORIAL

Dra. Alessandra Sousa Braz Caldas de Andrade
Dr. André Telis de Vilela Araújo
Dra. Ângela de Siqueira Figueiredo
Dra. Cidália de Lourdes de Moura Santos
Dra. Cristianne da Silva Alexandre
Dr. Constantino Giovanni Braga Cartaxo
Dra. Eutília Medeiros Freire
Dra Isabel Barroso Augusto Formiga
Dra Joria Viana Guerreiro
Dr. José Eymard de Moraes de Medeiros Filho
Dr. José Gomes Batista
Dra Juliana Sampaio
Dra. Leina Yukari Etto
Dr. Maurus Marques de Almeida Holanda
Dr. Marcelo Gonçalves Sousa
Dra Mônica Souza de Miranda Henriques
Dra. Rilva Lopes de Sousa-Muñoz
Dra. Rosália Gouveia Filizola
Dr. Severino Ayres de Araújo Neto

Dra. Valderez Araújo de Lima Ramos
Dr. Zailton Bezerra de Lima Junior
CONSELHO CONSULTIVO
Dra. Ana Maria Revorêdo da Silva Ventura
Instituto Evandro Chagas - Pará
Dra. Carla Helena Augustin Schwanke
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil
Dr. Celmo Celeno Porto
Universidade Federal de Goiás
Dr. Clécio de Oliveira Godeiro Júnior
Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Dr. Edmundo Chada Baracat
Universidade de São Paulo
Dra. Eloisa Silva Dutra de Oliveira Bonfa
Universidade de São Paulo
Dr. Emerson Leandro Gasparetto
Universidade Federal do Rio de Janeiro
Dra. Emília Inoue Sato
Universidade Federal de São Paulo
Dr. Emilio Carlos Elias Baracat
Universidade Estadual de Campinas
Dr. Eymard Mourão Vasconcelos
Universidade Federal da Paraíba
Dr. João Modesto Filho
Universidade Federal da Paraíba
Dr. José Maria Soares Júnior
Universidade Federal de São Paulo
Dra. Lúcia da Conceição Andrade
Universidade de São Paulo
Dra. Maria José Pereira Vilar
Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Dra. Melania Maria Ramos de Amorim
Instituto de Medicina Integral Prof. Fernando Figueira - Pernambuco

EQUIPE TÉCNICA

Alexandro Carlos de Borges Souza
Matheus Bernardo Barros de Oliveira

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
ARTIGOS	
Responsabilidade Civil do Médico	9
Tráfico de Órgãos no Brasil: Análise do Filme H.O.T. - Human Organ Traffic	27
Impactos da Omissão de Socorro e Escusa de Consciência em Casos de Aborto	41
Conflitos legais no Tratamento Arbitrário de Indivíduo Legalmente Capaz	59
Curandeirismo: Aspectos Religiosos e Sociais que Limitam a Necessidade de Tipificação	75
O Impacto do Especialismo Médico na Atenção Básica	97
O Consentimento do Paciente no Testamento Vital com o Auxílio da Visão Comparada do Direito	117
Telemedicina no Brasil: Panorama Atual e Propostas para Regulamentação	139

Editorial

Retomamos, nesta edição da revista Medicina & Pesquisa, a discussão sobre as diferentes formas como as áreas do Direito e da Medicina se encontram relacionadas. Os artigos presentes neste dossiê em duas partes foram produzidos por alunos da graduação em Medicina da Universidade da Paraíba, a partir de ensinamentos obtidos nos módulos Aspectos Jurídicos da Prática Médica I e II e mostram como a transdisciplinaridade é importante para uma melhor formação médica.

Nos oito artigos que compõem este número, damos prosseguimento a essa discussão, buscando novos pontos de contato entre as áreas. "Responsabilidade Civil do Médico" aborda temas como a responsabilidade subjetiva e objetiva, obrigação de meio ou de resultado, ação e omissão do médico,nexo de causalidade no erro médico, dano estético, aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade do anestesiológico.

O artigo "Tráfico de Órgãos no Brasil: Análise do Filme H.O.T. - Human Organ Traffic" foca nas implicações legais de um crime que infelizmente tem se tornado cada vez mais comum, principalmente em países pobres e periféricos, a partir de um documentário sobre o tema. Mostra ainda como a prática tem se banalizado no Brasil, apesar de sermos uma referência mundial na área de transplantes pelo sistema público de saúde.

Muitas vezes, o médico vê-se impedido de atuar, em determinadas situações, quando a prática médica entra em conflito com práticas ou crenças pessoais do paciente. Mas, e quando essa relação se reverte? O artigo "Impactos da Omissão de Socorro e Escusa de Consciência em Casos de Aborto" investiga as consequências legais da escusa de consciência do médico em casos de abortos.

"Conflitos legais no Tratamento Arbitrário de Indivíduo Legalmente Capaz" analisa duas decisões a respeito do tratamento destinado a pessoas cuja escolha acerca de práticas ou procedimentos para cura de doenças e situações de risco iminente para a vida, mediante consentimento livre e esclarecido, foi de não recebê-los. O texto propõe um debate sobre a relação entre o tratamento arbitrário e a responsabilidade depositada sobre o médico nesse embate.

"Curandeirismo: Aspectos Religiosos e Sociais que Limitam a Necessidade de Tipificação" analisa o conflito entre o poder médico

hegemônico e as práticas religiosas populares, entre elas o curandeirismo. A partir das considerações do filósofo Michel Foucault sobre a questão do poder, o texto apoia-se no princípio da Intervenção Mínima do direito Penal para buscar a construção de um melhor entendimento e aplicabilidade do processo saúde-doença na sociedade.

O artigo "O Impacto do Especialismo Médico na Atenção Básica" investiga como a formação médica contemporânea entra em conflito com as diretrizes que norteiam os sistemas públicos de saúde, uma vez que estes se apoiam na atuação do médico generalista, profissional cada vez mais raro devido à tendência à superespecialização no campo da medicina.

"O Consentimento do Paciente no Testamento Vital com o Auxílio da Visão Comparada do Direito" põe em relevo a insegurança jurídica a que paciente e médico estão expostos quando cabe ao médico o poder de determinar, em última razão e com alto grau de subjetividade, se algum tratamento deverá ser aplicado ao paciente - mesmo que este se oponha à decisão.

Por fim, a tecnologia mais uma vez é tema de debate em "Telemedicina no Brasil: Panorama Atual e Propostas para Regulamentação". O artigo traz as normas e princípios da prática no Brasil, considerando seus possíveis aperfeiçoamentos com base em experiências ao redor do mundo.

Os editores gostariam de ressaltar o trabalho da magnífica Reitora da UFPB, professora doutora Margareth de Fátima Formiga Melo Diniz, e do Pró-Reitor de Pós-Graduação e Pesquisa, professor doutor Isac Almeida de Medeiros, prol da consolidação das políticas de Graduação e Pós-Graduação na instituição. Agradecemos ainda ao zelo e compromisso dos alunos participantes destas edições e a colaboração dos servidores do Centro de Ciências Médicas envolvidos em sua feitura.

Os editores gostariam de salientar o apoio permanente da reitora da UFPB, professora doutora Margareth de Fátima Formiga Melo Diniz, para o desenvolvimento da Pesquisa, Ensino e Extensão da Universidade Federal da Paraíba, e, particularmente, do Centro de Ciências Médicas. Também destacamos o compromisso dos alunos no desenvolvimento dos artigos e dos servidores do CCM na realização desta edição.

Professor mestre Lourenço de Miranda Freire Neto
Professor doutor Eduardo Sérgio Soares Sousa
Editores convidados

Responsabilidade Civil do Médico

ESTÉFANI COUTINHO GOMES¹

AMANDA KELLY FEITOSA EUCLIDES¹

BRUNA GUIMARÃES¹

KAIO JOSÉ SANTOS DE ANDRADE¹

MAYARA HANNAH GOMES DA SILVA MARQUES¹

RODRIGO ÍCARO NÓBREGA DE MEDEIROS¹

LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO²

EDUARDO SÉRGIO SOARES SOUSA³

¹Estudante do Curso de Medicina da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

²Professor Mestre do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

³Professor Titular do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

- **Autor para correspondência**

Lourenço de Miranda Freire Neto

lourencomiranda@gmail.com

Resumo

Objetivo: O artigo abordará o tema da responsabilidade civil do médico focada na cirurgia plástica. Para tanto, serão tratados temas como a responsabilidade subjetiva e objetiva, obrigação de meio ou de resultado, ação e omissão do médico, nexos de causalidade no erro médico, dano estético, aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade do médico anestesiológico. No desenvolvimento do artigo, é também abordada a discussão acerca da dificuldade de se padronizar o resultado, considerado embelezador ou não, necessária para responsabilização do cirurgião plástico em procedimentos de cunho exclusivamente estético. **Método:** Trata-se de artigo elaborado a partir de revisão de literatura.

Palavras-chave: Erro Médico, Anestesiologia, Cirurgia Plástica, Cultura da Beleza, Defesa do Consumidor

Abstract

Objective: The article will discuss about civil liability of doctors focused on plastic surgery, which has been growing in Brazil during these last years. Therefore, it will be covered topics like subjective

and objective responsibilities, obligation of means and result, the acting and omission of doctors, causal link in medical error, esthetic damage, the application of consumer defense code and the responsibilities of the anesthesiologist. The development will also discuss about the difficulty of finding a pattern for the results of esthetic plastic surgeries, that is also needed in the process of liability of the plastic surgeon. **Method:** The objective of the article is to increase knowledge about these subjects throughout a bibliographic review.

Keywords: Medical errors, Anesthesiology, Plastic Surgery, Beauty Culture, Consumer Defense

1 Introdução

Nas sociedades mais antigas e rudimentares, o processo de adoecimento era interpretado como um castigo divino e as pessoas capazes de tratar das doenças (os chamados curandeiros) eram vistas como escolhidas dos deuses. O primeiro documento sobre a responsabilidade médica foi a Lei de Ur Nammu, em sumério, nas Tábuas de Nippur, servindo de base para os códigos seguintes. Um documento bastante conhecido sobre o erro médico foi o Código de Hamurabi, norteador pela Lei de Talião; nele, o erro médico era julgado de forma brusca e a punição era uma espécie de imitação do erro cometido. O Direito romano contribuiu ao estabelecer que a culpa só existiria se fosse comprovada a conexão entre a conduta do médico e o dano causado ao enfermo e a responsabilização poderia ser patrimonial e profissional (civil ou administrativa) e nem sempre atingir a liberdade pessoal (penal, por exemplo). O Direito francês manteve a mesma ideia que se tem hoje de responsabilidade subjetiva, porém passou a analisar a responsabilidade médica como uma relação de contrato com os pacientes¹.

Atualmente, no Brasil, o profissional médico está sujeito a consequências se descumprir suas responsabilidades nos âmbitos administrativo, civil e penal. No administrativo, responderá a uma espécie de advertência do Conselho da profissão; civilmente, haverá a busca da Justiça por uma forma de reparo aos danos que tenha causado (através de indenizações, por exemplo); do ponto de vista penal, responderá de acordo com o Código Penal brasileiro, estando sua liberdade em jogo (principalmente). De acordo com o tema que aprofundaremos nesse trabalho, a ideia de responsabilidade civil está relacionada à noção de não prejudicar o outro. A responsabilidade civil pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou

omissão, de acordo com o Código Civil brasileiro nos art. 186 e 187².

A responsabilidade civil específica do profissional médico (com habilitação reconhecida pelo Ministério da Educação do Brasil – MEC, e que exerce a medicina com habitualidade, vivendo do seu trabalho), tem como pressuposto o ato médico, que, quando é praticado com violação de um dever médico imposto pela lei, pelo costume ou pelo contrato, tornará o autor suscetível ao título de culpa, causador de um dano injusto, patrimonial ou extrapatrimonial¹.

Este estudo é uma pesquisa bibliográfica de caráter descritivo e cunho qualitativo. Tem como objetivos registrar as conexões entre as responsabilidades do médico – majoritariamente a civil –, a relação da medicina com o código de defesa do consumidor, o erro médico geral e em cirurgia plásticas, e procedimentos de anestesiologia.

2 Elementos da Responsabilidade Civil do Médico

Para que haja a responsabilização do médico por evento danoso ao paciente, deve haver conduta voluntária do médico de forma imprudente, negligente ou imperita, por ação ou omissão, causando dano ao paciente. Outro elemento importante é o nexo de causalidade: a conexão existente entre a conduta do agente e o resultado danoso, isto é, em que o dano se deu como consequência da conduta. Pode ocorrer também a responsabilização do médico nos casos em que se configure obrigação de resultado e este não tenha sido atingido, como em cirurgias plásticas. O profissional da medicina deve sempre agir com cautela no exercício de sua profissão, devendo seguir regras de conduta relativas ao dever de informação, atualização, dever de assistir e de abstenção de uso³.

3 Espécies de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil se apresenta de diversas formas. Pode ser classificada como responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, responsabilidade contratual ou extracontratual, e responsabilidade civil direta e indireta. A seguir trataremos da responsabilidade objetiva e da subjetiva, relacionando-as à responsabilidade civil do médico⁴.

A responsabilidade objetiva desconsidera os elementos da culpa, devendo o dano ser indenizado independentemente do nexo de causalidade entre dano e culpa, ignorando a apuração de culpa do agente. O Código Civil de 1916 era fundamentalmente subjetivista, já o Código de Defesa do Consumidor de 1990 é essencialmente objetivista. Iniciou-se então uma revolução da responsabilidade civil no Brasil. Em 2002, o novo Código Civil manteve a responsabilidade subjetiva,

mas trouxe muitos artigos que consagraram a responsabilidade objetiva em sua maioria. A responsabilidade subjetiva se tornou mais rara e nesta minoria está incluída a responsabilidade civil do médico⁴.

A responsabilidade subjetiva tem seu embasamento na teoria da culpa, tornando obrigatória a apuração de culpa do agente. Sua sustentação está no nexo causal entre a conduta do autor do dano e o resultado ocorrido. No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil do médico é considerada como subjetiva, devendo haver sempre a apuração de culpa do mesmo. O profissional médico só terá a obrigação de indenizar caso seja comprovado que agiu com imprudência, imperícia ou negligência, e que sua ação ou omissão teve nexo de causalidade com o dano. Vale lembrar que, regra geral, cabe à vítima provar o dolo ou culpa do profissional médico⁴.

Embora no Brasil seja atribuída a responsabilidade subjetiva aos profissionais da saúde, existem ainda algumas especialidades para as quais se atribui a responsabilidade objetiva, aquela que independe da verificação de culpa. São estas as especialidades: a cirurgia plástica estética, os anestesistas, os exames laboratoriais, os hospitais e clínicas. Para estes profissionais e instituições, portanto, pode-se presumir a culpa de acordo com os resultados obtidos⁴.

4 Excludentes da Responsabilidade Civil Médica

Ainda que sejam atribuídas aos especialistas das áreas de exceção, bem como às pessoas jurídicas, a responsabilidade objetiva, estes se eximirão da obrigação de indenizar, caso comprovem uma das excludentes de responsabilidade civil admitidas no direito brasileiro: o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

Caso fortuito diz respeito aos fatos estranhos ao procedimento médico que ocorrem apesar da conduta correta do profissional, e que não poderiam ser previstos ou impedidos por ele, e que acabam por causar danos ao paciente. Força maior compreende os fenômenos que até poderiam ser previstos, porém não podem ser impedidos ou evitados. A imprevisibilidade marca o fortuito, e a inevitabilidade marca a força maior. Ambos, então, fazem cessar a obrigação médica de indenizar, uma vez que o profissional poderia até prever o dano, mas não teria condições de impedi-lo⁴.

A culpa exclusiva do paciente esta presente em um evento onde a culpa é somente da vítima (no caso, o paciente), eximindo o médico de toda e qualquer responsabilidade pelo dano experimentado por seu paciente. Neste caso, não se poderá falar em culpa médica, conseqüentemente, não haverá o dever de indenizar⁴.

Por fim, expomos o fato de terceiro, iniciando por esclarecer quem é considerado “terceiro”. Trata-se de pessoas estranhas à relação médico-paciente, ou seja, qualquer pessoa que não seja o paciente e que não mantenha qualquer ligação com o corpo médico. Essa situação se assemelha ao caso fortuito ou até de força maior, por ser uma causa estranha às ações do médico, imprevisível e inevitável. Para se eximir da responsabilidade, o fato de terceiro não pode ter sido provocado pelo profissional⁴.

Assim, a isenção do dever de indenizar ocorre quando o nexo causal é rompido. Em outras palavras, não existirá relação de culpa entre a ação ou omissão do médico e o dano sofrido pelo paciente, já que tal dano só aconteceu em virtude de algo que ultrapassa a responsabilidade do médico.

5 Natureza Jurídica da Obrigação de Prestação de Serviços Médicos

A maioria dos médicos atua com obrigação de meio, pois seu trabalho visa melhorar a saúde do paciente, não podendo ter certeza se a cura será o resultado final desta relação contratual. O contrato entre o médico e o paciente – caso exista – é no sentido de que o médico aplicará toda sua técnica e habilidade, mas sem garantir resultados, pois estes dependem de outros fatores, como a resposta do paciente à medicação, o tipo de moléstia sofrida pelo paciente, entre outros. A obrigação de fim esta presente nas intervenções feitas com objetivo exclusivamente estético – as cirurgias plásticas são o grande exemplo³.

Nas obrigações determinadas como de resultado, basta que o resultado desejado não seja atingido para que o credor reivindique uma indenização. Cabendo ao devedor, como única forma de se eximir de indenizar, a prova de que não alcançou o resultado pretendido por caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiros. Por outro lado, nas obrigações tidas como de meio, caso o resultado esperado não tenha sido alcançado, caberá ao credor provar que o devedor não agiu com diligência, ou não usou de todos os meios disponíveis para atingir o resultado⁴.

6 A Responsabilidade Médica e o Código de Defesa do Consumidor

Houve, nos anos 1980 e 1990, grandes avanços com relação à regulamentação das relações de consumo, bem como de proteção do consumido no Brasil. Através do inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal, a defesa do consumidor se tornou garantia constitucional, e este foi o primeiro reconhecimento significativo,

por parte do legislador, da vulnerabilidade do brasileiro comum nas relações de consumo⁵.

No entanto, foi somente dois anos mais tarde que o chamado Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) foi promulgado e, desde então, vem sendo utilizado como instrumento oportuno pelos cidadãos comuns com o objetivo de assegurar direitos elementares⁵.

A saúde, o bem-estar e a própria integridade física e moral são bens imateriais intrínsecos ao ser humano. Estes bens, portanto, se tidos constitucionalmente como indisponíveis, podem ser protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) em uma prestação de serviços?⁶.

Assim, o primeiro questionamento a ser levantado é se a prática médica, enquadrada na relação médico-paciente hoje vigente, pode ser caracterizada como verdadeira prestação de serviços, numa relação de consumo e, desse modo, estar submetida às determinações do Código de Defesa do Consumidor⁶. A fim de elucidar dúvidas como esta, é necessário, primeiramente, procurar evidenciar, na relação médico-paciente, os elementos de vínculo consumerista. Por isso, é imprescindível a análise das definições legais para consumidor, fornecedor e serviço⁷.

O próprio CDC definiu os conceitos contidos no corpo da lei, tornando-o bastante em si mesmo⁶. O art. 2º do documento legal define o consumidor como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Sendo assim, o paciente pode ser compreendido nesta definição, tendo em vista que utiliza, para próprio proveito, os conhecimentos do profissional da área médica⁷.

O fornecedor, por sua vez, é definido no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor como sendo "toda pessoa física ou jurídica [...] que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços". Neste conceito abrangente, qualquer pessoa física (médico) ou jurídica (hospital, clínica), devidamente autorizada a realizar procedimentos médicos, se tipifica, de acordo com o CDC, como um prestador de serviço⁶.

E finalmente, no parágrafo 2º do art. 3º do CDC, os serviços são definidos como: "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista"⁵.

É desta forma que a relação médico-paciente se assemelha a uma relação de consumo comum, envolvendo-se num vínculo onde

está contida uma prestação seguida de contraprestação financeira. É importante destacar aqui a expressão "remuneração", que fomenta obrigação e, assim, responsabilização do profissional médico em face de eventuais danos, sejam eles patrimoniais (material) ou extrapatrimoniais (moral, físico, estético)⁷.

Entretanto, este entendimento não é soberano, existe certa controvérsia em relação a esta ideia, no sentido de que o trabalho autônomo de profissionais liberais não deveria estar submetido ao CDC. Além disso, argumenta-se que os profissionais médicos já estejam sujeitos aos Conselhos Regionais e Conselho Federal de Medicina, com legislações próprias, tratando-se de uma profissão regulamentada⁶.

Não obstante, uma vez tomado o Código de Defesa do Consumidor como ferramenta legal válida para administrar a relação médico-paciente, ao considerar a atividade médica como objeto de consumo e, portanto sujeita aos CDC, acarreta significativas consequências práticas, na perspectiva jurídico-processual⁵. Isto se deve aos incisos VI e VIII do CDC que buscam assegurar os direitos básicos do consumidor, e garantem "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais" e "a facilitação da defesa de seus direitos"⁵. Há, todavia, divergência entre o CDC e o Código Civil quanto à natureza da responsabilidade civil.

O Código Civil prescreve, em seu art. 927, parágrafo único, que "Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" (grifo nosso). Contudo, consta no Código de Defesa do Consumidor, art. 14, § 4º que "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada *mediante a verificação de culpa*" (grifo nosso)⁸.

Ainda assim, há o parecer de que a percepção a respeito da responsabilidade civil dos profissionais liberais permanece de natureza subjetiva, isso porque, apesar de o Código Civil ser lei posterior (2002), a regra contida no § 4º do art. 14 do CDC não perdeu sua vigência, uma vez que constitui regra específica, podendo ser aplicada neste caso⁸.

Esta aplicabilidade, entretanto, se restringe, de acordo ainda com § 4º do art. 14, ao "prestador de serviço que, de forma solitária e autônoma, faz de seu conhecimento sua ferramenta de sobrevivência"⁸. Por este motivo, é possível tratar de duas situações distintas. A primeira quando o profissional médico possui os elementos legais necessários que constituem um vínculo empregatício com o hospital, por exemplo, e o "estabelecimento de saúde responde objetivamente, como prestadora de serviços", de acordo com o *caput* do art.

14. A segunda seria a situação em que o profissional médico apenas faz uso do hospital para internar seus pacientes, mas na verdade atende de forma privada; então, nesta situação, o médico deve responder exclusivamente pelos danos infringidos, restando afastada a responsabilidade do estabelecimento de saúde⁸.

7 Erro Médico

O histórico do erro médico se inicia com os povos da Antiguidade, através do código de Hamurabi (1686 – 1750 a.C.), elaborado pelo rei da Babilônia, no qual, no art. 218, se apresenta a lei do Talião, que previa penas como amputação das mãos, entre outras, aos cirurgiões que não tivessem sucesso nos seus procedimentos. O Código de Ur-Nammu (cerca de 2040 a.C.), surgido na Suméria, descreve costumes antigos e, em seu art. 625, referia-se à responsabilidade do médico. A Lei Aquilia, entre os romanos, obrigava o médico a indenizar se um escravo morria sob seus cuidados, e o médico que agisse com imperícia ou negligência era exilado ou deportado. Durante a Idade Média persistiram as sanções aos médicos⁸.

De modo geral, o erro médico se caracteriza por uma conduta profissional inadequada capaz de produzir danos à saúde do indivíduo, seja por imperícia, imprudência ou negligência. Ou seja, erro médico é o dano provocado pelo médico ao paciente no exercício da profissão sem intenção de cometê-lo. Deve haver provas de que houve culpa médica para que esteja configurado o erro, e é o paciente quem deve demonstrar essa culpa, cuja gravidade repercutirá na quantificação da indenização. A imperícia se caracteriza por agir sem os conhecimentos necessários ou aplicá-los de uma maneira errada. Na imprudência, o médico age sem o devido cuidado e, dessa forma, expõe o indivíduo a riscos que poderiam ser evitados. Negligência é um ato omissivo, que pode ser explicado também como fruto de cansaço e sobrecarga; as formas mais graves podem ser exemplificadas pela omissão de tratamento e abandono do paciente⁹.

Os erros de diagnóstico podem ser classificados como profissional e grosseiro. O primeiro ocorre em razão de falha da técnica, causando erro na medicação. Não é apenas falha do médico, pois nesse caso, o diagnóstico não pode ser dado com certeza por falta de informações, ou até mesmo pela medicação não surtir o efeito previsto. Já o erro grosseiro ocorre por falta de mínimas condições profissionais³.

A responsabilidade do médico pode ser excluída em casos de fortuito e força maior, culpa exclusiva do paciente e da cláusula de não indenização. O caso fortuito não pode ser explicado, o acidente advém de uma causa desconhecida. Na força maior, a causa é iden-

tificada, porém não pôde ser evitada pelo médico. Ou seja, exemplos de inevitabilidade, irresistibilidade, ou invencibilidade são casos de exclusão do erro médico. No fato de terceiro, ocorre exclusão quando a ação partiu de algum indivíduo que não é o médico, ou seja, se for provado que a culpa partiu de um terceiro, a responsabilidade é excluída. A cláusula de não indenização diz que não haverá responsabilidade civil no caso de descumprimento de contrato e ela pode ser estipulada de forma bilateral³.

O médico pode cometer dano moral, material e lucros cessantes. O dano moral é difícil de ser quantificado por ser subjetivo, por isso será difícil a precificação da indenização, que é apenas compensatória. Porém, se acontecer agressão física, a indenização precisa ser suficiente para cobrir as despesas médicas e dos lucros cessantes¹.

Quando o erro médico causar morte de paciente, será aplicado o art. 948 do Código Civil, que diz: “No caso homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento de despesas com tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos as pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”. Se o falecido for provedor da família, deve ser paga uma pensão correspondente a 2/3 da renda do falecido, até a data limite em que ele atingiria a idade correspondente à expectativa de vida média do brasileiro, ou quando os filhos atingissem a maioridade (se não universitários), concluíssem a faculdade, ou quando a viúva contraísse novas núpcias^{8,1}.

Para comprovar o erro médico, podem ser utilizados todos os meios probatórios em direito aceitos, no caso da atividade médica, os prontuários, fichas de anotações médicas, perícia. A falta de uma prova segura da culpa do réu improcede a demanda⁹.

É importante que, durante a graduação, aquele vá se tornar médico possa ter em vista aspectos fundamentais para a prevenção do erro médico, como: o aprimoramento da relação com o paciente e da comunicação entre médicos, pacientes e familiares; a educação continuada; a valorização do compromisso do médico e o incentivo ao correto preenchimento dos registros dos pacientes. O art. 5º do Código de Ética Médica diz que “É dever do médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente”, essa atualização seria uma das formas de evitar o erro médico em algumas circunstâncias¹⁰.

8 Responsabilidade Médica em Anestesiologia

A anestesiologia é uma das especialidades mais recentes, além de uma das principais áreas da medicina, e esta entre as que mais

evoluíram nos últimos tempos. Porém, em meados dos anos 1950, a anestesia ainda não era uma atividade autônoma.

No entanto os avanços científicos alcançados no século XX trouxeram consigo grandes descobertas e a possibilidade do estudo e da produção de substâncias com o objetivo de controlar a dor. O manuseio destas substâncias, porém, era extremamente difícil, pois exigia ter o conhecimento da quantidade certa a ser administrada e de qual a melhor via para administração, de modo a se conseguir o melhor efeito da droga sem que houvesse produção de dano para o paciente. Assim, com o aumento crescente no número de médicos que passaram a se dedicar ao entendimento dessas drogas, bem como crescente sofisticação dos anestésicos, chegou-se ao ponto de existir a necessidade da criação da especialidade.

Hoje, a anestesiologia ocupa uma cadeira de fundamental importância para o sucesso de procedimentos envolvendo intervenções cirúrgicas, o que conduz, de forma inevitável, à criação de uma concepção de responsabilidade específica para os profissionais anestesistas, de forma totalmente independente das demais.

9 Da Atuação do Anestesista

Segundo Silvio de Salvo Venosa¹¹, a atividade do anestesista é caracterizada por três etapas:

1. Fase preparatória, onde o médico faz uma avaliação do paciente, partir da qual escolhe a melhor estratégia para o desenvolver da técnica;
2. A segunda fase consiste na administração da droga, seguida do monitoramento dos sinais vitais do paciente durante toda a cirurgia. A Resolução nº 1802/2006 do Conselho Federal de Medicina, em seu art. 1º, II, diz que, “para conduzir as anestésias gerais ou regionais com segurança, deve o médico anestesiológico manter vigilância permanente do seu paciente”¹².
3. A terceira e última etapa consiste no auxílio para o recobro de consciência do paciente e monitoramento dos efeitos dos anestésicos após o procedimento cirúrgico.

Fica claro, então, que a responsabilidade do médico anestesista reside exatamente nessas três etapas, e é justamente nelas que o profissional pode vir a cometer erros, dentre os quais podemos citar: erro de diagnóstico, quando o médico avalia de modo equivocado, ou até mesmo de modo superficial, o paciente, deixando de prever possíveis complicações, tanto durante o procedimento quanto no período pós-operatório; erro de conduta, cujo exemplo mais claro é deixar o paciente sem vigilância durante a cirurgia; e erro na técnica,

como administração incorreta de anestésicos ou ventilação insuficiente, por exemplo¹¹.

Considerando o que foi dito anteriormente, e sabendo do imperioso papel do anestesista para o desenvolvimento de uma cirurgia sem muitas complicações, fica fácil entender como eventuais erros envolvendo anestésias causam tanta repercussão na sociedade. E é neste cenário que Jose de Aguiar Dias¹² concebe seis regras básicas a serem seguidas pelos anestesistas, com o objetivo de preservação de sua responsabilidade:

- Jamais o risco da anestesia deve ser maior que o da cirurgia;
- Não praticar anestesia sem o consentimento do paciente;
- Nunca anestésiar sem testemunhas;
- O anestesista deve sempre proceder a exame prévio das condições fisiopsíquicas do paciente, incluindo exames de laboratório e peças dentárias.
- Não deve se disponibilizar anestesia para procedimentos ilícitos ou fraudulentos;
- Jamais usar drogas anestésicas ou entorpecentes senão nas condições imperativas e precisas para aliviar a dor.

Um desvio ou um não cumprimento dessas regras, mesmo que estas ainda não se configurem como lei, pode caracterizar um ato de negligência, imperícia ou imprudência por parte do médico¹². No entanto, a depender do estado do paciente, de como este chega ao anestesista, a preservação da vida passa ser a regra única no momento, permitindo que alguns dos pontos levantados pelo autor não sejam seguidos à risca.

10 Responsabilidade Civil do Médico Cirurgião Plástico

A cirurgia plástica tem ganhado uma grande visibilidade no mundo e no Brasil, em especial as cirurgias meramente estéticas, chamadas de embelezadoras. Com isso, o número de profissionais e clínicas da área também aumentaram, ampliando também as exigências sobre eles.

No caso dos profissionais envolvidos, os cirurgiões plásticos devem possuir o título de especialista na área de atuação, obtido mediante residência médica credenciada pela Comissão Nacional de Residência Médica ou de curso realizado pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, devendo registrar sua especialidade no Conselho Regional de Medicina (CRM) de sua localidade de atuação. Dessa forma, o profissional médico cirurgião plástico deverá estar habilitado para realizar procedimentos cirúrgicos, por ter adquirido um

conjunto de conhecimentos técnicos e científicos ao longo de anos de estudos, tanto na graduação como na pós-graduação¹³.

O aumento de procedimentos em si não configura um problema. No entanto, pode-se verificar uma grande quantidade de demandas judiciais existentes envolvendo questões referentes a danos estéticos causados por cirurgias estéticas, tanto por erro médico quanto por fatores externos¹⁴.

Em razão do aumento do número de profissionais e de procedimentos, constatou-se a necessidade de dividir a ação do médico cirurgião plástico em duas modalidades: as cirurgias reparadoras e as meramente estéticas. Essas duas modalidades têm tratamentos diferentes pela jurisprudência.

A cirurgia plástica reparadora ou corretiva inclui procedimentos com fins terapêuticos, em que o profissional age para corrigir defeitos estéticos tanto congênitos quanto adquiridos ao longo dos anos, não sendo garantido o resultado. Nesta modalidade, está inclusa a reparação de erros causados por procedimentos da segunda modalidade, a cirurgia meramente estética. Esse procedimento, por sua vez, é realizado com fins de aperfeiçoamento físico ou exclusivamente embelezador, uma vez que os pacientes não possuem nenhum problema físico e os procedimentos, assumindo o médico a garantia de finalidade¹⁵.

Ao realizar uma cirurgia plástica reparadora, o profissional médico assume a responsabilidade de meio, assim como a maioria dos profissionais médicos no exercício de sua atividade legal, e não assume a responsabilidade de resultado final, mas garante agir, dentro de suas capacidades e limitações, para reparar o defeito apresentado pelo paciente. Isso ocorre porque o paciente não procura o profissional médico com fins estéticos, mas para reparar ou amenizar alguma falha ou cicatriz adquirida pelo paciente por acidente ou congenitamente¹⁶.

A exceção em que o médico assume responsabilidade fim, garantindo que o resultado final do procedimento será concretizado, é a cirurgia plástica meramente estética. Neste caso, o paciente está saudável e não possui cicatrizes ou defeitos estéticos. A maioria dos pacientes sofre psicologicamente por causa de alguma parte do corpo que não considera bonita, procurando o profissional médico com fim exclusivamente embelezador¹⁶.

Vale ressaltar que, em procedimentos mistos – reparadores e estéticos –, a responsabilidade do profissional deve ser analisada de forma separada, sendo adotada responsabilidade de meio para a parte reparadora e de resultado para a parte estética¹⁵.

Na medicina é entendido que qualquer procedimento cirúrgico tem seus riscos, podendo haver complicações para os pacientes. Assim, é obrigação do profissional médico, em qualquer uma das modalidades citadas, esclarecer ao paciente, antes de realizar a cirurgia, todos os possíveis riscos que o procedimento pode causar, assim como todas as precauções que ele deve tomar no pré e pós-operatório. Todavia, se o médico perceber, ao realizar o risco cirúrgico, que o procedimento pode oferecer um risco ainda maior ao paciente, aquele não deve realizá-lo, preservando, desse modo, a saúde do paciente¹⁶.

Nesse aspecto, os riscos podem estar presentes, além poder ocorrer eventos não previstos antes da cirurgia, tanto por erro médico quanto aqueles exógenos, que estão fora do controle do médico, daí a importância da apresentação dos riscos possíveis ao paciente antes de se realizar o procedimento. Nesses casos de complicações na cirurgia ou pós-operatório, a culpa deve ser provada tanto nas atividades com responsabilidade de meio como nas de resultado. No âmbito médico, é dever do médico provar que não agiu com culpa, não tendo o paciente a obrigação de provar que o médico tenha sido imprudente, imperito ou negligente. Se o profissional não conseguir provar, será presumida a sua culpa, devendo responder no âmbito civil pelo ocorrido. Entretanto, se o profissional conseguir provar sua inocência, estará isento de responsabilidade⁴.

Em casos de cirurgias meramente estéticas, embora haja uma obrigação de resultado, não se configura uma atividade com responsabilidade objetiva. Desse modo, o cirurgião plástico pode se defender do elemento culpa, demonstrando que o resultado danoso foi proveniente de fatores imprevisíveis, fatores externos que ele não podia medir nem evitar, mesmo agindo de forma correta¹⁵.

11 Difusa Visão do Belo e a Discussão Acerca do que Seria Belo

O conceito de beleza muda no decorrer do tempo, sendo construído baseado nos valores e crenças da época. Na pré-história, a visão da mulher rechonchuda com quadril largo e seios fartos era considerada o ideal de uma mulher fértil e, portanto, tido como o padrão de beleza desejado. Já na Grécia Antiga, com o advento dos esportes e das olimpíadas (forma de manifestação e agradecimento aos deuses), surgiu uma preocupação maior com o corpo, e houve mudanças no padrão de beleza de então, com uma valorização maior do corpo e da beleza estética. Na Idade Média, em razão do controle da igreja e do surgimento da ideia de pecado e usura, tudo aquilo que concernia ao corpo, incluindo hábitos de higiene

pessoal, passaram a ser condenados, e a preocupação com a beleza passou a ser considerada pecaminosa¹⁷.

Segundo pesquisas realizadas pela Divisão de Cirurgia Plástica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP), visando introduzir a avaliação na Cirurgia Plástica Estética, considerando os dois critérios principais de avaliação (a estética e o grau de satisfação do cliente), tem-se que a estética do corpo humano não pode ser medida por tais critérios clássicos, pois o conceito de belo é subjetivo, estando sujeito a variações e gosto individual. Trata-se de um conceito de difícil definição, porque o ideal do que deve ser considerado “belo” tende a ser modificado conforme a cultura, os costumes, época e a própria população. Estudiosos da estética dividem, desde o início do século, o julgamento estético em três estágios: a apreensão do objeto pelos sentidos, comparação com experiências anteriores e, segundo a linha de Kant e Schopenhauer, a concretização da sensação do belo pelo prazer cedido a quem observa¹⁸.

Considerando os aspectos observados acima, parece-nos evidente que o conceito de beleza não deva ser utilizado para definir o resultado da cirurgia e a capacidade do cirurgião plástico. No estágio atual da ciência, não há como chegarmos a um padrão de perfeição estética para toda a humanidade.

12 Conclusão

Conforme o art. 186 do Código Civil (Lei nº 10406/02), todo aquele que comete alguma ação ou omissão e viola um interesse jurídico tutelado de outrem fica obrigado a repará-lo. A responsabilidade civil do médico é caracterizada como subjetiva, ou seja, para ser responsabilizado por erro médico é necessário, além dos demais elementos da responsabilidade civil (dano, conduta voluntária e nexo de causalidade), a comprovação de culpa.

Em geral, o exercício médico é pautado na obrigação de meio, em que o profissional deve utilizar todos os recursos disponíveis para alcançar o melhor resultado possível, sem, no entanto, garantir a cura. Contudo, existem exceções a essa regra: as especialidades em anestesiologia e cirurgia plástica com finalidade meramente estética. Esses profissionais detêm, no exercício de sua profissão, a obrigação de resultado, logo, devem, obrigatoriamente, atingir os resultados esperados, sendo responsabilizados caso não sejam alcançados.

Em relação aos anestesiológicos, três pontos são analisados para interpretar se suas ações causaram dano ao paciente: diagnóstico, técnicas utilizadas e terapêutica/conduta. Quando seu dever

de vigilância permanente (expresso na Resolução nº 1802/2006 do Conselho Federal de Medicina) é cumprido, a possibilidade de resolução de possíveis erros aumenta, ainda durante os procedimentos. Alguns elementos também são importantes para fazer valer a responsabilidade do anestesiológico: o risco da anestesia ser menor que o do procedimento, o consentimento do paciente, testemunha da aplicação da anestesia, análise de exames sobre as condições gerais do paciente, só participar de procedimentos lícitos, além do extremo cuidado ao escolher o melhor anestésico para cada caso.

No que diz respeito à cirurgia plástica meramente estética, existem vertentes que questionam este tipo de obrigação na área, em virtude da dificuldade em se estabelecer um padrão do que poderia ser considerado um “resultado embelezador”. O belo é muito subjetivo, varia entre épocas, culturas e territórios, é um conceito individual. Por isso é inaceitável exigir-se tal resultado de um profissional, tendo em vista a existência de fatores que não podem ser previstos ou evitados em sua prática e que podem levar a consequências indesejadas, diferentes do acordado. Com isso, a avaliação mais utilizada e justa é aquela que considera erro médico quando o resultado é visivelmente negativo, quebra a harmonia esperada em um olhar inicial, causando mudança brusca da imagem do indivíduo após cirurgias plásticas meramente estéticas.

Referências

1. JusBrasil [homepage da Internet]. Barros JFL. Responsabilidade civil do médico. 2015 [Acessado 20 Set. 2017]. Disponível em: <https://joaofilipebarros.jusbrasil.com.br/artigos/192596133/responsabilidade-civil-do-medico>.
2. Santos PPS. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. *Âmbito Jurídico* [Internet]. 2012 [Acessado 20 Set. 2017];15(101). Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875
3. Oliveira DU. A responsabilidade civil por erro médico. *Âmbito Jurídico* [Internet]. 2008 [Acessado 20 set. 2017];11(59). Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3580.
4. JusBrasil [homepage da Internet]. Carvalho P. Responsabilidade civil médica: obrigação de meio, sem exceções. 2013 [Acessado 20 set. 2017]. Disponível em: <https://patriciacouri.jusbrasil.com.br/arti->

gos/111827824/responsabilidade-civil-medica-obrigacao-de-meio-sem-excecoes.

5. Jus [Homepage da internet]. Dantas EVS. O exercício da medicina e o Código de Defesa do Consumidor: Aspectos atuais do direito brasileiro e espanhol. 2003 [Acessado 03 Out. 2017]. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3802>.

6. Gonçalves EC. A atividade médica e o Código de Defesa do Consumidor. Boletim Jurídico Uberaba/MG. 2009 [Acessado 03 out. 2017];8(540). Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2017>.

7. Portal Conteúdo Jurídico [homepage da Internet]. Pretel M. Da responsabilidade civil do médico: a culpa e o dever de informação [Acessado 03 Out. 2017]. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunistas=151_Mariana_Pretel&ver=641.

8. Bueno JGR. Da responsabilidade civil e criminal do cirurgião plástico estético. Revista Direito Mackenzie. 2013;6(2):140-170.

9. Souza NTC. Responsabilidade civil no erro médico [dissertação]. Porto Alegre: Universidade Federal de Santa Catarina; 2002 [Acessado 12 out. 2017]. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9158-9157-1-PB.pdf>.

10. Bitencourt AGV, Neves NMBC, Neves FBCS, Brasil ISPS, Santos LSC. Análise do Erro Médico em Processos Ético-profissionais: implicações na educação médica. Rev. Bras. Educ. Méd. [Internet]. 2007 [Acessado 01 Out. 2017];31(3):223-228. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbem/v31n3/04.pdf>.

11. Venosa SS. Direito Civil. 3ª ed. São Paulo: Atlas; 2003.

12. Dias JA. Responsabilidade Civil. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2011.

13. Árias EF. Responsabilidade civil do médico cirurgião plástico. Âmbito Jurídico. 2005 [Acessado 01 Out. 2017];13(23). Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=142

14. Carvalho VO. Da responsabilidade civil subjetiva na cirurgia es-

tética. *Âmbito Jurídico* [Internet]. 2011 [Acessado 21 set. 2017];14(89). Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9715

15. Lopes MG. Responsabilidade civil do médico na cirurgia plástica estética. *Âmbito Jurídico* [Internet]. 2016 [Acessado 05 out. 2017];19(151). Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17747

16. Nicodemos EC. Responsabilidade civil do cirurgião plástico estético embelezador - Análise sobre as medidas acautelatórias eficientes para que o cirurgião responda na medida de sua real culpabilidade. *Âmbito Jurídico* [Internet]. 2013 [Acessado 05 out. 2017];16(111). Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13126

17. Cecim AM. Baumgarten, Kant e a teoria do belo: conhecimento das belas coisas ou belo pensamento?. *Paralaxe*. 2014;2(1):2-19.

18. Schopenhauer A. *Metafísica do belo*. São Paulo: Editora da Unesp; 2003.

Tráfico de Órgãos no Brasil: Análise do Filme H.O.T. - *Human Organ Traffic*

ANDRÉ LUÍS CELESTINO FERREIRA¹

ANA CLARA OLIVEIRA GOMES¹

JOÃO LUCAS PORDEUS DE MENEZES¹

LUCAS FELLIPE LOMBA PERDIGÃO¹

SÁVIO DANIEL FREIRE DE ALBUQUERQUE FIGUEIREDO¹

VINÍCIUS FURTADO DA SILVA CASTRO¹

LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO²

EDUARDO SÉRGIO SOARES SOUSA³

¹Estudante do Curso de Medicina da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

²Professor Mestre do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

³Professor Titular do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

• Autor para correspondência

Lourenço de Miranda Freire Neto

lourencomiranda@gmail.com

Resumo

O tráfico de órgãos é uma infeliz realidade incrustada em nosso tecido social, sendo necessário abordar esse tema nas suas várias dimensões para que, assim, possamos compreendê-lo de forma integral. Esse crime encontra-se tipificado em lei e será explanado conjuntamente com a deontologia e diceologia na prática da medicina. Somada à análise desta categoria de tráfico, existe a contradição de ocorrer num país que se tornou referência quando o assunto é sistema público de transplantes. Este rótulo, atribuído ao Brasil, não condiz com a realidade dos que necessitam do procedimento, fazendo com que estas pessoas considerem e recorram a opções mais acessíveis proporcionadas pela comercialização ilegal de órgãos.

Palavras-chave: Tráfico de órgãos; Transplante; Deontologia Médica; Diceologia; Legislação

Abstract

Organ trafficking is an unfortunate reality embedded in our social fabric, and it is necessary to approach this theme in its various dimensions so that we can comprehend it in an integral way. This crime is typified in article 15 of Law 9.434 / 97 and will be explained in conjunction with the deontology and Ethics of the physician in the practice of medicine. Added to the analysis of this category of trafficking, there is the contradiction of this being present in the country whose title stands when the subject is a public transplant system. This label, attributed to Brazil, does not match the reality of those who need the procedure, making these people consider and make use of the more affordable options provided by illegal marketing of organs.

Keywords: Organ trafficking; Transplantation; Medical Deontology; Medical Ethics; Legislation.

1 Introdução

Variando em tipos de tratamento, desde o muito rigoroso até o excessivamente favorecedor, a responsabilidade penal do médico sempre alavancou questões elementares sobre como proceder ética e moralmente no exercício dessa profissão. Deve-se saber que tais extremos apontados inicialmente não se adaptaram ao exercício da Medicina, porquanto pressupõem que este, para todos os casos, não estaria naturalmente susceptível a falhas e riscos.

Admitindo-se o médico como profissional executor de atividades expostas ao insucesso, são justificáveis interpretações mais tolerantes, profundas e cautelosas¹ acerca dos erros que possam ocorrer em seu pleno exercício. A medicina possui caráter científico inexato, o que torna suas abordagens, a depender das circunstâncias, inevitavelmente falhas. Prova disso são as reações diversas que cada paciente pode demonstrar quando exposto a um determinado tratamento. Considerados os partícipes das atividades da medicina (paciente, profissional da saúde e a ciência), entra em pauta a *lex artis*. Trata-se, sucintamente, de um organizado de normas reguladoras da conduta técnica do médico. Apoiando-se nisto, podem ser verificados comportamentos de imperícia, regularidade do exercício, exclusão de culpabilidade, distinção entre erro médico e imperícia.

Na prática médica, a comprovação de culpa é imprescindível para a responsabilização penal, de tal modo que o que há mais para imputar ao médico um crime são: i) resultado (dependendo da si-

tuação); ii) nexos de causalidade entre a conduta e o resultado; iii) perfeito enquadramento da conduta, do resultado e do nexo causal em uma norma que descreva um crime. Acerca da culpabilidade, os elementos necessários para a sua comprovação são: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Sendo esta última a que merece maior atenção, em se tratando de responsabilidade do profissional de saúde, já que gera divergências, apesar de sua descrição pela *lex artis*, como se vê nos tribunais.

Em sentido específico, a culpa existe quando do reconhecimento da vontade da parte voltada apenas à conduta, não sendo o resultado previsto por ela, embora previsível ao homem comum.

Fundamentalmente, expressam-se três formas de violação que dão causa aos resultados do crime culposos: imprudência, negligência e imperícia. A imprudência revela o sujeito com comportamentos ativos que caracterizam uma conduta não recomendável pela experiência comum. A negligência, por sua vez, consiste em não fazer o que seria indicado pela razoabilidade. Por fim, a imperícia se trata da “[...] inobservância, por despreparo prático ou insuficiência de conhecimentos técnicos, das cautelas específicas no exercício de arte, ofício ou profissão”³. A imperícia possui ainda caracterização dificultosa, visto ser necessária uma profunda investigação técnica que transcende os saberes do homem comum, sendo a única conduta, dentre as três citadas, que pode ser excluída pela *lex artis*.

Ressalte-se a intransferibilidade e a pessoalidade da responsabilidade penal, ou seja, os erros que demais parceiros de trabalho porventura venham a cometer serão direcionados recaindo a responsabilidade sobre estes. Assim, o médico que elenca um conjunto de auxiliares profissionais não será responsabilizado penalmente caso esta equipe deflagre algum dano.

2 Desenvolvimento

2.1 Conceito

Segundo o professor Arthur Caplan, chefe da Divisão de Bioética do Centro Médico Langone da Universidade de Nova York, o tráfico de órgãos é conhecido como um novo crime do século XXI que tem fornecido órgãos a pessoas com dinheiro que pagam grandes quantias por uma nova vida. A atividade criminal ocorre em três categorias amplas. A primeira em que traficantes forçam ou enganam as vítimas para doarem um órgão. A segunda envolvendo casos em que as vítimas formalmente ou informalmente concordam em vender um órgão ou recebem uma quantia menor do que aquela acordada

em circunstâncias eticamente questionáveis. A terceira concernindo os casos em que pessoas vulneráveis são tratadas por uma doença que pode ou não existir, e, a partir daí, os órgãos são removidos sem o conhecimento da vítima. A cena do crime requer um doador, um médico especializado e uma sala de operações. Muitas vezes, um receptor também está próximo, já que os órgãos não sobrevivem muito tempo fora do corpo.

Os centros de transplantes ilícitos de doadores vivos estão localizados em países que combinam excelente infra-estrutura com fiscalização fraca e corruptível. De acordo com dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), há cinco “pontos quentes” onde o tráfico de órgãos ocorre: Paquistão, China, Filipinas, Colômbia e Brasil – considerados grandes fornecedores. A OMS informa ainda que só no Irã existem aproximadamente 137 agências e 23 clínicas ilegais, apenas para os transplantes de rins. Já países como África do Sul e a Turquia tendem a abrigar transplantes cujos “doadores” vieram de outros países.⁴

Casos reportados pela organização Organs Watch, vinculada à Universidade de Berkeley, nos Estados Unidos, apresentam um esquema de pessoas pobres que vendem seus órgãos com a intenção de ter os meios mínimos de sobrevivência. Contudo, após a realização do transplante, são deixadas com um pouco de dinheiro, que não bastará para conter as consequências da cirurgia. Por não receber um acompanhamento pós-operatório, a saúde daquele que vendeu seu órgão será agravada de tal forma, que o levará a gastar o que recebeu para se tratar e, muitas vezes, será ele próprio o próximo enfermo necessitado de órgãos humanos que esperará na fila de transplantes.

Mesmo o Brasil sendo destaque mundial no contexto de transplante de órgãos⁵, a fila de pessoas que necessitam dessa doação continua grande; dessa forma, pacientes ficam anos à espera da cirurgia que trará melhorias para sua qualidade de vida. Essa espera é cheia de incertezas, medo, e questionamentos acerca da operação. Pessoas que enfrentam essa fila necessitam de acolhimento e respeito de todos, principalmente dos profissionais da saúde⁶.

O número de doações de órgãos no primeiro semestre do ano de 2017 foi de 4.208, segundo dados da Associação Brasileira de Transplante de órgãos (ABTO)⁷. Entretanto, em mesma pesquisa estatística, o número de pacientes ativos na lista de espera para recebimento de doação, em junho do mesmo ano, é de 32.956. Apesar do crescimento no número de doações (ABTO)⁸, o número de pessoas que necessitam do transplante, com risco de morte caso não o faça, continua muito

superior, resultando em uma espera tida por muitos como externa. Torna-se evidente, portanto, a imensa falta de órgãos para doação, que caracteriza a grande fila para transplantes atualmente no Brasil.

O art. 3º da lei nº 9.434/97 esclarece que os órgãos destinados a transplante devem ser precedidos por diagnósticos de morte encefálica. Dessa forma, o médico deve estar capacitado a dar esse diagnóstico, pois isso decretará uma possível doação de órgãos baseada na legislação. Quando o paciente é diagnosticado com morte encefálica, não há mais nada que fazer, sendo ele, então, declarado legalmente morto (ABTO)⁹.

Muitas famílias não tem o conhecimento sobre a morte encefálica, e possuem a esperança de que o membro da família possa se recuperar desse “coma”, necessitando do aconselhamento de um profissional habilitado que possa esclarecer essa situação para os parentes. Da mesma forma, muitos pacientes nunca conversaram com suas famílias sobre a doação de órgãos, o que as deixa em grande dúvida acerca da vontade do indivíduo previamente àquela situação. Portanto, a falta de conhecimento acerca da irreversibilidade do diagnóstico de morte cerebral, assim como o fato de os pacientes nesse estado nunca terem falado sobre a vontade de doar, tem como consequência a recusa em doar, que chega a aproximadamente 47%, por parte das famílias de pessoas com esse diagnóstico (ABTO)⁹.

Consequentemente, muitos que esperam na fila única para o transplante sentem-se aflitos, e, por fim, podem pensar em solucionar mais rapidamente essa questão através da compra ilegal de órgãos. Tanto o paciente quanto o médico que cometem esse crime, aproveitando-se da situação de desespero de muitos indivíduos, deverão responder criminalmente por tais atos.

2.2 Aspectos da concessão do transplante de órgãos

O art. 9º da Lei nº 9434, de 4 de fevereiro de 1997, permite às pessoas juridicamente capazes doarem tecidos, órgãos e partes do próprio corpo para o cônjuge e parentes, como também para indivíduos que não se enquadrem nessas condições, mediante autorização judicial¹⁰.

No entanto, no caso da remoção de tecidos, órgãos ou partes de corpo de pessoas vivas em desacordo com a lei supracitada, os parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 14 dessa legislação estabelecem penas específicas, conforme será mostrado a seguir:

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360

dias-multa.

§ 2.º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa

§ 3.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido:

I - Incapacidade para o trabalho;

II - Enfermidade incurável;

III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

§ 4.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.¹⁰

Seguindo essa linha de raciocínio quanto ao transplante e doação de órgãos e tecidos, é coerente também enfatizar os art. 44 e 45 do Código de Ética Médica. O primeiro veda ao profissional médico deixar de esclarecer os envolvidos acerca dos riscos oriundos de exames e intervenções cirúrgicas para a operação, enquanto o segundo impede a retirada de órgãos de doadores vivos juridicamente incapazes, mesmo com a autorização dos representantes legais, mantendo o princípio da não maleficência, com exceção para casos permitidos e regulamentados por lei.

Além disso, é bastante comum pessoas venderem os próprios órgãos voluntariamente, em virtude de necessidades financeiras, na maioria dos casos. Assim, as principais vítimas do tráfico de órgãos hoje, no Brasil, são pessoas de comunidades pobres em situação de grande vulnerabilidade e desespero.

De acordo com a delegada Diana Calazans, chefe da Divisão de Direitos Humanos da Polícia Federal, embora a venda de órgãos seja considerada um crime, o dono do órgão a ser vendido pode ser enquadrado como vítima, visto que o aliciamento por parte dos compradores, frequentemente, perfaz exploração de indivíduos debilitados. Por conseguinte, pode-se dizer, que, muitas vezes, as vendas

de órgãos são induzidas por falsas promessas de uma vida melhor acompanhadas de omissão das possíveis adversidades decorrentes do procedimento, quando, na verdade, o cidadão coloca sua vida em risco em troca de pequenas quantias de dinheiro e sem receber auxílio pós-operatório adequado.

Vale ressaltar, nessa abordagem, a magnitude que tal situação vem ganhando com o grande número de brasileiros utilizando redes sociais, como Facebook e blogs interativos, para anunciar órgãos internos. Relativamente a esse problema, convém citar o caso de um curitibano anônimo, com 32 anos na época, que tentou vender um de seus rins pela internet para salvar sua empresa da falência, conforme ele afirma em entrevista concedida ao jornal *A Gazeta do Povo*.

2.3 A máfia do Tráfico de órgãos e a análise do filme H.O.T. – Human Organ Traffic

A máfia do tráfico de órgãos está longe de ser um conto fantástico. De acordo com a ONG Global Finance Integrity, esse tipo de comércio ilegal é um dos mais rentáveis crimes cometidos pelo mundo, podendo chegar a 1,7 bilhões de dólares por ano. No Brasil, o tráfico é atuante desde os anos 1970 e foi apadrinhado pelo regime militar, segundo a fundadora da organização Organs Watch, Nancy Scheper-Hughes. Em entrevista à revista *Época*, Nancy revela ainda que pessoas de classes sociais e políticas desprezadas são as mais acometidas pelo crime. Os casos são pouco discutidos e, geralmente, são resolvidos através de acordos judiciais, gerando poucas repercussões se comparados à dimensão do problema. A obra de Roberto Orazi é um meio de reflexão sobre a perspectiva do Tráfico de órgãos no país.

Analisa-se aspectos críticos e descritivos relatados no documentário *H.O.T. – Human Organ Traffic* (Roberto Orazi, 2009). Por pressuposição da análise apresentada, o documentário traz consigo críticas profundas nas entrelinhas das justificativas descritas para cada ato verídico mostrado. Com o uso de câmeras escondidas e compradores falsos, o documentário relata a atividade ilegal e lucrativa dos comandantes do tráfico, e também daqueles que cooperam com eles, como, por exemplo, os cirurgiões cúmplices do crime, citando Brasil, Índia, Nepal, Turquia e África do Sul.

As regiões brasileiras indicadas no documentário como lugares onde o tráfico de órgãos humanos mais atua são regiões pobres. Em sua maioria, os relatos são de pessoas que tomam a decisão de vender seu próprio órgão como uma alternativa para ganhar o dinheiro de que necessitam. Dessa forma, não apenas pessoas que comandam o tráfico atuam na permanência desse problema, mas a

pobreza como agente indireto e continuamente ativo na sociedade atua encurralando diversos cidadãos que, por fim, fazem isso com o objetivo de resolver parte de seus problemas financeiros.

Outra questão abordada no documentário é a atuação dos médicos no tráfico. Certos profissionais da medicina teriam atuado provocando a morte de pacientes em estados mais graves com o objetivo de retirada de seus órgãos para a venda no tráfico. Um dos casos mais conhecidos é o chamado Caso Pavesi. Paulo Pavesi morreu em 2000, após ser internado em virtude de uma queda da sacada do prédio onde morava. Seu pai, Paulo Airton Pavesi, relatou uma sequência de erros médicos, para ele intencionais, que resultaram na morte do garoto. Rapidamente, o garoto foi dado como um potencial doador, tendo por fim córneas e rins removidos. O médico responsável teria registrado a observação de “sem morte encefálica”, o que não cumpre os requisitos para a retirada dos órgãos. Esse caso foi posteriormente descrito pelo pai da criança no livro *Tráfico de Órgãos no Brasil – O que a máfia não quer que você saiba*.

Além do Caso Pavesi, existem vários outros sendo investigados, mas que não chegam ao conhecimento popular. Isso mostra um certo controle de censura e negligência quanto à inclusão do tema na sociedade. O medo da perseguição gera pressão negativa em relação às denúncias contra o tráfico de órgãos, revelando o lado obscuro desse comércio ilegal.

Transplantes clandestinos continuam a acontecer e não chegam a ser detectados, por causa da alta organização entre médicos praticantes e a máfia. Além disso, existem até mesmo preços especulativos para cada tipo de órgão; um rim, por exemplo, custa em torno de 80 mil reais no esquema criminoso. Mas sabe-se que tal preço pode variar para menos quando o “doador” é de renda baixa ou pouco escolarizado. Assim, a máfia do tráfico de órgãos caracteriza-se por ser muito mais que um comércio clandestino, ela fere o direito ao próprio corpo conquistado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

2.4 Como o Brasil lida com o tráfico de órgãos em seu território

Apesar de o Brasil estar no segundo lugar do ranking mundial de transplantes de órgãos e no primeiro lugar em transplantes gratuitos feitos pelo sistema de saúde, fatores como escassez de órgãos, falta de investimento em estrutura hospitalar, de logística, de profissionais competentes e éticos geram filas de espera imensas. Dessa forma, a grande demanda por transplantes se apresenta aos

criminosos como uma oportunidade de obter ganhos financeiros ilícitamente. Nesse contexto, ocorre o tráfico de órgãos.

No que concerne aos métodos de combate ao tráfico de órgãos no Brasil, a legislação nacional é responsável por tipificar tal ação como crime, enquanto a Polícia Federal e Comissões Parlamentares de Inquérito atuam na apuração e averiguação.

O comércio de órgãos no Brasil é proibido e a doação é normatizada pela Lei dos transplantes nº 9434/97, com 25 artigos normatizando os assuntos para doação intervivo e post-mortem, todos fundamentados pela Constituição Federal de 1988.

Nos casos de tráfico de órgãos, o papel da Polícia Federal é investigativo, sendo realizado por meio dos mecanismos e das principais técnicas disponíveis. As interceptações telefônicas, os depoimentos das vítimas e de outras pessoas envolvidas, as interceptações ambientais (captação de imagens em determinados locais de maior ocorrência de um determinado crime), a produção de relatórios dos achados e do que está acontecendo na cena criminosa e a investigação de documentos pessoais são alguns desses artifícios. A Polícia Federal recebe denúncias de diversas fontes. A partir das denúncias recebidas, a Unidade de Repressão ao Tráfico de Pessoas da Divisão de Direitos Humanos realiza um levantamento preliminar. Quando possível, a pessoa que denunciou é contatada para que forneça mais dados. Por meio de um trabalho de cooperação, estes dados são repassados à Superintendência pertinente, ou ao adido policial ou oficial de ligação no país de destino, para que se consiga obter mais informações relevantes e, se possível, seja realizada uma ação policial conjunta.

O papel das CPIs, por sua vez, é de investigar fato de relevante interesse para a vida pública e para a ordem constitucional, legal, econômica ou social do País. Têm poderes de investigação equiparados aos das autoridades judiciais, tais como determinar diligências, ouvir indiciados, inquirir testemunhas, requisitar de órgãos e entidades da administração pública informações e documentos, requerer a audiência de Deputados e Ministros de Estado, tomar depoimentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como requisitar os serviços de quaisquer autoridades, inclusive policiais. Além disso, essas comissões podem deslocar-se para qualquer ponto do território nacional para a realização de investigações e audiências públicas e estipular prazo para o atendimento de qualquer providência ou realização de diligência sob as penas da lei, exceto quando for da alçada de autoridade judiciária.

Um exemplo de CPI atuando no combate ao tráfico de órgãos ocorreu em novembro de 2004, no Estado de São Paulo, cujo Relator

foi o Deputado Pastor Pedro Ribeiro, que investigou a denúncia de profissionais tratando pessoas como mercadorias, vendendo pessoas vivas em partes e matando pessoas internadas na UTI, muitas das quais consideradas potenciais doadores desde o seu ingresso na internação. No Brasil ocorreram mais de 30 casos registrados e os números podem ter sido superiores. Outra denúncia ocorrida está relacionada a erros de exames diagnósticos que podem estar abastecendo transplantes legais ou ilegais no País, reflexos de um sistema de saúde sucateado e ultrapassado, que está tentando transformar os indivíduos em doadores forçosamente, gerando desconfiança nas instituições médicas responsáveis, valorização onerosa do transplante, e possível tráfico de órgãos. Dessa forma, torna-se evidente o descaso de muitos criminosos com a vida alheia, onde apenas a perspectiva financeira de ganhos materiais é levada em consideração.

3 Considerações finais

Considerando-se a atual conjuntura acerca do tráfico de órgãos, evidenciam-se os entraves para o enfrentamento desta prática criminosa não somente bastante comum, mas também negligenciada em seu combate. Diante desse cenário, pode-se observar o papel do médico como coadjuvante na realização desse crime, dado ser necessário quatro agentes para que este aconteça: o indivíduo cujo órgão é retirado, o médico que realiza o procedimento, a pessoa que irá receber o órgão e o mediador do processo.

À medida que delineamos os principais motivos para a ocorrência do tráfico de órgãos, percebemos que este trabalho se torna uma espécie de pesquisa-proposição, haja vista que apontam-se pistas, metodologias e conceitos promotores do enfrentamento dos crimes aqui tratados. Dessa forma, é imprescindível que a sociedade civil se organize no intuito de coibir e, futuramente, erradicar tais práticas.

Ademais, é evidente também a influência exercida por certos determinantes que aumentam a vulnerabilidade de grupos sociais específicos, tais como a pobreza, a cultura disseminada na sociedade contra a doação de órgãos e o tamanho das filas de espera de transplante, gerando uma descrença no sistema de transplante de órgãos nacional.

Referências

1. Magalhaes JC. A Responsabilidade Penal do Medico. Saraiva: Sao Paulo; 1946.
2. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [homepage na inter-

net] Apelação. APL 01101347720098190001/RJ, DJe 23/08/2012. Inteiro teor. [Acessado 16 Set. 2017]. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114987895/apelacao-apl-1101347720098190001-rj-0110134-7720098190001/inteiro-teor-144166338?ref=juris-tabs>

4. Andrade DAP. O tráfico de pessoas para remoção de órgãos: do protocolo de Palermo à Declaração de Istambul. 2011 [Acessado 16 Set. 2017]. II Prêmio Libertas: Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Ministério da Justiça/Unodoc. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/premios-e-concursos/daniela.pdf>

5. Agência Brasil [homepage da Internet]. Brasil é destaque no contexto mundial de doação de órgãos [Acessado 23 Set. 2017]. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-09/brasil-e-destaque-no-contexto-mundial-de-doacao-de-orgaos>.

6. Melo GB, Aguiar AKB, Silva VMS, Albuquerque MCS, Brêda MZ. Os Sentimentos Das Pessoas Que Aguardam Por Um Órgão Ou Tecido Na Fila Única De Transplante. J. Bras. Transpl. 2012 [Acessado 23 set. 2017];15(3):1651-1688. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/JBT/2012/3.pdf>.

7. Associação Brasileira de Transplante de Órgãos [homepage da Internet]. Registro Brasileiro de Transplantes Estatísticas de Transplante. [Acessado 16 Set. 2017]. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?mn=457&c=900&s=0>.

8. Associação Brasileira de Transplante de Órgão [homepage da Internet]. Entendendo a Morte Encefálica [Acessado 23 set. 2017]. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?mn=472&c=915&s=0&friendly=entendendo-a-morte-encefalica>.

9. Associação Brasileira de Transplante de Órgão [homepage da Internet]. 47% das famílias se recusam a doar órgão de parente com morte cerebral [Acessado 23 Set. 2017]. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?c=1063>.

10. Lei n.º 9.434 de 4 de fevereiro de 1997 [Lei na Internet]. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/centraldetrans->

Impactos da Omissão de Socorro e Escusa de Consciência em Casos de Aborto

VAITSSA JORGE DA SILVA¹

DAVI PEREIRA MAURÍCIO DE BARROS¹

HENRYTON KLYSTHENES RIBEIRO BEZERRA¹

OTÁVIO AUGUSTO NASSER SANTOS¹

RAYANE STEFFANY NUNES¹

LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO²

EDUARDO SÉRGIO SOARES SOUSA³

¹Estudante do Curso de Medicina da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

²Professor Mestre do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

³Professor Titular do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

• Autor para correspondência

Lourenço de Miranda Freire Neto

lourencomiranda@gmail.com

Resumo

O presente trabalho debruça-se sobre a responsabilidade penal do médico e sobre a possibilidade de aplicá-la em casos de omissão de socorro, tecendo inferências quando da escusa de consciência, especificamente, nos casos de aborto, em que porventura o médico possa se recusar a fazê-lo seguindo seus princípios pessoais. A omissão de socorro é contrapartidária à escusa de consciência nesse caso, uma vez que não se pode incumbir o médico de fazer algo que não se adegue a seu entendimento como ser humano..Objetivos: Demonstrar a diferença entre omissão de socorro e escusa de consciência, especificamente quando o aborto está em jogo, além de conceituar omissão de socorro e dar suas características; definir o que é escusa de consciência e mostrar como ela se manifesta; trazer à tona a questão do aborto e enquadrá-la como escusa de consciência caso haja a recusa do médico em fazê-lo por questões pessoais. Metodologia: Para isso emprega-se neste trabalho a pesquisa bibliográfica, trazendo os principais estudos teóricos e fatos relevantes à discussão.

Palavras-chave: Responsabilidade Penal do Médico, Escusa de Consciência, Aborto, Ética Médica, Omissão

Abstract

The present study talking about the doctor criminal responsibility and about the possibility of applying it in cases of omission of help, using with inferences the excuse of conscience. More specifically, this paper talking about abortion, in case when the doctor can excuse himself to do it, by his personal principles. In this case, the omission of help is counterpart to the excuse of conscience, once cannot confide a doctor to do something that is not appropriate according his moral precepts as human. At the same time, in abortion services, has to observe the professional necessity ready to care to society, whereas a woman willing to abort is not a emergency patient. Could the doctor to refuse to save one life over another that are developing, but that is harmful to the first? The methodology used in this study is a bibliographic research, that bring the mainly teoric studies and relevant facts to discuttion.

Keywords: Criminal Doctor Reaponsability, Excuse of Conscience, Abortion, Medical Ethics, Omission.

Introdução

O direito penal é um ramo do direito cujo objetivo é cumprir os bens jurídicos caracterizados como “bens vitais”, sejam estes de interesse individual ou da comunidade. A responsabilidade penal do médico, decorrente de atitudes no exercício de sua profissão, caracteriza-se pelo cumprimento de seus deveres de conduta. Deve-se admitir, entretanto, que a profissão médica está intimamente ligada a situações de risco e suscetíveis ao insucesso, e que a medicina é uma ciência de caráter inexato. Em função disso, nota-se que, ao longo dos séculos, a responsabilidade penal do médico foi caracterizada de diversas maneiras, havendo desde situações de extrema benevolência até irrestrita impunidade¹.

Considerando ideais contemporâneos e observando o regimento do Código Penal, é sabido que o médico possui liberdade de atuação desde que esteja em consonância com a *lex artis* – conjunto de normas reguladoras da conduta profissional do médico.

O Código Penal² caracteriza o crime de duas maneiras: culpa e dolo. Por crime culposo entende-se aquele resultante de imperícia,

imprudência ou negligência. A imperícia caracteriza-se pela inaptidão para exercer determinada função, ou seja, a incapacidade de desempenhar as atividades exigidas pela profissão em razão da falta de conhecimento teórico e/ou prático. A negligência, por sua vez, é uma ação omissiva e caracteriza-se pelo ato de se omitir, de agir de forma desleixada, desatenciosa, passiva e pelo não cumprimento de deveres inerentes à profissão. Por fim, a imprudência refere-se ao tratamento descuidado dispensado ao paciente, quando o profissional age sem a atenção necessária.

Nesse contexto, o médico que age impulsiva, insensata, imoderada ou prematuramente coloca em risco a vida do paciente. A imprudência possui caráter legal comissivo, ou seja, se opõe à omissão. Essa culpa é intransferível, de forma que aqueles que estiverem a serviço do profissional que agir de maneira indevida não serão culpabilizados.

Diante disso, surge o problema que orienta este trabalho: pode-se responsabilizar penalmente o médico por omissão de socorro em caso de escusa de consciência, especificamente no caso de aborto? Hipoteticamente, há de se verificar que existem diferenciações, e que a escusa de consciência nem sempre pode incorrer como omissão de socorro.

Como objetivo geral, este trabalho pretende demonstrar a diferença entre omissão de socorro e escusa de consciência, especificamente quando o aborto está em jogo. Para isso, busca-se conceituar omissão de socorro e dar suas características; definir o que é escusa de consciência e mostrar como ela se manifesta; trazer à tona a questão do aborto e enquadrá-la como escusa de consciência caso haja a recusa do médico em fazê-lo por questões pessoais.

A metodologia utilizada neste trabalho é a pesquisa bibliográfica, trazendo à tona os principais aportes teóricos acerca do tema da omissão de socorro versus escusa de consciência à luz da responsabilidade penal do médico.

2 Omissão de Socorro

2.1 Conceito

Segundo Bitencourt¹, doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilla e membro da Associação Internacional de Direito Penal, o crime omissivo consiste sempre na omissão de determinada ação que o sujeito tinha obrigação de realizar e que podia fazê-lo. O crime omissivo divide-se em próprio e impróprio. O primeiro é crime de mera conduta, enquanto o segundo, omissivo impróprio, é crime de resultado. Levando em consideração que inexistente outro

modo de praticá-lo a não ser através de uma inação, de um não fazer aquilo que está sendo exigido pela norma, ou seja, o socorro a quem dele necessita, a omissão de socorro está reportada na doutrina como crime omissivo próprio.

Julga-se crime toda ação ou omissão contrária às leis penais, ou ainda o fato oriundo de uma conduta humana que lesa ou põe em perigo um bem jurídico protegido pela lei. A princípio, o socorro tem relação com a conduta moral de uma sociedade, onde a atitude de ajudar alguém que se encontra em situação de vulnerabilidade parte da solidariedade, presumidamente, inerente à condição humana.

O Código Penal caracteriza a omissão de socorro em seu art. 135²: “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo, ou em grave e iminente perigo; ou não pedir nestes casos o socorro da autoridade pública.”

Desse modo, o fundamento da criminalização da omissão de socorro é o desrespeito ao dever de solidariedade humana, um princípio moral erigido à condição de dever jurídico. Nesse aspecto, o ato solidário de prestar assistência torna-se um dever predominantemente moral, mas imposto por lei, não se restringindo apenas aos médicos, mas válido para toda a sociedade. Entretanto, em virtude da natureza profissional, o médico é o mais indicado a prestar socorro, tornando-se o maior alvo das acusações em casos caracterizados como de omissão de socorro.

Na classificação jurídica, a omissão de socorro é um crime omissivo próprio, ou seja, consuma-se tão somente com o ato de não fazer algo que deveria ser feito, sem ligação imediata com o resultado. No caso do médico, é suficiente que ele se abstenha da conduta que deveria tomar – ou seja, a de socorrer – para que se consuma o crime. O resultado proveniente da omissão se mostra sem relevância, podendo apenas qualificar ou majorar a atitude.

O Código de Ética Médica³, em seu Capítulo V, art. 33 estabelece que é vedado ao médico “deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de atendê-lo”. A título de reflexão, anote-se que a Medicina é uma das profissões nas quais mais há a obrigação do exercício exclusivo e ininterrupto. As situações de emergência, como o próprio nome já sugere, não são eivadas de uma marcação ou de previsibilidade. De tal forma, a rotina médica é constantemente marcada por situações nas quais se exige uma atitude tempestiva por parte do profissional médico.

Uma questão importante a ser colocada em pauta é a omissão de socorro nas situações em que o prognóstico é desfavorável e o resultado inevitável. Segundo Luiz Flávio Gomes, Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, a omissão só seria juridicamente relevante quando aumenta ou não diminui o risco proibido para o bem jurídico protegido⁴. De acordo com isso, se o resultado for inevitável e o agente não puder fazer nada para evitar o evento letal, não seria possível imputar o crime de omissão de socorro.

O Código Penal cita em seu art. 13²:

Relação de causalidade

Art. 13 - O 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.

Superveniência de causa independente

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

O *caput* do referido artigo trata da consideração da culpa de quem gerar o resultado do delito. Já o parágrafo especifica que as causas englobam tudo que foi essencial para que o crime fosse cometido. No caso da omissão de socorro com resultado inevitável, a atuação do agente (que se omite) não evitaria que o evento letal ocorresse. Porém, esse tipo é facilmente afastado, caso haja uma prova concreta de que, evitando o agente de se omitir e prestando o socorro, poder-se-ia impedir um resultado mais grave.

2.3 Situações de omissão caracterizadas como crime

É sabido que o crime de omissão de socorro é válido para todos aqueles que não prestarem assistência ou chamarem o socorro em casos de urgência e emergência, entretanto, nota-se que, para o médico, esse conceito deixa de ser restrito e torna-se elástico. Deixar de atender o paciente em casos de urgência ou emergência, independente de recursos financeiros, deixar plantão sem que haja outro profissional para substituí-lo, delegar a outros profissionais, inclusive estudantes de medicina, atividades exclusivas do médico e alegar estar de folga sem que haja outro médico na localidade, são atitudes caracterizadas como crime de omissão de socorro. Além

disso, ao assumir um plantão, o médico deverá seguir a conduta do plantonista anterior ainda que discorde de seus princípios, sob o risco de ser culpabilizado em caso de morte ou lesão corporal.

O Código de Ética Médica observa²:

É vedado ao médico

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

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

Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.

3 Escusa de Consciência

Uma das mais interessantes e legítimas prerrogativas em favor da cidadania contidas na Constituição Federal de 1988 é a escusa de consciência, prevista no art. 5º, célebre por institucionalizar todos os brasileiros iguais perante a lei, inciso VIII, que preceitua o seguinte: “[...] ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.”

Deve-se lembrar que o Brasil é um Estado laico, com base, por exemplo, no art. 5º, inciso VI, e no art. 19, inciso I, da Constituição Federal. Assim, a escusa de consciência deve ser associada ao respeito que o Estado brasileiro devota à crença religiosa de cada um, assim como à sua convicção filosófica ou política.

Os códigos de ética profissionais apresentam respaldo para as posturas decorrentes de objeção de consciência, desde que não se oponham ao direito dos pacientes atendidos nos serviços, especialmente às mulheres nas questões pautadas aos direitos sexuais e reprodutivos.

Objecção de consciência, como bem explana Mário Antônio Sanches, professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), com pós-doutorado em bioética pela Universidade Pontifícia Comillas de Madri, na Espanha, pode ser entendida como uma não adesão consciente a uma norma dada, ou seja, uma recusa em cumprir uma determinada norma por razão de consciência. Trata-se, portanto, de um conflito ético, no sentido de que há uma percepção de que os valores da norma estabelecida e os valores morais da pessoa são divergentes, não raramente opostos.

Observando-se isto, pode-se entender como objecção de consciência o direito dos profissionais de saúde resguardarem seus princípios morais, os quais são inalienáveis. Contudo, esta objecção não deve ser acionada levemente, devendo ser utilizada apenas quando observar preceitos éticos, morais, filosóficos ou religiosos de encontro ao tratamento em questão.

Como foi dito, a objecção de consciência é direito da pessoa e salvaguarda princípios morais inalienáveis – o respeito à autonomia plena e consciente da pessoa e a sua liberdade. Essa valorização da objecção de consciência não pode esconder e nem se fundamentar em caprichos pessoais, subjetivismos, nem em intransigente obstinação, por isso precisa ser temperada pela apresentação dos valores em questão, explicitação dos motivos pessoais e criativa abertura ao diálogo.

Já para Rozeli Maria Porto, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e especialista com pós-doutorado em antropologia social pela Universidade de Sevilla, na Espanha, a objecção de consciência acionada por alguns profissionais que não admitem a realização do aborto nos casos previstos em lei muitas vezes vem disfarçada sob a égide da religiosidade, da moral ou da ética em detrimento da saúde reprodutiva das mulheres.

Mas a objecção de consciência não pode ser acionada em todos os casos, tais como: aqueles que envolvam risco de morte para a mulher; em que não houver outro profissional de saúde qualificado para a realização deste ato; quando existir risco de danos ou agravos à saúde da mulher por omissão do serviço de saúde; quando o abortamento já foi iniciado, situação em que o médico não poderá o médico acionar a objecção de consciência para se omitir de realizar o procedimento do aborto legal.

Portanto, nota-se que a escusa de consciência acontece quando, por motivos pessoais – moral, ética ou religiosidade – o indivíduo deixa de realizar uma obrigação determinada a todos, devendo, dessa forma, cumprir uma prestação alternativa fixada em lei.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina assegura ao médico o direito de acionar a objecção de consciência, bem como o direito

de recusar-se a praticar o aborto, mesmo nas situações previstas pela lei. Esses aspectos encontram-se observados pelo Ministério da Saúde nas normas técnicas *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes* e *Atenção humanizada ao abortamento*.

Deve-se observar o prescrito na *Norma Técnica Atenção Humanizada ao Abortamento* no que concerne à objeção de consciência médica:

“O médico deve exercer a profissão com ampla autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseje, salvo na ausência de outro médico, em casos de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente” (art. 7º). É seu direito “indicar o procedimento adequado ao paciente observando as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no país” (art. 21) e “recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência” (art. 28). É vedado “descumprir legislação específica nos casos de transplante de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento” (art. 43) e “efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo eminente perigo de vida” (art. 48).

Todavia, é notória a existência de situações que impedem o médico de se escusar de realizar o abortamento, são os casos: risco de morte para a mulher; em qualquer situação de abortamento juridicamente permitido, na ausência de outro profissional que o faça; quando a mulher puder sofrer danos ou agravos à saúde em razão da omissão do profissional; no atendimento de complicações derivadas do abortamento inseguro, por se tratarem de casos de urgência.

Ou seja, no caso de objeção de consciência, é dever do profissional garantir a atenção ao abortamento por outro profissional da instituição ou de outro serviço que concorde em realizar o procedimento. O respeito a esses princípios reduziria situações catastróficas que possivelmente poderiam vir a acontecer, por outro lado, o não respeito às normas faria com que a situação aparentasse desca-so e desrespeito aos direitos humanos de mulheres.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou, no novo Código de Ética Médica (1988), os direitos do paciente. Assim, o art. 48 veda o médico de “exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre sua

pessoa ou seu bem-estar”. Inclusive, o paciente tem o direito de recusar tratamento para atender às suas convicções (art. 51), sendo o médico proibido de:

- a) “alimentar compulsoriamente qualquer pessoa em greve de fome que for considerada capaz, física e mentalmente [...]”. Em tais casos, deve o médico fazê-la ciente de prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de perigo de vida iminente, tratá-lo;
- b) “efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida”. Nesses casos, deve-se registrar uma hierarquia de valores entre o dever profissional e o direito de paciente. “O dever médico é de fonte legal, o direito do paciente de aceitar, ou não, um tratamento, ou um ato médico, é expressão de sua liberdade – direito seu de ordem fundamental, declarado e garantido pela Constituição”. Prevaecem os direitos do paciente.

Se não houver nenhum perigo iminente à vida do paciente, caberá ao médico, no exercício do livre arbítrio, decidir em quais situações valer-se-á da escusa de consciência para solucionar os dilemas éticos que o ofício lhe apresenta como, por exemplo, o aborto, a transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, a recusa de tratamento, entre outros. Uma situação de alta complexidade caracterizada como dois lados de uma mesma moeda, visto que mesmo com respaldo técnico e ético do CFM e com todos os procedimentos e prescrições registrados adequadamente no prontuário, “O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente; [...]”

Para o médico Genival Veloso de França, professor aposentado de Medicina Legal da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), a faculdade de recusa do médico só proporciona defesa em circunstâncias específicas, em que a imperatividade e obrigatoriedade não estejam presentes. Caso haja atendimento que demande urgência ou emergência, sofrimento ou outro motivo que justifique o atendimento imediato, cabe ao profissional da Medicina atender o paciente de modo imparcial, sob pena de responder ética e criminalmente por omissão de socorro:

Entre os chamados direitos do médico existe o de recusar a realização dos atos profissionais contrários à sua consciência,

mesmo que eles estejam autorizados ou consentidos pela nossa legislação. São atos médicos permitidos em determinadas ocasiões, porém sem o caráter obrigatório e imperativo.

A escusa de consciência, portanto, não deve se caracterizar como autoritária, sobrepondo-se ao direito comum à saúde que todos os cidadãos brasileiros possuem. O médico, ao invocá-la, incumbe-se de toda e qualquer responsabilidade advinda de possíveis danos, caso não os tenha prevenido, encaminhando o paciente para outro médico, prestando as assistências iniciais ou atendendo, mesmo contra seus preceitos, em caso de urgência e emergência.

4 A Escusa de Consciência e a Omissão de Socorro

Embora a escusa de consciência atue como um legitimador da laicidade do Estado e estruturador da liberdade ideológica dos cidadãos, muitos conflitos ético-morais convergem em direção a esse tema, um deles é a omissão de socorro. A objeção em realizar procedimentos não condizentes com convicções morais prévias do médico dá-lhe a possibilidade de escolher se atende ou não determinado paciente, levando em consideração sua própria religião, filosofia de vida e ideologias.

Desse direito garantido constitucionalmente pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso VIII, decorre o dilema: até que ponto o direito à escusa de consciência deve sobrepor-se ao direito à saúde? A CF de 1988 conceitua, em seu art. 6º, o que segue: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. “

É claro e evidente que todo cidadão brasileiro possui, ao menos em tese, a garantia do direito ao acesso à saúde, contrapondo-se, assim, à validade do direito à objeção do médico. Esse profissional percorre cotidianamente um caminho sinuoso entre a sua própria consciência e o iminente risco de envolver-se direta ou indiretamente em um caso de negligência, imperícia ou imprudência que podem enquadrá-lo no crime de omissão de socorro. É nesse momento que as esferas de responsabilidade atuam no sentido de definir o que realmente é passível de objeção. Dessa maneira, a escusa de consciência, quando caracterizada como omissão de socorro, pode ser penalizada não só na esfera penal, mas também nas esferas civil e administrativa.

O Código Penal brasileiro, datado de 1940, nos termos do seu artigo 13 trata da relação de causalidade criminal:

Art. 13.. - O 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.

[...]

Relevância da omissão

2º - A omissão é penalmente relevante quando o emitente 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;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Essa carta define que o crime é imputável apenas a quem lhe deu causa, entretanto, diante da situação em que ocorre a não prestação das devidas obrigações (leia-se omissão), que possivelmente levaria a não consumação do crime, essa atitude torna-se passível de penalidades, sendo caracterizada como Omissão de Socorro e enquadrada no art. 135 do Código Penal, já citado anteriormente.

Diante disso, a escusa de consciência pode ser acionada, sem caracterização penal de omissão de socorro, desde que se excetuem as seguintes situações: a) o paciente se encontra em eminente perigo de vida; b) casos de urgência e emergência; c) quando sua recusa pode trazer danos à saúde do paciente.

4.2. Da responsabilidade civil

No que diz respeito à responsabilidade civil do médico, o Código Civil Brasileiro, datado de 2002, em seu art. 951, estabelece em que situações o médico deverá obrigatoriamente reparar danos ao seu paciente e qual a dimensão desse reparo: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Desse modo, a escusa de consciência não pode ser invocada quando se envolver aspectos de negligência, imprudência ou imperícia, caso contrário estará sujeita à imputação civil legítima, conforme o Código Penal brasileiro. Nas palavras do renomado jurista português Luiz da Cunha Gonçalves:

Será civilmente responsável o médico que: a) recusa os seus serviços, não havendo na respectiva localidade outro que os possa prestar; b) abandona o tratamento do doente, sem razão alguma ponderosa; c) não acode com presteza apesar de saber que o caso é urgente; d) enceta uma operação cirúrgica em estado de embriaguez; e) incorre em qualquer outro caso de mera negligência ou imperícia.

4.3 Da responsabilidade administrativa

No âmbito administrativo, a responsabilidade do médico perante seus atos pode culminar em penas variáveis, que vão de advertências confidenciais podendo chegar até a cassação pelo CRM. Sendo assim, a escusa de consciência quando requerida de maneira insensata e sem estruturação verídica pode acarretar ao médico graves consequências.

O Código de Ética Médica, texto que expõe toda a diceologia e deontologia médica, já em seu art. 1º doutrina no sentido da vedação

ao médico de “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

Somado a isso, Hipócrates, considerado por muitos como o pai da Medicina e, por essa razão, sempre lembrado e homenageado em vários países do mundo nas solenidades de recepção aos novos médicos em suas Ordens ou Conselhos de Medicina, através de seu famoso Juramento, expõe:

Eu, solenemente, juro consagrar minha vida a serviço da Humanidade. Darei como reconhecimento a meus mestres, meu respeito e minha gratidão. Praticarei a minha profissão com consciência e dignidade. A saúde dos meus pacientes será a minha primeira preocupação. Respeitarei os segredos a mim confiados. Mantereí, a todo custo, no máximo possível, a honra e a tradição da profissão médica. Meus colegas serão meus irmãos. Não permitirei que concepções religiosas, nacionais, raciais, partidárias ou sociais intervenham entre meu dever e meus pacientes. Mantereí o mais alto respeito pela vida humana, desde sua concepção. Mesmo sob ameaça, não usarei meu conhecimento médico em princípios contrários às leis da natureza. Faço essas promessas, solene e livremente, pela minha própria honra.

Esse juramento preconiza atitudes laicas e sem distinção de raça, status social ou qualquer outra nas frases “a saúde dos meus pacientes será a minha primeira preocupação” e “não permitirei que concepções religiosas, nacionais, raciais, partidárias ou sociais intervenham entre meu dever e meus pacientes.”, evidenciando que o profissional médico sabe de suas responsabilidades e deveres diante de um paciente, uma vez feito o juramento.

5 Omissão de Socorro e Escusa de Consciência em Casos de Aborto

No Brasil, os serviços de aborto legal são direcionados às mulheres em situações previstas na lei – casos de estupro, anencefalia. O médico, por sua vez, pode, mediante o direito à escusa de consciência, recusar-se a cumprir seu dever, desde que o faça estritamente por questões morais privadas e não por desconfiança da paciente. Porém, se o aborto for necessário, uma vez que pode salvar a vida da gestante, o profissional é obrigado a realizar o procedimento, sob pena de ser punido por omissão de socorro, crime previsto no art. 128, I, e no art. 135 do Código Penal. Ademais, a recente Norma Técnica do Ministério da Saúde afirma que, em casos de estupro,

o hospital não pode fazer nenhuma exigência de autorização legal, boletim de ocorrência ou exame de corpo de delito para a realização do procedimento.

No ano de 2013, a telenovela *Amor à Vida*, transmitida pela Rede Globo, gerou uma polêmica ao apresentar uma cena na qual um médico alega objeção de consciência e se nega a atender uma paciente que chegou ao hospital em estado de choque após ter provocado um aborto ilegal. A questão levantada, na época, foi a relação entre a diceologia e deontologia médicas na cena descrita. É indubitável o dever ético do profissional da saúde de prestar socorro a qualquer indivíduo em situações emergenciais, podendo enquadrar-se em omissão de socorro quando não o fizer; entretanto, deve-se levar em consideração também casos em que o médico tem o direito de encaminhar o caso para outro plantonista ou hospital, alegando que a situação vai contra seus princípios éticos, morais ou religiosos.

Existem ainda os casos de médicos que trabalham em serviços de aborto legal. Nesses, o profissional tem o compromisso de prestar assistência às mulheres em processo de abortamento ou realizar abortos, em casos assegurados na legislação, de forma que é obrigatória a execução dos procedimentos previstos por lei e a não realização dos mesmos pode ser caracterizada como omissão de socorro. Nesse contexto, a integridade moral do médico deve ser analisada antes da entrada do profissional neste tipo de serviço, ou seja, médicos com objeção de consciência integral ao aborto não devem integrar serviços de abortamento legal.

Considerando os aspectos acima apresentados, é possível dividir essa relação entre aborto, escusa de consciência e omissão de socorro em duas vertentes. A primeira pressupõe que, antes de ser um médico, o qual tem o dever de servir e atender a sociedade, o indivíduo pertence a uma comunidade moral que determina seus deveres de consciência, definindo limites entre certo e errado. Dessa forma, a objeção de consciência é entendida como direito absoluto e individual, portanto, todos os profissionais da saúde, cada um no seu ofício, devem ter direito de recusar assistência por motivos pessoais, não incorrendo em omissão de socorro, mesmo em casos de urgência, já que, nessa linha de pensamento, a vida profissional não deve anular os ideais do indivíduo.

A segunda vertente argumenta de forma oposta ao se basear nas ideias de Suvaescu – filósofo, professor de Oxford e editor do *Journal of Medical Ethics* – de que os valores morais têm diferentes papéis na esfera pessoal e profissional. Dessa forma, apesar do direito de exaltar suas opiniões na vida privada, cabe ao médico atuar de acordo com sua responsabilidade de assistir o paciente enquanto

estiver em sua atividade profissional, podendo a recusa da assistência ser classificada como discriminatória ou ilegal, enquadrando-se em omissão de socorro.

6 Considerações Finais

Adotando-se a conjuntura legal dos crimes enquadrados em omissão de socorro, evidencia-se que, apesar de endereçar-se a todos, torna-se ainda mais abrangente quando se trata do profissional médico. Nesse aspecto, faz-se necessária a validação do juramento feito pelo médico no ato da sua formatura, no qual o mesmo compromete-se em cuidar de pessoas necessitadas sempre que necessário.

À medida que relacionamos a omissão de socorro com a escusa de consciência fica evidente a sobreposição entre a diceologia e deontologia médica. Haja visto que a insensata objeção de consciência pode levar o médico a ser enquadrado em um crime omissivo próprio, podendo ser imputadas ao profissional punições nas esferas civil, penal e administrativa.

Ademais, ao restringir as situações nas quais se pode imputar esse crime, ressaltando especificamente o aborto, podemos constatar que ao médico é vedado: alegar escusa de consciência em situações específicas como no caso de risco de morte do paciente; aborto legal na ausência de outro profissional que o faça; e prestação de atendimento à mulher vítima de aborto inseguro – lembrando que os demais profissionais que fazem parte do corpo de assistência à mulher em processo de abortamento, independentemente da situação, não possuem o direito à objeção.

Referências

1. Bitencourt CR. Tratado de Direito Penal: vol. 2. 17ª ed. São Paulo: Saraiva; 2017.
2. Brasil. Código Penal. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva; 2017.
3. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.246/88. Código de Ética Médica. Brasília: Tablóide; 1988.
4. Gomes LF. Curso de Direito Penal: vol. 2. Salvador: Juspodivm; 2015.
5. Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal; 1988.

6. JusBrasil [homepage da Internet]. Batista D. A responsabilidade penal do médico no crime de omissão de socorro. 2017 [Acessado 21 abr. 2017]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/58985/a-responsabilidade-penal-do-medico-no-crime-de-omissao-de-socorro/2>.
7. Brasil. Ministério da Saúde. Atenção Humanizada ao Abortamento (Norma Técnica). Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: caderno n° 4. Brasília; 2005.
8. Bio Direito Medicina [homepage da Internet]. Coimbra CG. O juramento dos médicos: "manterei o mais alto respeito pela vida humana, desde sua concepção" [Acessado 11 Abr. 2018]. Disponível em <https://biodireitomedicina.wordpress.com/2009/01/24/o-juramento-dos-medicos-manterei-o-mais-alto-respeito-pela-vida-humana-desde-sua-concepcao/>;
9. Jurídico Certo [homepage da Internet]. Costa M. Objeção de consciência dos profissionais de saúde e responsabilidade civil do Estado [Acessado 12 Abr. 2018]. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/maynara-costa-advoc/artigos/objecao-de-consciencia-dos-profissionais-de-saude-e-responsabilidade-civil-do-estado-2446>.
10. Diniz D. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. Rev. Saúde Pública. 2011 [Acessado 21 Abr. 2018];45(5):981-985. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rsp/2011nahead/2721.pdf>.
11. França GV. Direito Médico. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense; 2017.
12. JusBrasil [homepage da Internet]. Marques G. O que é escusa de consciência? [Acessado 17 Mar. 2018]. Disponível em: <https://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/112321019/o-que-e-escusa-de-consciencia>.
13. Noronha M. Direito Penal: vol. 2. 33^a ed. São Paulo: Saraiva; 2003.
14. Silva RBT. Responsabilidade Civil na Área da Saúde. 2^a ed. São Paulo: Saraiva; 2009.
15. Souza GMF. A responsabilidade do médico na negativa da interrupção gestacional de feto anencéfalo. Âmbito Jurídico (Rio Grande)

[Internet]. 2015 [Acessado 16 abr. 2018];18(141). Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16491.

16. JusBrasil [homepage da Internet]. Varella IG. Omissão de socorro na área médica [Acessado 28 abr. 2018]. Disponível em <https://ianvarella.jusbrasil.com.br/artigos/296524350/omissao-de-socorro-na-area-medica>.

17. Vieira LHS, Fontes RFN. Objeção de Consciência: a legítima recusa a tratamento médico. Revista Eletônica FEOL [Internet]. 2011 [Acessado 21 Mar. 2018];(1):1-18. Disponível em [http://www.feol.com.br/sites/Revista%20elettronica/artigos/DIREITO%20DE%20RECUSA%20A%20TRATAMENTO%20MEDICO%20\(Luciano%20Vieira%20-%20Romulo%20Fontes\).pdf](http://www.feol.com.br/sites/Revista%20elettronica/artigos/DIREITO%20DE%20RECUSA%20A%20TRATAMENTO%20MEDICO%20(Luciano%20Vieira%20-%20Romulo%20Fontes).pdf)

Conflitos legais no Tratamento Arbitrário de Indivíduo Legalmente Capaz

EWERTON FREITAS DE MEDEIROS¹

MARIA CONCEIÇÃO DE MEDEIROS SIMÕES¹

MARIA GABRIELA MEDEIROS CUNHA DE ARAUJO¹

RAQUEL HELLEN DE SOUSA MUNIZ¹

RÉRYCKA BEATRIZ LINS DE ANDRADE¹

LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO²

EDUARDO SÉRGIO SOARES SOUSA³

¹Estudante do Curso de Medicina da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

²Professor Mestre do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

³Professor Titular do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

• Autor para correspondência

Lourenço de Miranda Freire Neto

lourencomiranda@gmail.com

Resumo

A transição da medicina paternalista para a medicina de caráter humanitarista-solidário, bem como os avanços nos conceitos de direitos humanos, indubitavelmente trouxeram significativas mudanças na relação médico-paciente, em especial, quando se pensa no respeito às decisões individuais acima daquelas de consenso científico. Ademais, é sensato constatar as conquistas provocadas pelos preceitos universais relativamente às constituições de diversos países em âmbito global, dentre elas, a promoção de leis que garantam e protejam cada vez mais os direitos individuais. Em contrapartida a tais benesses, verificam-se com certa frequência situações no exercício da medicina nas quais a liberdade em demasia para um indivíduo prejudica outro, de modo que o médico pode ficar impedido de tomar certas decisões com base em tais princípios éticos. Objetivo: Este trabalho tem por objetivo analisar o conflito existente entre duas decisões a respeito do tratamento destinado a pessoas cuja escolha acerca de práticas ou procedimentos para cura de doenças e situações de risco iminente para a vida, mediante consentimento livre e esclarecido, é de não re-

cebê-los, evidenciando, pois, um debate em relação ao tratamento arbitrário e a responsabilidade depositada sobre o médico nesse embate. Tais decisões têm caráter criminal e ético respectivamente e, por isso, submetem-no (ou a outro profissional de saúde) à circunstância de total vulnerabilidade jurídica, tendo como consequência uma perda para o profissional. São discutidos também desde o conceito ético de consentimento livre, renovável, revogável e plenamente esclarecido para quaisquer atos médicos, até os limites entre o ato médico benevolente e não maleficente contrapostos aos benefícios da conduta médica paternalista com aplicação de tratamento arbitrário. Por fim, será abordado ainda o respeito à autonomia tanto do profissional de saúde quanto do paciente.

Palavras-chave: Medicina paternalista, Diretos individuais, Tratamento arbitrário, Vulnerabilidade, Direitos Humanos

Abstract

The transition from paternalistic medicine to supportive-humanitarian medicine, as well as the advances in human rights concepts undoubtedly brought significant changes in the relationship between doctors and patients, especially when it's considered the respect for individual decisions above those of scientific consensus. In addition, it is sensible to note the achievements of universal precepts regarding the constitutions of several countries in a global scope, among them, the promotion of laws that guarantee and protect individual rights more and more. However, there are certain instances of medical practice in which too much freedom for one individual harms another, so that any doctor may be prevented from making certain decisions on the basis of such ethical principles. This study aims to analyze the conflict between two decisions regarding treatment for people whose choice is not to receive determined practices or procedures for curing diseases during situations of imminent risk to life, by free and informed consent thus demonstrating a debate regarding the arbitrary treatment and responsibility deposited on the doctor in the face of such a clash. These decisions are criminal and ethical and therefore subject doctors (or another health professional) to the circumstance of total legal vulnerability, resulting in a loss for the professional. These decisions are also discussed from the ethical concept of free, renewable, revocable and fully clarified consent to any medical act, to the limits between the benevolent and non-maleficent medical act -totally committed to the patient's well-being - as opposed to the benefits of paternalistic medical conduct

with arbitrary treatment. Finally, we will also discuss the respect for autonomy of both the health professional and the patient.

Keywords: Paternalistic medicine, Individual rights, Arbitrary treatment, Vulnerability, Human Rights

1 Introdução

Por volta dos séculos IV e I a.C., surge o Juramento de Hipócrates, referenciado como o primeiro código de ética médica ocidental e que se constitui numa produção de diferentes membros da escola hipocrática. Tal código incorpora alguns escritos de natureza ética, incluindo um juramento de iniciação ou sigilo e outro de conduta ou imperativos morais. Proclama uma relação individualizada entre o médico e o paciente estruturada sobre o princípio fundamental da beneficência e confidencialidade. Logo, para Maria Patrão Neves¹, trata-se de normativa deontológica, uma vez que pretende regulamentar a prática médica.

Estabelecer as normativas que regem a relação entre médicos e pacientes, sem tomar como referência todas as experiências encontradas nas filosofias, não corresponde aos caminhos que a medicina percorreu ao longo da história. Logo, a relação entre o médico e o paciente passou e passa até hoje por uma constância de análises que vão desde o entendimento de a que correspondem os reais limites de imposição por uma decisão, até a capacidade de escolha e o livre arbítrio.

Por este entendimento, observa-se que a autoridade médica passou por mudanças, juntamente com um conjunto de códigos éticos, a fim de definir uma maneira de respeitar os direitos humanos ao mesmo tempo em que se propõe uma promoção de cuidado à saúde sem nenhum tipo de prejuízo.

Nessa perspectiva, a codificação ética médica brasileira se inspira na tradição ocidental e no juramento hipocrático, apresentando-se como “paternalista (1945), humanista (1953), paternalista-humanitário (1965), autoritarista (1984) ou humanitarista-solidário (1988)”².

Entender cada etapa do código de ética médica leva a aceitar que muitas decisões podem ainda ser tomadas com base nos diversos códigos existentes, tudo por um motivo que se encontra desde o juramento de Hipócrates e que se resume na promoção da saúde como foco principal.

A existência do tratamento arbitrário como consequência do princípio da não maleficência pode ser considerada uma das maiores problemáticas vividas pelos profissionais de saúde, pois coloca

em desacordo o Código Penal e o Código de Ética Médica em relação ao enunciado 403 do Conselho Federal de Justiça no tocante ao tratamento arbitrário de indivíduo legalmente capaz. Dessa forma, o profissional pode acabar tendo que agir de maneira a escolher o caminho que lhe cause menos prejuízo, visto que não existe outra forma de proceder sem colocar a vida do paciente em primeiro lugar.

Por isso, este trabalho tem como objetivo analisar as contradições existentes entre o Código Penal e o de Ética Médica em relação ao enunciado 403 do Conselho Federal de Justiça no tocante ao tratamento arbitrário de indivíduo legalmente capaz, além de descrever as consequências sofridas pelo profissional de saúde em tal situação, apresentando argumentos com base nas normas existentes sobre os melhores direcionamentos a serem tomados pelo profissional.

2 Direito Médico – Breve Histórico

Quando se analisa a questão do direito antes e na atualidade, nota-se um processo de mudança decorrente das novas necessidades impostas pela sociedade. Partindo do referencial de que o direito é um fato social, e, portanto, merece ser objeto de análise, deve-se entender a questão do direito médico, tendo em vista que os aspectos morais médicos e suas responsabilidades ante o indivíduo e a sociedade estruturam-se de acordo com uma necessidade que está em constante evolução.

A antiga ordem jurídica era pautada no positivismo e cientificismo, assim, o Direito só era reconhecido sem qualquer juízo de valor, metafísica ou jusnaturalismo, de maneira que havia uma separação entre a parte científica e os valores morais da sociedade. O Juramento de Hipócrates traz uma visão da medicina sacerdócio, sendo o médico aquele que busca o bem-estar do próximo, vigente no apogeu do período clássico da cultura grega na Antiguidade. Sob a influência jônica, surgiu um novo perfil de medicina, em que as hipóteses eram construídas de fatos e não de concepções religiosas ou filosóficas.

Posteriormente, todas as revoluções democráticas ocorridas no Ocidente tiveram por base a defesa dos direitos humanos, porém a relação médico-paciente continuou paternalista e absolutista, com o paciente sendo conduzido pelo médico. Em 1979, os filósofos americanos Beauchamp e Childress publicaram a obra *Princípios da Ética Biomédica*, que muito contribuiu para o crescimento do movimento bioético e estabeleceu quatro princípios fundamentais dessa nova ciência, o princípio da Beneficência, da Autonomia, da Não Maleficência e da Justiça.

A partir do século XX, então, esse conceito de Direito começou a ser modificado e as pressões sociais colocaram novas demandas ao judiciário: na nova ordem jurídica, a Constituição deixou de ser um sistema hermético e passou a ser encarada como um sistema aberto de juízos e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos. A ética de Hipócrates, característica da antiga ética médica e cujas bases consistem na virtude, prudência e nas imposições da moralidade histórica da medicina, inseriu-se em um processo de alterações, até se chegar, na contemporaneidade, a outra ética, esta fundada na teoria dos princípios, baseando-se na moralidade externa.

No entanto, os conflitos persistiram, pois no exercício profissional da medicina torna-se impossível pautar a conduta apenas pelas normas do código profissional, pois alguns dos problemas que podem se apresentar sequer foram contemplados nos mesmos. A reflexão sobre um conflito moral no exercício da profissão, realizada apenas sob o referencial do código deontológico, será, provavelmente, uma visão muito restrita da problemática ética nele contida, sendo este o caso do tratamento arbitrário.

3 Conceito Ético de Consentimento Livre, Renovável e Plenamente Esclarecidos para quaisquer Atos Médicos

A partir da deontologia médica, o debate sobre o Princípio da Autonomia do paciente inclui a análise das obrigações do profissional da Medicina. Ensina o Código de Ética Médica³ em vigência, no capítulo IV, as condutas vedadas:

IV- DIREITOS HUMANOS

É vedado ao médico:

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

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

No Brasil, esse arcabouço jurídico estabelece uma relação médico-paciente pautada pelo respeito ao princípio da autonomia, visto que qualquer procedimento médico deve ser efetuado com o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou responsável, salvo em situações de perigo iminente de vida. De acordo com o Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba, a autonomia significa autogoverno, autodeterminação do paciente em tomar de-

cisões relacionadas a sua vida, saúde e integridade físico-psíquica ou social. Além de pressupor a liberdade de escolha, requer que o indivíduo seja colocado em condições concretas de efetivá-la. Assim, a manifestação da essência do princípio da autonomia é o consentimento livre e esclarecido.

Segundo Veloso (1994), o consentimento livre e esclarecido é aquele obtido de um indivíduo capaz civilmente e apto para entender uma conduta ou uma proposta isenta de coação, indução ou influência. Tal consentimento, por sua vez, não pode ser realizado através de uma simples assinatura ou de uma rápida leitura de formulários a caminho da sala de operação. O termo de consentimento deve seguir o princípio da informação adequada, isto é, possuir uma linguagem acessível ao nível de compreensão da pessoa assistida, bem como informações detalhadas sobre os problemas e riscos suscetíveis. Desse modo, o consentimento é uma autorização prévia exercida livremente, após completo esclarecimento sobre o procedimento, de acordo com o nível intelectual do paciente. Inclui-se também no consentimento os princípios da temporalidade, precisam ser renovados a cada novo encaminhamento, e da revogabilidade, pode ser retratado.

4 Limites Entre o Ato Médico Benevolente e Não Maleficente

A relação médico-paciente é regida por princípios bioéticos, e a relação entre eles e seus limites constitui um foco de estudo bastante necessário. Ao analisarmos o princípio da beneficência, expresso no capítulo I, art. 2º, do Código de Ética Médica brasileiro – “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”³ –, nota-se que as atitudes médicas devem ser exercidas buscando sempre fazer o bem, preservando a integridade e o direito à vida dos que a elas são submetidos.

No entanto, a sociedade atual está inserida em um contexto no qual o direito do paciente ganha muito foco, e o seu direito à autonomia vem sendo colocado em pauta cada vez mais, ganhando, assim, destaque na bioética e na ciência jurídica. O médico deixou de ser visto como o único com direito à razão, em que sua opinião era inquestionável. Portanto, o princípio da beneficência requer que o médico faça o que beneficiará o paciente, mas de acordo com a visão deste, e não com a do médico. Já o princípio da não maleficência possui relação com a obrigação de não infligir danos a quem quer que seja de maneira intencional, pressupondo que é dever de todos proteger as pessoas contra alguns tipos e graus de dano.

Para os principais autores da bioética, há uma verdadeira obrigação positiva em proporcionar benefícios, tais como a assistência à saúde. Por outro lado, quando o paciente encontra-se em fase de morte inevitável e a cura já não é mais possível, o princípio da não maleficência prepondera sobre o da beneficência, ou seja, tomam-se medidas que proporcionam o alívio da dor em primeira instância.

O caso da transfusão de sangue em paciente Testemunha de Jeová, quando há iminente perigo de vida, parte dessa análise do limite entre o ato médico benevolente e não maleficente e do princípio da autonomia. Dessa forma, é colocada ao médico a situação de ter que saber quando pode ultrapassar esse limite, já que, além da regulamentação imposta, envolve também a questão do direito à liberdade religiosa. O aspecto jurídico, nesse contexto, é bem complexo, e os médicos que se encontram nessa situação enfrentam dilemas e conflitos.

Na Constituição Federal de 1988, em seu art.5º, encontramos a proteção dada à vida e à liberdade; no inciso VI do mesmo artigo, a legislação foca na proteção ao direito à liberdade de crença. Ficando claro, assim, que a beneficência é um ideal de ação que ultrapassa a obrigação; e, outras vezes, é limitada por obrigações morais. É evidente que o médico e demais profissionais da saúde não podem exercer o princípio da beneficência de modo absoluto. Ela tem seus limites, como a dignidade individual intrínseca a todo ser humano (BRASIL, 1988).

5 A Conduta Médica Paternalista com Aplicação de Tratamento Arbitrário

O paternalismo envolve problemas bioéticos, havendo a presença de fatores paradoxais, dentre eles, saber até que ponto prevalecerá o respeito à autonomia da vontade do paciente e o direito de autoridade do profissional médico. Apesar de filósofos como Kant considerarem injustificável o governo paternalista de restrição de liberdades das pessoas, é certo que atualmente a medicina, em algumas situações, patrocina a intervenção médica autoritária na vida das pessoas de modo paternalístico, sem observar o respeito ao paciente (SILVA, 2010).

Até meados do século XX, seguindo o princípio da beneficência, o médico assumia a postura de “protetor do paciente”, justificando seu poder de decisão sobre qualquer medida destinada a restaurar a saúde do paciente. Essa postura, chamada paternalismo médico, legitimava a intervenção do profissional segundo seus próprios critérios, mesmo sem a anuência do paciente ou contra a von-

tade deste. Posteriormente, o paternalismo e a beneficência deram lugar à autonomia do paciente, em que o consentimento informado do indivíduo passou a nortear as condutas, sendo requisito fundamental para a validade ética das experiências médicas (MENDONÇA; PIRES 2010).

O Código de Ética Médica, resolução CFM nº 1.931/2009, foi criado com o intuito de orientar as novas condutas do profissional da Medicina, em virtude da mudança dos valores da sociedade, cedendo espaço para autonomia do paciente. Nesse sentido, o Código aduz no capítulo V voltado para a relação com o paciente e seus familiares:

É vedado ao médico:

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

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.³

No art. 31, como apontado, é dever do médico respeitar a vontade do paciente ou de seus familiares no tocante ao diagnóstico/tratamento, todavia, no caso de risco iminente para vida do paciente, a legislação permite que o médico adote tratamento arbitrário, sem observância da vontade. Reforçando essa ideia, a Associação Mundial de Medicina (2017) inclui os seguintes trechos no juramento médico: “Eu prometo solenemente dedicar minha vida ao serviço da humanidade; A saúde e o bem-estar de meu paciente serão a minha primeira consideração; Eu respeitarei a autonomia e a dignidade do meu paciente; Eu mantereirei o maior respeito pela vida humana”. Com isso, deve-se considerar a autonomia do paciente, desde que esta não confronte o direito à vida.

Além disso, no art. 32, a abordagem gira em torno da questão da obrigação do médico de usar todos os meios terapêuticos disponíveis para o tratamento. Entretanto, será perceptível a dificuldade latente do profissional diante do risco à saúde do paciente e de proibições religiosas de adoção de determinados mecanismos curativos. Logo, haverá um confronto entre autonomia da vontade e os preceitos médicos de garantir a vida.

Isso pode ser exemplificado em casos de pacientes Testemunhas de Jeová que, baseados em sua crença, acreditam ser “impuro” receber transfusão sanguínea, mesmo que haja o risco de perder a

vida. Nesses casos, em que não há como se chegar a um consenso – nem Constitucional – sobre o que fazer, o médico, na maioria das vezes, toma atitudes baseadas em suas concepções e seu juramento como médico (salvar a vida sempre), enquanto os familiares e os pacientes também firmam a verdade de suas concepções, crenças e valores. Essas questões são uma das mais inconclusivas até os dias de hoje, haja vista que até a própria jurisprudência enfrenta dificuldade para resolver casos com estes perfis e os próprios artigos se contradizem sobre o fazer/não fazer.

Inclusive, o Superior Tribunal Federal decretou, neste ano de 2017, a Repercussão Geral no Recurso (RE) 979742 para decidir se a liberdade religiosa pode justificar o custeio para o tratamento de saúde pelo Estado. A questão que será analisada no recurso interposto pela União foi contra acórdão da Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Amazonas e Roraima que condenou conjuntamente o Estado do Amazonas e o Município de Manaus a custear procedimento cirúrgico indisponível na rede pública, pois a religião do paciente (Testemunha de Jeová) proíbe transfusões de sangue.

Nesse sentido preceitua Peccini e Hossne (2010, p.127), “um dos pontos importantes considerados [...] é sobre a terminalidade da vida, ponto complexo e carregado de aspectos polêmicos e controversos”. Logo, embora o novo Código de Ética Médica tenha trazido inovações na área médica, ainda encontra sérios problemas jurisprudenciais e interpretativos, principalmente quando envolve questões relativas a quais atitudes tomar quando em situações envolvendo aspectos religiosos vão de encontro ao princípio da medicina de salvar vidas.

6 Respeito à Autonomia do Paciente: Conflito Resolução do Conselho de Justiça Federal e Código de Ética Médica

O princípio da autonomia reconhece o direito da pessoa de decidir, livre de pressões externas, sobre a sua submissão à determinada terapia ou tratamento médico; por esse princípio, pode o paciente inclusive rejeitar toda e qualquer espécie de tratamento. Ter autonomia significa autogovernar-se, fazer escolhas, ter liberdade para decidir acerca de seu comportamento, salvo em situações de perigo iminente de vida. Vale salientar que à pessoa autônoma atribui-se as capacidades de raciocínio, compreensão, deliberação e escolha independente.

Contudo, é interessante o ato de decisão que leva à escolha autônoma, que representa o ato de governar efetivamente e não a capacidade de governar. Pessoas autônomas, com capacidade de au-

togoverno, podem falhar ao governar a si mesmas em suas escolhas, em razão de restrições temporárias impostas pela doença, ignorância, coerção ou outras condições restritivas. Em paralelo, pessoas que não são autônomas podem, às vezes, fazer escolhas autônomas. Uma pessoa com autonomia reduzida é controlada, de alguma forma, por outros, sendo incapaz de decidir ou agir com base nos seus desejos e planos.

Essa questão do princípio da autonomia entra em conflito quanto à transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová, os quais são legalmente capazes, pois há duas regulamentações sobre esse assunto. Tome-se a proteção à vida e à liberdade e o direito à liberdade de crenças assegurados pela Constituição Federal de 1988, já comentado por nós, e o Enunciado 403 do Conselho da Justiça Federal:

O direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da CF, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão de tratamento ou da falta dele, desde que observado os seguintes critérios: capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; manifestação de vontade livre, consciente e informada; e oposição que diga respeito à própria pessoa do declarante.

Ao invés de atentar contra a própria vida quando recusa transfusão de sangue, o paciente Testemunha de Jeová está, na verdade, prestigiando o bem 'vida', pois no conceito desta incluem-se os direitos de personalidade e outros atributos espirituais que, suprimidos, reduzem o ser humano à mera condição de um animal.

De acordo com o Conselho Federal de Medicina, entretanto, essa questão deve ser enfrentada de maneira diferente, explicitada na seguinte posição: I - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. II - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

O magistrado assinalou que as autoridades públicas e o médico têm o poder e o dever de salvar a vida do paciente, desde que o paciente autorize ou não tenha condições de manifestar oposição. Mas salientou: "Entretanto, estando a paciente consciente, e apresentando de forma lúcida a recusa, não pode o Estado impor-lhe obediência, já que isso poderia violar o seu estado de consciência e a própria dignidade da pessoa humana."

O aspecto jurídico nesse contexto é bem complexo, e os médicos que se encontram nessa situação passam por dilemas e conflitos. Caso o médico realize a transfusão num paciente que não corra risco de vida, ou em uma situação em que haja tratamentos alternativos, ele pode ser indiciado pelo crime de constrangimento ilegal, art. 146 do CP, mas o mesmo não ocorre se ele fizer a transfusão em uma situação de perigo iminente de vida, pois o §3, I, do mesmo artigo exclui a ilicitude do crime nessa situação.

Civilmente, a responsabilidade do médico reside no art. 15 do Código Civil (que pode sustentar uma ação de danos morais), tendo em vista que a responsabilidade civil do médico é regida por algumas premissas.

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

Nota-se, então, que o médico que agir causando dano moral, ao resolver realizar um tratamento arbitrário, estará infringindo o art.186, sendo necessário que ele repare o dano causado, mas essa infração ao Código Civil pode ser extinta, caso a transfusão seja fundamental para preservar a vida do paciente, pois o médico estará seguindo o disposto no Código de Ética Médica, que diz que o médico tem permissão de efetuar qualquer procedimento sem o consentimento prévio do paciente e até mesmo desrespeitar a vontade do paciente se este estiver em iminente risco de vida.

Na área penal, se o médico não realizar a transfusão de sangue, ele poderá ser acusado até de homicídio – se a ausência da transfusão resultar na morte do paciente – por conduta omissiva, pois conforme o art. 13, § 2 do Código Penal, aquele que tem o dever e o poder de agir, e não o faz, responde pelo crime que a sua conduta omissiva (no caso, não fazer a transfusão) originou (BRASIL, 1940).

O médico tem por lei a obrigação de cuidado, proteção e vigilância, decorrentes de sua profissão, ou seja, tem o dever legal de agir. Nota-se, assim, que se o médico decidir realizar a transfusão de sangue, poderá enfrentar um processo civil, tendo em vista o não cumprimento dos artigos, já apontados anteriormente, presentes no Código Civil, mas, por outro lado, se não realizar a transfusão e essa resultar em óbito do paciente, poderá sofrer um processo penal, explicitando-se aí a situação conflituosa para o médico.

7 Conclusões

Nesse sentido, reitera-se que, diante do atual contexto coletivo de preponderância do direito do paciente, foi deixada para trás a visão única do médico como proprietário exclusivo da razão. Contudo, é deveras preocupante constatar pragmaticamente uma contraposição que gera dilema à tomada de decisão deste profissional em situações como o tratamento arbitrário em Testemunhas de Jeová capazes e conscientes. Tal embate decorre de, por um lado, certas jurisprudências, a exemplo da própria Carta Magna brasileira, e de decisões do Conselho Federal de Justiça no sentido da defesa da liberdade de crença e do respeito à autonomia do paciente. Por outro lado, do médico é exigido, inclusive no Juramento feito, precedente ao exercício de sua profissão, e no Código de Ética Médica, que ele atue na defesa da vida, contudo sem infringir as escolhas do paciente, isto é, agindo balizado pela visão deste e não pela própria. Assim, mesmo havendo este confronto, o Conselho Federal de Medicina apoia a posição segundo a qual, não havendo iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. Por conseguinte, caso haja iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue independente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

Para agravar esse cenário duvidoso, verifica-se uma culpabilidade independente da atitude que o profissional optar por tomar, haja vista a possibilidade de um processo civil envolvendo danos morais provocados (art. 15, Código Civil). Essa infração ao Código Civil, todavia, pode ser extinta, caso a transfusão seja imprescindível para preservar a vida do paciente, uma vez que o médico está seguindo o disposto no Código de Ética Médica.

Já na área penal, se o médico não realizar a transfusão de sangue, poderá ser acusado até mesmo de homicídio por conduta omissiva, tomando como base o art. 13, § 2, do Código Penal, o qual apregoa que “aquele que tem o dever e o poder de agir, e não o faz, responde pelo crime que a sua conduta omissiva [neste caso, não realizar a transfusão] originou” (BRASIL, 1940).

Dessa maneira, é notória e, para alguns profissionais, angustiante a dificuldade latente quando o risco à saúde do paciente e as proibições religiosas de determinados mecanismos curativos são postos em jogo, por não haver consenso das legislações e instituições em relação ao assunto. Logo, resultará daí um confronto rígido entre autonomia da vontade e os preceitos médicos de garantir a vida, prejudicando o exercício saudável do papel médico.

1. Neves MP. Thomas Percival: tradição e inovação. Rev. bioét. 2003 [Acessado 18 nov. 2017];11(1):11-22. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/145
2. França GV. Direito médico. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; 2007.
3. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931/2009, de 17 de setembro de 2009 [Resolução na Internet]. Código de Ética Médica [Acessado 19 Nov. 2017]. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>
4. Brasil. Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil [Constituição na Internet]. [Acessado 17 Nov. 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
5. Brasil. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 [Decreto na Internet]. Código Penal [Acessado 17 nov. 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm
6. JusBrasil [homepage na Internet]. Busca Testemunha de Jeová [Acessado 18 Nov. 2017]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TESTEMUNHA+DE+JEOVA>.
7. Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 [Lei na Internet]. Código Civil [Acessado 18 Nov. 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm
8. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.021/80 [Resolução na Internet]. Adota os fundamentos do anexo PARECER, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes a recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida [Acessado 17 Nov. 2017]. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/RESOLUCOES/CFM/1980/1021_1980.HTM.
9. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 979742 [Recurso na Internet]. Conflito entre a liberdade religiosa e o dever do Estado de assegurar prestações de saúde universais e igualitárias

[Acessado 17 Nov. 2017]. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5006128&numeroProcesso=979742&classeProcesso=RE&numeroTema=952>

10. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 403 [Enunciado na Internet]. Direitos da personalidade, risco de vida, constrangimento, intervenção cirúrgica, informação [Acessado 15 Nov. 2017]. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/207>.

11. Sociedade Brasileira de Direito Médico [homepage da Internet]. Drumond JGF. O princípio da beneficência na responsabilidade civil do médico. Conferência. I Simpósio Iberoamericano de Direito Médico, Montevideu, Uruguai, 2000 [Acessado 16 Nov. 2017]. Disponível em: http://www.ibemol.com.br/SODIME/ARTIGOS/BIOETICA_DIREITO_MEDICO.HTM.

12. Mendonça E, Pires TM. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. [texto na internet] 2010 [Acessado 19 Nov 2017]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>.

14. Autonomia em Saúde [homepage da Internet]. Pitaguari A. O que é a autonomia em saúde [Acessado 18 Nov. 2017]. Disponível em: <http://autonomiaemsaude.net.br/O-QUE-E-AUTONOMIA-EM-SAUDE/>

15. Rev. bioét. [na internet]. 2018[Acessado 18 Nov 2017];26(2). [Acesso em: 18 nov. 2017]. Disponível em: HTTP://REVISTABIOETICA.CFM.ORG.BR/INDEX.PHP/REVISTA_BIOETICA/ARTICLE/VIEW-FILE/611/627.

16. Silva HB. Beneficência e paternalismo médico. Rev. Bras. Saude Mater. Infant. [Internet]. 2010 [Acessado 19 Nov. 2017];10(Suppl 2): s419-s425. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600021

17. Consultório Jurídico [homepage da Internet]. Valadares L. A questão jurídica no atendimento médico de pacientes Testemunhas de Jeová [Acessado 17 Nov. 2017]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/opinio-questao-juridica-atendimento-testemunhas-jeova>

Curandeirismo: Aspectos Religiosos e Sociais que Limitam a Necessidade de Tipificação

THOMAS NASCIMENTO TAVARES¹

ARTUR ROOSEVELT CRUZ DE MACEDO FEITOSA¹

FERNANDA MONTEIRO DE ABREU LIMA¹

MARIA EDUARDA RENDALL RODRIGUES DE MOURA¹

RAQUEL JUSARA HOFFMANN¹

LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO²

EDUARDO SÉRGIO SOARES SOUSA³

¹Estudante do Curso de Medicina da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

²Professor Mestre do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

³Professor Titular do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

• Autor para correspondência

Lourenço de Miranda Freire Neto

lourencomiranda@gmail.com

Resumo

Enquanto a medicina se institucionaliza e tenta se afirmar como uma prática terapêutica oficial na sociedade, os médicos acadêmicos acabam atuando junto com a existência de práticas populares de curas. Entre os diversos praticantes dessas, estão os curandeiros. **Objetivo:** O presente trabalho busca elucidar e contribuir para a reflexão sobre o poder médico hegemônico e suas relações com as práticas religiosas, nas quais se inclui o curandeirismo. Considerando a teoria das relações de poder de Foucault e o princípio da Intervenção Mínima do direito Penal, discute-se sobre essas práticas com base em uma revisão do conceito no campo intelectual como objeto científico formado entre a prática médica e a prática religiosa. Finalmente, por meio de temas contemporâneos compartilhados pelas Ciências Sociais e pela Saúde Coletiva, indica-se como o curandeirismo pode contribuir para a construção de um melhor entendimento e aplicabilidade do processo saúde-doença na sociedade.

Palavras-chave: Tipificação, Curandeirismo, Práticas integrativas,

Abstract

While medicine institutionalizes itself and tries to get established as an official therapeutic practice in society, medical graduates end up working alongside with the existence of popular healing practices. Among these various practitioners, were the “healers”. The present work seeks to elucidate and contribute to the reflection of the hegemonic medical power and the relation with religious practices, which include faith healing. Considering Foucault's theory of power relations and the principle of Minimum Intervention of Criminal Law, this practice is discussed on the basis of a revision of the concept in the intellectual field as a scientific object formed between medical practice and religious practice. Finally, through contemporary themes shared by the Social Sciences and Collective Health, it is indicated how the faith healing can contribute to the construction of a better understanding and applicability of the health-disease process in the society.

Keywords: Typification, witch-doctory, Integrative practices, Criminal law, Folklore

1 Introdução

Estando ligadas ao conhecimento popular e ao místico, isto é, ao religioso, as práticas curandeiras se fazem presentes, em grande escala, no Brasil. A intervenção de não médicos na Medicina tem raízes na diversidade de crenças, de povos e de culturas presentes no País, sendo, muitas vezes, a grande responsável pela cura do indivíduo, tendo em vista sua importância psicológica no enfrentamento da doença. A despeito disso e da garantia Constitucional à liberdade de crença e de expressão religiosa, existe, no Código Penal brasileiro, o enquadramento do curandeirismo como prática ilegal.

A problemática surge ao se considerar o contexto sociocultural que circunda a prática em questão. De um lado, legisladores que tentam proteger a medicina a partir de uma análise hiperbólica das condutas curandeiras, resultando, a partir de linguagem penal naturalmente agressiva, num descrédito e num escárnio para com tais práticas. De outro, o desrespeito à liberdade de crença de uma nação plural, com povos de origem, dentre outras, africana e indígena, detentores de culturas nas quais o místico e o espiritual são inerentes ao processo saúde-doença; a ratificação das relações de

poder numa sociedade demasiadamente hierarquizada, em que o médico ocupa posição de destaque, sendo rodeado por estereótipos de autoridade e de superioridade, o que implica uma quebra nas relações horizontais entre curador e paciente, este ocupando um lugar de impotência e de inércia diante de sua própria saúde; o choque com as práticas modernas da medicina integrativa e da medicina da família, que visam a inclusão do paciente como protagonista no processo de tratamento e de cura, bem como uma diminuição do tecnicismo extremo e da intervenção farmacológica desnecessária; por fim, o não atendimento a um dos princípios básicos do Direito Penal moderno, o da Intervenção Mínima, aspecto que pode ser analisado pelo viés de uma tendência atual equivocada de resolução com base na criminalização, acabando por atribuir um caráter simbólico à área mais agressiva do Direito.

Nessa perspectiva, é importante analisar com acuidade os aspectos que circundam o curandeirismo e sua tipificação, de modo a entender a falta de necessidade ou o erro que pairam sobre esta última, com um debate voltado ao atendimento da pluralidade e da religiosidade, e do respeito a elas.

2 Curandeirismo como Prática Religiosa

2.1 Definição de Curandeirismo

Representando uma parte integrante da medicina popular, Montero¹ define o curandeirismo como um fenômeno social e cultural, relacionado à sua dimensão física e ao seu universo simbólico-cultural, sendo também associado à magia e à religião.

Nesse sentido, o curandeiro é uma confluência entre o médico e o religioso popular. Ele atua por meio de medicamentos caseiros, mas também utiliza elementos mágicos e religiosos para sua arte de curar as necessidades físicas e espirituais, sobretudo quando se tem uma causa sobrenatural da doença.

Apesar de a medicina oficial não reconhecer a sua existência, para a autora, o curandeirismo, como parte representativa da medicina popular, pode tanto contrapor-se à medicina científica quanto complementá-la. Aqueles casos ocorrem em situações que a medicina não consegue resolver, e, nesse sentido, ele se lança numa “guerra de competência”; e, enfatizando as doenças com causas sobrenaturais e/ou espirituais conforme mencionado acima, casos que não são da competência médica, o curandeirismo se coloca como sendo uma prática “complementar” à Medicina.

Assim, de maneira geral, pode-se dividir a “doença” naquelas “materiais” – de responsabilidade do médico –, e nas “espirituais”, de responsabilidade do curandeiro, muitas vezes ligado à religiosidade, ou seja, atrelado à relação crença/cura. Neste caso, a linguagem simbólica do ritual do curandeiro é muito mais eficiente do que a linguagem médico-científica, já que muitas vezes não resolve esse tipo de problema. Monteiro confere à esse fato uma explicação plausível para a enorme popularidade dos curandeiros e sua evidente resistência no tempo¹.

A procura para a obtenção de cura por meios sobrenaturais aproxima esta terapêutica popular da feitiçaria, conforme expressa Souza, enfatizando a relação do curandeirismo com o universo simbólico do feitiço².

Segundo essa autora, o curandeirismo foi e é nutrido por diversas origens como a indígena e a africana, por exemplo. No primeiro caso, os antigos pajés das etnias indígenas nas Américas eram curandeiros que, através do profundo conhecimento dos recursos terapêuticos da natureza e do domínio do universo espiritual e cultural do grupo, curavam as enfermidades tanto físicas como psicológicas. Nos tempos do descobrimento e do Brasil Colonial, até mesmo os colonizadores, missionários e depois os brasileiros descendentes dos portugueses, recorriam a estes especialistas da cura, fato justificado, sobretudo, pelo maior conhecimento da natureza e das doenças endêmicas pelos pajés. Somando-se a isso o fato de que existiam muito poucos médicos formados nesse contexto, a grande diversidade cultural e religiosa do país e, a falta de acesso das camadas sociais mais relegadas a um atendimento médico tradicional, percebe-se que o curandeirismo e as práticas mágico-religiosas estão intimamente associadas na sociedade brasileira desde o século XV até os dias de hoje.

Complementando, Sérgio Buarque de Holanda³ define com beleza o curandeirismo ou essa medicina e magia primitivas – as quais não conhecem nenhuma distinção nítida entre malefício e moléstia. Segundo ele, a mesma reza que serve para aliviar uma parturiente poderá resguardar um indivíduo de qualquer acidente funesto, imunizá-lo contra a infecção do ar ruim ou preservá-lo de um mau-olhado.

Enfatizando a definição dessa linha que separa a medicina tradicional do curandeirismo, Jesus⁴, caracteriza este como a atividade grosseira de cura por quem não possui nenhum conhecimento de medicina convencional, através da prescrição ou aplicação de qualquer substância, do reino animal, vegetal ou mineral. Assim, a caracterização se dá mais pelo “conhecimento tradicional” empregado pelo curandeiro – o “sábio”, o herdeiro do conhecimento produtor da cura

-, importando menos se a substância é ou não nociva à saúde ou se tem propriedades idôneas à cura pretendida pela pessoa que procura o curandeiro. Essa definição do autor ajuda a caracterizar e distinguir o curandeirismo da prática ilegal da medicina (caracterizada pela ausência dos requisitos acima), conforme mais detalhado adiante.

Ao buscar a cura de doenças para as quais a medicina tradicional não encontra tratamentos eficazes, o homem se direciona ao sobrenatural, uma vez que a intervenção médica pautada pela ciência não foi efetiva, sendo habitualmente conduzido ao contato com religiões específicas que utilizam a prática de curandeirismo com fins religiosos. A compreensão dos fatores que influenciam o indivíduo a procurar métodos alternativos para tratamento de doenças é necessária, sabendo que a condição psíquica à qual ele está submetida afeta o processo de cura.

O curandeirismo é comumente usado em religiões, sendo a definição delas, segundo Teraoka⁵, a crença e a manifestação no poder divino ou sobrenatural, sendo o sobrenatural algo relacionado a um ser ou poder superior, imortal e incompreensível por métodos utilizados pela ciência tradicional. A prática religiosa é feita por meio de cultos e cerimônias públicas com os seus adeptos.

2.2 Legislação

Com o advento do conhecimento positivista e tecnicista, várias áreas científicas passaram por várias normatizações para serem enquadradas como ciência. Na área da medicina não foi diferente, a aplicação de uma visão mecanicista, reducionista e biologicista proporcionou relevantes ganhos relativos à descoberta de doenças e ao desenvolvimento de uma série de técnicas terapêuticas; por outro lado, assim como em outros ramos da ciência moderna, o positivismo impôs uma racionalidade restritiva, e até excessiva, diante das práticas tradicionais preexistentes da medicina popular. Dessa forma, o conhecimento tradicional, não incorporado à medicina convencional através do método científico, foi sendo marginalizado e, em muitos casos, criminalizado. Como já descrito no item acima, o curandeirismo se insere no conhecimento tradicional e na medicina popular, estando, portanto, sujeito à marginalização e, por vezes, criminalização.

Há, entretanto, uma situação de conflito normativo e uma linha tênue no que concerne à tipificação do curandeirismo e à sua prática como direito garantido, estando ambos dispostos na Constituição Federal.

Nesse sentido, a norma substantiva penal brasileira prevê o crime de curandeirismo nos seguintes termos⁶:

Art. 284. Exercer o curandeirismo:

I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II – Usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

III – fazendo diagnósticos:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.

Diante dessa conjuntura, no entanto, está o direito à manifestação tradicional e cultural e, estando o curandeirismo ligado a uma crença ou religião, tipificá-lo como crime deve ser uma atitude antes analisada, para que não seja ferido o direito à cultura e à liberdade de expressão conquistado pelo povo e garantido pela Constituição Federal de 1988.

Sendo assegurada pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso VI, o direito de manifestação religiosa assim é se expressa: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”⁶. A liberdade religiosa é o direito que toda religião possui de exercer suas atividades religiosas, adorações, explanação da religião e cultos religiosos.

Esse direito de um indivíduo expressar sua religiosidade também se faz presente nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal, conforme abaixo⁶:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver.

Dessa forma, estando o curandeirismo relacionado a uma manifestação tradicional de crença ou religião, não será caracterizado como crime, sendo garantido como direito à expressão cultural. No entanto, não estando aqueles aspectos presentes, a tipificação como crime será feita.

O espiritismo é uma religião, pois busca a transformação da humanidade, ocasionando no progresso moral do homem, procurando trazer as pessoas para sua origem divina, por meio de ensinamentos transmitidos por espíritos desencarnados que se comunicam com os vivos. De acordo com Ferreira⁷, essa religião define o homem como um espírito livre responsável por seus atos, conquistas e fracassos, estando em evolução espiritual constante.

Na doutrina espírita, a cura espiritual, que associada a medicina tradicional é um recurso na cura das doenças tidas como do corpo se faz necessária a crença do indivíduo na cura.

Conforme Teraoka⁵, as curas espirituais normalmente ocorrem em reuniões religiosas, cultos. Exercendo a liberdade religiosa dada pela Constituição, sendo este um direito que não pode ser violado, a cura espiritual por curandeiros kardecistas é uma expressão legítima da religião espírita.

A relação entre saúde e religião é indicada pela medicina tradicional, objetivando um estado de bem-estar individual, e, na doutrina espírita, a associação do cuidado médico ao cuidado espiritual é complementar, onde, havendo o equilíbrio, o sujeito alcançará a cura para todas as enfermidades espirituais e corporais.

De acordo com Silva⁸, os curandeiros kardecistas não concorrem com os médicos, pois entende-se que a religião tem uma ciência própria, a do espírito, sendo necessária a sua cooperação com a medicina tradicional, ciência física; elas não são, portanto, interdependentes.

Um fator de extrema importância para que haja a cura espiritual é a escolha do indivíduo, sendo vetada a possibilidade de impor ao sujeito este tipo de tratamento alternativo, assim, cabe ao sujeito a escolha de procurar seu bem-estar da maneira que lhe convém.

A diferença entre a tipificação do crime de curandeirismo e as práticas religiosas permitidas pela constituição é sutil. Sales⁹ afirma que, para distinguir as duas condutas, deve-se observar se a cura é pedida comunitariamente, através de orações, pura questão de fé, através de cultos religiosos, se assim for, a prática não é curandeirismo, tendo em vista a liberdade de culto assegurada por lei.

Cabe ao legislador compreender a distinção entre as práticas de cura dentro de rituais religiosos e o curandeirismo, para melhor aplicação das leis.

3 Curandeirismo e Relações De Poder

Com base nos estudos de Michel Foucault sobre as relações de poder e o modo como elas determinam o perfil que o médico exerce na sociedade, será possível discutir de que forma o discurso médico interfere na tipificação do curandeirismo, e como esse mesmo discurso fundamenta as relações de poder nesse caso.

3.1 Foucault e as relações de poder

Para compreensão integral da problematização das relações de poder, é necessário de saída compreender o significado dessa palavra em suas diversas esferas de atuação. Etimologicamente, a palavra poder provém do latim vulgar *potere*, substituindo o latim clássico *posse*, que vem a ser a contração de *potis esse*, “ser capaz”; “autoridade”. Dessa forma, na prática, a etimologia da palavra poder sugere sempre uma palavra ou ação que exprime força, persuasão, controle, regulação. Ainda segundo o dicionário de filosofia, a palavra poder, na esfera social, seja pelo indivíduo ou a instituição, se define como a capacidade de conseguir algo, quer seja por direito, por controle ou por influência. No dicionário de política, a definição de poder é mais abrangente. Mesmo que exista a preocupação de colocá-lo em esferas distintas – poder social, poder político, poder constituinte, poder moderador, poder potencial, poder coordenador, entre outros –, ainda assim o que se vê é a palavra poder associada, em essência, à autoridade. Por fim, em um dicionário comum da língua portuguesa o significado de poder é descrito amplamente, com destaque para: “ter a faculdade ou o direito, de: poder determinar algo”; “dispor de força ou autoridade”; “direito de deliberar, agir ou mandar”. A partir disso, é importante destacar o pensamento de Foucault em relação ao poder. Foucault estudou o poder não para criar uma teoria do poder, mas para identificar os sujeitos atuando sobre os outros sujeitos.

Segundo as teses de Foucault, poder é a capacidade de se mobilizar forças econômicas, sociais ou políticas para obter certo resultado, mesmo que seja exercido de forma consciente ou não, e/ou, frequentemente, realizado de forma deliberada. O filósofo, em escritos, dentre eles *Microfísica do Poder*, coloca o poder como direito, considerada as formas em que a sociedade se coloca e se movimenta, ou seja, se há o rei, há também os súditos; se há leis que operam, há também os que a determinam e os que devem obediência. O poder como verdade se impõe ora pelos discursos, os quais os indivi-

duos são obrigados a reproduzir, ora pelas próprias instituições, que a acomete, por vezes, sem a devida consciência e reflexão.

Foucault¹¹ explica que os “discursos de verdade” da sociedade, por meio de sua linguagem, comportamento e valores, são relações de poder e, portanto, aprisionam os sujeitos, como destacado em seu texto. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” da verdade, ou seja, os tipos de discurso que aceita e faz funcionar como verdadeiros, os meios pelos quais cada um deles é confirmado, as técnicas e procedimentos valorizados no alcance da verdade; o status daqueles que estão encarregados de dizer o que conta como verdadeiro. Foucault vê na linguagem uma forma já constituída na sociedade, e, por esse motivo, os discursos circulam desde há muito tempo: “[...] analisando os próprios discursos, vemos se desfazerem os laços aparentemente tão fortes entre as palavras e as coisas, e destacar um conjunto de regras, próprias da prática discursiva”. É nesse contexto das relações de poder na sociedade, e do surgimento de um regime discursivo que se enuncia sobre a vida, para controlá-la e geri-la, que Foucault analisa o surgimento da medicina científica que opera um processo de medicalização da sociedade, assim como estabelece as relações de poder desta prática sobre outras, em especial a prática curandeira, o curandeirismo, como será discutido a seguir.

3.2 O poder médico e o curandeirismo

Com base nos estudos de Foucault, foi possível elaborar uma lógica entre as relações de poder aplicadas à prática médica e a tipificação do curandeirismo.

O curandeirismo, atualmente, sendo significado ora como ação criminosa, ora como atividade terapêutica, trava o limiar entre a medicina tradicional e a medicina oficial pela conformação do *habitus* científico estruturado nessa sociedade entre a prática médica e a prática religiosa. Nessa perspectiva, em análise da conduta médica e dos depoimentos em geral a respeito do agente religioso (curandeiro), tem-se que estes possuem ignorância, pouco saber ou ausência de conhecimento. Tais termos refletem uma imagem que parece representar um diagnóstico social preconceituoso e que sugere a principal caracterização do agente de cura (que geralmente atua fora dos espaços terapêuticos oficiais). Ou seja, em geral, os médicos não atribuem aspectos positivos aos atos de curandeirismo e aos saberes populares.

A atualidade é regida pelo sistema capitalista, no interior do qual as práticas de cura tradicionais podem ser consideradas ul-

trapassadas quando comparadas ao arsenal tecnológico ofertado à sociedade e de modo mais seguro e oficial. Assim, existe sentido em associar as curandeirices à ignorância, identificando nelas um comportamento de risco social e ultrapassado. No entanto, em outra perspectiva, mais antropológica, o sentido das práticas e saberes terapêuticos pode ser ampliado quando os aspectos sociais do discurso médico são considerados sem esse viés ideológico. Desse modo, a pesquisadora Andréa Loyola concluiu que os médicos adotam atitudes autoritárias diante das representações que os doentes têm do corpo, caracterizando os doentes das classes populares por sua “ignorância”, desqualificando suas representações do próprio corpo, da doença e dos princípios de higiene [...] O que mais os diferencia dos outros membros do corpo oficial [os médicos populares] é o fato de conhecerem as práticas médicas populares e de aceitarem as trocas com os especialistas de outros sistemas, seja, por exemplo, recebendo e encaminhando clientes aos centros de umbanda, seja respeitando o uso de remédios populares.

A validade institucional do poder médico no Brasil é proporcional à produção dos aspectos negativos historicamente acumulados sobre os curandeiros na configuração jurídica do termo, reforçando a associação entre ação criminoso e ação curandeira, e estabelecendo, sem contradições, contextos de arbitrariedades em favor da posição social do médico na sociedade. Estes processos reformulam historicamente a prática do curandeirismo. Com isso, ao lidar com a vítima, de baixo nível cultural, é comum atribuir-se que esta se torne alvo fácil para os curandeiros. Ao justificar a competência médica descrevendo a doença (e, por conseguinte, justificando a incompetência do agente curandeiro que interferiu sem tratamento médico), o profissional demonstra um grau de instrução e cientificidade, denotando conhecimento e saber. Fica claro que, a partir do uso desses conceitos, como um ato de fala, os médicos desencadeiam uma série de enunciados de poder, e que esses se tornam regulares para as autoridades legais. Com isso, retomando o pensamento de Michel Foucault, esse evento só faz sentido quando desenvolvido no campo judiciário. O delegado de polícia, os promotores públicos e os juízes baseiam-se no discurso enunciativo do médico para tomar decisões sobre o ato criminoso do curandeiro e, assim, o argumento é uma tentativa de identificar ignorância e humildade como características principais produzidas no campo religioso, contrapondo-se à associação entre ignorância, curandeiro, comportamento de risco e habitualidade. Dessa forma, essa perspectiva preserva o que está na lei penal, na lei civil e nos códigos éticos da profissão médica, todos combinados conforme os

acontecimentos da vida cotidiana, e moldados segundo uma lógica de interesse nesse modelo de pensamento.

Dessa análise do poder médico do Brasil, aplicado às práticas curandeiras, ficou claro que o discurso médico-jurídico reflete também de modo negativo no campo da saúde, ao tender identificar as práticas em sua totalidade como inferiores e criminosas. A partir disso, se preconiza na ação criminosa do curandeirismo uma identidade que personifica a figura universal do ato curandeiro como ilícita. Nessa vista, parece insuficiente falar de prática médica no Brasil sem mencionar as relações de poder médico estabelecidas na forma ideológica e historicamente comprometida com o campo jurídico. Com isso, é possível notar que a tipificação do curandeirismo é um reflexo da falta de horizontalidade e superioridade do médico perante a sociedade, principalmente sobre as classes sociais mais baixas, e que, se o curandeirismo, mesmo sendo considerado como medicina tradicional (antiga), continua sendo praticado, é porque ainda está presente na vida social como alternativa à prática médica.

4 Curandeirismo e Saúde da Família

O Programa Saúde da Família (PSF) surge, no Brasil, como uma estratégia de reorientação do modelo assistencial a partir da Atenção Básica, em conformidade com os princípios do Sistema Único de Saúde, dentre eles a universalidade, a equidade e a integralidade. Assim, o PSF se apresenta como uma nova maneira de trabalhar a saúde, tendo a família como centro de atenção e não somente o indivíduo doente; introduzindo uma nova visão no processo de intervenção em saúde, na medida em que não espera a população chegar para ser atendida, pois age preventivamente sobre ela, a partir de um novo modelo de atenção. Esse modelo de saúde busca criar relações proativas com a comunidade de sua responsabilidade, favorece o estabelecimento mais efetivo do cuidado em saúde, pois, além de permitir identificar problemas e priorizar intervenções, cria vínculos contínuos com os assistidos, possibilitando individualizar suas necessidades e organizar processos particulares de cuidado, buscando otimizar o cuidado em todas as suas esferas.

4.1 Curandeirismo na Construção do Pensamento em Saúde

Sabe-se que, no território em que é instalada a estratégia de Saúde da família, é perceptível uma base de pensamento social muito bem instaurada. Três são os eixos centrais na construção de um pensamento em saúde: (1) “Considerar a população e as instituições

sociais como totalidades cujas características transcendem as dos indivíduos que as compõem” (p. 130). Neste sentido, as principais características analisadas são: reprodução social, classe social, produção econômica, cultura, etnia, gênero etc.; (2) Conferir “centralidade e tornar explícita a teoria em todo o processo de investigação ou de intervenção em torno de um problema” (p. 130); e (3) Abordar “a causalidade de forma mais complexa na qual as condições sociais e históricas são consideradas como determinantes estruturais, ou seja, que existem antes do problema analisado e sua compreensão permite especificar as dimensões do mesmo”. Assim, a formação cultural de um povo ou de uma comunidade é multifatorial e dificilmente é desarticulada.

Ao analisar comunidades mais distantes dos centros urbanos ou até mesmo as menos abastadas, vê-se a forte atuação da medicina popular, que se contrapõe à medicina acadêmica, que muitas vezes a desconhece e a desqualifica como supersticiosa e ignorante.

Outro aspecto da elitização da assistência médica, ao afirmar que, desde a Idade Média, ficava a assistência aos pobres em mãos de curandeiros e barbeiros, e os demais, quando as cidades os amparavam, podiam refugiar-se e morrer nos hospitais e hospícios organizados pela caridade municipal.

Por esse contexto histórico, percebe-se que a medicina popular é uma prática que resiste política e culturalmente à medicina acadêmica. Isto quer dizer que ela confronta seus conhecimentos, o seu arsenal de técnicas e a cultura que alicerça a medicina praticada pelos médicos – a medicina erudita. Diferente desta, a medicina popular é realizada em diferentes circunstâncias e espaços (em casa, em agências religiosas de cura) e por várias pessoas (pais, tios, avós), ou por profissionais populares de cura (benzedoras, médiuns, raizeiros, ervateiros, parteiras, curandeiros e, até mesmo, feiticeiros).

4.2 A Representação Social Simbólica do Curandeiro

Dentro da sociedade, um ponto importante que concerne essa temática é a representação social simbólica do curandeiro. Pois não basta o curandeiro se dizer curandeiro, ele tem de ser reconhecido na comunidade pela sua eficácia. Entre as práticas populares de curandeirismo, existem os bons e maus curandeiros que são ou não bem aceitos pela comunidade. Como afirma Laplantine, o curandeiro raramente possui um conhecimento, e sim um conjunto de habilidades que se enriquecem no decorrer de sua experiência, e, principalmente, exerce um poder fundamentado no reconhecimento de parte do grupo social.

Os principais motivos pelos quais a população local busca esses profissionais são: a busca por uma cura rápida para a enfermidade de foi acometida, visto que, muitas vezes, a medicina acadêmica se vale do progresso lento e gradual; a carência dessa comunidade, que busca um milagre feito por aquele indivíduo que já é conhecido e respeitado pela sociedade (o curandeiro); e o fator cultural e social. Esse último, por sua vez, é resultado da estagnação cultural sofrida por eles. Muitas vezes, a prática do curar é intrínseca ao histórico familiar há gerações, fazendo com que a quebra dessa realidade possa causar um possível desequilíbrio social.

Na Conferência de Alma-Ata, em 1978, essa prática de medicina popular, que pode ser denominada de curandeirismo, foi acreditada, tendo sido atribuída aos curandeiros uma maior credibilidade como agentes de mudança, não pelas comprovações científicas de suas intervenções, mas por estarem inseridos na comunidade e serem respeitados por suas ações.

4.3 Curandeirismo e sua Relação com a Medicina Científica

No contexto das relações entre a medicina científica e as práticas de curandeirismo, M. A. Loyola afirma que, como as práticas de curandeirismo e a medicina tradicional sobrevivem no mesmo espaço, caracterizam-se tanto pela complementaridade quanto pela oposição.

Para especialistas, os casos que a medicina acadêmica não consegue resolver, a medicina popular se coloca como sendo uma prática complementar e/ou alternativa na solução dos problemas; já a medicina acadêmica não reconhece a existência de outra medicina que não ela própria. As doenças podem ser de caráter material e espiritual, o que faz com que os tratamentos sejam distintos, determinando qual será o tipo procurado. As doenças materiais são aquelas que apresentam perturbações orgânicas cujas causas parecem evidentes e, principalmente, aquelas em que o doente apresenta sintomas considerados graves. Neste caso, eles são enviados ao médico; em caso contrário, são tratados com a farmacologia popular (Loyola, 1984, p. 63). Sob o ponto de vista das técnicas de cura, a doença espiritual é a que o médico desconhece e não compreende, e a que ele não cura.

Diante disso, conjectura-se que os curandeiros profissionais podem se tornar agentes muito capazes e dedicados para a atenção primária, principalmente para a estratégia de saúde da família, pois, ao trabalhar com os profissionais técnicos, aproveitam-se as boas tradições, já que tanto os meios de cura popular quanto os meios científicos têm vantagens e desvantagens. Para isso, os profissionais

podem ajudar a comunidade a saber identificar o que é benéfico e o que é maléfico para a sua saúde, redescobrimo, dentro de suas tradições, aquilo que realmente é aproveitável.

5 Curandeirismo e o Princípio da Intervenção Mínima

5.1 Sobre o Direito Penal

O Direito Penal rege um sistema de controle que garante a segurança e a estabilidade da sociedade, necessárias para sua harmonia. Tal controle é realizado a partir da sanção de condutas notadamente desestabilizadoras da paz social. A criação das normas penais e sua aplicação eficiente requerem uma ampla observação, por parte do legislador e do julgador, dos princípios gerais que coordenam o Direito e suas áreas, como o da intervenção mínima, que consiste no segundo princípio basilar do Direito Penal. Esse norteamento prega que as normas penais devem ser a última solução para os fatos sociais.

Posto o conceito, é importante pontuar as funções do Direito Penal, sendo a principal delas proteger os bens jurídico-penais imprescindíveis ao indivíduo e à coletividade. Ou seja, a função primeira dessa área do Direito é resguardar a convivência harmônica da sociedade por meio da coação estatal mais grave, a restrição da liberdade.

O Direito Penal tem por função tutelar os conflitos mais graves, daí o legislador usá-lo como última opção para a regência dos comportamentos sociais, utilizando-se da pena como meio de sanção.

Há também o entendimento de que o Direito Penal é definido como a divisão do ordenamento jurídico que detém o dever de selecionar as condutas humanas mais graves e prejudiciais à coletividade, aquelas com potencial de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, impondo-lhes, por conseguinte, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.

5.2 Intervenção Mínima

O Direito Penal, assim como todos os ramos do ordenamento jurídico, baseia-se em determinados princípios essenciais que direcionam a criação de normas pelo Legislativo, sempre levando em consideração os valores éticos e culturais de determinada sociedade, bem como o contexto histórico no qual ela está inserida. Logo, os princípios penais compõem a essencialidade da matéria penal, isto é, orientam a política legislativa criminal (interpretação e aplicação da

norma penal) e limitam o poder punitivo do Estado, assegurando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo.

De início, vale salientar o conceito de princípios. Os princípios gerais do direito são regras que se encontram na consciência dos povos e são universalmente aceitas, mesmo que não escritas. Tais regras, de caráter genérico, orientam a compreensão do sistema jurídico em sua aplicação e integração; estejam ou não incluídas no direito positivo, são normas e devem, pois, ser diretamente aplicadas.

Nessa mesma linha de raciocínio, os princípios na ciência jurídica são considerados como normas gerais abstratas, tendo por função nortear a criação do sistema normativo, sendo obrigatória a sua observância e o seu respeito. Portanto, os princípios funcionam como normas “com alto nível de generalidade e informadoras de todo o ordenamento jurídico”, servindo de proteção dos cidadãos contra as condutas estatais, pois “todas as normas lhe devem obediência, sob pena de serem declaradas inválidas”.

No que tange à atividade do Direito Penal, em função de suas consequências gravosas, ela deve restringir sua atuação à proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários à vida em sociedade. Nessa perspectiva, o legislador, ao elaborar as leis, deve atentar ao critério político, sendo que este é mutável e varia de acordo com a época em que vive a sociedade. Dessa forma, nasce um princípio limitador do poder punitivo do Estado, sendo este o princípio da intervenção mínima.

Esse princípio, também denominado princípio da subsidiariedade, estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa, pois as sanções penais revestem-se de tamanha gravidade, impondo as mais sérias restrições aos direitos fundamentais, como a liberdade. Portanto, conclui-se que a intervenção penal só ocorrerá quando for absolutamente necessária para a convivência harmoniosa e pacífica da sociedade, apresentando o caráter de *ultima ratio legis*.

Por fim, entende-se a importância e a necessidade desse princípio, na medida em que se observa que o princípio da legalidade limita o arbítrio judicial, porém não impede que o Estado crie tipos penais injustos que acarretem sanções cruéis e degradantes. Existe, a partir disso, a necessidade de limitar o arbítrio do legislador. Se existirem outras formas de sanção ou outros meios de controle social, a exemplo das medidas civis ou administrativas, que sejam suficientes para a tutela de certo bem jurídico, a criminalização de uma conduta potencialmente nociva é inadequada e não recomendável. Assim, o Direito Penal assume um caráter subsidiário, e sua inter-

venção só será justificável quando os demais ramos dos direito, ou formas de proteger o bem jurídico, fracassarem, pois a sanção penal provoca graves danos ao indivíduo, como a colocação dele à margem da sociedade e o surgimento, em torno dele, de preconceito, afetando, também, a dimensão psicológica.

5.3 Direito penal simbólico

É imprescindível salientar, mais uma vez, que o Direito Penal tem por característica a *ultima ratio*, isto é, deve ser o último recurso utilizado para por fim aos conflitos que afetem de forma grave os bens jurídicos mais relevantes para o homem, principalmente a vida e a liberdade. As consequências do Direito Penal são extremamente danosas, não só nos âmbitos econômico e psicológico, mas também no que diz respeito à afetação direta do *Jus Libertatis* do indivíduo, isto é, seu direito à liberdade. A despeito disso, no atual cenário jurídico-político, o Direito Penal vem sofrendo a perda da essencialidade de suas funções, tornando-se simbólico, vulgarizado e banalizado. Diante do clamor por soluções rápidas de uma sociedade que enfrenta problemas graves decorrentes da falta de educação, segurança, emprego e saúde, o legislador, baseando-se no senso comum, institui soluções consideradas inadequadas e ineficazes, como aumento de penas e tipificações de mais condutas.

O uso simbólico do Direito Penal não resolve o problema em si, mas, sim, proporciona, de forma irracional, a falsa ideia de solução e acaba por não permitir que outros campos do Direito ou áreas complementares a ele – à guisa de exemplo, a sociologia e a antropologia – atuem no cerne do problema. O princípio da intervenção mínima é tido como uma orientação político-criminal que restringe o *Jus Puniendi* do Estado, derivando da essência do Direito Penal e da concepção do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a hiperinflação legislativa vulgariza e desvirtua a real finalidade do Direito Penal, transformando-o em meras leis simbólicas que surgem apenas para atender ao clamor de uma população influenciada, principalmente, pelo sensacionalismo midiático, sem alcançar a eficácia do controle social.

Em observação final, cabe pontuar que essa tendência de uso desenfreado do Direito Penal pode ser observada em quaisquer governos ou épocas. Montesquieu já deplorava “esse número infinito de coisas que um legislador ordena ou proíbe, tornando os povos mais infelizes e nada mais razoáveis”.

5.4 Sobre o conflito entre a tipificação curandeirismo e a Intervenção Mínima

O Art. 284 alude à prática de curandeirismo como se verdadeiramente representasse uma infração grave à ordem histórico-social estabelecida. Restaria justificada a tipificação somente se a prática envolvesse fraude, engodo ou trapaça, com prejuízo para a sociedade. Entretanto, o título de norma incriminadora acaba por denominar curandeirismo a prática de curar ou de tentar alternativamente, sem o diploma de médico. Deve-se cominar a pena do Art. 284 a tantos quantos hajam realizado uma das três espécies do fato-tipo. Assim, configura-se o crime de curandeirismo, não importando a real intenção de curar, a boa-fé, a dimensão sociocultural do agente, a obtenção de cura e a idoneidade curativa da substância.

Todo conhecimento, ainda que científico, apesar de existirem regras, princípios, padrões, passa pelo viés da crença e da certeza indireta, no qual se depositam as expectativas antropológico-sociais dos modelos de conhecimento. Além disso, existe uma necessidade instintiva do ser humano de buscar caminhos e práticas alternativas para alcançar a sua cura.

Assim, nota-se que a tipificação do curandeirismo extrapola os limites e os ditames da intervenção mínima, além de confrontar a diversidade étnica e religiosa do Brasil, entrando, com isso, em choque com a liberdade de crença e com as práticas do conhecimento popular, e funcionando como um mecanismo opressor de condutas, muitas vezes, favoráveis ao enfrentamento do processo saúde-doença.

6 Considerações Finais

A cura por meio das crenças religiosas é um fato que tem acompanhado a humanidade desde tempos remotos, por meio da Medicina Tradicional, sendo, por vezes, a única alternativa de intervenção na erradicação de doenças e a única esperança de cura de povos.

Considerando a riqueza de crenças existentes em nosso país e o poder comprovado da fé no processo de cura, ignorar ou, até mesmo proibir essas práticas, nas quais se inclui o curandeirismo, seria uma grande perda para a população e para a Medicina do país.

Somado a este fato, sendo a liberdade religiosa um direito garantido à população pela Constituição Federal e considerando-se o princípio da intervenção mínima que norteia o Direito Penal – segundo o qual as normas penais devem ser a última solução para os fatos sociais –, tipificar o curandeirismo e outras práticas religiosas no processo de cura torna-se uma ação desnecessária e incabível,

acarretando prejuízos à população. Além disso, conclui-se que o exercício do poder de médicos – embasado juridicamente – e a ausência de horizontalidade na relação médico-paciente fomenta um discurso que, por não ser científico e acadêmico, inferioriza e deslegitima práticas de cuidado terapêuticas.

Portanto, pode-se afirmar que o presente artigo, que se baseou na revisão bibliográfica de diferentes fontes, é proveitoso no sentido de se conhecer a importância das práticas religiosas na Medicina, as leis e as relações de poder vinculadas a esses processos, valorizando ainda mais a eficácia de tais práticas na complementação dos processos de cura na Medicina.

Referências

1. Montero P. Da doença à desordem: a magia na umbanda. Rio de Janeiro: Edições Graal; 1985.
2. Souza LM. O diabo e a terra de Santa Cruz. São Paulo: Ed. Companhia das Letras; 1986.
3. Buarque de Holanda S. Botica da natureza. In Caminhos e fronteiras. Rio de Janeiro: J. Olympio; 1957. 1957.
4. Jesus DE. Código Penal Anotado. 17^a ed. atual. São Paulo: Saraiva; 2005.
5. Teraoka TMC. A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro [Tese]. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo: São Paulo; 2010.
6. Brasil. Constituição (1940). Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940 [Lei da Internet]. Código Penal [Acessado 05 mai. 2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.
7. Ferreira KL, Oufella JM. O direito à liberdade de crença e a prática dos procedimentos de saúde da doutrina espírita. Ponto de Vista Jurídico [Internet]. 2016 [Acessado 06 mai. 2018];5(1):88-104. <https://periodicos.uniarp.edu.br/juridico/article/view/936>
8. Silva MLR. O papel do direito na regulação da cura kardecista: A liberdade diante da tutela jurisdicional do Estado [dissertação]. Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de

9. Sales CMCF. A liberdade de crença e as questões atuais suscitadas a partir da constitucionalização desse direito no estado brasileiro. E-revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho (Santo Agostinho). 2015;5(2):13-22.

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

12. Bitencourt CR. Tratado de direito penal: parte geral 1. 15ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva; 2010.

13. Blackburn S. Dicionário Oxford de filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; 1997.

14. Bobbio N. Dicionário de política. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo; 2000.

15. Bordin, TM. O saber e o poder: a contribuição de Michel Foucault. Saberes (Natal) [Internet]. 2014 [Acessado 04 mai. 2018];1(10):225-235. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/saberes/article/view/5088/4925>.

16. Brasil. Constituição (1988) [Constituição na Internet]. Dispõem da íntegra da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [Acessado 05 mai. 2018]. Brasília; DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

17. Capez F. Curso de Direito Penal, vol 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 15ª ed. São Paulo: Saraiva; 2011.

18. Carneiro Junior N, Jesus CH, Crevelim MA. A Estratégia Saúde da Família para a Equidade de Acesso Dirigida à População em Situação de Rua em Grandes Centros Urbanos. Rev. Saúde Soc. (São Paulo) [Internet]. 2010 [Acessado 05 mai. 2018]; 19(3):709-716. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/sausoc/article/viewFile/29683/31555>.

19. Cunha ACFA. Crime de curandeirismo. Âmbito Jurídico (Rio Grande) [Internet]. 2011 [Acessado 05 mai. 2018];14(84). Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8929.

20. Damasceno RM. O Curandeirismo: o jurídico à luz do antropológico, do social e do (para) psicológico, numa desconstrução do discurso dogmático-penal em nome da adequação social. Feira de Santana: BA; 2003.
21. Ferla AA, Oliveira PTR, Lemos FCS. Medicina e hospital. *Fractal: Revista de Psicologia (Rio de Janeiro)* [Internet]. 2011 [Acessado 06 mai. 2018];23(3):487-500. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-02922011000300004.
22. Ferreirinha IMN, Raitz TR. As relações de poder em Michel Foucault: reflexões teóricas. *Revista de Administração Pública (Rio de Janeiro)* [Internet]. 2010 [Acessado 04 mai. 2018];2(44):367-383. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v44n2/08.pdf>.
23. Foucault M. *As Palavras e as Coisas: Uma arqueologia das ciências humanas*. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes; 1999.
24. Estefam A, Gonçalves VER. *Direito penal: parte geral*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva; 2012.
25. Greco R. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus; 2015.
26. Laplantine F, Rabeyron P. *Medicinas paralelas*. São Paulo: Brasiliense; 1989.
27. Loyola MA. *Médicos e curandeiros: conflito social e saúde*. Rio de Janeiro: Difel; 1984.
28. Nucci GS. *Manual de Direito Penal: parte geral : parte especial*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2013.
29. Nunes ED. O pensamento social em saúde na América Latina: revisitando Juan César García. *Cad. Saúde Pública* [Internet]. 2013 [Acessado 05 mai. 2018];29(9):1752-1762. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v29n9/a15v29n9.pdf>.
30. Prado LR, Carvalho ÉM, Carvalho GM. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2014.

31. Puttini RF. Faith healing and the field of healthcare in Brazil. *Interface - Comunic. Saúde, Educ.* [Internet]. 2008 [Acessado 06 mai. 2018]; 12(24): 87-106. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/icse/v12n24/07.pdf>.
32. Puttini RF. Curandeirismo, curandeirices, práticas e saberes terapêuticos: reflexões sobre o poder médico no Brasil. *Revista Direito Sanitário (São Paulo)* [Internet]. 2010 [Acessado 06 mai. 2018]; 11(3):32-49. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13221/15035>.
33. Rosa C, Câmara SG, Béria JU. Representações e intenção de uso da fitoterapia na atenção básica à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva (Rio de Janeiro)*. 2011;16(1):311-318.
34. Rosa WAG, Labate RC. Programa saúde da família: a construção de um novo modelo de assistência. *Revista Latino-americana de Enfermagem (São Paulo)* [Internet]. 2005 [Acessado 05 mai. 2018]; 13(6):1027-1034. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v13n6/v13n6a16.pdf>.

O Impacto do Especialismo Médico na Atenção Básica

ALINE MACHADO CARNEIRO¹

GUTEMBERG GOMES DA SILVA FILHO¹

MUSTAPHA MUHAMMED KANE¹

NATÁLIA FÉLIX CARVALHO¹

WENDERSENN PITTEPERSON DA SILVA IDEÃO¹

LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO²

EDUARDO SÉRGIO SOARES SOUSA³

¹Estudante do Curso de Medicina da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

²Professor Mestre do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

³Professor Titular do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

• Autor para correspondência

Lourenço de Miranda Freire Neto

lourencomiranda@gmail.com

Resumo

A especialização é uma tendência das ciências modernas, em um movimento que busca enfatizar a produção de conhecimentos singulares a determinadas áreas. Nesse sentido, a prática médica está seguindo modelos de acordo com a diversidade de competências e habilidades que surgem ao longo da história, refletindo as demandas das sociedades. Entretanto, além do aperfeiçoamento dos saberes e das técnicas, o especialismo médico remete a consequências negativas, como a perda da integralidade e da humanização do atendimento. **Objetivo:** apresentar as faces de atuação do médico generalista na Atenção Básica à Saúde diante do crescimento do especialismo profissional tendo como horizonte o processo de formação médica no Brasil e, comparativamente, em outros países, bem como a importância do clínico geral no atendimento amplo das necessidades da população. Serão abordadas ainda as características de alguns sistemas de saúde internacionais, a fim de revelar a estreita relação do valor atribuído ao médico generalista e o crescimento da resolutividade da Atenção Primária e o bem-estar dos indivíduos nos aspectos individuais e coletivos. **Metodologia:** Trata-se de um trabalho teórico-reflexivo elaborado a partir de revisão da literatura.

Fez-se pesquisa bibliográfica de artigos científicos, teses, dissertações e livros que tratam de conteúdos relacionados ao modo como o especialismo médico afeta a Atenção Básica de Saúde de um país. **Conclusão:** A partir disso, infere-se que há um choque entre esses aspectos e os princípios da Atenção Primária à Saúde (APS), uma vez que a atuação do profissional generalista se torna comprometida.

Palavras-chave: Medicina, Especialismo, Atenção Primária à Saúde, Sistema de saúde, Prática Clínica

Abstract

Specialization has been a trend of the modern sciences, a movement that seeks to emphasize the production of precise knowledge in specific areas. In this sense, the medical practice is following models in accordance with the diversity of skills and abilities that have emerged throughout history, reflecting the demands of societies. However, in addition to the improvement of know-how and techniques, medical specialization manifests negative consequences, such as the loss of integration and the humanization of care. Drawing from this, the inference can be made that there is a clash between these aspects and the principles of Primary Health Care (PHC), once the work of the general practitioner becomes compromised.

Keywords: Medicine, Specialization, Primary Health Care, Health system, Clinical Practice

1 Introdução

Os ensinamentos proferidos por Hipócrates (460 a 370 a.C) seguiam um viés holístico, ou seja, consideravam uma abordagem completa do corpo e os aspectos determinantes da situação apresentada. Esse aspecto era derivado da vivência cultural dos gregos, os quais, por não admirarem a técnica anatômica, privilegiavam um olhar atento ao corpo vivo e o estudo do cotidiano do indivíduo, como, por exemplo, saber da sua alimentação e das suas relações sociais. Nesse aspecto, a busca pela causa patológica era alicerçada por uma variante de fatores sociais, econômicos e individuais que norteavam esse achado.

Ao passo que as técnicas foram sendo aperfeiçoadas e os olhares dos profissionais da saúde foram delimitando os estudos dos sistemas fisiológicos humanos, a herança holística foi perdendo sua essência. A busca por uma capacitação específica torna-se a

base das especialidades médicas, reduzindo o campo de atuação do profissional. Embora a formação primária da medicina seja voltada para um saber amplificado do funcionamento normal e patológico do corpo humano, bem como dos aspectos que determinam essas condições, os novos movimentos acadêmicos seguem uma linha não generalista e de alta especificidade. Assim, a fragmentação do processo de tratamento e reabilitação impacta na reordenação da saúde e do bem-estar do paciente.

Criado ao final do século XX, o conceito de Atenção Primária à Saúde (APS) visava garantir o acesso à saúde para todos os cidadãos do mundo. Para que cada indivíduo fosse atendido devidamente, o profissional médico torna-se encarregado de entender cada paciente como um ser estruturado em processos culturais, sociais, políticos e psicológicos, e não somente como um ser acometido de determinada patologia. Com a atual formação médica voltada para uma alta especificidade e segregação das topografias corporais, tornou-se cada vez mais dificultoso reordenar a saúde do paciente, já que a especialização não garante a visão global que o médico deve ter sobre o enfermo e seu processo saúde-doença.

Segundo Barbara Starfield¹, estudiosa da Atenção Primária à Saúde, a APS é o primeiro contato da assistência continuada centrada na pessoa, de forma a satisfazer suas necessidades de saúde e, ainda, coordenar os cuidados quando as pessoas recebem assistência em outros níveis de atenção. A autora sugere ainda as seguintes características para as práticas da atenção primária: “primeiro contato, longitudinalidade, integralidade e coordenação”. Tais características estão presentes na Política Nacional de Atenção Básica, a qual é orientada pelos princípios da universalidade, da acessibilidade, do vínculo, da continuidade do cuidado, da integralidade da atenção, da responsabilização, da humanização, da equidade e da participação social. A partir disso, é fundamental entender o papel do médico generalista na atenção básica, a fim de tornar o acesso à saúde democrático e efetivo.

O objetivo geral desse artigo é, portanto, apresentar as faces de atuação do médico generalista na Atenção Básica à Saúde diante do crescimento do especialismo profissional. Para isso, tratará do processo de formação médica no Brasil e, comparativamente, em outros países, bem como da importância do clínico geral no atendimento amplo das necessidades da população. Também serão abordadas as características de alguns sistemas de saúde internacionais, a fim de revelar a estreita relação do valor atribuído ao médico generalista e o crescimento da resolutividade da Atenção Primária e o bem-estar dos indivíduos nos aspectos individuais e coletivos.

Como objetivo específico, esse artigo apresenta a discussão a respeito do impacto do especialismo médico nos sistemas de saúde. Destarte, haverá menção à importância do médico generalista na atenção primária.

Trata-se de um trabalho teórico-reflexivo elaborado a partir de revisão da literatura. Fez-se pesquisa bibliográfica de artigos científicos, teses, dissertações e livros que tratam de conteúdos relacionados ao modo como o especialismo médico afeta a Atenção Básica de Saúde de um país.

2 O Impacto do Especialismo Médico na Atenção Básica

2.1 Análise Comparativa dos Sistemas de Saúde Mundiais

O sistema de saúde de um país revela o grau de eficácia das ações destinadas ao bem-estar da população, bem como o desenvolvimento de políticas econômicas e sociais sustentáveis¹. Dessa maneira, à medida que os anseios sociais podem ser atendidos através da oferta de bons serviços de assistência a ligação com estratégias políticas cresce e requer participação mútua.

A história do desenvolvimento do Sistema Único de Saúde (SUS) está atrelada à luta civil por um acesso legal as ferramentas de cuidado, sendo um dever do Estado provê-las². Assim, o período de criação do novo sistema, em 1988, coincidiu com o processo de redemocratização e abriu portas para a utilização de redes complementares e hierarquizadas com a premissa de um uso universal, equânime e integral. Para isso, foi estabelecido que a entrada no sistema, seguindo uma linha de cuidado lógica e segura, seria por meio das Unidades Básicas de Saúde (UBS), colocando como ponto de partida o trabalho territorial, multidisciplinar e assistencial a fim de ampliar o entendimento dos agravos dos indivíduos e suas relações com os hábitos de vida e aspectos culturais da comunidade.

A formação das diretrizes do SUS foi influenciada pelas bases do National Health Service (NHS) da Inglaterra, com a contribuição da ideia de acesso irrestrito, gratuidade e uso da arrecadação tributária para custear os serviços³. Nesse contexto, é válido observar que os princípios são semelhantes, porém a forma de atuação médica, as condições das ações ofertadas e o seguimento nas instâncias subsequentes apresentam divergências.

Criado em 1948, em meio às ondas de pressão popular devido ao progresso dos Direitos Humanos, o NHS é o mais antigo sistema universal de saúde. Ao longo do tempo sofreu algumas modificações, no entanto, mantém como prioridade a atenção primária (Primary

Care Trust – PCT), onde é aplicado cerca de 70% do orçamento em saúde. No início, durante os primeiros passos para a firmação do NHS os médicos não renderam apoio suficiente, pois a iniciativa privada era forte e havia temor de uma possível perda de autonomia³. Em 2012, esse sistema era o quinto maior empregador do mundo⁴ e atualmente realiza capacitação e complementação das atividades médicas com ações em gestão dos fundos públicos.

Além disso, o modelo inglês de saúde valoriza a formação generalista dos médicos, conhecidos como *family doctor* ou *hausarzt*, e prioriza esse atendimento na rede primária. O contato inicial com esse tipo de profissional é considerado o nível mais alto da hierarquia dos atendimentos, uma vez que é preciso avaliar amplamente o paciente para reconhecer suas necessidades de transferência para médicos especialistas. A ação dos clínicos gerais nessa situação não está limitada ao processo curativo, pois são desenvolvidas atividades de visita, intervenções preventivas e de promoção a saúde⁵. Desse modo, quando o generalista tem papel de *gatekeeper*, ou seja, funciona independente das especialidades e é passagem obrigatória do sistema, as demandas diárias podem ser solucionadas de forma segura e econômica.

No Brasil, a formação dos profissionais da saúde precisa acompanhar as estratégias de cuidado e acompanhamento dos indivíduos isoladamente e em comunidade. Em meio a esta premissa, aparece o conceito de Quadrilátero da Formação que, segundo Ricardo Burg Ceccim e Laura C. M. Feuerwerker⁶:

Articula os segmentos da formação, da atenção, da gestão e do controle social em saúde na proposição de dignificar as características locais, valorizar as capacidades instaladas, desenvolver as potencialidades existentes em cada realidade, estabelecer a aprendizagem significativa e crítica, bem como produzir sentidos, autoanálise e gestão.

Durante a graduação e no mercado de trabalho, o título de generalista é pouco reconhecido, pois o constante crescimento das especialidades médicas provoca desvio e fragmentação da organização assistencial. Logo, a subjetividade típica da relação médico-paciente perde o foco e os conhecimentos especializados avançam nos programas de ensino, favorecendo a assertividade puramente técnica e científica⁵. Assim, a aplicação das práticas na Atenção Primária fica adornada por inúmeros encaminhamentos e solicitações de exames, muitas vezes não necessários imediatamente ou desnecessários.

No Sistema de Seguridade Social francês, existe uma coexistência do setor público e privado. A Divisão de Economia Médica

(DEM) é um encargo dos médicos e engloba ações do hospital onde trabalham e funciona realizando estudos, coletando dados e indicando a contabilidade do setor⁷. O número de leitos nos hospitais públicos era maior que nos hospitais privados, representando 65% do total de acomodações em 2000. No período entre 1991 e 1998, grande parte dos leitos hospitalares foi subtraída, apresentando uma redução no número de internações e na extensão das filas de espera, e razão da preferência pelo sistema de atendimento domiciliar⁸. O cidadão francês, desde 2005, tem como garantia, de acordo com Dr. Paulo Antônio de Carvalho Fortes, que:

Todo segurado maior de 16 anos deve escolher um médico de referência, inclusive para orientá-lo a consultas em outras especialidades e à realização de exames complementares [...] E, se consultar um especialista sem passar pelo médico de referência, deverá arcar com os custos adicionais das consultas, que não serão reembolsadas. Exceção se faz para situações caracterizadas como de urgência e para o atendimento ginecológico com objetivo de contracepção, exames ginecológicos periódicos, consultas pediátricas, psiquiátricas e oftalmológicas para prescrição de óculos ou pesquisa de glaucoma.⁸

Nos Estados Unidos da América, a disponibilidade de consultas e tratamentos médicos segue a lógica de livre mercado, pois é centrada nos seguros de saúde, seguindo a proporção entre o preço pago e as ações ofertadas. A população que não pode arcar com as despesas de um financiamento recebe o apoio de clínicas comunitárias, que atendem o primeiro e o segundo nível de atenção⁹. O Conselho Geral de Médicos (CMAA) emitiu uma presunção a respeito da demanda do mercado de trabalho que prevê uma mudança radical no cenário médico até 2025, com aumento da cobertura sanitária e da produtividade¹⁰.

Tradicionalmente, o exercício da medicina é considerado um pilar fundamental para a manutenção do bem-estar do povo canadense. Nessa condição, a evolução da qualidade da saúde no país está fortemente atrelada à garantia de médicos nos serviços públicos, envolvidos com a medicina preventiva, a redução das taxas de mortalidade infantil, a atuação para diminuir o tempo de internação de doentes crônicos e o controle de doenças infecciosas e parasitárias, de acordo com o relatório *Teams in Action: Primary Health Care Teams for Canadians*¹¹. A relação das famílias com os médicos é, geralmente, bem satisfatória. Nessa perspectiva, grande parte dos recursos públicos para saúde é destinado aos cuidados médico-hospitalares¹².

Os cidadãos japoneses contam com a possibilidade de escolher qual cuidado querem receber, se é na atenção primária ou na secundária. De certa forma, isso contribui para a procura exagerada por especialidades médicas, inclusive em casos com boa resolutividade através das estratégias do médico generalista. Ademais, a taxa de visitas ao médico por ano é elevada, bem como o tempo mais duradouro de permanência em um leito hospitalar¹³.

2.2 Aspectos curriculares da formação médica

Um dos papéis fundamentais da Universidade é o de garantir um ambiente gerador de conhecimento e formar e capacitar pessoas para suprir as necessidades da sociedade em que está inserida. Entretanto, é sabido que a Universidade não tem cumprido este papel, majoritariamente por viver isolada da sociedade (à qual deveria servir) e também por sua pouca capacidade de renovação. "Possuindo três instâncias fundamentais: assistência, ensino e investigação, as universidades privilegiam apenas o aparelho formador de recursos humanos [...] abandonando a sua dimensão crítica e reflexiva".

Esta disparidade de prioridades interfere na formação atual dos estudantes de medicina, acarretando graves consequências tanto nos aspectos ético e de padrão assistencial. Sabe-se que esta crise não é setorial, nem exclusivamente brasileira. Ela insere-se num quadro mais amplo de transformação do modelo médico que se afasta da formação humanista e dos princípios liberais e que ainda não se encontrou com as novas demandas, estando distante de propor um novo paradigma. A primazia não voluntária e muitas vezes inconsciente da valorização da formação técnica, com o uso abusivo de tecnologia sofisticada de custos individuais e coletivos elevados, substitui a escuta e a ausculta do paciente por um modelo mecanicista, que facilita a frieza e o distanciamento na relação médico-paciente, desprezando-se o envolvimento ou a responsabilidade de ambos, o que gera insatisfações para médicos e pacientes. Por outro lado, a especialização precoce, abandonando a formação geral, afasta o médico de uma abordagem integral do paciente.

A disseminação dos saberes técnico-científicos combinada com a força e difusão dos ideais individualista e mercantilista da mentalidade elitista da classe médica brasileira corroboram a transformação dos cursos de graduação de medicina em verdadeiros preparatórios para as residências e especializações médicas. O que afasta esses profissionais de sua função social, além de torná-los comprometidos com a sociedade capitalista, seja pela busca do ganho pessoal ou pela ma-

nutrição do poder das grandes corporações de equipamentos médico-hospitalares e da indústria de medicamentos.

Por isso, é fundamental que se desenvolvam estratégias no processo de formação de recursos humanos, e também senso crítico e humanização, desde o ciclo básico, que coloquem os estudantes em contato direto com a prática assistencial, permitindo uma aprendizagem participativa e prática, envolvendo-os emocionalmente pela reflexão e crítica, além de fazê-los compreender cada indivíduo como um todo, não apenas como um processo patológico pontual.

Já há algum tempo vem-se fazendo necessário contrapor-se à formação do médico com especialização precoce, focada no diagnóstico técnico-dependente. Do outro lado do embate está uma prática com ênfase voltada à humanização do profissional, tornando-o mais atento às necessidades dos usuários e preocupado em dar resolutividade ao encontro do profissional com a clientela. Clientela esta que vai muito além do processo saúde-doença, mas que carrega fatores sociais, culturais e psicológicos a serem levados em consideração para que se tenha a resolutividade almejada.

Nesse contexto, em 1978, na Conferência de Alma-Ata, idealizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pelo Fundo das Nações Unidas pela Infância (Unicef), foi estabelecido o conceito de Atenção Primária à Saúde, que visa universalizar o acesso à saúde e diminuir o avanço do modelo tecnicista e de superespecialização médica. No Brasil, esse movimento é evidenciado no Programa Saúde da Família que integraliza os níveis de saúde, fortalece o SUS, e torna necessária a formação de médicos generalistas que atendam e compreendam o indivíduo de maneira integral e humanizada. Em 2001, as Diretrizes Curriculares Nacionais foram instaladas para que os estudantes de medicina atendessem aos princípios do SUS. Assim, objetiva-se a formação generalista dos profissionais egressos, atentando para uma visão mais humanista do exercício da medicina.

“A moderna medicina científica tem enfatizado excessivamente a abordagem reducionista e desenvolveu suas disciplinas especializadas a um ponto tal que os médicos, com frequência, já não são capazes de ver a enfermidade como uma perturbação do organismo todo, nem a tratá-la como tal”. Nesse contexto, quando o estudante está inserido na assistência, pretende-se proporcionar a ele uma observação prática de outros valores, culturas, atitudes e expectativas, oferecendo elementos de correção ao modelo de especialização. A análise da simplicidade das principais queixas dos pacientes permitiria aos alunos perceber que um modelo de médico generalista, competente, resolutivo e focado no indivíduo, pode ser uma alternativa viável, econômica e eficaz à especialização precoce. Nes-

sa proposta, percebe-se que os generalistas são profissionais que contemplam ações de prevenção, promoção, proteção e reabilitação da saúde, considerando o indivíduo como um ser biopsicossocial, personalizando a relação médico-paciente. Em sua atuação, devem fazer uso racional das tecnologias, levando em consideração o custo-benefício, e ter capacidade de liderança e interdisciplinaridade.

Quando se contesta o denominado "modelo biomédico", há que se concordar com Capra, que tece a seguinte crítica: "os testes de laboratório e a medição de parâmetros físicos na sala de exames são geralmente considerados mais importantes para o diagnóstico do que a avaliação do estado emocional, da história familiar ou da situação social do paciente". A partir de uma inserção antecipada na prática médica e colocando os estudantes na perspectiva do paciente, é possível que haja uma mudança interna nos valores dos estudantes, conferindo-lhes um aporte de saber prático e geral para que reajam ao atual modelo tecnicista.

O aluno, colocado como observador da trajetória de um paciente dentro de um hospital, é capaz de realizar uma reflexão crítica sobre os direitos dos usuários, do cidadão e das ações dos profissionais para com eles. Para um aluno do curso de medicina vir a desempenhar o papel de médico, além da formação pessoal contínua em todos os ciclos sociais em que é inserido, é necessário ainda um treinamento técnico, o qual não deve ser restrito à transmissão passiva de informações e ao adestramento e alienação na manipulação do "complexo médico-técnico-industrial". Esse treinamento técnico deve ser ampliado, incluindo atividades que possibilitem ao estudante de medicina o exercício ativo da observação, da reflexão, da crítica, e do pensamento, ferramentas intelectuais que, como profissional, ele usará como instrumentos básicos em seu trabalho clínico, a cada diagnóstico e a cada intervenção terapêutica.

Para além da formação geral, é importante atentar para as residências médicas, sobretudo ao manejo das vagas, com redução ou manutenção da disponibilidade para áreas superespecializadas de limitada abrangência social e aumento da base da assistência primária à saúde com programas voltados para a formação de clínicos gerais e médicos da família e comunidade (especialidade com maior dificuldade de contratação pelos gestores municipais, em virtude da falta de oferta de formação em áreas voltadas para a Atenção Básica). Assim, serão formados profissionais capazes de atender o preceito constitucional de acesso à saúde.

Entretanto, tanto o estudante como o médico já formado têm a mesma opinião sobre a carreira como médico generalista. Um estudo feito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), publica-

do em 2014, revela que estudantes e profissionais compreendem a importância da formação generalista, mas que ainda assim almejam a especialização, alegando falta de reconhecimento, baixa remuneração e ausência de um plano de carreira na área de medicina geral ou medicina da família. Para o médico que entra no setor primário, há um problema de quebra de expectativas, pelos problemas de remuneração, carreira e falta de prestígio, mas também há problemas do ponto de vista do empregador deste profissional na APS, que nota a falta de preparo do profissional para atender corretamente às demandas da população assistida, já que a Universidade não lhe dá o aporte prático ou formação humanitária necessários para que ele o faça adequadamente.

2.3 Importância do Médico Generalista na Atenção Básica

2.3.1 Atenção Primária à Saúde

Segundo o conceito criado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1978 na Conferência de Alma Ata, a Atenção Primária à Saúde (APS) é definida como:

Atenção essencial à saúde baseada em tecnologia e métodos práticos, cientificamente comprovados e socialmente aceitáveis, tornados universalmente acessíveis a indivíduos e famílias na comunidade por meios aceitáveis para eles e a um custo que tanto a comunidade como o país possam arcar em cada estágio de seu desenvolvimento, um espírito de autoconfiança e autodeterminação. É parte integral do sistema de saúde do país, do qual é função central, sendo o enfoque principal do desenvolvimento social e econômico global da comunidade. É o primeiro nível de contato dos indivíduos, da família e da comunidade com o sistema nacional de saúde, levando a atenção à saúde o mais próximo possível do local onde as pessoas vivem e trabalham, constituindo o primeiro elemento de um processo de atenção continuada à saúde.

Nota-se com base no conceito da OMS que a Atenção Primária é a porta de entrada para os serviços de saúde, ou seja, é o primeiro local procurado pela população para atender suas necessidades e resolver seus problemas de saúde. A atenção primária aborda os problemas mais comuns da comunidade, oferecendo serviços de prevenção, cura e reabilitação para maximizar a saúde e o bem-es-

tar. É aquele nível de um sistema de serviço de saúde que dá atenção à pessoa (não direcionada para a enfermidade) ao longo do tempo. Ela integra todos os problemas de saúde do paciente e atua de acordo com o contexto no qual a doença existe, influenciando na resposta da pessoa a seus problemas de saúde. Além disso, é ela que forma a base e determina o trabalho de todos os outros níveis do sistema de saúde, na medida em que organiza e racionaliza o uso de todos os recursos direcionados para promoção, manutenção e melhora da saúde. Diferentemente da atenção secundária, que é de curta duração, e da atenção terciária, que lida com a enfermidade no longo prazo, a atenção primária lida com os problemas mais comuns e menos definidos, apresentados normalmente em unidades comunitárias, como a Unidade Básica de Saúde da Família (UBSF), exemplo do Brasil. Não só isso, mas também o paciente tem acesso direto a um serviço de saúde que é contínuo ao longo do tempo.

Além disso, quando se compara a atenção primária à medicina superespecializada, a primeira requer um menor uso tanto de capital quanto de trabalho, e é menos hierárquica em sua organização. Portanto, ela passa a ser mais adaptável e capaz de responder às necessidades de saúde da população. Nos últimos anos a APS tem ganhado bastante destaque no discurso sobre o modelo de assistência à saúde em diversos países, inclusive no Brasil, pois a APS tentou dar respostas às necessidades de saúde e às expectativas sociais. Em 21 de outubro de 2011, por meio do texto que compõe a Portaria nº 2.488/GM, que instituiu a Política Nacional de Atenção Básica, a Atenção Básica foi assim caracterizada:

[...] um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, redução de danos e a manutenção da saúde com o objetivo de desenvolver uma atenção integral que impacte na situação de saúde e autonomia das pessoas e nos determinantes e condicionantes de saúde das coletividades. É desenvolvida por meio do exercício de práticas de cuidado e gestão, democráticas e participativas, sob forma de trabalho em equipe, dirigidas a populações de territórios definidos, pelas quais assume a responsabilidade sanitária, considerando a dinamicidade existente no território em que vivem essas populações. Utiliza tecnologias de cuidado complexas e variadas que devem auxiliar no manejo das demandas e necessidades de saúde de maior frequência e relevância em seu território, observando critérios de risco, vulnerabilidade, resiliência e o imperativo

ético de que toda demanda, necessidade de saúde ou sofrimento devem ser acolhidos. É desenvolvida com o mais alto grau de descentralização e capilaridade, próxima da vida das pessoas. Deve ser o contato preferencial dos usuários, a principal porta de entrada e centro de comunicação da Rede de Atenção à Saúde. Orienta-se pelos princípios da universalidade, da acessibilidade, do vínculo, da continuidade do cuidado, da integralidade da atenção, da responsabilização, da humanização, da equidade e da participação social. A Atenção Básica considera o sujeito em sua singularidade e inserção sociocultural, buscando produzir a atenção integral. A Política Nacional de Atenção Básica tem na Saúde da Família sua estratégia prioritária para expansão e consolidação da atenção básica.

Observa-se, com isso, que a Atenção Básica tem papel importantíssimo na qualidade do serviço de saúde prestado em um país à população. A partir dessa perspectiva, torna-se relevante analisar a atuação do médico generalista na saúde e as consequências trazidas pela sua presença ou ausência na Atenção Primária.

2.3.2 O Médico Generalista e sua Atuação

Quem é o médico generalista? Trata-se de um médico cuja área de atuação é a atenção primária à saúde, responsável pela realização do cuidado de saúde da família, ele é a porta de entrada para o sistema de saúde, o ator primário na promoção, prevenção ou recuperação de saúde. O clínico geral tem o benefício de estar imerso em um ambiente extra-hospitalar e tendo influência direta no ambiente em que seus pacientes habitam.

A saúde, como fenômeno social, requer intervenção política. O médico não pode ficar sozinho na periferia das doenças. Nesse sentido, ele precisa poder atuar sobre o indivíduo e ampliar sua capacidade de intervenção no meio ambiente. O médico generalista tem uma posição privilegiada de inserção na comunidade, podendo ir além do ato de curar, considerando fatores externos que influenciam muito no processo saúde-doença. Sendo esses fatores as condições socioeconômicas, culturais e políticas que podem afligir o paciente, não é uma grande observação afirmar que as condições socioeconômicas podem percorrer um longo caminho para determinar a demografia de uma doença.

Considera-se que o médico generalista é uma personificação dos princípios e um elemento primordial para atingir os objetivos da atenção primária à saúde. A aplicação dos princípios fundamentais –

Primeiro contato, Integralidade, Longitudinalidade, Coordenação e Enfoque na família e a comunidade – está, por conseguinte, dentro da jurisdição do médico generalista e a junção de todos estes princípios no cuidado é imperativa para o exercício ideal de sua profissão. O médico generalista é vital para a funcionalidade de qualquer unidade de atenção primária à saúde e sua importância não pode ser subestimada. Um dos efeitos de ter um médico de clínica geral é a redução dos custos de saúde e do ônus que é colocado na atenção secundária à saúde, dado que se constatou que mais de 80% de todas as preocupações com a saúde da população em geral podem ser atendidas no nível básico de assistência, sem qualquer necessidade de encaminhamento para um hospital ou especialista, que podem se concentrar nos problemas de saúde realmente desafiadores e que requerem uma atenção mais específica e mais delicada.

A atenção médica eficaz não está limitada ao tratamento da enfermidade em si; deve considerar o contexto no qual a doença ocorre e no qual o paciente vive. Um papel importante e fundamental do médico generalista é que ele tem uma visão mais ampla e aprofundada do perfil de saúde de seus pacientes, possui o privilégio e a responsabilidade de considerar os múltiplos fatores que afetam a saúde de seus pacientes, considerando aspectos socioeconômicos, socioculturais e estilo de vida, estes fatores são realmente decisivos na saúde geral de qualquer comunidade e a consideração deles. O clínico geral pode prover um cuidado mais holístico, focalizado na pessoa e em seu bem-estar geral, essa é uma grande vantagem de ter médicos generalistas, porque essa é uma função que os especialistas simplesmente não podem desempenhar, pois embora possuam conhecimentos mais profundos em áreas individuais, eles não têm a visão geral necessária.

Ao longo dos anos, as doenças crônicas não transmissíveis superaram as doenças infecciosas como a causa número um de morbidade, incapacidade e mortalidade. A prevenção não tem sido tão eficaz quando as causas profundas da maioria das doenças crônicas residem em setores como, principalmente, as indústrias de tabaco, alimentos, bebidas e álcool, com orçamentos de propaganda gigantescos. O aumento de doenças crônicas onerosas e sempre exigentes aumentou a necessidade de cuidados de saúde primários e prevenção, o balanço agora está firmemente na direção da atenção primária integrada, abrangente e centrada nas pessoas. Como os profissionais de saúde hoje reconhecem, essas doenças não podem ser prevenidas ou gerenciadas na ausência de uma infraestrutura de atenção primária forte na qual o clínico geral atua como base.

A promoção da saúde e prevenção está inteiramente dentro

do domínio do médico generalista e estas atividades percorrem um longo caminho para melhorar o bem-estar geral de qualquer população, uma vez que o médico generalista, dada sua inserção local, está melhor colocado para estudar as dinâmicas comunitárias e entender as principais resoluções a serem tomadas para que se tenha um sistema de atenção primária à saúde eficaz. De outra parte, o médico generalista funciona como um elo entre o paciente e a atenção secundária, pois é fácil para os pacientes se perderem no sistema de saúde e acabarem indo de um médico para outro cuja atenção se concentra nos processos individuais dos problemas de saúde sem qualquer abordagem integrada.

Um dos princípios da atenção primária em saúde é a longitudinalidade, que envolve o acompanhamento de um paciente durante toda a sua inserção no sistema de saúde, desde a entrada até o momento em que o cuidado não é mais necessário. É ele quem o paciente procura quando surgem dúvidas, ele é o melhor situado para decidir com o paciente os passos a dar, administrando a totalidade da saúde em todas as suas múltiplas dimensões. O médico generalista permanece o guardião de toda a pessoa, assegurando que, por exemplo, tratamentos ordenados por diferentes médicos não resultem em interações medicamentosas perigosas e que as contraindicações sejam respeitadas. Modelos especializados de assistência médica não são uma abordagem ideal para o manejo de populações em envelhecimento, pois a longitudinalidade lhe permite cultivar relacionamentos de longo prazo com os pacientes, posicionando-os para ajudar as pessoas a envelhecer com boa saúde, a permanecer socialmente engajados e a encontrar a combinação certa de atendimento especializado quando necessário.

3 Considerações Finais

O especialismo médico propõe uma visão singular da medicina, centrada na obtenção de conhecimentos restritos a determinadas topografias anatomofisiológicas. Essa estratégia de cuidado reflete uma tendência técnico-científica que se expandiu durante os séculos XX e XXI, sobretudo após a efetivação do Relatório Flexner.

O papel das universidades e faculdades de medicina é proporcionar um ambiente de questionamento e de formação de recursos humanos com o intuito de responder as demandas da sociedade. Contudo, sabe-se que essas instituições não têm cumprindo sua função social, na medida em que privilegiam apenas a formação

técnica, abandonando o desenvolvimento e estímulo à crítica e à reflexão. Esse enfoque na formação, a incorporação de novas tecnologias e a especialização precoce acarreta graves prejuízos no aspecto ético, no padrão assistencial – perda da integralidade – e, portanto, para o direito à saúde.

A tradição curricular do curso de medicina nas escolas brasileiras é, historicamente, caracterizada pelo enfoque mecanicista e pelo especialismo curativista, em que o ser humano é tratado como um organismo fragmentado e o diagnóstico é técnico-dependente. Todavia, a partir de uma inserção antecipada na prática médica e colocando os estudantes na perspectiva do paciente, é possível que haja uma mudança interna nos valores dos estudantes, conferindo-lhes um aporte de saber prático e geral para que reajam ao atual modelo tecnicista.

A escolha das diretrizes que compõem os sistemas de saúde mundiais expressa a visão de cada sociedade a respeito da qualificação médica e da sua atuação. Infere-se também que os resultados de abrangência, da capacidade resolutiva e da economia em saúde são mais positivos em países que adotam a ação inicial do médico de família na Atenção Básica. Logo, nos modelos organizacionais em que o acesso ao especialista ocorre sem um controle primário, como nos EUA, os índices de rendimento das ações ofertadas pouco reflete a real situação do indivíduo em recuperação. No entanto, as normas de saúde brasileiras que concentram na Atenção Básica a garantia de um acompanhamento territorial aliado a avaliação de sinais e sintomas revelam um bom aporte de estratégias de desenvolvimento e de formulação de novas perspectivas. Portanto, considera-se que o artigo realizado, com base na revisão bibliográfica de diferentes fontes, contribui para um melhor entendimento sobre como os modelos escolhidos de serviço de saúde influenciam na qualidade da saúde de uma sociedade.

Referências

1. Organização Mundial de Saúde. Relatório Mundial da Saúde: Financiamento dos sistemas de saúde: O caminho para uma cobertura universal. OMS; 2010 [Acessado 11 abr. 2018]. Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/publications/WHR2010.pdf>
2. Paim J, Travassos C, Almeida C, Bahia L, Macinko J. O sistema de saúde brasileiro: História, avanços e desafios. (Série Brasil) [Internet]. 2011 [Acessado 11 abr. 2018]; 11-31. Disponível em: <http://download.thelancet.com/flatcontentassets/pdfs/brazil/brazilpor1.pdf>.

3. Amorim MCS, Perillo E. O sistema de saúde da Inglaterra. *Rev. Fac. Ciênc. Méd. (Sorocaba)* [Internet]. 2014 [Acessado 17 abr. 2018];16(1):53-54. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/RFCMS/article/viewFile/18604/pdf>
4. BBC News [homepage da Internet]. Alexander R. Which is the world's biggest employer? [Acessado 18 abr. 2018]. Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/news/magazine-17429786>.
5. Giovanella L. A atenção primária à saúde nos países da União Europeia: configurações e reformas organizacionais na década de 1990. *Cad. Saúde Pública* [Internet]. 2006 [Acessado 11 abr. 2018]; 22(5):951-963. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2006000500008&script=sci_abstract&lng=pt.
6. Ceccim RB, Feuerwerker LCM. O quadrilátero da formação para a área da saúde: Ensino, Gestão, Atenção e Controle Social. *Physis: Rev. Saúde Coletiva (Rio de Janeiro)* [Internet]. 2004 [Acessado 11 abr. 2018]; 14(1):46-65. Disponível em: www.scielo.br/pdf/00D/physis/v14n1/v14n1a04.pdf
7. Serré M. De l'économemédicale à l'économie de lasanté: Genèse d'une discipline scientifique et transformations de l'action publique. *Actes de la recherche en sciences sociales*. 2002 [Acessado 18 abr. 2018]; 143(3): 68-79. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-actes-de-la-recherche-en-sciences-sociales-2002-3-p-68.htm>.
8. Fontes PAC. O setor de saúde francês, público e privado, no atendimento da população e no exercício da Medicina. *Rev. Ser Médico* [Internet]. 2009 [Acessado 18 abr. 2018]; 47:28. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=417>
9. Iriart C. El sistema de salud de los Estados Unidos: Mitos y realidades (Parte 1). *Rev. Rede Unida* [Internet]. 2016 [Acessado 17 abr. 2018]; 2(1): 07-21. Disponível em: http://revista.redeunida.org.br/ojs/index.php/rede-unida/article/view/665/pdf_26
11. Health Council of Canada. Teams in action: Primary health care teams for Canadians. Toronto: Health Council; 2009 [Acessado 05 mai. 2018]. Disponível em: https://healthcouncilcanada.ca/files/2.42-teamsinaction_1.pdf

12. Valcárcel BGL, Pérez PB, Vega RS. Oferta, demanda e necessidade de médicos especialistas no Brasil: Projeções para 2020 [estudo]. Equipo Economía de la Salud, Las Palmas: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria; 2011 [Acessado 17 abr. 2018]. Disponível em: www.sbmfc.org.br/media/file/texto24.pdf

13. Britnel M. In Search of the Perfect Health System. Reino Unido: Palgrave; 2015.

15. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria GM n.2.488, de 21 de outubro de 2011 [Portaria na Internet]. Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS) [Acessado 20 abr. 2018]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saude-legis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html.

16. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo [homepage na Internet]. Demografia Médica 2018 [Acessado 06 mai. 2018]. Disponível em: www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=4941

17. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo [Homepage da Internet]. Juramento de Hipócrates [Acessado 06 mai. 2018]. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>

18. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Parecer consulta nº1697/11 [Parecer na Internet]. Cabe ao médico que presta assistência ao Programa Saúde da Família a assistência integral à sua população, sendo dela o médico pessoal e de referência. Para tal, cabe ao mesmo a assistência ao pré-natal em todas as suas etapas, salvo quando, por diagnóstico qualquer referido na literatura médica, deva ser referido para um especialista obstetra pela condição de pré-natal de alto risco [Acessado 06 mai. 2018]. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=10240&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%3o%20Paulo&numero=1697&situacao=&data=30-08-2011>

19. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Resolução CFM Nº 1.931, de 17 setembro de 2009 [Resolução na Internet]. Dispõem da aprovação do Código de Ética Médica [Acessado 06 mai. 2018]. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteA->

cao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=8822&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1931&sit%20uacao=VIGENTE&data=17-09-2009

20. Noronha Filho G, Resende JB, Lemme AC, Ney Júnior G, Frossard A. Formação médica e integração de atividades docentes e assistenciais. Rev. Saúde Pública [Internet]. 1995 [Acessado 06 mai. 2018]; 29(3):215-220. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89101995000300009&script=sci_abstract&tlng=pt.

21. Lavras C. Atenção Primária à Saúde e a Organização de Redes Regionais de Atenção à Saúde no Brasil. Saúde Soc. (São Paulo) [Internet]. 2011 [Acessado 20 abr. 2018]; 20(4):867-874 Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v20n4/05.pdf>

22. JM Rezende [Homepage da Internet]. História da Medicina: Trajetória da Clínica Médica e suas perspectivas [Acessado 06 mai. 2018]. Disponível em: <http://www.jmrezende.com.br/clinicamedica.htm>

23. Chehuen Neto JA, Sirimarco MT, Cândido TC, Ulhoa CM, Reis BP, Lima VM. Formação médica generalista: percepção do profissional e do estudante. HU Revista (Juiz de Fora). 2014;40(1 e 2):13-23.

24. Universidade Federal de Minas Gerais. Avaliação nacional da demanda de médicos especialistas percebida pelos gestores de saúde. Belo Horizonte: UFMG; 2009.

25. Freire Neto LM. Entre jalecos e togas: a formação profissional de médicos e juristas e os entraves para a efetivação do acesso à saúde no Brasil [dissertação]. Recife: Universidade Católica de Pernambuco; 2015.

26. PenseSUS [homepage da internet]. Atenção básica [Acessado 06 mai. 2018]. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/atencao-basica>.

27. Sociedade Brasileira de medicina da família e da comunidade [homepage da Internet]. História [Acessado 06 mai. 2018]. Disponível em: http://www.sbmfc.org.br/default.asp?site_Acao=mostraPagina&paginaId=3

28. Souza LGS, Menandro MCS. Atenção primária à saúde: diretrizes, desafios e recomendações: Revisão de bibliografia internacional.

Physis (Rio de Janeiro) [Internet]. 2011 [Acessado 05 mai. 2018];21(2): 517-539. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312011000200010&lng=en&nrm=iso.

29. Starfield B. Atenção Primária: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia. Brasília: UNESCO/Ministério da Saúde; 2002.

30. Tuma R. Nada como um Médico da Família: Os erros clínicos diminuem quando o paciente frequenta um profissional que conhece seu histórico. Carta Capital. 29 jun. 2011 [Acessado 06 mai. 2018]; Idéias Saúde:65. Disponível em: http://www.sbmfc.org.br/media/file/Nada%20como%20um%20MFC_Carta%20Capital.pdf.

O Consentimento do Paciente no Testamento Vital com o Auxílio da Visão Comparada do Direito

DAVID CESARINO DE SOUSA¹

BIANCA FERREIRA DOS SANTOS¹

EMANUEL NASCIMENTO NUNES¹

ISAAC HOLMES GOMES DA COSTA¹

MANOEL MARIANO NETO¹

VITORIA MONTENEGRO SILVA¹

LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO²

EDUARDO SÉRGIO SOARES SOUSA³

¹Estudante do Curso de Medicina da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

²Professor Mestre do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

³Professor Titular do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

• Autor para correspondência

Lourenço de Miranda Freire Neto

lourencomiranda@gmail.com

Resumo

O presente texto examina o novel arcabouço legal do consentimento em testamento vital no direito brasileiro. De acordo com a legislação, é conferido ao médico o poder de determinar, em última razão e com alto grau de subjetividade, se algum tratamento deverá ser aplicado ao paciente, ainda que tal decisão esteja em confronto com o traçado por este último e expresso em consentimento prévio, livre e esclarecido. Embora constitua afirmação da primazia da ética, essa norma impõe, por outro turno, insegurança jurídica ao paciente e ao profissional, dado o caráter indeterminado dos conceitos legais a serem valorados pelo médico nessa última decisão. Aqui, racionalizamos por meio do direito comparado na busca de normas que pudessem ser aproveitadas, no ordenamento pátrio, com o fim de reduzir tais incertezas tanto para o paciente quanto para o médico.

Palavras-chave: Consentimento, Testamento vital, Insegurança jurídica, Direito comparado, Medicina

Abstract

This text examines the new legal framework of consent in advance directives, in the Brazilian law. According to the legislation, the physician is given the power to determine, as the last reason and with a high degree of subjectivity, if any treatment should be given to the patient, even if that decision is in conflict with the will previously expressed by the latter in a free and informed consent. Although this constitutes an affirmation of the primacy of ethics, this norm brings, on the other hand, legal uncertainty to the patient and to the professional, given the indeterminate nature of the legal concepts that ought to be assessed by the physician as a last decision. Here, we reason through comparative law searching for norms that could be applied, in the Brazilian law, in order to reduce such uncertainties for both the patient and the doctor.

Keywords: Consent, Advance directive, Legal uncertainty, Comparative law, Medicine

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar a regulamentação jurídica brasileira do consentimento em sede de testamento vital e, em particular, propor alterações da legislação de forma a se buscar um arcabouço jurídico que ofereça melhor segurança jurídica, previsibilidade ao paciente, sua família, bem como aos profissionais de saúde.

Conforme se verá adiante, o tratamento dado pela legislação brasileira ao tema permanece informado pelo princípio paternalista, de sorte que ainda cabe ao médico, e de acordo com seus princípios éticos, decidir, *ultima ratio*, sobre a ação a ser tomada no momento de executar a vontade delimitada previamente pelo paciente. Portanto, falta um instrumento que garanta ao paciente o respeito à sua vontade e ao consentimento por ele traçado.

As bases utilizadas para compor o conteúdo e definir opções legislativas possíveis são a análise histórica e o subsídio interpretativo do Direito Comparado, com o fim de conhecer o regramento da questão em Portugal, Espanha, Estados Unidos da América e Canadá. Os dois primeiros são ibéricos, guardando proximidade histórica com o Brasil, os demais são dotados de uma visão distinta de liberdade individual, como se verá. A heterogeneidade permite, então, um espectro representativo de variados modelos.

Em que pese o espectro mencionado, este trabalho encontrou limitações na dificuldade para se encontrar bases de dados visando ampliar esse rol em número. Isso ocorreu em razão das limitações de disponibilidade de base de dados a que os autores têm acesso sobre o tema, o que impôs uma maximização de relevância e diversidade num menor número de amostras, conforme essa disponibilidade.

A partir dessa comparação, busca-se propor um modelo que poderia se adequar ao Brasil, seguindo o objetivo já traçado de conferir maior previsibilidade e segurança jurídica a todas as partes envolvidas.

2 Aspectos Gerais do Consentimento

Trata-se de um tema contemporâneo no milenar arcabouço da prática jurídica. Cumpre compreender origens históricas e os requisitos do consentimento, bem como os aspectos gerais do testamento vital e sua relação com o instituto do consentimento. É o que se fará a seguir.

2.1 Breve Apanhado Histórico

Enquanto documento, os termos de consentimento informado remontam à prática de William Beaumont sobre informação sobre intervenções e às diretrizes, na Alemanha, que determinavam o esclarecimento ao paciente das intervenções médicas que nele fossem realizadas¹. Ainda que não se tratassem de verdadeiro consentimento – na época, não tinham caráter voluntário¹ –, constituem um prelúdio dos respectivos instrumentos recentes aqui debatidos. Por outro lado, o testamento vital, propriamente dito, tem suas origens nas propostas de modernização da *common law* americana. Neste ínterim, Kutner² propôs instrumentos legais hábeis a harmonizar a vontade do paciente com os mandamentos éticos médicos.

As alterações na compreensão dos limites e contornos do consentimento do paciente passam a determinar a ótica que se teria sobre as guias que regeriam o testamento vital.

Em que pese a importância do aspecto documental, o consentimento nela não se encerra, constituindo instituto multifacetado. Na jurisprudência, Simões³ traz o relato de um caso, ocorrido na Inglaterra, em 1767, em que um paciente levou uma querela à Justiça daquele país após buscar tratamento médico para uma fratura óssea, tendo, porém, sofrido intervenção completamente distinta da esperada. Em verdade, os médicos fraturaram novamente o osso para testar uma intervenção experimental. Os médicos, então, foram condenados. Dessa forma, vê-se que as lides oriundas das disparida-

des entre a expectativa do paciente e a ação médica já se desenvolvem no meio jurídico há algum tempo.

Conforme as correntes positivista e antropocêntrica foram tomando vulto, no século XIX, o Direito passou a refletir essa ótica também no trato das querelas. Na Alemanha, em 1894, a jurisprudência já determinava que a não autorização do paciente constituía impedimento absoluto para a intervenção médica. Por seu turno, em 1914, em Nova Iorque, a Justiça daquele estado reconheceu o direito do paciente de recusar qualquer proposta de tratamento médico³.

O breve apontamento histórico acima deixa patente, portanto, a importância dos instrumentos do consentimento informado e do testamento vital, de sorte que passam a ser cada vez mais essenciais, na prática médica, não somente como instrumentos de poder e autonomia do paciente, como também de proteção e resguardo legal do próprio profissional médico.

2.2 Elementos do Consentimento

Nesse diapasão, constitui mecanismo hábil a proteger uma série de princípios da pessoa humana adotados em diversos instrumentos legais internacionais, como, por exemplo, o direito de manifestação religiosa livre, de não sofrer ingerências na expressão livre de religião, e do abrangente direito de liberdade física (não apenas referente à detenção prisional pelo Estado), direitos previstos no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e no Pacto de São José da Costa Rica, vigentes no Brasil.

O primeiro aspecto que cabe mencionar sobre o consentimento diz respeito à possibilidade de o indivíduo aquiescer. Tal requisito, originado da seara privada do Direito, transborda o direito pátrio e impõe, em linhas gerais, o reconhecimento da capacidade do indivíduo para se autodeterminar nas situações e relações jurídicas a que está submetido ou deseja submeter-se⁴. A capacidade jurídica, como é conhecida no direito pátrio, constitui o regramento fundante da questão aqui explicada^{5,6} – alhures, na língua inglesa, é conhecida como *capacity*. Por fim, embora não caiba a este trabalho esmiuçar os caracteres da capacidade jurídica, cumpre frisar, para os fins de embasamento deste artigo, a necessidade de se observar a dotação, no indivíduo, da capacidade jurídica para exercer os atos da vida civil, ou, caso desmembrada, que se supra essa capacidade na forma da lei (e.g., via representante legal).

A liberdade impõe o respeito à autonomia da vontade, princípio informador das relações privadas. Nesse sentido, Rodrigues⁶ esclarece a necessidade de se conferir aos indivíduos a possibilidade

de criar relações jurídicas segundo sua intenção e autodeterminação, desde que respeitados os desígnios cogentes da legislação a que estiver submetido. No mesmo sentido aponta Diniz⁵, e, ao comentar os caracteres da autonomia da vontade no direito internacional privado, também Strenger⁷. Resta salientado, sobremaneira, o caráter voluntário do ato, compreendendo o *voluntariness* da língua inglesa.

A autonomia individual encontra-se, hoje, alçada à condição de direito natural de todos os indivíduos, independentemente de legislação para sua guarida, tendo gozado papel de destaque no Direito das nações desde, em particular, as lições deontológicas de Kant sobre a autonomia do indivíduo, a quem o respeito carece de preocupações consequenciais, devendo ser garantido pela razão suficiente de sua própria existência. Em particular, a sua *Crítica da Razão Prática* estabeleceu marco importante da vontade como inerentemente livre⁸.

Cumprido salientar, ademais, que o consentimento deve ser esclarecido. Por esclarecimento se compreende o fornecimento de todas as informações que, concretamente, materialmente, permitam ao paciente compreender com precisão o caráter da intervenção, podendo, assim, prover um consentimento material e não apenas formal. Exige a disponibilização – *disclosure* – da informação de forma apta a gerar a compreensão – *comprehension* – material, real, efetiva e, dessa forma, a aceitação, o *consent*⁴.

No Brasil, o consentimento esclarecido está protegido por regras do Código de Ética Médica⁹ aprovado pela Resolução nº 1931/2009 do Conselho Federal de Medicina⁹, afora as demais regras gerais civis que atestam a necessidade da autonomia da vontade ser livre e isenta de vícios. Essa constatação pode ser extraída da leitura do Código Civil e da doutrina a respeito do vício de vontade em erro ou ignorância⁵, bem como do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da informação adequada e clara, inclusive sobre riscos, como um direito básico do consumidor.

Cabe enfatizar que essa constatação da primazia do consentimento como forma hábil para obter o passo uníssono entre paciente e médico, e evitar a responsabilização em juízo, encontra guarida na jurisprudência, conforme se pode constatar em rápida pesquisa no sítio do Superior Tribunal de Justiça, servindo de amostra o recurso especial 436.827/SP¹⁰ e o agravo em recurso especial 1.035.346¹¹.

Pelo princípio da temporalidade, o consentimento deve ser também continuado, isto é, se há alterações nas condições terapêuticas que ensejem mudanças de subsídios informativos, deve ser obtida nova declaração de concordância, haja vista entender-se que a aquiescência original referia-se a condições distintas das novas¹².

Vê-se que constitui mais uma garantia do consentimento como uma declaração real, material, não apenas formal.

Por razão similar o consentimento é revogável, haja vista a possibilidade de o paciente alterar sua decisão quanto à concordância em relação a sua submissão a novas intervenções. Por outro lado, deve ser renovável de forma a garantir a possibilidade de uma nova inquirição ao paciente sobre a continuação do tratamento ou intervenção.

Como lição final, percebe-se, por todo o exposto, a superação do modelo paternalista na determinação do cuidado a ser realizado com o paciente, por encontrar-se, este, em franca linha de colisão com um princípio universal do homem: o da autonomia da vontade.

O consentimento, então, deve ser livre, esclarecido, renovável e revogável¹³.

2.3 Contornos Gerais do Testamento Vital

O testamento vital constitui um documento formado por um indivíduo com capacidade legal para realizar os atos da vida civil, conforme visto no ponto anterior, com o fim de aquiescer e determinar as condições a que será submetido por ocasião de tratamento médico, expressando sua vontade previamente, caso venha a estar impossibilitado de assim agir.

Cumpra salientar que não se confunde com eutanásia, haja vista esta se dar em momento de sofrimento do paciente, quando o médico se omite ou age, sobrevivendo o resultado morte. Já no testamento vital, a decisão deve ser livre, esclarecida e revogável, como já visto, de sorte que a manifestação é dada antes da instalação da situação adversa. Enquanto a eutanásia tem o notório propósito de abreviar a morte, o testamento vital objetiva determinar condições de cuidado antecipadamente¹⁴.

Como se verá adiante, a legislação brasileira não prevê, expressamente, o instituto, embora o Conselho Federal de Medicina, através de Resolução, já tenha disposto sobre essa manifestação de vontade. No Direito Comparado, entretanto, o testamento vital pode ser encontrado sob várias denominações, tais como, em rol meramente exemplificativo, *living will*, *advance care directive*, diretiva antecipada de vontade ou instruções prévias.

Impera destacar também que o testamento vital não se confunde com a representação para cuidados em saúde, também chamada de *healthcare proxy* em veículos de pesquisa em língua inglesa. No testamento vital, o paciente determina as condições de cuidado a que poderá ser submetido, enquanto que, na representação, uma terceira pessoa é legalmente apontada pelo paciente para que tome

as decisões quando o representado estiver incapacitado¹⁵. Como se depreende, a representação, por si só, encontrará as limitações legais vigentes no país onde o instituto for utilizado, a depender das possibilidades de ação contempladas na lei para tal decisão.

Feitas essas considerações preliminares, vejamos, em maiores detalhes, como o consentimento em testamento vital, objeto deste estudo, está delineado numa ótica comparada do Direito.

3 A Legislação Brasileira

Ainda não existe legislação específica no Brasil sobre o testamento vital, o que inclui, portanto, as condições e forma sob as quais se deve dar o consentimento. Entretanto, isso não significa que o instituto não seja válido.

A existência de lei, em sentido estrito, abarcando um tema não constitui a forma única para a aplicação de um instituto em território nacional. A Constituição Federal prevê os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da autonomia privada (princípio implícito no art. 5º) e a proibição constitucional de tratamento desumano (art. 5º, III). Dessa forma, pelo caráter normativo dos princípios¹⁶ como mandamentos de otimização, a falta de legislação específica não somente não deve ser escusa para a não aplicação da garantia, como o Poder Judiciário deve viabilizar a maior aplicabilidade ao máximo, tal como praticamente possível¹⁷.

Ademais, a Lei Maior do Brasil reconhece o direito à vida e reconhece a autonomia da pessoa. Nesse diapasão, é degradante obrigar uma pessoa a se submeter a um tratamento que ele não deseja, quando este não terá função de lhe devolver uma vida plena.

A autonomia do paciente, que se vale do instrumento do testamento vital de boa fé e de acordo com os princípios constitucionais e resoluções infralegais, deve ser respeitada.

Até o ano de 2012, inexistia a regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica no Brasil. Entretanto, sentiu-se a necessidade de disciplinar a conduta do médico e a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade. Isso porque se entende que, na prática profissional, o profissional médico poderia defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos dispositivos éticos nacionais. Igualmente, os novos recursos tecnológicos passaram a permitir a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios claros. Compreende-se que essas medidas podem ser an-

tecipadamente rejeitadas pelo paciente em sua plena razão prévia. Portanto, não subsiste razão substancial para se limitar a autonomia.

Diante do exposto, o Conselho Federal de Medicina resolveu, em reunião plenária no ano de 2012, implementar a Resolução nº 1.995/2012¹⁸:

Art. 1º: Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º: Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º: Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º: O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º: As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º: O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Em que pese o avanço da legislação, percebe-se que a declaração do paciente, exercendo sua autonomia, não é condição suficiente para que haja a efetivação de sua vontade, haja vista a possibilidade do médico, sob “sua análise”, determinar que as diretivas estão em desacordo com os preceitos do Código de Ética Médica. Por deixar a

cargo do médico a ampla valoração dos preceitos éticos na aplicação do instituto, a Resolução deixa margem à desconsideração da autonomia da vontade do paciente.

A adoção da fórmula acima demonstra que o consentimento e a livre autonomia do paciente não constituem mecanismos suficientes para que suas determinações sejam cumpridas caso se encontre impossibilitado de se autodeterminar.

Apesar disso, levando-se em consideração que ao médico é permitido limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, quando estes estão na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, sendo garantido os cuidados necessários para alívio dos sintomas que levam ao sofrimento, e na perspectiva de uma assistência integral, sempre respeitando a vontade do paciente ou de seu representante legal, o CFM publicou a Resolução nº 1.805/2006, determinando¹⁹:

Art. 1º: É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Portanto, percebe-se que o ordenamento jurídico pátrio ainda engatinha no sentido de conferir eficácia suficiente ao instituto do testamento vital, havendo descompasso entre a abrangência contemporânea do consentimento dado em sede de autonomia da vontade e o tratamento médico do paciente. O texto da legislação demonstra os resquícios da doutrina paternalista no cuidado do paciente, com a preservação da superioridade da concepção do médico a respeito dos desígnios do paciente como indivíduo.

Feitas as considerações acima, passemos à análise do instituto como tratado em outros países.

3.1 A Legislação Portuguesa

Até 2012, em Portugal, não havia uma regulação específica acerca dessa antecipação, à qual o testamento vital remete. Isso, porém, não significa que havia uma abstenção do sistema em relação ao assunto. O histórico que se tem acerca de tal questão remete a 1976, quando a Constituição Portuguesa reconheceu a dignidade humana como princípio fundamental de seu sistema jurídico. Nesse sentido, quando se analisa a Constituição sob um olhar bioético, tem-se um conjunto de normas centradas na proteção da vida, da identidade e integridade pessoal dos seres humanos atuais e futuros. Nessa perspectiva, para Portugal – assim como para as sociedades ocidentais no geral, com exceção de comunidades anglo-saxônicas e do Mediterrâneo –, a autodeterminação é fundamental no que concerne à garantia dessas premissas, o que pode ser tomado como base para a análise do desenvolvimento e estabelecimento do direito do paciente nesse país.

Em 1997, os países do Conselho da Europa estabeleceram, através da Convenção pela Proteção dos Direitos Humanos e Dignidade do Ser Humano Face à Aplicação da Biologia e Medicina: Convenção dos Direitos Humanos e Biomedicina, questões relacionadas à bioética, dentre elas, o consentimento. Trata-se do primeiro instrumento legal internacional vinculante para os países que o adotaram. Em seu art. 9º, a Convenção considerou que os anseios previamente expressos pelo paciente acerca de uma intervenção médica – não imediatamente no momento da intervenção – deveriam ser levados em conta.

Até 2012, o testamento vital possuía valor meramente indicativo, sendo considerado apenas para atestar a vontade presumida do paciente e para assegurar o princípio *in dubio pro vita*. A criação da Lei nº 25/2012, no dia 16 de julho do referido ano, mudou essa realidade, na medida em que regulou as diretivas antecipadas de vontade, referidas como “testamento vital”, e a nomeação de procurador de cuidados em saúde, além de criar o Registro Nacional do Testamento Vital (Rentev).

A partir disso, oficializou-se a legislação acerca do testamento vital. Segundo a lei:

Art. 2. [...]

I. As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne

aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

A lei apresenta, conjuntamente, as possibilidades de autorização que podem ser dadas através do testamento vital. Como exemplo, pode-se destacar a decisão sobre suporte artificial das funções vitais, tratamentos em fase experimental e a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.

Ademais, posiciona-se acerca dos requisitos que afirmem a validade do documento. De particular interesse para este estudo são os requisitos para o consentimento: maioria, condição de capacidade civil, bem como os requisitos já descritos neste texto – que a expressão da vontade seja livre, consciente e esclarecida.

Quanto aos limitantes, o art. 5º expressa a não validação da vontade do outorgante em caso de diretivas:

- a) Que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma atuação contrária às boas práticas;
- b) cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134.º e 135.º do Código Penal;
- c) Em que o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade.

Também é possível que não se cumpra o acordado no testamento vital nos casos em que:

- a) Se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las;
- b) Se verifique evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificado;
- c) Não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura.

Por fim, também não serão consideradas as diretivas em caso de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, quando essas implicarem uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante.

Percebe-se que a legislação portuguesa restringe a limitação à autonomia determinada pelo consentimento do paciente, delimitando com maior precisão as situações em que a sua vontade poderá ser desconsiderada. São situações referentes à contrariedade com a lei, à

proibição da utilização do consentimento como autorizativo da prática implícita de eutanásia, bem como circunstâncias claras de descompasso da situação que aflora e a intenção do próprio paciente.

4 A Legislação Espanhola

A Espanha apresenta importantes normas jurídicas a respeito dos direitos do paciente com relação ao consentimento em bioética. Primeiro, destaca-se a Lei Geral da Saúde nº 14/1986, a qual aborda os direitos do paciente e o reconhecimento do seu consentimento informado. Posteriormente, apresenta-se a Convenção de Oviedo de 1997, a qual reconheceu a autonomia do paciente e seu direito de recusar tratamento médico. Além disso, há a Lei nº 41/2002, que dispõe sobre as “instruções prévias” – equivalente aos “testamentos vitais” –, e o Decreto Real nº 124/07, que cria o Registro Nacional de Instruções Prévias.

Nesse contexto, em 1º de janeiro de 2000, entrou em vigor, no Reino da Espanha, a Convenção pela Proteção dos Direitos Humanos e Dignidade do Ser Humano Face à Aplicação da Biologia e Medicina, já comentada na seção anterior. Esta Convenção trata, dentre outras temáticas, do direito do consentimento informado do paciente e prevê a existência de “instruções prévias”, que se baseiam no direito de cada indivíduo especificar seu desejo para o caso de ficar incapacitado de decidir por si próprio.

As mesmas orientações discutidas no capítulo anterior sobre este tema específico, em particular a forma de tratamento do consentimento, podem ser aplicadas aqui.

Quanto à Lei nº 41/2002, o Capítulo I, art. 2º, inciso 2, prevê que toda atuação no âmbito da saúde requer, de forma geral, o prévio consentimento dos pacientes ou usuários, o qual deve ser obtido após o paciente receber informações adequadas, sendo elaborado por escrito nos casos previstos na Lei. Esse direito é reforçado no inciso 3, ao afirmar que todo usuário tem o direito de decidir livremente, após receber as informações adequadas, entre as opções clínicas disponíveis. Nesse cenário, o inciso 4 determina que todos os pacientes ou usuários têm o direito de recusar o tratamento, exceto nos casos determinados na Lei, e que sua recusa ao tratamento deve ser feita por escrito.

Portanto, vemos, novamente, os traços básicos do consentimento: liberdade e esclarecimento para concordância material, o que é feito após a disponibilização ampla de informações que permitam uma aquiescência não meramente formal, burocrática. Percebe-se

também a menção explícita à exigência de termo escrito, para conferir segurança às futuras decisões tomadas com base no documento.

Além disso, o inciso 6 reforça que todo profissional envolvido na atividade assistencial é obrigado a respeitar às decisões tomadas de forma livre e voluntária pelo paciente.

A Lei nº 41/2002 também dispõe acerca das instruções prévias em seu capítulo IV, art. 11, inciso 1, que as regulamenta da seguinte forma:

1. Pelo documento de instruções prévias, uma pessoa maior de idade, capaz e livre, manifesta a sua vontade antecipadamente, para que possa ser cumprida no momento que atinge situações em que não é capaz de expressá-las pessoalmente, sobre os cuidados e tratamento de sua saúde ou, uma vez falecido, sobre o destino do seu corpo ou dos seus órgãos. O concedente do documento pode designar, além disso, um representante para que, chegado o caso, sirva como seu interlocutor com o médico ou com a equipe de saúde para garantir o cumprimento das instruções prévias.
2. Cada serviço de saúde regulará o procedimento apropriado para que, se necessário, seja garantida o cumprimento das instruções prévias de cada pessoa, que deve ser sempre por escrito.
3. Não serão aplicadas as instruções prévias que sejam contrárias ao código legal, a "Lex artis", nem aquelas que não correspondem à suposição factual que o interessado tinha previsto no momento em que as manifestou. No histórico médico do paciente será deixado registro fundamentado das anotações relacionadas a essas instruções.
4. As instruções prévias podem ser livremente revogadas a qualquer momento, deixando registro escrito.
5. A fim de assegurar a eficácia em todo o território nacional das instruções prévias manifestadas pelos pacientes e formalizadas de acordo com as disposições da legislação das respectivas Comunidades Autônomas, será criado no Ministério da Saúde e Consumo o Registro Nacional de instruções prévias que serão regidas pelas normas que estatutariamente sejam determinadas, com o acordo prévio do Conselho Interterritorial do Sistema Nacional de Saúde.

Novamente, percebe-se os requisitos legais da capacidade civil e da manifestação livre não viciada, corolários básicos da ordem civil fundada no respeito à autonomia da vontade individual.

4.1 A Legislação nos Estados Unidos

Antes de abordar a utilização do Testamento Vital nos Estados Unidos, deve-se atentar para o aspecto federativo vigente na nação americana, em que os estados que compõem a federação têm grande autonomia, de forma a melhor atender aos interesses de cada população regional. Assim, é possível a criação de leis e de estatutos locais com tratamento totalmente diverso entre si. Desse modo, nesta seção, a abordagem trará uma visão geral desse tema nos Estados Unidos e, em seguida, tratará de alguns estados separadamente, os quais podem trazer subsídio interessante para este texto, abordando suas peculiaridades no tocante a esse tema.

Nos Estados Unidos, o Testamento Vital é conhecido como *living will* em alguns estados e, em outros, como diretrizes de cuidados de saúde ou diretrizes para o médico, sendo permitido em todos os cinquenta estados americanos, o que reforça a ideia da noção de autonomia do cidadão norte-americano, fugindo, assim, do paternalismo médico.

O instrumento consiste em um documento que permite estabelecer antecipadamente os desejos do paciente relação aos cuidados médicos no fim da vida, ou seja, torna possível que o paciente tanto permita quanto rejeite determinados procedimentos médicos, o que é considerado caso o indivíduo venha a, em virtude da condição de saúde, ficar impossibilitado de comunicar as próprias decisões sobre cuidados de saúde. Em geral, os provedores de serviços de saúde são obrigados a obedecer às instruções contidas em um termo de testamento vital de uma pessoa.

Em muitos estados, o termo de testamento vital permite que a pessoa expresse instruções relacionadas, por exemplo, ao desligamento ou não do respirador artificial, a utilização de procedimentos como transfusões de sangue e diálise, além de injeções de fluidos intravenosos e de nutrientes para permanecer sustentando artificialmente a vida. Além disso, como disposição adicional, os membros da família e os amigos do paciente podem ter conhecimento prévio das preferências desse paciente quanto aos cuidados médicos escolhidos no caso de vir ao estado de inconsciência.

Nesse tom, percebe-se que, ao sopesar os princípios que orientam o comportamento humano, a sociedade americana privilegia sobremaneira a autonomia individual, ainda que isso implique uma alegada determinação antecipada de não extensão da própria vida. Em adição, privilegia também a previsibilidade das normas aplicáveis, prevendo ainda, expressamente, a possibilidade de que as

instruções determinadas por ocasião do consentimento sejam compartilhadas com terceiros.

Como afirmado anteriormente, cada estado pode prever suas peculiaridades no que se refere à regulamentação do testamento vital. Por exemplo, em muitos estados, como Califórnia (Probate Code §§4700 a 4743) e Colorado (Estatute of Colorado §§15-18-101 a 15-18-113), duas testemunhas são requeridas para que se possa fazer tal declaração, proibindo-se que seja feita por gestantes. Alguns, como Idaho (Estatute of Idaho §§39-4501 a 39-4509) e Novo México (Estatute of New Mexico §§24-7A-1 a 24-7A-18) não requerem nenhuma testemunha. Outros, por sua vez, como Michigan (Michigan compiled Laws, Chapter 700, section 5501) e Massachusetts (Massachusetts General Laws Chapter 210D, § 1), não apresentam regulamentação específica para isso, o que implica, nesses estados, ausência de requerimentos formais para que seja elaborado o testamento vital.

5 A Legislação Canadense

Após discutirmos a legislação do consentimento conforme apertado apanhado através do direito comparado, notamos até agora que a percepção cultural é de grande importância na análise das reações dos indivíduos diante do adoecer e da morte. A noção de finalidade da vida é uma compreensão que, em algumas culturas, é de difícil discussão, tornando-se mais difícil a reflexão e a adesão às práticas do testamento vital.

O Canadá é um país tido como de reconhecido histórico na busca da valorização dos direitos concernentes ao ser humano. Nessa ótica, o testamento vital é uma ferramenta de conduta para estabelecimento prévio da vontade do próprio paciente, em condições mentais, juridicamente capaz, sobre como e a quais procedimentos médicos deseja ser submetido caso se encontre, *a posteriori*, em uma situação que o impossibilite de manifestar sua vontade. Como visto, é de fundamental importância em caso de procedimentos que apenas tenham intuito de prolongar a vida em detrimento da qualidade da mesma durante o pouco tempo que resta ao indivíduo.

Por ser um país referência, o Canadá é alvo de pesquisas para maior entendimento de qual a percepção da população em geral e dos profissionais de saúde em particular favoráveis ao uso do que, no país, é conhecido como diretiva antecipada de vontade ou DAV. Por isso mesmo cabe fazermos uma menção a essas pesquisas para termos uma compreensão mais ampla da discussão, uma vez elas nem sempre estarem disponíveis em outros países. É um subsídio, portanto, que enriquece a discussão.

Pesquisa feita com estudantes e profissionais mostrou que, dos 643 médicos pesquisados, 86% mostraram-se favoráveis ao uso desse instrumento. Porém, contraditoriamente, apenas 19% haviam discutido o documento com mais de 10 pacientes, e em mais da metade dos casos não tinham seguido completamente as indicações previstas pela DAV.

Outro grupo de médicos foi questionado sobre quais situações deveriam ser utilizadas como base para pedir ao paciente o preenchimento das Diretivas Antecipadas. A maioria dos médicos opinou que isso deveria acontecer no caso de doenças terminais (96%), doenças crônicas (95%), infecções por vírus de imunodeficiência humana (85%) e quando o paciente tiver mais de 65 anos (77%). Menos da metade do grupo de médicos elegeu situações normais em ambulatório ou cirurgias eletivas ou, ainda, situações de emergência como sendo de necessidade ímpar à sugestão da DAV. No entanto, são situações corriqueiras que apresentam riscos passíveis de contemplação pelo objetivo pretendido pela DAV.

A finalidade do cuidado com o paciente tem por viés a proteção à autonomia dos cuidados consigo mesmo e com sua consciência livre e esclarecida, ou seja, concordância do tratamento desvelado por sua própria vontade. Em casos em que o próprio agente não prescreveu, *a priori*, suas vontades, pode ainda determinar um procurador para tal fim, ou sua família ficará com o encargo das decisões. Fundamenta-se, assim, a importância, no Canadá, do respeito à autonomia do paciente e à dignidade humana, componentes éticos fundamentais para tomada de decisão centrada no paciente e nos direitos fundamentais.

Tomando como base o Estado de Ontário, Canadá, temos a resolução de como deve proceder na assinatura da procuração, na contratação do advogado, bem como na validação das testemunhas. Todo esse procedimento legal exposto pelo Documento de Ontário, de 2012, está embasado em decisões que seriam tomadas em momentos de inconsciência parcial ou completa, tais como decisões a respeito da moradia e cuidado do indivíduo e procedimentos médicos autorizados. Pelos Atos de Decisões Substitutivas de 1992, nesta mesma deliberação permite-se nomear alguém de sua confiança, através de uma procuração, para demandar quais as ações que devem ser direcionadas.

Trata também da forma de criação do documento, inclusive a respeito de procedimentos formais na participação das testemunhas, permeando a discussão de segurança jurídica e previsibilidade para que o paciente possa gerir sua vida e, de fato, antecipar seu

consentimento tal qual ocorreria caso pudesse exprimir sua vontade no momento crítico.

Em adição a essa discussão, vê-se diálogo entre instituições daquele país e brasileiras. Para ampliação do diálogo sobre testamento vital em território nacional, citemos o Workshop Brasil-Canadá em Cuidados Paliativos, que é uma parceria do Instituto Brasileiro de Controle do Câncer (IBCC) com o Centro Universitário São Camilo (Programa de Bioética Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado) debatendo e descrevendo o uso da DAV, principalmente em casos de câncer avançado. Este espaço é de grande importância, por ser este um tema novo e ainda sem legislação vigente no Brasil, embora já com aplicação por mais de 30 anos no Canadá.

6 Conclusão

A Constituição Federal explana os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, como também a proibição de tratamento desumano. Por conseguinte, enfatiza-se o direito que o indivíduo tem sobre o melhor gerenciamento da própria vida.

O exemplo do Canadá é de particular interesse aqui, por servir de subsídio para compararmos futuras investidas legislativas brasileiras. Como visto, a regulamentação canadense delimita o procedimento de expressão do consentimento antecipado na DAV, dotando o instrumento de segurança jurídica e permitindo o amplo apoio dos profissionais médicos ao instrumento naquele país. Em que pese o fato de uma parcela menor ter discutido o DAV, a implementação deste ainda encontra obstáculos, como o não seguimento das condições necessárias à criação do documento.

Apesar dessas limitações, o modelo canadense confere maior segurança jurídica ao paciente, à família e ao médico, na medida em que traça maiores caracteres do documento e lhe atribui maior efetividade, pois provê o maior respeito ao consentimento do paciente limitando a liberalidade subjetiva do médico para decidir sobre tal questão. A ampla subjetividade médica, ao contrário do que parece a princípio, antes de se configurar como uma prerrogativa, é, um risco jurídico, pois condiciona a ação do profissional a conceitos jurídicos indeterminados, de ampla valoração subjetiva, os quais podem ser discutidos a qualquer momento em juízo, com a possibilidade de a autoridade judiciária concluir em sentido distinto à decisão tomada pelo médico.

No Brasil, mostram-se ainda incipientes as pesquisas para a abordagem completa das DAV e a percepção dos profissionais de saúde nessa temática. Os estudos encontrados nessa temática contribuem para a compreensão das diferenças de compreensão e abor-

dagem dessa temática pelos sujeitos da área médica. Dessa forma, enfatizando que o testamento vital, quando respeitadas as formalidades para sua validação, mostra-se como um mecanismo de valorização da liberdade individual, impera que deve ser respeitado.

Ante o exposto, é possível concluir que a adoção de caracteres da regulamentação do consentimento em testamento vital canadense pela legislação brasileira poderia constituir um instrumento para se conferir maior segurança jurídica e previsibilidade à prática médica, bem como reduzir a angústia do paciente e dota-lo de maior conforto no fim da vida, por saber que sua vontade última será respeitada tal como desejou.

Referências

1. Goldin JR. A Importância da Qualidade do Texto Utilizado. Rev. Hospital de Clínicas de Porto Alegre [Internet]. 2006 [Acessado 27 abr. 2018];26(3):117-122. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/cilegib.pdf>.
2. Kutner L. Due Process of Euthanasia: the living will, a proposal. Indiana Law Journal [Internet]. 1969 [Acessado 13 mai. 2018];44(4):539-554. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol44/iss4/2>.
3. Simões LCS. Consentimento informado: o desafio médico-jurídico de nossos dias. Rev. Bras. Ortopedia [Internet]. 2010 [Acessado 13 mai. 2018]; 45(2):191-195, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-36162010000200015&lng=en&nrm=iso.
4. Faden RR, Beauchamp TL, King NMP. A History and Theory of Informed Consent. Oxford: Oxford University Press; 1986.
5. Diniz MH. Curso de Direito Civil Brasileiro: vol. 2. São Paulo: Saraiva; 2014.
6. Rodrigues S. Direito Civil: vol. 2. São Paulo: Saraiva; 2007.
7. Strenger I. Da Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado. São Paulo: Ltr; 2000.
8. Kant I. Crítica da Razão Prática. São Paulo: Martins Fontes; 2016.

9. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1931, 17 set 2009. [Resolução na Internet]. Código de Ética médica. [Acessado 8 Maio 2018]. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_10.asp
10. Superior Tribunal de Justiça. REsp 436.827/SP 2002/0025859-5. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data de julgamento: 01/10/2002, T4-Quarta Turma. Data de Publicação: DJ 18/11/2002. [Acessado 24 set. 2017]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7548477/recurso-especial-resp-436827-sp-2002-0025859-5/inteiro-teor-13155070?ref=juris-tabs>
11. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.035.346/SP 2016/0332729-2. Relatora Ministra Laurita Vaz. Data de Publicação: DJ 10/02/2017. [Acessado 24 set. 2017]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/449900839/agravo-em-recurso-especial-aresp-1035346-sp-2016-0332729-2/decisao-monocratica-449900862>
12. França GV. Direito Médico. Rio de Janeiro: Forense; 2014.
13. Maluf F, Carvalho GP, Diniz Junior JC, Bugarin Junior JG, Garrafa V. Consentimento livre e esclarecido em odontologia nos hospitais públicos do Distrito Federal. Ciênc. saúde coletiva [Internet]. 2007 [Acessado 13 mai. 2018];12(6):1737-1746. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-36162010000200015&lng=en&nrm=iso.
14. Sá MFF. Direito de Morrer. Belo Horizonte: Del Rey; 2001.
15. Massachusetts Mmedical Society [homepage da Internet]. Health care proxies and end of life care [Acessado 13 mai. 2018]. Disponível em: <http://www.massmed.org/Patient-Care/Health-Topics/Health-Care-Proxies-and-End-of-Life-Care/Health-Care-Proxies-and-End-of-Life-Care/>.
16. Canotilho JGG. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina; 2000.
17. Alexy R. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2002 apud Lima ACF. A teoria dos princípios de Robert Alexy. Revista Jus Navigandi [Internet]. 2014 [Acessado 13 mai. 2018];19(4078). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31472>.

18. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.995, de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes [Lei na internet]. Diário Oficial da União 31 ago. 2012 [Acessado 13 mai. 2018]. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf.
19. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.805/2006 [Resolução na Internet]. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. [Acessado 13 mai. 2018]. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm
21. Alves CA, Fernandes MS, Goldim JR. Diretivas Antecipadas de Vontade: um Novo Desafio para a Relação Médico-paciente. Rev. Hospital de Clínicas de Porto Alegre [Internet]. 2012 [Acessado 27 abr. 2018];32(3):358-362. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/hcpa/article/view/33981/22041>.
22. Claudino AHA. Diretivas Antecipadas de vontade no ordenamento jurídico Brasileiro. Âmbito Jurídico [Internet]. 2015 [Acessado 13 mai. 2018]; 18(15). Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15785.
23. Cogo SB, Lunardi VL. Diretivas Antecipadas de Vontade aos Doentes Terminais: revisão integrativa. Rev. Bras. Enfer [Internet]. 2015 [Acessado 27 abr. 2018]; 68(3):464-474. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reben/v68n3/0034-7167-reben-68-03-0524.pdf>.
- 24 Espanha. Ley 41/2002 [Lei na Internet]. Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2002/11/15/pdfs/A40126-40132.pdf>. Acesso em: 13 de maio 2018.
25. JusBrasil [homepage da Internet]. Milani MP. Testamento Vital [Acessado 13 mai. 2018]. Disponível em: https://mpmilani.jusbrasil.com.br/arti_gos/333332072/.
26. Ministry of Attorney General [homepage da Internet]. Powers of Attorney [Acessado 13 mai. 2018]. Disponível em: <https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/family/pgt/poa.pdf>.

27. Find Law [homepage da internet]. Living Wills: introduction [Acessado 11 mai. 2018]. Disponível em: <<https://estate.findlaw.com/living-will/living-wills-introduction.html>>.

28. Find Law [homepage da Internet]. Living Wills: sample living will form [Acessado 11 mai. 2018]. Disponível em: <https://estate.findlaw.com/living-will/living-wills-state-laws.html>.

29. Find Law [homepage da Internet]. Living Wills: state laws [Acessado 11 mai. 2018]. Disponível em: <https://estate.findlaw.com/living-will/living-wills-state-laws.html>.

30. Saúde Business [homepage da Internet]. V Workshop Brasil-Canadá em Cuidados Paliativos Debate Testamento Vital [Acessado 13 mai. 2018]. Disponível em: <https://saudebusiness.com/noticias/v-workshop-brasil-canada-em-cuidados-paliativos-debate-testamento-vital>.

31. Ministry of the Attorney General. Powers of attorney and “living wills” [Acessado 13 mai 2018]. Disponível em: <https://www.attorney-general.jus.gov.on.ca/english/family/pgt/livingwillqa.pdf>.

32. UCI Office of Research [homepage da Internet]. Basic elements of informed consent [Acessado 13 mai. 2018]. Disponível em: <https://www.research.uci.edu/compliance/human-research-protections/irb-members/required-elements-of-informed-consent.html>.

Telemedicina no Brasil: Panorama Atual e Propostas para Regulamentação

MAXWELL DE MORAIS SILVA¹

MILENA LACERDA VIRGOLINO¹

THIAGO HENRIQUE FLORENCIO DE OLIVEIRA¹

ALEXANDRE COSTA DA SILVA¹

PABLO ALMEIDA DE GÓIS¹

JÉSSICA FRANCIS DE CARVALHO¹

LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO²

EDUARDO SÉRGIO SOARES SOUSA³

¹Estudante do Curso de Medicina da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

²Professor Mestre do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

³Professor Titular do Centro de Ciências Médicas da UFPB.

• Autor para correspondência

Lourenço de Miranda Freire Neto

lourencomiranda@gmail.com

Resumo

A telemedicina pode ser definida, em linhas gerais, como a prestação de serviços de saúde, através do uso de alguma ferramenta tecnológica da informação e da comunicação, em situações em que o profissional de saúde e o paciente (ou entre dois profissionais de saúde) não estão no mesmo local. Essa tecnologia permite melhorar o acesso à atenção médica especializada nas regiões onde não há, por exemplo, especialistas suficientes ou existam dificuldades ao acesso.

Objetivo: O presente artigo tem como objetivo debruçar-se sobre a instituição de normas e princípios no Brasil, no tocante à telemedicina, considerando seus possíveis aperfeiçoamentos com base em experiências ao redor do mundo. Para isso, investiga o conceito de telemedicina, bem como aplicações e questões correlatas à atividade, analisando a situação da atual legislação brasileira etambém da prática em outros países. **Metodologia:** Trata-se de artigo de revisão de literatura e análise comparativa de legislação. **Conclusão:** Com base nas experiências, normas e legislações de outros países, propõe-se atualizações e/ou sugestões à legislação brasileira, a fim de

que se possa pensar em uma futura regulamentação desta vertente da medicina no Brasil.

Palavras-chave: Telemedicina, Medicina, Legislação, Saúde, Regulamentação Legal

Abstract

Telemedicine can be defined in general terms as the provision of health services, through the use of some technological information and communication tool, in situations in which the health professional and the patient (or between two health professionals) are not in the same location. This technology makes it possible to improve the access to specialized medical care in regions where there are, for example, not enough specialists or difficulties to access. This article aims to review the literature regarding the concept of Telemedicine, as well as applications and issues related to the activity; to analyze the situation of the current Brazilian legislation on the subject in question and to seek a comparison with examples of more advanced places on this subject. And finally, to propose updates and / or suggestions, based on the experiences, norms, and laws of other countries to the Brazilian legislation in order to think about a future regulation of this branch of medicine in Brazil.

Keywords: Telemedicine, Medicine, Legislation, Health, Legal Regulation

1 Introdução

A forma convencional de atendimento na área de saúde se dá pelo encontro presencial. Atualmente, os recursos tecnológicos conseguem promover um “encontro virtual” entre os profissionais de saúde e o paciente ou entre outros profissionais, sempre que a distância ou outros fatores impedirem o encontro pessoal¹.

Para a Organização Mundial de Saúde – OMS², a telemedicina é a oferta de serviços ligados aos cuidados com a saúde, nos casos em que a distância é um fator crítico, ampliando a assistência e também a cobertura. Tais serviços são fornecidos por profissionais da área da saúde, mediante tecnologias de informação e de comunicação, para o intercâmbio de informações válidas para promoção, proteção, redução do risco de doença e outros agravos, e recuperação, além de possibilitar uma educação continuada em saúde de profissionais, cuidadores e pessoas, assim como facilitar pesquisas, avaliações e

gestão da saúde; sempre no interesse de melhorar o bem-estar e a saúde das pessoas e de suas comunidades³.

Conforme a Declaração de Tel Aviv, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em outubro de 1999, em Israel, a utilização da telemedicina tem muitas vantagens potenciais e sua demanda aumenta cada vez mais⁴. Os pacientes que não têm acesso a especialistas, ou até mesmo à Atenção Básica, podem se beneficiar muito com o seu uso. Por exemplo, a telemedicina permite a transmissão de imagens médicas para realizar uma avaliação à distância, em especialidades, tais como: radiologia, patologia, oftalmologia, cardiologia, dermatologia e ortopedia. Isto pode facilitar os serviços do especialista, ao mesmo tempo em que reduz os possíveis riscos e custos relativos ao transporte do paciente e/ou da imagem de diagnóstico.

Todavia, a prática da telemedicina trouxe à tona problemas de diversas naturezas, como veracidade e confiabilidade de informações, privacidade, segurança e diferentes legislações⁴. A Associação Médica Mundial reconhece que, ao eliminar uma consulta em um lugar comum e o intercâmbio pessoal, a telemedicina altera alguns princípios tradicionais que regulam a relação médico-paciente, a qual se baseia na confiança e respeito mútuos, sendo fundamental para a qualidade do trabalho médico.

Portanto, há certas normas e princípios éticos que devem nortear os médicos que utilizam a telemedicina. Como essas normas e esses princípios são instituídos no Brasil? E como isso pode ser aperfeiçoado, com base em experiências ao redor do mundo? Responder a estas questões é o objetivo desse artigo.

2 Telemedicina

De um ponto de vista histórico, nas primeiras análises sobre a telemedicina figuram os trabalhos de pesquisa e desenvolvimento realizados pela National Aeronautics and Space Administration (Nasa). Neste sentido, os pesquisadores da Nasa desenvolveram, na década de 1960, um sistema de assistência médica que incluía o diagnóstico e tratamento de urgências médicas, durante as missões espaciais.

A telemedicina não é um conceito novo e, muito provavelmente, tem sido praticada desde a invenção do telefone. No entanto, a introdução de novas tecnologias na assistência sanitária e o avanço das telecomunicações impulsionou sua difusão nos sistemas de saúde de todo o mundo⁵.

A medicina e outras áreas da saúde vêm incorporando importantes mudanças, seja nos aspectos relativos às práticas profis-

sionais, seja no ensino e na pesquisa, sob a égide dos avanços nas telecomunicações. Pode-se destacar a Internet – fruto de avanços tecnológicos em telecomunicações ocorridos nos últimos quarenta anos, em vários países do mundo – que, quando utilizada de modo integrado a ambientes médicos, contribui, indubitavelmente, para as transformações nos processos de trabalho⁶.

Nesse contexto, ocorreu o desenvolvimento da telemedicina, caracterizada por um rápido acesso à experiência médica, por meio de tecnologias de telecomunicação e informação, não importando onde esteja localizado o paciente ou a informação. A interação entre profissional e paciente, ou entre profissionais, pode ocorrer em tempo real ou não, sendo que a videoconferência é o método comumente utilizado para a interação em tempo real. A informação transmitida pode abranger formatos distintos, incluindo transmissão de dados sob a forma de texto, som, imagem e vídeo³.

À medida que novos recursos em rede se tornam disponíveis, as tecnologias usadas em telemedicina vão se expandindo e diversificando. Assim, também os telefones celulares, principalmente os chamados *smartphones*, que são verdadeiros computadores de mão, passaram a ser intensamente utilizados pelos médicos e outros profissionais de saúde para várias finalidades profissionais, ao ponto de a chamada *mHealth* (saúde móvel) tornar-se um dos setores mais dinâmicos e com maior taxa de crescimento. Praticamente todas as aplicações mais comuns da telemedicina, como a monitoração do paciente a distância, a teleconsulta, a videoconferência, e até a teleradiologia, já são feitas via telefonia celular⁷. Segundo Sabbatini⁷, o Brasil é um país que oferece oportunidades para o desenvolvimento e para as aplicações da telemedicina. Sua grande extensão territorial, milhares de locais isolados e de difícil acesso, distribuição extremamente desigual de recursos médicos de boa qualidade, entre outros aspectos que vêm desafiando a efetivação do direito à saúde – universal, integral e equânime –, indicam a existência de um grande potencial de expansão da telemedicina no país.

2.1 Telemedicina: tipos e aplicações nos processos de saúde

Segundo Losada⁵, existem diferentes conceitos na Telemedicina, formulados em função do tipo de cenário, a seguir:

- Teleassistência: interação entre um médico e um paciente a distância, normalmente isolado geograficamente e em situação de urgência médica. Pode incluir, ou não, os Serviços de Telealarme.
- Televigilância: acompanhamento de pacientes crônicos ou

sujeitos a algum tipo de intervenção médica, em seu domicílio, mediante a coleta de informações via telemática (pressão arterial, eletrocardiograma, etc.). Esta forma de telemedicina é utilizada frequentemente com pacientes que sofrem de doenças crônicas, como diabetes ou hipertensão.

- Teleconsulta entre médicos (Interconsulta): trata-se da interação entre dois médicos, um responsável pelo paciente e o outro, um especialista em um campo determinado, que coopera via telefone ou online com o médico responsável pelo paciente (telerradiologia, telepatologia, telecardiologia, telelaboratório).
- Teleconsulta entre paciente e médico (Telefônica o Web): o paciente busca diretamente a opinião de um médico com o qual não tenha tido relação prévia, e que não tenha lhe realizado um exame clínico. Pode incluir teleassistência ou não.
- Telepresença: trata-se da assistência de um profissional de saúde, de forma remota, a um paciente, como no caso do tele-diagnóstico, mediante sistemas de videoconferência, em tempo real.
- Telemonitorização: faz referência à vigilância remota de parâmetros fisiológicos e biométricos de um paciente.
- Telecirurgia: faz uso da telerrobótica, da visão artificial e da realidade virtual.

2.2 Responsabilidade médica e sigilo profissional

A confidencialidade e o respeito à privacidade constituem preceitos morais tradicionais das profissões de saúde, indicando o dever de guarda e reserva, em relação aos dados de terceiros a que se tem acesso, em virtude do exercício da atividade laboral. Deles depende a base de confiança que deve nortear a relação profissional-paciente⁸. Antes mesmo do reconhecimento dos princípios bioéticos e dos direitos humanos fundamentais, o dever de sigilo já era exigido dos profissionais de saúde, especificamente dos médicos – estando inclusive presente no Juramento de Hipócrates^{9,10}.

Todas as informações transmitidas sobre o paciente ao médico consultado só têm respaldo se são permitidas por aquele, de forma livre e consciente, ou pelos seus responsáveis legais, excetuando-se os casos de comprovado perigo de vida iminente. Do ponto de vista do sigilo que cerca a relação médico-paciente, não raro onde se empregam meios eletrônicos, há o vazamento de informações, o que impõe a necessidade de adotar medidas de segurança, a fim de evitar que isso não venha a ocorrer, protegendo-se, desse modo, a confidencialidade¹¹.

Segundo França¹¹, o médico que utiliza a telemedicina diretamente com o paciente, mesmo com seu consentimento esclarecido, não deixa de ser responsável pelos maus resultados advindos deste recurso, seja na conclusão do diagnóstico, do tratamento ou das intervenções realizadas, quando comprovado o descumprimento dos seus deveres de conduta. O médico que solicita de outro colega uma opinião fica responsável pela condução do tratamento e de outra qualquer decisão que venha a tomar na assistência do seu paciente. O médico só pode optar pelo uso da telemedicina se este for o melhor caminho para o seu paciente, sabendo que será responsável pela qualidade da atenção que seu assistido venha a receber. Em vista disso, é preciso avaliar se existe uma estrutura capaz de assegurar que as orientações enviadas serão suficientemente entendidas e em condições de serem colocadas em favor do paciente, conforme as recomendações dirigidas. O médico consultado só deve dar opiniões e recomendações, ou tomar outra qualquer decisão, se a qualidade da informação recebida é suficiente e pertinente para o caso em questão.

Conforme o Código de Ética Médica¹², em seus art. 3º e 4º, é vedado ao médico, portanto:

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

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

Em alguns procedimentos de telemedicina, especialmente os que envolvem telemonitoramento, o paciente assume responsabilidades relativas à coleta e à transmissão de dados a um centro distante. Para isso, deve ser orientado adequadamente para colaborar na transmissão e compreender as informações a serem enviadas (e recebidas). É dever do profissional que atende o paciente assegurar que essas condições sejam cumpridas¹³.

2.3 Brasil: questões éticas e legais na telemedicina

No Brasil, é importante destacar que o Código de Ética Médica proíbe, em seu art. 37, a prescrição de tratamentos ou procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em caso de urgência ou emergência¹². No entanto, em seu parágrafo único institui que “o atendimento

médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina”.

Em Parecer Consulta nº12/2015, o Conselho Regional de Medicina do Pará¹⁴ conclui que consulta por mídias sociais não se constitui ato médico completo, o que inviabiliza, por consequência, o recebimento de remuneração por prescrições ou orientações prestadas. O mesmo Parecer também destaca que, caso seja realizada a anamnese ou exame físico, o envio de novas informações ou resultados de exames pode ser feito por meios eletrônicos, caso o paciente esteja de acordo.

O Conselho Federal de Medicina (CFM), em sua Resolução nº1.643/2002, define e disciplina os serviços de telemedicina, estabelecendo que¹⁵:

Art. 2º - Os serviços prestados através da Telemedicina deverão ter a infra-estrutura tecnológica apropriada, pertinentes e obedecer às normas técnicas do CFM pertinentes à guarda, manuseio, transmissão de dados, confidencialidade, privacidade e garantia do sigilo profissional.

Art. 3º - Em caso de emergência, ou quando solicitado pelo médico responsável, o médico que emitir o laudo a distância poderá prestar o devido suporte diagnóstico e terapêutico.

Art. 4º - A responsabilidade profissional do atendimento cabe ao médico assistente do paciente. Os demais envolvidos responderão solidariamente na proporção em que contribuirão por eventual dano ao mesmo.

Também estabelece, em seu art. 6º, que “O Conselho Regional de Medicina deverá estabelecer constante vigilância e avaliação das técnicas de Telemedicina no que concerne à qualidade da atenção, relação médico-paciente e preservação do sigilo profissional”¹⁵.

No dia 19 de julho de 2016, ocorreu o I Fórum de Telemedicina promovido pelo CFM, ocasião em que foram oficialmente abertos os trabalhos de revisão da Resolução nº 1.643/2002 – principal diretriz ética que rege o uso das metodologias interativas e de comunicação audiovisual e de transmissão de dados com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em saúde. Para o então presidente do CFM, Carlos Vital, “custo-eficácia e segurança são alguns dos principais parâmetros que devem nortear a Telemedicina”¹⁶.

Um ano mais tarde, em 2017, foi publicado o Parecer nº14/2017 do CFM, cuja ementa estabelece¹⁷:

É permitido o uso do Whatsapp e plataformas similares para comunicação entre médicos e seus pacientes, bem como entre médicos e médicos, em caráter privativo, para enviar dados ou tirar dúvidas, bem como em grupos fechados de especialistas ou do corpo clínico de uma instituição ou cátedra, com a ressalva de que todas as informações passadas tem absoluto caráter confidencial e não podem extrapolar os limites do próprio grupo, nem tampouco podem circular em grupos recreativos, mesmo que composto apenas por médicos.

2.4 Telemedicina no âmbito internacional

A telemedicina tem ganhado grande destaque no âmbito internacional, surgindo, conseqüentemente, a necessidade de uma abordagem mais ampla dos aspectos éticos e legais implicados em tal prática. Na Europa, por exemplo, existem diretivas estabelecidas pela Comissão Europeia regulamentando a prática e trazendo, inclusive, uma definição: a telemedicina é a prestação de serviços de saúde, através do uso das TICs (Tecnologias da informação e Comunicação), em situações em que o profissional de saúde e o paciente (ou dois profissionais de saúde) não estão no mesmo local, envolvendo a transmissão segura de dados e informações médicas através de texto, sons, imagens ou outras formas necessárias para prevenção, diagnóstico, tratamento e acompanhamento dos pacientes¹⁸.

Ainda segundo a Comissão Europeia, como serviço de saúde, a telemedicina está incluída no âmbito dos art. 56 e 57 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). No entanto, este não é o único documento que legisla a telemedicina dentro da ordem jurídica europeia. Na verdade, no âmbito do direito europeu, a telemedicina é simultaneamente um serviço de saúde e um serviço de informação (um serviço normalmente fornecido com remuneração, remotamente e por meios eletrônicos a pedido individual). Portanto, ambos os regulamentos – os relativos aos cuidados à saúde e os relativos aos provedores de serviços de Internet – se aplicam.

A fim de que sejam asseguradas as informações dos pacientes, bem como sua privacidade, é preciso que haja, portanto, numa legislação brasileira futura, a garantia que tais dados sejam devidamente preservados, acompanhando o modelo da regulamentação europeia sobre os provedores de Internet.

No que diz respeito à telemedicina, os Estados Unidos são o país mais avançado, e deverão servir de exemplo para outros países em relação à regulação desses serviços¹⁹.

Segundo Prado¹⁹, a regulação da Telemedicina, nos Estados Unidos fica a cargo de cada estado individualmente, o que, de certa forma, cria dificuldades, tendo em vista o fato de que os provedores têm de se adaptar aos diferentes conjuntos de regras de cada local.

Outro fator interessante a ser analisado, conforme pontua Prado¹⁹, é que os médicos norte-americanos precisam ter licença válida no estado onde o paciente estiver localizado para prestar os serviços médicos. E isso significa que as empresas virtuais de telemedicina somente podem atender os usuários cujo médico seja licenciado naquele local. Esse fato também causa dificuldades administrativas para centros médicos de atuação mundial (*world class*).

O autor destaca, ainda, que, em algumas clínicas norte-americanas, os médicos tratam os pacientes via telefone, e-mail ou mesmo chats na web, quando estes voltam para casa. No entanto, só é permitido discutir ou tratar situações em que os pacientes receberam atendimento presencial. Nesse contexto, segundo Steve Ommen – um cardiologista dirigente do programa “Cuidados Conectados” da Clínica Mayo –, se o paciente quiser falar sobre um novo problema de saúde, o médico deve ser licenciado nesse estado para proceder a consulta¹⁹.

Para sanar os problemas de licenciamento nos serviços de telemedicina, vários estados norte-americanos aderiram a um “procedimento” que permitirá que um médico que possua a permissão num estado-membro obtenha, rapidamente, a licença em outro. Alguns defendem que uma solução eficaz seria o reconhecimento automático de um outro estado, como ocorre com a carteira de motorista¹⁹.

Prado¹⁹ ressalta ainda a preocupação dos estados norte-americanos em não entregar o controle da prática médica, razão pela qual procuram aperfeiçoar os regulamentos sobre o atendimento virtual. Com esse intuito, em 2016, mais de 200 Projetos de Lei voltados para a telemedicina foram introduzidos em 42 estados, sendo que vários destes ainda estão buscando defini-la, o que denota que legislar sobre esse tema é algo bastante complexo.

2.5 Proposta de Regulamentação para o Conselho Federal de Medicina

Conforme discutido anteriormente – e considerada a sua importância em nosso sistema de saúde –, faz-se mister a implementação de uma legislação nacional unificada para a telemedicina, a ser elaborada pelo próprio CFM. Tal legislação é fundamental para que haja segurança jurídica nesse setor, permitindo que os atores envolvidos explorem o máximo possível os benefícios do uso das

tecnologias de comunicação e informação, cientes cada qual de suas responsabilidades e direitos.

Nessa legislação, e com base em aprendizados extraídos da legislação europeia, é necessário que se normatize as empresas que implantam a telemedicina, estas entendidas como serviços provedores de informação confidencial. Deve-se exigir, para que atuem na área, comprovação de que utilizam criptografia adequada das informações confidenciais de pacientes e de suas consultas médicas, sob pena de descredenciamento, em caso de vazamentos. Tais informações são de propriedade do paciente, sendo os provedores de serviços – a exemplo da relação dos hospitais e médicos com as informações presentes em prontuários médicos – apenas portadores destas. Portanto, esses serviços não podem usar essas informações, sem a autorização prévia do seu legítimo proprietário, o paciente.

Além de instituir exigências acerca dos provedores de serviços de telemedicina, uma legislação nacional deve normatizar a relação entre médicos e pacientes nesse contexto, a fim de que ambos tenham plena ciência de seus direitos e deveres. O sigilo médico, obviamente, deve ser respeitado, como em qualquer outra atividade médica. Deve-se definir o que exatamente é – e não é – ato médico completo, e onde, exatamente, cabe direito à remuneração para os médicos.

Essa legislação também deve normatizar as diferentes formas de telemedicina, citadas no texto, a fim de servir de base para o desenvolvimento desses serviços, como, por exemplo, a televigilância, definindo como se dará a vigilância de pacientes crônicos, definindo responsabilidades das partes envolvidas e os limites da responsabilidade médica, assim como os procedimentos de renovação à distância de receitas de medicamentos para doenças crônicas.

Outro aspecto a ser incluído numa legislação nacional e unificada é a relação entre dois profissionais médicos que discutem casos entre si, definindo, especificamente, as responsabilidades de cada um. Obviamente, a responsabilidade, em último caso, é sempre do médico que preside o tratamento de determinado paciente. No entanto, no caso de laudos médicos ou de consultas a especialistas, e também em casos de exames, a responsabilidade pode ser compartilhada, na medida da contribuição de cada um para o efeito a ser discutido.

Faz-se mister, portanto, instituir nessa legislação que a preferência sempre é do paciente – isto é, a adoção, ou não, da telemedicina não deve ser norteada pela comodidade do profissional, nem da instituição médica, mas a partir das necessidades específicas de cada paciente e de sua concordância, via consentimento prévio. No entanto, considerando que a atuação médica à distância, com base na deontologia médica, pode gerar responsabilidades no caso de uso

inadequado das ferramentas à disposição ou de situações que podem ser compreendidas como omissão, o médico também deve ser livre para escolher ou rechaçar o uso da telemedicina em seu cotidiano, contudo, sempre partindo do pressuposto do que é melhor para o paciente, e com sua anuência.

3 Conclusão

A telemedicina supõe, portanto, a transmissão segura de dados e informação através de texto, som, imagens ou outras formas necessárias para a prevenção, diagnóstico, tratamento e atenção do paciente. Nesse sentido, ganham especial importância as regras éticas e profissionais relativas à prestação deste tipo de serviço.

Uma das principais conquistas da telemedicina, na visão dos pesquisadores, seria a garantia da prestação de serviço, já que ela pode complementar e potencialmente ampliar a qualidade e eficiência dos métodos tradicionais. É importante ressaltar, ainda, que tal prestação é uma das atribuições de um dos princípios doutrinários do SUS, a universalidade, que determina que todos os cidadãos brasileiros, sem qualquer tipo de discriminação, têm direito ao acesso às ações e serviços de saúde. A adesão a esse princípio fundamental, a partir da Constituição Federal de 1988, simboliza uma grande conquista democrática que transformou a saúde em direito de todos e dever do Estado.

Depreende-se, portanto, a necessidade de uma observação atual sobre os benefícios da telemedicina no cenário médico brasileiro, sendo necessária, então, a análise de modelos de legislação no âmbito internacional com o objetivo de acrescentar preceitos aos posicionamentos do Conselho Federal de Medicina.

O Parecer Consulta mais recente, emitido pelo CRM-PA¹⁴, avança em normatizações mais objetivas e específicas acerca das atividades médicas na telemedicina, tanto na definição do que caracteriza o ato médico quanto definindo direitos e deveres dos envolvidos nessa atividade. Por conseguinte, faz-se necessária uma resolução federal por parte do CFM abordando essas questões, com base em legislações vigentes em países europeus e nos Estados Unidos, que avançaram mais na legislação sobre a telemedicina, e também em casos práticos nacionais e internacionais.

No exemplo europeu, uma das preocupações é justamente como será feito o envio dessas informações, fazendo-se propícias, portanto, legislações acerca dos provedores de Internet para garantir o sigilo das informações. Já no exemplo norte-americano, pode-se perceber claramente uma grande tendência de crescimento no

país, tendo em vista a rápida evolução tecnológica, tendência que se expressa inclusive na grande quantidade de Projetos de Lei nos estados. Há, porém, algumas barreiras envolvendo as legislações diferentes nos estados, no que diz respeito ao reconhecimento do licenciamento dos médicos nos diversos estados, culminando em procedimentos que visam o reconhecimento do serviço do médico nos outros estados.

Referências

1. Souza C, Melo MCB. Aspectos éticos e legais em telemedicina. In: Santos AF, Souza C, Alves HJ, Santos SF. Telessaúde: Um instrumento de suporte assistencial e educação permanente. Belo Horizonte: UFMG; 2006.
2. World Health Organization. Health-for-all Policy for the 21st Century, HQ (document EB101/8). Geneva: WHO; 1997.
3. Craig J, Patterson V. Introduction to the Practice of Telemedicine. In: Wooton R, Craig J, Patterson V. Introduction to Telemedicine. 2nd ed. London: Royal Society of Medicine Press; 2006.
4. Khouri SGE. Telemedicina: análise da sua evolução no Brasil [dissertação]. São Paulo: Universidade de São Paulo, faculdade de Medicina; 2003 [Acessado 13 out. 2017]. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5160/tde-24102007-143128/pt-br.php>.
5. Losada A. Aspectos éticos y médico-legales en la telemedicina: la consulta médica telefónica [dissertação]. Madrid: Universidad Complutense De Madrid, Facultad de Medicina, Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria; 2011.
6. Glowniak J. History, Structure and Function of the Internet. Seminars in Nuclear Medicine (New York). 1998;28(2):135-144.
7. Sabbatini, RME. Capítulo 1: A Telemedicina no Brasil, Evolução e Perspectivas. In: Sabbatini, RME. Informática em Saúde. São Bernardo do Campo: Yendis; 1912 [Acessado 11 nov. 2017]. Disponível em: http://www.sabbatini.com/renato/papers/Telemedicina_Brasil_Evolucao_Perspectivas.pdf.
8. Villas-Bôas ME. O direito-dever de sigilo na proteção ao paciente. Rev. Bioét [Internet]. 2015 [Acessado 01 nov. 2017]; 23(3):513-523.

9. França GV. Comentários ao Código de Ética Médica. 4ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan; 2002.

10. Gracia D. Pensar a bioética: metas e desafios. São Paulo: Centro Universitário São Camilo/Loyola; 2010.

11. França GV. Telemedicina: breves considerações ético-legais. Revista Bioética [Internet]. 2008 [Acessado 13 out. 2017];8(1):107-126. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/266

12. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº1931/2010 [Resolução na Internet]. Código de Ética Médica [Acessado 13 out. 2017]. Disponível em: http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/cem_e_cpep.pdf.

13. Sant'anna RT, Cardoso AK, Sant'anna JRM. Aspectos Éticos e Legais da Telemedicina Aplicados a Dispositivos de Estimulação Cardíaca Artificial. Rev. Reblampa. 2005 [Acessado 13 out 2017];18(3): 103-110. Disponível em: http://www.relampa.org.br/detalhe_artigo.asp?id=111.

14. Conselho Regional de Medicina do Pará. Parecer Consulta CRM/PA nº12/2015 [Parecer na Internet]. Dispõem que consulta por mídias sociais (WHATSAPP, e-mails, etc...) não se constitui ato médico completo. Admitido envio de resultados de exames e/ou novas informações por meio eletrônico, em caso de anamnese e exame físico prévio, a critério médico. Orientação por mídia social não pode ser remunerada [Acessado 13 out. 2017]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/PA/2015/12>.

15. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº1643/2002 [Resolução na Internet]. Define e disciplina a prestação de serviço através da Telemedicina [Acessado 13 out. 2017]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>.

16. Conselho Federal de Medicina. Especialistas discutem desafios da Telemedicina em evento do CFM.

17. 19 de Julho de 2016. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26296:especialistas-discutem-desafios-da-telemedicina-em-evento-do-cfm&catid=3

18. Conselho Federal de Medicina. Parecer CFM nº14/2017 [Parecer na Internet]. Dispõe da permissão do uso do Whatsapp e plataformas similares para comunicação entre médicos e seus pacientes, bem como entre médicos e médicos, em caráter privativo, para enviar dados ou tirar dúvidas, bem como em grupos fechados de especialistas ou do corpo clínico de uma instituição ou cátedra, com a ressalva de que todas as informações passadas tem absoluto caráter confidencial e não podem extrapolar os limites do próprio grupo, nem tampouco podem circular em grupos recreativos, mesmo que composto apenas por médicos [Acessado 01 nov. 2017]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2017/14>.

19. Comissão Europeia. Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Relatório da Comissão sobre a aplicação da Diretiva 2011/24/UE relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços [Acessado 26 out. 2017]. Disponível em: https://ec.europa.eu/health/cross_border_care/docs/2015_operation_report_dir201124eu_pt.pdf

20. Saúde Business [homepage da Internet]. Prado E. Como a telemedicina está transformando a saúde. 26 de agosto de 2016 [Acesso em 12 out. 2017]. Disponível em: <https://saudebusiness.com/como-telemedicina-esta-transformando-saude/>