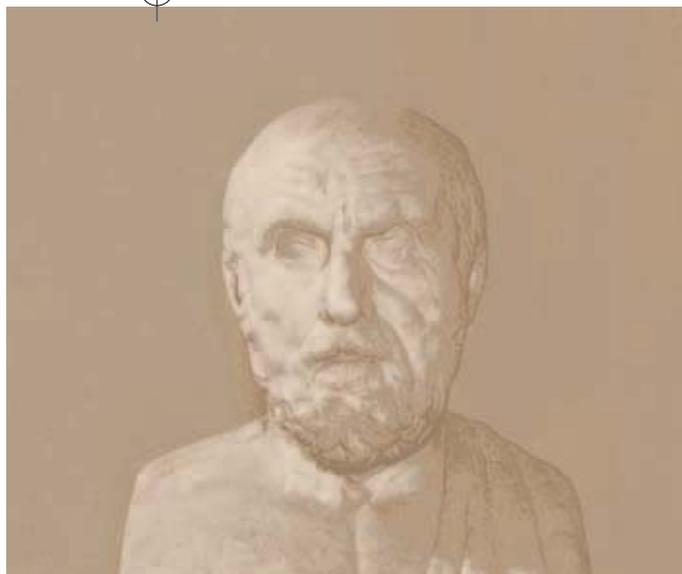


SEÇÕES

Bioética e Direito

Esta Seção destina-se a discutir os vários aspectos que ligam a preocupação ética na área sanitária à formulação jurídica do direito à saúde, seja quando disciplinada em lei, seja quando decidida pelos juízes - individualmente ou nos tribunais. Espera-se receber tanto comentários relativos às decisões na matéria quanto informações que possibilitem o exame ético-sanitário das decisões. Do mesmo modo, serão bem-vindas manifestações semelhantes pertinentes a projetos de lei, ou mesmo à legislação vigente, que polemizem princípios morais na área da saúde

José Geraldo de Freitas Drumond



Busto de Hipócrates. Museu Capitolino, Roma

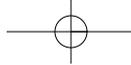
O PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

José Geraldo de Freitas Drumond

Introdução

A medicina e os médicos acham-se fortemente impregnados pelo paternalismo beneficente de Hipócrates, que indelevelmente, em seu Juramento, gravou para os pósteros: “Aplicarei os regimes para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, nunca para prejudicar ou fazer mal a quem quer que seja”. Assim, o médico de Cós e os seus sucessivos discípulos, até os dias de hoje, sempre praticaram o *bonum facere* de acordo com os “seus saberes” e “as suas razões”, ou seja, segundo os seus critérios de julgamento profissional, ficando o paciente, sempre, na condição de receptor passivo do bem que lhe é concedido, cujos critérios de ação escapam ao seu conhecimento e possível controle.

Portanto, há na medicina hipocrática uma beneficência verticalmente paternalista que não permite ao paciente - objetivo maior do ato médico - sequer manifestar o seu interesse em recebê-la, pois parece estar implícito no julgamento do profissional de medicina que, tratando-se



de uma ação benfeitora, não haveria porque recusá-la - o que torna a beneficência médica, muitas vezes, um paternalismo impositivo e cerceador da autonomia do paciente.

No entanto, o encontro da civilização moderna com a democracia produziu profundas mudanças nas relações sociais, alcançando todos os segmentos profissionais. Por consequência, alteraram-se as relações do médico com o paciente, deslocando-se a sua verticalidade impositiva e imperial para um patamar de horizontalidade democrática quando da tomada de decisões sobre a saúde de cada indivíduo. Contudo, apesar dos avanços até o momento verificados nessa área, ainda persiste entre o médico e o paciente uma relação de poder de quem detém a técnica e a ciência e aquele que as ignora, além de uma ligação assimétrica determinada pela postura submissa que o próprio estado alterado de saúde proporciona ao paciente - que se comporta como vítima do mundo ou de si mesmo.

As mudanças propiciadas pelo surgimento das sucessivas gerações de direito, como bem descreveu Norberto Bobbio em *A era dos direitos*, fizeram com que o cidadão conquistasse, de modo definitivo, o direito de decidir sobre si mesmo, inclusive, e principalmente, sobre as questões mais particulares de seu estado de saúde.

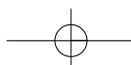
Neste contexto, fortemente propulsor de uma nova abordagem nas relações sociais, surge nos Estados Unidos da América, por intermédio

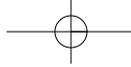
de Van Rensselaer Potter, a Bioética - que, no seu entender, promoveria a transição do homem rumo a um futuro tecnológico capaz de ampliar extraordinariamente a sua vida, salvaguardando, porém, sua dignidade. O vocábulo bioética nasceu exatamente da esperança depositada por Potter no futuro da humanidade, iluminado pelas conquistas da biologia e dos biólogos - por isso, já em seu nascedouro, esta nova ética tornou-se conhecida como a 'ética da sobrevivência'.

E realmente não havia engano nesta denominação. A decifração do genoma, com todas as suas possíveis implicações e, inclusive, com a perspectiva da clonagem humana, é perfeito exemplo de que estamos às vésperas de um admirável mundo novo, antecipado por Huxley desde 1932, se não houver, em contrapartida, a adoção de normas que impeçam qualquer tentativa de agressão à dignidade humana.

Certamente, como bem expressa Genival Veloso de França, a última batalha pela dignidade humana será travada não em torno de uma mesa de estrategistas militares ou no desenvolvimento de armas de ataque ou defesa, mas nos laboratórios de pesquisa da genética molecular.

Desde sempre a prática médica tem como princípio norteador a beneficência, que visa ao bem do paciente, ao seu bem-estar e aos seus interesses, cujos benefícios são estabelecidos mediante critérios aplicados no conhecimento médico. Para Edmund Pellegrino, a medicina,





SEÇÕES

como atividade humana, é, por necessidade, uma forma de beneficência. Beneficência que deve significar a promoção da saúde e a prevenção da doença, sopesando bens e males mas buscando, sempre, a predominância dos primeiros. A beneficência não deve causar danos - daí se inferindo um segundo princípio básico da bioética principialista, estabelecido por Beauchamp e Childress: a não-maleficência -, mas sim maximizar benefícios e minimizar prejuízos, como descrito no famoso Relatório Belmont.

No entanto, não pode o médico exercer a beneficência de modo absoluto. Ele deve ater-se aos limites estabelecidos pela dignidade intrínseca a cada pessoa, respeitando-lhe a liberdade de decidir sobre si mesma - processo que recebe a denominação de autonomia.

Os limites da beneficência

Desde o seu nascimento, a Bioética viu-se incorporada a quatro grandes princípios: a beneficência, a não-maleficência, a justiça e a autonomia.

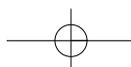
A beneficência é entendida como o princípio bioético da promoção do bem e distingue-se da tradicional beneficência hipocrática por quatro fatores limitantes de sua ação: a necessidade de definir o que é "bem" para o paciente; a não-aceitação do "paternalismo" incrustado na beneficência médica tradicional; a autonomia do paciente em decidir o que é melhor para si

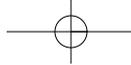
mesmo e, finalmente, a utilização dos critérios de justiça - que, na área da saúde, traduz-se por equidade ou garantia de prioridade de acesso daqueles mais excluídos socialmente aos serviços de saúde.

A autonomia é a prerrogativa do paciente em consentir, ou seja, de decidir junto com o médico sobre quaisquer práticas de intervenção na sua realidade de saúde. Para ser realizada, toda intervenção médica necessita - exceção feita às urgências - do consentimento prévio do paciente ou de seu representante legal.

A autonomia permite ao paciente autoridade para tomar as suas próprias decisões e é o que, hoje, tende a prevalecer na relação médico-paciente, em detrimento da beneficência hipocrática. Quando colocadas em contraposição, a autonomia e a beneficência geram forte tensão no relacionamento médico-paciente, podendo provocar conflitos por vezes irreconciliáveis. Porém, em algumas sociedades, é possível notar algumas variações na relação entre autonomia e beneficência. Assim, é forte a predominância da autonomia entre os povos anglo-saxões, enquanto entre nós, latinos, a beneficência ainda prevalece norteando os atos médicos.

Como direito do paciente, a autonomia deve estar adequadamente contrabalançada à beneficência, que é um dever do médico. Por outro lado, está condicionada à capacidade de consentimento do paciente - e nos casos em que ocorrer sua limitação (em razão da própria





doença, de menoridade, retardo, transtornos mentais, etc.), a tomada de decisão sobre o paciente passará a seus responsáveis legais.

A beneficência e a responsabilidade médica

O desrespeito à autonomia representa, portanto, uma violação aos direitos do paciente e uma transgressão ética e legal. Para Norberto Bobbio, “os direitos nascem quando aumenta o poder do homem sobre o homem - que acompanha inevitavelmente o processo tecnológico (a capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens) - ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências”.

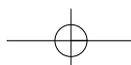
As Constituições dos modernos Estados têm consignado o princípio da liberdade individual, exceção feita aos casos em que a lei assim o defina. A Constituição da República Federativa do Brasil, por exemplo, determina em seu artigo 5º, inciso II, que: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

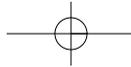
De igual forma, a nossa legislação ordinária, civil e penal, consagrou o princípio da autonomia, restringindo-a em casos bastante específicos. A responsabilidade civil do médico, por seu turno, está estribada no princípio jurídico da obrigação da reparação do dano. No Brasil, o novo Código Civil, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, estatui, em seu artigo 186, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar

direito e causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Por sua vez, o artigo 927 do Código Civil brasileiro complementa: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente da 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”.

Há tempos, Alexander Lacassagne definira a responsabilidade médica como a obrigação que os médicos podem sofrer em razão das faltas cometidas durante o exercício de sua profissão. Dizia o grande mestre da Medicina Legal: “Nossa profissão sofre atualmente uma crise: fala-se muito mal dos médicos. Diariamente são atacados pelo público e, na imprensa, são o alvo das críticas mais acerbas” (*Precis de Médecin Legale*, Masson Editeurs, Paris, 1906, p. 55). Depois, sobreveio a jurisprudência firmada pelo procurador geral da França, Dupin, que fixou, definitivamente, a doutrina da responsabilidade médica, a despeito da beneficência implícita, *a priori*, nas suas ações.

Atualmente, não mais se discute se o médico está sujeito às sanções da lei. É certo, por outro lado, que nas aplicações destas sanções os tribunais devem ser prudentes e que, em qualquer situação de apuração de responsabilidade profissional, a medicina não corre o risco de interromper o seu progresso científico ou ter o seu prestígio abalado. Assim, não mais se duvida que à hodierna sociedade cabe o direito e, ao Estado, o





SEÇÕES

dever de responsabilizar o médico que infringir as regras fundamentais do agir profissional.

À liberdade do exercício da medicina, como de qualquer outra profissão, correspondem deveres éticos e jurídicos, quais sejam: a indispensável competência, a necessária diligência e a absoluta seriedade no manejo das técnicas e dos juízos de avaliação próprios da arte - o que denominamos como "Lex artis".

Destarte, no exame jurídico da prática médica faz-se necessário admitir-se como regra geral que a obrigação do profissional é a de meios, quer dizer, a de tudo diligenciar em favor do paciente sem, no entanto, garantir alcançar sempre um resultado bem sucedido. Não se incluem nesta categoria a falta grosseira, a ausência do dever de vigilância ou uma prática abusiva, as quais excedem os limites da arte e da ciência profissionais, causando erro tão evidente que não haveria qualquer dificuldade em constatá-lo e, conseqüentemente, puni-lo.

A assistência médica não pode, pois, ser igualada a uma mera cobrança contratual de prestação de serviços, a uma empreitada em que estão em jogo interesses materiais e onde não existe a contraditória e paradoxal realidade médica do ser humano.

No entanto, é forçoso reconhecer que a medicina interpôs entre o médico e o paciente um extraordinário arsenal tecnológico que deteriorou o seu relacionamento, tornando-o cada vez mais frio e impessoal. É, sobretudo, esta deficiente relação que encoraja os pacientes a

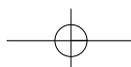
entrarem com demandas contra os médicos junto aos tribunais - nesses casos, a demanda civil contra os profissionais da medicina representa, em geral, mais um ato de vingança do que propriamente interesses financeiros.

Deve-se considerar, ainda, que a atividade médica nos dias atuais é cada vez mais uma atividade de risco que pode, por conseqüência, produzir danos a outrem sem que o médico tenha esta intenção - mesmo que muitos destes riscos sejam assumidos em benefício do próprio paciente.

A responsabilidade civil do médico

Desde os seus primórdios, a civilização criou códigos para punir especialmente quem provoca o dano, a lesão e o homicídio. Considerando-se a extrema relevância da atividade médica, estabeleceu-se toda uma legislação específica para o comportamento do profissional desta área.

Três milênios atrás, o Código de Hammurabi já punia severamente o médico que cometesse erro(s) no tratamento de seu paciente. No século V, a Lei Aquília fixou no Direito romano a generalização da responsabilidade civil do profissional de medicina. Mas apenas no século XIX, na França, a doutrina da responsabilidade médica estruturou-se e se assentou, definitivamente, por intermédio de seu procurador geral, André Marie Jean-Jacques Dupin, deixando significativo legado ao Direito contemporâneo.





Em brilhante parecer sobre um caso de erro médico - que interessou toda a opinião pública francesa em 1835 - e rebatendo os argumentos apresentados pela Academia de Medicina a favor do mandato ilimitado do médico sobre o paciente, Dupin firmou a seguinte jurisprudência:

“1. O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se dessa noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre os seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão.

2. Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção, basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto, inexcusáveis.

3. Aos tribunais corresponde aplicar a lei com discernimento, com moderação, deixando para a ciência toda a latitude de que se necessita, dando, porém, à justiça e ao direito comum tudo o que lhe pertence”.

Um acórdão da Corte de Cassação de Paris estabeleceu definitivamente a responsabilidade contratual dos médicos: “Entre o médico e o

seu cliente se forma um verdadeiro contrato que se não comporta, evidentemente, a obrigação de curar o doente, ao menos compreende a de proporcionar-lhe cuidados” (Câmara Civil da Corte de Cassação de Paris, em 20/5/1936).

Na realidade, como preleciona Pio Avecone em *La responsabilità penale del médico*, a culpa profissional do médico constitui um dos problemas científicos e deontológicos - antes que jurídicos - mais antigos, objeto de debates potencialmente infinitos, dada a natureza particular da atividade médica.

Em 18 de janeiro de 2000, a Primeira Instância Civil da Corte de Cassação de Paris condenou um médico por não ter informado ao seu paciente, portador de forte miopia, do perigo implícito em uma intervenção de catarata com anestesia local, firmando a seguinte jurisprudência: 1) a decisão de aceitar ou não a intervenção médica é do paciente; 2) ao médico cabe propor o tratamento e esclarecer o paciente, com informações adequadas, sobre os riscos; e 3) o paciente assume os riscos da decisão tomada.

Se a medicina e o médico são falíveis (o que é verdade para todas as demais áreas do conhecimento e os seus respectivos profissionais), não se pode eximir o direito alheio quando por negligência, imperícia e imprudência, ação ou omissão do profissional vier a causar prejuízo a outrem.

O ponto fulcral do julgamento de toda essa questão concernente ao erro médico reside na





SEÇÕES

caracterização da modalidade de obrigações do contrato celebrado entre o médico e o seu cliente. Pergunta-se: estas obrigações seriam de meios ou de resultados?

Dentro do conteúdo das obrigações contratuais positivas, onde se exige do devedor um comportamento ativo de “dar ou fazer alguma coisa”, são conhecidas duas modalidades de obrigações: a de meios e a de resultado.

Na primeira, existe um compromisso de utilização de todos os recursos disponíveis para se obter o melhor resultado, sem, contudo, verse obrigado a alcançar esse êxito, tão justo e tão legítimo. Busca-se, é claro, um resultado, mas em não se cumprindo a meta - e inexistindo a culpa do devedor - não há o que cobrar.

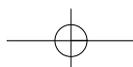
Na obrigação de resultado a prestação de serviço tem um fim efetivamente definido: se não houver o resultado esperado, há inadimplência e o devedor assume o ônus por não ter satisfeito a obrigação prometida.

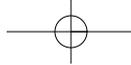
Pelo que se depreende do ato médico, por sua complexidade e aspecto conjuntural, a responsabilidade civil do profissional só pode comportar uma obrigação de meios ou de diligência, onde o próprio empenho do médico é o objeto do contrato, sem o efetivo compromisso de obtenção de resultado. Isto, é claro, não desobriga o médico de empenhar-se da melhor maneira e utilizar-se de todos os recursos necessários e disponíveis em

favor de seu paciente. Assim, não se pode falar em culpa se ficar comprovado que apesar de todo o empenho profissional não se alcançou o resultado desejado, ou se a evolução da doença escapou ao conhecimento da ciência e ao controle do médico - mesmo que ele tenha agido dentro dos padrões técnico-científicos da profissão, a chamada “Lex artis”.

Atualmente, mesmo naquelas especialidades antes consideradas obrigação de resultado, como a cirurgia puramente estética, já se encara com reserva o conceito radical de êxito absoluto, pois o mais correto é sempre guiar-se pelas circunstâncias inerentes a cada caso. Do contrário, incorre-se no erro de se contrapor à própria natureza e à lógica dos fatos.

Assim, admite-se como regra geral que a obrigação do médico é a de meios, mesmo porque o objeto do seu contrato é a própria assistência ao paciente; ocasião em que se compromete a empregar todos os recursos ao seu alcance sem, no entanto, garantir sempre o sucesso. Não poderá ser culpado aquele cuja ação e todo empenho empregados foram inúteis, em face da inexorabilidade do caso, tendo o profissional agido de acordo com a “lei da arte”, ou seja, quando os meios por ele empregados eram de uso adequado e sem contra-indicações. Punir em tais circunstâncias, alegando-se obstinadamente uma “obrigação de resultado”, não seria apenas um exagero, seria uma iniquidade - como bem assinala França.





Conclusão

Dentre todas as profissões criadas pelas necessidades sociais, a medicina parece ser a mais difícil de ser exercida, mormente do ponto de vista legal, dada a responsabilidade que se requer daqueles que atuam nesta área - cujo objetivo maior é a preservação da vida e da saúde do ser humano.

O diploma de médico significa apenas uma prova oficial do conhecimento científico, ou seja, do domínio de um conteúdo e de suas respectivas habilidades. Já a moral profissional estará sendo demonstrada, diuturnamente, durante toda a vida. Mesmo a melhor formação universitária e a mais alta especialização profissional não autorizam o profissional a agir acima das normas que regem a sociedade.

E o exercício da medicina, por suas peculiaridades, propiciará sempre a possibilidade de dano a outrem. Este risco, inerente ao exercício médico, deverá ser preocupação permanente do bom profissional.

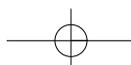
O erro profissional aparece, então, como consequência de uma série de fatores, entre os quais ressaltam-se os causados pela personalidade de quem exerce a medicina, sendo, portanto, de caráter subjetivo; os derivados de má-formação profissional (pessoal ou escolar); os provenientes do sistema ou modelo de saúde vigente; e, por fim, aqueles produzidos pelo meio social em que o médico atua.

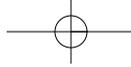
O erro é inerente à condição humana e, desta forma, não é possível eliminá-lo efetivamente. O médico, humano que é, está também sujeito a ele, mesmo que detenha a mais aguçada consciência profissional - conscientização essa que torna o profissional mais prudente para cada ação, de modo a minimizar sua margem de erro.

O que efetivamente ninguém duvida é que o diploma de médico não significa um passaporte para a impunidade. No início do século, um dos luminares da Medicina Legal brasileira, Souza Lima, já afirmava que no Brasil a condescendência, quase ilimitada, para com os médicos poderia provocar a grande inconveniência de ver firmado, na opinião pública, o errôneo e pernicioso 'pré-conceito' de conferir aquele que detém o diploma de médico o privilégio da irresponsabilidade.

Os tempos hodiernos têm sido caracterizados pela prodigalidade no avanço do conhecimento e, paradoxalmente, pelo surgimento de situações conflituosas em diversos campos da atividade humana, como na prática médica - que se viu conturbada pela crescente incorporação tecnológica e suas implícitas repercussões negativas sobre o humanismo hipocrático.

As transformações sociais, experimentadas no século XX, definiram novos padrões de comportamento na relação médico-paciente influenciados, principalmente, por uma progressiva consciência da população sobre os seus direitos, trazendo para esta relação mais participação e, conseqüentemente, mais democracia.





SEÇÕES

Sucedem, pois, uma progressiva, porém vigorosa, transformação da velha moral paternalista, deontológica e profissional em direção a uma nova postura ética autonomista, democrática e social.

Relacionar-se harmoniosamente com o paciente deixou de ser uma concessão do profissional da medicina para se tornar uma imposição dos novos tempos. A qualidade dessa relação é que vai determinar o diferencial no atendimento, construindo o conceito do médico junto à sociedade.

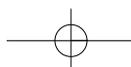
Num mundo automatizado, interligado por uma profusão de controles eletrônicos que interferem na maioria das atividades humanas, o médico jamais poderá olvidar de um dos pilares basilares que sustentam a sua profissão, qual seja, a atenção ao paciente.

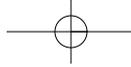
Daí que a maioria das queixas de pacientes contra médicos no Brasil - que progressivamente se avoluma nos últimos anos, a ponto de freqüentar, com habitualidade, o noticiário das mídias - se refere a distúrbios na relação médico-paciente. Ressalte-se que essas queixas chegam diariamente aos Conselhos de Medicina, muitas vezes sob a acusação de erro médico.

Não bastam apenas o conhecimento e a habilidade técnica. Faz-se necessário que o médico sempre demonstre estar interessado nas pessoas, promovendo, além de empatia e respeito, capacidade para ouvir e argúcia no observar - aliadas à efetiva consciência de suas limitações.

Por outro lado, a saúde não é uma questão de exclusiva responsabilidade médica, mas de toda a sociedade, e esta tem-se organizado no sentido de exigir mais e melhores condições de atenção à saúde, cobrando os benefícios que a ciência médica colocou à disposição de apenas uma fatia minoritária da população - fato esse que faz com que muitos dos chamados erros médicos sejam oriundos, na realidade, de falhas do sistema de saúde.

Mesmo assim, o médico não poderá abrir mão dos princípios milenares que o estimulam a continuar buscando uma medicina calcada no humanismo e na justiça social. Deve, portanto, buscar uma relação médico-paciente ideal, baseada na transparência, lealdade e confiança mútua. Se assim proceder na sua azáfama diária, estará contribuindo sobremaneira para a minimização das denúncias de pacientes e familiares contra os chamados erros médicos.





BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Bobbio N. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Drumond JGF, Gomes JCM, França GV. Erro médico. 4.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

França GV. Direito médico. 7.ed. São Paulo: Byk-Prociensx, 2001.

Huxley AL. Admirável mundo novo. 17.ed. São Paulo: Globo, 1989.

Kipper DJ, Clotet J. Princípios da beneficência e não-maleficência. In: Costa SI, Garrafa V, Oselka G. Iniciação à Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998: 37-51.

Pellegrino ED, Thomasma D.C. The future of bioethics. Cambridge Quarterly of Health Care Ethics 1997;6: 373-5.

Potter VR. Bioethics: a bridge to the future. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice Hall, 1971.

