

TEMAS DE BIODIREITO: RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – aplicabilidade do dano moral e sua reparação no erro médico

THEMES BIOLAW: MEDICAL LIABILITY - applicability of moral damage and its repair in malpractice

Saulo Cerqueira de Aguiar Soares¹ , Ivna Maria Mello Soares²

RESUMO

O presente artigo versa sobre o campo vasto do Biodireito, acerca da tutela da integridade psicofísica, abordando a aplicabilidade do dano moral e sua reparação, buscando estabelecer uma zona de encontro entre a Medicina e o Direito. Nesse contexto, reflete a respeito da prática médica, baseado em legislação, doutrina e, especialmente, no Código de Ética Médica. Isto posto, vislumbra a discussão de temas palpitantes no Biodireito, como o erro médico, iatrogenia, a relação médico-paciente, objeção de consciência religiosa, discriminação genética, *wrongful birth* e *wrongful life*. Fez-se necessário, investigar a função do dano moral e sua aplicabilidade nesses casos, tendo como protagonista o paciente. Por fim, pretendeu-se demonstrar a imperiosidade da formação de um discurso médico e um discurso jurídico sintonizados, na finalidade da concretude da dignidade da pessoa humana. Caracteriza-se como uma investigação teórico-documental, em uma perspectiva doutrinária e legal, aplicada como roteiro. Buscou-se com o estudo canalizar um olhar questionador a respeito de doutrinas dedicadas aos temas dispostos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Médico; Direitos do paciente; Direito à integridade psicofísica; Dignidade da pessoa humana; Responsabilidade civil médica.

ABSTRACT

This article focuses on the vast field of Biolaw, about protection of psychophysical integrity, addressing the applicability of the damage and its repair, seeking to establish a zone of encounter between medicine and law. In this context, reflects on medical practice, based on legislation, doctrine and especially the Code of Medical Ethics. That said, sees the discussion of topics in Biolaw palpitating as medical error, iatrogenic, the doctor-patient relationship, religious conscientious objection, genetic discrimination, wrongful birth and wrongful life. It is necessary to investigate the function of the damage and its applicability in such cases, the

¹ Médico. Professor. Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Associado colaborador da Associação Nacional de Medicina do Trabalho – ANAMT. Pesquisador de Grupo da base CNPq. Especializando em Medicina do Trabalho pela Faculdade de Ciências Médicas de Minas Gerais – FCMMG. Especializando em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário – PUC Minas. Especializando em Auditoria em Saúde – Uninter. Bacharelado em Direito – PUC Minas. Graduação (interrompida) em Filosofia pela Universidade Federal do Piauí – UFPI.

² Mestre em Educação pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Especialista em Direito Educacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Especialista em Fisioterapia Dermato Funcional – CEUT. Especializando em Ergonomia pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Especializando em Fisioterapia do Trabalho - UNIARA. Bacharelada em Direito - PUC Minas. Graduada em Fisioterapia – FSA. Pesquisadora de Grupo da base CNPq.

patient having as protagonist. Finally, we intended to demonstrate the urgent formation of a medical discourse and legal discourse tuned to the purpose of concreteness of human dignity. Characterized as a theoretical and documentary research, in a legal and doctrinal perspective, as applied script. We sought to study the channel a questioning look on doctrines dedicated to topics arranged.

KEYWORDS: Medical Law; Rights patient; Right to psychophysical integrity; Human dignity; Medical liability.

1 INTRODUÇÃO

A Medicina e o Direito são uma arte que cuida do patrimônio mais importante do ser humano: a vida. São áreas que cada vez mais estão criando encadeamentos profícuos, expressando perspectivas de debates mútuos mais diligentes, em decorrência de um entendimento recente da sociedade de questionar a atividade médica no âmbito judicial, em um processo de judicialização da saúde.

A Medicina é uma das profissões mais antigas da humanidade, sendo uma das áreas que o espírito humanista é mais requisitado em seu exercício, diante dos valores assumidos cotidianamente na prática médica, através da missão de proporcionar proteção ao paciente, nos atos de cuidar, orientar e salvar. O curso médico é o de maior carga horária dos cursos superiores, oferecido em tempo integral e dispõe a formar um cidadão com respaldada formação humanista, ética e reflexiva, atuando como promotor da saúde do ser humano. Tais exigências são proporcionadas durante a trajetória do curso, nitidamente seccionada em três etapas, de dois anos cada: ciclo básico, ciclo clínico/cirúrgico, e por fim, o internato médico; no qual o interno convive dentro de hospitais, em ciclos de plantões, de modo que compreende o funcionamento fático da profissão. Tais períodos, principalmente o internato médico, proporcionam ao médico o desenvolvimento de virtudes delineadas com as experiências vividas, convivendo com grande pressão psicológica, particularmente, diante das condições da saúde pública no país.

Nessa questão, vale salientar que, atualmente, o médico trabalha em situações precárias, geralmente, em contratos de trabalho irregulares, labutando em cargas horárias exaustivas, sem o respeito ao intervalo interjornada em plantões consecutivos, em hospitais desestruturados que são um caos, com sobrecarga de atendimento, reféns dos planos de saúde, em um processo que vem culminando em um verdadeiro caso de saúde pública, que é o adoecimento psíquico de quem cuida da saúde da sociedade, pela Síndrome de *Burnout*, doença caracterizada por um esgotamento físico e mental diante da estafa, ocasionada pela

atividade profissional massacrante.

Nesse contexto, Venosa (2012, p. 133) revela que

[...] na Medicina, e sob a influência de idênticas pressões sociais, o médico de família, o experiente clínico geral, amigo e conselheiro, desapareceu. Hoje, o médico, mesmo em pequenas comunidades, deve participar de clínica, hospital, entidade associativa pública ou privada, convênio; na maioria das vezes, em múltiplas atividades concomitantemente. [...] Nessas últimas décadas, a Medicina socializou-se e despersonalizou-se.

Tais condições peculiares e nocivas forjam profissionais com dois vieses: um com admirável resiliência física e emocional, que possuem um forte engajamento social e uma atitude proativa em situações de risco, dessa forma gerando impressões pesadas que a profissão tatua no profissional; já outro viés, a experiência das condições precárias de trabalho os torna demasiadamente embasados na técnica como resultado de uma reação intrínseca totalmente pessoal de defesa mental de afastar a emoção, buscando a própria garantia de sanidade mental. Tais situações *sui generis* requerem dos profissionais da área jurídica maior aprofundamento para julgar temas médicos com precisão, pois só quem é médico compreende o sentimento palpitante de amor e dor de ser um médico.

Em sintonia com o exposto, consoante França (2010, p. 11)

A complexidade desses problemas reside na impotência da Justiça de entrar no mistério do próprio médico. Pensou-se até na criação de um tribunal composto por médicos; pois, segundo seus defensores, é necessário ter exercido a Medicina para saber o que significa essa profissão, em termos emocionais, técnicos e circunstanciais. (FRANÇA, 2010, P. 11)

Ao que se extrai da citação do médico e causídico Genival Veloso de França, é pacífico que o entendimento holístico das litigâncias da área médica incubem que um profissional que tenha essa vivência emocional, técnica e circunstancial avalie-as. Não por acaso, a expressão que uma vez médico, sempre médico é cabível aos que beberam dessa taça. Diante disso, meras elucubrações acadêmicas sobre a atividade médica, na área do Biodireito, ganham um significado bem mais pragmático quando saem dos bancos universitários e chegam aos consultórios médicos e hospitais; ambientes em que são dominados por situações fáticas e situações de risco, que permitem escolhas trágicas, diante da responsabilidade ética, administrativa, civil e penal que decai sobre o médico na sua labuta real, e não especulativa; ante que o médico decide também pelo coração, por viver diariamente cercado de seres humanos enfermos, carentes de atenção e de alguém que possam confiar seu tratamento.

A seu turno, o Direito surge como um conjunto de normas impostas coercitivamente pelo Estado, visando segurança, segundo os critérios de justiça, de relevo prioritariamente sociológico, político e jurídico. Os operadores do Direito são formados, hodiernamente, para desenvolver uma cultura fortemente litigante, o que torna conciliações distantes da efetividade, ampliando, sobremaneira, a judicialização na sociedade. Além disso, o desenvolvimento do curso é prioritariamente técnico, carecendo de uma fase semelhante ao internato médico, em que o concludente passa 2 anos, em tempo integral, em contato direto com o ser humano fora dos bancos universitários. Tal situação, que poderia ocorrer com a integração curricular de 2 anos de prestação de serviços nas Defensorias Públicas, indubitavelmente, promoveria uma humanização dos bacharéis.

Ante tais considerações, surgem pontos de contato entre a Medicina e o Direito, merecendo estudo nas áreas do Direito Médico e do Biodireito; fomentados pelo desgaste e menoscabo da profissão médica na sociedade.

Nesse sentido, Sá e Naves (2011, p. 2) consideram que “não há sujeito que não seja *juridicizado e medicalizado*, porquanto é difícil imaginar no mundo alguma pessoa que nunca precisou de um médico ou nunca se deparou com dúvidas jurídicas”.

Desta feita, a contemporânea realidade acarretou um desenvolvimento progressivo dos estudos dos direitos dos pacientes, tendo como corolário a propositura legítima de ações buscando a reparação por danos, entre eles os morais, quando os pacientes alegam desrespeito a sua integridade psicofísica, como consequência de um ato médico. Cabe tratar que a integridade psicofísica é o conjunto de um todo dos aspectos físicos, morais, psíquicos e intelectuais de um indivíduo. Assim, é pertinente o desenvolvimento de um estudo acerca da tutela da integridade psicofísica no Biodireito, com foco na aplicabilidade do dano moral e sua reparação.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O DANO MORAL

Cumpre salientar, primeiramente, as ideias gerais sobre a responsabilidade civil, que expressa a percepção uma reparação de dano, quando violado uma norma jurídica, de uma obrigação, isto é, um elo jurídico que permite o sujeito ativo de uma relação a exigir do sujeito passivo o cumprimento de uma prestação estabelecida.

No que tange a responsabilidade civil, segundo Diniz (2011, p.11),

[...] é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais. [...] Deveras, a todo instante surge o problema da responsabilidade civil, pois cada atentado sofrido pelo homem, relativamente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial, tornando imprescindível a criação de soluções ou remédios – que nem sempre se apresentam facilmente, implicando indagações maiores – que sanem tais lesões, pois o direito não poderá tolerar que ofensas fiquem sem reparação. (DINIZ, 2011, P. 11)

O Código Civil fundamenta, em regra, a responsabilidade no pressuposto da culpa, ao que se extrai do art. 186, que caracteriza o ato ilícito, tratando que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Em continuidade, o art. 927, do referido instrumento legal, estabelece que “aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”, e no seu parágrafo único dispõe 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”. Atentemos que, nesse parágrafo, a legislação civilista, adota a teoria do exercício da atividade perigosa e a máxima da responsabilidade desobrigada de culpa em caso pormenorizado em lei.

Impende destacar que, a responsabilidade civil médica é subjetiva, diferentemente da responsabilidade dos hospitais, que na visão de Gonçalves (2012, p. 268)

Estão sujeitos à disciplina do referido Código (Código de Defesa do Consumidor), com responsabilidade objetiva e de resultado, os laboratórios de análises clínicas, bancos de sangue e centros de exames radiológicos, como prestadores de serviços.

A temática, em voga, vem alcançando projeção hodiernamente mormente na seara médica, em que pacientes buscam à recomposição de um equilíbrio moral pela propositura de ações judiciais visando a condenação e reparação de danos, incrementando a judicialização da saúde. Entre o médico e o paciente forma-se um contrato, surgindo uma responsabilidade contratual, mesmo que a obrigação médica, em regra, seja de meio. Nesse contrato cabe ao médico tratar o paciente com dedicação e agindo de modo diligente na consecução do tratamento satisfatório, sendo responsabilizado quando provado a imperícia, negligência ou imprudência.

A caracterização de relação contratual, tem como corolário o ônus da prova ao médico (art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor), cabendo ao paciente somente

demonstrar a evidência do dano sofrido. Logo, encarregado do *onus probandi*, só não cabe reparar se provar culpa exclusiva do paciente, caso fortuito ou força maior.

Em entendimento contrário a relação contratual entre médico e paciente, o Código de Ética Médica - CEM, no capítulo de princípios fundamentais, dispõe no inciso XX que:

A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo. (BRASIL, CEM, XX)

Destarte, o CEM contraria o exposto no CDC, tendo em vista que o médico é, juridicamente, o fornecedor e que a atividade médica é um serviço prestado, caracterizando a relação médico-paciente como relação de consumo. Assim, o disposto no inciso XX só alcança sentido quando compreendido à luz do julgamento ético no Conselho, que distancia o CDC dessa apreciação. Nesse aspecto, expõe Barros Júnior (2011, p.94-95) “o inciso também é inconstitucional [...] da forma redigida, quebra a isonomia entre todos os profissionais liberais, privilegiando o médico ao tentar excluí-lo das regras consumeristas, ainda que apenas em âmbito ético”. Analisando o mesmo inciso, França (2010, p. 36) avalia: “o Código de Defesa do Consumidor é lei de ordem pública e de interesse social, e assim se aplica a todos os casos abrangidos nesta ordem. Logo o médico não poderia fugir a esta regra”.

Os questionamentos jurídicos acerca da responsabilidade civil médica vem promovendo o crescente fenômeno da judicialização da saúde. No que se refere a esse processo da judicialização assevera Viana *et al.* (1999, p.8) que “o Judiciário, antes um poder periférico [...], distante das preocupações da agenda política e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social.”

Ademais, refletindo sobre o campo do agir médico, Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.266), consideram que

Poucas atividades profissionais envolvem uma carga tão grande de emotividade quanto a medicina. Ter a vida de um paciente, em suas mãos, esvaindo-se como grãos de areia na ampulheta, tendo de decidir os rumos a serem tomados, antes que seja tarde demais é uma atribuição para verdadeiros vocacionados, como um sacerdócio estabelecido para o bem da coletividade. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012, P. 266)

É notória a despersonalização da atividade médica e isso ocorreu pela excessiva especialização médica, que os torna cada vez menos preocupados com o paciente como um todo, e os veem como uma doença que merece ser tratada. Ao abordar essa questão,

Gonçalves (2012, p. 259) arremata que “convém lembrar que não se exige que a culpa do médico seja grave, para responsabilizá-lo. Esta severidade é ainda maior no tocante aos médicos especialistas”.

Diante dessa óptica nefasta, aumenta consideravelmente as chances de erro médico, que hoje, não são toleradas em virtude da precariedade da relação médico-paciente em que o médico é escolhido não por confiança, mas sim por uma relação fria do plano de saúde. Hoje, instituições hospitalares está tornando o exercício médico um investimento, e a busca de retorno rápido está desmoralizando a profissão, fomentando a judicialização da saúde.

No campo da reparação, o restabelecimento do equilíbrio e harmonia violados pelo dano, constitui o fundamento da propositura de ação de indenização. Quando o dano não lesa o patrimônio mas atinge os direitos da personalidade, quer dizer, a esfera personalíssima, é considerado dano moral, reconhecido pelo art. 5º, V, da Constituição Federal.

Assim o dano moral, na compreensão de Cavalieri, citado por Gonçalves (2012, p. 380-381), só deve ser considerado quando ocorre:

dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa e irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo” (GONÇALVES, 2012, P. 380-381)

Ao que se extrai, para ser considerado dano moral cogitado indenizável é imprescindível que seja caracterizado a gravidade do caso concreto, afim de evitar que contratempos do cotidiano sejam ressarcidos.

2.1 OFENSA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE – a integridade psicofísica

Os direitos da personalidade são concernentes à tutela da pessoa humana, imprescindíveis a sua dignidade. Hodiernamente, os direitos da personalidade englobam o âmbito privado, por apresentar um agrupamento de particularidades da pessoa humana, que demandam proteção jurídica; e, entre esses atributos está a vida, o corpo físico, mental e emocional, compondo a integridade psicofísica. Assim, fica claro que os direitos da personalidade são direitos resultantes desses atributos, colimando a dignidade da pessoa humana.

Diante disso, os direitos da personalidade são conferidos a todas pessoas e oponíveis *erga omnes*, sendo genéricos, indisponíveis, irrenunciáveis e vitalícios, com base na dignidade da pessoa humana, elegida como fundamento da República, no art. 1º, III, da Constituição Federal, operando como cláusula geral de tutela da personalidade. Em sintonia, um capítulo do Código Civil foi dedicado aos direitos da personalidade, dos arts. 11 ao 21, pretendendo à sua salvaguarda.

No que tange ao direito à integridade física esclarece Gonçalves (2011,p. 193) que

Compreende a proteção jurídica à vida, ao próprio corpo vivo ou morto, quer na sua totalidade, quer em relação a tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização, quer ainda ao direito de alguém submeter-se ou não a exame e tratamento humano. A vida humana é o bem supremo. Preexiste ao direito e deve ser respeitada por todos. É bem jurídico fundamental, uma vez que se constitui na origem e suporte dos demais direitos. Sua extinção põe fim à condição de ser humano e a todas as manifestações jurídicas que se apoiam nessa condição. (GONÇALVES, 2001, P. 193)

Nessa esteira, da compreensão da vida humana como bem humano, está inserido o direito a integridade psicofísica, abrangendo a saúde física e mental.

Não podemos olvidar que a integridade psicofísica está respaldada pelos estudos da psicopatologia, que é o ramo da ciência que trata da natureza das doenças mentais. Para tanto, é necessário determinar um conceito de normalidade, que expressa controvérsia em virtude dos desdobramentos inerentes a psiquiatria legal ou forense. A Medicina exhibe diversos critérios de normalidade em psicopatologia, e é preciso avaliar em qual a integridade mental encontra-se abalada.

Entre esses conceitos de normalidade, Dalgarrondo (2007, p.26-27) destaca a normalidade como ausência de doença (ausência de sinais e sintomas); normalidade ideal (utopia); normalidade estatística (aplicada a fenômenos quantitativos); normalidade como bem-estar (aplicado o conceito da Organização Mundial de Saúde, de saúde como completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente como ausência de doença); normalidade funcional (quando causa sofrimento para o indivíduo ou grupo social); normalidade como processo (considerando as crises próprias de determinados períodos etários, como em adolescentes, idosos); normalidade subjetiva (percepção do próprio indivíduo sobre seu estado de saúde); normalidade como liberdade (entendida como a “fossilização das possibilidades existenciais”) e por fim a normalidade operacional (com fins pragmático a partir de uma operacionalização de conceitos).

Em face do exposto, avalia-se que antes de definir a ocorrência de um dano a integridade mental do indivíduo é preciso avaliar em qual esfera ela foi lesada, pois os critérios de normalidade e de doença em psicopatologia são variáveis; necessitando, obviamente, do diagnóstico promovido por um médico do trabalho, psiquiatra ou perito médico acerca dos casos; dado que profissionais sem formação específica não tem capacitação para diagnosticar doenças clínicas ou mentais.

3 O BIODIREITO E A PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE PSICOFÍSICA

O Biodireito surgiu como consequência dos impactos provenientes das inovações médicas por meio do progresso científico da Medicina, diretamente vinculados ao agir médico e a relação médico-paciente, visando as garantias da proteção da integridade psicofísica do indivíduo, em um sentido de humanismo jurídico. O direito à vida e a integridade físico-mental, isto é, psicofísica, é protegida por normas jurídicas, recebendo tutela civil e proteção jurídico-penal.

A seu turno, o direito à saúde física e mental é direito de todos e dever do Estado, conforme preceituado na Carta Magna. No entanto, tal norma programática não vem sendo devidamente respeitada, em parte, pelas situações expostas por Diniz (2009, p. 155-156) ao fazer referência que

[...] infelizmente, no Brasil, têm havido falhas gritantes nos serviços de saúde, como: hospitais péssimos e em más condições; filas imensas de pacientes à espera de um tratamento; pressão para atender apadrinhado, amigo ou indicado; observância à estrita ordem de chegada, sem contemplação da gravidade de cada caso, despreparo dos serviços de urgência para os primeiros socorros, esquecimento de que o paciente é a maior prioridade de uma instituição de saúde; falta de rapidez nos procedimentos diagnósticos e terapêuticos; atendimento desatento e grosseiro; falta de verbas para a aquisição de material cirúrgico e de medicamentos; deterioração da conduta ética dos profissionais da saúde; despreparo de certos médicos e psiquiatras para o exercício de determinadas tarefas; falta de humanização da assistência a saúde mental; obrigação médica de enfrentar situações que conflitam sua formação e com o passado hipocrático, por serem de difícil solução, tais como eutanásia, antinatalidade, aborto, fecundação artificial, clonagem, uso de órgãos e tecidos em transplantes, possibilidade de não prolongar a vida de paciente terminal, esterilização humana, experiência científica em seres humanos etc. (DINIZ, 2009, P. 155-156)

Com efeito, todas os cenários expostos pela doutrinadora são vivenciados no sistema de saúde brasileiro, vitimando tanto os pacientes quanto os médicos, merecendo um estudo aprofundado das causas dessas situações. A problemática nos dias atuais é fruto principalmente do citado conflito entre a formação hipocrática do médico, de sempre salvar

vidas, independentemente das ponderações dos pacientes. Para tanto, o Biodireito protege a integridade psicofísica dos pacientes, no sentido de resguardar um humanismo jurídico.

4 TEMAS DE BIODIREITO: aplicabilidade do dano moral e sua reparação

Para análise da aplicabilidade do dano moral é pertinente distinguir o dano moral direto e o dano moral indireto, na feição do dano indenizável. O dano moral direto é considerado uma lesão característica de um direito extrapatrimonial, enquanto o dano moral indireto a lesão é de natureza patrimonial, mas, de maneira reflexa, produz detrimento no âmbito extrapatrimonial, por exemplo, o motorista de transporte coletivo que em cirurgia oftalmológica, por erro médico, perde a visão consideravelmente sendo desse modo considerado inapto a função, afora o prejuízo remuneratório, ocasiona repercussões na esfera moral do trabalhador.

A reparação dos danos morais, conforme Gonçalves (2011, p. 188), tratando sobre a característica da imprescritibilidade dos direitos de personalidade, elucida que:

Malgrado o dano moral consista na lesão a um interesse que visa a satisfação de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos de personalidade, como a vida, a honra, o decoro, a intimidade, a imagem etc., a pretensão à sua reparação está sujeita aos prazos prescricionais estabelecidos em lei, por ter caráter patrimonial. (GONÇALVES, 2011, P. 188)

A reparação de danos morais consiste em uma expectativa ao lesado em retribuição compensatória pela lesão sofrida, de modo que atenuie as suas repercussões no indivíduo, auferindo condição sancionadora. Compreende-se que a indenização não visa a reparação da dor e sofrimento causados pela lesão sofrida, não tendo a indenização pecuniária o condão de acabar com o sofrimento de uma mãe, que perdeu seu filho em virtude de negligência, em que o obstetra, com o intuito de passar os casos para o próximo plantonista, deixa de realizar o parto, causando sofrimento fetal não diagnosticado e provocando a morte intra-útero, levando a dano psicofísico aos pais.

Cabe indenização moral também ao candidato de obter ou renovar carteira de habilitação de motorista, que presta exame médico, para análise de aptidão oftalmológica, com especialista em Medicina do Tráfego, seja obrigado por os olhos em contato com o aparelho sem prévia higienização, acarretando a possibilidade de infecção ocular.

No que concerne a casos de erro médico, em processos cirúrgicos, determinadas vezes, cumulativamente, encontra-se possível a reparação por danos estéticos, pois uma única ação ilícita pode promover a imperiosidade de mais de uma indenização. Isto posto, exara a

súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, que precisou que “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. Por exemplo, em uma situação de falha anestésica em que ocorra uma intercorrência cirúrgica, e pelo fato omissivo, bastante corriqueiro no ambiente cirúrgico, do anestesiológico não encontrar-se na sala de operação, o paciente venha a sofrer lesão que ocasione dano estético, cabe reparação.

Em continuidade ao trabalho do médico anestesiológico, sua atividade é de obrigação de resultado, malgrado a regra de ampla parcela das especialidades médicas ser de meio. Assim, o anestesiológico, tem a obrigação de alcançar o resultado esperado, tendo zelo com o paciente durante a cirurgia, no pré e pós-operatório; devendo responder judicialmente por dano moral mesmo quando sem culpa, pois tem a obrigação de anestésiar e recuperar o paciente. Desigualmente, considera Sebastião (2000, p.90) que a “natureza reserva segredos que ainda se conservam fora do alcance da Medicina”, tendo em vista que intercorrências ocorrem. Porém, o argumento não tem plausibilidade, tendo em vista que, a maioria dos erros dos anestesistas ocorrem pela omissão peculiar de não realizar a consulta pré-anestésica e de não manterem-se ao lado do paciente durante todo o procedimento cirúrgico e no acompanhamento pós-cirúrgico, realidade sabida por quem convive no meio médico, ressalvado, que não pode ser considerado atitude generalizada.

A reparação do dano moral, busca apurar um montante indenizatório que tenha parâmetros, a fim de evitar arbitrariedades, como valores simbólicos ou enriquecimento ilícito da parte. Nesse aspecto, cabe ponderação judicial em avaliar a gravidade, extensão e natureza da lesão promovida, levando em conta o contexto da atividade médica do país, e o histórico do profissional no conselho de classe e perante os demais profissionais do ambiente em que exercia a atividade, atendendo o critério da razoabilidade, ao mesmo tempo, que criando um atmosfera pedagógica, para que outros profissionais médicos aperfeiçoem suas condutas, na busca da manutenção da integridade psicofísica de seus pacientes.

4.1 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A relação médico-paciente se desestruturou ao longo do tempo, agora o paciente adquiriu o *status* de consumidor. Vale dizer que, essa relação, vem sendo prejudicada, atualmente, pelo avanço da tecnologia médica, a medida que vem depreciando a semiologia médica, tornando a relação médico-paciente conflituosa. Nesse ponto, França (2010, p. 14) trata que “muita gente já admite que o próximo pleito em favor dos direitos humanos será travado num consultório médico ou numa enfermagem”.

Acerca das consequências das pressões sociais que o médico vem sofrendo, Venosa (2012, p. 133) revela que

Nessas últimas décadas, a Medicina socializou-se e despersonalizou-se. A necessidade premente de especialização faz com que a relação médico-paciente seja quase exclusivamente profissional. Continua a Medicina a ser uma arte, mas sob diverso contexto. O paciente, nessas premissas, raramente terá condições de ponderar e escolher o profissional e o tratamento adequado para seu mal. (VENOSA, 2012, P. 133)

Ao que se extrai, a relação médico-paciente, hoje, é precária, por responsabilidade dos caminhos que a própria sociedade e os médicos desenharam, ao desvalorizar os profissionais médicos da família, a reverenciar as excessivas especializações, a desejar a solicitação de inúmeros e sofisticados exames complementares, além da busca maciça de planos de saúde, que impõe aos pacientes escolher seu médico por uma lista, ao invés da criação de vínculo entre médico e paciente.

A relação médico-paciente está sendo destruída por grupos econômicos, que, geralmente, tendo como membros médicos, realizam a exploração de colegas de profissão, atentando contra o art. 58 do CEM, que dispõe que “é vedado ao médico o exercício mercantilista da Medicina”. Nesse processo, por exemplo, ampla parte das clínicas terceirizadas de Medicina do Trabalho, responsáveis pelos exames ocupacionais dos trabalhadores auferem lucro em prejuízo aos pacientes, pois comercializam programas de saúde ambiental e médica; sendo coniventes com ilegalidades trabalhistas, produzindo riscos no ambiente de trabalho, na medida que os próprios profissionais responsáveis pelos exames são vítimas do mercantilismo da Medicina, promovida por empresários do setor.

Além do mais, muitos médicos ainda vivem sob uma óptica do passado paternalista, considerando que o paciente não tem autonomia de decidir sobre seu destino e acerca de sua terapêutica, falhando no direito de informar. Entre os deveres médicos, está o de instruir seus pacientes utilizando vernáculo adequado visto que muitos médicos, em uma atitude obsoleta, usam jargões médicos para tratar da doença com o paciente, afastando assim o paciente do protagonismo de sua própria vida.

Entrementes, no que se refere a respeito do posicionamento dos pacientes nessa relação, conforme explicita Lopes (2011, p. 303) é expressivo o detalhamento que “o indivíduo doente sente-se impotente e dependente, sentimentos estes que remontam à situação infantil da necessidade de cuidados maternos”.

Ao que se depreende, o paciente busca no médico mais do que um profissional apto a condução de seu tratamento, deseja ao bem da verdade um amigo, em um processo de transferência de cuidado pueril. Todavia, o médico não costuma atender a esses critérios em sua integralidade, o que leva o paciente a estabelecer um relacionamento competitivo e desafiador diante desse, prejudicando a relação médico-paciente.

Ademais, importante abordar nessa contenda o sigilo médico, papel que é dever *prima facie* em decorrência da natureza da confidencialidade da relação médico-paciente. O Código de Ética Médica dedica todo o capítulo IX, 7 artigos, para regular o sigilo médico, vedando expressamente o profissional: “revelar fato que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente[...]”(art. 73); “revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais[...]”(art. 74); “fazer referência a casos clínicos identificáveis[...]” (art. 75); “revelar informações confidenciais quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições[...]”(art. 76), entre outras vedações.

Ao que se exara, o sigilo profissional preservado é um sustentáculo que assegura uma relação médico-paciente. O médico que desrespeita o sigilo do paciente pode promover exposição ilegal da vida de seu assistido, causando constrangimento no âmbito familiar e profissional, ensejando danos morais.

4.2 IATROGENIA E ERRO MÉDICO

Nesse campo, cabe primeiramente, ter noção que iatrogenia e erro médico são eventos diversos, contado cada qual com peculiaridades.

Ao avaliar os caracteres do erro médico, Diniz (2009, p. 673) dispõe que:

O erro médico poderá, didaticamente, ser classificado em: a) erro de tratamento[...] b) erro de diagnóstico e de prognóstico [...] c) erro na dosagem de medicamentos. Em todas essas hipóteses o médico deverá ter agido com imperícia, imprudência ou negligência, causando dano à saúde ou à vida de seu paciente, para que tenha a obrigação de indenizar. (DINIZ, 2009, P. 673)

Ao que se consubstancia, na caracterização do erro médico, primeiramente é necessário observar se adveio imperícia, imprudência ou negligência médica. Entende-se a imperícia como o despreparo técnico da atividade que realiza. Não parece verdadeiro

acreditar que por estar habilitado considerar-se todos médicos peritos, isso em virtude da abrangência das especialidades médicas, atualmente 53 legalmente regulamentadas. Desse modo, profissional que age fora de seu campo de especialidade pode ser questionado sobre imperícia no fazer médico, diante da impossibilidade de comprovar com título da especialista na área. Por exemplo, radiologista que não detenha título de especialista na área e que erre o diagnóstico de um exame de ultrassom gestacional, vindo a causar dano ao feto ou a gestante, pratica imperícia médica.

Adiante, a imprudência consiste na ação ou omissão médica em que o profissional não assumiu os procedimentos de cautela com o paciente, mesmo tendo perícia na área da especialidade. Por fim, a negligência, ocorre quando o médico não faz o que cabe ser feito, ao não empenhar-se adequadamente no tratamento do doente. Por exemplo, a situação corriqueira em hospitais universitários, que médicos deixam de realizar os procedimentos cirúrgicos na integridade ou até mesmo faltam os plantões, para que somente os estudantes de Medicina realizem o serviço que era de sua obrigação, consiste em uma negligência médica do preceptor.

Ainda, o CEM, art. 50, determina que “é vedado ao médico acobertar erro ou conduta antiética de médico”. Desse modo, qualquer médico que encubra ou oculte erro médico de colega também comete infração ética, mesmo sem ter participado do erro do médico que cometeu o erro profissional.

Esclarece com bastante autenticidade e precisão, Diniz (2009, p. 667-668) ao tratar do erro médico:

Hodiernamente, o insucesso médico não tem sido tolerado, em razão dos seguintes fatores concorrentes: a) utilização da tecnologia, que trouxe enorme desenvolvimento à ciência médica, por colocar à sua disposição meios para diagnósticos e prognósticos e por permitir tratamentos que possibilitam a recuperação ou o prolongamento da vida de portadores de moléstias tidas como fatais, mas que, por serem de difícil controle, introduziram um alto risco; b) massificação da medicina, que fez com que a relação médico-paciente se tornasse impessoal, não mais havendo o médico de família, a quem todos respeitavam e confiavam; c) formação de fundos para cobertura de eventuais indenizações por lesões causadas pelo profissional da saúde; d) uso de planos de saúde, em que o paciente escolhe o médico da lista que lhe é oferecida pela empresa administradora, de acordo com sua comodidade, por ser, por exemplo, o mais próximo de sua residência, sem se ater à sua competência, e depois verifica, após o pagamento de prestações por longos anos e a ocorrência de um acontecimento fatídico, a falta de cobertura para determinados exames e a limitação dos meios diagnósticos e de cura impostos pelo seguro-saúde; e) maior sofisticação no tratamento médico, que submete o paciente a uma bateria de exames até chegar a um diagnóstico, e intervenções cirúrgicas cada vez mais ousadas; f) a pressa do atendimento médico, principalmente em postos do INSS e naqueles dependentes do Poder Público, para diminuir a enorme fila de espera; g) a crise do atendimento médico pela despersonalização, pois o paciente nem sequer conhece o médico que irá atendê-lo,

pelas péssimas condições de trabalho, pela deficiência de equipamentos e escassez de remédios, impossibilitando um mínimo de cuidado para um tratamento adequado, principalmente da população de baixa renda, e pela carência de recursos mínimos. Tudo isso faz com que muitos profissionais da saúde venham a trabalhar sob a verdadeira espada de Dâmocles; h) a especialização, que transforma o médico num técnico altamente adestrado, que, em regra, recebe pacientes transferidos de outros colegas; i) a crescente mobi-mortalidade da população brasileira; j) a capacitação tecnológica para a descoberta do erro médico, como, por exemplo, a tomografia computadorizada ou a ecografia; k) o mercantilismo desenfreado, que se dá por ato de médico especializado ou empresa médica comprometida com o lucro etc. (DINIZ, 2009, p. 667-668)

Analisando pormenorizadamente, o uso de planos de saúde contribuiu sobremaneira para o aumento das demandas de erro médico, pois a lista apática do plano prejudica a relação médico-paciente. Outrossim, a superespecialização médica, vem levando a um “adestramento” profissional, em que cada especialista só se interessa em tratar sua área, sem considerar o paciente como um conjunto de sistemas, que para atingir a saúde integral necessita de uma conexão entre as especialidades. Nesse aspecto, o mercado e o meio médico, desde os bancos da graduação, exige que o profissional apresente um *status* de especialista, o que vem provocando o surgimento de médicos tão especializados que não são capazes de criar uma boa relação médico-paciente, em que o doente sinta que o médico não está tentando tratar somente sua área, mas sim ouvir suas queixas na integridade, inclusive de outras áreas. Há ainda, o mercantilismo médico, que vem dissolvendo a qualidade do atendimento médico, na medida que os profissionais precisam entrar em grandes clínicas para conseguir atuar no mercado até que consigam uma clientela suficiente para abrirem seu próprio consultório.

Por outro lado, a iatrogenia consiste em um dano físico ou mental, provocado pelo médico, mas não um erro profissional, considerando que a lesão apresentada no paciente foi decurso necessário da doença enfrentada, a exemplo do médico que necessite amputar membro de paciente diabético. Nesse caso, a lesão de amputar um membro, promovida pelo médico, é justificada como medida terapêutica de evitar maior perda ao paciente, dado a fisiopatologia da doença, analisado, obviamente, cada caso concreto.

Tratando da iatrogenia, Gonçalves (2012, p. 262-263) assinala que

não se tem considerado como culpável o erro profissional que advém da incerteza da arte médica, sendo ainda objeto de controvérsias científicas. É que a imperfeição da ciência é uma realidade. Daí a escusa que tolera a falibilidade do profissional[...]
[...] Não acarreta a responsabilidade civil do médico a “iatrogenia”, expressão usada para indicar o dano que é causado pelo médico, ou seja, o prejuízo provocado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados. Aproxima-se de uma simples imperfeição dos conhecimentos científicos, escudada na chamada falibilidade médica, sendo por isso escusável. (GONÇALVES, 2012, p. 262-263)

Portanto, é preponderante sempre balizar as situações demandadas, observando de forma precedente ao classificar como erro médico, se não consiste em iatrogenia, diante das consequências advindas de cada definição; em virtude que somente é indenizável o erro médico.

4.3 LIBERDADE DE CRENÇA E RELIGIÃO E OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA

Não obstante, no exercício da profissão médica, em algumas ocasiões é pertinente a indicação de hemotransfusão. No entanto, alguns pacientes recusam-se a receber hemocomponentes e hemoderivados, mesmo que o peso dessa decisão leve até mesmo ao próprio óbito; expondo convicções de crença religiosa que proíbem tal tratamento, utilizando a objeção de consciência religiosa, a exemplo dos integrantes da comunidade dos testemunhas de Jeová (TJ).

Nesse panorama, é necessário compreender os fundamentos dos TJ, por não aceitarem tratamentos que envolvem transfusão sanguínea, e em relação a isso, ressalta Azambuja e Garrafa (2010, p.706) que

o responsável por estabelecer proibição à transfusão de sangue, a vacinas e a transplantes de órgãos entre as testemunhas de Jeová foi Nathan Homer Knorr. Segundo a revista *The Watchtower* de 1º de dezembro de 1944, a proibição de comer sangue que, consta na Bíblia, deveria ser estendida aos tratamentos médicos. Em 1945, esta proibição foi ampliada, incluindo também sangue de animais, transplante de órgãos, tecidos e vacinas.[...]Eis algumas passagens que se referem a abstinência de sangue, à busca da boa saúde e ao sangue como a alma dos seres: Gênesis 9: 3, 4, 5, 6; Levítico 17: 10, 11, 12, 13 e 14; Atos dos Apóstolos 15: 20, 28 e 29; e Deuteronômio 12: 23, 24 e 25; 1 Samuel 14: 32, 33, e 34. (AZAMBUJA E GARRAFA, 2010, p. 706)

Portanto, a polêmica rege porque os integrantes da comunidade TJ não admitem a transfusão de sangue alogênico (sangue de outra pessoa) e sangue autólogo (sangue próprio armazenado), decorrente de uma interpretação própria de trechos bíblicos, por compreender que há uma ordem bíblica de que o sangue é sagrado. Nesse contexto, avalia-se que para os TJ a transfusão ganha semelhança com o ato de comer sangue e, por isso, levaria a perda da vida eterna. Ademais, muitas vezes utilizam o argumento de questionar a qualidade dos procedimentos dos bancos de sangue para reforçar a recusa.

Analisando sob a perspectiva hematológica, vale assinalar que os TJ aceitam receber

infusão com expansores sintéticos cristalóides e colóides, tais como soro fisiológico e ringer lactato. Porém, Triulzi (2003, p.12), considera que “os concentrados de hemácias são indicados no tratamento da anemia em pacientes normovolêmicos que necessitam de transporte de oxigênio e de massa eritrocitária.” Por sua vez, expõe Henry (2008, p.1254), “a principal indicação do concentrado de hemácias é aumentar a capacidade de transporte de oxigênio do sangue em pacientes com anemia crônica”. Ainda, segundo Ferreira et al. (2005, p. 180), as transfusões em que são solicitados concentrados de hemácias têm por finalidade aumentar a capacidade de transporte de oxigênio do sangue pelo aumento da concentração de hemoglobina. Ressalta-se, então, que cientificamente é necessário a transfusão de sangue para o restabelecimento do transporte de oxigênio no corpo humano. Todavia, segundo Sgreccia (1996, p. 640), a hemotransfusão causará constrangimento e um prejuízo moral a TJ, devido às regras de sua doutrina.

Do ponto de vista jurídico, a Constituição Federal (CF) de 1988, protege amplamente os preceitos de cada religião, dispondo a inviolabilidade “liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos”, garantida, ainda “na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (art. 5º, VI). Esse direito dá subsídio para as diversos grupos religiosos no nosso país, como as TJ. Portanto, os médicos devem respeitar o direito dos TJ professarem sua religião e de suas crenças, sem realizar juízo moral de valor.

Infraconstitucionalmente, o Código Civil, no art. 15, dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Elucidando o artigo em questão, o enunciado n. 403 da V Jornada de Direito Civil, realizada em 2012, pelo Conselho da Justiça Federal, explicita:

o Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5o, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante. (BRASIL, CJF, VJDC, E. 403)

Dessarte, o médico, atendidos os critérios expostos no enunciado acima, deve conforme preceitos legais, não salvar a vida do paciente que não aceita receber transfusão de sangue, por objeção de consciência, respeitando a sua tomada de decisão. Contudo, essa situação entra em conflito com a ética médica, exposta no art. 31 do CEM, que permite o

médico realizar a transfusão de sangue, em caso de iminente risco de morte, mesmo desrespeitando o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente. O CEM entende dessa maneira pois o médico é formado para salvar vidas, respeitando o juramento de Hipócrates. Além de que, atuando desse modo, em casos de iminente risco de morte, o médico age em exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal, configurando excludente de ilicitude, nos termos do art. 23 do Código Penal.

De plano, a liberdade apresenta-se como questão base nesses casos, visto que o indivíduo, por motivos de crença religiosa, aceita as consequências, como a morte, frente à liberdade de seu pensamento; que o sangue transfundido é algo desonroso perante Deus; ou seja, na verdade, o integrante dos TJ não tem o interesse de suicídio, somente desejam tratamento alternativo que não envolva hemotransfusão.

Entendem Sá e Naves (2011,p. 220), ser possível a objeção à transfusão de sangue por parte de pessoas maiores e capazes, em razão do princípio da autonomia privada. Entretanto, acreditam ser imprescindível que a manifestação seja expressa e nunca presumida.

Arremata Heringer Júnior (2007, p. 83) ao considerar que “se não se trata de busca voluntária da própria morte, toda pessoa maior e capaz tem o direito de recusar submeter-se a tratamento médico que contrarie suas convicções, principalmente religiosas”.

4.4 DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA

No domínio internacional, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997, define em seu art. 1º que o genoma humano é patrimônio da humanidade, e dispõe em seu art. 6º que “nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas, que vise violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana”.

Adicionalmente, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos, de 2003, determina nos artigos 13º, 14º e 15º que os Estados têm a incumbência de manter a privacidade dos dados genéticos, coibindo o repasse de informações a companhias de seguro, empregadores e instituições de ensino.

Insculpido no Código de Ética Médica, como princípio fundamental, o inciso XXV determina:

Na aplicação dos conhecimentos criados pelas novas tecnologias, considerando-se suas repercussões tanto nas gerações presentes quanto nas futuras, o médico zelará

para que as pessoas não sejam discriminadas por nenhuma razão vinculada a herança genética, protegendo-as em sua dignidade, identidade e integridade. (BRASIL, CEM, XXV)

O CEM inovou com esse dispositivo em relação aos códigos anteriores, ao estabelecer um vínculo entre os médicos, pacientes e as consequências das tecnologias de manipulação genética, afastando dos médicos condutas que possam trazer malefícios para a sociedade, em processos que permeiem a discriminação genética. O que se torna claro é que o médico cientista, somente pode participar de qualquer atividade de engenharia genética para o diagnóstico e terapêutica de anomalias, tendo como objetivo o benefício da saúde do paciente, com cautela de não fomentar a eugenia ou disgenia, à medida que as pessoas não sejam discriminadas por nenhuma razão vinculada à herança genética.

Nesse fio condutor, a terapia gênica suscita a polêmica da eugenia ao que alude o aperfeiçoamento de uma amostra. Compreende-se como um movimento eugênico a intenção de melhorar a espécie humana. Tema oposto, e não tão amplamente debatido é a disgenia, em que consiste na avaliação dos genes que causam prejuízo a comunidade, a exemplo de portadores de doenças genéticas que pelo melhor tratamento conseguissem manter-se vivas, iriam pela reprodução aumentar na sociedade os genes deletérios da doença, ocasionando uma degeneração da saúde coletiva.

Acerca do direito a não-discriminação genética, Sá e Naves (2012, p. 205) consideram:

A discriminação genética eleva o patrimônio genético a critério definidor de oportunidades e deveres. A desigualdade instaura-se pela determinação de que características genéticas podem fazer com que um indivíduo seja escolhido ou preterido para certa relação ou situação jurídica. Exemplo disso, poderíamos citar o exame admissional, que condicionasse a contratação às condições genéticas do indivíduo. (SÁ E NAVES, 2012, p. 205)

Com efeito, é essencial a preservação da privacidade da informação genética, conforme assevera Diniz (2009, p. 443-444):

[...] os resultados dos testes genéticos de uma pessoa não poderão ser comunicados a ninguém sem o seu consentimento, salvo a familiares com elevado risco genético, falhando os esforços para obtenção da permissão do probando. Isso é assim porque o DNA representa a programação biológica da pessoa no seu passado, presente e futuro. O art. 7º da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos prescreve que quaisquer dados genéticos associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de pesquisa ou para qualquer outra finalidade deverão ser mantidos em sigilo, e acrescenta o art. 9º que, com o escopo de proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, as limitações

aos princípios do consentimento e do sigilo só poderão ser prescritas por lei, por razões de força maior, dentro dos parâmetros da legislação pública internacional e da lei internacional dos direitos humanos. Como toda informação genética deve ser confidencial, a difusão indevida da composição genética de uma pessoa é, portanto, legalmente vedada. (DINIZ, 2009, p. 443-444)

A intimidade genética se revelada pode ser aproveitada para benefício de terceiros, por empregadores e seguradoras, ocasionando um efeito inconveniente no interesse das pessoas. Nesse diapasão, as companhias de seguros de vida e seguradoras desejariam ter acesso a toda informação genética de um indivíduo, para fins de cálculo dos prêmios, configurando discriminação. Além do mais, os empregadores ainda teriam a disponibilidade de obter as informações genéticas com o intuito de selecionar os empregados de confiança para reduzir o absenteísmo e presenteísmo nas empresas.

Tange tratar que o citado exame admissional é parte dos exames ocupacionais, previstos nas normas regulamentadoras (Portaria n. 3.214/1978) do Ministério do Trabalho e Emprego, e de atribuição do Médico do Trabalho, que está regulado pelas normas do CEM, que nesse tópico, dispõe no art. 76 que é vedado ao médico:

Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade. (BRASIL, CEM, ART. 76)

Tal dispositivo, direcionado aos profissionais Médicos do Trabalho e Peritos Médicos, estabelece uma norma de conduta ética a qual deve ser seguida em seu exercício, orientando o sigilo médico do prontuário dos trabalhadores frente a exigência de empregadores. Atentemos que, a Medicina do Trabalho é uma especialidade médica destinada, desde sua origem, na Itália, em 1700, a proteger a integridade da saúde dos trabalhadores e garantir uma comunidade de trabalho saudável, sendo incompatível qualquer atitude que prejudique o trabalhador. Portanto, a sociedade deve estar repousada, pois a Medicina do Trabalho em tempo nenhum seria partícipe de exigências dos empregadores que proporcionassem a discriminação aos trabalhadores, a exemplo da discriminação genética.

4.5 O DIREITO A NÃO SABER NOS CASOS CLÍNICO HOSPITALARES

O direito de não saber é proveniente do direito à intimidade e está tutelado pelo Código de Ética Médica, em seu art. 24 que dispõe que é vedado ao médico:

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. (BRASIL, CEM, art. 24)

Em atividade interpretativa, expõe o dispositivo a distinção do respeito a autonomia de vontade do paciente, na relação médico-paciente. Nesse sentido, o médico deve permitir o paciente decidir se deseja obter conhecimento sobre seu estado de saúde e os resultados dos exames. Respeitar o paciente, consiste em acatar a decisão do enfermo de exercer sua consciência de forma livre, protegendo seu direito a intimidade.

Por outro lado, em algumas situações o próprio Estado limita o direito de não saber do enfermo, como ocorre quando o Código Penal (CP), que criminaliza o médico quando realiza uma omissão de notificação de doença, tipificado em seu art. 269, cujo texto determina:

Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena – detenção, de 6(seis) meses a 2(dois) anos, e multa. (BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848/1940, art. 269)

Avalia-se que a omissão de notificação de doença é um crime omissivo próprio, de mera conduta, instantâneo e unilateral. Nesse caso pretende-se proteger a saúde pública, tendo como núcleo do tipo penal deixar de comunicar as doenças de notificação compulsória. Por ser uma lei penal em branco a definição de quais são as doenças de notificação compulsória cabem ao Ministério da Saúde, em âmbito nacional e adicionalmente pelas secretarias de saúde, em nível estadual.

A propósito, vale dizer, que não pratica crime de violação de segredo profissional o médico que realiza a notificação de doença de seus pacientes, pois age com justa causa, em estrito cumprimento de dever legal, afastando a tipicidade do delito do art. 154 do CP. Entende o legislador, que nessa situação o direito de sigilo do paciente cede abertura ao interesse coletivo da saúde pública.

Em casos clínico-hospitalares, a falha de prestação de um serviço, a exemplo de um exame laboratorial diverso do solicitado, que leve a violação do direito à intimidade e consequente abalo moral ao paciente, cabe ressarcimento por dano moral, em virtude de estar inserido na responsabilidade de natureza objetiva os hospitais, nos termos do arts. 932, II e 933 do Código Civil, com embasamento de que a intimidade permite o exercício do livre arbítrio em ter ciência de informações do seio privado e, realizar a comunicação viola o

direito de não saber, surgindo daí o direito a indenização por danos morais, tendo o paciente o condão de decidir.

4.6 *WRONGFUL BIRTH* (nascimento ‘injusto’) e *WRONGFUL LIFE* (vida ‘injusta’)

O nascimento ‘injusto’ ou ‘indevido’ (*wrongful birth*) é considerado quando em virtude de um aconselhamento genético errôneo por parte do médico, de não proporcionar as informações ou por não detectar um enfermidade do feto, não permite, por parte da gestante, a interrupção da gravidez, em situações legais; por consequência, cabe pelos pais do recém-nascido enfermo uma indenização por danos morais.

Na situação em tela, além do médico a operadora de saúde e o hospital poderiam ser demandados no processo judicial, em razão do erro de não ter tido a diligência de uma avaliação adequada no pré-natal, por parte do radiologista ou ginecologista/obstetra. Assim, a atitude de pleitear indenização por danos morais, frente ao médico, é em consequência da integridade psicofísica dos pacientes.

Por seu turno, a vida ‘injusta’ (*wrongful life*), é situação vivenciada quando o próprio enfermo, promove ação de reparação em desfavor do médico ou dos próprios pais. Nessa temática, esclarece Casabona et al. (2006, p. 216), nessas ocasiões o enfermo move processo de indenização por danos morais contra o médico, não que a negligência médica tenha promovido a doença, mas por esse ato não ter permitido não ter nascido; podendo mover a ação contra os próprios genitores.

Atentemos que é inusitada os contornos dessa propositura, em virtude que o desejado pelo próprio demandante era não ter nascido, pelo fundamento de ter o pretendo direito de nascer com a saúde íntegra ou não nascer. Nesse instante cabe ponderação nesses casos, pois a insistência em buscar litigância pode fugir da razoabilidade do aceitável, além do que difundir a ideia que alguma incompatibilidade física congênita representa uma vida injusta, não apresenta assento na concepção do direito de não nascer.

Em análise doutrinária, no que concerne a esses casos Sá e Naves (2011, p. 229-230) afirmam que o *wrongful birth*:

são comuns no direito norte-americano, e, de um modo geral, os tribunais vêm entendendo pela condenação de médicos ao pagamento de gastos extraordinários ocasionados pelo nascimento de uma criança enferma. Já as situações de *wrongful life* não têm a mesma sorte. Exigem um esforço argumentativo muito maior, pois poderia uma criança alegar que seria melhor para ela não ter nascido do que viver

doente? Existiria mesmo o direito de não nascer? E se o diagnóstico do médico não deixasse dúvidas sobre a doença congênita no feto e ainda assim seus pais resolvessem pela manutenção da gravidez, o filho poderia pleitear indenização contra os pais? (SÁ E NAVES, 2001, p. 229-230)

Desse modo, no *wrongful birth*, a responsabilização médica é de erro diagnóstico ou de negligência ao não informar o resultado integral do exame gestacional. Fica evidenciado, então, que o médico, não é o responsável pelo distúrbio congênito do nascituro, porém, a ação ou omissão médica ocasionaram uma falsa expectativa. Daí, surge a pretensão da indenização por danos morais, em decorrência do dano gerado pela ofensa a um direito de personalidade, mesmo que não causa sofrimento aos pais.

A responsabilidade civil nos casos de *wrongful birth* e *wrongful life* emanam da necessidade de reparação de um dano, pretensamente sofrido, pela lesão de um direito da personalidade, brotando a possibilidade de reparação do dano moral. O médico, nessas situações, descumpra o dever de informar ao paciente, item da boa-fé contratual, inscrito no CEM, art. 34, *in verbis*:

Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. (BRASIL, CEM, art. 34)

Ao que se extrai, o paciente tem o direito de ter conhecimento das suas condições de saúde, em regra; tendo em vista que, em situações que possa provocar dano, agravando a situação, ao paciente cabe a sensatez médica em dispor a informação diretamente ao paciente. O dano inserido é, preponderantemente, o moral, buscando evitar lesão psicofísica ao paciente. Nessa situação, é prudente a participação da família do enfermo na decisão de informar ao paciente sua situação. De todo modo, é infração ética se o médico não comunicar as informações de saúde do paciente nem mesmo aos familiares.

As ações de reparação por dano moral no *wrongful life*, na visão de Sá e Naves (2012,p.234), são mais complicadas “nessas há uma afronta à autonomia dos pais na implantação do embrião, na interrupção da gravidez ou na opção pela manipulação genética (terapia gênica)”. Por seu turno, o demandante não tinha autonomia de decisão no momento do diagnóstico, e caso houvesse seria alegando um suposto direito de não nascer, que carece de embasamento plausível, no entendimento dos tribunais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, fica evidenciado que o discurso entre a Medicina e o Direito, baseado na multidisciplinaridade, vem sendo fomentando paulatinamente, diante das crescentes demandas no poder Judiciário, questionando a responsabilidade civil do médico e pleiteando indenização por danos morais, tendo sofrido lesão na integridade psicofísica.

O médico deve estar atento a suas responsabilidades civis e éticas, visando sempre o bem-estar dos pacientes e afastando-se das condutas mercantilistas que vem tomando o meio médico. Por outro lado, os pacientes devem estar cada vez mais rigorosos em suas exigências contra médicos e hospitais, cobrando a efetividade no campo real do CEM e dos dispositivos legais que permitem amplos direitos dos pacientes.

Ao bem da verdade, o Direito está medicalizado e a Medicina está juridicizada. A partir de então o discurso médico e o discurso jurídico deve estar sintonizado a intensificar a batalha em favor do respeito à dignidade humana, com bravura, na concretude dos direitos humanos do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Letícia Erig Osório de; GARRAFA, Volnei. Testemunhas de jeová ante o uso de hemocomponentes e hemoderivados. **Rev. Assoc. Med. Bras.**, São Paulo, v. 56, n.6, 2010.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 378. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. **Diário da Justiça da União**. Brasília, 01 de setembro de 2009.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1931, de 17 de setembro de 2009: aprova o código de ética médica. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 set 2009.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.957, de 15 de dezembro de 2010: adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial da União**. Brasília, 06 jan 2011, seção I, p. 79.

_____. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. 2012.

CASABONA, Carlos María Romeo; EMALDI-CIRIÓN, Aitziber; EPIFANIO, Leire Escajedo San; JIMÉNEZ, Pilar Nicolás; MALANDA, Sergio Romeo; MORA, Asier Urruela. De la medicina curativa a la medicina preventiva: Consejo genético. In.: **La ética y el derecho ante la biomedicina Del futuro**. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA –

Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Bilbao: Universidade de Deusto, 2006. p.189-226.

Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. **United National Educations, Scientific and Cultural Organization**. Disponível em:
<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2013.

Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. **United National Educations, Scientific and Cultural Organization**. Disponível em:
<<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>> Acesso em 12 jun. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 938p.

DUMANSKI, J. P.; et al. Phenotypically Concordant and Discordant Monozygotic Twins Display Different DNA Copy-Number-Variation Profiles. **The American Journal of Human Genetics**. Volume 82, ed. 3, 763-771, 14 Feb 2008.

FERREIRA, Jovino S.; FERREIRA, Vera L. P. C.; PELANDRÉ, Gustavo L.; Transfusão de concentrado de hemácias em Unidade de Terapia Intensiva. **Rev. Bras. Hematol. Hemoter.** v. 27, n.3, 2005, p. 179-182.

FRANÇA, G. V. de. **Direito Médico**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 667p.

HENRY, John Bernard. **Diagnósticos clínicos e tratamento por métodos laboratoriais**. 20ed. São Paulo: Manole, 2008. 1670p.

LOPES, Fábio Firmino. A relação médico-paciente: entre a atenção e a incompreensão. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José. (Org.) **Curso de Direito Médico**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. Cap. 10, p. 303– 321.

NUSSBAUM, Robert L.; MCINNES, Roderick R.; WILLARD, Huntington F. **Thopmson & Thopmson: genética médica**. 7 ed. São Paulo: 2008. 525p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 358p.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica civil, criminal e ética**. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002. 686p.

TRIULZI, Darell J. **Terapêutica transfusional: manual para médico**. Tradução Marcelo Gil Cliquet e Youko Nukui. São Paulo: 2003, 142p. Tradução de: Blood transfusion therapy: a physicians handbook.