

Questionamentos Judiciais e a Proteção Contra o Paciente: um Sofisma a ser Corrigido pelo Gerenciamento de Riscos

Octávio Luiz Motta Ferraz

Advogado; Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP; Mestrando em Direito e Ética Médica pela Universidade de Londres

O autor discute o crescente aumento dos questionamentos judiciais de pacientes contra prestadores de serviços de saúde, e suas principais causas. Aponta como sofismática e prejudicial ao tratamento do problema a qualificação do paciente como adversário e crítica a manutenção do relacionamento paternalista/autoritário hoje em vigor. Propõe a correção desse sofisma com a requalificação do paciente de acordo com a realidade da sociedade de massas contemporânea, de modo a transformá-lo em consumidor, titular de direitos a serem respeitados. Com base nessa premissa, indica o gerenciamento de riscos (risk management) como a melhor opção para o combate deste problema e aponta o respeito ao consentimento esclarecido e a adequada documentação dos procedimentos como principais medidas a serem adotadas.

UNITERMOS - proteção, questionamento, relação profissional/paciente

Introdução

A menor passividade com que as pessoas em nosso país começam a reagir contra a violação de seus direitos repercute notadamente na área da saúde e é, certamente, um dos motivos principais dos cada vez mais frequentes questionamentos judiciais dos prestadores de serviços de saúde por seus pacientes.

Essa tendência faz com que os profissionais desta área sintam-se cada vez mais expostos e comecem efetivamente a se preocupar com medidas que possam adotar para a sua *proteção*. A palavra *proteção*, entretanto, comporta um sentido defensivo cuja aplicação inadequada, ao invés de apontar o caminho correto para a solução ou minimização do problema, acaba por desviá-los ainda mais do mesmo.

A análise semântica do vocábulo auxilia-nos a compreender este perigo. A palavra *proteção*, associada ao verbo proteger (do latim *protegere*) (1), refere-se a medidas defensivas *contra algo que se tem por indesejado ou prejudicial* (2). Aparentemente, portanto, nada mais adequado que a busca dos prestadores de serviços de saúde por *proteção* contra os questionamentos judiciais aos quais estão expostos.

Todavia, ao direcionarem essa *proteção* equivocam-se quanto ao objeto alvejado. De fato, partem de uma premissa que, emocionalmente compreensível, revela-se eminentemente inadequada, qual seja, a de que o paciente, quando questiona, é um *adversário*.

Ora, o apoio das reflexões sobre o problema nesta inadequada premissa leva evidentemente a conclusões absolutamente sofismáticas. Como consequência efeito, enquanto se concentram as atenções nas possíveis medidas protetivas contra o *adversário* que está questionando os serviços, deixa-se de notar as verdadeiras causas destes questionamentos e as efetivas soluções jamais são encontradas.

Assim, na tentativa de demonstrar esse sofisma e sugerir uma nova abordagem para esta questão, nos concentraremos no presente artigo.

Relação profissional/paciente e os questionamentos

Como é amplamente admitido e propalado, um dos principais fatores que influenciaram o aumento dos questionamentos dos serviços de saúde foi a *despersonalização* da relação entre o profissional de saúde e o paciente, originada a partir da chamada "massificação" da medicina e dos serviços de saúde em geral.

De fato, a preponderância quase hegemônica dos grandes "planos" e seguros de saúde em relação às clínicas particulares resultou num distanciamento entre o profissional e o paciente. Esse distanciamento eliminou desta relação, quase que por completo, elementos fortemente inibidores da eventual vontade do paciente de questionar, tais como a *confiança*, o *respeito* e, deve-se até mesmo admitir, um certo *temor reverencial* que anteriormente se nutria por estes profissionais.

Obviamente, o relacionamento pessoal que se estabelecia durante a prestação de serviços de saúde, marcado pelos elementos acima mencionados, revelava-se um eficiente obstáculo aos questionamentos judiciais. *Confiança e respeito* impossibilitavam o paciente de acreditar em eventual "erro" do profissional que o atendia. O *temor reverencial* o impedia, mesmo que acreditasse no erro, de questionar a autoridade quase suprema de seu médico.

O resgate destes elementos _ com exceção do último, nitidamente apoiado em uma relação de sujeição inadmissível em uma sociedade democrática _ revela-se, assim, de fundamental importância para a solução de nosso problema.

Neste ponto, percebe-se com extrema clareza a impropriedade da qualificação do paciente nos termos mencionados na introdução, já que a qualificação do mesmo como um *adversário* contra o qual se deve proteger implica ainda maior distanciamento entre este e o profissional de saúde e, conseqüentemente, menores possibilidades de resgatar a *confiança* e o *respeito* desejados.

Ao invés do paciente-adversário, portanto, há que se colocar _ para que se possa adequar a premissa em questão e chegar a conclusões infofismáveis _ a figura de um paciente cuja relação com o profissional que o atende possa implicar o resgate dos elementos perdidos com a massificação dos serviços que necessitamos revalidar.

Diante da evidente impossibilidade de retrocesso ao sistema não-massificado em que estes valores predominavam, a requalificação do paciente deve obrigatoriamente ocorrer à luz de outro paradigma de sociedade, adaptado às significativas alterações sucedidas nos últimos tempos nas atividades ligadas à saúde.

Há que se conscientizar que, hoje, o paciente que utiliza serviços de saúde completamente transformados pela massificação e pelo enorme progresso tecnológico também se modificou e, conseqüentemente, não pode ser tratado do mesmo modo de outrora. De fato, atualmente, a visita ao médico, que já se circundou de enorme solenidade, como se fora um ritual, nada mais é do que a utilização de um serviço como outro qualquer.

Nesse contexto, o paciente é apenas um consumidor dos serviços de saúde. Sob essa ótica, o paciente que estamos procurando para adequar nossa premissa é o *paciente-consumidor*.

O paciente-consumidor

Quando falamos em paciente-consumidor não estamos ignorando, evidentemente, todas as peculiaridades que diferenciam os serviços de saúde dos demais, como a importância máxima de seu objeto (a saúde e a vida) e as inafastáveis normas éticas que o envolvem. Mesmo porque isso revelar-se-ia um atentado contra nosso próprio argumento, já que a ignorância destes fatores diferenciais do exercício das profissões relacionadas à saúde implicaria o agravamento da *despersonalização* que acima mencionamos como principal causa de nosso problema.

O que pretendemos com a associação da qualidade de *consumidor* ao paciente, portanto, não é equipará-la, sem quaisquer ressalvas, a um consumidor qualquer, que compra roupas num *shopping* ou almoça em um restaurante, mas sim reforçar que o paciente, enquanto consumidor, é sujeito de uma série de direitos que, normalmente, são ignorados ante o completo paternalismo (mais propriamente chamado de autoritarismo) que vigora em nossa área. Em outras palavras, queremos apenas chamar a atenção para o fato de que o paciente, a despeito do adjetivo que universalmente é utilizado para designá-lo, não pode mais ser apenas o sujeito *passivo* e inerte da prestação de serviços de saúde, mas sim o titular de direitos que, entre outras coisas, conferem-lhe o poder de participar ativamente do tratamento.

E parece-nos que a qualificação do paciente como consumidor cumpre satisfatoriamente este objetivo, especialmente pela promulgação de sua lei de proteção, o Código de Defesa do Consumidor, que, ao estabelecer sanções duras ao descumprimento de suas regras e, o que é mais importante, meios para o exercício dos direitos que prescreve, causou aos fornecedores de serviços uma maior preocupação com o respeito de suas normas.

É interessante notar que vários destes direitos constam há muito de nossos códigos de ética profissional. Para que começassem a ser efetivamente notados, todavia, precisaram sair do campo puramente moral e adentrar o âmbito do direito positivo, no que se vem designando de verdadeira "jurisdicização da ética".

Como já nos advertiu Kant, a sanção legal confirma-se, mais uma vez, no verdadeiro móbil das ações em conformidade ao dever. De fato, como bem afirmou o filósofo, ninguém cumpre um dever pelo simples dever de cumpri-lo, mas sim pelo medo das conseqüências prejudiciais que podem advir do seu descumprimento (3).

Seja por temor ou pelo simples dever, o fato é que estes direitos devem ser respeitados. Somente assim pode-se alcançar o objetivo retro mencionado de resgate da *confiança* e do *respeito* na relação entre o profissional e o paciente, perdidos com a massificação dos serviços de saúde. Portanto, numa época em que a pessoalidade quase

não mais existe nas relações sociais profissionais, a *confiança* e o *respeito* devem ser buscados em outra fonte: a correta e recíproca observância dos direitos entre as partes.

A partir daí atinge-se a adequação da premissa que nos estava desviando do correto rumo para o equacionamento de nosso problema. É óbvio que, se ao invés de um *adversário* qualificarmos o paciente como um *consumidor* titular de direitos, dentre os quais se encontra, inclusive, o direito de questionar os serviços que de algum modo não o satisfaçam, deixaremos também de pensar em nos proteger dos ataques deste inimigo e passaremos a refletir sobre os motivos que o fazem questionar.

O resultado destas reflexões trará certamente subsídios para que se adotem medidas muito mais eficazes ao equacionamento do problema, já que as mesmas serão direcionadas para a eliminação ou minimização das causas destes questionamentos, e não para a proteção contra seus efeitos.

Deixa-se, então, o campo da *proteção* e passa-se ao âmbito da *prevenção*.

A prevenção e o gerenciamento de riscos

A prevenção de questionamentos de pacientes mediante o estudo das causas que os levam a questionar e a adoção de medidas que eliminem ou reduzam estas causas há muito são realizadas nos países que enfrentam já há algum tempo este tipo de problema. É o que nos Estados Unidos se chama de *risk management* _ que poderíamos designar como *administração* ou *gerenciamento de riscos*.

O gerenciamento de riscos, como preferimos denominá-lo _ termo surgido há mais de 300 anos com as empresas de navegação marítima, com o objetivo de diminuir os altos riscos de perdas de mercadorias durante as travessias oceânicas (4) _, não é atividade comumente realizada em nosso país, sobretudo na área médica. Ao contrário, e como é notório, preocupamo-nos muito pouco com *planejamento* e *prevenção*, sem nos darmos conta das inúmeras vantagens que estes métodos apresentam no equacionamento de problemas.

No campo da saúde, especificamente no que toca ao nosso tema, importa diferenciar o gerenciamento de riscos *estritamente técnicos* do gerenciamento de riscos *de conduta*. O primeiro, refere-se exclusivamente à adoção de medidas tendentes a eliminar ou diminuir a falta técnica em si mesma, chamada vulgarmente de "erro médico" (ex. realização de consulta pré-anestésica para detecção de possíveis problemas do paciente); o segundo, relaciona-se com medidas mais amplas que visam eliminar ou diminuir outras causas que levam o paciente a questionar os serviços de saúde, absolutamente independentes da existência do erro e normalmente ligadas a conflitos de relacionamento ou falhas de comunicação.

E esta segunda espécie de gerenciamento de riscos, única que nos competirá aqui abordar, embora não possa parecer à primeira vista, mostra-se tão ou mais importante que a primeira. Com efeito, uma análise profunda dos questionamentos levados à Justiça sob alegação de "erro médico" revela que grande parte destes processos não apresenta uma verdadeira falta técnica. O que move o paciente a realizar o questionamento, de fato, é a equivocada convicção de que o erro existe, provocado por circunstâncias estranhas ao campo específico da técnica, como a desinformação, normalmente decorrente do tipo de relacionamento estabelecido entre o paciente e o profissional.

Como é evidente, a diminuição dos riscos destes questionamentos não depende de medidas de ordem técnica, e é por este motivo que se enquadram nesta outra espécie de gerenciamento de riscos: o *gerenciamento de riscos de conduta*. Os estudos incipientes realizados no Brasil, nesta área, restringem-se quase que unicamente a discussões acadêmicas e apontam, como causa principal nos questionamentos em que não está presente, o erro, a *desinformação dos pacientes*.

O que os profissionais de saúde geralmente não se dão conta, já que movidos por aquela inadequada qualificação do paciente como *adversário*, ou influenciados pelo sistema paternalista/autoritário ainda vigente entre nosso meio, é que a responsabilidade por esta avalanche de processos tecnicamente infundados não é apenas do paciente "ignorante" ou "malicioso" mas também, e principalmente, dos próprios profissionais _ que raramente cumprem o seu dever de esclarecer devidamente os pacientes sobre os procedimentos que irão realizar, contribuindo, assim, para o aumento da ignorância que depois vêm a criticar.

O que é ainda mais grave e preocupante é que tais processos, mesmo que tecnicamente infundados, não deixam de trazer enormes prejuízos ao profissional ou entidade envolvidos. Pelo contrário, além das despesas e dos transtornos materiais e morais que invariavelmente acarretam, não raro apresentam uma ingrata surpresa em seu final: a condenação do profissional ou da entidade de saúde ao pagamento da indenização pleiteada.

As razões de uma condenação "tecnicamente injustificável" vão desde a ignorância, também dos juízes, em relação

a aspectos técnicos da ciência médica até a insuficiência de provas produzidas durante o processo, que, em virtude do instituto da inversão do ônus da prova, reforçado pelo Código de Defesa do Consumidor, pode favorecer o paciente. Não se pode esquecer, também, da freqüente sensibilização do magistrado com o infortúnio do paciente, que geralmente permeia este tipo de processo e acaba por influenciar as decisões em favor do paciente. Cabe lembrar, aqui, que nem mesmo aos laudos dos peritos médicos oficiais os juízes estão adstritos, não sendo raro, aliás, que os contrariem totalmente, movidos pela sensibilidade ou mesmo ignorância que acabamos de apontar.

Isto tudo para não se falar da possibilidade, nunca concretizada em nosso país (5), da responsabilização do profissional ou da entidade de saúde exclusivamente pela omissão do dever de informar o paciente sobre os riscos aos quais estaria se sujeitando com o procedimento proposto.

Para usar a linguagem médica, parece-nos estar bastante indicado, portanto, o tratamento preventivo de nosso problema. Passaremos, agora, a prescrever as principais medidas de sua terapêutica.

Gerenciamento de riscos: principais medidas

Com base nas constatações acima expostas, extraem-se dois elementos principais de prioritária importância em um trabalho de gerenciamento de riscos na área da saúde: o respeito aos direitos do paciente de decidir livre e esclarecidamente sobre sua submissão a procedimentos de saúde (consentimento esclarecido) e a completa e precisa documentação dos procedimentos realizados.

O consentimento esclarecido

O instituto do consentimento esclarecido, que em outros países constitui causa autônoma e suficiente para a responsabilização dos prestadores de serviços de saúde que o desrespeitam (6), ocupa lugar de verdadeiro abandono e esquecimento em nosso país. De fato, este conceito, apesar de sempre presente em nossos códigos de ética e agora reforçado pelo Código de Defesa do Consumidor, jamais recebeu a atenção merecida, seja na doutrina, muito menos na prática. Reflexo disso é a rara, para não dizer inexistente, presença de questões relacionadas ao consentimento esclarecido em nossos tribunais (5).

Entretanto, o que ainda não se percebeu é que o consentimento esclarecido do paciente apresenta-se como a medida mais eficaz no que se refere ao *gerenciamento de riscos de conduta*. Com efeito, o respeito ao direito do paciente de decidir livremente sobre os procedimentos de saúde a que irá se submeter, recebendo, para isso, informações claras e precisas sobre as características, objetivos e riscos de tais procedimentos, diminuiria certamente e em muito o número de processos sem fundamento técnico atualmente observados na Justiça.

Todavia, o que ocorre na prática, entre nós, e basta ter sido paciente uma só vez para sabê-lo, é o que se poderia chamar de *justificativas pós-conseqüências*. Isto é, a primeira vez em que se ouve falar dos riscos que determinado procedimento realizado comportava é exatamente no momento após a sua concretização. Estas *justificativas pós-conseqüências*, como é natural, acabam por gerar no paciente e em seus familiares enormes desconfiâncias, pois freqüentemente soam como meras tentativas de acobertar falhas técnicas do profissional. Isto estimula, evidentemente, a busca, na Justiça, de reparação dos danos supostamente causados pela alegada falha técnica.

Como exemplo perfeito disto poderíamos citar um caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que a família de um paciente que ficara paraplégico após apresentar choque anafilático em decorrência do uso de contraste iodado para realização de tomografia computadorizada acionou a empresa prestadora destes serviços, que o atendera. Ora, nem as *justificativas pós-conseqüências* da empresa nem tampouco o parecer técnico elaborado pelo perito judicial convenceram a família e os juízes de que se tratava de um acidente imprevisível e não de um erro médico. Resultado: o tribunal desconsiderou o parecer pericial e condenou a empresa a pagar uma pesada indenização ao paciente (7).

Vê-se claramente, pois, que a prévia informação ao paciente sobre os riscos a que irá se submeter consiste não apenas em direito fundamental do mesmo como também em importante instrumento de prevenção de questionamentos judiciais.

A documentação

O outro elemento prioritário de qualquer programa de gerenciamento de riscos é a adequada documentação dos procedimentos realizados.

Para se apurar a precedência ou não do questionamento do paciente, decorrido algum tempo do procedimento que se questiona, a melhor forma de reconstituí-lo devidamente é mediante a verificação dos documentos componentes de seu prontuário: evolução clínica, descrição de cirurgia, prescrições de medicamentos, etc.

Além disso, a prova documental sempre mereceu grande valoração em nosso sistema processual, já que as provas meramente testemunhais, mormente em processos que discutem falhas de profissionais de saúde, geralmente envolvem pessoas interessadas no desfecho do litígio (colegas, assistentes, etc.), que se presumem ligadas pelo chamado *esprit de corp*.

A importância dos documentos, além de sua utilização como prova judicial, compreende desde a revisão interna de qualidade até o auxílio na educação de estudantes (8) . Entretanto, este item também não vem merecendo, em nosso país, a atenção devida, o que acaba por desvalorizar a sua função probatória. Assim, a freqüente displicência com que são preenchidos esses documentos não apenas dificulta a extração de qualquer elemento de convicção para o juiz como causa uma péssima impressão quanto à organização e zelo do profissional ou entidade questionados.

Estes fatores, em face da possibilidade de inversão do ônus da prova já apontada anteriormente, facilitam a responsabilização do profissional ou da entidade nos casos em que inexistem a falta técnica ou a prova de sua configuração.

Conclusão

Como vimos, a minimização do problema dos crescentes questionamentos judiciais de pacientes insatisfeitos com os serviços de saúde utilizados passa necessariamente pela requalificação do paciente. Ao invés do *paciente-passivo* _ que nada tem a fazer senão confiar cegamente no profissional que o atende _ ou do *paciente-adversário* _ encarado como um inimigo que quer tirar proveito de ações judiciais _ surge a figura do *paciente-consumidor*, titular de direitos que devem ser obrigatoriamente respeitados.

A observância dos direitos do *paciente-consumidor* resgatará certamente os elementos *confiança* e *respeito* solapados com o advento da sociedade de massas, e diminuirá relevantemente os motivos daquele para questionar os serviços que utiliza.

Neste contexto, ressalta como mais importante o chamado direito ao *consentimento esclarecido*, que implica o dever de o prestador de serviços informar devidamente os pacientes sobre todas as características, objetivos e riscos do procedimento a ser realizado. A adequada informação, como se viu, resolveria grande parte das questões antes que chegassem à Justiça.

Como complemento desta primeira medida, desponta também como de grande relevo a adequada *documentação* dos procedimentos realizados, meio mais eficiente de prova nas ações judiciais desta espécie.

A adequação da premissa apontada no início deste trabalho, portanto, faz com que as medidas a serem buscadas para a solução ou minimização do problema deixem de ser sofismáticas e passem a ser no mínimo aceitáveis. De fato, a superação do sistema paternalista/autoritário até hoje vigente e a qualificação do paciente como um *consumidor* e não como um *adversário* desvia o foco das tentativas de solução do problema do campo da *proteção* para o âmbito da *prevenção*. O *gerenciamento de riscos*, então, desponta como atividade fundamental para o alcance deste objetivo.

Abstract - *Judicial Inquiries and the Protection Against the Patient: a Sophism to be Corrected Through Risk Management*

The author discusses the rise in judicial inquiries of patients against the renderers of health services and their main reasons. He considers as sophistic and prejudicial to the treatment of the problem the classification of the patient as an adversary and criticizes the preservation of the paternalistic/authoritative relationship which prevails today. The author proposes the correction of this sophism with the reclassification of the patient according to the reality of contemporary mass societies, in order to transform them into consumers, the retainers of rights to be respected. Based on this premise, he indicates risk management as the best option in combating this problem and points out respect for the informed consent of the patient and adequate documentation of the procedures as the main measures to be adopted.

Referências Bibliográficas

1. Cunha AG. Dicionário etimológico da língua portuguesa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.
2. Ferreira ABH. Novo dicionário da língua portuguesa. 2ª ed.rev.aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
3. Kant I. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 1992.
4. Challan B, Maconnell J, Walsh A. Risk management in health care: where did it come from and where is it going? Mt Sinai J Med 1993;60(5):359-62.

5. Fortes PAC. A responsabilidade médica nos tribunais [tese]. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1994.
6. Giesen D. The patient's right to know : a comparative law perspective. Med Law 1993; 12:553-65.
7. Brasil. São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 8ª Câmara Civil. Apelação Cível nº 182.306-1-0. Relator: Desembargador José Osório.
8. Huffman EKRRRA. Medical record management. 9th ed. Illinois: Physicians' Record Company, 1990.

Endereço para correspondência:

*Rua Dr. Mário Ferraz, 95, aptº 13
01453-010 São Paulo - SP*