

CAMILA VASCONCELOS DE OLIVEIRA

**JUDICIALIZAÇÃO DA MEDICINA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICO-
PROPOSITIVA DE UM PROBLEMA PERSISTENTE SOB A ÓTICA DA BIOÉTICA
DE INTERVENÇÃO**

**Brasília-DF
2017**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS DA SAÚDE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM BIOÉTICA**

CAMILA VASCONCELOS DE OLIVEIRA

**JUDICIALIZAÇÃO DA MEDICINA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICO-
PROPOSITIVA DE UM PROBLEMA PERSISTENTE SOB A ÓTICA DA BIOÉTICA
DE INTERVENÇÃO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Bioética da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Bioética.

Orientador: Prof. Dr. Volnei Garrafa

**Brasília-DF
2017**

Oliveira, Camila Vasconcelos de.

Judicialização da medicina no Brasil: uma análise crítico-propositiva de um problema persistente sob a ótica da Bioética de Intervenção, Brasília, 2017.

Orientador: Volnei Garrafa.

Tese (doutorado) – Universidade de Brasília/Programa de Pós-Graduação em Bioética, 2017. 155 p.

Judicialização da medicina; Relação médico-paciente; Bioética de Intervenção; Mediação de conflitos na assistência à saúde.

I. Oliveira, CV; Garrafa, V. II. Judicialização da medicina no Brasil: uma análise crítico-propositiva de um problema persistente sob a ótica da Bioética de Intervenção

CAMILA VASCONCELOS DE OLIVEIRA

JUDICIALIZAÇÃO DA MEDICINA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICO-
PROPOSITIVA DE UM PROBLEMA PERSISTENTE SOB A ÓTICA DA BIOÉTICA
DE INTERVENÇÃO

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Bioética da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Bioética.

BANCA EXAMINADORA

Volnei Garrafa – Presidente
Universidade de Brasília

Natan Monsores de Sá
Universidade de Brasília

Walquiria Guida Salles Pereira Primo
Universidade de Brasília e Secretaria de Saúde - DF

Aline Albuquerque Sant'Anna de Oliveira
Universidade de Brasília

Thiago Rocha da Cunha
PUC-Paraná

À Eduarda e Carolina.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Orientador, Professor Volnei Garrafa, por todo o cuidado dispensado nas leituras pormenorizadas a esta tese durante todo o longo percurso de escrita, pelas contribuições nas reflexões críticas e pela amizade e estima, o que se acresceu à admiração que já se fazia presente nesta sua aluna.

Aos Professores, colegas, colaboradores e funcionários da UNB pelo apoio e atenção, em especial às queridas amigadas que pude construir e que pretendo manter comigo. Imenso e especial abraço a Leandro Martorell, Regina Guzmán e Albani Ossege.

Aos meus pais, Jane Vasconcelos e Cesar Olimpio, e à minha querida irmã, Flavia Vasconcelos, pela ajuda irrestrita e amor, nunca permitindo a mim qualquer desânimo mesmo diante de dificuldades que pareciam obstar a continuidade deste projeto que tanto almejei.

Às minhas filhas que amo, Eduarda Vasconcelos e Carolina Vasconcelos, por me entregarem os mais amorosos dos sorrisos mesmo após dias de cansaço, os lindos brilhos nos olhos, e a imensa força que a maternidade me despertou. A Éder Vasconcelos, pai destas queridas e amigo, pela companhia em todo o duro percurso, mesmo diante de minhas faltas em idas e vindas à Brasília.

A Antônio Nery Filho, meu grande mestre, pelo carinho e pelo vasto conhecimento que compartilhou comigo para o aprendizado necessário à escrita.

A todos os meus queridos familiares e amigos, especialmente Ana Thereza Meirelles, minha querida, por toda a ajuda com seu rico conhecimento quanto ao conteúdo e metodologia; Amanda Barbosa pela ajuda em momentos difíceis e ternura em suas palavras de apoio; Emmanuel Oliveira pelo fortalecedor abraço irmão; e João Ferreira, por me ter feito acreditar que com olhares perspicazes diante dos meus objetivos, voos poderiam ser realizados e importantes tarefas cumpridas, com ética, persistência e confiança.

Aos meus alunos e colegas da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia – FMB-UFBA, pessoas com quem compartilho o meu amor pela docência, verdadeiro que é.

Às energias positivas e aos anjos, que fortalecem as boas pretensões no mundo, agradeço.

Ao se instalarem na quase, senão trágica,
descoberta do seu pouco saber de si,
[os homens] se fazem problemas a eles mesmos.
Indagam. Respondem, e suas respostas
os levam a novas perguntas.

Paulo Freire, "Pedagogia do Oprimido".

RESUMO

Trata-se de estudo que parte da perspectiva de assimetria na relação entre médicos e pacientes na assistência à saúde enquanto um problema persistente, que tem relações de poder mantidas segundo o ponto de vista foucaultiano de poder-saber colocado na ordem do discurso. Ao abordar uma possível aplicabilidade da teorização bioética para a tentativa de modificação deste contexto assimétrico, esta pesquisa procurou delimitar um território sobre o qual fosse possível alcançar uma leitura objetiva desta relação assistencial, elegendo o campo da Judicialização da Medicina no âmbito cível, ao partir do pressuposto de que conflitos podem ser consequências de anteriores assimetrias - ou problemas provenientes destas - não solucionadas por meio do diálogo. Como referencial teórico pertinente à análise elegeu-se a Bioética de Intervenção que, depois da homologação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, passou a ser norteada pelos princípios alcançados por ela, os quais refletem as vulnerabilidades e assimetrias causadas pelas disparidades de poder também no âmbito intersubjetivo, na medida em que também traz, em sua proposta epistemológica, o enfrentamento e a busca por equilíbrio nas relações por meio das perspectivas de emancipação, empoderamento e libertação. A partir deste contexto, objetivou identificar a possibilidade prática de se fazer uso de reflexões provenientes da Bioética de Intervenção para a tentativa de modificação do contexto persistente de judicialização dos conflitos entre médicos e pacientes no Brasil. Em um método de escrita teórica em estudo hipotético-dedutivo, de natureza qualitativa, com análises a referenciais teóricos específicos tendo em vista o traçado lógico, discorreu sobre o diálogo entre os poderes médico e judicial, compreendendo haver um fenômeno de substituição de poder popular pela decisão de juízes, em detrimento da possibilidade de empoderamento dos discursos dos pacientes em uma busca pela simetralização de discursos e solução de conflitos por meio da autocomposição, especialmente a mediação. Reflete os fundamentos ético-legais da mediação em diálogo com as noções intersubjetivas apresentadas pela Bioética de Intervenção, propõe o incremento de seus estudos no âmbito de capacitação dos atores no cenário autocompositivo e a criação de Câmaras de Mediação de Conflitos Assistenciais em Saúde como meios institucionais de resolutividade do contexto judicializador.

Palavras-chave: Judicialização da medicina; Relação médico-paciente; Bioética de Intervenção; Mediação de conflitos na assistência à saúde.

ABSTRACT

It is a study that starts from the perspective of asymmetry in the relationship between doctors and patients in health care as a persistent problem, which has power relations maintained according to the Foucaultian view of power-knowledge placed in the order of discourse. Mentioning a possible applicability of bioethical theorization to modify this asymmetrical context, this research aims to delimit a territory on which it was possible to reach an objective reading of this assistance relation, choosing the field of Judicialization of Medicine in the civil scope, starting from the assumption that conflicts may be consequences of previous asymmetries - or problems arising from them - not solved by dialogue. As a theoretical reference proper to the analysis, the Bioethics of Intervention was chosen, which one, after the homologation of the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, has been guided by its principles, which reflect the vulnerabilities and asymmetries caused by the disparities of power also in the intersubjective field because, in its epistemological proposal, the confrontation and the search for balance in the relations through the perspectives of emancipation, empowerment and liberation are also considered. From this context, the main objective was to identify the practical possibility of using reflections from the Bioethics of Intervention to modify the persistent context of judicialization of the conflicts between doctors and patients in Brazil. Guided by a theoretical writing method and a qualitative hypothetical-deductive study, specific theoretical references were analyzed according to a logical rationality. The present research remarks the dialogue between the medical and judicial powers, after pointing out that there is a phenomenon which consist on the substitution of popular power by judge decisions, rather than empower the patients discourses and become possible the symmetralization of discourses and solution of conflicts by alternative dispute resolutions, especially mediation. The research also reflects the ethical-legal foundations of mediation in dialogue with the intersubjective notions presented by the Bioethics of Intervention, proposes the increase of its studies during the trainig of mediators and other actors, and the creation of Chambers of Mediation on Health Assistance Conflicts as institutional means parallel to the judicial context.

Keywords: Judicialization of medicine; Physician-patient relationship; Bioethics of Intervention; Mediation of conflicts in health care.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	ASSIMETRIA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE – UM PROBLEMA BIOÉTICO	16
1.1	A REFLEXÃO BIOÉTICA NO CONTEXTO DA RELAÇÃO	17
1.2	RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: QUESTÃO EMERGENTE OU PERSISTENTE?	27
1.3	PODER/SABER NO DIÁLOGO COMO BINÔMIO DA ASSIMETRIA	33
1.3.1	A hierarquização dos discursos: perspectiva foucaultiana	34
1.3.2	A falência do diálogo na medicina contemporânea?	40
1.3.3	Diálogos entre poder médico e poder judicial	45
2	JUDICIALIZAÇÃO DA MEDICINA	50
2.1	O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO EM MEDICINA	51
2.1.1	Prática da medicina defensiva e vulnerabilidade médica	53
2.2	RESPONSABILIDADE MÉDICA ÉTICO-LEGAL	57
2.2.1	Erro médico culpável	63
2.2.1.1	Negligência, imperícia e imprudência médicas	65
2.2.1.2	Dano médico efetivo e nexos causal	69
2.2.2	Erro médico escusável	70
2.2.2.1	Erro de diagnóstico	71
2.2.2.2	Acidente imprevisível e resultado incontrolável	73
2.2.3	Medicina como obrigação de meios e de resultado	74
2.2.4	latrogenia e erro médico	76
2.3	AUTONOMIA, CONSENTIMENTO E DIREITO DE (NÃO) SABER	77
3	BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO	83
3.1	VULNERABILIDADE, PODER E INTEGRIDADE DA RELAÇÃO INTERSUBJETIVA	84
3.1.1	Vulnerabilidade e relações de poder	85
3.1.2	Singularidades e proteção à integridade individual nas relações	89
3.1.3	Poder e vulnerabilidade na prática clínica	91

3.2	A PERSPECTIVA INTERSUBJETIVA	92
3.2.1	Diálogos entre a <i>libertação</i> e o <i>empoderamento</i>	94
3.2.2	A tentativa de <i>emancipação</i> – o estado do conhecedor liberto	103
4	A BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO NA BUSCA PELA REDUÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA	106
4.1	NOVA PERSPECTIVA JUDICIAL CIVIL: AUTOCOMPOSIÇÃO	109
4.1.1	Mediação como técnica entre partes com prévia relação	113
4.1.2	Fundamentos ético-legais da mediação entre médicos e pacientes	117
4.2	REFLEXÕES CRÍTICAS E PROPOSITIVAS: BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO NA DIMENSÃO DA MEDIAÇÃO	121
4.2.1	Empoderamento para a simetralização no processo mediador	124
4.2.2	Inversão do fenômeno de substituição do poder	127
4.2.3	Câmaras de Mediação de Conflitos na Assistência à Saúde	132
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	136
	REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

Partindo do pressuposto de que conflitos podem ser consequências de anteriores assimetrias - ou problemas provenientes destas - não solucionadas por meio do diálogo, e, também, partindo da experiência desta pesquisadora na advocacia e docência em Direito Médico, nesta pesquisa foi estabelecido, por conveniência, o campo da *Judicialização da Medicina* no âmbito cível como território a ser estudado enquanto materialização dos conflitos advindos da *relação médico-paciente*, e campo sobre o qual se tornaria possível o desenvolvimento de uma análise crítico-propositiva em Bioética.

Neste sentido, a *Judicialização da Medicina*, tal como se verá nos capítulos seguintes, pode ser descrito como um fenômeno em que pacientes e médicos conflitam em demandas no âmbito do judiciário, em geral figurando como autores e réus, respectivamente, sobretudo quando se tratam de demandas indenizatórias. Estes conflitos, tal como se observará a seguir, provêm da relação assistencial da qual ambos faziam parte, e podem discutir, especialmente, tanto a efetiva ocorrência de erros médicos, quanto alegações de cometimentos de erros cujos fatos não restaram propriamente esclarecidos por meio do diálogo, ferramenta de comunicação de discursos cuja ausência ou insuficiência podem ser identificadas como um problema que persiste na história da medicina.

Cumprido ressaltar que a escrita desta tese buscou a continuidade de estudos desenvolvidos no decurso do mestrado desta pesquisadora, atinentes à Bioética Clínica, com enfoque na relação entre médicos e pacientes na assistência à saúde¹, em que foi realizada uma revisão de literatura voltada à história da medicina e uma análise crítico-teórica pautada pela existência de uma real assimetria entre os dois sujeitos implicados nesse processo. Nestes estudos, observou-se que essa assimetria se manteve no decurso dos séculos em uma conjuntura de existência de poder, em que o pouco compartilhamento de informações médicas corroborava a teoria de que o “saber” e o “poder” estavam colocados unilateralmente na esfera do discurso.

À época, também foram observados outros elementos que contribuíam para a reafirmação desta assimetria no cotidiano - sobretudo após a transformação positivista

¹ Estes estudos, realizados na Universidade dos Açores, em Portugal, resultaram na escrita da Dissertação intitulada “Contribuição da bioética para a simetria na relação entre médico e paciente”, aprovada em janeiro de 2011.

da medicina - a exemplo da reificação do corpo pelo desenvolvimento científico e o aumento da expectativa de cura médica. Com o propósito de discutir acerca do modo como a reflexão bioética poderia contribuir para a tentativa de construção de uma possível simetria da relação, à época dos estudos no mestrado da autora da presente tese foi eleita, para a pesquisa, a perspectiva do uso dos princípios da *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos* (1), de maneira que foram apontados aqueles considerados mais próximos às questões favoráveis à emancipação e ao empoderamento do paciente, a saber, os princípios: do Consentimento (Artigo 6); da Autonomia e Responsabilidade Individual (Artigo 5); do Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual (Artigo 8); e da Igualdade, Justiça e Equidade (Artigo 9).

Entretanto, um problema se manteve: a dificuldade de levar à prática aquela teoria analisada. Persistia, portanto, um problema a ser debatido em pesquisas posteriores, qual seja a tentativa de efetiva modificação do contexto de assimetria da relação entre médicos e pacientes, uma vez que, àquela altura, já estavam aclarados a conjuntura histórica da relação, sua conformação sob uma perspectiva filosófica, e os princípios cujos conceitos poderiam auxiliar na busca por uma solução.

Permanecendo a inquietude, portanto, esta nova pesquisa, agora no âmbito do doutorado, partiu para a busca por uma contribuição na dimensão da aplicabilidade, mesmo com ciência das dificuldades e limitações existentes diante de um problema tão complexo que envolve diversos domínios das ciências humanas e sociais.

Mantendo a eleição da DUBDH como componente norteador e fonte dos princípios para a reflexão bioética, passou-se a buscar uma perspectiva teórica que pudesse contribuir na transposição da teoria para a prática, mas que fosse sensível ao contexto social apresentado.

Para tanto, elegeu-se como referencial teórico a reflexão trazida pela Bioética de Intervenção (BI) que, depois da homologação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, passou a ser norteada fundamentalmente pelos princípios alcançados por ela, os quais refletem as assimetrias causadas pelas disparidades de poder que se configuram nos diferentes meios sociais, juntamente aos possíveis conflitos morais havidos nas relações. A proposta epistemológica da BI inclui no seu conteúdo propostas de enfrentamento e equilíbrio consubstanciadas em perspectivas de emancipação, empoderamento e libertação, tal como a seguir será esmiuçado.

A proposição do estudo, então, para direcionar a pesquisa e torná-la concreta, avaliando a possibilidade de aplicação prática, foi delimitar um território sobre o qual fosse possível alcançar uma leitura objetiva da relação entre médicos e pacientes e suas implicações em um contexto prático que trouxesse os reflexos do exercício do poder de forma assimétrica: o território da Judicialização da Medicina.

Para tanto, buscou-se compreender o possível contexto gerador da Judicialização da Medicina enquanto fenômeno, partindo da hipótese de tratar-se de substituição do poder decisional das partes pelo judiciário, demandada por pacientes e médicos que, tendo em vista a assimetria, não alcançava uma possível resolatividade de conflitos, ensejando a persistência do problema.

Portanto, delineou-se a seguinte pergunta da pesquisa: *é possível fazer uso de reflexões provenientes da Bioética de Intervenção para a tentativa de modificação de um contexto persistente de conflito judicial entre médicos e pacientes no Brasil?*

Para a análise, assim, foi utilizada a metodologia de escrita teórica em estudo hipotético-dedutivo, de natureza qualitativa, com análises a referenciais teóricos específicos tendo em vista o tracejo lógico conduzido conforme apresentavam-se as deduções a partir das tentativas de resposta à pergunta central. Realizou-se inicialmente uma revisão bibliográfica aprofundada, em literaturas concernentes aos âmbitos das humanidades e da saúde, bem como normas administrativas ético-disciplinares e legislações relativas à prática médica e aos mecanismos judiciais de autocomposição, todos acessíveis por meio impresso ou eletrônico, conforme a conveniência da pesquisa, com o devido rigor teórico e científico.

De tal modo, restou especificada a dimensão prática da judicialização em sua inauguração processual comum e cível, tendo em vista as atuais normas do Código de Processo Civil (2), publicado em março de 2015 no Brasil. Buscou-se, também, delimitar o território para o momento em que ainda fosse possível verificar-se a dimensão do problema sob o domínio decisional dos sujeitos, sem um terceiro interveniente, o que remeteu a pesquisa para a o primeiro momento de tentativa de autocomposição no processo.

Trata-se da primeira possibilidade de tentativa de acordo, um momento cuja decisão ainda é efetivamente regida pela vontade e discurso das partes processuais, agora postos nas condições de “médicos réus” e “pacientes autores”. Portanto, como dimensão ainda sob o domínio dos poderes dos sujeitos, partiu-se da compreensão de âmbito em que ainda é possível o exercício de suas vontades sem a intervenção

de um terceiro poder para a tomada de decisões, o poder judiciário. Esta pesquisa deixou de lado, portanto, a dimensão do *juízo*, que significa esta resolução do conflito estranha às vontades das partes.

Assim, o primeiro capítulo cuidou da contextualização da relação médico-paciente e sua assimetria, compreendendo-a na perspectiva de um problema persistente a ser refletido pela teorização bioética eleita. Para tanto, sinalizou criticamente a estruturação da relação de poder que nela se estabelece a partir da hierarquização dos discursos, em uma perspectiva foucaultiana, discutindo sobre possíveis conflitos advindos e a nítida presença do pensamento jurídico como novo poder a ser estabelecido no âmbito da relação.

O segundo capítulo, em continuidade, apresenta e reflete o fenômeno da judicialização da medicina, trazendo conceitos ético-jurídicos sobre sua origem, a conseguinte prática da medicina defensiva, e esmiúça o que vem a ser a responsabilidade médica sob uma perspectiva ético-jurídica. Com o propósito de compreender as temáticas abordadas nas demandas judiciais, este capítulo também buscou aclarar o que são efetivamente erros médicos ou circunstâncias que, por desconhecimento, geram conflitos judiciais não necessários, a exemplo das circunstâncias iatrogênicas, que não geram o dever de indenizar. Analisa o que vem a ser a conformação dos “erros” efetivos em medicina como expressão de condutas negligentes, imperitas e imprudentes, e trata da ideia de obrigação médica de meio, diversa da obrigação de resultado, esperada socialmente, abordando-os como contextos em que devem estar presentes diálogos e esclarecimentos prévios entre médicos e pacientes.

O terceiro capítulo, após a compreensão dos conflitos advindos da assimetria na relação e do fenômeno de judicialização, traz, por conseguinte, a análise da teorização da Bioética de Intervenção, que, em sua perspectiva intersubjetiva, se mostra idônea à interpretação do território de análise desta tese. Neste sentido, condizente com o raciocínio dedutivo desenvolvido, a Bioética de Intervenção aparece em uma sequência de conformação crítica da teoria de relações de poder, de maneira que apresenta a ideia da vulnerabilidade como elemento significativo na assimetria na prática clínica e traz, seguidamente, proposições a partir de teorias de libertação, empoderamento e emancipação.

Por fim, o quarto capítulo traz um diálogo entre a teorização da BI e o fenômeno da Judicialização, apresentando-a como excessiva, em uma proposta de tentativa de

modificação do contexto. A abordagem, portanto, traz a autocomposição como uma nova perspectiva a ser ressaltada, especialmente a mediação, vista enquanto adequada à resolução de conflitos surgidos na relação entre médicos e pacientes. Apresentada a mediação, a explanação segue aos seus fundamentos ético-legais, em diálogo com a Bioética de Intervenção em sua perspectiva intersubjetiva, e reflexões críticas são dispostas para a busca da inversão do fenômeno de substituição do poder dos sujeitos pelo poder judiciário, partindo-se à proposta de criação de espaços institucionais de mediação destes conflitos específicos.

1 ASSIMETRIA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE – UM PROBLEMA BIOÉTICO

A partir do desenvolvimento de estudo anterior (3), foi possível a observância de que a relação médico-paciente traz reflexos de conflitos consubstanciados na externalização de um desequilíbrio no binômio poder-saber havido entre os sujeitos, observado através do discurso segundo uma perspectiva foucaultiana, e que tem resvalado na conformação de um contexto de persistência de conflitos judiciais.

Mas, a assimetria existente na relação médico-paciente e este aumento de conflitos judiciais possivelmente dela advinda são problemas a serem analisados por estudos em bioética?

O esforço para responder a esta questão é objeto deste capítulo, bem como um sintético tracejo conceitual-histórico da bioética, que se justifica pelo propósito de enquadramento do tema no campo de estudo a partir de suas primeiras teorizações. Assim, iniciar-se-á o desenvolvimento de um fio condutor que dirigirá a leitura para a verificação de concomitância entre eventos destacados na trajetória histórica dos estudos bioéticos e questões que estimularam maior atenção aos problemas concernentes a relação médico-paciente.

E como esta pesquisa considera ser intrínseco à crítica desta assimetria tanto o debate a respeito da autonomia do indivíduo no que se refere à gestão de seu corpo perante as intervenções das novas tecnologias médicas, quanto perante o pouco acesso aos cuidados de saúde devido a problemas de ordem socioeconômica, seguir-se-á para um enfoque conforme uma abordagem de interpretações críticas e anti-hegemônicas da bioética desenvolvida no Brasil, que estabelece análises dos temas enquanto emergentes e persistentes, e traz uma contextualização local.

Como arremate para a observância do contexto de assimetria e consequentes conflitos judiciais, também será discutida a hierarquização dos discursos conforme a perspectiva foucaultiana, suas críticas, e os diálogos entre os poderes médico e judicial.

Cumpre destacar, ainda, de início, o efetivo uso da nomenclatura “paciente” para designar o sujeito com quem o médico se relaciona na assistência aos cuidados de saúde, especialmente por ser possível encontrar-se, na literatura, designações como “usuário” e “consumidor” (4). Com efeito, observa-se que, a depender do

contexto de análise teórica, há que se considerar a melhor adequação para a designação a ser utilizada. De tal modo, observe-se que, nos estudos em que se abordam questões concernentes aos serviços de saúde e suas relações com os cidadãos para quem a prestação é dirigida, sobretudo em uma perspectiva impessoal, tem-se como adequada a ideia de “usuário” (4). De outra forma, ao pensar-se em uma perspectiva consumerista, portanto, de prestação de serviços a serem consumidos e prestados por profissionais de saúde em uma abordagem individual jurídica, pode-se compreender como adequada a ideia de “consumidor”.

A princípio, tendo em vista a perspectiva também jurídica que é apresentada neste estudo, poderia ser esta a noção a ser defendida. Entretanto, tal como se verá a seguir, este estudo enquadra-se em uma percepção ampliada à bioética e aos direitos humanos, o que termina por considerar a perspectiva consumerista como capaz de incorrer em uma possível redução da ideia de relação médico-paciente à mera prestação de serviço, sem perspectiva humanística, diversamente do pretendido. Desta forma, defende-se a terminologia “paciente” como adequada ao contexto deste estudo, vista como relação humana capaz de expressar a vulnerabilidade vivenciada pelos sujeitos envolvidos (4).

1.1 A REFLEXÃO BIOÉTICA NO CONTEXTO DA RELAÇÃO

Tal como é cediço entre os estudiosos da bioética, as suas reflexões têm origem nas análises teórico-práticas desenvolvidas a respeito dos eventos históricos ocorridos a partir de meados do século XIX, especialmente relacionados com o desenvolvimento científico e seus reflexos prováveis ou verificados. Igualmente, trazem reflexos da positivação da ciência no século XVIII e o incremento de técnicas capazes de interferir no corpo humano ou de proporcionar modificações no meio social e ambiental, a partir de quando se passa a discutir a necessidade de estabelecimento de orientações éticas a fim de obstar-se a continuidade de condutas não respeitadas à dignidade humana e ao ecossistema, entretanto perseguidas sob o argumento do próprio desenvolvimento da ciência.

Portanto, foi neste sentido que o neologismo “bioética” foi traçado, na década de 1970, no meio acadêmico, quando Van Rensselaer Potter, bioquímico e

pesquisador americano na área de oncologia, publicou o artigo “*Bioethics, the Science of Survival*”, na revista *Perspectives in Biology and Medicine* (5), escrito no outono de 1970. Seguidamente, em 1971, este mesmo autor publicou a obra intitulada “*Bioethics: bridge to the future*”, cuja escrita dedicou a Aldo Leopold, professor e ecologista americano que, segundo Potter, antecipou a extensão da ética à bioética (6).

Observa-se, nos seus textos, que inicialmente Potter direcionou suas reflexões para a importância de desenvolvimento de uma postura ética frente aos problemas de ordem ambiental, contribuindo para a ideia de sobrevivência em um futuro com qualidade de vida a partir da manutenção dos recursos naturais existentes. Neste sentido, conforme Potter aduziu em outro artigo intitulado “*What does bioethics mean?*”, publicado anos à frente, em 1996, à época da sua primeira publicação a preocupação foi, de fato, com a observância do termo “bioética” referindo-se a questões para além da ética médica (6).

Ainda em 1971, André Hellegers, médico especializado em ginecologia e obstetrícia e professor da *University of Georgetown*, também versou sobre o termo “bioética”, entretanto voltando a sua perspectiva às novas tecnologias no âmbito da reprodução humana e suas implicações sociais e acadêmicas. Como fundador do *Kennedy Institute of Ethics*, Hellegers apontou as suas reflexões em bioética para as questões clínicas, inclusive desenvolvendo a proposta de criação do instituto com a pretensão de realizar estudos e discussões no campo ético biomédico (7), solidificado, adiante, como o *Kennedy Institute of Ethics*, na *Georgetown University*.

De tal modo, a ética médica e os estudos em bioética se aproximaram academicamente a partir desta última perspectiva, visto que os dilemas no campo prático médico se faziam presentes e requeriam respostas, restando enaltecidas as discussões que se aproximavam da relação médico-paciente.

Esta fase, intitulada por Garrafa e Azambuja (8) como etapa de *fundação da bioética*, terminou por dar maior destaque à segunda percepção do neologismo, portanto, mostrava-se afeita ao pensamento relativo ao que poderiam proporcionar as novas descobertas no âmbito da saúde, sobretudo em termos individuais, embora suas análises pudessem posteriormente auxiliar na discussão a respeito de problemas de ordem mais ampla, coletiva, o que se aproximava dos contextos médico-assistenciais.

É neste rumo que Salles (9) afirma que a própria relação entre médicos e pacientes, ao levantar inúmeras questões éticas na assistência à saúde - a exemplo do enfrentamento das ações paternalistas, da percepção da importância de se respeitar a autonomia do paciente e a necessidade de se assegurar sua participação nas decisões² - tornou-se um tema amplamente discutido no campo da bioética desde os anos 70 (9).

O fato é que o próprio decurso histórico em que se deu o início da construção da reflexão bioética aponta para dilemas atribuídos a esta relação, tanto voltados ao âmbito da pesquisa quanto ao âmbito assistencial em saúde. Isto porque, anteriormente às concepções acadêmicas do termo “bioética” citadas acima, as problemáticas nesta nova área já se faziam presentes, sobretudo aquelas provenientes de eventos históricos decorridos a partir de meados do século XX, e que estimularam reflexões em busca do estabelecimento de limites éticos nas condutas científicas.

Ao abordar o surgimento da bioética, Patrão Neves (10) afirma que ela nasce a partir de dois fatores, considerados determinantes: um de ordem *científico-tecnológica*, que envolve um processo de conscientização a respeito da necessidade de imposição de limites externos à ciência, causado, sobretudo, pelas consequências de um progresso avassalador; e outro de ordem *sociocultural*, proveniente da emergência de uma nova postura social atinente aos direitos individuais e coletivos alcançados e reavivados no decurso do pós-guerra, e que passaram a conduzir a uma busca pela renovação ética (10).

É o que se verificou especialmente a partir do contexto motivado pelos fatos apresentados sob a forma de denúncias ensejadoras do Julgamento de Nuremberg, em 1946, e que culminou no advento do Código de Nuremberg. Trataram-se notadamente de revelações sobre participações de médicos e outros profissionais de saúde em experimentos que ocorreram sem orientação ética, sob a justificativa da busca pelo desenvolvimento científico, muitos deles permeados por comportamentos discriminatórios e violências contra grupos sociais vulneráveis. Em 1947, então, com a formulação do citado código, é positivada, em seu primeiro artigo, a essencialidade

² O autor considera, ainda, que há outros temas, também relevantes, e que apenas começaram a ser debatidos em recentes décadas, a exemplo de como o contexto econômico, social e cultural podem afetar o exercício desta relação.

da colheita do consentimento voluntário³ do participante como elemento prévio à pesquisa, o que até então não havia sido exigível formal e amplamente.

Assim, dá-se o início da busca por uma renovação ética, enaltecida em 1948 a partir da adoção e publicação da Declaração Universal de Direitos Humanos pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que trouxe, como fundamento, a proteção à dignidade da pessoa humana⁴. Como busca pela efetividade desta proteção, o seu texto estabeleceu “direitos”, compreendidos enquanto iguais e inalienáveis, reconhecidos “a todos os membros da família humana” (11).

Em seu preâmbulo, a declaração considera que a “liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade” é uma aspiração significativa da humanidade (11) e que deve ser protegida. Foram reconhecidos, portanto, direitos como os concernentes à vida, à liberdade e à segurança pessoal, bem como à não submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante (11).

Contudo, mesmo com estes esforços, diversos fatos no âmbito médico-científico persistiram em desfavor deste avanço ético, e em detrimento da proteção da humanidade. Muitos deles decorridos em relações médico-paciente estabelecidas com fins assistenciais, e tantos outros em continuidade às posturas desrespeitosas à dignidade, tais como os que a sociedade assistiu em meados do século XX.

Serão ligeiramente abordados três dos acontecimentos clássicos no âmbito da bioética, e que merecem ser recordados, visto que abrangeram problemas éticos envolvendo médicos e pacientes em suas relações estabelecidas não somente na pesquisa, mas especialmente na assistência, objeto deste estudo. São eles os casos *God’s Committee*, decorrido a partir de relações assistenciais; algumas das denúncias de Henry Beecher sobre situações provindas de relações médico-pacientes; e o caso *Tuskegee*, em que se extraiu proveito da fidúcia em uma relação estabelecida com profissional de saúde.

³ Atualmente o “consentimento informado” é um recurso fundamental também no âmbito assistencial médico, visto que significa um efetivo respeito ao paciente e à sua capacidade de autodeterminação, na medida em que se refere à sua liberdade em conhecer e decidir sobre as condutas relativas aos seus estados de saúde e doença, o que será explanado nos próximos tópicos. No Brasil hoje é, inclusive, alvo de questionamentos jurídico-contratuais sobre a sua eficácia e validade, caso não seja constituído de elementos específicos e particulares a cada relação estabelecida entre médico e paciente.

⁴ Esta declaração instituiu, em termos teóricos, maior efeito ético-jurídico aos esforços dispensados na consignação do consentimento como reflexo do respeito às pessoas, sobretudo quando considerados os seus anseios e vontades, inclusive no campo da saúde. Pode-se afirmar, igualmente, uma maior eficácia na exigência à obtenção do consentimento como atendimento à dignidade do sujeito, tanto na pesquisa quanto na assistência, após a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Em 1962, ocorreu a conformação do Comitê de Seleção de Diálise no Hospital de Seattle, nos Estados Unidos da América, momento em que, devido ao maior número de pacientes renais crônicos do que a quantidade de máquinas de diálise a partir de então disponíveis, se fez necessário o estabelecimento de duas comissões objetivando a triagem dos pacientes que realizariam o tratamento. Tratava-se de uma nova tecnologia, desenvolvida pelo nefrologista Belding Hibbard Scribner, e que, ao passo em que foi capaz de proporcionar uma evolução no âmbito médico assistencial, também foi capaz de levantar discussões a respeito da uma insuficiente disponibilidade de tratamento, ensejadora de um dilema ético: afinal, quais seriam os pacientes a fazer uso da diálise naquele hospital?

Tal como foi explanado à época, a primeira comissão, conformada por profissionais médicos, lançou o propósito de realizar uma triagem exclusivamente com fulcro nas condições de saúde e doença em busca de maior efetividade no tratamento. A outra comissão, necessariamente composta por pessoas não médicas, buscava argumentos para justificar a seleção dos pacientes que seriam contemplados, agora em uma segunda triagem, para novamente propiciar uma redução da quantidade dentre os selecionados, pois a demanda ainda ultrapassava a oferta de dispositivos.

Os segundos critérios, portanto, eram alheios à medicina, e atinentes a elementos como idade, estado civil, sexo, ocupação, escolaridade, dentre outros de cunho socioeconômico e relevantes para a moralidade daquela coletividade. Esta comissão passou a ser conhecida como *God's Committee*, sobretudo após a publicação do conhecido artigo de autoria da jornalista Shana Alexander na revista *Life*, em novembro de 1962, intitulado "They Decide Who Lives, Who Dies - Medical miracle and a moral burden of a small committee" (12). Afinal, na medida em que decidiam quem viveria e quem morreria caso não obtivessem acesso à terapêutica, assemelhavam-se a um deus segundo aquelas perspectivas religiosas.

Tratou-se de um acontecimento que claramente abordou dilemas voltados à relação entre médicos e pacientes, além da questão relativa à distribuição de recursos para tratamentos, o que ensejaria, por hora, análises no âmbito da justiça distributiva. Com enfoque, entretanto, apenas na perspectiva estrita da relação assistencial, objeto deste estudo, observa-se que, embora ansiosos por tratamento, aqueles pacientes viam-se suscetíveis à percepção dos profissionais de saúde na tomada de decisões sobre os seus acessos. Também assim, viam-se suscetíveis à percepção de outros

sujeitos que, com autorização do meio médico-hospitalar, participavam da decisão a respeito da realização ou não da terapêutica em seus corpos.

Por conseguinte, a possibilidade de recusa ao acesso pretendido por meio do uso de argumentos ora clínicos, ora não clínicos, mostrava o exercício de um poder de decisão alheio ao paciente, que se somava ao poder médico já presente, o que apontou uma conjuntura de deliberação paradigmática para os estudos sobre as relações de poder no campo da bioética e da relação assistencial, que será objeto de reflexão mais adiante.

Prosseguindo com as enumerações de eventos que marcaram a construção teórica dos estudos em bioética respectivos à relação médico-paciente, importante frisar a publicação do artigo científico “*Ethics and clinical research*” por Henry Beecher (13), em 1966, que também causou preocupação à sociedade, ao âmbito médico, e ao ambiente acadêmico. Isto porque registrou, após análise minuciosa realizada em artigos anteriormente publicados em revistas de renome e produzidos por cientistas até então idôneos, um número significativo de pesquisas desenvolvidas sem a colheita do consentimento informado dos participantes. Outros, com colheita sem observância da precariedade ou da pouca capacidade de compreensão dos sujeitos, condutas absolutamente contrárias ao respeito às suas dignidades.

Nesse estudo merecem destaque, sobremaneira, dois casos relatados em que é possível encontrar situações de abusos de confiança no âmago de relações entre médicos e pacientes. Tratou-se de casos com propósitos implícitos de realizações de pesquisas, na medida em que as condutas ilícitas de profissionais tornavam-se oportunizadas pela confiança neles depositada pelos sujeitos assistidos.

O primeiro caso aqui descrito traz o episódio de indução de moléstias em grupos socialmente vulneráveis (13), tal como disposto no “*Example 17*”:

Células cancerígenas ativas foram injetadas em 22 sujeitos humanos como parte de um estudo de imunidade ao câncer. De acordo com uma recente revisão, os sujeitos (pacientes internados) foram ‘meramente informados que estaria recebendo ‘algumas células’ – ‘... a palavra câncer foi totalmente omitida ...’⁵ (13)

Neste sentido, o propósito real da conduta era o de dar seguimento a uma pesquisa, sendo afirmado aos pacientes hospitalizados e sob assistência médica, que

⁵ Tradução livre: “Live cancer cells were injected into 22 human subjects as part of a study of immunity to cancer. According to a recent review, the subjects (hospitalized patients) were ‘merely told they would be receiving ‘some cells’ – ‘... the word cancer was entirely omitted...’.

estariam sendo submetidos a um tratamento por meio de células cuja característica ou procedência eram omitidas.

Percebe-se que, além da inadequação ética do estudo, seja pelo seu conteúdo, seja pelo oportunismo havido no usufruto da confiança percebida na relação assistencial, há a omissão dos propósitos e meios para a sua consecução. De tal modo, sequer foi cogitada a disponibilização da informação ou a colheita de um eventual posterior consentimento.

Outro significativo caso foi o “*Example 18*”:

Melanoma foi transplantado de uma filha para a sua voluntária e informada mãe, "na esperança de ganhar uma melhor compreensão da imunidade do câncer e na esperança de que a produção de anticorpos do tumor pudesse ser úteis no tratamento da paciente com câncer." Desde que a filha morreu no dia após o transplante do tumor em sua mãe, a esperança expressada pareceu ter sido mais teórica do que prática, e a condição da sua filha foi descrita como "terminal" no momento em que a mãe se ofereceu para ser uma destinatária. O implante primário foi extirpado amplamente no vigésimo quarto dia depois que tinha sido colocado na mãe. Ela morreu de melanoma metastático no quingentésimo quinquagésimo primeiro dia após o transplante. A evidência que esta paciente tenha morrido de metástase do melanoma difundido a partir de um pequeno pedaço do tumor transplantado foi considerada conclusiva.⁶ (13)

Observa-se, neste trecho, um desacordo ao que se preceitua como objetivo da medicina, qual seja não causar danos, e advindos de uma deturpação nas informações apresentadas aos pacientes e familiares. Vale salientar que, no início de seu artigo, Henry Beecher apresentou o que considerou como “razões” para a urgência de desenvolvimento de seu estudo, e denomina de “erro ético” as situações encontradas: “Erros éticos estão aumentando não só em números, mas em variedade (...). Há uma série de razões pelas quais uma séria atenção para o problema geral é urgente”.⁷ (13)

E, de fato, já naquele momento histórico havia urgência para o desvelamento dos problemas éticos que germinavam nas relações entre médicos e pacientes,

⁶ Tradução livre: “Melanoma was transplanted from a daughter to her volunteering and informed mother, ‘in the hope of gaining a little better understanding of cancer immunity and in the hope that the production of tumor antibodies might be helpful in the treatment of the cancer patient.’ Since the daughter died on the day after the transplantation of the tumor into her mother, the hope expressed seems to have been more theoretical than practical, and the daughter’s condition was described as “terminal” at the time the mother volunteered to be a recipient. The primary implant was widely excised on the twenty-fourth day after it had been placed in the mother. She died from metastatic melanoma on the four hundred and fifty-first day after transplantation. The evidence that this patient died of diffuse melanoma that metastasized from a small piece of transplanted tumor was considered conclusive.”

⁷ Tradução livre. “Ethical errors are increasing not only in numbers but in variety (...). There are a number of reasons why serious attention to the general problem is urgent.”

fazendo destas relações meios fáceis para as realizações de pesquisas sem respaldo ético e sem respeito à dignidade dos pacientes.

Também nesta linha de reflexão proveio o terceiro evento histórico trazido: o *Caso Tuskegee*, no Alabama, conhecido publicamente em 1970, e significou um novo motivo de sobressalto para a sociedade e para a comunidade científica. Tratou-se de uma pesquisa, em que foi aproveitado um contexto de fidúcia presente nas relações entre profissionais de saúde e pacientes, transcorrida por quarenta anos, iniciada, portanto, na década de 30, e financiada pelo Serviço Público de Saúde dos Estados Unidos.

Esta pesquisa, que envolvia por volta de 400 homens negros portadores de sífilis, era realizada sob o pretexto de estudo comparativo a outro desenvolvido anteriormente em homens brancos, em que se observou a evolução natural da doença até a morte. Os pacientes negros, para tanto, foram mantidos sem tratamento, sendo-lhes ministrado placebo ao passo em que lhes era informado o uso de um medicamento que poderia reverter o quadro patológico.

Assim se manteve o procedimento mesmo após a descoberta da penicilina e a confirmação da sua eficácia em humanos no início da década de 40. Para evitar que aqueles homens pudessem realizar tratamento com esta droga, notadamente eficaz, foram distribuídas listas com seus nomes em outros centros de saúde para que, na medida em que eles se apresentassem, lhes fosse impedido o acesso. Portanto, aqueles “pacientes” sequer tinham conhecimento de que, em verdade, em seus corpos era ministrado placebo.

Portanto, a omissão a respeito das decisões que de fato eram tomadas, bem como o uso da vulnerabilidade daqueles sujeitos na relação assistencial, marcaram este evento histórico. Sendo assim, ao passo que o “objetivo” era alcançado, os pacientes vinham a óbito e os dados clínicos eram registrados com o propósito, também infausto, de comparação racial entre brancos e negros.

A partir destes três eventos da história decorridos no século XIX, é possível observar-se que “dilemas éticos” – e, porque não, “*problemas bioéticos*” - envolvendo médicos e pacientes em suas relações assistenciais se fizeram presentes. Destacaram-se, em concomitância, como preocupantes pontos de partida para as reflexões em bioética, ensejadoras de construções teóricas diversas.

No contexto destes acontecimentos relatados, é importante mencionar a construção principialista estadunidense, que se iniciou com o Relatório Belmont e que

ainda é norteadora das construções normativas ético-médicas no Brasil – algumas delas que serão trabalhadas nos capítulos seguintes – dentre elas o último Código de Ética Médica, em vigor a partir de 2009 (14). Aquele relatório, desenvolvido pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, dos Estados Unidos, publicado em 1978, trouxe a proposta de construção efetiva de normativas balizadoras de condutas em pesquisas, capazes de serem ainda percebidas no campo da assistência.

A referida Comissão lançou o que denominou de *Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*, sob o formato de princípios e orientações: “Respeito pelas Pessoas”, que trazia a percepção de duas convicções para a sua compreensão: a de que indivíduos são e devem ser respeitados como agentes autônomos e a de que havendo pessoas com autonomia reduzida, tem, estas, direito à proteção; “Beneficência”, entendida como um dever ensejador de duas regras: não prejudicar e maximizar os possíveis benefícios, bem como minimizar os possíveis danos; e “Justiça”, que trouxe a reflexão a respeito da igualdade no recebimento de benefícios na assistência à saúde, o questionamento do que seria justo na distribuição de recursos, e no estabelecimento de pesquisas e seus participantes .

Um ano após, em 1979, Tom Beauchamp, que havia composto a comissão responsável pela elaboração do Relatório Belmont, juntamente a James Childres, publicaram a obra *Princípios de Ética Biomédica* (15), em que constou uma reelaboração dos três princípios recém discutidos, passando a propor quatro, com a seguinte denominação: “Respeito à autonomia”, Não maleficência, Beneficência e Justiça.

No primeiro deles, o “Respeito à autonomia”, os autores objetivaram a efetiva tomada de decisão pelo sujeito, trazendo como necessários dois aspectos, concomitantemente, quais sejam um grau substancial de entendimento e a liberdade diante de eventual coerção (15). Os autores acreditavam, portanto, na impossibilidade da existência de um grau pleno de entendimento na vida cotidiana, o que, segundo eles, fugiria inclusive da normalidade, já que não se haveria de negar a existência da vida comunitária e dos relacionamentos humanos.

Defenderam, também, o conceito de “autonomia substancial”, cujos critérios propuseram que fossem verificados em contextos particulares, o que fugia, segundo eles, da aplicação neutra de uma teoria geral - perspectiva esta bastante debatida e

enfrentada por bioeticistas latino-americanos e que será abordada mais adiante. Também fazendo parte do conceito deste princípio está a noção de “respeito”, apontado como necessário, visto que caberia a quem se relaciona com o sujeito a consideração de sua autonomia, abstendo-se de qualquer interferência, e auxiliando a sua prática.

É relevante ainda a compreensão do segundo princípio, mormente para as seguintes perspectivas jurídicas sobre negligência médica e iatrogenia a ser discutidas nesta pesquisa: “Não-maleficência”, que posto na ordem de uma omissão - portanto uma “obrigação de não-fazer” - traz o dever de não causar dano intencionalmente a outras pessoas. Certos de que a causação de dano por vezes é intrínseca a algumas terapêuticas, os autores defendem a importância da realização de determinadas condutas que trazem algum grau de prejuízo, contudo que também trazem, maiormente, uma probabilidade significativa de consequentes benefícios.

Neste mesmo sentido, o princípio “Beneficência” é apontado pelos autores como consubstanciado em dois pilares, que denominam “beneficência positiva” e “utilidade”. Significa que, diferentemente do princípio anterior, este está posto na ordem da ação, como uma “obrigação de fazer” ensejadora de consequentes benefícios ao sujeito. Para Beauchamp e Childress, deve-se exercitar a utilidade mediante uma ponderação entre riscos e benefícios em circunstâncias práticas, a fim de que se possam alcançar respostas sobre a realização ou não de determinada conduta no campo da saúde.

O princípio “Justiça”, segundo os autores, envolve não somente a análise do que vem a ser justo no estabelecimento de critérios para desenvolvimento de pesquisas em seres humanos, como também a reflexão acerca de problemas que surgem, sobretudo em circunstâncias de escassez e competição, em que gastos precisam ser geridos em um contexto de maior demanda do que oferta de recursos. Referindo-se à área da saúde os autores analisam a temática da “justiça distributiva”, argumentando que em meio às diversidades socioculturais e econômicas é preciso uma percepção quanto ao que determinado meio social compreende sobre o que vem a ser “justo” para a alocação; portanto qual compreensão política de justiça que será abordada, objetivando-se, inclusive, a aplicação de um juízo de ponderação de vantagens e desvantagens para aquele grupo. Defendem a ideia de que não há uma única percepção de justiça capaz de abordar todas as questões, devendo-se sempre analisar as circunstâncias particulares para as suas aplicações.

Tal como muito se discute em encontros científico-acadêmicos em bioética, este modelo proposto pelos autores é traçado conforme um perfil liberal estadunidense no que se refere à resolutividade das questões em saúde, e é inclinado à priorização das liberdades individuais, ainda que em detrimento do coletivo. Sendo assim, caso aplicado sem maiores percepções sobre relações de poder e vulnerabilidades sociais, torna-se pouco adequado à realidade socioeconômica e cultural brasileira, ambiente em que se passa a relação médico-paciente e a sua judicialização, aqui estudada.

1.2 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: QUESTÃO EMERGENTE OU PERSISTENTE?

Mesmo que toda a sugestão de constituição teórica da bioética estivesse até então interpretada segundo uma percepção estadunidense, a partir da década de 1980 assiste-se à presença crescente de desenvolvimentos teóricos de pensadores europeus e latino-americanos no sentido de alargar as propostas até então trabalhadas, com o intuito de modificar a perspectiva para uma valorização da coletividade, e abarcar, também, questões de saúde pública.

Há, neste sentido, uma demonstração de necessidade de modificação de paradigma a respeito de um pensar com tradição política liberal, na medida em que se passa a propor um pensar segundo uma política de bem-estar social.

Introduzindo esta nova visão no meio acadêmico ocidental, Giovanni Berlinguer, professor italiano dedicado aos estudos em medicina social e, posteriormente, à bioética, destacou-se no contexto. Desenvolveu, a partir de fins da década de 1980, críticas à concentração das atenções aos dilemas proporcionados pelas novas tecnologias, em detrimento das análises a respeito de questões já pertencentes à vida comum, que, segundo ele, restavam negligenciadas no cenário de debates bioéticos até então. (16) É neste contexto de análise que o autor propõe a distinção entre “*bioética cotidiana*” e “*bioética de situações limites*” (16), em uma

tentativa de chamar a atenção sobre o entrelaçamento entre o presente e o futuro, entre aquilo que esperamos ou tememos das descobertas e das técnicas da biologia e o que já podemos fazer para melhorar a vida humana e os equilíbrios ambientais. (16)

Ao escrever a respeito do que considera ser a “bioética”, Berlinguer abordou o significativo desenvolvimento das ciências biológicas, destacando o estímulo que estas passaram a provocar suscitando dilemas que entende como dilacerantes. O autor explica ainda que a riqueza e a complexidade do tema “bioética” tem a sua existência numa interseção do que até então acreditava constar em quatro planos:

Além de uma *bioética da vida cotidiana*, que se refere aos comportamentos e às ideias de cada pessoa, a multiplicação das profissões coligadas à pesquisa e ao uso de descobertas biomédicas ressalta uma *bioética deontológica*, um ou mais códigos morais dos deveres profissionais; existe, além disso, tendência crescente a promulgar e interpretar, pelos Estados, normas reguladoras que tenham valor de lei: a *bioética legal ou bioius*; e, enfim, procura-se compreender princípios e valores que estão na base das reflexões e das ações humanas nestes campos: pode-se falar por isso de *bioética filosófica*. (17)

Assim, aduz que os planos da “*bioética da vida cotidiana*”, da “*bioética deontológica*”, da “*bioética legal ou bioius*” e da “*bioética filosófica*” são aqueles em que maiormente se descrevia no meio acadêmico e científico como campo de análise da bioética, de maneira a tornar dificultosa a presença de uma nova perspectiva que não esta que já passava a se difundir fortemente nos hospitais dos Estados Unidos da América. Para ele, esta visão desconsiderava “o fato de que sempre existiram princípios-guia, mutáveis segundo as épocas, na base dos comportamentos cotidianos de qualquer um em relação a muitos aspectos da vida” (18).

Neste sentido, o autor pretendeu mostrar que há dilemas considerados atuais, mas que sempre compuseram os problemas da humanidade, entretanto ressurgidos sob óticas diferentes devido aos avanços das ciências biológicas, e em um contexto, obviamente, histórico-cultural modificado. Não havia, portanto, novidades nas bases de existência dos problemas, e sim nas novas formas de apresentações destes problemas para a humanidade, agora tecnologizada.

Contudo, o autor sinaliza também para o necessário enfrentamento destas novas questões, o que denomina “*problemas de situações limites*”, na medida em que serão os problemas da vida cotidiana futura (19). Berlinguer exemplifica:

Discute-se, justamente, sobre alguns casos de *eutanásia*, de “boa morte” eventual; mas ignora-se milhões de *cacotanásias*, de péssimas mortes prematuras e não merecidas que acontecem por falta de prevenção e tratamento. Dedicam-se, justamente, energias científicas e reflexões morais à *fecundação artificial*, mas trabalha-se muito pouco, tanto na pesquisa como nas atividades práticas, sobre a comuníssima *esterilidade*, que só em raros casos pode ser resolvida com a fecundação artificial. Criam-se preocupações

justas a respeito do controle farmacológico ou genético do comportamento, deixando de se considerar, como análise científica também, a atual constante manipulação humana, através de outros meios. (20)

Assim, Berlinguer (21) mostrou que este novo interesse gerado pela apresentação tecnológica dos anseios sociais promovia um enaltecimento da atenção para os novos aspectos, ensejando um agravamento da negligência para questões da vida comum e que envolviam, inclusive, um número maior de pessoas cotidianamente.

Dentre os estudiosos latino-americanos a se debruçar primeiramente acerca deste debate está o professor brasileiro Volnei Garrafa, pesquisador nos campos da saúde coletiva e da bioética. E foi a partir da década de 1990, que este apresentou uma proposta de ressignificação da divisão semântica das análises temáticas em bioética proposta por Berlinguer, trazendo uma perspectiva segundo novos fundamentos. Neste sentido, Garrafa repensa a distinção entre “*bioética cotidiana*” e “*bioética de situações limites*”, considerando maior adequação na disposição entre “*bioética de situações persistentes*” e “*bioética das situações emergentes*” (22).

Isto porque, conforme visto, Berlinguer fundava-se na busca pelo diálogo entre *presente* e *futuro*, defendendo a ideia de que os problemas ou situações ou conflitos éticos analisados, cotidianos ou de limites ou fronteiras do conhecimento, tão-somente *ressurgiam sob óticas diferentes*, em novos contextos da humanidade, sendo, na verdade, conformados pelas mesmas angústias sobre as questões da vida, e que seriam valorizadas ou negligenciadas pelo meio científico-social na medida em que compunham circunstâncias tecnologizadas ou comuns, respectivamente.

Garrafa, por sua vez, fundamenta nos conceitos de *persistência* e *emergência* a diferenciação semântica dos temas ou questões abordadas pela bioética, considerando haver dilemas que, em que pese o transcurso de séculos, permanecem no meio social apresentando uma constância injustificada, sobretudo após as conquistas propiciadas pelos direitos humanos (22) declarados e ratificados por diversas nações em meados da década de 40; e tantos outros dilemas que surgiram na sociedade apenas a partir do desenvolvimento científico e tecnológico acelerado verificado após a Segunda Guerra Mundial e muito especialmente a partir dos anos 70 e 80. (23)

Em um de seus escritos o autor exemplifica serem persistentes problemas de exclusão social refletidas no campo da saúde como o racismo, as desigualdades de gênero, a fome, a miséria, a expansão das drogas, as situações de abandono de

milhões de crianças e idosos, questões indígenas, aborto e a eutanásia (24), que não podem ser desconsideradas nos estudos sobre ética e saúde. Cita, também, a Declaração de Santa Fé de Bogotá, de 1992, em que se destacou ser inaceitável, dentre outras circunstâncias, a continuidade de enfermidades resultantes da desigualdade (25).

Garrafa (26) considera, inclusive, ter havido uma efetiva deturpação da compreensão da bioética em sua criação, na década de 1970, originada pelas diferentes visões sobre questões em saúde vivenciadas em países com realidades sociais diferentes:

Como os países desenvolvidos já resolveram suas questões (ou pelo menos estão bem encaminhadas...) mais básicas de saúde, estabeleceu-se uma interpretação errônea, parcial e equivocada de que a bioética foi criada para cuidar predominantemente dos novos dilemas provenientes do desenvolvimento da ciência. (26)

Mais especificamente, o autor destaca sua análise assinalando os impactos das diferenças socioeconômicas nas questões de saúde, apontando ser estas mais críticas e dramáticas nos contextos dos países pobres, que denomina “*periféricos*”, do que dos países ricos, que denomina “*centrais*”, em que, mesmo no século XXI, os investimentos em saúde seriam, em média, três vezes maiores (26).

De tal modo, percebe-se que ambos os autores - Berlinguer e Garrafa - coadunam com a ideia de necessária ampliação da perspectiva dos estudos em bioética para além da ética biomédica, bem como da perspectiva liberal estadunidense, em busca de uma aproximação com os conceitos de saúde pública. Isto porque, concomitante aos dilemas relacionados ao desenvolvimento científico, mantêm-se outros tantos relativos aos problemas socioeconômicos que também interferem na perspectiva de saúde.

Entretanto, a ressignificação da distinção berlingueriana da bioética proposta por Garrafa, em que pese fundar-se igualmente na valorização do ponto de vista da saúde pública, traz caracteres que requerem atenção para a sua compreensão maiormente aprofundada. O que vem a ser, de fato, para a concepção das reflexões bioéticas, *situações persistentes* e *situações emergentes*? Como, conceitualmente, pode-se promover esta diferenciação, a ponto de ser possível ao aplicador destas leituras uma organização temática dos problemas analisados pela bioética?

“Persistente”, enquanto qualidade relativa ao praticante do ato de persistir, remete o seu intérprete às ideias de “constância” (27) e “contumácia” (28),

substantivos capazes de apresentar um ponto de vista *observacional-temporal*, que instiga uma verificação de sua continuidade no decurso do tempo em determinado meio social. Frise-se, entretanto, que esta verificação de continuidade se impõe por meio de uma repetição de problemas, ou seja, uma manutenção de situações repetitivas, cujos contextos sociais teimam fazê-las persistir, o que importa em uma significação negativa.

Além disso, há que se considerar nas entrelinhas de sua presença, os porquês desta manutenção contumaz, ou seja, há que se ponderar as motivações políticas de sua própria qualidade. De tal modo, é possível observar-se ainda um ponto de vista *crítico-político*, porquanto sinaliza o leitor para um contexto que tem a sua manutenção estimulada pela ausência de políticas públicas de saúde em prol de suas resolutividades.

Portanto, retornando a alguns dos exemplos apontados por Garrafa (24), pode-se perguntar: porque se mantém e a quem interessa a persistência dos problemas sociais e de saúde ensejados pelas desigualdades de gênero? Há negligência dos poderes públicos ou interesse de poderes hegemônicos na manutenção da expansão do uso de drogas? Porque o aborto, mesmo apontado pelo Ministério da Saúde do Brasil em 2009 (29) como questão de saúde pública ainda não é um tema enfrentado ou resolvido por meio da descriminalização, legalização e criação de políticas públicas de saúde?

Segundo este mesmo raciocínio, tem-se que “emergente” (30), enquanto qualidade relativa ao praticante do ato de emergir, de “sair de onde estava mergulhado” (31), remete inicialmente o seu intérprete à percepção de algo “novo”, que “nasce”, ainda que proveniente de um contexto anterior do qual se fez insurgir.

Nesta perspectiva, é preciso, portanto, a leitura de uma conjuntura existente e prévia, capaz de conformar uma nova ideia, que se apresenta como “novidade” em seu surgimento diferenciado embora tenha, em sua constituição, ocupações anteriores⁸. E em uma segunda perspectiva, pode-se compreender esta “emergência” novamente com um ponto de vista *crítico-político*, em que se faz necessária uma reflexão sobre as entrelinhas do seu aparecimento ou de sua colocação na posição de problema a ser enfrentado.

⁸ Neste ponto, há que se verificar similitudes nas ideias de Berlinguer e Garrafa: ambos estariam atentos ao fato de que há troncos únicos de formação dos problemas ou situações limites.

Isto porque a emergência representa, neste plano, tanto o significado de um avanço tecnológico efetivamente compartilhado no meio público, quanto o significado de um avanço tecnológico resultante de investimentos financeiros em áreas que nem sempre atentam às necessidades de um número significativo de pessoas no meio social.

Esta segunda perspectiva pode, portanto, vir a conflitar com a pretensão social de distribuição de recursos de modo justo tendo em vista as prioridades de investimentos para a área da saúde. E é neste contexto que, a título de exemplificação, se pergunta: tratam-se de evoluções tecnológicas afeitas às significativas necessidades sociais? A quem interessa esta “emergência” de problemas nem sempre “emergenciais”? Tratam-se de evoluções tecnológicas dispensáveis? Ou, ao contrário, tratam-se de evoluções essenciais, porém pouco compartilhadas? A quem interessa o pouco compartilhamento?

Desta forma, pode-se dizer que a resignificação proposta por Garrafa, além da observância pelo aspecto de presença cotidiana ou de fronteira apontadas por Berlinguer, traz uma indicação para a percepção crítico-política sobre a continuidade ou a emergência de questões, seja denunciando a negligência dos poderes públicos ou a existência de interesses de esferas sociais hegemônicas na manutenção dos problemas, bem como no pouco compartilhamento das novas tecnologias.

Há também que se ressaltar, a respeito das novas tecnologias, que os conflitos éticos então surgidos podem trazer, de início, dúvidas ao meio social sobre como e quando proceder, portanto, quais e se devem haver balizas para a sua exequibilidade. Nesta seara poderemos incluir os receios sobre as práticas de clonagem, pesquisas e utilização terapêutica de células-tronco, reprodução humana assistida, transplantes de órgãos e tecidos, dentre outros. Aparentemente, portanto, à primeira vista seriam apenas questões novas carregando dúvidas novas. Entretanto, segundo esta visão crítica, é possível, a todo tempo, instigar o estudioso a uma leitura mais profunda dos problemas, questionando suas entrelinhas e perguntando se as dúvidas não podem vir a ter, em seu âmago, substancialmente divergências morais, religiosas ou culturais, perspectivas estas que vão além de uma divergência biomédica.

Em ambos os contextos de questões persistentes ou de questões emergentes é possível enquadrar-se debates ocorridos no decurso da relação médico-paciente. Isto porque é na relação assistencial que acontece, por exemplo, um diálogo a respeito da necessária aplicação de técnicas de Reprodução Assistida com a intenção de

seleção de sexo de embriões quando o propósito é evitar a ocorrência de doenças nos futuros filhos (32). Da mesma forma, é na relação assistencial que se discute o direito ao acesso à saúde e as dificuldades impostas por planos de saúde suplementar para a realização de procedimentos dispendiosos em pacientes internados em instituições médicas.

O objeto desta tese, no entanto, direciona-se para as abordagens em conformidade com as questões persistentes, na medida em que trata da judicialização da medicina, problema este que prolonga ao meio jurídico um problema que persiste há séculos: a assimetria no exercício do poder entre médicos e pacientes e os conflitos dela advindos.

1.3 PODER-SABER NO DIÁLOGO COMO BINÔMIO DA ASSIMETRIA

Em estudos anteriores a esta pesquisa de doutoramento (3) foi possível o reconhecimento teórico do poder médico, presente no decurso de toda a história ocidental da medicina. Observou-se que, por vezes, este poder se apresentava sob a forma mítica relacionando a superioridade médica ao contato com os deuses na busca pela restauração da saúde, e, por outras vezes, sob a forma de religiosidade, em uma perspectiva monoteísta e imersa em uma cultura cristã.

O poder médico esteve relacionado, por todo o contexto histórico, a uma superioridade no domínio do saber, relacionado ao seu tempo (3). Ao discorrer sobre séculos passados, mais precisamente à época da sociedade feudal como exemplo, Nogueira (33) aborda esta questão da valorização da intelectualidade como elemento de hierarquia:

Na hierarquia dos ofícios urbanos, o indivíduo “superior” (o padre, o advogado, o médico internista) detinha tal posição em virtude da importância de suas atividades intelectuais na organização da produção e na manutenção das relações entre os “estamentos” da sociedade. (34)

Este poder derivado do saber seguiu-se, também, de posteriores contornos técnico-científicos com a chegada do positivismo, promovendo dúvidas sobre possíveis distanciamentos na relação com o paciente, tendo em vista uma maior valorização da tecnologia inovadora em detrimento do diálogo aprofundado e a

interferência dos novos saberes. Alcançou, também, a perspectiva de domínio biotecnológico e nanotecnológico devido às inovações científicas do final do século XX e início do XXI, e manteve-se sob um controle advindo do conhecimento produzido em seu discurso, uma percepção que se coaduna com o que Foucault discorre a respeito dos usos dos poderes nos meios sociais (35).

A perspectiva foucaultiana aborda aspectos históricos e circunstâncias consideradas cotidianas de poder relacionando-o à existência de um saber, que é apresentado em um dado meio através do discurso, seja escrito ou falado (36). Mais especificamente, Foucault afirma: “o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar” (37).

Em uma interpretação detida, observa-se a existência de um poder médico nas relações com os pacientes, o que se destaca no decurso do tempo, ainda que não signifique a inexistência de dificuldades a serem enfrentadas, também cotidianamente, por estes mesmos médicos, tal como se verá a seguir. Tratam-se de sistemas de dominação que podem ser identificados em diversas relações, sejam elas pessoais ou institucionais, o que poderá fazer com que sejam, estes médicos, por sua vez, o âmbito de menor poder em outras relações que venha a estabelecer.

De todo o modo, tendo por enfoque a relação intersubjetiva entre médicos e pacientes, faz-se necessário pensar nesta assimetria, especificamente. E para observar-se as possíveis consequências éticas e judiciais deste contexto, em que o binômio poder-saber está visto na assimetria entre estes sujeitos, faz-se necessário compreender, portanto, conceitos que demonstram a efetiva hierarquização dos discursos e o dificultoso diálogo simétrico entre médicos e pacientes, potencializadores no surgimento de conflitos.

1.3.1 A hierarquização dos discursos: perspectiva foucaultiana

Em sua obra “A Ordem do Discurso”, originada a partir de um pronunciamento feito no *Collège de France* em 1970, Michel Foucault discute a relação entre poder e discurso a partir da hipótese de que “em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número

de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.” (38)

Neste texto o autor discorre sobre o “discurso” conceituando o que aponta como “procedimentos”, que aclaram ao leitor os modos como os controles e as exclusões são exercidos. Segundo explica, os procedimentos por vezes são “externos”, quando provindos do meio social, e por outras vezes “internos”, quando exercidos no próprio discurso, como uma espécie de coerção interna. A partir desta teoria, e com o objetivo específico de compreender como se dá a hierarquização nos discursos, neste momento partir-se-á para a compreensão de alguns dos conceitos relacionados com procedimentos apresentados pelo autor, selecionados por dedução teórica tendo em vista as suas aproximações à hipótese desta pesquisa⁹.

Dentre os procedimentos de controle e exclusão “externos”, importante observar-se a “interdição”, especialmente aquela sob a forma do que o autor denominou de “direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala” (39), em que, excluindo o não portador do privilégio, apresenta limitações à externalização de determinados assuntos em algumas circunstâncias sociais: “sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa” (39).

Esta circunstância pode ser identificada como o âmbito da relação médico-paciente, na medida em que é percebida como campo em que se desenvolve a cerimônia do cuidado médico (40) sobre o corpo enfermo, e a partir da explanação de conhecimentos e discursos médicos não pertencentes às esferas do leigo. O diálogo na relação, a exemplo de como traz Molière alegoricamente em “O Doente Imaginário” (41), é capaz de confirmar a hierarquia pela via do conhecimento dito, pronunciado, que resvala na interdição da palavra ao não conhecedor do primordial assunto observado naquele contexto.

Esta percepção direciona-se para o procedimento de controle e exclusão que Foucault denominou de “vontade de verdade”, destacado por ele dentre os demais procedimentos externos, e para o qual todos os anteriores trabalhados também se direcionam, retomando-o. (42) Para o autor, esta vontade de verdade apresenta-se

⁹ Não há, portanto, a pretensão de aplicar a metodologia foucaultiana de análise do discurso, ou de detecção da construção deste discurso no âmbito médico, o que demandaria um esforço próprio ao desenho de uma nova tese, tendo este enquanto objetivo central, mas sim de compreensão de conceitos que explicam a possível hierarquização.

como a “oposição do verdadeiro e do falso” (43) apoiada em um suporte institucional, e destaca o papel no conhecimento científico neste contexto.

Segundo explica, esta oposição tende a exercer uma pressão sobre os demais discursos no meio social, verificada enquanto um poder de coerção, de forma que apenas são legitimadas e tomadas como admissíveis as perspectivas institucionalizadas, sobretudo cientificamente.

Isto significa que a vontade de verdade é organizada e é reconduzida “pelo modo como o saber é aplicado em uma sociedade, como é valorizado, distribuído, repartido e de certo modo atribuído” (44). Então, para ser verdadeiro na relação médico-paciente o discurso “deve” buscar apoio no alicerce institucional científico (45), observação esta que nos remonta à segunda noção foucaultiana que demonstra a possibilidade de hierarquização:

Voltemos um pouco atrás: por volta do século XVI e do século XVII (na Inglaterra, sobretudo), apareceu uma vontade de saber que, antecipando-se a seus conteúdos atuais, desenhava planos de objetos possíveis, observáveis, mensuráveis, classificáveis; uma vontade de saber que impunha ao sujeito cognoscente (e de certa forma antes de qualquer experiência) certa posição, certo olhar e certa função (ver, em vez de ler, verificar, em vez de comentar); uma vontade de saber que prescrevia (e de um modo mais geral do que qualquer instrumento determinado) o nível técnico do qual deveriam investir-se os conhecimentos para serem verificáveis e úteis. (46)

Ao desconhecer as informações médicas, cabe ao paciente retomar os conhecimentos fáticos de seu cotidiano, o que serve como elemento de informação nem sempre percebido como essencial e útil ao diálogo. Isto porque pode ser posto, na conjuntura do discurso, como possivelmente não “verdadeiro” segundo os moldes científicos.

Há, também, os procedimentos de controle e exclusão “internos”, “visto que são os discursos eles mesmos que exercem seu próprio controle” (45) que servem à percepção de hierarquização na relação médico-paciente. O primeiro é o “comentário”:

(...) pode-se supor que há, muito regularmente nas sociedades, uma espécie de desnivelamento entre os discursos: os discursos que “se dizem” no correr dos dias e das trocas, e que passam como o ato mesmo que os pronunciou; e os discursos que estão na origem de certo número de atos novos de fala que os retomam, os transformam ou falam deles, ou seja, os discursos que, indefinidamente, para além de sua formulação, são *ditos*, permanecem ditos e estão ainda por dizer. (47)

Foucault traz o comentário como estes discursos que são ditos e que possuem um estatuto diferenciado, e exemplifica tendo-os como textos religiosos, jurídicos, e outros que são considerados científicos, como os médicos. Mais uma vez a fala do senso comum é percebida na realidade como não participante deste estatuto maior, portanto potencialmente inferiorizado no contexto do discurso da relação entre médicos e pacientes.

O discurso médico, que reproduz o que até então a ciência toma por verdadeiro, apresenta-se como o comentário que tem na sua origem aquilo que pode ser dito, repetido e perpetuado, mesmo que até a sua possível informação por um novo saber que porventura venha a surgir posteriormente. O discurso do paciente, por sua vez, ainda que recorra a um conhecimento popular perpetuado, no meio científico não adquirirá o estatuto de verdadeiro para a perspectiva médica até então institucionalizada.

Atualmente, tal como se verá nas reflexões adiante, há uma busca por institucionalização de uma nova postura de prática da medicina, intitulada “humanização”, em que se estimula, dentre outras atitudes, a valorização dos saberes populares, o que pretende modificar o contexto de desvalorização dos saberes diversos aos científicos, bem como enaltecer o ponto de vista participativo dos pacientes em seus tratamentos e buscas diagnósticas (48). Ainda assim, nestes mesmos tempos é percebido o contexto de superioridade do discurso médico-científico, e mantém-se o perfil assimétrico (49) historicamente verificado na relação.

Outro procedimento está na esfera do “autor”, que é considerado complementar à percepção do comentário como controle. Este autor é posto não necessariamente como um indivíduo, mas como agrupamento dos discursos do qual é exigida uma coerência entre as suas colocações (50), um fio condutor de seu raciocínio e estilo tal como rotineiramente é exposto. Deste autor, por sua vez, também é exigido que responda sobre sua identidade, sua procedência e o conteúdo de suas manifestações, prestando contas acerca do que é referido em seu nome, suas entrelinhas e dizeres expressos no mundo real. (51)

Configura-se como uma espécie de “coerção do discurso que domina as suas aparições aleatórias” (52). Afinal, dele será exigida a integração com um perfil da fala, ou sobre o conteúdo de que fala. Pode-se vislumbrar novamente nesta esfera, portanto, a configuração do agrupamento do discurso médico-científico, que possui estas características de atribuição ao que é dito como discurso verdadeiro e intangível,

portanto como conteúdo repetido pelos dizeres no meio social, tal qual um eco da verdade na relação com o seu paciente.

Desta ideia decorre o cuidado com o que pronuncia, e como pronuncia: “aquilo que ele escreve e o que não escreve, aquilo que desenha, mesmo a título de rascunho provisório, como esboço da obra, e o que deixa, vai cair como conversas cotidianas” (53), vai ser comentado e repetido. Sendo assim, trata-se de uma atribuição significativa, capaz de projetar sobre este discurso médico uma responsabilidade de emitir respostas exigidas, e de prestar de contas a respeito do que pronunciou sob sua roupagem institucionalmente verificada (54).

A respeito deste aspecto pode-se traçar um paralelo com a crescente judicialização da medicina, que incorpora a busca pela responsabilização médica nos âmbitos ético-disciplinar e judicial. É que a percepção das normas brasileiras, atualmente, é a de que o discurso médico, falado ou escrito, tem significativa força, especialmente quando dispostos em determinados documentos, pois se apresenta como capaz de emitir verdades a princípio inquestionáveis. Um exemplo são as informações médicas prestadas por meio de seus “atestados”, documentos hábeis a “atestar”, são instrumentos verossímeis. Tem, mais precisamente segundo as normas brasileiras, o que se denomina “fé-pública” e “presunção de veracidade”. Assim, são oponíveis a todos, até que se prove o contrário (55).

O terceiro procedimento interno é a “disciplina”, que é definida como um âmbito de domínio de objetos e métodos em que estão corporificadas as proposições consideradas “verdadeiras” (56). Âmbito este mutável conforme a época histórica e as suas evoluções conceituais científicas, capazes de ensejar novas abordagens e fundamentos teóricos (57) de acordo com as suas transformações. Neste sentido, todo o conteúdo externo à esfera de determinada disciplina não poderia ser considerado verdadeiro até então, embora, passados alguns anos, pudesse vir a ser confirmado, em um novo contexto daquela mesma disciplina, agora modificada.

E o oposto também se torna possível: ter-se um conteúdo considerado verdadeiro, portanto capaz de se enquadrar na perspectiva disciplinar de determinada época, e verificar-se, seguidamente, como falso. Neste momento, quando infirmado por novas perspectivas, se passa a compreender que se tratava nada mais do que um “erro disciplinado” (58).

Esta característica de ordenamento por métodos que legitima a disciplina, independente de seu autor ou inventor, bem como este perfil de mutabilidade que

termina por ensejar uma não repetição de enunciados fazem com que, para Foucault, a disciplina seja oposta aos dois procedimentos internos de exclusão, o autor e o comentário. Para ele, é na disciplina que se enquadra a medicina, o que faria cair por terra a percepção até então deduzida de compreensão dos procedimentos do comentário e do autor como verificáveis no processo de hierarquização nos discursos na relação médico-paciente.

Entretanto, na medida em que se observa a medicina como campo objetivo em que se desenvolvem os estudos médicos continuamente, de outra forma também se observa a relação médico-paciente como campo subjetivo em que interagem propriamente os sujeitos leigos e os sujeitos representantes do conhecimento objetivo. Assim, mesmo que mutável esta objetividade, dá-se a possibilidade de alocação da temática aqui estudada nos três procedimentos, a depender da perspectiva.

Portanto, quanto aos sujeitos da relação, é possível compreender-se que vivem uma hierarquização da figura do médico frente à figura do paciente por ser o discurso médico aquele que reúne o poder de representação da medicina, posto como repetível em determinado momento histórico-científico. Assim como, também, é possível deduzir-se esta hierarquia no discurso médico dentro do espectro do poder disciplinar da medicina, tal como campo objetivo de desenvolvimento de métodos e técnicas.

Este raciocínio poderá ser utilizado para a compreensão da desvalorização do discurso leigo, não pertencente à ordem disciplinar médica:

(...) a partir do século XIX, uma proposição não era mais médica, ela caía “fora da medicina” e adquiria valor de fantasma individual ou de credence popular se pusesse em jogo noções a uma só vez metafóricas, qualitativas e substanciais (como as de engasgo, de líquidos esquentados ou de sólidos ressecados); ela podia e devia recorrer, em contrapartida, a noções tão igualmente metafóricas, mas construídas sobre outro modelo, funcional e fisiológico (era a irritação, a inflamação ou a degenerescência dos tecidos). Há mais ainda: para pertencer a uma disciplina uma proposição deve poder inscrever-se em certo horizonte teórico (59)

Portanto, no que se refere à relação médico-paciente, é possível refletirmos que estes procedimentos coexistem em um espectro de exercício de poder que estimula, dentre outras questões, a ocorrência da assimetria. Neste sentido, apresenta a hierarquização por meio da superioridade da figura daquele que detém a “verdade”, sujeito privilegiado em sua fala, repetível, em um universo disciplinador. É possível partir-se de um pressuposto, então, de que na relação entre médicos e pacientes há um poder institucionalizado, posto na ordem do discurso médico, que eleva este

profissional de saúde a uma condição de sujeito determinante - ou dominante - de condutas - sejam elas ações e omissões – no contexto relacional. Em conformidade com o anteriormente observado, esta superioridade do discurso médico, entretanto, pode vir a ser relativizada, especialmente em contextos capazes de vulnerabilizá-lo, como o contexto da judicialização da medicina, em que a ameaça constante por tornar-se réu de processos judiciais promove um permanente questionamento quanto a licitude de suas condutas, ensejando um comportamento defensivo, que será refletido no próximo capítulo.

Contudo, de fato, a teoria apresenta uma conceituação acerca da hierarquização no discurso capaz de auxiliar na observância da assimetria de poder no contexto vivido entre médicos e pacientes¹⁰. E refletindo a hierarquização tendo por fundamento a existência de um poder que promove a superioridade de um dos sujeitos, e colocando o poder na ordem do discurso nesta perspectiva foucaultiana, observa-se a pertinência do debate sobre a possibilidade de empoderamento do sujeito hierarquicamente inferior.¹¹

De todo modo, a partir dessas reflexões, questiona-se sobre a possibilidade de um alargamento do diálogo, ou uma aproximação entre médicos e pacientes a partir desse diálogo até então perturbado pela hierarquia. Faz-se necessário, portanto, nesse contexto, refletir sobre o dificultoso discurso simétrico entre os sujeitos.

1.3.2 A “falência” do diálogo na medicina contemporânea?

Um “diálogo” pode ser definido como uma conversação entre sujeitos, ou uma composição em que vozes se alternam em resposta umas às outras (60). Pode ser também compreendido etimologicamente como a junção das expressões gregas *dia*, que significa “através”, “passagem” e *logos*, percebido como “razão”, “palavra”, “expressão”, ou “fala entre duas pessoas” (61). Assim, concebe-se o diálogo como

¹⁰ Adiante se discutirá como o meio jurídico compreende esta hierarquização, atribuindo ao paciente a condição de “hipossuficiente”.

¹¹ Além disso, também se apresenta como pertinente, embora não seja o objeto desta tese, a análise de problemas socioeconômicos cotidianos capazes de promover o acréscimo da assimetria, ou o seu decréscimo.

movimento de expressões – ditas, ouvidas, sentidas ou vistas -, entre sujeitos, em uma perspectiva individual ou coletiva.

O que se observa em meio a estes aspectos é que para a configuração de um diálogo há, de fato, um movimento de discursos que são externalizados e internalizados, alternadamente, por sujeitos em uma fala a respeito de determinado conteúdo. Diálogo demanda, portanto, disposição dos sujeitos para este movimento, ou “tolerância” tal como aponta Abbagnano (62), ao conceituá-lo:

(...) o princípio do D. implica a tolerância filosófica e religiosa (v. TOLERÂNCIA), em sentido positivo e ativo, ou seja, não como resignação pela existência de outros pontos de vista, mas como reconhecimento de sua legitimidade e com boa vontade de entendê-los em suas razões. (63)

E, sobre a “tolerância”, aponta:

Na linguagem comum e às vezes na filosófica, a T. também é entendida em sentido mais amplo, abrangendo qualquer forma de liberdade, seja ela moral, política ou social. Assim entendida, identifica-se com pluralismo de valores, de grupos e de interesses na sociedade contemporânea; (64)

Em sentido ativo, portanto, esta tolerância é capaz de promover uma consideração ao ponto de vista do outro. Assim, o que se compreende é uma necessidade de tolerância, como liberdade e respeito às diversas perspectivas para que, efetivamente, um diálogo ocorra. Ao discutir o poder do diálogo e o engajamento das pessoas comuns, Schramm (65) estende o campo conceitual do diálogo, entendendo-o “como saber que é um dizer, mas também como um fazer que é um agir” (66).

Ao tomar-se este “agir” como atividade que, de algum modo, pode modificar o ambiente em que atua, temos, em um diálogo, o perpassar do conhecimento de um sujeito livre à ordem de um outro, também livre, por meio de um discurso que considera e respeita os diversos pontos de vista; além disso, como um perpassar de saber capaz de ensejar condutas potencialmente modificadoras.

Em sua reflexão Schramm (67) vincula três características: o “conhecimento da verdade”, alcançado pela mediação da razão; o “fazer poético”, incluindo ciência, técnica e a arte; e o “agir” que, segundo afirma, “implica terceiros, seus desejos e interesses considerados legítimos, e os eventuais conflitos entre si” (68). E ressalta um problema: “o da efetiva apreensão e/ou compreensão do outro através do diálogo” (68), respondendo-o sob duas vertentes. A primeira, propondo “uma hermenêutica

capaz de aceitar tanto um grau de intransparência do outro ao eu e do eu ao outro” (69) considerando que “o indivíduo, formalmente autônomo, é também praticamente vinculado ao outro – e, portanto, possui uma autonomia limitada” (69).

A segunda, considerando que “este tipo de relação está destinado ao fracasso (...), ou seja, em substância, que não existiria um ponto de vista capaz de dar conta de todas as particularidades de cada jogo de linguagem em um diálogo” (69). Porém destaca:

... o diálogo é um evento em que os falantes que são também agentes (...) permanecem outros entre si e, no entanto, vinculados entre si, porque cada eu precisa do outro e deve, portanto, respeitar o outro em sua diferença – ou pelo menos tolerá-lo -, num movimento em aberto e sempre em transformação. (69)

Neste sentido, o autor corrobora a necessidade da tolerância para a apreensão e/ou compreensão do discurso em um diálogo, e acrescenta ser assimétrica esta relação eu-outro, para o que sinaliza as visões dos filósofos Emmanuel Lévinas e Hans Jonas sobre o eu ser sempre devedor do outro, e responsável¹² pelo outro, respectivamente.

A esta assimetria trazida pela reflexão de Schramm pode-se sinalizar o fato de que no diálogo entre médico e paciente podem não estar dispostas entre si as “pessoas comuns” a que se refere, sejam entendidas como pessoas civis em geral ou como pessoas que comungam do mesmo nível hierárquico de experiência ou conhecimento.

É que o conhecimento sobre o qual dialogam refere-se ao conhecimento sabido apenas por um dos discursantes, o que proporciona a este uma maior capacidade de discorrer e abordar o saber, o que coaduna com a teoria foucaultiana. No âmago destes discursos, assim, está o poder, manifestado pela capacidade do discursante de emitir “verdades” – o saber -, que o posicionam em condição hierárquica superior, dando a relação entre sujeitos o caráter de assimétrica. De fato, e novamente, há assimetria.

Em termos ideais, minoradas as assimetrias¹³, e por meio de um ambiente amistoso, é possível dar-se um diálogo efetivo entre estes sujeitos a partir de seus próprios pensamentos e ideias livres, propícios à conformação de acordos (70), dentre

¹² A respeito da responsabilidade, serão discutidos os seus aspectos moral e jurídico no próprio capítulo desta tese.

¹³ O que será discutido no terceiro capítulo por meio das reflexões de empoderamento, emancipação e liberdade trazidos pela Bioética e Intervenção.

eles as tomadas de decisões clínicas. A história da medicina mostra a presença do diálogo como fundamental desde tempos remotos, sobretudo para a busca diagnóstica (71).

Entretanto, a história também aponta um distanciamento na conjuntura de diálogo entre os sujeitos tendo em vista a valorização, a partir do século XIX, das ferramentas tecnológicas em detrimento do discurso do paciente, tal como aponta Jean-Charles Sournia:

As últimas décadas do século XIX encetam um debate que está longe de se considerar encerrado, entre o médico que interroga o seu doente, que o examina, que mantém com ele relações de pessoa a pessoa possuindo em si mesmas um valor terapêutico, por outro lado, e, por outro, o laboratório anônimo, cujos aparelhos doseiam e numeram as alterações físico-químicas. A qual dos dois deve a medicina conceder primazia? (72)

Neste sentido, com a redução da qualidade de interação subjetiva a partir do incremento da tecnologia - absorvida pelo meio médico com novos instrumentos e maquinários -, o contexto da relação médico-paciente foi sendo modificado (73). Aquele vínculo anteriormente consubstanciado no diálogo – ou na tentativa de alcance deste diálogo -, foi invadido por elementos externos à percepção particular dos sujeitos, transformando-se. Também sobre esta perspectiva, Stanley Joel Reiser comenta:

Este avanço tecnológico reduziu a importância da narrativa do paciente. Por que os médicos deveriam adquirir minuciosamente esta narrativa e suas evidências verbais subjetivas e inverificáveis, se eles poderiam usar mais evidência objetiva que eles mesmos poderiam reunir? Com o estetoscópio, os médicos recuaram a respeito da vida dos pacientes. Eles começaram a avaliar os pacientes através de sinais anatômicos e fisiológicos detectados por seus instrumentos.¹⁴ (74)

A crítica, neste norte, é tecida à substituição de novas ferramentas pelo anterior contato comunicativo, em que o conhecimento a respeito da situação de saúde ou doença era explanado com proximidade, favorecendo maior contato e desenvolvimento da confiança, necessária à conformação relacional pretendida (75). Isto implica na percepção de que a prática da medicina contemporânea tem

¹⁴ Tradução livre: “This technological advance reduced the significance of the patient’s narrative. Why should physicians painstakingly acquire this story and its subjective and unverifiable verbal evidence, if they could use more objective sonic evidence they gathered themselves? With the stethoscope, physicians stepped back from the lives of patients. They began to engage patients through the anatomic and physiologic signs detected by their instruments.”

promovido, paulatinamente, a redução do contato humano entre profissional e paciente, essenciais à relação. (76)

Contudo há que se pensar contextualmente. Médicos e pacientes são coexistentes em uma mesma conjuntura de valorização da tecnologia. É possível que, diante do cotidiano da vida ocidental como um todo - consignado neste todo a medicina -, a tecnologia e a ciência tenham promovido uma rendição de discursos, que terminou por desvalorizar a perspectiva humana externa à tecnologia. A desvalorização da consulta médica que não resvala na prescrição de exames complementares ou de medicamentos pode ser um reflexo desta concepção.

Com o objetivo de identificar a relação entre a confiança na prática médica e a necessidade de confirmação do diagnóstico por exames, Chehuen Neto *et al* (77) realizaram uma pesquisa por meio de aplicação de questionário a ser respondido por usuários de um ambulatório de pronto atendimento em uma cidade brasileira, em 2007, e observaram que

Os resultados, quanto à confiança depositada nas informações dadas pelo médico em uma consulta, apontaram que 52,5% dos entrevistados confiam plenamente. Os motivos que mais suscitam confiança no paciente são o médico ouvi-lo com atenção (67,5%) e solicitar-lhe EC – Exames Clínicos - (60,5%). Esses percentuais são maiores do que aqueles relacionados às razões como perguntar seguramente (33,0%) e/ou ao examinar no consultório (33,5%). A postura mediante um diagnóstico médico baseado apenas na consulta, para 55,0% dos indivíduos entrevistados, é não acreditar no diagnóstico sem a realização de exames médicos subsidiários. Quanto à possibilidade de retorno após consulta sem solicitação de EC, 76,5% das pessoas questionadas afirmam que não retornariam, sendo que 91,5% dos entrevistados acreditam que o pedido dos mesmos seja necessário. Concluimos que, apesar do alto grau de confiança na atuação do profissional, a população percebe a necessidade de exames complementares como meio confirmação da opinião médica. (78)

Os dados - em que pese seja necessária a realização desta pesquisa também em outras regiões brasileiras para a verificação desta perspectiva em diversos contextos culturais e socioeconômicos do país – mostraram a essencialidade do uso da tecnologia para a crença no diagnóstico médico.

Esta verificação enseja uma necessária contrastação de sentidos, ambos que têm a mesma consequência: o primeiro, de que o excesso de valorização da tecnologia pela medicina em detrimento do atendimento próximo ao paciente promove uma redução na relação de confiança entre os sujeitos; o segundo, de que o não uso da tecnologia como complementar à assistência médica também enseja um decréscimo na confiança de sua prática.

A tecnologização da prática médica, portanto, fez-se essencial ao meio social. Entretanto, é possível que a valorização de seu uso esteja no âmbito da complementaridade e não da substituição. É bem verdade, igualmente, que a substancial realidade de um país periférico é a de possuir maiores problemas persistentes na saúde do que propriamente emergentes (22). Desta maneira, é possível considerar-se reduzido o número de pacientes reclamando pelo uso de tecnologias frente ao número de pacientes que requerem, antes disso, o acesso à saúde.

O fato é que o encontro na relação médico-paciente implica em uma interação comunicativa (70), de forma a instalar-se uma crise a partir da sua não interação – seja pelo pouco diálogo, uso excessivo na tecnologia, pela pouca acessibilidade à assistência. Ou, até mesmo, uma crise a partir da desumanização desta interação (70). E considerando esta desumanização como rarefação das relações interindividuais capaz de causar o aviltamento da própria relação, a consequência pode ser a inobservância de direitos constitucionalmente protegidos, ensejadora de conflitos a ser potencialmente judicializados.

1.3.3 Diálogos entre poder médico e poder judicial

Há, ainda, outra perspectiva a respeito do poder a ser trabalhada e considerada significativa nesta tese, trazida por André Comte-Sponville, filósofo francês que dialoga com os escritos foucaultianos. Em sua obra “Valor e Verdade: estudos cínicos”, Comte-Sponville escreve sobre as relações entre o poder e o saber (79) referindo-se também à medicina. O autor afirma que no momento histórico em que a medicina apenas era praticada como arte, sem o poder curativo, o seu poder impunha-se por meio de uma formalidade social que contribuía para a conformação de um imaginário de superioridade. E pondera que nos tempos atuais¹⁵ deu-se uma substituição do poder dos adornos e cerimônias pelo poder do conhecimento. Afirma, em uma conferência, aos médicos:

¹⁵ Atualidade esta relativa ao ano em que discursou, 1991, mas cujo conteúdo pode-se considerar atual em 2016.

A verdade é que os *atavios* faz tempo cederam lugar aos *instrumentos*. Um estetoscópio não é um penduricalho (veja na sala alguns presentes com ar cético... digamos então que um estetoscópio não é *apenas* um penduricalho). Um tomógrafo não serve (ou não serve primeira e principalmente...) para impressionar a imaginação. Aqui não é mais necessário fingir. Não é mais necessário usar os atributos ornamentais de um poder imaginário. Alguma coisa deve ter mudado desde Pascal e Molière. O poder de vocês sem dúvida não é mais falso, pois parece que, como o rei de Pascal, vocês não têm por que se importar com a imaginação. Porque vocês têm a força? Não, justamente, e é isso que nos leva ao essencial. Se vocês não necessitam mais dos atavios de um poder imaginário, não é que vocês têm o poder real, o da força, como diz Pascal, é que vocês têm o poder do saber: a medicina, e desde há bem pouco tempo, como vocês sabem, tornou-se científica. Mas o saber é um poder? (80)

Comte-Sponville considera, de início, que o surgimento do efetivo poder médico ocorre quando a medicina se cientificiza, quando então incorpora o saber. Entretanto, em um momento seguinte, em que aprofunda a reflexão para busca do que entende ser a efetiva origem do poder, e põe em dúvida esta perspectiva: “Ele vem do saber? Já não tenho tanta certeza disso!” (81).

O autor reflete a questão, e termina por considerar que o saber é condição do poder, porém insuficiente para a sua conformação (81). Discorre exemplificando que mesmo ao maior detentor do conhecimento pode não ser dado o poder em determinadas circunstâncias:

(...) os que mais têm saber podem não ter poder nenhum, ou muito pouco (assim como um pesquisador em seu laboratório ou um residente talentosíssimo...); e que os mais poderosos (este ou aquele chefe de serviço ou diretor) podem ter muito menos saber do que muitos dos seus subordinados... (79)

O autor se pergunta de onde então, viria este “poder”, senão do saber? E conclui pelo que considera simples e cruel: do próprio “poder” (82). Advindo, prossegue, do poder primeiro, a “força”, em uma concordância à Pascal (83), que em sua obra “Pensamentos” assevera: “A força é a rainha do mundo, e não a opinião; mas, é a opinião que usa da força” (84).

Comte-Sponville refere-se à força aduzindo que, em uma democracia, é o povo o detentor, a quem é submetido o Estado de direito, esfera onde formulam-se as leis, que nem sempre são “verdadeiras” tal como a ciência (85). Sendo assim, as normas produzidas pelo Estado podem vir a não refletir as perspectivas científicas. E embora destoem entre si as leis e a ciência, a primeira ainda terá mais força, podendo vir a limitar o âmbito de atuação da segunda, ou orientar as condutas realizadas em seu propósito. O autor conclui:

(...) se há suas ordens distintas, portanto, a ordem do verdadeiro (o saber) e a ordem da força (o poder), a dificuldade se deve, é claro, ao fato de que sempre estamos incluídos em duas dessas ordens ao mesmo tempo: ninguém poderia escapar nem do verdadeiro nem da força. Daí uma tensão inevitável, que às vezes chega ao dilaceramento, que podemos chamar de *trágico* ou, mas no fundo é a mesma coisa, de responsabilidade. (86)

As ordens do verdadeiro e do forte, portanto, coexistem e aplicam os seus discursos. Depositam no meio social os seus conceitos e constroem a realidade à revelia dos não-poderosos, o que enseja uma busca pela responsabilização das condutas, da qual não se deve olvidar. Mas quem seriam estes não-poderosos?

No Brasil, sabe-se que o Estado de Direito atua em prol da vontade popular, que o originou, tal como traz a Constituição da República Federativa de 1988: “Art. 1º. (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (87) Neste sentido, a vontade maior deve ser espelhada pelos três poderes: o Executivo, que rege o Estado; Legislativo, que é produtor das leis; e Judiciário, que é produtor de decisões em regras consubstanciadas nas leis.

Apesar disso, mesmo com a conformação da força popular e a eleição de suas representações com o desígnio de realizar o melhor possível ao povo, observa-se o esvaziamento da força deste mesmo povo, tendo em vista a pouca concretização cotidiana de seus direitos. Estão pouco efetivados o direito à saúde, à igualdade, ao acesso à informação, à propriedade, à segurança, à vida – com dignidade, dentre outros (87).

Embora as últimas décadas tenham trazido avanços em busca da concretização dos direitos fundamentais - com a modificação do quadro de significativa pobreza - e a concepção da perspectiva democrática seja ainda jovem no país, o contexto ainda é de procura pelo real desenvolvimento socioeconômico, o que enquadra a conjuntura brasileira no que Garrafa considerou periférica (26).

A partir desta percepção é possível afirmar-se haver, no Brasil, uma espécie de “descolamento” entre o poder popular e os que dele derivaram, mantendo-se, os segundos, poderosos, em detrimento daquele que o originou, agora esvaziado. Isto significa que os não-poderosos ainda são o povo. E em uma ordem política cuja democracia torna-se rarefeita pela não garantia dos direitos fundamentais, passa-se a recorrer aos poderes do próprio Estado de Direito, agora posto como maior, contrariando-se a lógica das conquistas de lutas anteriores.

É possível que seja esta uma das conexões observadas no diálogo entre o poder médico e o poder judicial na judicialização da relação médico-paciente: a lógica da substituição diante de um discurso não sustentado. Se o discurso do paciente no contexto médico não alcança a sustentação esperada, e têm-se o surgimento de um conflito não resolvido pelo diálogo, é possível dar-se a judicialização. A lei maior assegura: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (87).

Sendo assim, tomando o poder médico como aquele a partir do qual são emanadas as verdades científicas e o poder judicial como aquele para o qual se recorre em busca do resguardo de direitos lesionados – ou aparentemente lesionados –, este seria um instrumento para o enfrentamento possível. Segundo Foucault, “Não constituiriam o sistema judiciário, o sistema institucional da medicina, eles também, sob certos aspectos, ao menos, tais sistemas de sujeição do discurso?” (88) Sujeição, também, de um ao outro.

Tratam-se de campos capazes do exercício do controle, cada qual em sua esfera. E poder-se-ia pensar no poder de controlar como força posta nas ações e nos discursos. A medicina, por seus saberes, tem o poder de controlar ou discorrer sobre o que controla o homem: o medo de sua finitude¹⁶ (89). O poder judiciário, da mesma forma, tem o poder de controlar ou discorrer sobre o que controla o homem em sociedade: a sua vida civil. Porque, legitimamente, tem ele a capacidade de determinar o cumprimento de obrigações, sejam elas as obrigações de dar, de fazer, de não fazer ou de indenizar (90). Trata-se de controle também sobre a vida, entretanto não relativo à sua finitude biológica, mas social.

Importante ressaltar que o exercício do direito de ação, reconhecido como direito de acionar o poder judiciário por meio de ingresso de demandas judiciais, nem sempre carregam argumentos reais, sólidos ou fundamentos concretos. Independentemente de se estar certo ou errado, tem o cidadão o direito de ingressar em juízo. Posteriormente, é que se observará, após o exercício do contraditório e da ampla defesa, a quem assistia a razão.

De todo o modo, é válido se refletir de que o poder médico vive, neste momento, uma discussão sobre a sua necessária relativização e simetria diante do início do desenvolvimento de um novo poder. Não o do paciente, que teria que se apresentar

¹⁶ Reflexão esta que coaduna com o que Foucault discorre em um dos livros sobre a história da sexualidade, trabalhado por ele como “potência da morte”.

pela via do empoderamento através do saber, em uma perspectiva foucaultiana. Mas um novo poder provindo da força, em uma perspectiva sponvilliana: e tem-se o paciente substituído pelo poder judiciário, o que enseja a ocorrência do fenômeno da *Judicialização da Medicina*, abordado a seguir.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA MEDICINA

Atualmente, no Brasil, fazem-se presentes dois contextos que se aproximam pela interseção da temática, em que pese tratem-se de âmbitos diversos: a “judicialização da saúde”, que se refere à busca de pacientes pela realização do direito à saúde de modo amplo (91), tendo por opositor o poder público ou ente privado a quem dirige-se concessão pública (92); e a “judicialização da medicina” que abarca as questões atinentes aos conflitos surgidos no interior da relação assistencial entre médicos e pacientes (93).

Esta aproximação denota quão ampla está a judicialização dos problemas voltados às questões da saúde, que ora surgem ante os tribunais como dilemas éticos em âmbito constitucional a serem solucionados¹⁷, ou como circunstância de busca pela realização do direito à saúde que impacta na distribuição de recursos públicos, e ora como atinente às relações privadas, dentre elas, a relação médico-paciente. Por conta disso, em termos didáticos é importante esta diferenciação, em busca de uma precisa compreensão das conjunturas, embora tenham o mesmo fenômeno da “judicialização” como elemento comum.

A judicialização a que se refere este estudo deve ser compreendida como temática especificada para a relação intersubjetiva sob foco de análise. Contudo, está longe de ser uma temática com pequeno impacto, visto que é um fato crescente e que tem se ampliado, nomeadamente quando se observa este contexto sob o prisma do substancial aumento do número de demandas judiciais (94). São demandas indenizatórias em que pacientes e médicos figuram como autores e réus, respectivamente, e que abordam questões estritas da relação assistencial, em são demasiadamente requeridas, no âmbito cível, reparações pecuniárias tendo em vista a ocorrência de conflitos provindos de atendimentos médicos causadores ou não de prejuízos por erro culposos.

¹⁷ “Solucionar” talvez não seja a expressão adequada, em que pese a resolução jurisdicional pretenda aproximar-se da melhor solução, o que não implica em descontinuidade de problemas da ordem da percepção subjetiva de satisfação de algum dos atores processuais.

2.1 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

Em sua obra “Como nasce o direito”, Francesco Carnelutti reflete, dentre outras questões, sobre o processo de construção social e aplicação das leis, observando que, além dos operadores do direito, também os cidadãos as aplicam na medida em que as tomam por base para regular suas próprias condutas, e terminam por fazer o direito, mesmo sem notar (95).

Os litígios, entretanto, estão sempre presentes. É que tendo em vista a finitude dos recursos naturais, os homens guerreiam entre si, litigam, entretanto não podem viver no caos e necessitam viver em paz, de maneira que teorizam, pactuam normas, estabelecem contratos e unem-se passando a necessitar uns dos outros, embora, na prática, a dificuldade de eliminação desta guerra se apresente. (95) Neste sentido, vale ressaltar o “contrato social” rousseauiano, que defende terem os indivíduos necessitado compor acordos a fim de criarem sociedades e conviverem sem corromperem-se no coletivo, submetendo-se a normas:

Suponho os homens chegados a um ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza vencem, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Esse estado primitivo, então, não pode mais subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser. Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e dirigir as que existem, eles não têm outro meio para se conservar senão formar por agregação uma soma de forças que possa prevalecer sobre a resistência, coloca-las em jogo por uma só motivação e fazê-las agir de comum acordo. (96)

Neste sentido, Carnelutti afirma que, assim como os médicos são chamados quando as enfermidades se manifestam, os juristas são chamados a resolver questões não consensuadas entre sujeitos, e propõe que, tal como a educação em saúde deva ser ensinada à população, é necessário difundir ao povo noções importantes de educação jurídica, como um meio para combater problemas sociais, dentre eles, esta litigiosidade (96).

Sem a pretensão de adentrar na análise do possível modo de promoção desta educação, o que demandaria esforços de escrita de outro estudo, pode-se, por ora, compreender a educação jurídica como conhecimento sobre direitos e deveres constitucionais a ser absorvido pelos cidadãos – quiçá por meio de estratégias defendidas pela Bioética de Intervenção, que serão descritas no capítulo seguinte - ,

de maneira que possam construir uma conscientização sobre os limites no exercício de suas necessidades no meio social e tentar alcançar a justiça.

Esta justiça, por sua vez, entendida em conformidade com o que se tem como moralmente justo, não essencialmente deve apenas encontrar-se por meio do acesso ao poder judiciário, mas podendo-se valer dele, quando necessário. Neste caso, são dois os possíveis contextos: o primeiro, da *consensualidade*, verificado diante da ausência de conflito, ou do exercício de entendimento mútuo após um anterior conflito havido entre sujeitos, que se seguiu de um consenso; e o segundo, da *litigiosidade*, verificada como situação em que perseveram perspectivas contrapostas, portanto divergentes, quanto ao que consideram como justo.

O fato é que, mantendo-se o contexto de litigiosidade, o juiz “*intervém para finalizar o produto semielaborado, quando os cidadãos não conseguem fazê-lo sozinhos*” (97). Por conseguinte, o direito pode se apresentar como instrumento pacificador (98), seja por meio do exercício voluntário de normas praticadas entre cidadãos, seja por meio da intervenção do judiciário, quando demandado, isto é, quando instado a resolver, imparcialmente, um litígio não solucionado.

Assim é a pretensão defendida pelo exercício democrático do direito, na medida em que a Constituição Federal do Brasil assegura tanto o direito do paciente em processar o médico quando compreender haver sofrido dano, quanto o direito do médico de se defender em um devido processo, em que se respeite as suas possibilidades de contraditório e ampla defesa, tal como dispõem os incisos constantes no artigo 5º que seguem: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” e “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (87) No mesmo rumo, conforme o artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. (11)

Entretanto, há contextos em que a procura pelo judiciário torna-se *excessiva*, configurando-se uma “judicialização”, situação que pode ser vista sob diferentes prismas. Somado a este contexto, é importante relembrar a também referida litigiosidade (11), verificada como situação em que perseveram perspectivas

contrapostas, devendo-se acrescentar, ainda, a esta, a percepção de uma cultura da litigância (99), que compreende não haver outro meio de solução de conflitos senão a abertura de processos judiciais (100).

2.1.1 Prática da medicina defensiva e vulnerabilidade médica

Especificando a análise para a temática deste estudo, observa-se que, quanto à judicialização da medicina, devem ser considerados dois contextos concomitantes, hipóteses verificadas nesta tese. O primeiro, em que há uma *busca assertiva* ao Poder Judiciário para a resolução de litígios entre médicos e pacientes, como reflexo de um processo de empoderamento dos pacientes que, na medida em que se tornam conhecedores de seus direitos, fazem uso do direito constitucional de ação, provocando o judiciário na tentativa de resguardo de seus interesses. (101)

E o segundo, em que há uma *busca excessiva* ao Poder Judiciário, em uma tentativa de ocupá-lo do encontro de soluções de problemas presentes na relação entre médicos e pacientes a partir da assimetria de poder/saber e as dificuldades no exercício dos discursos tendo em vista falhas no diálogo (101), e que poderiam ser enfrentadas de outro modo, tal como se proporá a seguir.¹⁸ Neste segundo sentido, pode-se observar a conformação de demandas judiciais que poderiam ser evitadas a partir da prévia simetralização do discurso entre médicos e pacientes em uma tentativa de diálogo, o que, possivelmente, propiciaria maior compreensão de circunstâncias próprias à medicina, afastadas de qualquer possibilidade de cometimento de erro médico, mas que podem vir a ser judicializadas.

É possível, neste contexto, compreender-se que a busca por este poder judicial pode estar se dando como uma substituição do não-poder do paciente frente ao poder médico existente. De qualquer sorte, é importante a percepção de que uma das justificativas para a judicialização da medicina pode ser a materialização dos conflitos provenientes da assimetria entre médicos e pacientes no cotidiano, percebida no

¹⁸ De fato, há um nítido crescimento no número de demandas, possivelmente evitáveis mediante diálogo e reflexão ética, o que justifica a escrita do presente estudo, que refletirá adiante sobre o possível uso de ponderações provenientes da Bioética de Intervenção para a tentativa de modificação do contexto prático de persistência de conflitos judiciais entre médicos e pacientes.

âmbito dos discursos hierarquizados, tal como se discutiu no capítulo anterior. E como trata-se de atividade em que o diálogo é imprescindível, é necessário que os sujeitos estejam propensos ao diálogo adequado ao esclarecimento e à absorção de informações prévias à conduta médica responsável.

Neste sentido, diante do contexto judicializador excessivo, e do receio gerado em profissionais sobre poderem-se ver como réus de processos judiciais, tem-se assistido à chegada de um fenômeno conseguinte, intitulado “medicina defensiva”. Significa dizer que, como o aumento considerável de demandas indenizatórias supondo a ocorrência de erros médicos ganhou destaque nos tribunais (102), este apresentou-se como elemento intimidador de condutas médicas, que vulnerabiliza a prática profissional, e um comportamento “defensivo” também apareceu.

Surgida na década de 90, nos Estados Unidos da América¹⁹, a postura defensiva da medicina apresenta-se em condutas médicas que priorizam estratégias de diagnóstico e medidas terapêuticas que objetivam prioritariamente evitar demandas nos tribunais (103). Atualmente, a questão persiste, e tem ensejado comportamentos responsivos ao problema. Seriam práticas desta postura, segundo Minossi e Silva (103), aquelas como “utilização exagerada de exames complementares, uso de procedimentos terapêuticos supostamente mais seguros, encaminhamento frequente de pacientes a outros especialistas e a recusa ao atendimento de pacientes graves e com maior potencial de complicações” (103). Assim, é uma postura que prioriza uma suposta proteção ante uma eventual propositura de ação judicial pelo paciente (104), com salvaguardo excessivo de documentação e prescrição de medicamentos e exames complementares desnecessários.

Este excesso termina por impactar, ainda, em maiores custos em saúde, tratando-se de um reflexo que importa tanto na relação intersubjetiva quanto na perspectiva coletiva. Sobre este impacto nos custos em saúde provindos da medicina defensiva, Rodriguez afirma:

É considerada uma forma não ética da prática profissional, uma vez que o ato médico deixa de ter por objetivo central o paciente, transpondo-se ao próprio médico. Também não é um exercício profissional eticamente admissível se for analisada do ponto de vista da saúde pública, e que adiciona enormes

¹⁹ País em que a judicialização em geral culmina em demandas que têm, ao final, condenações aos médicos em quantias indenizatórias vultuosas.

custos para o sistema de saúde, sem justificação ou benefícios para os pacientes.²⁰ (105)

Na cultura médica brasileira observa-se o cuidado do Conselho Federal em não estimular esta prática, inclusive esclarecendo este cuidado em seus documentos. Na própria Recomendação CFM nº 01/2016, ao passo que o texto explica a importância do registro documental da obtenção do consentimento informado, afirma que pretende proporcionar segurança na decisão do paciente, e que “não se enquadra na prática da denominada medicina defensiva” (106).

A ausência de benefícios da conduta defensiva médica é sinalizada na literatura (104), ao apontar o crescimento concomitante do processo judicializador, bem como da procura médica por seguros para eventuais condenações judiciais. Esta ineficácia da medicina defensiva diante de uma eventual demanda judicial do paciente é acrescida da modificação negativa do cenário clínico (104) adequado ao estabelecimento de relação de fé e confiança entre médicos e pacientes, adicionando, portanto, novos riscos aos âmbitos individual e coletivo.

Daí a diferenciação entre “medicina defensiva” e “medicina assertiva”, discutida por Tamayo e González (107), em que se busca a restauração da perspectiva humanística na relação entre médicos e pacientes sobretudo a partir do desenvolvimento de habilidades em comunicação. Os autores propõem o que intitulam “comunicação assertiva” e sintetizam as suas propostas em quatro condutas:

Em resumo, devem ser tomadas quatro ações: 1) manter uma educação contínua, que permite ter um conhecimento suficiente para atuar com segurança, sem medo de um resultado inesperado; 2) respeitar os direitos dos pacientes; 3) exigir que os seus direitos como médicos sejam respeitados; e 4) manter uma comunicação adequada com os pacientes e suas famílias. Se você agir desta forma, em vez de medicina defensiva, se praticará "medicina assertiva". Ser assertivo implica ter tais atitudes: segurança, respeito e boa comunicação. A prática da medicina assertiva favorece a confiança do paciente e facilita a boa relação médico-paciente.²¹ (108)

²⁰ Tradução livre: “Se la considera una forma no ética de ejercicio profesional, desde que el acto médico deja de tener por objetivo central al paciente, trasladándose aquél al propio médico. Tampoco es un ejercicio profesional éticamente admisible si se lo analiza desde la perspectiva de la salud pública, ya que agrega enormes costos al sistema de salud, sin justificación ni beneficios para los pacientes”.

²¹ Tradução livre: “En resumen, deben realizarse cuatro acciones: 1) mantener una educación continua que permita tener los conocimientos suficientes para actuar con seguridad, sin temor a un resultado inesperado; 2) respetar los derechos de los pacientes; 3) exigir que se respeten sus derechos como médicos; y 4) mantener una adecuada comunicación con los pacientes y sus familiares. Si se actúa de esta manera, en lugar de medicina defensiva se practicará la “medicina asertiva”. Ser asertivo implica tener este tipo de actitudes: seguridad, respeto y buena comunicación. La práctica de la medicina asertiva favorece la confianza del paciente y facilita la buena relación médico-paciente.”

Desta forma, posta na ordem da comunicação, compreende-se novamente a protagonização da reflexão sobre o diálogo na relação entre médicos e pacientes na busca da compreensão e, posteriormente, na busca da resolutividade do problema. Os autores acreditam que um médico conhecedor de suas condutas e que se comunica assertivamente, respeitando os seus pacientes, não deve ter receio de denúncias e demandas, muito menos comportar-se defensivamente. (107)

Contudo, sem o propósito de justificar a prática, entretanto em busca de um diálogo com este contexto, é importante destacar o constante receio de abertura de demandas judiciais por pacientes como um elemento que vulnerabiliza a conduta médica. Ainda que o profissional tenha plena percepção da assertividade de sua prática, há outros fatores se se somam a esta realidade, há décadas, tal como expressou este relato registrado em um estudo que já data de vinte anos, intitulado “Os médicos no Brasil: um retrato da realidade” (109):

Excluindo o cansaço físico por trabalho noturno e finais de semana, o médico tem de 'tentar' contornar problemas sociais, condições de trabalho precárias, paciente que não tem condição de adquirir medicação, dificuldade para internar, faltam vagas, dificuldade de investigação com exames complementares, caros e pouco disponíveis quando feitos pelo SUS; **e o mais grave atualmente e que causa estresse é o problema que enfrentamos com as queixas e processos judiciais**, nos quais, muitas vezes, o que levou à má evolução de algum caso clínico é um conjunto de fatores que foge ao nosso alcance individual de resolução [...] (pediatra, feminino, 34 anos, PR). (grifou-se). (109)

Assim, nota-se que há um conjunto de fatores²² que auxiliam na criação de um contexto que sobressalta a prática médica, destacando-se o receio de judicialização, que termina por ser, não somente um dos elementos, mas aquele em que se podem fazer resvalar todos os demais, à medida em que potencializam uma possível redução de qualidade na assistência ao paciente.

Neste sentido, ao mesmo tempo em que, socialmente, há expectativa de êxito na conduta profissional, há exigência de condução dos casos clínicos com sucesso independentemente das condições precárias dos serviços que, por diversas vezes, apresentam-se no cotidiano das relações e saúde. Esta dubiedade, ressalte-se, pode ser capaz de ensejar dificuldades que amofinam a prática do profissional,

²² São diversos os fatores, cujos aprofundamentos, especificamente, fogem ao objetivo desta tese, de maneira que o foco se manteve no receio de judicialização como elemento vulnerabilizador da conduta médica.

vulnerabilizando o médico em um contexto de aflição que pode ser compreendido como agressão à sua dignidade.

Albuquerque, Austin e Vieira (110), ao discorrerem sobre a prática médica e os Direitos Humanos, enfocam nesta análise da violação dos direitos humanos dos médicos e afirmam:

Em alguns países, como no Brasil, médicos afligem-se em face da sua impotência diante de serviços de saúde que não atendem padrões mínimos de acessibilidade e qualidade, ou seja, trabalham em condições precárias em que não há insumos em quantidade suficiente, laboratórios adequados e outros pré-requisitos para atenção à saúde de qualidade. (111)

De todo o modo, a postura defensiva tem se apresentado como estímulo à modificação do comportamento nas suas relações dos médicos com seus pacientes, o que não pode ser interpretado como adequada, visto que tende a uma retração e a um distanciamento (112) entre os sujeitos, em uma perspectiva contrária ao estabelecimento da confiança, um pilar para o enlace na própria relação (113). Além disso, torna-se clara a ideia de que, agindo pela via dos excessos, as condutas médicas podem passar a tratar-se, em verdade, de ações e omissões que implicam num possível enquadramento como errôneas, visto que expõem o paciente desnecessariamente a situações lesivas em nome de uma “proteção”, que fulmina a segura prática médica, havendo que se falar, contraditoriamente, em sua responsabilização.

2.2 RESPONSABILIDADE MÉDICA ÉTICO-LEGAL

Pode-se afirmar que “responsável” é o sujeito que cumpre suas obrigações com diligência, perícia e prudência, em um *sentido moral*. De modo inverso, entretanto, também é “responsável” o sujeito descumpridor de suas obrigações, tendo em vista - em um *sentido jurídico* - condutas negligentes, imperitas e imprudentes.

Para a observância do sentido moral, espera-se, em sociedade, que a responsabilidade do sujeito se dê por meio da sua conduta “correta” tal como a condição de um agir em conformidade com a moralidade posta, ou seja, que sempre

venha a apresentar-se em respeito aos direitos e deveres estabelecidos em dado meio social.

Tem, esse sujeito, direitos que devem ser respeitados pelos demais, e deveres que deve cumprir perante os outros em um ritmo de prestação e contraprestação que compõe um agir social com justeza e alinhamento ante as normas, sejam elas prescritas legalmente, pertencentes ao costume ou à lei universal - caso se compreenda pela aplicabilidade deste raciocínio filosófico.

Segundo a visão kantiana de possível existência de uma lei universal propensa ao alcance de uma moral universal, a lei deve ser o único fundamento da vontade. É o imperativo categórico, que propõe que “devo agir sempre de modo que possa querer também que minha máxima se converta em lei universal” (114). Este imperativo, contudo, é discutível tendo em vista a pluralidade de costumes e a significativa disparidade entre contextos de vulnerabilidade social e econômica, circunstâncias que serão a seguir trabalhadas.

Ainda que existam opiniões diversas sobre a questão, neste tópico será mantida a perspectiva kantiana de análise do “dever” imperativo, o que se justifica apenas a título de reflexão aproximada entre os contextos moral e jurídico, nada obstante a discussão adiante possa passar a ser revista sob enfoque um pouco diverso.²³ Navarro explica esta influência kantiana no Direito:

A influência do pensamento de I. Kant no campo ético e jurídico-político é tão grande que não parece possível prescindir da sua lúcida herança, apesar dos seus escritos mostrarem claramente, a persistência de preconceitos arraigados perante certas posições sociais [...]. (115)

E sobre o “respeito” dos sujeitos em observância aos deveres, Kant considera que é um “sentimento”, mas não havido por qualquer influência, receio ou medo, e sim pelo exercício da razão:

O que reconheço imediatamente como lei para mim, reconheço-o com um sentimento de respeito que não significa senão a consciência da subordinação da minha vontade a uma lei, sem intervenção de outras influências sobre a minha sensibilidade. A determinação imediata da minha vontade pela lei, além da consciência dessa determinação, é o que se chama *respeito*, de modo que se deve ver o efeito da lei sobre o sujeito e não a sua

²³ Nesta tese acredita-se no encontro de perspectivas universais na medida em que discutidas e acordadas livremente em uma coletividade e, possivelmente reduzidas a termo em normas aplicáveis a todos os concordes, tal como ocorrido com a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em que foram estabelecidos princípios a serem respeitados amplamente pelas nações signatárias.

causa. (...) Todo o respeito por uma pessoa na verdade não passa de respeito à lei (lei da retidão, etc) da qual esta pessoa nos dá o exemplo. (114)

Sendo assim, o respeito à lei, para Kant, é um “interesse moral” (114). Sob este prisma pode-se compreender que a conduta responsável é mesmo aquela que respeita a moralidade posta.

Para o sentido jurídico, assim sendo, é indispensável compreender a existência dos “deveres”. No âmbito da responsabilização civil, especialmente, atuam dois “deveres” entrelaçados: o primeiro representado por uma “obrigação” que necessita ser cumprida, seja ela obrigação de “pagar” - também intitulada como “dar” -, “fazer” ou “não fazer”; e o segundo representado por uma “responsabilidade”, tendo em vista a geração do dever de “indenizar”, que somente surge a partir do descumprimento da obrigação anterior.

Assim, se o médico tem a obrigação de conduzir sua prática com perícia, prudência e diligência, e descumpre esses preceitos, é possível que um dano seja causado pelo descumprimento aos mesmos, e passa a recair sobre ele a responsabilidade por indenizar os prejuízos efetivos. No campo da bioética, e especificamente das proposições da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco (DUBDH), tal situação diz respeito ao seu Artigo 4 que trata do “Princípio do Benefício e Dano”:

Art. 4 - Os benefícios diretos e indiretos a pacientes, sujeitos de pesquisa e outros indivíduos afetados devem ser maximizados e qualquer dano possível a tais indivíduos deve ser minimizado, quando se trata da aplicação e do avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e tecnologias associadas. (1)

As literaturas jurídicas em responsabilidade civil, que cuidam das interpretações e conformações teóricas das normas regentes das relações privadas são contundentes ao afirmar que há uma relação de dependência entre uma prévia obrigação e outra conseguinte, que surge na medida do descumprimento daquela precedente. Cavalieri Filho explica:

A violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. (116)

Deste modo, são três os elementos constitutivos da responsabilidade – compreendida como o dever de indenizar – sendo eles a conduta voluntária ilícita, que é aquela que é praticada por vontade do sujeito que descumpre norma (117), o dano efetivamente ocorrido – e não apenas suposto - e o nexos causal entre eles.

Ao discorrer sobre a teoria da responsabilidade e suas primeiras distinções, Hans Jonas afirma que o poder causal é uma condição para ocorrência da responsabilidade (118). O autor reforça este espectro de que apenas dá causa a um dano aquele a quem a obrigação era direcionada, de maneira que o sujeito “é responsável por suas consequências e responderá por elas, se for o caso.” (119) Por isso, ainda que pareça curiosa esta percepção, para ele “só pode agir irresponsavelmente quem assume responsabilidades” (119).

Quanto à perspectiva deontológica, o Código de Ética Médica (121) abarca ambos os sentidos, tanto ressaltando o agir responsável como conduta do médico que atua em conformidade com a ética da profissão - portanto correto na respeitabilidade aos princípios dispostos naquele texto -, quanto designando um capítulo específico sobre a responsabilidade profissional como consequência de um dever descumprido que requer a conseguinte estipulação de penalidade.

De tal modo, em seu primeiro capítulo, intitulado “princípios fundamentais” o Código de Ética Médica traz: “XIX – O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.” (121) E no terceiro capítulo, intitulado “responsabilidade profissional”, aduz que “É vedado ao médico: art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único: A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.” (121)

Esse contexto de certa forma se relaciona com a máxima hipocrática do *primum non nocere*, ou, em outras palavras, o primeiro dever do médico é não causar dano ou mal ao paciente. Esse princípio foi traduzido pela bioética principialista de Beauchamp e Childress como “Princípio da Não Maleficência” (15)²⁴.

²⁴ Vale registrar nesta altura da tese que em muitos pontos do presente capítulo, dependendo da discussão em foco, análises e interpretações podem ser desenvolvidas com base no Princípio do Benefício e Dano da DUBDH ou nos Princípios de Beneficência e Não Maleficência, de Beauchamp e Childress.

Em termos processuais ético-jurídicos, é importante observar que a busca pela responsabilização do profissional médico pode ocorrer em duas esferas: a *judiciária* e a *administrativa*. A primeira se divide em *penal*, em que se analisará possível conduta ilícita enquadrável em um comportamento tipificado em lei penal, e *cível*, em que se discutirá um possível descumprimento de obrigação anteriormente estabelecida, capaz de ensejar o dever sucessivo de indenizar material ou moralmente.

A segunda se divide em *disciplinar*²⁵, em um processo administrativo que tramitará junto a uma instituição pública ou privada em que o profissional de medicina atue, objetivando a averiguação de descumprimento de normativas internas, e em *ético-profissional*, em caso de denúncia realizada junto ao Conselho Regional de Medicina (CRM), que poderá ser proposta por pessoa interessada (paciente, familiar ou instituição privada), pelo próprio conselho – hipótese em que será intitulada de “*ex officio*”, ou remetida por instituição pública devido a existência de convênio ou por força de lei.²⁶

No processo ético-profissional (PEP), que atualmente é regido por normas processuais específicas do Conselho Federal de Medicina, constantes na Resolução CFM nº 2.023/2013 (122), é possível que o julgamento conclua por uma dentre seis situações possíveis elencadas no código: a absolvição do profissional frente à acusação disposta, quando se verificar que não houve descumprimento a qualquer dos artigos do CEM ou resoluções do CFM ou CRM; ou uma das cinco penalidades dispostas na Lei nº 3.268/1957 (123), que aborda normas respectivas aos Conselhos de Medicina:

Art. 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
 - b) censura confidencial em aviso reservado;
 - c) censura pública em publicação oficial;
 - d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
 - e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.
- (123)

²⁵ Um processo administrativo poderá também ser aberto no local de prestação do serviço médico, seja ele público ou privado, quando a direção do estabelecimento assim entender necessário para apuração de eventual problema interno. Neste caso, transcorrerá um processo administrativo disciplinar interno, diverso do administrativo ético-profissional, que correrá perante o conselho de classe.

²⁶ A respeito desta remessa vale ressaltar, a título de exemplo, que no Estado da Bahia no Ministério Público há o Núcleo de Apuração de Crimes Relativos a Erros na Área de Saúde, que pode ser acionado por “cidadão que acredita ter sido vítima de erro cometido por profissionais da área de saúde”, servindo para apoio jurídico e instauração de procedimento investigatório capaz de ensejar a abertura de processo penal. Tendo em vista o estabelecimento de um convênio entre este órgão e o Conselho Regional de Medicina do mesmo estado, as denúncias realizadas ao órgão ministerial são remetidas institucionalmente, hipótese em que, após análise interna do Conselho, poderá ser aberta sindicância e, sendo o caso, posterior abertura de Processo Ético-Profissional.

Em que pese ser importante o conhecimento sobre as possíveis intercorrências nas diversas esferas a que pode o médico ser submetido a julgamento, todas elas são formalmente independentes entre si. É possível, entretanto, que as esferas tomem conhecimento a respeito das tramitações e decisões umas das outras, a título de dado a ser também analisado, mas não necessariamente vinculativo.

Há hipótese, entretanto, de sobrestamento do processo cível em até um ano para aguardo da decisão do processo penal, a fim de que se observe a ocorrência de absolvição penal por reconhecimento de presença de excludente de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular do direito) ou inexistência de crime, ou a ocorrência de condenação penal pela comprovação de crime na conduta médica e sua autoria. Neste sentido segue o artigo 315 no Código de Processo Civil:

Art. 315. Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal.

§ 1º Se a ação penal não for proposta no prazo de 3 (três) meses, contado da intimação do ato de suspensão, cessará o efeito desse, incumbindo ao juiz cível examinar incidentalmente a questão prévia.

§ 2º Proposta a ação penal, o processo ficará suspenso pelo prazo máximo de 1 (um) ano, ao final do qual aplicar-se-á o disposto na parte final do § 1º.
(2)

Também assim o artigo 935 do Código Civil:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. (90)

Neste estudo a esfera eleita para análise é a *judiciária*, especialmente em seu âmbito *cível*, que abarca demandas em que se requer do Poder Judiciário a tomada de decisões sobre suspeitas de erros relativos a condutas médicas, embora seja necessária a abordagem ético-profissional para a compreensão do contexto judicante a ser refletido conforme os conceitos da Bioética de Intervenção.

Mais precisamente, esta tese parte da análise do contexto de persistência de conflitos judiciais entre médicos e pacientes em processos cíveis no Brasil, para então refletir a possibilidade de se fazer uso dos fundamentos teóricos e reflexões provenientes da Bioética de Intervenção, em uma tentativa de modificação do contexto, especialmente incidindo esforços nos âmbitos da mediação.

São processos em que pacientes - ou familiares de pacientes - processam médicos acreditando que vivenciaram prejuízos provenientes de erros, em um contexto de anterior assimetria entre os sujeitos havidos na relação. Considera-se necessário, para tanto, a compreensão de questões como o que vem a ser o erro médico em suas esferas “culpável” e “escusável”, a discussão sobre ter a prática médica a obrigação do alcance de resultado ou apenas de realização adequada dos meios em suas assistências aos pacientes, bem como a conjuntura das iatrogenias e dos problemas na obtenção do consentimento dos pacientes.

2.2.1. Erro médico culpável

A responsabilidade do médico profissional liberal - no sentido de dever sucessivo de indenizar - apenas surge quando o descumprimento de sua obrigação anterior se der por culpa. Para uma compreensão mais específica sobre o instituto da culpa é importante o entendimento de que há a “culpa em sentido amplo”, que traz uma análise do caráter volitivo subjetivo (117), ou seja, da vontade do sujeito manifestada na conduta no caso concreto, conformando o âmbito intitulado de responsabilidade civil subjetiva²⁷.

Esta culpa em sentido amplo, que é um gênero, compreende as espécies “culpa em sentido estrito”, quando não há a intenção de causar dano, e o “dolo”, quando há a intenção de causar dano (117). Tomando o erro médico culpável apenas enquanto conduta culposa em sentido estrito²⁸, para facilitar a fluidez da escrita nesta tese somente será utilizada a palavra “culpa”. Assim, o erro médico culpável é a ação ou a omissão que se revestem de “culpa”, portanto quando não há a intenção de se causar dano algum, embora o médico tenha agido de forma a não impedir a ocorrência de

²⁷ Há, ainda, a responsabilidade civil objetiva, em que não se discute a presença da culpa, nomeadamente uma teorização voltada para circunstâncias em que as relações institucionais são analisadas quanto o dever de indenizar, não se tratando efetivamente de relações entre pacientes e profissionais de saúde, o que foge ao objeto desta tese, pelo que não se pretenderá, portanto, um aprofundamento.

²⁸ Neste texto não se trabalhará a perspectiva dolosa, acreditando que esta surge em circunstâncias pontuais em que há desígnio médico de criação de malefícios aos pacientes e à sociedade, em um cometimento típico de crime, o que foge à percepção da judicialização da medicina como fenômeno em que são demasiadamente requeridas, no âmbito cível, reparações pecuniárias tendo em vista a ocorrência de conflitos provindos de atendimentos médicos causadores ou não de prejuízos por erro culposos, tal como dito acima.

situações danosas previsíveis e evitáveis. Nesse caso, portanto, o profissional estaria contrapondo a sua conduta ao Princípio da Não Maleficência.

Esta previsibilidade e evitabilidade levam em conta um padrão de comportamento médio esperado de todo médico, o chamado comportamento do *homo medius*, que representa o homem médio em geral, neste caso o homem médio com a qualidade da formação em medicina. Neste mesmo raciocínio, Castro (124) afirma que se deve analisar a responsabilidade médica tendo em vista o comportamento corrente daquele sujeito em abstrato (124), ou seja, partindo-se da análise de conduta esperada de qualquer sujeito médico com aquela mesma formação e na mesma circunstância. É o que Castro denomina de “médico-tipo” (124), como um padrão de apresentação comum àquele profissional.

Hans Jonas discorre sobre o tema, trazendo o que denomina *bonum humanum* para a consideração da teoria ética e avaliação da conduta responsável:

O sentimento que caracteriza a responsabilidade – não importa se pressentimento ou reação posterior – é de fato moral (disposição de assumir seus atos), mas em sua formalidade pura não é capaz de fornecer o princípio efetivo para a teoria ética, que em primeira e última instância tem a ver com a apresentação, reconhecimento e motivação de finalidades positivas para o *bonum humanum*. (125)

Deste modo, entrelaçando as conceituações trazidas, pode-se considerar como padrão correto para a prática moralmente responsável da medicina aquela conduta condizente com um agir do *homo medius* e *bonum humanum* médico, que, por consequência, não deve ser culposa. Afinal, o comportamento corrente de todo médico bom humano, em média, é então agir de maneira diligente, perita e prudente.

Havendo erro, por sua vez, tem-se que o comportamento do profissional destoou do que é em média esperado, e, portanto, possivelmente terá sido proveniente de conduta culposa por imperícia, imprudência ou negligência, tal como se explicará a seguir.

2.2.1.1 Negligência, imperícia e imprudência médicas

A título de contextualização histórica é importante relembrar o que traz Montesquieu em “O espírito das leis” sobre as caracterizações da culpa nas condutas médicas:

As leis romanas queriam que os médicos pudessem ser punidos por sua negligência ou por sua imperícia. Neste caso, condenavam à deportação o médico de uma condição um pouco elevada e à morte o médico de uma condição mais baixa. Segundo nossas leis, tudo se passa de modo diferente. As leis de Roma não haviam sido feitas nas mesmas circunstâncias que as nossas: em Roma, tomava remédios quem quisesse, mas, entre nós, os médicos são obrigados a fazer estudos e a adquirir certos graus; logo, são tidos como conhecedores de sua arte. (126)

As análises ético-jurídicas sobre as condutas médicas ocidentais atualmente partem do pressuposto de que estas são praticadas com o devido conhecimento prévio da arte médica e seus aspectos científicos. No Brasil, especialmente, conforme preceitua o Conselho Federal de Medicina no texto da Resolução CFM nº 1931/09, que aprovou o Código de Ética Médica, para ser intitulado médico é necessário ao sujeito, além do diploma de graduação em medicina - devido a necessidade de absorção de aportes teóricos e práticos disponibilizados no ambiente acadêmico –, a adequada inscrição no Conselho Regional de Medicina do Estado, Território ou Distrito Federal em que exercerá a sua atividade profissional (121).

Ressalte-se, inclusive, que em abril de 2016 foi dada nova redação (127) ao art. 6º da Lei nº 12.842/13 (128), que dispõe sobre o exercício da Medicina, para efetivamente designar a denominação “médico” ao profissional graduado, vedando-se o termo “bacharel em Medicina”. Trata-se de uma nomenclatura que passa a adequar-se pelo meio social ao modo usual de referência a estes profissionais, além do termo “doutor”. Essa referência específica e engessada de “doutor” dada ao médico, acontece por duas razões: devido a uma perspectiva histórica decorrente da Lei de 11 de agosto de 1827 (129), decretada por D. Pedro I, que tratou da questão; e em razão do cunho hierárquico de imposição de poder – que acaba se impondo como decorrência do saber - através do discurso, percebido no decorrer da própria história da medicina.

Ocorre que, mesmo com a adequada formação na graduação, e tendo sido devidamente recebida a sua inscrição pelo seu órgão conselhal, é possível que o

médico tenha sobre si gerado um dever de indenizar um paciente. Isto porque, independentemente de sua formação, é possível que o profissional médico venha a descumprir, por conduta culposa, deveres que representam obrigações originárias, sendo gerada a obrigação sucessiva de indenizar, portanto, a responsabilidade médica diante do dano causado.

As condutas culposas podem ser praticadas por meio de “omissões”, quando são havidas por “negligência”, e por meio de “ações”, quando são cometidas por “imprudência” ou “imperícia”. Conforme anteriormente descrito, o Código de Ética Médica (121) traz explicitamente estas hipóteses de conduta culposa “caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência” (121). Aqui, mais uma vez, é conveniente recordar a utilização, pela bioética, em situações relacionadas ao tema, do “Princípio do Benefício e Dano” (1) incluído na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos das Unesco, ou do “Princípio da Beneficência” e “Princípio da Não Maleficência” propostos por Beauchamp e Childress (15).

Decisões no âmbito do Conselho Federal de Medicina em processos ético-profissionais mostram situações de julgamento em que se analisou precisamente o artigo acima referido, a exemplo da que segue:

Ementa: PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. INFRAÇÃO AO ARTIGO 29 DO CEM: – **É VEDADO AO MÉDICO: PRATICAR ATOS PROFISSIONAIS DANOSOS AO PACIENTE, QUE POSSAM SER CARACTERIZADOS COMO IMPERÍCIA, IMPRUDÊNCIA OU NEGLIGÊNCIA.** REFORMADA A DECISÃO DE ABSOLVIÇÃO PARA APLICAÇÃO DA PENA DE “CENSURA PÚBLICA EM PUBLICAÇÃO OFICIAL”. I- Comete delito ético o profissional que causa dano por negligência e imprudência, desconsiderando princípios éticos em consequência de falta de bom acompanhamento em trabalho de parto. II- Recurso de apelação conhecido e provido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Conselheiros membros da 7ª Câmara do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso interposto pela apelante, reformando a decisão do Conselho de origem, que absolveu o apelado, para aplicar-lhe, por maioria de votos, a pena de “CENSURA PÚBLICA EM PUBLICAÇÃO OFICIAL”, prevista na letra “c” do artigo 22 da Lei nº 3.268/57, por unanimidade por infração ao artigo 29 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.246/88, DOU 26.01.1988), cujos fatos também estão previstos no artigo 1º do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09, DOU 13.10.200), nos termos do voto do Sr. Conselheiro Relator. (130) (grifou-se)

No judiciário, também, verifica-se a necessidade de reconhecimento de conduta culposa no caso concreto, sem a qual não há que se falar em punição do profissional:

INDENIZATÓRIA - PRETENSÃO DEDUZIDA CONTRA O HOSPITAL E O MÉDICO, A QUEM É ATRIBUÍDA CONDUTA CULPOSA - PROCEDÊNCIA - INCONFORMISMO DOS RÉUS - RECURSO DO NOSOCÔMIO DESERTO - APELO NÃO CONHECIDO. INDENIZATÓRIA - ERRO MÉDICO - FRATURA NO TORNOZELO - COMPROMETIMENTO DA CIRCULAÇÃO E ARTICULAÇÃO DO MEMBRO PELA AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO CIRÚRGICA - CULPA IMPUTADA A CLÍNICO GERAL - NOSOCÔMIO PROCURADO PARA SEGUNDO ATENDIMENTO, 13 DIAS APÓS O INCIDENTE - ADEQUAÇÃO DA POSIÇÃO ÓSSEA - TROMBOSE DESCARTADA - ALTA MÉDICA RECOMENDADA PELOS ESPECIALISTAS, OBSERVADA A NECESSIDADE DE TRATAMENTO AMBULATORIAL - INEXISTÊNCIA DE PROVA DE SUBMISSÃO AO TRATAMENTO PRESCRITO - **NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA OU IMPRUDÊNCIA DO CLÍNICO NÃO RECONHECIDAS - AUSÊNCIA DE CULPA MÉDICA QUE AFASTA A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE SAÚDE** - AÇÃO IMPROCEDENTE - RECURSO DO MÉDICO PROVIDO. (131) (grifou-se)

Neste sentido, é vedado ao médico ser omissos, *negligentes*, o que importaria em uma conduta descrita por um “não-fazer” por displicência, quando, podendo e devendo agir, o médico não o faz. São casos em que, por exemplo, determinados procedimentos ou prescrições deveriam ter sido realizados e o profissional não se incumbiu da obrigação, gerando dano ao paciente em decorrência desta falta, contrariando, inclusive, a perspectiva do Princípio do Benefício e Dano acima mencionado.

Vale ressaltar que casos como alta médica em momento não adequado têm sido, por algumas jurisprudências, identificadas como circunstâncias de negligência, pensamento discordante aos argumentos desta tese. Trata-se, em verdade, de uma conduta por ação, ocorrida seja por erro na percepção de condição física do paciente para tanto, o que caracterizaria uma imperícia, seja por erro devido à precipitação do profissional em antecipar um momento em que se carecia de maior recuperação, o que caracterizaria uma imprudência.

Não há omissão no ato de conceder a alta médica indevida. Contudo, é possível perceber-se a negligência apenas em uma circunstância em que, diante de um paciente que chega à unidade, não se decide pelo internamento necessário. É preciso, então, uma leitura contextual da condição prévia²⁹.

A conduta com *imperícia*, por outro lado, é um “fazer” praticado em inobservância de normas técnicas, seja por pouco conhecimento profissional em

²⁹ Ou seja, se tratava-se de paciente internado que recebeu alta médica ou de paciente que, procurando pelo atendimento, não tinha a decisão de internamento após análise do profissional acerca de sua situação clínica.

determinada área do saber médico ou por conduta pontual do profissional que, embora seja conhecedor, em determinado momento agiu em desconformidade com o que preceituam as normas técnicas para aquela prática.

É possível discutir-se a respeito da imperícia apenas como conduta errônea daquele profissional que não possui o devido preparo técnico ou o título da especialidade. Entretanto, observa-se que mesmo o médico especialista em determinada área pode incorrer em imperícia, bastando que, por qualquer motivo, seja por cansaço ou distração, e em contexto em que se poderia evitar o dano, o profissional tenha agido em desacordo com o que a boa técnica determinava.

Assim, tanto é possível que o médico não portador do título de uma especialidade pratique um ato naquela área e que seja extremamente bem-sucedido, quanto é possível que, neste mesmo âmbito, o médico especialista tenha atuado com imperícia. Portanto, defende-se que a imperícia se caracteriza por um atuar disforme ao que o conhecimento preceitua, devendo-se tomar o fato do profissional não portar especialidade na área apenas como um elemento para análise contextual, e não como determinante par uma percepção de imperícia.

E *imprudência* é também um “fazer”, neste caso por ação imponderada e insensata, capaz de ensejar dano por apresentar-se como conduta praticada sem a cautela exigida, e que poderia evitar o prejuízo então sofrido pelo paciente. Segundo Kfoury (132), para a verificação da imprudência é necessário que o profissional médico tenha agido com ações não justificadas, precipitadas (132). É um fazer cuja perspectiva arriscada é reconhecida pelo profissional que, ainda assim, resolve persistir em aposta que o dano não ocorrerá.

Por fim, vale ressaltar o que trazem Gomes e França (133) ao tratarem das modalidades de culpa na definição do erro médico, visto que trazem uma abordagem conclusiva e intencionalmente simplificada quando afirmam: “a negligência, consiste em não fazer o que deveria ser feito; a imprudência consiste em fazer o que não deveria ser feito e a imperícia em fazer mal o que deveria ser bem feito.” (133)

2.2.1.2 Dano médico efetivo e nexos causal

As perspectivas ético-jurídicas apontam que, para que se venha a gerar o dever de indenizar, é necessário, além do erro médico culposo, que se tenha gerado “dano médico efetivo”, com o qual deve possuir, indiscutivelmente, um “nexo causal”, que é uma ligação de causa e efeito (124). De tal modo, é preciso que esteja estabelecido o liame entre a conduta culposa do médico e o dano, sendo rompido este nexos apenas em situações decorridas por caso fortuito ou força maior, por culpa exclusiva do paciente, ou por fato de terceiro estranho à relação, quando assim o profissional não terá que responder pelo prejuízo, já que desvinculado de sua ação (124).

O dano efetivo é aquele verdadeiramente sucedido (117), percebido, que não deve ser visto apenas no âmbito da suposição, caso contrário não faria parte do mundo real, do fato constatado, e seria incapaz de gerar desequilíbrio em um estado anterior cotidiano do paciente.

A partir de normas jurídicas civis (90) pode-se afirmar que o médico que causar dano ao paciente por conduta ilícita que tenha anteriormente praticado deve indenizá-lo: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (90). Este dano pode ser mensurável economicamente – quando se avalia a efetiva diminuição do patrimônio do paciente, que precisou realizar gastos com compra de medicamentos antes não necessários, por exemplo – ou pode ser verificado após a ocorrência de um fato constrangedor à honra do paciente – a exemplo de um maltrato por uso de palavras agressivas ou pelo desrespeito às perspectivas culturais do paciente – quando ocorrerão danos patrimonial e moral, respectivamente.

Esta observância do constrangimento é posta na ordem da subjetividade, bastando a comprovação de ocorrência de um fato normalmente considerado agressivo à moral do sujeito³⁰ para que o médico seja punido pela ofensa à honra do paciente.

Trata-se do resguardo à dignidade humana do paciente, princípio disposto na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (1), e fundamento

³⁰ Novamente vale ressaltar que esta percepção da moral no meio jurídico tende a adotar a perspectiva kantiana. Entretanto, ainda que se analise o que vem a ser a moral como algo socialmente apresentado em dado meio, ainda assim é possível situá-la como ofensável, neste contexto.

constitucionalmente anterior ao direito de se ter propriamente a honra respeitada³¹. Ao discorrer sobre o princípio da dignidade humana e suas conceituações em apreciação aos direitos humanos dos pacientes, Albuquerque (135) afirma que

[...] um conteúdo mínimo basilar pode ser discernido da dignidade humana, qual seja: o de que cada ser humano possui um valor intrínseco que deve ser respeitado; conseqüentemente, algumas formas de conduta são incompatíveis com o respeito a este valor intrínseco [...]. (136)

Assim, havendo conduta culposa incompatível com o devido respeito ao paciente enquanto pessoa humana que possui um valor, uma honra, há que se falar em um dano moral, e em uma ofensa à sua dignidade.

2.2.2 Erro médico escusável

A respeito da nomenclatura “erro escusável”, amplamente utilizada em textos ético-jurídicos que abordam a responsabilização médica, vale uma breve reflexão, discordante. Um contexto ensejador de possível “escusa” pressupõe uma condição perdoável. O perdão, por sua vez, se faz presente diante de um “erro” a ser “desculpado”, entretanto não há que se falar em “des-culpa” de conduta cuja culpa não se fez presente para ser afastada.

Arendt (137), ao discorrer sobre a irreversibilidade e o poder de perdoar, afirma que o perdão se refere a atos do passado, sinalizando ter havido uma ação negativa³² anterior, que então tem como resposta outra ação posterior, reformulada e imprevisível. Por conseguinte, segundo ela, o perdão não se trata apenas de uma “reação”, mas também é libertadora tanto para o ofendido quanto para o ofensor (137).

Esta pressuposição de ação anterior reafirma a crítica aqui posta: é preciso ter havido um erro culposo, portanto punível ao médico, a ser perdoado. Nesta linha de raciocínio, Arendt afirma ainda:

A punição é a alternativa do perdão, mas de modo algum seu oposto; ambos têm em comum o fato de que tentam pôr fim a algo que, sem a sua

³¹ A Constituição Federal do Brasil aborda inicialmente os “princípios fundamentais” da república, dentre eles a dignidade da pessoa humana e, seguidamente, traz os “direitos fundamentais”, dentre eles a honra, disposta no inciso X do art. 5º.

³² A autora em verdade usa a palavra “pecado” para sinalizar o que, na interpretação deste escrito, se pôde aludir a negatividade da conduta.

interferência, poderia prosseguir indefinidamente. É, portanto, significativo – elemento estrutural na esfera dos negócios humanos - que os homens não possam perdoar aquilo que não podem punir, nem punir o que é imperdoável. (138)

Reflete-se, portanto, sobre a adequação ou inadequação da ideia de se pensar, na medicina, a possibilidade de um “erro” do qual se pode escusar, mais valendo tomá-lo como “não erro”, portanto não carecedor de escusa, e sim como conduta justificada na medida em que idônea à busca pela restauração da saúde, disposta em um contexto áspero ao desenvolvimento científico.

Contudo, este escrito reconhece o uso corrente do termo, que, por tantas vezes abordado na literatura e nas jurisprudências, fez-se presente e compreensível, de maneira que será aqui mantido. Além disso, é possível ainda a percepção do cunho pedagógico da manutenção da nomenclatura “erro escusável”, na medida em que enseja uma reflexão sobre a falibilidade da medicina, verificada tal como é: imperfeita, perseguidora da perfeição própria da conformação do corpo humano, porém ainda em curso e em busca de um domínio que, por vezes, ainda não possui: o domínio completo das funções e reações humanas. Seria uma reafirmação da ideia do “erro possível”.

Segundo Neuberg, o “erro só escusa se é invencível, isto é, quando, nas mesmas circunstâncias, todo homem avisado e prudente o teria cometido (já a ignorância da lei não é uma escusa)” (139). Não se trata, segundo se percebe, de conduta equivocada pela existência de culpa médica, mas por outro motivo não relativo a displicência, indiferença ou inobservância de norma técnica. São os casos do erro de diagnóstico, do resultado incontrolável e do acidente imprevisível, que são situações não indenizáveis a seguir expostas.

2.2.2.1 Erro de diagnóstico

Em um diálogo entre Sócrates e Trasímaco é possível notar a angústia a respeito da suposta “imperfeição” da medicina, que é percebida como arte virtuosa isenta de mal, entretanto capaz de sucumbir ao reconhecimento de seu suposto defeito não por proveito a si, mas pela vantagem do corpo sobre o qual é aplicada:

- E então? É sujeita a defeitos a própria arte da medicina, ou há qualquer outra que tenha necessidade de uma certa qualidade, como os olhos, da vista, e os ouvidos, da audição, e por esse motivo, além desses órgãos, carecemos de uma arte apropriada para examinar e para fornecer o que é útil para essas finalidades? Acaso na própria arte há qualquer defeito e cada arte precisa de outra arte que procure o que lhe é útil, e esta, por sua vez, de outra, e assim até o infinito? Ou ela mesma examinará o que lhe é vantajoso? Ou então não precisa de si mesma nem de nenhuma outra para procurar o que é conveniente para a sua própria imperfeição. Efetivamente, nenhuma arte possui imperfeição ou falha alguma, nem é próprio de uma arte procurar a conveniência de outra pessoa, senão a daquele a que pertence. Ao passo que cada arte, se o for de verdade, é incorruptível e pura; enquanto que, tomada no seu sentido exato, é inteiramente o que é. E examina de tal maneira rigorosa: é assim ou de outro modo?

- É assim que parece ser.

- Portanto – disse ele -, a medicina não procura a conveniência da medicina, mas a do corpo.

- Exatamente. (140)

O erro de diagnóstico, também chamado por Castro de “erro profissional ou técnico”, são erros decorridos em casos duvidosos, controversos, e que não devem ser compreendidos como se culposos fossem. (141) Segundo o autor:

O profissional, em tendo escolhido técnica que não se mostrou boa para aquele caso específico, e foi zeloso e criterioso na aplicação, terá cometido um erro profissional, não culposo, pois não poderia antecipar a reação do organismo do paciente, pelo qual não responde. (141)

O autor trabalha, neste mesmo raciocínio, com a ideia de que se mantém escusável a conduta equivocada quando a técnica praticada no caso concreto pelo profissional médico é conhecida, usual e aceita, o que é diverso de uma circunstância em que, mesmo adequada a técnica escolhida, esta é aplicada de forma desastrosa, o que caracterizaria, então, uma nítida imperícia médica. (124)

Sendo assim, esta conduta médica não traz a ideia de ignorância da técnica pelo profissional, muito menos ausência de prudência em suas apreciações, em que pese haver o erro, que poderia ter sido praticado por qualquer outro profissional médico posto na mesma situação e diante dos mesmos elementos de análise.

Como explica Maldonado (142), para a verificação da existência do dever de indenizar é preciso avaliar o caso concreto, observando, ainda, se há erro crasso, ou se a circunstância é de invencibilidade do dito “erro”. O autor afirma:

(...) o médico que, por erro grosseiro, venha a causar dano ao paciente tem o dever, como decorrência da responsabilidade civil, de indenizá-lo. Em sentido contrário, quando o erro for invencível à mediana cultura médica, observadas as circunstâncias do caso concreto, isento estará o profissional médico de qualquer responsabilidade. (143)

O que se deve ter em vista, entretanto, é a coerência na conduta médica adotada diante do quadro de dúvida acerca do diagnóstico e de possíveis causas, bem como tratamentos decorrentes das ponderações feitas em busca do acerto. (144) Daí, também, a importância do diálogo estabelecido entre médico e paciente, ambos em busca de uma resposta plausível aos sintomas apresentados, mediante seguros esclarecimentos sobre sintomas e possíveis estratégias de tratamento, o que será discutido mais adiante neste estudo.

Tratam-se de sujeitos que devem atuar como consortes em busca da restauração da saúde, diversamente da perspectiva de sujeitos litigantes e afastados entre si. Ainda quanto à conceituação da circunstância, Fortes (145) afirma:

O diagnóstico é um ato técnico composto de procedimentos destinados à pesquisa de uma patologia clínica ou cirúrgica, o estabelecimento de sua etiologia e patogênese. Um erro no diagnóstico não é necessariamente culposos. O médico tem a obrigação de meios, não a obrigação de resultados, sendo que ao queixoso cabe provar que o profissional não lançou mão dos meios possíveis e necessários para o estabelecimento de um correto diagnóstico. (145)

Ocorre que mesmo não sendo considerado culposos o desacerto do diagnóstico, é possível a continuidade de percursos terapêuticos em linha de raciocínio também em desacerto. E não há, por conseguinte, tendo em vista a origem “escusável”, que se punir o profissional pelas estratégias não adequadas ou pelos eventuais cuidados dispensados desnecessariamente.

2.2.2.2 Acidente imprevisível e resultado incontrolável

Conforme explicam Gomes e França (146), para uma análise sobre eventual erro médico cabe, de antemão, uma devida diferenciação entre a conduta médica culposa de duas outras circunstâncias, quais sejam as de acidente imprevisível e de resultado incontrolável, que são capazes de resultar em dano ao paciente, entretanto apenas a primeira é capaz de gerar o dever de indenizar. Afirmam eles, que o “acidente imprevisível é resultado lesivo, advindo de caso fortuito ou força maior, incapaz de ser previsto ou evitado, qualquer que seja o autor em idênticas circunstâncias.” (146)

Por outro lado, um resultado incontornável, segundo explica Diniz, é “oriundo de uma situação grave e inexorável, ou seja, da própria evolução da moléstia, a qual a ciência médica, no estágio de desenvolvimento que se encontra, não dispõe de meios para contornar ou impedir” (147). Portanto, este decorre de situação da qual não se pode contornar, tendo em vista a progresso do quadro patológico.

Não há, nestas duas situações, qualquer nexo causal entre a conduta do profissional e o prejuízo sofrido pelo paciente. Retomando o conceito de “disciplina” trazido por Foucault, é possível traçar-se um paralelo com o que o autor denomina de “erro disciplinado” (148), ou seja, como aquele que, em um dado momento do desenvolvimento científico, se enquadrava nos moldes da disciplina até então posta, e que, portanto, é considerado verdadeiro.

Diversamente, em um momento seguinte, o contexto pode vir a ser modificado e o conhecimento do campo de estudo passar a apontar para novas estratégias de intervenção. Assim, é admissível que o pouco ou ainda insuficiente desenvolvimento da ciência em alguma área de abordagem e em determinado momento da história leve à evolução incontornável de um quadro patológico, não havendo que se falar em erro culpável do profissional médico.

2.2.3 Medicina como obrigação de meios e de resultado

Segundo Aristóteles, há que se considerar os meios então utilizados para alcance de um desígnio. Contudo, devem ser objetos de deliberação apenas estes meios e não o desígnio pretendido. Para a sua reflexão ele traz, entre outros, o exemplo do médico e o fim de curar um enfermo:

Não deliberamos sobre os fins, mas sobre os meios. Um médico, por exemplo, não delibera sobre se deve ou não curar, nem um orador sobre se deve ou não persuadir, nem um estadista sobre se deve assegurar a ordem pública, nem qualquer outro homem delibera a respeito da própria finalidade da sua atividade. Dão a finalidade por estabelecida e procuram saber a maneira de alcançá-la; se lhes parece poder ser alcançada por vários meios, procuram saber o mais fácil e o mais eficaz; e se há apenas um meio para alcançá-la, procuram saber como será alcançada por esse meio, e por que outro meio alcançar esse primeiro, até chegar ao primeiro princípio, que é o último na ordem da descoberta. (149)

Conforme se percebe, o alcance da cura como resultado da prática médica termina por ser almejado, entretanto não posto com a relação imediata de necessária causa e efeito incondicional, ou seja, tendo a cura como obrigação. Se assim fosse, ingressaria no âmbito de um dever inequívoco de cumprimento, o que caracterizaria uma obrigação de resultado. Nas demandas judiciais muito se discute a respeito desta obrigatoriedade na prática da medicina, sobretudo no que se refere à especialidade da cirurgia plástica, quando da realização de procedimentos estéticos (150). Neste raciocínio, o exercício da medicina não teria apenas obrigação de meios, qual seja a de realizar a sua prática com diligência, perícia e prudência, fazendo o melhor uso de suas técnicas e procedimentos (150).

Ao refletir sobre a importância do diálogo para o tratamento médico, Gadamer (151) afirma haver na essência da prática médica, de fato, a procura pela cura, mas, ainda assim reconhece o papel coadjuvante da figura do médico perante a natureza, portadora desta força: “O objetivo da arte médica, pelo contrário, é a cura, e a cura não é pleno poder do médico, mas da natureza. O médico sabe-se um mero ajudante da natureza.” (152) Mesmo reconhecendo um propósito no tratamento médico, o autor mantém a perspectiva de obrigação de meios e não de resultado, e trabalha com a ideia de haver um “pleno poder” que foge à seara da medicina. O autor persiste nesta reflexão, conformando o juízo de que há diversos fatores que incidem no cuidado à saúde, havendo, por conseguinte, limites ao saber médico, que não se apresenta como único elemento no contexto:

A saúde depende de muitos factores e, no fim de contas, não se depara só com ela, mas com a reinserção do paciente no seu anterior lugar na vida quotidiana. Esta é a ‘recuperação’ completa que, muitas vezes, ultrapassa decerto as possibilidades e competências do médico. (153)

Entretanto, é de se ressaltar que, conforme anteriormente já refletido a respeito da relação entre o poder e o saber postos na ordem do discurso médico, para a prática médica não deve ser olvidada a atenção diante dos seus discursos na relação com os pacientes, potencialmente portadores de expectativas e vulnerabilizados pela doença (154).

Ao discorrer sobre o poder de prometer, Arendt, afirma que a “solução para o problema da imprevisibilidade, da caótica incerteza do futuro, está contida na faculdade de prometer e de cumprir promessas. (155) Para ela, a faculdade de prometer “serve para criar, no futuro, que é por definição um oceano de incertezas,

certas ilhas de segurança, sem as quais não haveria continuidade, e menos ainda durabilidade de qualquer espécie, nas relações entre os homens” (156).

Portanto, ao poder do discurso soma-se o poder de prometer a que se refere Arendt (155). Neste sentido, em um contexto de expectativas e incertezas vivenciado por pacientes vulnerabilizados, o discurso médico que promete um resultado chama para si uma obrigação que se torna inequívoca, embora estivesse até então disposta como contestável.

2.2.4 Iatrogenia e erro médico

Tal como visto, nos cuidados à saúde é possível, além das situações anteriormente mencionadas, o surgimento de danos tanto advindos de situação imprevisível e inevitável, quanto de conduta de terceiro sujeito, do próprio paciente, ou de efetiva conduta médica culposa. É possível, ainda, que os prejuízos sofridos tenham sido “previsíveis” à prática médica tendo em vista a pretensão de alcance de benefícios futuros, o que não será considerado um erro, circunstância em que, previamente, deve o médico esclarecer ao paciente sobre esta previsibilidade, seguindo ao tratamento após a colheita do devido consentimento, salvo em situação emergencial.

Há-se que considerar, neste caso, a ocorrência de evento iatrogênico, não punível tendo em vista não conter, em seu âmago, qualquer circunstância de imperícia, imprudência ou negligência. Nesse sentido, Maldonado afirma:

Iatrogenia e responsabilidade civil, dentro de um universo jurídico eminentemente conflitual, são termos inconciliáveis e excludentes. Inconciliáveis porque a iatrogenia (...), uma vez caracterizada, não gera a responsabilidade em qualquer uma de suas vertentes: civil, penal e administrativa.

(...) a iatrogenia ou doença iatrogênica, cujo dano, ocasionado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, através do uso de técnicas e de fármacos necessários para vencer crises ou surtos, não caracterizaria, ao revés, a responsabilidade civil e, conseqüentemente, direito à indenização reparadora. (157)

Maldonado explica ainda que, para a observância de ocorrência de real circunstância iatrogênica é indispensável a presença de dois elementos, a saber: a previsibilidade do dano, como uma possível sequela do ato; e a necessidade de

produção do ato, neste caso, do procedimento cirúrgico. Observe-se esta jurisprudência neste sentido:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA PARA REALIZAÇÃO DA “DUPLA TROCA MITRO-AÓRTICA COM INSTALAÇÃO DE PRÓTESESS. SUPOSTO ERRO MÉDICO. AUTORIZAÇÃO PARA CIRURGIA. ERRO MÉDICO NÃO CONFIGURADO. DANO IATROGENICO. – (...) Ainda, em sede de premissas, há que se colocar em pauta, que a obrigação do médico é de meio, pelo que em seu atuar dada a imperfeição da medicina há a lesão previsível, a iatrogenia, ou dano iatrogênico, que corresponde ao dano necessário e esperado daquele atuar, afastando a responsabilidade civil respectiva, ipso jure o designado erro médico. (158)

Estas circunstâncias iatrogênicas entrelaçam a busca por máximos benefícios e mínimos prejuízos, por diversas vezes não se tendo como afastar qualquer possibilidade de ocorrência danosa. Neste sentido, mais uma vez, recorda-se o “Princípio do Benefício e Dano” trazido pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que trabalha a ideia de se reconhecer a possibilidade de ocorrência de prejuízos no decurso da aplicação ou avanço da ciência. Entretanto, esta possibilidade se apresenta após o cuidado de estabelecimento de juízo de ponderação prévio, que considera a maximização de possíveis benefícios e a minimização de possíveis malefícios, tal como visto:

Artigo 4 – Benefício e Dano

Os benefícios diretos e indiretos a pacientes, sujeitos de pesquisa e outros indivíduos afetados devem ser maximizados e qualquer dano possível a tais indivíduos deve ser minimizado, quando se trate da aplicação e do avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e tecnologias associadas. (1)

De tal modo, observe-se que na conceituação da norma é cogitado um dano, e sobre ele incidem cuidados para que seja reduzido ao mínimo, quando não afastado. Sabe-se, portanto, que danos são possíveis e de injustificada ocorrência quando a pretensão de geração de benefícios é maior.

2.3 AUTONOMIA, CONSENTIMENTO E DIREITO DE (NÃO) SABER

Compreendendo a autonomia como capacidade de autogovernar-se (116), de antemão deve-se separá-la da perspectiva jurídica de capacidade civil. Em seu artigo 5º, o Código Civil do Brasil dispõe que a “menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

(90) Esta habilitação não deve, entretanto, ser confundida com plena competência decisional do paciente em um âmbito em que pouco conhece, sobretudo em um contexto de vulnerabilidades sociais³³.

Igualmente, mesmo cumprindo os critérios etários a partir do alcance da maioridade civil, é possível a manutenção da fragilidade decisional do paciente que persiste ignorante quanto ao saber pertinente à decisão. Se há, especialmente na prática médica, a clareza da presença do binômio poder-saber, compreende-se de que apenas empodera-se³⁴ aquele que detém o conhecimento. Desempoderado pela ausência do saber, não há que se falar em exercício livre da autonomia pelo paciente, até que possa ser informado e esclarecido em vocabulário que lhe é próprio.

Partindo da compreensão de liberdade como autonomia da vontade, observa-se que é exercida com a ausência da ignorância, que é o elemento limitante. Quando não se conhece a respeito do que se está a decidir, a liberdade não se faz presente, mesmo que, formalmente, o critério civil esteja presente concedendo ao sujeito a “plena” capacidade.

Neste sentido, ao médico é posto o dever de informar a fim de que o paciente possa exercer, livremente, a faculdade de consentir. Segundo Kfourri, a perspectiva jurídica – e a esta acrescenta-se a ético-profissional – é clara ao afirmar que:

O médico deve informar ao paciente diagnóstico, prognóstico, riscos objetivos do tratamento. Haverá, também, de aconselhá-lo, informando-o dos riscos e prescrevendo o comportamento que o enfermo deverá adotar. Deve-se valer da melhor diligência e cuidado, de acordo com o estado contemporâneo na sua ciência. (159)

Ao aprofundar o tema para a própria responsabilização civil do médico, Kfourri continua:

Para que se caracterize a responsabilidade civil do médico, pela não obtenção do consentimento informado, deve-se estabelecer relação clara entre a falta de informação e o prejuízo final. Assim o dano deve ser consequência da informação falha ou inexistente, esta se liga àquele por nexo de causalidade. (160)

Tomando o direito à informação como direito humano constitucionalmente protegido (87), visto que no artigo 5º, inciso XIV, a Constituição Federal do Brasil

³³ A respeito da vulnerabilidade social e seus impactos na perspectiva individual, o próximo capítulo trará esta abordagem, aprofundando os fundamentos teóricos da Bioética de Intervenção.

³⁴ Sobre o empoderamento, a seguir será discutido conforme a perspectiva intersubjetiva trazida pela Bioética de Intervenção e seus referenciais teóricos.

dispõe que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (87), pode-se compreender que a falha ou ausência da colheita do consentimento do paciente já é uma conduta apta a constituir dano, independentemente de outras circunstâncias a serem verificadas no decurso da prática médica no amparo à saúde. Trata-se de uma ausência de condição essencial, qual seja a de respeito à vontade da paciente, tal como comenta Fortes, ao explicar que o “consentimento do paciente aos atos a serem praticados é um dos pontos essenciais do contrato médico, a declaração de vontade, que é fundamento para a existência do ato jurídico”. (161) Ressalte-se que a colheita do consentimento do paciente não pode ser reduzida à assinatura do Termo de Consentimento, visto que este apenas se trata de documento de formalização de um processo anterior, que deve ser cuidadoso em respeito à liberdade em decidir por meio da entrega do conhecimento, de forma esclarecida.

No que concerne à normatização da prática médica, o Código de Ética Médica traz o dever de cumprimento do dever de informar e de colher o consentimento de maneira explícita em seu capítulo sobre Direitos Humanos: “É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”. (121)

Esta norma vai ao encontro da perspectiva internacional do direito à informação constante na Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Artigo 19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (11); da mesma forma segue a perspectiva nacional, visto que também constante na Constituição da República Federativa do Brasil este direito, posto como fundamental: “XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (87).

A Recomendação CFM nº01/2016 (106) também aborda especificidades do Consentimento Informado, e propõe, dentre outras condutas, que haja esclarecimento claro, com pertinência à circunstância específica, proporcionando uma possível decisão segura do paciente em autorizar a realização de procedimentos, estimulando a elaboração de termo escrito, com linguagem adequada à compreensão, em que pese não considerar ilícito ético a obtenção verbal.

Observe-se que importa, sobremaneira, que a informação seja “esclarecida”. Ao responder sobre o que é o esclarecimento, Kant afirma “Esclarecimento”³⁵ significa a saída do homem de sua menoridade, da qual o culpado é ele próprio. A menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo.” (162). O autor continua: “O homem é o próprio culpado dessa menoridade se a sua causa não estiver na ausência do entendimento, mas na ausência de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem.” (163)

Em interessante contradição, podem então ser dispostos os termos “maioridade”, colocada na ordem etária, e “menoridade”, colocada na ordem do entendimento. Partindo da reflexão de Kant, quando afirma que se a motivação para a sua dita menoridade do sujeito estiver na ausência do entendimento, este não é posto como responsável pela sua ignorância. Pode-se aqui reforçar o ponto de vista de que, não empoderado pelo conhecimento que deve a si ser entregue, mantém-se o paciente não informado, não esclarecido.

Por outro lado, pode-se apresentar também como legítimo o direito do paciente de “não saber” a respeito de informações que possam majorar a sua condição de doença. Em diálogo com Adimanto, Sócrates explica a possibilidade de uso da “mentira” como remédio, cujo emprego deva ser privativo ao médico:

- Mas é que, realmente, deve ter-se alto apreço a verdade. Se, de fato, dissemos bem há pouco, se na realidade, a mentira é inútil aos deuses, mas útil aos homens sob a forma de remédio, é evidente que tal remédio se deve dar aos médicos, mas os particulares não devem tocar-lhe.
- É evidente - respondeu. (164)

O Conselho Federal de Medicina reforça esta questão, dispondo ser vedado ao médico “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.” (121). Pode-se considerar ser esta uma “medida especial”, tal como dispõe a finalização do Artigo 5 da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos:

Autonomia e Responsabilidade Individual - Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais. Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia. (1)

³⁵ As aspas se fazem presentes no texto original, daí terem sido aqui mantidas. Foi retirada a expressão [Aufklärung], visto que compreendida como inserção do tradutor da obra.

Ao analisar “um suposto direito de mentir por amor à humanidade” (165) estabelecendo um diálogo com trechos escritos por Benjamim Constant, Kant diverge de qualquer exceção ao dever de dizer a verdade, compreendendo haver um perigo maior na mentira do que no exercício da verdade, ainda que tenha uma suposta bondade como fundamento, o perigo da injustiça. Ele afirma:

O que se deve compreender aqui não é o perigo de (acidentalmente) causar dano, mas, em termos gerais, o de cometer uma injustiça. É o que aconteceria se eu subordinasse o dever de veracidade, que é inteiramente incondicionado e constitui nas declarações a suprema condição do direito, a um dever condicionado e ainda a outras considerações. E embora por certa mentira não faça com essa ação injusta a ninguém, de um modo geral atento contra o princípio do direito, no que se refere a todas as declarações inevitavelmente necessárias (cometo uma injustiça *formaliter*, embora não *materialiter*), o que é ainda muito pior do que perpetrar uma injustiça contra certo indivíduo, porque tal ação nem mesmo supõe sempre um princípio para ela no sujeito. (166)

Contudo, mesmo conhecendo a perspectiva kantiana de defesa à verdade irrestrita como obediência ao seu imperativo moral, é possível compreender-se que, ao exercer-se justificadamente a mentira em certas ocasiões – que não se assemelham a mera “mentira indiscriminada” - estas podem ser compreendidas universalmente, e não se estará necessariamente ferindo esta mesma lei. (167)

O “motivo justo”, inclusive, é argumento utilizado para demais situações em que a prática médica conduz-se em prol de um benefício maior. A questão, portanto, não é simples, especialmente para os profissionais médicos, que exercerão ou não um dever correspondente ao direito do paciente, que tanto pode relacionar-se com um dever posto tanto na esfera da verdade, quanto na da mentira.

Assim, ao médico é entregue significativo encargo para a percepção sutil do que vem a ser a conduta adequada no caso concreto: a prescrição do remédio sob a forma de mentira nos termos socráticos, ou a entrega indubitável da verdade tendo em vista o risco de cometimento de injustiça nos termos kantianos. E a terceira hipótese apresenta-se como um não dizer justificado pelo motivo justo.

Em uma conjuntura de judicialização da medicina observa-se que tanto este “não dizer a verdade”, quanto este “dizer a verdade” pode representar coragem daquele que decide por uma conduta ou outra, especialmente quando o faz em um contexto arriscado³⁶. Esta coragem pode ser vista como a “parresía”, expressão antiga

³⁶ E compreende-se o potencial ingresso de demanda judicial contra si como um risco latente.

analisada por Foucault (1968), que denota, em verdade, a audácia de dizer a verdade irrestrita, uma interessante abordagem que, se feita neste escrito, poderia promover uma fuga do tema, mas que vale ser aqui ressaltada. Isto porque, mesmo diante do receio de ser mal compreendido não cabe ao profissional a irrestrita entrega da verdade quando presente o potencial dano - possivelmente decorrente, mesmo sob o argumento de enaltecimento da autonomia do sujeito. Há que se considerar esta análise da justeza do motivo como responsabilidade ser assumida pelo profissional.

3 BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO

Prosseguindo na busca do objetivo deste escrito, parte-se para a compreensão da Bioética de Intervenção enquanto teoria a ser aplicada para a tentativa de resolução do contexto de dificultoso diálogo tanto prévio à instauração de litígio judicial entre médicos e pacientes, quanto em fase de mediação entre os sujeitos em início de demanda judicial já instaurada. Trata-se da eleição de um território para prática de preceitos da BI em problemas advindos de um contexto em que dialogam autonomias e vulnerabilidades, havido pelo exercício do poder e prática de direitos de forma assimétrica.

Segundo se depreende da apresentação da teoria por seus autores Volnei Garrafa e Dora Porto, esta corrente analisa problemas morais concretos em uma perspectiva contra hegemônica (169), em especial diante da realidade latino-americana, de insuficiente estruturação de direitos individuais e coletivos, contexto que se pode observar no âmbito da saúde, e inclusive no decurso da relação médico-paciente.

Importante ressaltar que a BI se mostra crítica ao enaltecimento das discussões sobre o respeito à autonomia na assistência, quando realizadas em detrimento dos estudos sobre vulnerabilidades sociais, tal como se observa em uma perspectiva bioética estadunidense (170). Nesse contexto, são apresentadas fortes observações à eventual supervalorização da perspectiva biomédica no âmbito da bioética (171), compreendendo que esta destaca de modo desproporcional os aspectos deontológicos médicos em detrimento da necessária observância sobre relações de poder e de dificuldades dos sujeitos em exercer as suas autonomias em contextos socioeconômicos e educacionais desfavorecidos (170).

Sendo assim, de antemão cumpre observar que, embora esta tese dirija-se à conjuntura da assistência médica e aparentemente esteja adstrita à abordagem jurídico-contratual deontológica, mantém-se ampliada aos estudos das relações de poder e conjunturas assimétricas, buscando a análise teórico-prática de um problema persistente havido na relação médico-paciente. De tal modo, justifica-se a eleição da BI como teoria de referência, por trazer especialmente análises acerca das conquistas sociais no âmbito dos direitos humanos, ressaltando aspectos relativos às

vulnerabilidades e às estruturas de poder também no decurso das relações intersubjetivas (170).

Assim, este capítulo apresenta conceitos valorizados pela BI no âmbito relacional entre sujeitos, e procura destacar que ao trazer as noções de *libertação*, *empoderamento* e *emancipação* como conceitos potencialmente modificadores de contextos, é capaz de auxiliar na modificação do cenário judicializador na relação médico-paciente.

Pelo que se observará a seguir, percebe-se que a BI não se olvida a trabalhar o respeito às singularidades dos indivíduos vulneráveis participantes dos cenários assimétricos. Neste sentido segue-se à compreensão de alguns dos aspectos teóricos apontados pela BI, sobretudo os relacionados com a abordagem desta pesquisa, na medida em que, diante da amplitude da percepção da teoria, compreende-se ser possível o estabelecimento de enfoques objetivos tendo em vista a pertinência temática.

3.1 VULNERABILIDADE SOCIAL NA PERSPECTIVA INTERSUBJETIVA

O termo *vulnus*, que em latim significa “ferida”, está presente na origem da palavra “vulnerabilidade” que, por sua vez, denota a susceptibilidade de ser ferido, magoado. Esta ferida, que em termos simbólicos evoca a ideia de sofrimento, pode, neste sentido, estar ligada a uma ação recebida por um sujeito exposto a circunstâncias de passividade.

Deste modo, a vulnerabilidade traz a noção de “receptividade não susceptível de ser inteiramente transformada em acção” (172), ou seja, sujeição de alguém não capaz de agir em resposta à agressão recebida. Traz, ainda, a possibilidade de pensar-se como recíproca da potencialidade (173), o que confere a esta reflexão a busca pelos conceitos de “poder” nas relações humanas e possível “empoderamento”, que se verá a seguir.

3.1.1 Vulnerabilidade e relações de poder

Para discutir as relações de poder nas circunstâncias políticas no século XV Nicolau Maquiavel apresenta ao leitor da obra “O Príncipe” a sua consideração sobre a consequente vulnerabilização de um sujeito que entrega a outro a sua força: “aquele que promove o poder de um outro perde o seu, pois tanto a astúcia quanto a força com as quais fora ele conquistado parecerão suspeitas aos olhos do novo poderoso” (174). Este ponto de vista, guardadas as apreciações sobre a postura ética de seu tempo, apresenta a esta reflexão uma introdução crítica sobre a promoção de assimetrias nas relações humanas, que atribui situações sociopolíticas desiguais entre vulneráveis e poderosos.

Esta assimetria, discutida também no século XVIII por Jean-Jacques Rousseau por meio de sua obra “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, mostra duas espécies de desigualdade, uma *natural* ou *física* e outra *moral* ou *política* (175). A primeira, relativa às diferenças entre idades e à força do corpo, é compreendida como estabelecida pela natureza. A segunda, tomada pelo autor como uma convenção entre os homens, traz o argumento da riqueza e do poder como geradores de privilégios.

Portanto esta última enseja, na busca por uma ligação entre as duas diferenças, uma questão cuja tentativa de respostas cabe a esta reflexão: os sujeitos que mandam têm mais valor do que os que obedecem, e a força do corpo e do espírito, a sabedoria ou a virtude se encontram sempre nos mesmos indivíduos em proporção do poder ou da riqueza? (175)

A resposta parece óbvia, considerando não ser mais legítima ou conformada esta diferença na atual sociedade, sobretudo após as conquistas pela igualdade de direitos entre os homens e respeito à sua dignidade iniciadas em meados do século XIX e afirmadas em meados do século XX através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (11). Entretanto, considerando a realidade socioeconômica mundial e suas diferenciações práticas que geram desigualdades nítidas, a percepção real da manutenção destas diferenças auxilia na reflexão e continuidade da luta pela modificação deste contexto na prática.

No campo da saúde talvez se possa perguntar, em tom claro de inconformidade, se a sociedade ainda traz, em sua formação, sujeitos considerados

com menor ou maior valor devido à sua menor ou maior riqueza ou relação de poder. E de fato, a depender das formas de vulnerabilidade encontradas, as práticas de atenção à saúde, em alguns contextos, ainda mantêm claras as diferenciações reais entre pessoas com diferentes graus de susceptibilidade.

Até fins do século XX, entre os acontecimentos históricos que levaram ao surgimento da reflexão bioética o tema da *atenção à vulnerabilidade dos sujeitos* esteve presente, entretanto como pano de fundo para discussões correlatas sobre capacidade de consentir e exercício de autonomia, seja no âmbito da assistência ou da pesquisa. Tal temática pode ser verificada tanto nos debates sobre os experimentos nazistas praticados em grupos vulneráveis de judeus, ciganos e homossexuais, quanto nas pesquisas posteriormente descobertas e praticadas pelos serviços de saúde pública estadunidenses, a exemplo do caso de Tuskegee, já abordado nesta tese, e do caso da Guatemala, que remete o leitor ao anos de 1948, quando foram infectadas com gonorreia e sífilis quase 700 pessoas portadoras de doenças mentais e prisioneiros do país estadunidense (176).

Conceitualmente, ao abordar os sentidos da vulnerabilidade no discurso bioético, Patrão Neves os distingue em três, sendo eles o de característica (adjetivo), de condição (substantivo) e de princípio (155). Para tanto, inicialmente a autora ressalta a função adjetivante da vulnerabilidade, que afirma estar presente no vocabulário ético-normativo de documentos internacionais, explicando que estes utilizam a sua acepção essencialmente como característica, ao classificar indivíduos ou grupos que necessitam de proteção, nomeadamente no âmbito da experimentação humana (155).

Destacando a modificação no entendimento da noção de vulnerabilidade a partir da visão europeia ocidental, Patrão Neves apresenta o sentido de vulnerabilidade como condição ou realidade constitutiva humana, portanto inalienável e irreduzível (155) mesmo presente a autonomia do sujeito e o reforço desta. A autora inclui, nesta reflexão, as noções de “subjetividade” - como exposição de um sujeito a outro - e “responsabilidade” - como dever de resposta solidária ao outro que se expõe -, conceitos estes analisados sob as perspectivas dos filósofos Emmanuel Lévinas e Hans Jonas, respectivamente (155).

Como princípio, em um terceiro sentido, a autora citada compreende a vulnerabilidade como uma confluência dos dois sentidos anteriores, presente na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH), o que torna

fundamental o entremeio entre os termos “condição humana” e “integridade”, justamente para a compreensão da referida susceptibilidade que enseja proteção, abordada pelo artigo 8º deste documento:

Artigo 8 - Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual
A vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas. Indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos e a integridade individual de cada um deve ser respeitada. (1)

Portanto, é então a partir de 2005 que a vulnerabilidade alcança a condição de princípio, saindo apenas da situação de pano de fundo, e passando ao discurso principal como tema em destaque. O documento apresenta, assim, tanto a determinação de respeito pela vulnerabilidade e pela integridade exprimindo o respeito pela condição humana vulnerável, quanto a busca pela proteção de sujeitos ou grupos na medida em que há a vulnerabilidade em circunstâncias especiais, como características. Neste sentido, Patrão Neves afirma que “o princípio da vulnerabilidade interpela diretamente o profissional de saúde na sua responsabilidade de estabelecer relações simétricas com a pessoa doente” (155).

Atualmente, tem sido ressaltada a noção da vulnerabilidade enquanto princípio, em especial na medida em que analisada em concomitância à ideia de proteção de sujeitos, segundo a perspectiva da bioética global (177) (178). Considera-se, nesta visão, aspectos ontológicos da vulnerabilidade (179), compreendendo-a como alicerce aos demais princípios, o que redobra a sua relevância aos estudos relativos às relações de poder. Coadunando-se a esta ideia, Cunha e Garrafa defendem a vulnerabilidade como um princípio fundamental para a bioética global, acrescentando a importância da manutenção do diálogo entre diferentes perspectivas da bioética, assegurando-se, o respeito pelas particularidades culturais e morais e do compromisso de superação das condições vivenciadas por indivíduos ou grupos suscetíveis (180).

Observa-se, ainda, uma quarta acepção do termo, que através de significativo esforço acadêmico e político passou a ser considerado na elaboração da DUBDH em atenção às diversidades socioeconômicas e contextuais dos povos de países em desenvolvimento: a vulnerabilidade social. Esta, que traz consigo forte perspectiva bioética latino-americana, é discutida por Lorenzo no âmbito da ética em pesquisa

como fato social significativo a ser considerado para proteção de indivíduos e comunidades em países em desenvolvimento (181).

Para tanto, considera circunstâncias que influenciam fortemente para ocorrência da situação de vulnerabilidade social e que interferem na autodeterminação dos sujeitos, apontando a debilidade do nível de instrução, a disparidade social e a exclusão da assistência à saúde como significativas. Requerem, do mesmo modo, a implementação de medidas sociopolíticas com vistas a melhorar a capacidade de vigilância e regulação para a realização das investigações com respeito aos contextos sociais (181).

Nestes termos, segundo Garrafa e Prado, a vulnerabilidade social tem seu significado voltado ao contexto de desproteção, desamparo e desfavorecimento de populações que vivem a exclusão social no que se refere aos avanços e benefícios advindos do desenvolvimento mundial (182). Esta é a perspectiva sobre vulnerabilidade que prepondera no contexto latino-americano, tal como assinala Correa, que aponta o seu conceito para a ideia de dependência que impede ou ameaça de autodeterminação e a liberdade de escolha dos sujeitos acerca dos seus ideais de vida e desenvolvimento (183).

Para análise do tema Correa propõe também dois níveis de apreciação da vulnerabilidade. O primeiro relativo à condição humana de fragilidade, que limita a liberdade possibilitando o acontecimento da enfermidade e a própria finitude; e o segundo relativo à ausência do que considera o básico para as necessidades humanas, implicando em pobreza ou falta de saúde, o que indica como presente em diversas situações da América Latina (183).

A respeito da condição humana e sua vulnerabilidade inerente - ou substantiva, raciocínio este que dialoga com o pensamento apresentado por Patrão Neves (155) - , percebe-se que Correa introduz o conceito de liberdade, como elemento que se restringe na medida em que a fragilidade do sujeito se apresenta (183). Observa-se, desta forma, que esta ponderação sobre a liberdade propõe uma questão sobre a possibilidade ou a impossibilidade de presença concomitante da vulnerabilidade e da autonomia do sujeito em um mesmo contexto.

Isto porque, segundo a perspectiva do filósofo Immanuel Kant, a liberdade está inseparavelmente ligada ao conceito de autonomia (184) e, na medida em que o autor afirma não ser livre o sujeito que é vulnerável na ação, não seria este, também, autônomo. Entretanto, para Patrão Neves (155) o sentido de condição inerente ao

humano da vulnerabilidade a torna irredutível e inalienável, de maneira que mesmo presente a autonomia do sujeito, esta não possui a capacidade de sua anulação. Segundo esta visão, mantém-se a importância do cuidado para com a subjetividade do indivíduo em qualquer circunstância, não cabendo o descuido nas relações em saúde sob o argumento de ser, este indivíduo, autônomo. Esta ideia coaduna com a defesa de Anjos (185), que apresenta a ideia de uma necessária parceria entre vulnerabilidade e autonomia em saúde.

Discutindo sobre a postura moderna e criticando o enaltecimento da autonomia em detrimento do contínuo cuidado em relação à vulnerabilidade, Kemp e Rendtorff (186) discorrem sobre a questão, trazendo o exemplo da necessária continuidade de cuidado ao paciente que já consentiu para a realização de determinado procedimento invasivo, mesmo já tendo sido ele devidamente esclarecido. Este aspecto trazido pelos autores dialoga com a crítica à postura contratual e mercantilista de exercício das relações em saúde, especialmente no campo específico da ética nas pesquisas clínicas, em que o respeito à autonomia é confundido com o cumprimento de protocolos documentais.

Trata-se de uma postura atinente ao abandono do paciente em um território que não lhe é afeito, sob o argumento de manutenção de reforços legais para o exercício de sua vontade. Implicaria na redução do respeito à fragilidade humana e seu devido cuidado nas relações em saúde (5), rechaçando-se o reconhecimento da vulnerabilidade e o respeito pela dignidade e integridade dos sujeitos.

3.1.2 Singularidades e proteção à integridade individual nas relações

É a partir do termo em latim *integritas* que a palavra “integridade” provém, o que atribui, a si, os significados como inteireza, pureza e inalterabilidade (187). Segundo Hermeren, trata-se de um estado de inteireza que demanda respeito tanto em nível físico, tomando o corpo de um sujeito como território que lhe pertence e que não pode ser invadido senão com sua autorização prévia, quanto em nível mental, exigindo o respeito às crenças e valores, o que não comporta qualquer ridicularização ou desprezo (187).

Conforme descreve o Relatório do Comitê Internacional de Bioética (CIB) - da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciências e Cultura (UNESCO) - ao abordar os determinantes da vulnerabilidade específica e suas relações com a “integridade pessoal”, o significado da palavra integridade propõe a inadequação da invasão das barreiras pessoais do corpo e da mente, o que ensejaria a ameaça à saúde em sua ampla definição (188). Da mesma forma, a restrição à liberdade do indivíduo é tomada como uma “ferida” para a sua individualidade, sobretudo quando advinda da incapacidade de “dizer não”.

Esta noção condiz com a exposta pela UNESCO em seu *Core Curriculum* de Bioética, que defende o conceito da integridade pessoal como compreensão do paciente acerca de sua própria vida e doença, e como busca pelo exercício de seus interesses conforme o seu livre-arbítrio (189). É a partir desta reflexão que se insere a busca pela resistência à exploração do corpo vulnerável e à ofensa em sua integridade, o que determina a tentativa de amenização dos efeitos de danos e desvantagens impostas pelas circunstâncias pessoais (188). Neste sentido, estas circunstâncias podem compor as situações sociais diversas de vulnerabilidade e incapacidades de autodeterminação, bem como as diferenciações entre estes sujeitos no mundo, segundo suas singularidades e inteirezas.

E novamente situando estas diferenciações na ordem da fala, segundo as relações de poder fundamentadas na perspectiva foucaultiana (190), observa-se que o fato de alguém portar um conhecimento - o saber - elege este alguém à condição de poder em um dado meio que assim o reconhece (190). Neste sentido, observa-se que não se conhecendo o conteúdo a respeito de um tema presente no diálogo, mais vulnerável se é por não se portar o poder do saber, o que majora a possibilidade de desrespeito à integridade do sujeito.

Neste ponto importa retomar a discussão sobre a limitação à liberdade do indivíduo incapaz de dizer “não”. É que ao pensar-se a liberdade de decidir como consequência de um saber anteriormente conquistado, observa-se que verdadeiramente capaz de decidir pelo “sim” ou pelo “não” é o sujeito livre da ignorância e empoderado pelo saber, visto como um pressuposto para a decisão livre. Esta reflexão se faz necessária na medida em que se depreende que as possíveis ofensas à integridade individual de pessoas especialmente vulneráveis dão-se potencialmente em relações assimétricas pelo poder.

3.1.3 Poder e vulnerabilidade na prática clínica

Segundo Hannah Arendt, “o único fator indispensável para a geração de poder é a convivência entre os homens” (137), o que traz para a ordem do cotidiano os riscos da manutenção ou majoração da vulnerabilidade social a partir da conservação das relações historicamente consideradas assimétricas. Tal como visto anteriormente, a continuidade do desconhecimento sobre determinada situação em saúde é elemento limitante da liberdade, portanto, da autonomia da vontade do paciente. E na medida em que saber é poder, a ausência do saber na prática da relação entre médicos e pacientes promove a continuidade da vulnerabilização.

Em sua obra “A República”, Platão enuncia a percepção da condição de poder do médico desde a filosofia antiga, século IV a.C. Em um diálogo entre Sócrates e Polemarco o primeiro pergunta: “E agora quem é mais capaz de fazer bem a amigos doentes e mal a inimigos, em questões de doença e de saúde?” (140) obtendo a resposta firme e direta, do segundo: “O médico” (140).

De fato, pode-se afirmar ser, em geral, a relação entre médicos e pacientes assimétrica, tanto no que se refere ao conhecimento portado, quanto ao domínio da situação vivida (3). Isto pode ser verificado no decurso do tempo através da presença de poderes médicos diversos, que “se sobrepujam ao desconhecimento técnico dos pacientes acerca da medicina, ora circunstanciado em poder mágico, ora em poder religioso, ora em poder cognitivo, tecnológico, científico e por fim também em biotecnológico após meados do século XX” (3).

Ainda nesta direção, foi no século XVII que Jean-Baptiste Poquelin, conhecido por seu pseudônimo Molière, escreveu, na obra “O doente imaginário”, uma sátira ao poder da medicina instituído na personagem do Dr. Purgon, que representa a revolta deste médico que ao ser desafiado em suas prescrições, entregou o paciente Argan às intempéries da doença (191).

Guardadas as proporções e afastados os exageros próprios à sátira, é pertinente afirmar-se a existência de uma possível percepção médica de receio frente ao pretense enfrentamento pelo paciente que busca empoderar-se com conhecimentos prévios ao atendimento. Um exemplo é a pesquisa à *Internet* seguida de questionamentos capazes de enfrentar um diagnóstico médico ou uma proposta

de tratamento deste profissional, que embora tenha um “potencial ‘iatrogênico’”³⁷ (192), não deixa de representar um enfrentamento do saber poderoso. Uma pesquisa analisou a percepção médica a respeito do uso da Internet por pacientes e sua capacidade de interferir na relação médico-paciente, e concluiu que, para os médicos, a “Internet ajuda na relação médico-paciente em 56,9% dos casos, atrapalha em 15,5% e não interfere em 27,6%”. (193) Deve, o médico, entregar o paciente questionador às intempéries da doença, ou oportunizar este início de investigação para tecer esclarecimentos médicos ao paciente vulnerabilizado pela doença?

A circunstância de doença, situada no sentido característico na vulnerabilidade, traz ao paciente a condição de assimetria na relação vivenciada com o médico e o seu poder, especialmente por se ter a percepção da doença como uma cidadania mais onerosa (194), ou como um instrumento da vida que obriga ao sujeito o reconhecimento de sua finitude (195). Somando-se a este fato há o que já se discutiu sobre a afirmação foucaultiana a respeito dos médicos, como portadores do “estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro” (190) na sociedade. Foucault refere-se, desta forma, à sobreposição de poder das assertivas emanadas por médicos, que são transformadas em verdades para a vida social sob a forma de discurso intelectual inicialmente inquestionável.

Portanto, empoderar-se pelo saber pode significar ao sujeito o alcance do conhecimento abordado no diálogo estabelecido com um outro, ou seja, no tema aqui estudado, a libertação da ignorância pelo não saber em uma relação no campo da saúde. Isto porque, mergulhado em um diálogo cujo conteúdo não domina, restaria ao indivíduo ou conformar-se com a sua vulnerabilidade diante de um discurso que tem dificuldade em se apropriar, ou inconformar-se, lutando pelo seu ingresso efetivo no diálogo, recusando-se a atuar apenas na condição de ouvinte paciente.

3.2 A PERSPECTIVA INTERSUBJETIVA

Em que pese trazer em sua origem a perspectiva coletiva, a BI desenvolve traço teórico significativo no âmbito relacional entre sujeitos, mantendo, contudo,

³⁷ Pensa-se o termo “iatrogênico” como posto por analogia, visto que apenas é possível identifica-lo quanto efetivamente praticada uma conduta por profissional médico.

ênfase na atenção às relações de poder porventura presentes. Para tanto, consubstancia a sua perspectiva no destaque à percepção de vulnerabilidade, tal como referido nos tópicos anteriores, apresentada através dos discursos intersubjetivos.

Desta maneira, após a abordagem dos poderes e das vulnerabilidades – que impedem a simetralização das relações -, pretende discutir a inclusão social (196) dos sujeitos excluídos dos discursos. Para tanto, a BI propõe e desenvolve três noções teóricas, consideradas recorrentes (196), a fim de que componham uma tentativa de modificação de contexto nas relações assimétricas, em busca da restauração ou construção de simetria ainda não havida.

São elas a *libertação*, o *empoderamento* e a *emancipação* (196). Diante do cenário judicializador na relação médico-paciente, a proposta a ser trabalhada nesta reflexão é compreender tais noções e pensá-las criticamente enquanto noções a serem aplicadas nos âmbitos conciliatórios processuais civis, apresentando-as como potencialmente modificadoras dos contextos e usos de poderes percebidos.

É imperioso ressaltar que, originalmente, no texto em que discute as categorias que sinalizou para a abordagem da inclusão social, Garrafa (196) constrói as suas disposições de análise com a colocação inicial da categoria “empoderamento”, em seguida a “libertação” e, por fim, a “emancipação”. Para o autor, “a ideia de libertação implica em mais do que o simples reconhecimento da existência do poder” (197) e “Emancipação significa alforria, independência, liberdade, o caminhar que se inicia com a libertação” (198), colocações que revelam sua justificativa quanto à ordem de apresentação.

Entretanto, não aponta esta ordem como estanque, e mostra tanto as suas concomitantes presenças em alguns contextos complexos, como o dos países em desenvolvimento, quanto a modificação de suas ordens de apresentação quanto afirma, por exemplo, que a categoria “emancipação” serve à BI para “direcionar a luta pela libertação” (198), o que inverteria a disposição, pondo a libertação como propósito, como fim, decorrente do empoderamento.

De todo o modo, o autor mostra-se atento a explicar o significado das expressões que escolheu - e que apontou como recorrentes e capazes de embasar o debate sobre inclusão social conforme uma reflexão bioética -, e, ainda, justifica estas expressões trazendo as suas sustentações argumentativas. (196) Aponta, ainda, a

possibilidade de qualquer uma das três expressões auxiliar na compreensão da pretensão da teoria:

De qualquer modo, creio que qualquer uma das três expressões – empoderamento, libertação e emancipação - embora com conotações diferentes, auxiliam à compreensão do fenômeno de inclusão social como um processo dinâmico que necessita ser construído e levado à prática, objetivando a conquista da verdadeira justiça social em saúde. (198)

Na presente tese, a disposição se inicia com a explanação a respeito da libertação, seguindo-se ao empoderamento e, depois, à emancipação, mantendo, contudo, o raciocínio lógico apontado pelo autor. A justificativa para esta apresentação parte do raciocínio foucaultiano desenvolvido inicialmente, de que o poder está ligado ao saber (37), este que, segundo Paulo Freire, apresenta-se como pretensão de um processo educador capaz de promover a libertação (199).

Portanto, ao compreender o raciocínio desenvolvido por Paulo Freire para explicar o processo de libertação (199), torna-se facilitada a compreensão, realizada em seguida, de que o empoderamento participa desta luta, sendo ele um meio para o fim maior. Neste sentido, estas duas categorias, a libertação e o empoderamento, dialogam entre si, justificando-se serem trabalhadas contínua e concomitantemente. E por compreender ser possível pensar-se a emancipação como o estado do conhecedor liberto, esta categoria será, a seguir, trabalhada.

3.2.1 Diálogos entre a libertação e o empoderamento

A ideia de libertação, desenvolvida pelo educador e filósofo brasileiro Paulo Freire, parte da percepção de existência de relações não equânimes quanto aos usos dos saberes e poderes, compreendendo haver socialmente contextos que apresentam diálogos entre “oprimidos” e “opressores” (199). Desenvolvida com maior ênfase na obra “Pedagogia do Oprimido” (199), esta teoria freiriana apresenta, portanto, reflexões que estimulam o despertar para a atenção frente aos interesses hegemônicos que pretendem a manutenção destas assimetrias, bem como traz propostas de modificação dos contextos a partir de seu método para o ensino dos

saberes, que se dá por meio do uso dos próprios mundos vividos e vocabulários dos oprimidos.

É a partir desta perspectiva que a BI discute a libertação, e que esta tese propõe a sua observância como um dos elementos de análise no âmbito intersubjetivo das relações entre médicos e pacientes³⁸. Para uma abordagem que propõe a reflexão, e partindo da perspectiva de que o poder é derivado do saber, que está em uma ordem de superioridade, apenas a título de percepção inicial do contexto, pode-se pensar o enquadramento do paciente na condição do oprimido, e do médico na condição do opressor, sem cunho valorativo como “bons” ou “maus”, “certos” ou “errados”. De outro modo, pode-se compreender também outros enquadramentos, inversos, em que médicos são oprimidos - por exemplo, em serviços públicos desaparelhados, com ambientes inadequados ao desenvolvimento de uma relação médico-paciente equilibrada - o que, portanto, dependerá dos contextos apresentados para uma identificação.

Assim, tal como já foi anteriormente visto, é possível ver-se tanto médicos quanto pacientes adotando posições de vulnerabilidade a depender das conjunturas e dos pontos de vista abordados. Esta questão se apresenta, também, diante da possibilidade de assunção do papel de opressores por outros atores sociais, como algumas instituições hospitalares em discussões sobre remunerações ou disponibilização de meios e condições dignas de trabalho médico, como foi registrado acima.

A título de exemplo, para uma rápida compreensão desta ressalva, note-se a pressão pelo êxito nas atividades vivenciada por médicos em seus cotidianos, por estruturas institucionais favoráveis ao exercício de trabalho digno. Sobre esta questão, pode-se apontar problemas relativos às remunerações médicas. Ainda em novembro de 2016 foi noticiado um impasse institucional que, judicializado, obrigou liminarmente médicos a manter atividades profissionais em que pese a manutenção do atraso de pagamento de salários por meses. Em protesto, uma médica iniciou greve de fome, o que foi amplamente noticiado:

Uma médica da Santa Casa de Palmital (SP) entrou em greve de fome no domingo (20) pedindo que uma liminar da Justiça seja revogada. A Santa Casa de Palmital conseguiu uma liminar na Justiça que obriga os médicos especialistas a voltar ao trabalho. Os profissionais abandonaram o serviço

³⁸ Esta proposta será retomada na abordagem seguinte, a respeito do estímulo às conciliações nos conflitos judicializados.

alegando que estão com os salários atrasados, mas já retornaram às atividades. A Santa Casa disse, em nota, que não paga os salários porque a prefeitura atrasou os repasses. Já a prefeitura informou que vai tentar regularizar o salário dos funcionários até dezembro. Em um vídeo postado pela médica em uma rede social com mais de 20 mil visualizações, ela explica o motivo da greve. “Eu não vou comer absolutamente nada até que a liminar expedida pelo juiz da comarca de Palmital seja revogada. Uma liminar que obriga a mim e mais seis colegas médicos a continuar a trabalhar de graça”, reclama a anestesista Elisangela Siveiro.” (200)

Portanto, note-se a vulnerabilidade também vivenciada por profissionais médicos, neste caso em uma relação de trabalho, ratificada por discurso coator do poder judiciário. Assim, esta caracterização em “oprimidos” e “opressores”, no que concerne à relação entre médicos e pacientes, não se apresenta como estanque, sendo possível vislumbrar elementos e espaços de opressão a ambos. Já em fins do século XX, inclusive, esta questão já se apresentava claramente no Brasil, tal como dispôs a obra “Os médicos no Brasil: um retrato da realidade” (109), fruto de uma ampla pesquisa, em que se abordou, dentre outras questões, as condições de trabalho médico:

Consideremos, então, como os médicos se referiram a um dos aspectos essenciais de sua profissão - lidar com a vida e a morte de terceiros como ator principal numa situação concreta. A noção de responsabilidade pela vida do paciente, a permanente necessidade de decidir sobre a vida de outrem traz conseqüências paradoxais: por um lado, o sentimento de fazer parte de uma 'casta de eleitos', que tem poder sobre outra pessoa, e de ser o profissional central do sistema de saúde, o que, em geral, satisfaz o médico; por outro, esta mesma imagem o expõe a críticas e a acusações pelo não-funcionamento dessa engrenagem, o que o torna vulnerável num contexto desfavorável, como é o sistema de saúde brasileiro. (201)

Afora isto, o próprio contexto judicializador, com as ameaças constantes de proposituras de demandas judiciais – por vezes veladas, por vezes externadas - pode importar em forte opressão à atividade médica. Mais do que foi discutido em capítulo anterior, em que o “poder” judiciário substitui o “poder” popular e enfrenta o “poder” da medicina, o contexto judicializador é capaz de importar em opressão, quando excessivo, ameaçador³⁹. É capaz de transformar, inclusive, a própria conduta médica que, diante do receio frente ao judiciário e suas possíveis condenações desproporcionais⁴⁰, passa a questionar se não deve, portanto, “proteger-se” com um exercício defensivo da medicina (103), tal como discutido em capítulo anterior.

³⁹ Sobre esta perspectiva de ameaça há o comportamento médico de prática da “medicina defensiva”, anteriormente discutida.

⁴⁰ Especialmente quando determina condenações vultuosas ou despropositadas, em situações em que efetivamente não ocorreram erros médicos.

De todo o modo, independentemente da caracterização específica de oprimidos aos médicos ou pacientes nos casos concretos, mantém-se a proposta de aplicabilidade da teoria freiriana, sobretudo para uma posterior observância pontual, com o propósito de pensamento e aplicabilidade de sua proposta para a modificação de contextos assimétricos⁴¹. A leitura do contexto é o que irá importar à análise do caso concreto, de maneira que poderão ser identificados, ambos os sujeitos, como oprimidos ou opressores em relação a algum outro sujeito. Assim, para a relação entre médico e paciente a ser analisada em uma específica situação, poder-se-á identificar a conjuntura e partir para segundos passos numa tentativa de simetralização dos discursos.

Além disso, ambos devem ser libertados de si mesmos. Segundo Freire (199), há uma “contradição opressores-oprimidos” a ser superada, alcançando-se a libertação de ambos. É que, conforme afirma, tendo em vista as construções sociais de papéis, os oprimidos tendem a compreender a existência apenas como aquela concernente à condição de opressores, passando a desejá-la, tendendo a querer transformar estes, em uma estrutura cíclica. Ele afirma: “E aí está a grande tarefa humanista e histórica dos oprimidos: libertar-se a si e aos opressores” (202).

Esta perspectiva, que soa enquanto desafiadora, ainda compreende que, se emanada do opressor, a tentativa de libertação do oprimido não passará de demonstração de falsa generosidade (202), aquela que auxilia pontual e temporariamente, entretanto sem qualquer possibilidade real de modificação do contexto assimétrico. Isto porque, segundo a abordagem freiriana, há necessidade de desconstrução da opressão e construção da liberdade *com* o oprimido e não *para* o oprimido, o que supõe uma inclusão deste, para que ambos estejam engajados na luta pela libertação. (203)

Freire explica ser significativo no processo de libertação que ambos, oprimidos e opressores, descubram-se como sujeitos postos nestes papéis para que, em sequência, possam pensar e modificar os seus contextos. Sobre os opressores Freire afirma:

Descobrir-se na condição de opressor, mesmo que sofra por este fato, não é ainda solidarizar-se com os oprimidos. Solidarizar-se com estes é algo mais que prestar assistência a trinta ou a cem, mantendo-se atados, contudo, à mesma posição de dependência. Solidarizar-se não é ter a consciência de que explora e “racionalizar” sua culpa paternalisticamente. A solidariedade,

⁴¹ O que será retomado no último capítulo, como proposta para a conciliação em demandas judiciais.

exigindo de quem se solidariza que “assuma” a situação de com quem se solidarizou, é uma atitude radical. (204)

Ambos: esta é a perspectiva pedagógica, de maneira que tanto o opressor estaria disposto a efetivamente lutar, quanto o oprimido a libertar-se sem desejar tornar-se opressor. Neste sentido, Freire reitera que, enquanto o oprimido for “hospedeiro” do opressor, portanto, enquanto o tiver como exemplo, em seu desejo de existência, não poderá contribuir na modificação do contexto vivido, não alcançando uma participação na proposta da pedagogia libertadora: “Enquanto vivam a dualidade na qual ser é parecer e parecer é parecer com o opressor, é impossível fazê-lo” (203).

Importante frisar que participa da conjuntura de opressão o fato de incutir na mentalidade oprimida a ideia de inelutabilidade frente ao contexto, provinda de uma “cultura do silêncio” (205), o que representa mais um desafio a ser superado, na medida em que significa um possível desestímulo à luta pela simetralização, portanto, pela libertação de ambos, oprimidos e opressores.

Retomando, então, a perspectiva de conformação do binômio paciente-oprimido e médico-opressor, note-se a importância das descobertas dos sujeitos a respeito de suas condições de oprimidos e opressores. É fundamental ao seguinte desenvolvimento da luta *com*. E no âmbito propositivo desta tese, compreende-se que é um imperioso passo para a posterior tentativa de simetralização dos discursos em uma tentativa de diálogo na relação e possível mediação em demanda judicial.

Importante frisar que Freire explica, ainda, haver um “medo da liberdade” (206), visto que as condutas dos oprimidos restariam sempre, e anteriormente, “prescritas” por determinações dos opressores, ou seja, preenchidas com ideias preestabelecidas, construídas por outros, inclusive de forma implícita. Esta conjuntura mostra que decisões provindas dos oprimidos podem não ser efetivamente suas, e passar a ter as suas implicaria, a princípio, em uma insegurança por eles sentida. Significa dizer que, aos oprimidos, libertar-se implicaria viver um inicial “vazio”, que seria preenchido conforme se dessem os seus efetivos exercícios de autonomias, decisões estas então sob suas responsabilidades. Daí o medo desta liberdade, por vezes ainda não experienciada em algumas áreas da vida.

Haveria, neste raciocínio, uma dificuldade em assumir responsabilidades, em caso de manterem-se apenas na posição de cumpridores de prescrições, sem a assunção de protagonismo junto aos médicos. As assunções de responsabilidade por

seus tratamentos adviriam, portanto, do exercício de suas autonomias, que pressuporiam as suas liberdades, sem o medo de exercê-las, acreditando, inclusive, em suas capacidades de exercê-las. Neste sentido está posto o “Princípio da Autonomia e Responsabilidade Individual” (1) na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em especial quando registra a necessidade dos indivíduos, que deverão ser respeitados em suas autonomias, de também respeitar as autonomias dos demais.

Assim, apenas a possível assunção de responsabilidade a respeito de um ato imputaria este ato ao seu praticante, antes oprimido, então agora livre. Pensando a relação médico-paciente neste cenário, é possível a analogia à circunstância em que aos pacientes é angustiante a tomada de decisão em um âmbito que, até então, não os tem como libertos, pelos seus poucos saberes naquela área técnica. Estariam eles oprimidos pelas suas ignorâncias quanto à técnica médica, um acréscimo às suas vulnerabilidades já tidas pelas suas condições de doentes.

Portanto, é necessário o estímulo à prática de autonomia dos pacientes, a partir da assunção de suas responsabilidades. Contudo, esta discussão sobre exercício de liberdade com assunção de responsabilidade não deve ser assemelhada à total retirada do papel do médico nos momentos em que os esclarecimentos são efetuados e as decisões são tomadas em saúde pelos pacientes, de forma que, se assim fosse, este perfil poderia refletir uma postura contratualista estrita, verificada em contextos estadunidenses, entretanto não condizentes com a perspectiva brasileira de cuidados em saúde.

A valorização da liberdade do paciente em decidir, logo, não implica em deixá-lo à sorte de seus anseios. Assim, em que pese o direito de decidir livremente, este não deve ser fundamento para a desresponsabilização do profissional médico quanto ao seu atuar na tentativa de redução da vulnerabilidade. Deve participar, por exemplo, de todas as etapas de possível obtenção do consentimento informado, que vão desde a primeira informação, ao cuidado em esclarecer as informações com vocabulário próprio ao paciente, devendo, o médico, manter-se à disposição do paciente para elucidar tudo o que se fizer necessário, em um ambiente livre para o consentimento relacionado com a realização de procedimento ou tratamento.

A BI traz, também, a noção de “empoderamento”, que dialoga com a ideia de “libertação”. Para tanto, parte dos escritos de Amartya Sen, economista indiano que pensa o empoderamento a partir do desenvolvimento econômico e social,

considerando a liberdade um elemento constitutivo básico aos indivíduos (207); e aproxima-se, mais uma vez, dos ensinamentos de Paulo Freire, que aborda o “*empowerment*” na obra “Medo e Ousadia” (208), em que dialoga com Ira Shor.

Conforme explica em sua obra “Desenvolvimento como liberdade” (207), Sen pensa a liberdade como advinda tanto de “*processos* que permitem a liberdade de ações e decisões” (209) quanto de “*oportunidades* reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais” (209), ambos igualmente importantes, devendo ser trabalhados concomitantemente. Para Sen, as privações que restringem a vida social e política devem ser consideradas repressivas, e podem surgir de “*processos*” inadequados, como a não efetivação de direitos humanos, ou de “*oportunidades*” inadequadas, como a ausência de meios elementares à sobrevivência digna (209). Assim, estes processos e oportunidades estariam ligados à ideia de respeito ao fundamento dos direitos humanos, qual seja a dignidade humana, tornando possível a reflexão de que o desenvolvimento de uma sociedade está ligado à sua libertação de circunstâncias repressivas.

Somada a estas ideias, Sen também aborda a necessidade de expansão das “capacidades” dos indivíduos de viver conforme o tipo de vida que valorizam, o que pode ser propiciado por políticas públicas, sobretudo quando influenciadas, efetivamente, pelas capacidades participativas do povo (209). Neste sentido, para o autor, esta é uma “relação de mão dupla” fundamental para a teorização que apresenta em sua obra (209). Esta relação assemelha-se ao binômio apresentado pela teoria freiriana oprimido-opressor, em que há a necessidade do opressor em lutar *com* o oprimido e não *para* o oprimido, e o papel do oprimido na libertação de ambos.

Este papel no exercício da libertação, portanto, é proporcionado pela realização de ações que buscam concretizar direitos, sendo importante a participação dos próprios sujeitos a que se destinam. Para tanto é necessário criar uma estrutura favorável. Isto porque, segundo Sen, considerar a liberdade é crucial, e está posta na ordem de um “determinante principal da iniciativa individual” (210). Assim, a partir das concretizações é possível o desenvolvimento de outras práticas. Sen explica: “Ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento” (210).

A ideia defendida por Sen de melhora de potencial do indivíduo por meio da sua liberdade é acrescida da perspectiva socioeconômica, especialmente para afirmar que a pobreza pode significar uma privação de capacidades básicas. Para ele o

desemprego, por exemplo, “é também uma fonte de efeitos debilitadores muito abrangentes sobre a liberdade, a iniciativa, e as habilidades dos indivíduos” (211) o que acarreta, dentre outras coisas, a perda de autonomia e de autoconfiança. (211)

Neste contexto, e pensando no acréscimo da assimetria na relação entre médicos e pacientes pela pouca autoconfiança de pacientes expostos à não efetivação dos direitos humanos, é possível sinalizar novamente a reflexão sobre a “vulnerabilidade social”, para reforçar a sua influência na autodeterminação dos sujeitos (182), especialmente quando expostos a uma conjuntura de desproteção, desamparo e desfavorecimento tendo em vista a exclusão social (182), capaz de tonificar, ainda, a já mencionada “cultura do silêncio” (205) imposta aos desempoderados. Esta perspectiva entrelaça-se com o abordado anteriormente nesta tese, especialmente quanto à reflexão trazida por Comte-Sponville (212), sobre o esvaziamento da força do povo, tendo em vista a pouca concretização cotidiana de seus direitos. Portanto, à medida em que pouco estão efetivados o direito à saúde, à igualdade, ao acesso à informação, à propriedade, à segurança, à vida, maior se verifica a vulnerabilidade social (87).

Retomando a perspectiva desta tese, de que a simetralização dos sujeitos pode estar posta também na ordem do discurso, a ideia da cultura do silêncio apresenta-se como elemento limitador, visto que o silêncio restaria praticado pelo sujeito que, consciente ou inconscientemente, não se considera apto ou não considera possuir meios para estabelecer um discurso diante daquele para quem pensa ou pretende discursar. Segundo Freire, o poder inibidor presente nesta cultura do silêncio apenas se esgotaria caso novas relações humanas, construídas em uma nova estrutura e realidade, fossem capazes de desenvolver um comportamento oposto ao anterior. (205) Seria esta, portanto, uma estrutura baseada num processo de libertação, da qual faz parte a busca pelo empoderamento dos sujeitos a partir de instrumentos a serem estabelecidos a depender dos contextos em que se pretende a construção de uma nova realidade.⁴²

É dialogando com Ira Shor que Paulo Freire aborda o *empowerment*, expressão mantida em sua originalidade, segundo eles, tendo em vista a riqueza da palavra, “que

⁴² Pensando nos conflitos advindos da relação médico-paciente, a busca destes instrumentos a serem aplicados nos âmbitos conciliatórios processuais civis são propostas desta tese, a serem trabalhados no quarto capítulo, em que se pretende pensar e apresentar o papel da BI como potencialmente modificadora do contexto.

significa A) dar poder a, B) ativar a potencialidade criativa, C) desenvolver a potencialidade criativa do sujeito, D) dinamizar a potencialidade do sujeito” (213). Na obra, ambos dialogam sobre educação e os processos de ensino, trazendo o *empowerment* como um tema abordado na sociedade americana.

Trata-se de uma expressão que, para Freire, traz preocupações caso aplicada de maneira acrítica, quando posta como solução para os problemas sem, contudo, significar uma modificação profunda no processo de libertação do sujeito. Freire tece suas críticas quando o *empowerment* é visto como uma “prática que ativa a potencialidade criativa dos alunos” (214), sem, na verdade, tornar o sujeito apto a promover transformações. Para ele, na perspectiva individualista do contexto que originou o termo, o *empowerment* seria apenas um processo a caminho da transformação social, entretanto insuficiente, sendo arriscada a sua colocação como solução. Em diálogo com Freire, e após a explanação desta preocupação, Ira Shor pergunta:

Você se preocupa com o fato de que *empowerment* nos dá uma saída muito fácil? Que nos leva a pensar que o professor é uma espécie de acendedor de lampiões? Entra numa sala de aula, ilumina, como se acendesse um interruptor de luz, e depois sai, missão cumprida. E vai para a próxima aula, onde, mais uma vez, acende algumas lâmpadas, e chama isso de *empowerment*. (214)

Pelo que Freire responde:

Creio que você compreende o que sinto. Pode fazer com que a situação pareça muito fácil, quando não é. [...] O que quero dizer é que esse nível de autonomia não é suficiente para torná-los aptos a efetuar as transformações políticas radicais necessárias à sociedade brasileira. (214)

Para Freire, portanto, não é possível uma perspectiva individual de “autoemancipação” ou uma “autolibertação”, de maneira que acredita ser, a libertação, um ato social, coletivo. Neste sentido, não bastariam os “acenderes dos lampiões”, dos oprimidos não iluminados pelo conhecimento, o que, em si, já não seria uma tarefa fácil, além de não ser eficaz. Assim, a proposta de Freire, em sequência, é a construção da ideia de um *empowerment* de classe social:

A questão do *empowerment* da classe social envolve a questão de como a classe trabalhadora, através de suas próprias experiências, sua própria construção de cultura, se empenha na obtenção do poder político. Isto faz do *empowerment* muito mais do que um invento individual ou psicológico. Indica um processo político das classes dominadas que buscam a própria liberdade

da dominação, um longo processo histórico de que a educação é uma frente de luta. (215)

Sendo assim, pode-se pensar o empoderamento como categoria que dialoga com a libertação, posta como o exercício de liberdade dos sujeitos advinda da concretização de direitos sociais, a partir de lutas sociais e de um processo de educação que parte da própria realidade destes mesmos sujeitos. Seria, assim, um processo vivenciado e desencadeado pela classe dominada que, em sua luta, teria a educação como alicerce desencadeador.

Esta reflexão sugere que o empoderamento é um passo inicial, para seguir-se à libertação. Um processo anterior, necessário, e que faz uso do conhecimento como ferramenta que, absorvida, é capaz de empoderar. Assim, retomando a argumentação de Garrafa (216), de que a libertação implica em algo mais que o reconhecimento do poder, vale ressaltar que o autor, citando Freire, direciona a reflexão para o fato de que a libertação “aponta para o *locus* aonde se instalam as forças capazes de obrigar à sujeição, e à fragilidade, manifesta na incapacidade de desvencilhar-se da submissão.” (217)

Retorna-se, portanto, à perspectiva foucaultiana de ligação entre o poder e o saber, e, ainda, à perspectiva sponvilliana de uso da força popular como força maior, em uma luta pela concretização de direitos, ambas trabalhadas no primeiro capítulo. Força esta que, sem a concretização de direitos resta apagada, tomando-se como solução a busca pelo poder judiciário como substitutivo de um contexto a respeito do qual considera-se não haver meios de modificação entre os sujeitos, por meio do diálogo.

3.2.2 A tentativa de *emancipação* – o estado do conhecedor liberto

Ao considerar a libertação um passo à frente do processo de empoderamento, Garrafa explica que a “categoria libertação desvela as posições de poder e permite pressupor uma tomada de posição no jogo de forças pela inclusão social” (217). Esta tomada de posição, como sequência, situa-se na ordem da terceira categoria trabalhada pela BI, a “emancipação”, que, segundo o mesmo autor, significa independência, iniciada com a libertação (218).

Trata-se de uma condição que pode implicar em “eximir do pátrio poder ou da tutela” (219), perspectiva esta que, independentemente da abordagem conforme o sentido jurídico⁴³ (90), denota a percepção de um sujeito que, agora, tem poder sobre si mesmo, se autodetermina, e domina suas escolhas:

Só é emancipado aquele que suprimiu sua dependência, que alcançou o domínio sobre si mesmo e pode garantir não apenas a sobrevivência, mas suas escolhas frente aos meios de alcançar essa sobrevivência. O poder sobre si mesmo é o que outorga a emancipação, tornando a pessoa imune às forças que buscam sua sujeição. Portanto, suprimir a dependência é pré-condição para a emancipação, e isso vale tanto para a pessoa quanto para o Estado. (220)

Desta forma, “emancipação” pode ser compreendida nesta tese como uma categoria da BI posta em sequência ao estado de absorção do conhecimento, possibilitado por um processo de libertação pelo saber e luta por direitos sociais, em uma perspectiva coletiva, capaz de se refletir no âmbito individual do sujeito empoderado, que então domina a si mesmo, e que pensa por si mesmo.

A respeito deste “pensar por si mesmo”, é possível uma breve analogia ao que reflete Schopenhauer, quando critica o pensamento provindo de leituras contínuas, excessivas, em detrimento dos pensamentos desenvolvidos pelo próprio sujeito. Para o filósofo, a demasia de leituras, quando substitutiva da prática do pensamento por si, “tira do espírito toda a elasticidade, da mesma maneira que uma pressão contínua tira a elasticidade de uma mola” (221). Igualmente, esta substituição apresenta-se como “um modo de deixar que seus pensamentos sejam conduzidos em andadeiras por outra pessoa” (222), de maneira que implica na desvalorização do sujeito quanto a sua capacidade de refletir sobre algo, autonomamente.

Esta crítica defende, portanto, a necessária autonomia de pensamento do indivíduo diante do discurso do outro - neste caso, o discurso escrito - e compreende que sujeitos que continuamente carecem de argumentos externos para obter ideias – que, portanto, não são suas. Tais indivíduos não são “pensadores de força própria” (223), não constroem pensamentos próprios, necessitam e dependem da autoridade do discurso alheio para existir.

⁴³ Segundo o Código Civil brasileiro: “Art. 5o A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;” No mesmo sentido: “Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: [...] II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;”

Portando, ao refletir esta ideia na abordagem da BI, é possível o estabelecimento de uma comparação com a realidade de dependência de sujeitos vulneráveis perante a reflexão do outro, quando posta como verdade absoluta em detrimento da sua. Da mesma forma, esta circunstância se repete em caso de absorção acrítica da explanação do outro, mantendo-se o poder deste outro em seu discurso.

Na conjuntura de sua reflexão, Schopenhauer defende que a pessoa apenas deve realizar leituras quando a pretensão não for a de pensar com a mente alheia, e sim a de recorrer a uma fonte com a finalidade de regar a sua, que se apresenta seca, momentaneamente (223). Portanto, o diálogo com o discurso do outro deve se manter no âmbito do abastecimento de ideias, da alimentação crítica, sem, contudo, importar em substituição de pensamentos. É possível, assim, conhecer outras ideias ou até fortalecer os seus próprios pensamentos por meio delas. De tal modo, Schopenhauer afirma: “Quem pensa por si mesmo só chega a conhecer as autoridades que comprovam suas opiniões caso elas sirvam apenas para fortalecer seu pensamento próprio”. (224)

Refletindo a emancipação, a partir desta visão, nota-se então que se trata efetivamente de uma categoria que se apresenta como estágio posterior à libertação: a libertação da dependência do pensamento alheio. Isto ocorre, portanto, quando o sujeito, em que pese reconhecer a importância do diálogo e de conhecer outros pontos de vista, constrói e sustenta as suas próprias reflexões: “apenas por meio da combinação ampla do que se sabe, por meio da comparação de cada verdade com todas as outras, que uma pessoa se apropria de seu próprio saber e o domina” (224).

Neste sentido, pode-se dialogar com a colocação acerca do “domínio sobre si mesmo” realizada por Garrafa, visto que, para o autor, a possibilidade de dominar seus próprios pensamentos e agir conforme suas ideias caracteriza, assim, o sujeito emancipado.

Este sujeito se apresenta, portanto, imune às sujeições promovidas por forças alheias, tendo suprimida a sua dependência às imposições do pensamento do outro. Pode-se, nesta conjuntura, pensar o sujeito emancipado como aquele que alcançou o estado do conhecedor liberto: empoderado pelo saber, livre da autoridade do discurso alheio e capaz de elaborar os seus próprios pensamentos. É neste sentido, portanto, que esta tese passa a refletir possibilidade de libertação do sujeito em seu discurso, em detrimento de sua substituição em uma processo de judicialização excessiva.

4 A BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO NA BUSCA PELA REDUÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

Tendo em vista a norma constitucional brasileira, sabe-se que “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (87). Ou seja, preenchidos os requisitos processuais, ainda que apenas trate-se de circunstância posteriormente verificada como não apta a comprovar descumprimento de obrigação profissional médica, é dever do órgão judicial a apreciação da questão, de maneira a elucidar os fatos e analisar fundamentos jurídicos postulados. Conforme este raciocínio, o autor de uma demanda judicial, no presente caso, o paciente, ampara-se no poder judiciário em busca da restauração de direitos considerados maculados, e suscita acusações tendo por base certezas ou dúvidas que poderiam compor um processo de esclarecimento e provável consensualidade por via diversa aos caminhos da judicialização.

Este é o contexto do que se considera, neste estudo, a judicialização *excessiva*, em que se dá um persistente aumento de demandas judiciais propostas por pacientes contra médicos, evitáveis por meio distinto ao processo judicializador. Este contexto excessivo, contudo, é capaz de implicar no esgotamento da proposta constitucional de apreciação de lesão ou ameaça de direito, tendo em vista a consequente incapacidade do judiciário de absorver com a devida celeridade o crescente volume de pleitos (225). A morosidade percebida, assim, passou a contrariar fundamentos também consagrados no processo civil brasileiro, como os princípios da “brevidade” e da “utilidade”, que traziam a perspectiva de desenvolvimento do processo em menor tempo possível, com o cumprimento dos prazos adequadamente, tanto pelas partes quanto pelos julgadores (226).

Em contrapartida, as atuais normativas processuais civis (2), que passaram a vigor em março de 2016, pretenderam reforçar a possibilidade de modificação deste perfil, e buscar enaltecer a capacidade dos sujeitos em resolver conflitos por suas próprias razões e decisões, o que, conforme os estudos dispostos nesta tese, coaduna com a perspectiva da Bioética de Intervenção, de empoderamento dos

sujeitos em prol de suas participações nos processos de tomadas de decisão a respeito de suas questões individuais e coletivas (171), tal como se verá a seguir.

Esta ideia, ainda, dialoga com a proposta trazida pela Lei nº 13.140/15, que dispôs “sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” (227), portanto em um contexto prévio ao ingresso da demanda em juízo. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já vinha traçando esforços neste sentido, sobretudo a partir da edição da Resolução CNJ nº 125/10, que dispôs sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário” (228), portanto, concernentes aos processos já apresentados à esfera judicial, documentos estes que serão a seguir abordados.

Trata-se de uma proposta de modificação de perfil de enfrentamento dos litígios no Brasil, tanto extrajudicial quanto judicial, que se aproxima, ainda, ao movimento *Alternative Dispute Resolution – ADR*, iniciado nos Estados Unidos na década de 1970, surgido tendo em vista os custos crescentes e os atrasos cada vez mais inerentes aos processos judiciais (229). Segundo o CNJ, esta proposta brasileira tem buscado refletir “um movimento de consensualização do Poder Judiciário uma vez que passa a estabelecer a autocomposição como solução prioritária para os conflitos de interesse.” (230) E ainda constata: “Isso significa que o legislador crê que a maior parte dos conflitos pode ser resolvida por meios consensuais” (230).

Assim, é possível pensar-se na resolutividade de conflitos entre médicos e pacientes tanto no início de processos judiciais já instaurados, quanto em momentos imediatamente anteriores, tal como se dão as propostas extrajudiciais de consenso. Neste momento do estudo deve-se atentar, contudo, para uma questão: é que, segundo explanou-se no objetivo desta tese, a pesquisa remeteu-se ao primeiro momento de tentativa de autocomposição em um processo, ou seja, não pretendeu abordar, necessariamente, a perspectiva preventiva. Pretendeu abordar a primeira possibilidade de tentativa de acordo, em um momento cuja decisão ainda é efetivamente regida pela vontade e discurso das partes processuais, agora postos nas condições de “médicos réus” e “pacientes autores”.

Ou seja, na medida em que traz norma concernente à criação de Câmaras de mediação ou conciliação no âmbito da administração pública, parece fugir à pretensão, visto que anterior ao âmbito judicial. Entretanto, justifica-se a utilização e manutenção da Lei nº 13.140/15 e sua efetiva abordagem, tanto pelo seu caráter

conteudístico, que muito contribui para a percepção do que vem a ser compreendido nacionalmente como “autocomposição”, quanto pelo fato de que é capaz de produzir consensos e a conseguinte a redução efetiva da judicialização antes mesmo de sua concretização, tal como se poderá produzir em uma primeira audiência autocompositiva judicial. No primeiro caso haverá a redação de um acordo que terá força de título executivo extrajudicial e no segundo caso, título judicial, visto que homologado por juiz. As suas naturezas jurídicas diferem-se, entretanto, a consequência prática parece não destoar, de maneira que se apresentam, de todo o modo, como abordagens aproximadas por suas reais pretensões, compreendendo-se a estada de ambas as abordagens autocompositivas nesta tese.

É importante notar que, mesmo com os esforços institucionais e normativos, incitar a possibilidade de composição de conflitos por meio da própria autonomia das partes apresenta-se de um desafio, tendo em vista a presença das estruturas de poder havidas das relações e vulnerabilidades, conforme anteriormente analisado e ressaltado pelos estudos da Bioética de Intervenção. É o que Warat traz em sua explanação sobre as diferenças nas relações sociais, que devem ser compreendidas, embora, sem resignação:

Claro que, para existir autonomia e um recíproco reconhecimento das diferenças, é imprescindível renunciar ao mito de uma sociedade perfeita, na qual as relações sociais são pacíficas e transparentes, os conflitos e desigualdades sociais totalmente eliminados e os homens todos bons, fraternos e solidários. Para que exista autonomia e reconhecimento das diferenças, teremos que aceitar o caráter inacabado e indeterminável das relações sociais, dado que elas, em cada instante, se refazem de um modo imprevisível. Temos que nos aceitar como integrantes de uma sociedade produtora de discursos ambíguos, indeterminados, de uma sociedade que precisa assumir sua radical criatividade e o caráter indeterminado de sua história. Temos que nos aceitar formando parte de uma sociedade que deve deixar de lado seus medos frente às suas divisões e seus conflitos constituintes. (231)

Neste sentido, uma noção do real contexto social torna-se fundamental à conseguinte proposta de tentativa de sua modificação. Esta perspectiva real, acredita-se, é enfrentada pelos estudos da Bioética de Intervenção, que examina as relações intersubjetivas, percebe de maneira clara a compreensão freiriana sobre oprimidos e opressores, acredita que a ausência de concretização de direitos promove um distanciamento do que vem a ser a liberdade e o empoderamento do cidadão, e nota o quão ainda é uma pretensão futura o encontro do estágio de sujeito emancipado socialmente (169).

O que se pretende, neste último capítulo, neste contexto, é pensar em uma possível contribuição das perspectivas intersubjetivas trabalhadas pela Bioética de Intervenção em um significativo esforço a ser aplicado na atual conjuntura normativa judicial, propensa a possibilitar o abandono da ideia de substituição do poder popular pelo poder decisório dos juízes, a partir do enaltecimento da capacidade das partes de solucionarem, entre si, os seus próprios conflitos.

Para tanto, após a compreensão, desenvolvida nos capítulos anteriores, de hierarquização dos discursos em uma relação assimétrica, de compreensão do atual fenômeno judicializador, de entendimento do que vem a ser efetivamente erro médico, e do estudo da Bioética de Intervenção em sua perspectiva intersubjetiva, será realizada uma análise das propostas normativas atuais. Em seguida, uma compreensão de seus fundamentos, e o estabelecimento de críticas tendo em vista uma possível não observância normativa e institucional das peculiaridades dos conflitos advindos da relação assistencial aqui estudada, o que favorecerá uma noção particularizada do conflito.

Por fim, a título propositivo, este estudo promoverá um diálogo entre as lacunas observadas no território de análise jurídico-normativo e as possíveis contribuições da Bioética de Intervenção, enquanto teoria a ser aplicada e compreendida pelos atores envolvidos no cenário específico, bem como sugerirá a inclusão de conteúdos da BI na formação institucional de mediadores, com concomitante estímulo para a conformação de espaços institucionais específicos para solução de conflitos nesta relação assistencial.

4.1 NOVA PERSPECTIVA JUDICIAL CIVIL: AUTOCOMPOSIÇÃO

A facilitação da criação de contexto propício à resolução dos problemas entre as partes é considerada uma obrigação estatal pelas atuais normas processuais civil no Brasil: “§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (2). Trata-se do obrigatório estabelecimento de meios para a concretização do respeito à autonomia dos sujeitos em decidir, diversamente da entrega irrestrita de suas questões à resolutividade do judiciário. Trata-se de uma perspectiva que não se difere das propostas verificadas no âmbito dos estudos bioéticos dispostos nesta tese,

na medida em que também apresentam como essencial o respeito à capacidade dos sujeitos de se autogovernar, ainda que mantidos os cuidados diante de eventuais vulnerabilidades dos sujeitos.

Observe-se, neste sentido, que mesmo determinando o respeito à capacidade dos sujeitos de se autogovernar na solução dos litígios, a norma não permite ao Estado a sua desresponsabilização, obrigando-o à criação de uma conjuntura propícia a esta possibilidade, o que coaduna com a perspectiva político-social de bem-estar pretendida pela constituição brasileira, e a ideia de amparo aos vulneráveis, que se mantém protegidos pela tentativa de salvaguardo de seus direitos.

A atual legislação apresenta, neste sentido, meios que tanto favorecem a resolução consensual, quanto promove a ocorrência obrigatória do encontro de autores e réus propício a esta pretensão, apenas excetuando o encontro em caso de ambos declararem não haver interesse nesta tentativa. Isto porque o artigo 334 do CPC, § 4º determina: “A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual” (2).

Assim, havendo manifestação de apenas uma das partes contra a possibilidade de acordo, a audiência de tentativa de consenso será mantida, bem como a obrigatoriedade de comparecimento, de forma que a ausência ensejará penalização, prevista no mesmo artigo, em parágrafo diverso:

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.
(2)

Esta obrigatoriedade de presença ao momento de tentativa de consenso, contudo, pode ser observada tanto positivamente, como uma valorização da proposta de estímulo à modificação da cultura da litigância, quanto negativamente, enquanto possível afronta à autonomia dos sujeitos, ao serem obrigados a se expor à realização de um momento processual a respeito do qual podem discordar:

Certamente, surgirão vozes a defender que a manifestação de uma das partes já induzirá a inoportunidade da audiência no 334, em face do fortalecimento da autonomia privada das partes, no entanto tal interpretação somente será possível caso se vislumbre uma potencial inconstitucionalidade na exigência de dupla manifestação de vontades para o afastamento do ato processual, o que não conseguimos vislumbrar. (232)

De fato, esta tese considera que não há que se falar em desrespeito à autonomia em um contexto de, justamente, busca pela valorização dos sujeitos em se reconhecerem atores principais de seus próprios enredos, em uma proposta de modificação de cultura de litigância. Além disso, o estímulo à busca pela possível solução consensual, desta forma, está posto no âmbito do direito dos sujeitos em livremente resolver seus conflitos dirigidos ao Judiciário, o que caracteriza a chamada a autocomposição (233).

Ressalte-se, que, processualmente, a autocomposição tem a sua ocorrência estimulada antes mesmo que o réu ofereça qualquer peça formal de defesa. Evita-se, assim, a confirmação da ideia de oposição e continuidade da conflituosidade. Portanto, pretende-se que, antes mesmo de se completar o ciclo acusação-defesa, o cenário se dissolva em consenso, naquela perspectiva intersubjetiva, o que significa caminho pela redução da litigiosidade, em um cenário ampliado do problema.

Neste contexto, na autocomposição tem-se um estímulo à ideia de solução sem a intervenção do agente julgador (234), o que reforça o exercício do poder popular. Sobre o tema, Didier afirma:

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução de litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. (235)

Em contrariedade, mantendo-se a substituição deste poder pelo judiciário, a percepção é oposta e, portanto, tem-se a heterocomposição (236), que é o modelo tradicional de composição dos conflitos até então instalado no Brasil, e que se caracteriza pela prática de solução determinada pelo juiz⁴⁴.

Sobre estes modelos da autocomposição e heterocomposição, importante destacar algumas diferenças quanto à manutenção ou não do propósito de culpabilizar alguém e quanto à intencionalidade em encontrar soluções entre os sujeitos, tal como afirma o Conselho Nacional de Justiça:

Na autocomposição, frequentemente, não se pensa em quem está certo e quem está errado mas em como solucionar as questões e quais as melhores

⁴⁴ Ainda que se possa recorrer da sentença exarada pelo juiz, o âmbito decisional permanecerá sob a posse do poder judiciário, passando às figuras dos desembargadores dos Tribunais de Justiça ou dos ministros dos Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal.

formas de atender aos interesses dos envolvidos. Na heterocomposição, por sua vez, possui foco preponderante na culpa e, quando possível, na reparação ainda que esta venha ser pecuniária. (230)

A heretocomposição, logo, valoriza a manutenção do processo culpabilizador, em que se produz prova para, ao final, chegar-se a uma indenização pretendida, determinada pelo julgador, diferentemente da autocomposição, em que se pretende a resolução da questão entre as partes, com concessões mútuas em prol do acordo, obstando-se a continuidade do comportamento litigante. Nesta última, não há que se falar em imposição de acusação de erro ou de comportamentos mútuos cerrados ao diálogo, e sim do enaltecimento da intencionalidade em se encontrar soluções para o problema, o que pode ser considerado positivo a ser aplicado em um contexto conflituoso provindo de uma relação estabelecida na assistência em saúde, que tem o diálogo como inerente à sua estrutura.

Outra distinção abordada pelo Conselho Nacional de Justiça (237) a respeito destas duas formas de resolução de litígio observa uma perspectiva de humanização na autocomposição:

Na autocomposição, parte-se da premissa de que o centro do processo são as pessoas que o compõem. Desta forma se faz necessário atentar às necessidades materiais e processuais que os interessados têm ao se conduzir uma mediação ou uma conciliação. Na heterocomposição, por sua vez, há preocupação com a transparência do processo de forma que deve prevalecer a regra procedimental que tiver sido normatizada. (230)

Observe-se que, ao abordar as necessidades materiais ou processuais das partes, a proposta se aproxima da valorização da atenção às vulnerabilidades dos sujeitos, em quaisquer dos sentidos anteriormente estudados⁴⁵. Em especial, pode-se destacar uma aproximação à vulnerabilidade social, bastante valorizada pelos estudos da Bioética de Intervenção, sobretudo quando dificuldades relativas à instrução educacional ou socioeconômicas fazem parte da realidade de um dos sujeitos participantes da relação.

Igualmente, há uma preocupação do CNJ, inclusive, quanto à linguagem a ser utilizada no decurso da tentativa de consenso: “Como decorrência do uso pragmático do direito em processos consensuais, a linguagem e as regras na autocomposição

⁴⁵ Neste estudo, cuidou-se de conceituar a vulnerabilidade e seus sentidos ao início do terceiro capítulo, item 3.1.1.

são simplificadas para atender especificamente às necessidades e ao conforto dos usuários.” (230)

Pretende-se focar, de tal modo, no idôneo instrumento para a busca do consenso, que é o próprio estabelecimento do diálogo entre os sujeitos. Na aplicabilidade deste âmbito dialógico é que, possivelmente, está o desafio a ser discutido pelo campo propositivo deste estudo, tal como se verá a seguir.

4.1.1 Mediação como técnica entre partes com prévia relação

Devido ao estímulo à autocomposição, a proposta trazida pelo CNJ é a de enfrentar a judicialização excessiva, pacificar, solucionar e prevenir litígios (228). Para tanto, além da proposta normativa, é necessária criação institucional de meios, em especial a conformação de espaços ou circunstâncias apropriadas e a preparação dos atores no cenário (235) - inclusive para a atenção à aplicabilidade de noções teóricas como respeito à autonomia, às vulnerabilidades e percepção de relações de poder envolvidas nos contextos, próprias aos estudos em BI - e estabelecimento da melhor técnica para cada caso concreto.

O Código de Processo Civil brasileiro aduz, em seu artigo 334, que havendo o preenchimento dos requisitos essenciais da petição inicial apresentada pelo autor, haverá prontamente a designação de audiência de conciliação ou mediação nos prazos dispostos na norma (2). E, ao abordar a regência do procedimento adotado, o código afirma que atuarão necessariamente o conciliador ou o mediador na audiência específica para a busca pela resolutividade da questão, na localidade em que houver, ou nas audiências, no plural, visto que a norma prevê a possibilidade de ocorrência de mais de uma sessão para o fim de consenso, contanto que sejam necessárias ao alcance da pretensão, e não sejam intercaladas por período maior que dois meses. (87)

Isto significa que, não havendo estas figuras em determinadas localidades, apresenta-se um problema: quem conduziria seria o juiz. Esta é uma questão a ser enfrentada, pois além de sua figura possuir a representatividade direta do judiciário – o poder a que as partes, justamente, não pretendem fazer-se substituir – em caso de

não estabelecimento de acordo não deveria ser o mesmo ator a conduzir a demanda litigiosa processual (238) a seguir.

Isto porque, espera-se que a confidencialidade permeie o procedimento, não se devendo deixar questões tratadas neste momento reverberar, posteriormente, para o decurso do processo que poderá se seguir à frente. Assim, a possibilidade deste rompimento pode ser capaz de não permitir a conformação da atmosfera de confiança entre as partes, que poderão passar a resistir ao diálogo por receio de externalizar dados que poderão influenciar o julgador adiante (238). Estaria maculada, ainda, a perspectiva de informalidade, necessária à condução com naturalidade, e que propicia a ocorrência de explicações francas e contraposições livres das ideias (228). Mais uma vez a figura formal do juiz, enquanto ente togado julgador, teria influência.

Há, contudo, que se refletir sobre esta eventual ocorrência, tendo em vista a pouca estrutura do judiciário para a ampla formação de mediadores e conciliadores em todo o país, acreditando-se na possibilidade do juiz atuar neste âmbito, contanto que se mantenha consciente da influência que é capaz de exercer, minorando-a. No caso da relação entre médicos e pacientes, em que as relações de poder estabelecidas já apresentam-se de modo marcante, há que se fazer compreender, pelo magistrado, as peculiaridades intersubjetivas deste campo em que irá atuar como mediador. Sendo assim, há um significativo encargo para o juiz em compreender a delicadeza do contexto, e conduzir-se efetivamente em conformidade com o que preceituam as normas de mediação e conciliação ensinadas em cursos de formação específicos para este momento processual.

E, mesmo sob a regência do juiz, é preciso que se aclare, às partes, não haver qualquer propensão a julgamento ou retirada de seus poderes de decisão no processo consensualizador, o que faria cair por terra toda a proposta autocompositiva de empoderamento das partes e respeito às suas autonomias. Esta é uma pretensão de significativa dificuldade para ser posta em prática, e acréscimo de responsabilidade dos magistrados, que têm, sobre si, nestas conjunturas, a expectativa de que atuem em efetiva conformidade com a manutenção do direito das partes em consensuar ou não.

Numa pretensão ideal para a regra geral, a norma, então, traz a mediação e a conciliação como técnicas em destaque para a tentativa de alcance da solução consensual de conflitos, a serem praticadas por atores diversos dos juízes. Nos parágrafos 2º e 3º do artigo 165 o código conceitua e explica o que considera como

contexto preferencial para atuação dos atores “conciliador” e “mediador”, na localidade em que houver:

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Note-se que, como diferenças substanciais entre os institutos da conciliação e da mediação, estão duas: a existência ou inexistência de vínculo anterior; e o grau de interferência do sujeito facilitador da técnica. Destaque-se que os papéis do conciliador ou mediador são diversos do papel de agente decisional no processo, visto que se tratam de sujeitos que não possuirão, em quaisquer das técnicas, qualquer competência de decidir a ser suplantada das partes naquele momento processual.

O poder de decisão sobre os conflitos envolvidos é mantido nos âmbitos dos médicos e pacientes, até que decidam por consensuar – quando se terá uma decisão a ser homologada posteriormente por um juiz, apenas para fins de produção de efeito documental oponível juridicamente⁴⁶. Podem, de outro modo, resolver por darem sequência à demanda processual litigante, situação em que a figura do juiz passará a decidir efetivamente a questão em lugar das partes⁴⁷.

A respeito do vínculo enquanto elemento designador de melhor técnica, tem-se que, a partir da ideia de familiaridade entre sujeitos pode-se retomar questões dispostas nas entrelinhas, por vezes não aclaradas com objetividade, mas que serão trabalhadas pelo mediador na facilitação da solução do conflito (230). Afora isto, há peculiaridades concernentes à própria relação estabelecida, que devem ser levadas em consideração, tais como as especificidades de suas relações de poder verificadas – o que é fundamental para a aplicação da teoria bioética na condução do caso específico -, e o contexto em que se inserem.

⁴⁶ Efeito “erga omnes”, em latim, termo bastante utilizado no meio jurídico.

⁴⁷ Cumpre ressaltar que, mesmo ultrapassada esta fase processual, é dever do magistrado continuar a estimular a realização de acordos. Entretanto, este estudo não considerou abarcar estes outros momentos visto que realizou o seu recorte ao tempo do primeiro momento em que as partes podem vir a interromper a persistência da litigância entre si, ou seja, enquanto mantida a dimensão do problema sob o domínio decisional dos sujeitos, sem um terceiro interveniente a quem estariam submetidos ao julgamento.

Tomando a relação assistencial entre médicos e pacientes enquanto vínculo conformado anteriormente à propositura da demanda judicial, observa-se que se está diante de um cenário em que há prévia relação estabelecida, imersa em uma conjuntura do âmbito da saúde, e que, portanto, traz nuances de vulnerabilidade que precisam ser consideradas no processo dialógico.

Quanto ao grau de interferência, na conciliação, é possível ao conciliador sugerir soluções, enquanto que na mediação não se espera a mesma influência na condução da estratégia de consensualidade, e sim a utilização de meios de favorecimento do diálogo entre as partes, busca pela compreensão das questões objeto de litígio, e favorecimento de identificação de soluções por suas próprias razões, tal como afirmam Rosenblatt e Martins:

O mediador procura conhecer o conflito em sua complexidade, sem nenhuma opinião ou julgamento prévio, colocando-se diante de seu objeto de trabalho de forma curiosa e aberta. Sabedor de que cada história e que cada percepção do mundo são únicas, o mediador amplia a sua escuta, de modo a não reduzir os relatos dos mediandos a ideias preconcebidas (239).

Sendo este o caso, e o campo da Judicialização da Medicina no âmbito cível comum como território estudado nesta tese, nota-se que a técnica apropriada para análise final de aplicabilidade de seu objetivo mostra-se, então, a mediação, aproximada das perspectivas teóricas da Bioética de Intervenção e respeitante da autonomia efetiva dos sujeitos nos processos de tomada de decisão em um contexto peculiar, em que se busca a simetralização dos poderes, até então havidos de forma assimétrica na assistência à saúde. Conforme discorre Vezzulla:

[...] a mediação é uma técnica de resolução de conflitos não adversarial que, sem imposições de sentenças ou laudos e com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganham (240).

Nesta técnica, portanto, tem-se um sujeito apto a orientar a tentativa de consenso sem, contudo, interferir nos processos dialógicos e decisoriais. É a figura do mediador. Portanto, tal como dispõe Carvalho:

O mediador, sem prescrever qual deva ser a resolução de uma disputa, apenas encoraja e facilita às partes chegarem a um acordo mutuamente aceitável. A tarefa do mediador é, pois, a de ajudar as partes na identificação do problema, com o propósito de reduzir os obstáculos, maximizando a exploração das alternativas para atingir acordos voluntários. (225)

É possível pensar-se, pois, que a proposta da mediação é capaz de responder às aspirações trabalhadas pela Bioética de Intervenção, em especial de busca pelo exercício democrático dos direitos dos cidadãos (225), que observam a possibilidade de disposição equânime de suas angústias, dúvidas, esclarecimentos e pretensões. Portanto, tem-se a busca da pacificação de ideias em que o próprio povo, disposto nas figuras dos sujeitos envolvidos, exerce a soberania de suas decisões.

Neste sentido, para um maior aprofundamento ético-normativo, importante se faz, assim, compreender os fundamentos desta pretensão mediatória para, a seguir, compreender a possibilidade de um diálogo entre a compreensão bioética interventiva e o território de análise deste estudo.

4.1.2 Fundamentos ético-legais da mediação entre médicos e pacientes

O estudo de conflitos intersubjetivos entre médicos e pacientes na assistência em saúde, e a possibilidade de enaltecimento da capacidade decisional de sujeitos no âmbito do judiciário remete o pesquisador, por condução lógico-dedutiva, ao estudo dos fundamentos da própria perspectiva legislativa de estímulo à autocomposição. Estes fundamentos, considerados pelos textos das normas enquanto princípios⁴⁸, serão a base sobre a qual serão construídas, no âmbito prático, as regras de atuação consequentes, a serem exercidas pelos atores judiciais.

Portanto cumpre, neste momento, compreender alguns dos princípios concernentes à mediação, dispostos na Lei nº 13.105/15, que traz o novo Código de Processo Civil brasileiro (2), na Lei nº 13.140/15, que traz a Lei de Mediação (227), e no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, constante no anexo II da Resolução CNJ nº 125/10 (228), documentos estes considerados, atualmente, os principais instrumentos normativos a respeito do tema. Importante salientar, contudo, ser os dois documentos iniciais aplicáveis a todos os sujeitos envolvidos⁴⁹ no

⁴⁸ Ainda que, em um posterior estudo detido de suas naturezas possam ser, em verdade, assemelhados a regras, reflexão esta que não está no escopo da presente tese.

⁴⁹ São leis ordinárias que, enquanto atos jurídicos, e nos contextos de suas competências, têm aplicabilidade *erga omnes*, a todos os cidadãos.

momento da mediação - autor, réu e mediador -, e o último apenas ao mediador, que tem, nestas normas, suas orientações de conduta⁵⁰.

Como justificativa metodológica para eleição dos princípios a serem abordados dentre os demais especificados nos documentos, tem-se que, por aproximação temática com a Bioética de Intervenção, foram eleitos aqueles cujas definições diretamente apresentavam-se em consonância com as análises sobre relação de poder, simetralização, autonomia e vulnerabilidade, temas centrais deste estudo. Neste sentido, dentre os elencados nas normas foram destacados os que seguem.

O novo Código de Processo Civil traz, em seus primeiros artigos, que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (2), o que reforça a sua proposta de enaltecimento da autocomposição. Tal como visto, trata-se de uma nova legislação que é elaborada em um contexto brasileiro de redução de estabelecimento de diálogo e consenso, aumento de judicialização, e conseguinte falência da celeridade processual, somada à proposta democrática de participação popular na ingerência de sua própria vida civil.

Neste raciocínio, a norma pretende estimular uma modificação de perfil, e atribui a condição de fundamento para a sua pretensão a alguns princípios enaltecidos da capacidade decisional dos sujeitos, da possibilidade de estabelecimento de diálogo sem intervenção sequer da formalidade idônea ao meio jurídico, e a possibilidade de tomada de decisão com base em prévia informação, esclarecida. São eles, dentre outros, os princípios da “autonomia da vontade”, da “oralidade”, da “informalidade” e da “decisão informada” (2). São princípios que devem compor o estabelecimento de regras aos procedimentos adotados no processo prático de mediação (2).

Inobstante já ser conhecida a definição de autonomia nesta tese, importante salientar a sua motivação enquanto fundamento da proposta mediadora. É que, pressupondo um exercício de liberdade, compreende-se tanto a possibilidade de ingerência das partes, autor e réu, em definir suas próprias soluções para o conflito, quanto a proibição de exercício de qualquer constrangimento à autocomposição pelo

⁵⁰ Condutas estas que terminam por resvalar na garantia de direitos dos sujeitos envolvidos.

sujeito mediador (241), que deve funcionar apenas como orientador, conforme definido pelas normas a seguir dispostas.

Assim, observa-se duas interpretações ao princípio, uma de ordem positiva, visto que estimula a composição autogovernada pelos sujeitos até então litigantes, e outra de ordem negativa, que cerceia ao orientador do processo qualquer imposição forçosa de acordo. É necessário estar possibilitado a qualquer das partes, autor ou réu, inclusive, a saída do procedimento de autocomposição, a qualquer tempo (241).

Ao abordar a oralidade e a informalidade, por sua vez, a legislação considera estar na ordem do discurso a realização da proposta normativa. Da mesma forma, propõe a realização dos atos sem cerimônia, em uma tentativa de propiciar leveza, fluidez e familiaridade. Oportuniza, de tal modo, a manutenção dos comportamentos comuns aos sujeitos, o que conforma uma estrutura diversa dos rituais e simbologias estigmatizados nas atuações jurisdicionais (241), capazes de produzir o que Foucault denominou de “ritual da circunstância”, como uma limitação ou interdição imposta socialmente, a alguns sujeitos, em determinados ambientes de discursos (37).

Necessária, logo, a utilização de linguagem simples, com vocabulário próprio aos sujeitos, o que coaduna com a ideia desenvolvida na reflexão sobre o consentimento informado e esclarecido na assistência à saúde, e redução dos impactos das relações de poder pelo saber, trabalhadas na perspectiva da Bioética de Intervenção. Esta noção é trazida pelo princípio da decisão informada, que torna imprescindível a ocorrência de consenso apenas após a compreensão da questão, dos termos do acordo e de suas consequências, por médicos e pacientes durante a autocomposição. Segundo Didier a “informação garante uma participação dos interessados substancialmente qualificada. A qualificação da informação qualifica, obviamente, o diálogo” (242).

No mesmo sentido apresenta-se a Lei de Mediação (227), que dentre os fundamentos orientadores apresentados nos incisos de seu artigo 2º pode-se destacar os princípios da “isonomia entre as partes”, da “busca do consenso”, da “boa-fé” e da “autonomia da vontade das partes” – este último que, note-se, a legislação reitera a visão já estabelecida pela codificada acima descrita, o que dispensa, neste texto, a retomada da abordagem.

A respeito da percepção de isonomia entre os sujeitos participantes do processo de tentativa de mediação, no caso da relação entre médicos e pacientes este princípio pode ser compreendido como busca pelo estabelecimento de “simetria”.

Trata-se de uma simetria almejada, tendo em vista as relações de poder que se fazem presentes, em especial diante de vulnerabilidades como a social, que se soma aos contextos específicos de cada âmbito que se está a discutir. Tal como visto anteriormente, na relação assistencial estão presentes peculiaridades, dentre elas as questões de saúde/doença – que, por si só, já são capazes de vulnerabilizar o indivíduo -, e a pouca efetivação de políticas públicas favoráveis à concretização dos direitos humanos, o que já enseja a dificuldade no diálogo simétrico entre os sujeitos.

Ainda que deva ser visto com a devida especificidade para a mediação, trata-se, contudo, de um princípio aplicável a qualquer fase processual, visto que se pretende o tratamento igualitário entre autor e réu. Portanto, há obrigação do mediador em ser imparcial – assim como espera-se de um juiz, não tendendo a favorecimento a qualquer das partes -, mantendo-se ausente as distinções, cuidando-se para a concretização da igualdade de participação e de acesso às informações (243).

Além disso, de acordo com o artigo 5º do Código de Processo Civil, “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” (2), ou seja, exige-se a todos os sujeitos envolvidos uma pretensão objetiva de conduta com lisura (238), respeito e ausência de intenção de enganar. (244) Assim sendo, fundamental o exercício da boa-fé, por ambos, no âmbito dialógico da pretensão mediatória processual.

Por fim, tem-se o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, que traz, dentre os fundamentos que regem as condutas destes profissionais, os princípios da “Decisão informada” - absorvido pelo código já apresentado, que data de cinco anos após esta norma -, e do “Empoderamento”. Tratam-se de princípios postos na ordem da obrigação aos profissionais condutores das técnicas, e direcionados ao enaltecimento das partes, com o propósito de prepara-las para a pretensão de consensualidade.

Segundo este código, e em diálogo com as normas apresentadas acima, o princípio da decisão informada refere-se ao “dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido” (245), o que coaduna com a reflexão, já realizada nesta tese a respeito das propostas teóricas da BI, inclusive sobre consentimento informado e redução da vulnerabilidade dos sujeitos por meio da entrega de conhecimento, diminuindo a possibilidade de ter-se a ignorância a respeito dos conhecimentos que se discutem como elemento limitador à decisão. Afinal, para que se possa efetivamente decidir a

respeito de algo, é preciso que se disponha de informação, esclarecimento e acréscimo de poder pelo saber.

Quanto ao que a norma dispõe como “princípio do empoderamento”, se refere ao “dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição” (245), o que se aproxima, embora timidamente, da proposta discutida por Freire e Sen, ao tratarem de libertação e empoderamento. Neste sentido, faz-se necessário um aprofundamento desta definição, o que será trabalhado na crítica a seguir desenvolvida, que venha a favorecer a conseguinte aplicabilidade prática, com atenção às reflexões pertinentes à relação assistencial.

4.2 REFLEXÕES CRÍTICAS E PROPOSITIVAS: BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO NA DIMENSÃO DA MEDIAÇÃO

Conforme visto, há uma pretensão de modificação de contexto judicializador, especialmente a partir das normas processuais civis, que se apresentam com maior propensão ao estímulo à consensualidade. Tenta-se obstar, com esta pretensão, a litigiosidade já presente na cultura brasileira. Entretanto, pensando a relação entre médicos e pacientes como contexto de onde partem os conflitos a serem mediados, este estudo ora aponta críticas a estas normas e suas abordagens, com o propósito de sinalizar estritamente lacunas ou poucos enfrentamentos dos problemas persistentes envolvidos, em uma perspectiva conforme a Bioética de Intervenção, para além do aspecto jurídico.

É fato, contudo, que uma significativa ausência já se apresenta de modo amplo: não há um esforço normativo ou institucional para a especificidade de enfrentamento dos problemas no âmbito da relação assistencial entre médicos e pacientes enquanto relação *sui generis*, merecedora de atenção, sobretudo por significar o epicentro do crescente problema da judicialização da medicina. Tem-se, por aproximação, a conformação de estratégias que abordam questões de saúde, como a edição da Resolução 107/2010, pelo CNJ, que instituiu o Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde (246). Contudo, pretende, especialmente, a redução da judicialização

da saúde, sem foco para a judicialização da medicina. Esta lacuna, portanto, se mantém.

Tratam-se de problemas diferentes, visto que o foco é a judicialização da saúde, em que são discutidos conflitos envolvendo a saúde pública e a suplementar, em demandas, inclusive, propostas por pacientes contra o estado, união ou municípios. Nestas ações, são abordados desde direitos a internamentos, exames complementares e medicamentos de alto custo (247), a procedimentos cirúrgicos, dentre outros problemas que fogem à seara específica da relação entre médicos e pacientes (248).

Passaram a ser criados, inclusive, espaços institucionais que, mediante convênios, atuam em uma perspectiva extrajudicial, anterior à propositura de ações. No estado da Bahia, por exemplo, precisamente em meados de dezembro de 2016, já se noticiava a instauração da Câmara de Conciliação de Saúde, um projeto-piloto (249) que já prometia desafogar o judiciário local: “O aproveitamento foi de 100%. Todas conseguiram entrar em acordo e irão receber medicamentos sem a necessidade de entrar na Justiça.” (250) Esta Câmara foi resultado de um convênio entre o “Tribunal de Justiça da Bahia, Governo do Estado, Prefeitura de Salvador, Procuradoria Geral do Estado, Ministério Público do Estado e as defensorias públicas do Estado e da União” (251), de maneira que, conforme o §3º do art. 32 da Lei 13.140/15, trata-se de uma “prevenção e resolução administrativa de conflitos” (227). Havendo “consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial” (227), que poderá ser executado em juízo em caso de descumprimento.

Portanto, trata-se de uma proposta que se perfaz anteriormente à propositura de demanda judicial. De todo o modo, nos últimos anos tem-se assistido, no meio jurídico, ao aumento de campanhas sociais e projetos de estímulo à finalização de litígios já dispostos em demandas judiciais, por meio de consensos. Um exemplo foi a criação do prêmio “Conciliar é Legal”, do Conselho Nacional de Justiça, em que diversos atores dos meios judiciais, especialmente juízes, inscreveram projetos e tiveram seus atributos conciliatórios avaliados. Em 2016, por exemplo, a premiação reconheceu práticas nacionais de soluções de conflitos que envolveram a autocomposição (252), a exemplo do projeto do Tribunal de Justiça sergipano intitulado “Projeto Pare! Concilie e Siga” (253), que propiciou a implantação do serviço de conciliação e mediação no trânsito da cidade de Aracaju (253), e dos projetos “Juiz

Gestor de Resolução de Conflitos” e “A Arte de Conciliar”, que venceram a categoria Justiça Estadual e da Justiça do Trabalho, respectivamente.

São iniciativas capazes de reduzir a perspectiva litigante, contudo, há que se considerar a possibilidade de se estar pondo em prática apenas uma nítida perseguição pela redução do número de processos, sejam eles de que áreas forem, em detrimento da qualidade das conciliações (254), da atenção aos sujeitos e de suas pretensões. Ou seja, o fato do Conselho, a que respondem os tribunais por cumprimentos de metas⁵¹, estimular a otimização das demandas, não importa necessariamente na conclusão de que se tem propiciado atenção aos acordos em si, portanto, à qualidade do diálogo e respeito às peculiaridades humanísticas das conjunturas conflituosas.

É possível observar-se, segundo esta linha de raciocínio, que a Resolução CNJ nº 125/10 possivelmente está maiormente voltada a uma proposta de gestão do âmbito judicial do que propriamente a uma proposta de Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos (254), tal como dispõe a norma. Lucena Filho esclarece esta perspectiva:

Ressalte-se que a crítica ora proferida não tem o condão de desqualificar as iniciativas provenientes do CNJ, desnaturar os meios alternativos de solução de disputas (até porque seria um contrassenso para este trabalho fazê-lo), tampouco desprestigiar os princípios da celeridade e razoável duração do processo. A ressalva a ser feita alude única e exclusivamente ao *modus operandi* de tais campanhas, bem como às razões pelas quais foram concebidas e alertar para o fato de que os ditos princípios constitucionais devem ser considerados em conjunto com outras normas e valores reguladores do Poder Judiciário e de sua competência jurisdicional. Em outro dizer, significa que o projeto é apropriado para as causas equivocadas. (254)

Assim, pode-se pensar no projeto como um todo, não apenas as campanhas pontuais. Portanto, a pretensão conciliatória das normas apresentadas e a forma como têm sido dispostas na prática, podem não estar atentas aos sujeitos e à propriedade das conciliações, de maneira que reduzir o número de processos com o estímulo ao acordo pode não ser o que se busca como pretensão ideal de efetiva redução de conflitos.

Estariam, as partes, certas de que dissolveram um conflito tendo em vista suas próprias razões, respeitadas as suas autonomias e vulnerabilidades? Ou estar-se-ia, novamente, diante de um quadro de substituição do poder, com o alcance forçoso do

⁵¹ Metas estas concernentes aos números de julgamentos ou homologação de acordos.

acordo por receio do longo tempo de espera por uma sentença? Estar-se-ia cuidando da proposta de acordo como meio adequado de efetivo respeito às perspectivas dos sujeitos envolvidos?

Compreendendo este contexto, e diante desta crítica à conjuntura de modo amplo, esta tese então parte para o estabelecimento de duas críticas estritas, ambas que podem ser percebidas tendo em vista estudos na perspectiva intersubjetiva da Bioética de Intervenção, e segue ao âmbito propositivo. A primeira, configurada como um insuficiente enfrentamento normativo, considera pouca a observância do empoderamento, que, rasamente, não mergulhou na relação de poder-saber, especialmente posta na ordem do discurso.

A segunda, configurada como uma lacuna, aponta para a não diferenciação entre autonomia dos sujeitos e capacidade civil jurídica, enfatizando a necessária libertação e emancipação dos sujeitos para a resolução dos conflitos, o que, segundo acredita este estudo, poderia iniciar o processo de inversão do fenômeno de substituição de seus poderes pelo judiciário.

Seguem, portanto, ambas as críticas e suas respectivas propostas, que partem dos fundamentos principiológicos que as normas apontam como norteadoras de suas posteriores aplicações.

4.2.1 Empoderamento para a simetralização no processo mediador

Por mais que as normas processuais civis brasileiras tenham atentado para a perspectiva de empoderar os sujeitos no decurso da pretensão mediatória, o descortinamento das relações de poder-saber presentes originalmente, carecem de apresentação, visto que se mantém. No presente caso estudado, trata-se de uma relação entre médicos e pacientes originalmente assimétrica que, ao ser mediada, trará consigo o histórico vivenciado entre estes, além do histórico concernente à medicina em suas relações intersubjetivas.

Conforme visto, as estruturas que permeiam o diálogo entre médicos e pacientes vão além das normas jurídicas, sendo enriquecidas por expectativas sociais de êxito, incompreensão sobre fenômenos iatrogênicos, dificuldades no estabelecimento de comunicações simétricas, dentre outras questões que, caso

sejam negligenciadas, podem ser capazes de promover, de início, uma continuidade da mesma estrutura hegemônica previamente vivenciada.

Portanto, para que se esteja efetivamente discutindo conflitos advindos de uma relação assistencial, é necessário, aos atores, iniciando-se pelo mediador, que irá conduzir a proposta autocompositiva, compreender o contexto em que se insere esta relação e o âmago do problema.

Importante ressaltar, a partir dos estudos anteriores da Bioética de Intervenção a respeito do empoderamento, que os processos de conquistas de direitos, sobretudo quando conformados em normas que as consignam⁵², favorecem os exercícios de liberdade nas tomadas de decisões e estabelecimentos de ações. Entretanto, é necessária a garantia do exercício destes direitos, o que se deve pretender em um processo dialógico que busca pelo exercício livre de tomada de decisões.

De maneira mais aprofundada, segundo visto a partir dos estudos de Sen (207) trabalhados na Bioética de Intervenção, percebeu-se que as privações sociais e socioeconômicas são capazes de intimidar e desenvolver amarras que cerceiam as capacidades dos sujeitos de agirem livremente, visto que se mostram repressivas nos contextos em que os atores estão inseridos (171).

Assim, à medida em que a norma que aborda a mediação pretende a prática do empoderamento de pacientes e médicos, compreende-se que, de antemão, deve atentar, especialmente, para a garantia de direitos que favoreçam à criação e uma estrutura própria ao exercício de autonomia, participação simétrica e conseqüente autoconfiança no diálogo. Por conta disso, é preciso a atenção para características contextuais vivenciadas pelos sujeitos, tal como a vulnerabilidade, que deve ser compreendida pelo agente mediador em seus diversos sentidos. Segundo Pagani *et al.*:

O empoderamento é dotado de certa especificidade contextual, no sentido de só poder ser definido a partir dos aspectos sociais, culturais, econômicos, políticos e históricos de determinada localidade. É focalizado e estratégico, ou seja, atua apenas num contexto de vulnerabilidade e procura as causas estruturais desta vulnerabilidade. Também se pode dizer que representa um construto ideológico por depender, essencialmente, da percepção que os vulneráveis, enquanto indivíduos e grupos, têm sobre si mesmos e sobre sua situação, para que seja garantido o caráter de sustentabilidade do empoderamento, no sentido de auto-realização da satisfação das necessidades pessoais e comunitárias. (255)

⁵² Tal como os Direitos Humanos estão consignados na Constituição Federal brasileira.

Entrelaçada a esta questão está, ainda, o necessário esclarecimento de informações entregues aos sujeitos, atento, inclusive, às questões culturais, respeitando-as inclusive em suas vulnerabilidades (180). Observe-se, de antemão, que neste processo consensualizador, em que decisões poderão ser tomadas, mais do que considerar a importância da informação, o mediador deve considerar o seu esclarecimento, a ser realizado em vocabulário pertinente às partes, tal como um processo de obtenção de consentimento informado deve ser realizado em saúde. Esta pretensão enseja, por via de consequência, um cuidado para que a compreensão a respeito das abordagens seja simétrica aos sujeitos, sendo necessária, portanto, esta busca pelos seus empoderamentos, visto que, conforme estudado, ao deter-se o saber, é possível deter-se o poder.

Por meio do diálogo, é necessário o estímulo à autonomia do paciente e do médico, agora atores processuais, para que, exercendo as suas capacidades concretas de conhecer e decidir, possam tanto consensuar, compreendendo que participam de uma conjuntura de judicialização excessiva, quanto, também por suas próprias decisões, manterem a demanda processual.

Neste estudo destaca-se, sobremaneira, a vulnerabilidade social, cuja percepção demanda do agente aplicador da teoria a compreensão a respeito das susceptibilidades dos sujeitos a serem feridos – especialmente em seus direitos humanos em saúde (135). E pelo fato da origem do conflito não se dissociar das discussões a serem mediadas nesta proposta de redução de um problema persistente, levar em consideração a vulnerabilidade humana havida torna-se fundamental, sobretudo de maneira explícita. Em comunhão a esta ideia Vasconcelos afirma:

[...] admitimos a hipótese de que a consciência intersubjetiva da existência de um esforço genuíno pela superação das desigualdades materiais e culturais estimula e concorre para a prevenção da violência e promoção da paz. Neste sentido, nós percebemos intersubjetivamente a prevalência, em cada circunstância, de práticas de uma cultura de dominação ou de uma cultura de paz. [...] Sob uma *cultura de dominação* prevalecem a desigualdade, a hierarquia, a verticalidade de um elitismo hereditário ou simplesmente discriminatório, enquanto sob uma *cultura da paz e direitos humanos* prevalece o sentimento de igualdade, em relações fundadas na autonomia da vontade e tendencialmente horizontalizadas. (256)

Observa-se, então, que a aplicabilidade de noções trabalhadas pela Bioética de Intervenção e o seu devido cuidado na prática mediatória é capaz de ensejar a ocorrência de uma proposta de simetralização de discursos numa perspectiva prática

de consenso, capaz de reduzir a proposta de judicialização excessiva. Sendo assim, descortinar os problemas e condições de fragilidade no decurso do processo consensualizador torna-se condição para o respeito aos sujeitos envolvidos no diálogo, particularizando-os, o que termina por respeitar as suas integridades individuais e suas dignidades. Importa em protegê-los, cuidado que deve ser considerado desde as práticas médicas, até as vivências dos conflitos delas advindas.

Contudo, também se faz importante, neste processo de busca pela realização ideal de um processo mediatório, se reconhecer que esta busca pelo empoderamento é um processo a caminho de uma transformação pretendida pelo sujeito, que se trata de uma construção que se efetivará à medida em que se tornar da ordem da aplicação coletiva. Os apontamentos freirianos, mostram ser um equívoco a compreensão de que o empoderamento é algo que se dá apenas numa perspectiva individual, dissociada do âmbito coletivo, bem como um erro pô-lo apenas na ordem da solução dos problemas relacionais assimétricos.

Neste sentido, é possível afirmar-se que se trata de um pleito necessariamente coletivo, a ser alcançado em uma conjuntura de concretização de direitos e exercícios plenos de autogovernança também individual, que pode ser iniciado em condutas pontuais até a sua expansão em lutas sociais. Daí a importância de percepção do problema no âmbito individual e coletivo jurídicos, sequenciada de propostas para a modificação deste contexto.

E, pensando no Estado como união de *três poderes*, aparentemente indissociáveis, na mesma ordem da coletividade está o problema da judicialização excessiva, que deve ser enfrentado amplamente, e que poderá apresentar maior efetividade quando assumida a sua resolatividade pelo *legislativo*, com a conformação das normas com este propósito efetivo; pelo *executivo*, com a institucionalização de meios para a realização de uma nova conjuntura; e pelo *judiciário*, com a aplicabilidade da perspectiva particular ao conflito.

4.2.2 Inversão do fenômeno de substituição do poder

Para a procura da igualdade pretendida na busca pelo consenso – refletida enquanto “isonomia” pela norma - se faz necessário um exercício de discriminação

positiva (257), com tratamento equânime, portanto, dispensando-se maior atenção à parte que maiormente carecer de compreensão, com vocabulário pertinente à sua instrução educacional ou cultural, para atingir-se a igualdade no decurso do processo mediador. Ou seja, deve-se orientar o diálogo na medida da necessidade de cada parte em compreender as questões a serem abordadas.

Conforme visto no segundo capítulo, ainda que um paciente cumpra os critérios etários a partir do alcance da maioridade civil, pode manter-se frágil no que concerne ao âmbito decisional em saúde. Ou seja, a sua autonomia para decidir sobre si pode não coincidir com a sua capacidade civil, por diversas razões. Pode, o paciente, ainda persistir ignorante quanto ao saber pertinente à decisão que irá tomar, seja por encontrar-se em condição de extrema vulnerabilidade, seja por agravamento à saúde, por questões socioeconômicas que o impedem de retirar-se do contexto opressor social (258), dentre outras circunstâncias que debilitam o sujeito para além do aspecto jurídico etário.

Trata-se de um contexto iniciado no decurso da relação assistencial, e que pode manter-se ainda no decurso da prática mediatória, caso não seja orientado no sentido de sua desconstrução. Isto porque, mesmo que em termos civis contratuais possa, o sujeito, decidir sobre si, não há que se falar em negar ao paciente, agora autor mediando, o amparo assistencial em suas reflexões e decisões. Há que se cuidar para que absorva o conhecimento a respeito do que se está a decidir, bem como há que se estar atento às suas fragilidades, jamais abandonando-o em suas condutas.

Em termos rigorosamente legais, a relação entre médicos e pacientes é pensada contratualmente. Mais especificamente, tendo em vista o posicionamento majoritário jurisprudencial, trata-se de uma “relação de consumo”, que envolve uma prestação de serviço, e que deve reger-se pelas normas provenientes do Código de Defesa do Consumidor (259). Entretanto, é preciso a ampliação do ponto de vista para uma noção que venha a dialogar com elementos envolvidos para além do aspecto jurídico-legal, que já reconhece o paciente como hipossuficiente, ou seja, cujo discurso não basta a si próprio, carecendo do conhecimento de outro sujeito (260).

Segundo a norma consumerista brasileira, é possível, inclusive, que tenha o médico o dever de provar que não agiu de modo a ensejar a ocorrência de erro médico, por considerar que o paciente, consumidor da prestação do serviço médico,

não tem a possibilidade de provar suas alegações devido à insuficiência de conhecimento e meios técnicos para tanto:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (259)

Neste sentido, o âmbito de análise deste estudo deve levar em consideração seus pilares jurídicos, por óbvio. Entretanto, faz-se necessário um diálogo próximo às particularidades da relação anteriormente vivenciada pelos sujeitos, atendo-se a questões refletidas pela Bioética de Intervenção, como suas vulnerabilidades e dificuldades de libertação de relações de poder que dificultam a simetralização das suas pretensões. Portanto, no âmbito da mediação, deve-se estar atento, inclusive, à possível continuidade, de influências de poderes hegemônicos que almejam a solução pragmática do problema, a despeito do aprofundado desejo das partes em libertar-se da estrutura opressora, inclusive do judiciário. O medo da liberdade que, segundo Freire (199), oprime, deve também ser afastado pelo mediador, que poderá estimular médicos e pacientes a dialogarem sobre conflitos a despeito da possível descrença de que terão, efetivamente, um ambiente propício à libertação de ambos.

Sendo assim, observa-se que maiores esforços para a ponderação de perspectivas contrapostas a partir de suas próprias peculiaridades são necessários no consenso, o que importa, segundo Junges, em ir além do que os sujeitos aparentemente requerem nas demandas: “É necessário compreender as apostas fundamentais que estão em jogo mediante uma ponderação séria”⁵³ (261) e, acrescente-se, particular à especificidade deste conflito, advindo de uma relação assistencial em saúde.

Esta ponderação em processo dialógico, de todo o modo, pressupõe o respeito às perspectivas diversas, em especial quando um contexto de conflito já permeia o problema, que foi o que justamente ensejou a proposição de demanda judicial. Em uma perspectiva estrita, pode-se pensar que o início e o fim da relação entre médicos e pacientes estão entre o primeiro atendimento físico e o término de uma consulta, independentemente de eventuais problemas advindos ou insatisfações. Entretanto, em uma perspectiva ampliada aos termos da Bioética de Intervenção – que se ocupa

⁵³ Tradução livre. “Es necesario comprender las apuestas fundamentales que están en juego mediante una ponderación seria”.

dos aspectos humanísticos envolvidos -, é possível a compreensão de que, desde o primeiro momento em que o paciente contata o profissional até a efetiva dissolução de problemas eventualmente advindos, esta relação se mantém.

Assim, tanto há que se considerar a geração de expectativas quando ao atendimento médico havido, quanto a construção de um liame relacional, que pode não se romper pela simples conclusão jurídico-contratual, mantendo-se na ordem intersubjetiva à medida em que eventuais conflitos persistem (262).

Esta ideia de persistência, neste sentido, poderá ser refletida segundo o aspecto alargado do problema, na ordem da coletividade dos sujeitos, conforme analisado no início desta tese (22). Contudo também poderá ser pensada em uma noção relacional e pontual a ser trabalhada em cada caso concreto que se está a enfrentar. Ou seja, trata-se de uma conjuntura de problema persistente que sugere uma necessária reflexão bioética para a tentativa de sua resolutividade, o que afasta a hipótese de solução jurídica dissociada da complexidade então observada nesta relação originalmente assistencial.

Pensar-se em um momento ideal em que se apresentam sujeitos libertos de circunstâncias de opressão inerentes às relações de poder, em que se está na ordem dos sujeitos a resolutividade, sem a intervenção judicial direta, requer uma observância de pretensa emancipação, tal como compreendida nesta tese nas reflexões concernentes à BI, em que o sujeito empoderado, que então domina a si mesmo, liberta-se e pensa por si mesmo.

Esta perspectiva soa, de antemão, como contexto inatingível, entretanto, este estudo pretende percebê-lo como miragem alcançável ou, ao menos, razão pela qual se almeja a concretude de uma proposta, tal como uma utopia, referida por Porto em sua reflexão acerca da própria Bioética de Intervenção:

[...] a bioética de intervenção é, em si mesma, uma utopia, haja vista que, por mais elaborada que seja, uma teoria social é capaz de exprimir apenas uma faceta da realidade, não podendo – nunca – abarcar sua complexidade. Nesse sentido, não apenas a bioética de intervenção, mas qualquer proposta teórica que pretenda responder à multiplicidade dos fatores que interferem na vida em sociedade, poderia ser vista como “um projeto de natureza irrealizável”. (263)

Segundo Feitosa e Nascimento, a Bioética de Intervenção traz uma representação inovadora ao pensamento latino-americano, de maneira que tem significativa importância no cenário de reflexões concernentes às relações de poder.

Afirmam esta percepção, tendo-a como um destaque “após o surgimento da colonialidade do poder, corrente antecedida pela teoria da dependência, pela pedagogia do oprimido e pela teologia da libertação.” (264)

Concordando com esta observação, acredita-se, neste estudo, que a partir do enquadramento dos sujeitos em seus papéis principais na perspectiva da resolutividade é que se pretende a conseguinte redução do processo de substituição do poder das partes em decidir pelo poder do judiciário em assim fazê-lo. A descontinuidade da litigância, pensa-se, apenas seria possível caso, nesta fase processual, fossem estimuladas a libertação dos sujeitos, seus empoderamentos e emancipações, deixando-se de se pensar esta fase processual apenas como uma fase a ser, mecanicamente, suplantada.

Contudo, sabe-se que há demais âmbitos de combate à litigância entre médicos e pacientes não enfrentados por esta tese, o que alargaria sobremaneira o foco de sua análise. De todo o modo, acredita-se que, como um importante enfrentamento já possível à atualidade, está o efetivo preparo de mediadores a respeito desta relação específica, com a observância efetiva da teorização da Bioética de Intervenção, especialmente em sua perspectiva intersubjetiva. Conforme o artigo 167 do Código de Processo Civil, é necessário que, ao cadastrar-se para atuação como mediadores, os profissionais indiquem a sua área de atuação (2).

É preciso que os atores que irão mediar o processo autocompositivo estejam preparados para notar as nuances específicas dos discursos por meio da absorção do conhecimento sobre a relação assistencial cujos diálogos estão orientando ao possível consenso. A oportunidade processual que dá ensejo ao diálogo e resolutividade pelas partes mostra-se como uma possibilidade de inversão do fenômeno de substituição do poder social pelo uso do poder judicial, como anteriormente, nesta tese, se percebeu estar ocorrendo.

Por mais que as perspectivas legais ou judiciais pensem a relação entre médicos e pacientes como prestações de serviços comuns, o tracejo histórico e o aumento de demandas específicas à medicina mostram o quão deve-se levar em conta a questão da judicialização da medicina como um problema persistente peculiar. Sendo assim, acredita-se que a compreensão da peculiaridade se torna fundamental ao êxito mediatório, afinal, não há que se falar em encaminhamento ao empoderamento, busca pela libertação ou sequer alcance de emancipação caso não

se esteja ciente do contexto em que se está tentando compreender e orientar, promovendo auxílio à sua modificação.

4.2.3 Câmaras de Mediação de Conflitos na Assistência à Saúde

Concomitantemente à proposta de inclusão de preparo dos mediadores com conhecimentos a respeito da relação entre médicos e pacientes e teorização da Bioética de Intervenção, está a proposta de estímulo à conformação de espaços institucionais específicos para solução de conflitos desta relação assistencial. E, para compreensão desta segunda proposta, faz-se necessário o conhecimento das disposições normativas de ocorrência destas possíveis mediações no Brasil.

Conforme visto, há três normativas nacionais consideradas principais sobre o tema da autocomposição de conflitos jurídicos: a Resolução CNJ nº 125/10 (228), a Lei nº 13.105/15, que traz o novo Código de Processo Civil brasileiro (2), ambas para aplicabilidade na perspectiva judicial, e a Lei nº 13.140/15 (227), para aplicabilidade na perspectiva extrajudicial, com formação, ao final de título executivo junto ao judiciário. O Código de Processo Civil (2) determina, ao iniciar a seção sobre “Conciliadores e Mediadores Judiciais” que

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.
(2)

Neste rumo, a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispôs sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário” (228) previu a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, que têm por competência a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, “responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão”. (228)

Neste sentido, as audiências iniciais, em que se pretenderá a mediação entre médicos e pacientes irão ocorrer, preferencialmente, nestes centros judiciários que, por sua vez, terão, conforme a proposta acima disposta, mediadores instruídos do conhecimento necessário à condução específica dos conflitos provenientes desta relação assistencial. Esta é a perspectiva judicial. Entretanto, ainda seguindo a ideia de proposta mediatória anterior à demanda e posterior à instauração do conflito, este estudo propõe que se faça necessária a continuidade do estímulo iniciado no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, com a criação de câmaras específicas também para este fenômeno da judicialização, que tem tido o seu aumento destacado nacionalmente, qual seja a da medicina. A sugestão aproxima-se da proposta de criação da Câmaras de Conciliação em Saúde, uma institucionalização em parceria com o judiciário e o executivo estadual, que cuida da judicialização da saúde e não da medicina⁵⁴.

A criação destas câmaras, cujas instalações ainda são tímidas no território nacional, respondeu à pretensão da Resolução nº 107/10 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. E, somando ao que dispõe a Resolução nº 125/10, que traz como competência do CNJ “estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais”, esta tese propõe a criação de *Câmaras de Mediação de Conflitos Assistenciais em Saúde*, por determinação normativa.

E, seguindo a ideia disposta ainda nesta mesma resolução, qual seja a de “desenvolver parâmetro curricular e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias” (228), propõe-se que estas câmaras sejam compostas por mediadores que terão, em seus cursos de formação, conhecimento específico a respeito da história de relação de poder havida nesta relação assistencial, leituras concernentes aos princípios da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aprofundamento sobre peculiaridades em responsabilidade médica, portanto, conteúdos que tornem o sujeito apto a observar as nuances específicas da relação conflituosa disposta, bem como apto a,

⁵⁴ Importante ressaltar a especificação já realizada nesta tese a respeito do que vem a ser as diferentes áreas de abordagem, afinal, a judicialização da saúde difere-se da judicialização da medicina, conforme visto.

por meio das explanações das partes, buscar a compreensão quanto aos pleitos de erro médico, diversos de circunstâncias iatrogênicas, dentre outros temas, e que compreenda, sobretudo, referenciais defendidos pela Bioética de Intervenção.

A judicialização da medicina, conforme visto, é um problema persistente e tem ocorrido de maneira crescente e em larga escala, o que se enquadra entre os considerandos da Res. CNJ 125/10:

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas;
CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; (228)

Partindo das ocupações teóricas da Bioética de Intervenção, tal como visto, especialmente as concernentes às relações intersubjetivas, é possível pensar-se em um diálogo entre as suas perspectivas e as pretensões das novas normativas processuais civis, em especial as relacionadas ao estímulo à mediação e seus fundamentos.

O quadro judicializador atualmente observado no Brasil, como reflexo da continuidade de conflitos na relação entre médicos e pacientes pode ser enfrentado, deste modo, a partir das noções de resolutividade de questões por meio diálogo, consenso, atenção às vulnerabilidades e manutenção da autonomia dos sujeitos em decidir a respeito do que conflitam.

As três noções teóricas da BI, quais sejam empoderamento, libertação e emancipação podem ser capazes de auxiliar neste processo, quando percebidas em suas conceituações a serem aplicadas nos casos concretos, em atenção às vulnerabilidades dos sujeitos e as relações de poder que se apresentam. Contudo, é preciso observá-las em seus potenciais de contribuição nos cenários específicos a serem inseridos, analisando-se cada caso concreto, bem como ter-se a disposição institucional para a criação de espaços direcionados a este problema persistente.

A proposta que, ao final alcança a construção de uma documentação conformadora de título executivo extrajudicial, seria capaz de promover a redução da

judicialização, tomando-a como chegada ao judiciário, e redução de ocorrências de substituição do poder popular pelo poder decisional dos magistrados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivando responder à pergunta da pesquisa desta tese, concernente à possibilidade de se fazer uso de reflexões provenientes da Bioética de Intervenção para a tentativa de modificação de um contexto persistente de conflito judicial entre médicos e pacientes no Brasil, inicialmente buscou-se refletir as origens desta conjuntura. Feito isto, notou-se que os conflitos advindos da relação entre médicos e pacientes podem, efetivamente, ser potencialmente geradores de demandas judiciais quando não compreendidos e solucionados entre os sujeitos pela via do diálogo. E, pelo fato de configurar-se um a manutenção destes conflitos no decurso do tempo no meio social brasileiro sem qualquer estímulo de modificação de contexto em prol de suas resolutividades, pôde-se compreender se tratar de um problema bioético persistente - um enquadramento didático na percepção da questão, necessário às seguintes análises bioéticas realizadas.

De acordo com o que foi posto, portanto, trata-se de um contexto apto a resvalar na criação e condução do fenômeno da judicialização da medicina, em que se observa um significativo aumento na quantidade de demandas judiciais propostas por pacientes contra médicos. São demandas que acusam uma possível ocorrência de ilícitos concernentes a condutas médicas, apontadas como imperitas, imprudentes ou negligentes, e que carecem de uma interpretação para além das normas jurídicas. Assim, para o enfrentamento da temática, anteriormente à ampliação da perspectiva de análise do problema, percebeu-se enquanto significativa a compreensão do que são, efetivamente, erros médicos na visão do Direito, para que se pudesse, portanto, considerar o que seriam aqueles considerados indenizáveis, por possuírem condutas culposas com as quais um dano efetivo gerado ao paciente poderia possuir nexo de causalidade, ou aqueles considerados não indenizáveis, visto que escusáveis, decorridos de acidentes imprevisíveis, resultados incontrolláveis.

Refletiu-se, neste escrito, a necessidade de diálogo entre médicos e pacientes a respeito da percepção de determinadas circunstâncias danosas que, por se tratarem de situações iatrogênicas, em nada se aproximam da ideia de erro. Este compartilhamento de conhecimento e informação médica, assim, apresentou-se no contexto de pretensão de esclarecimento, como direito humano, e conseguinte redução de conflitos. Entretanto, para a consecução do esclarecimento viu-se, no

decurso do texto, a necessidade da compreensão, pelo meio jurídico, da diferenciação prática - que já há no âmbito da saúde - entre as perspectivas de autonomia e capacidade civil, bem como das vulnerabilidades de pacientes - teoricamente aptos à ingerência da vida cotidiana. Neste mesmo sentido, mostrou-se essencial, também, esmiuçar estas questões no decurso da colheita de consentimento no âmbito assistencial, bem como discutir direitos até então considerados polêmicos, como o direito de não saber, que se mostra como um exercício de autonomia diferenciado, tendo em vista toda a discussão em prol da transparência no diálogo entre médicos e pacientes.

Para uma possível a compreensão do fenômeno da judicialização da medicina a partir de análises relativas às relações de poder, esta tese o compreendeu como um processo que reflete uma substituição de poder, tendo em vista um esvaziamento do poder popular, que não se considera apto a resolver um conflito por meio do discurso frente a outro poder, o médico, e que procura o judiciário. A partir desta questão, pensou estratégias de reflexão e prática para além da noção estrita jurídica dos conflitos, especialmente fazendo uso de reflexões de teoria bioética, apta a trazer elementos centrais, de maneira que se deu a eleição pela teorização da Bioética de Intervenção, em seu âmbito intersubjetivo das análises. Se fez indispensável a o seu estudo maiormente aprofundado, em especial quanto à vulnerabilidade social dos sujeitos, poderes nas relações estabelecidas, bem como suas três noções, que se mostraram essenciais às propostas que, ao final, este estudo apresentou.

Enfim, pensar-se na estratégia autocompositiva, ou seja, na possibilidade de não substituição do poder das partes pelo poder judiciário se mostrou, neste contexto, uma inversão da lógica judicializadora. E a mediação, enquanto técnica aplicável a conflitos cujos sujeitos já possuem vínculo relacional anterior, e que tem um terceiro sujeito apenas como orientador e não intervenientes direto, se mostrou adequada. Contudo, este estudo compreende como essencial, pelo que propõe, que este sujeito mediador tenha a perspectiva do conflito específico delineada, compreendendo o âmbito teórico sobre esta relação assistencial e suas peculiaridades, bem como a teorização bioética adequada à compreensão do contexto a ser mediado, facilitando a sua ocorrência e êxito.

As noções de empoderamento, libertação e emancipação, portanto, podem ser postas como conteúdos necessários às instruções dos mediadores no âmbito prático dialógico entre médicos e pacientes em vista de conflitos instaurados. E pensando a

mediação como técnica extrajudicial ou judicial de ensejo à resolutividade dos conflitos pelos próprios sujeitos da relação estabelecida, esta busca por suas resolutividades, pode dar-se em quaisquer destas esferas. A segunda proposta deste estudo, portanto, enseja a valorização da imersão do âmbito judicial, entretanto, mais especificamente anterior: propõe a criação de *Câmaras de Mediação de Conflitos na Assistência em Saúde*.

Esta perspectiva extrajudicial, em que pese não estar ainda sob a égide direta do poder judiciário, é uma manifestação de possível resolutividade autocompositiva de problemas que, por consequência, poderá ter seu acordo executado no judiciário. Considera-se que tem, portanto, similitude à proposta deste estudo de apenas abordar questões já judicializadas visto que, de todo o modo, aborda conflitos conformados e que requerem solução a partir das vontades das partes ou dos argumentos dos juízes.

Embora este estudo deva reconhecer que há ainda questões pragmáticas cotidianas institucionais a serem enfrentadas para a criação desta proposta, pensa que, de todo o modo, trata-se de uma possível prática efetiva de inversão do fenômeno de substituição do poder, factível tal como se pôde pôr em prática câmaras outras com perspectivas aproximadas, com a ressalva do acréscimo da preparação com a teorização aqui adotada. Ressalte-se, portanto, a necessária busca pelo preparo dos atores para os conteúdos dispostos pela compreensão da relação entre médicos e pacientes e suas peculiaridades, e, em especial, da teorização abordada pela Bioética de Intervenção.

REFERÊNCIAS

- (1) Unesco. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Adotada por aclamação no dia 19 de Outubro de 2005 pela 33ª sessão da Conferência Geral da UNESCO [Internet]. [Acesso em 12 mai 2016]. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf
- (2) Brasil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. DOU de 17.3.2015 [Internet]. Brasília, 16 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República. [Acesso em 20 mar 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm
- (3) Vasconcelos C. Contribuição da bioética para a simetria na relação entre médico e paciente. Ponta Delgada, Açores, Portugal: Universidade dos Açores: 2010. Mestrado em Bioética [Dissertação] - Departamento de História, Filosofia e Ciências Sociais.
- (4) Albuquerque A. Direitos humanos dos pacientes. Curitiba: Juruá, 2016.
- (5) Potter VR. Bioethics, the Science of Survival. *Perspectives Biol Med*. 1970;14(1):127-53.
- (6) Potter VR. What does bioethics mean? [Internet] *The Forum*. 1996; 8 (1): 2-3. [Acesso em 01 fev 2015]. Disponível em: <http://www.bioethics.iastate.edu/forum/jun.96pg3.html>
- (7) Kennedy Institute of Ethics. About.[Internet] [Acesso em 21 fev 2015]. Disponível em: <https://kennedyinstitute.georgetown.edu/about/>
- (8) Garrafa V, Azambuja LEO. Epistemología de la bioética – enfoque latino-americano. *Revista Brasileira de Bioética*. 2007; 3 (3): 344-59.
- (9) Salles ALF. III. La relación médico-paciente. *In*: Luna F, Salles ALF. *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*. 1ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008, 137-64.
- (10) Patrão Neves M. Introdução: a bioética como reflexão e como prática. *In*: Patrão Neves M. (Coord.) *Comissões de ética: das bases teóricas à atividade quotidiana*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002, p. 30.
- (11) Unesco. Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 [Internet]. [Acesso em 24 jul 2015]. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>
- (12) Alexander S. “They Decide Who Lives, Who Dies - Medical miracle and a moral burden of a small committee” [Internet]. *Life*, 1962, Nov 9: 102-8. [Acesso em 28 jul 2015]. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=qUoEAAAAMBAJ&pg=PA102&lpg=PA102&dq=shana+alexander+eles+decide+who+lives+who+dies&source=bl&ots=9aLo7dg6gc>

&sig=uQJLDoZrhJrq48uBKrdenPKISkw&hl=pt-BR&sa=X&sqi=2&ved=0CDkQ6AEwA2oVChMIsYfimbH-xgIV0K-ACh1RGABA#v=onepage&q=shana%20alexander%20eles%20decide%20who%20lives%20who%20dies&f=false

(13) Beecher HK. Ethics and clinical research. *N Engl J Med*. 1966 Jun 16; 274 (24): 1354-60.

(14) Conselho Federal de Medicina. Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso). Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

(15) Beauchamp TL, Childress JF. *Principles of Biomedical ethics*. New York: Oxford University Press, 2013.

(16) Berlinguer G. *Questões de vida (ética, ciência, saúde)*. Tradução de Maria Patricia de Saboia Orrico, Mauro Porru e Shirley Morales Gonçalves. Salvador-São Paulo-Londrina: APCE-HUCITEC-CEBES, 1993, p. 13.

(17) Berlinguer G. *Ibid.*, p. 19-20.

(18) *Ibid.*, p. 20.

(19) *Ibid.*, p. 31.

(20) *Ibid.*, p. 21-2.

(21) *Ibid.*, p. 21.

(22) Garrafa V. Bioética, saúde e cidadania. In: Barchifontaine CP, Pessini L (Orgs.). *Bioética: alguns desafios*. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 42.

(23) *Ibid.*, p. 37.

(24) *Ibid.*, p. 37-8.

(25) Conferência Internacional sobre la Promoción de la Salud. Bogotá, 1992. Declaración de Santa Fé de Bogotá, 1992 apud Garrafa V. *Bioética, saúde e cidadania*. In: Barchifontaine CP, Pessini L (Orgs.). *Bioética: alguns desafios*. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 40.

(26) Garrafa V. *Bioética, saúde e cidadania*. In: Barchifontaine CP, Pessini L (Orgs.). *Bioética: alguns desafios*. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 36.

(27) Persistência. *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa (DPLP)* [Internet]. [Acesso em 17 jan 2016]. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/persist%C3%Aancia>

(28) Persistente. *Dicionário Online - Dicionários Michaelis* [Internet]. [Acesso em 17 jan 2016]. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=persistente>

(29) Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia. – Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

(30) Emergente. Dicionário Online - Dicionários Michaelis [Internet]. [Acesso em 17 fev 2017]. Disponível em:
<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=emergente>

(31) Emergente. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [Internet], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/emerge> [Acesso em 14 fev 2015].

(32) Conselho Federal de Medicina. RESOLUÇÃO CFM nº 2.121/2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. (Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117). [Acesso em 20 fev 2016]. Disponível em:
http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf

(33) Nogueira RP. Do físico ao médico moderno: a formação social da prática médica. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

(34) *Ibid.*, p. 109.

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

(36) *Ibid.*, p. 01.

(37) Foucault M. A ordem do discurso. São Paulo: Edições Loyola, 2009. p. 10.

(38) *Ibid.*, p. 8-9

(39) *Ibid.*, p. 9

(40) Dantas Filho VP, De Sá FC. O cuidado na prática médica. O Mundo da Saúde São Paulo: 2009;33(2):189-194.

(41) Molière. O Doente Imaginário. Tradução Daniel Fresnot. 2ª Ed. São Paulo: Martins Claret, 2003, p. 125.

(42) Foucault M. *Op. Cit*, 2009. p. 19.

(43) *Ibid.*, p. 13.

(44) *Ibid.*, p. 17

(45) *Ibid.*, p. 17-8

(46) *Ibid.*, p. 21.

(47) *Ibid.*, p. 22.

(48) Soares Jussara Calmon Reis de Souza, Camargo Jr. Kenneth Rochel. A autonomia do paciente no processo terapêutico como valor para a saúde. Interface (Botucatu) [Internet]. 2007 Abr [citado 2017 Abr 21]; 11(21): 65-78. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832007000100007&lng=pt. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-32832007000100007>.

(49) Caprara A, Rodrigues J. A relação assimétrica médico-paciente: repensando o vínculo terapêutico. Ciênc. saúde coletiva v.9 n.1 Rio de Janeiro, 2004.

(50) Foucault M. *Op. Cit.*, 2009, p. 26

(51) *Ibid.*, p. 27-9

(52) *Ibid.*, p. 37

(53) *Ibid.*, p. 29.

(54) *Ibid.*, p. 27.

(55) Oselka G (Coord.). Atestado médico: prática e ética. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013.

(56) *Ibid.*, p. 30

(57) *Ibid.*, p. 35

(58) *Ibid.*, p. 35.

(59) Foucault M. *Op. Cit.*, p. 32-3.

(60) Diálogo. Dicionário de Português Online [Internet]. [Acesso em 26 fev 2016]. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=di%E1logo>

(61) Cunha AG. Dicionário etimológico da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 216.

(62) Abbagnano N. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

(63) *Ibid.*, p. 275.

(64) *Ibid.*, p. 962.

(65) Schramm FR. O poder do diálogo e o engajamento das pessoas comuns. In: Junges JR, Garrafa V. (Org.) Solidariedade crítica e cuidado: reflexões bioéticas. 1ª ed. São Paulo: Edições Loyola; Centro Universitário São Camilo, 2011, p. 99-107.

(66) *Ibid.*, p. 105.

(67) *Ibid.*, p. 99-107.

(68) *Ibid.*, p. 105.

(69) *Ibid.*, p. 106.

(70) Bohórquez F. El diálogo como mediador de la relación médico - paciente. Revista *ieRed: Revista Electrónica de la Red de Investigación Educativa* [Internet] Vol.1, No.1 (Julio-Diciembre de 2004). ISSN 1794-8061 [Acesso em 27 fev 2016]. Disponível em: <http://revista.iered.org>

(71) Sournia JC. História da medicina. Tradução Jorge Domingues Nogueira. Lisboa: Instituto Piaget; 1995.

(72) *Ibid.*, p. 251.

(73) Jaspers K. O médico na era da técnica. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1998.

(74) Reiser SJ. History of Medical Technology. In: Post SG, editor in chief. *Encyclopedia of bioethics*. 3ª ed. vol. 5. New York: Macmillan Reference USA; 2004, p. 2497-503.

(75) Caprara A, Franco ALS. A Relação paciente-médico: para uma humanização da prática médica. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 15(3):647-654, jul-set, 1999

(76) Rodrigues CFA. Considerações éticas sobre a medicina contemporânea: uma reflexão pontual. *Revista Bioética* [Internet] 2010; 18 (2): 373-9. [Acesso em 28 fev 2016]. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/570/542

(77) Chehuen Neto, Simarco MT, Silva FR, Souza CF, Pereira FS. Confiabilidade no médico relacionada ao pedido de exame complementar. *HU rev.*, Juiz de Fora, v.33, n.3, p.75-80, jul./set. 2007.

(78) *Ibid.*, p. 75.

(79) Comte-Sponville A. Poder e saber: a propósito dos médicos, da tirania e do ridículo. In: *Valor e verdade: estudos cínicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 223. Trata-se da redução a termo de uma conferência pronunciada a uma plateia de médicos no colóquio "Médecine et humanisme" em Paris, em março de 1991.

(80) *Ibid.*, p. 223.

(81) *Ibid.*, p. 233.

(82) *Ibid.*, p. 236.

(83) Pascal B. *Pensées. Oeuvres complètes*, Seuil: Lafuma, 1963 apud Comte-Sponville A. Poder e saber: a propósito dos médicos, da tirania e do ridículo. In: *Valor e verdade: estudos cínicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

- (84) Pascal B. Pensamentos [Internet]. Versão para eBook. 2002. [Acesso em 26 fev 2016]. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/pascal.html#24>
- (85) Comte-Sponville A. Poder e saber: a propósito dos médicos, da tirania e do ridículo. In: Valor e verdade: estudos cínicos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 240.
- (86) *Ibid.*, p. 241.
- (87) Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [Internet]. Brasília, DF, 1988. [Acesso em 27 fev 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm
- (88) Foucault M. *Op. Cit.*, 2009. p. 45.
- (89) Foucault M. História da sexualidade I: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.
- (90) Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil [Internet]. Brasília, DF, 2002. [Acesso em 27 fev 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm
- (91) Oliveira MRM. A judicialização da saúde no Brasil. *Tempus Actas de Saúde Coletiva*, Brasília, DF, v. 7, n. 1, p. 79-90, abr. 2013.
- (92) Gontijo GD. A judicialização do direito à saúde. *Rev Med Minas Gerais* 2010; 20(4): 606-611.
- (93) Campos RAC, Camargo RAE, Neves LR. The judicialization of the medical act. *Braz. j. otorhinolaryngol.* [Internet]. 2016 Fev [citado 2017 Mar 20]; 82(1): 1-2. [Acesso em 17 fev 2017]. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-86942016000100001&lng=pt. <http://dx.doi.org/10.1016/j.bjorl.2015.12.002>.
- (94) Estadão. Saúde. “Em 4 anos, número de processos por erro médico cresce 140% no STJ Entre 2010 e 2014, recursos saltaram de 260 para 626, mostra levantamento obtido com exclusividade pelo 'Estado'; no mesmo período, 18 profissionais tiveram registros cassados por conselho” [Acesso em 20 mar 2017]. Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,em-4-anos-numero-de-processos-por-erro-medico-cresce-140-no-stj-imp-,1655442>
- (95) Carnelutti F. Como nasce o direito. São Paulo: Editora Pillares, 2015.
- (96) Rousseau JJ. O contrato social. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 32-3.
- (97) Carnelutti F. *Op. Cit.*, 2015, p. 24.
- (98) *Ibid.*, p. 64.
- (99) Lucena Filho HL. A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da Justiça Brasileira. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. (Org.). Anais do XXI Encontro

Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - 'Sistema Jurídico e Direitos fundamentais Individuais e Coletivos'. 56ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. 21, p. 34-64.

(100) Theodoro Júnior, Nunes D, Bahia AF. Novo CPC: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

(101) Vasconcelos C. Responsabilidade médica e judicialização na relação médico-paciente. Rev. Bioét. (Impr.) 2012; 20 (3): 389-96.

(102) Campos RAC, Camargo ERA, Neves LR. The judicialization of the medical act. Braz J Otorhinolaryngol. 2016;82(1):1.

(103) Minossi JG, Silva AL. Medicina defensiva: uma prática necessária?. Rev. Col. Bras. Cir. 2013; 40(6): 494-501.

(104) Rodríguez Almada H. De la medicina defensiva e la medicina asertiva. Rev méd Urug. 2006;22(3):167-8.

(105) *Ibid.*, p. 167.

(106) Brasil. Conselho Federal de Medicina [Internet]. Recomendação CFM Nº 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. [Acesso em 30 nov 2016]. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf

(107) Tamayo CT, Sánchez-González JM. Medicina asertiva: una propuesta contra la medicina defensiva. Ginecol Obstet Mex 2005; 75(10): 553-9.

(108) *Ibid.*, p. 557-8.

(109) MACHADO, MH., coord. Os médicos no Brasil: um retrato da realidade. [Internet]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1997. 244 p.117 ISBN: 85-85471-05-0. [Acesso em 17 fev 2017]. Disponível Em: <http://books.scielo.org>.

(110) Aline Albuquerque, Pedro Austin e Gabriela Alves Mendes Vieira. A prática médica e os Direitos Humanos. In: Albuquerque A (Org.). Manual de direitos humanos para médicos. Brasília: FENAM; UniCEUB, 2014, p. 25-35.

(111) *Ibid.*, p. 34.

(112) Campos RAC, Camargo ERA, NevesLR. The judicialization of the medical act. Braz J Otorhinolaryngol. 2016; 82(1):2.

(113) Costa FD, Azevedo RCS. Empatia, Relação Médico-paciente e Formação em Medicina: um Olhar Qualitativo. Rev. bras. educ. med. 34 (2) : 261-69; 2010.

(114) Kant I. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 29.

(115) Navarro. Kant. In: Canto-Sperber M (Org.) Dicionário de ética e filosofia moral. Vol. 2. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 506.

(116) Cavalieri Filho S. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 16.

(117) *Ibid.*, p. 47.

(118) Jonas H. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 165.

(119) *Ibid.*, p. 168.

(121) Conselho Federal de Medicina. Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. [Internet] [Acesso em 15 fev 2017]. Disponível em:
http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122

(122) Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.023/2013. Aprova as normas processuais que regulamentam as sindicâncias, processos ético-profissionais e o rito dos julgamentos nos Conselhos Federal e Regionais de Medicina [Internet]. Publicada no D.O.U. de 28 de agosto de 2013, Seção I, p. 83-85. Modificada pela Resolução CFM n. 2065/2013. [Acesso em 12 mai 2016]. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2023_2013.pdf

(123) Brasil. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências [Internet]. Publicado no DOU de 1.10.1957. [Acesso em 12 mai 2016]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm

(124) Castro JM. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Método, 2005, p. 46.

(125) Jonas H. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 166.

(126) Montesquieu. O espírito das leis [Internet]. [Acesso em 16 mai 2016]. Disponível em:
http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf

(127) Brasil. Lei nº 13.270, de 13 de abril de 2016. Altera o art. 6º da Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, que dispõe sobre o exercício da Medicina [Internet]. Publicado no DOU de 14.4.2016. [Acesso em 12 mai 2016]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13270.htm#art1

(128) Brasil. Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina [Internet]. Publicado no DOU de 11.7.2013. [Acesso em 12 mai 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm

(129) Brasil. Lei de 11 de agosto de 1827. Crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. [Internet] [Acesso em 12

mai 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-11-08-1827.htm

(130) São Paulo. Tribunal de Justiça. Número: 0001/2011, Origem: CRM-MG, Relator: José Hiran da Silva Gallo. Publicado no D.O.U.: 29/05/2012, seção: I. p. 151.

(131) São Paulo. Tribunal de Justiça. APL: 00102374820048260004 SP 0010237-48.2004.8.26.0004, Relator: Erickson Gavazza Marques, Data de Julgamento: 03/06/2015, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/07/2015

(132) Kfourri Neto M. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 92.

(133) Gomes JCM, França GV. Erro médico. In: Costa SIF, Oselka G, Garrafa V (Coord.) Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 244.

(134) Albuquerque A. Direitos humanos dos pacientes. Curitiba: Juruá, 2016.

(135) *Ibid.*, p. 77.

(136) Arendt H. A condição humana. Tradução Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária; 2004.

(137) *Ibid.*, p. 253.

(138) Neuberg M. Responsabilidade. In: Canto-Sperber M (Org.) Dicionário de ética e filosofia moral. Vol. 2. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 506.

(139) Platão. A república. São Paulo: Martin Claret; 2000, p. 29.

(140) Castro JM. *Op. Cit*, 2005, p. 139.

(141) Maldonado JC. Iatrogenia e erro médico: sob o enfoque da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

(142) *Ibid.*, p. 28.

(143) Castro JM. *Op. Cit*, 2005, p. 140.

(144) Reis Cláudia Tartaglia, Martins Mônica, Laguardia Josué. A segurança do paciente como dimensão da qualidade do cuidado de saúde: um olhar sobre a literatura. Ciênc. saúde coletiva [Internet]. 2013 Jul [citado 2017 Abr 21]; 18(7): 2029-2036. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000700018&lng=pt. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232013000700018>.

(145) Fortes PAC. Aspectos ético-jurídicos da responsabilidade civil do médico em Prática liberal. Rev. Saúde Pública vol.24 no.6 São Paulo, 1990

(146) Gomes JCM, França GV. Erro médico. In: Costa SIF, Oselka G, Garrafa V (Coord.) Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 244-5.

- (147) Diniz MH. O estado atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 687.
- (148) Foucault M. *Op. Cit.*, 2009, p. 35.
- (149) Aristóteles. Ética a Nicômaco. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 62-3.
- (150) Cordeiro F, Mendonça S, Oliveira JPDB, Nogueira VFP. Responsabilidade civil do médico e a inversão do pensamento jurídico sobre o tipo da atividade. *Rev bras Coloproct*, 2011;31(1): 58-63.
- (151) Gadamer HG. O mistério da saúde: o cuidado da saúde e a arte da medicina. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2009.
- (152) *Ibid.*, p. 144.
- (153) *Ibid.*, p. 145.
- (154) Patrão Neves M. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*. 2006: 2 (2): 157-72.
- (155) Arendt H. A condição humana. Tradução Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária; 2004, p. 248-9.
- (156) *Ibid.*, p. 249.
- (157) Maldonado JC. *Op. Cit.*, 2009, p. 06.
- (158) Tribunal Regional Federal da 2ª Região [Internet]. AC: 200251010028499 RJ 2002.51.01.002849-9, Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, Data de Julgamento: 31/08/2011, Oitava Turma Especializada, Data de Publicação: 09/09/2011 – p. 327
- (159) Kfoury Neto M. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.
- (160) *Ibid.*, p. 40.
- (161) Fortes PAC. Aspectos ético-jurídicos da responsabilidade civil do médico em Prática liberal. *Rev. Saúde Pública* vol.24 n°.6 São Paulo, 1990, p. 520.
- (162) Kant I. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Editora Martin Claret; 2005, p 115.
- (163) Kant I. *Op. Cit.*, 2005, p 116.
- (164) 139 Platão. *Op. Cit. 2000*, p. 78.
- (165) Kant I. *Op. Cit.*, 2005, p. 123.
- (166) *Ibid.*, p. 127.
- (167) Pavão A. Kant e-Prints. Campinas, Série 2, v.6, n.2, p. 12-28, jul-dez., 2011.

- (168) Foucault M. A coragem da verdade: o governo de si e dos outros. II: curso no Collège de France (1983-1984). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- (169) Garrafa V, Porto D. Bioética, poder e injustiça: por uma ética de intervenção. In: Garrafa V, Pessini L (Orgs.). São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética/Centro Universitário São Camilo/Edições Loyola, 2003.
- (170) Garrafa V, Azambuja LEO. Epistemología de la bioética – enfoque latino-americano. RBB. 2007; 3(3): 334-59.
- (171) Porto D. Bioética de intervenção: retrospectiva de uma utopia. In: Porto D, Garrafa V, Martins GZ, Nascimento S. Brasília: CFM/Cátedra Unesco de Bioética/SBB; 2012.
- (172) Renaud M. Solitude e vulnerabilidade. In: Carvalho AS, coordenadora. Bioética e vulnerabilidade. Coimbra: Edições Almedina; 2008. p. 16.
- (173) *Ibid.*, p. 11-20.
- (174) Maquiavel N. O Príncipe. Tradução Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM; 2002.
- (175) Rousseau JJ. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo: Martin Claret; 2004.
- (176) BBC Brasil. G1 Mundo [Internet]. EUA pedem desculpas por espalhar gonorreia e sífilis na Guatemala: Experimento americano infectou quase 700 pessoas com sífilis e gonorréia para testar vacinas. [Acesso em 04 fev 2010]. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/10/eua-pedem-desculpas-por-espalhar-gonorreia-e-sifilis-na-guatemala.html>
- (177) Ten Have H. Vulnerability: a challenge to contemporary bioethics. In: Porto D, Schlemper B, Martins GZ, Cunha T, Hellmann F, eds. Bioética: Saúde, Pesquisa Educação. Brasília: CFM/SBB; 2014: 37-48.
- (178) Solbakk JH. The principle of respect for human vulnerability and global bioethics. In: Chadwick R, ten Have H, Meslin E, eds. The SAGE Handbook of Health Care Ethics: Core and Emerging Issues. Los Angeles/London/New Delhi/Singapore/Washington, DC: SAGE; 2011: 228-38.
- (179) Rendtorff JD. Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability—towards a foundation of bioethics and biolaw. *Medicine, Health Care and Philosophy* 2002; 5(3): 235-44.
- (180) Cunha TR, Garrafa V. Vulnerability: a key principle of Global Bioethics? *Cambridge Quarterly healthcare Ethics*. 25:197-208; 2016.
- (181) Lorenzo C. Los instrumentos normativos em ética de la investigación em seres humanos em América Latina: análisis de su potencial eficacia. In Keyeux, G., Penchaszadeh, V. E Saada, A. Ética de la Investigación em seres humanos y políticas de salud pública. Pg 167. Unibiblos, UNESCO, 2007

- (182) Garrafa V, Prado MM. Mudanças na Declaração de Helsinki: fundamentalismo econômico, imperialismo ético e controle social. *Cadernos de Saúde Pública* 2001; 17:1489-1496
- (183) Correa FJL. Pobreza, vulnerabilidad y calidad de vida en América Latina. *Retos para la bioética. Acta Bioethica* 2011; 17 (1): 19-29
- (184) Kant I. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Editora Martin Claret; 2005. p. 85.
- (185) Anjos MF. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. *Revista Brasileira de Bioética*. 2006; 2 (2): 173-86.
- (186) Kemp P, Rendtorff JD. Princípio de vulnerabilidade. In: Hottois G, Missa JN. *Nova Enciclopédia da Bioética: medicina, ambiente, tecnologia*. Tradução Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget; 2003, p. 688.
- (187) Hermeren G. Integridade. In: In: Hottois G, Missa JN. *Nova Enciclopédia da Bioética: medicina, ambiente, tecnologia*. Tradução Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget; 2003. p. 439.
- (188) Unesco. International Bioethics Committee. Report of IBC on the principle of respect for human vulnerability and personal integrity. SHS/EST/CIB-17/10/CONF.501/2 Rev 2. Paris, 22 June 2011, 1-15.
- (189) Unesco. Core curriculum. Section 1: syllabus ethics education programme. SHS/EST/EEP/2008/PI/1 Rev. 2008, 1-71.
- (190) Foucault M. *Microfísica do poder*. Organização e tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal; 1979, p. 1.
- (191) Molière. *O doente imaginário*. São Paulo: Martin Claret; 2003.
- (192) Coelho EQ, Coelho AQ, Cardoso JED. Informações médicas na internet afetam a relação médico-paciente?. *Rev. Bioét.* [Internet]. 2013 Abr [citado 2016 Set 07]; 21(1): 142-149. [Acesso em 17 fev 2017]. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000100017&lng=pt. <http://dx.doi.org/10.1590/S1983-80422013000100017>.
- (193) Cabral RV, Trevisol FS. *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, 54 (4): 416-420, out.-dez. 2010.
- (194) Sontag S. *Doença como metáfora, AIDS e suas metáforas*. São Paulo: Companhia das Letras; 2007. p. 11.
- (195) Canguilhem G. *Escritos sobre a medicina*. Tradução Vera Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária; 2005.
- (196) Garrafa V. Inclusão social no contexto político da Bioética. *RBB*. 2005; 1 (2): 122-32.
- (197) *Ibid.*, p. 128.

(198) *Ibid.*, p. 129.

(199) Freire, P. *Pedagogia do oprimido*. 59. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

(200) G1 Bauru e Marília. Médica anestesista faz greve de fome contra decisão da Justiça em Palmital Liminar obrigou médicos da Santa Casa a voltar ao trabalho: Funcionários e médicos especialistas estão com salários atrasados. [Acesso em 12 dez 2016]. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2016/11/medica-anestesista-faz-greve-de-fome-contra-decisao-da-justica-em-palmital.html>

(201) Machado MH (Coord.). *Os médicos no Brasil: um retrato da realidade*. [Internet]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1997, p. 179. [Acesso em 17 fev 2017] Disponível em: <http://static.scielo.org/scielobooks/bm9qp/pdf/machado-9788575412695.pdf>

(202) Freire, P. *Pedagogia do oprimido*. 59. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 41.

(203) *Ibid.*, p. 43.

(204) *Ibid.*, p. 49.

(205) Freire P. *Ação cultural para a liberdade*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

(206) Freire, P. *Op. Cit.*, 2015, p. 45.

(207) Sen A. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

(208) Shor I, Freire P. *Medo e ousadia: o cotidiano do professor*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

(209) *Ibid.*, p. 31.

(210) *Ibid.*, p. 33.

(211) Sen A. *Op. Cit.*, 2000, p. 36.

(212) Comte-Sponville A. *Op. Cit.*, 2008.

(213) Shor I, Freire P. *Medo e ousadia: o cotidiano do professor*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 11.

(214) *Ibid.*, p. 134.

(215) *Ibid.*, p. 138.

(216) Garrafa V. *Op. Cit.* 2005, p. 122-32.

(217) *Ibid.*, p. 128.

(218) *Ibid.*, p. 129.

(219) Cunha AG. Dicionário etimológico da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 239.

(220) Garrafa V. *Op. Cit.*, 2005, p.129.

(221) Schopenhauer A. A arte de escrever. Porto Alegre: L&PM, 2007, p. 41.

(222) *Ibid.*, p. 42.

(223) *Ibid.*, p. 46.

(224) *Ibid.*, p. 39.

(225) Maldonado de Carvalho JC. Mediação: aplicação no Brasil. R. CEJ, Brasília, n. 17, p. 58-9, abr./jun. 2002.

(226) Santos MA. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1999.

(227) Brasil. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 [Internet]. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. [Acesso em 14 mar 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm

(228) Brasil. Conselho nacional de Justiça [Internet]. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. [Acesso em 21 jan 2017]. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf

(229) Frey MA. Alternative Methods of Dispute Resolution. New York: Delmar Learning, 2003.

(230) Conselho Nacional de Justiça [Internet]. Manual de Mediação Judicial. Brasília-DF, 2016. [Acesso em 14 mar 2017]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2d4dbfec54.pdf>

(231) Warat LA. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. Revista Sequência n. 24 set. 1992, p. 36-54.

(232) Theodoro *Op. Cit.*, Forense, 2015 p. 242.

(233) Sena AG. Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.46, n.76, p.93-114, jul./dez.2007.

(234) Didier Jr, F. *Op. Cit.*, p. 270.

(235) Didier Jr, F. *Op. Cit.*, p. 271.

(236) Heterodecomposição. Inc: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [Internet], 2008-2013. [Acesso em 02 fev 2017]. Disponível Em: <https://www.priberam.pt/dlpo/heterocomposi%C3%A7%C3%A3o>

(237) Conselho Nacional de Justiça. [Internet] [Acesso em 01 mar 2017] p. 32 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>

(238) Theodoro *Op. Cit.*, Forense, 2015 p. 242

(239) Rosenblatt A, Martins A. Mediação e transdisciplinaridade. In: Almeida T, Pelajo S Jonathan E (Coord.). Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 145.

(240) Vezzulla, Juan Carlos. Teoria e prática da Mediação. Curitiba: Instituto de Mediação, 1995. p. 15

(241) Didier Jr, F. *Op. Cit.*, p. 276.

(242) *Ibid.*, p. 277.

(243) *Ibid.*, p. 99.

(244) Boa-fé. In: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [Internet], 2008-2013, [Acesso em 01 fev 2017]. <https://www.priberam.pt/dlpo/boa-f%C3%A9>

(245) Brasil. Conselho nacional de Justiça. Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais [Internet]. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. [Acesso em 21 jan 2017]. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf

(246) Conselho Nacional de Justiça [Internet]. Conselho aprova nova resolução para reduzir judicialização da saúde. [Acesso em 14 mar 2017]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83333-conselho-aprova-nova-resolucao-para-reduzir-judicializacao-da-saude>

(247) Edais PVL, Aragão FT, Luciana s, Serpa OCG, Míriam V. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciênc. saúde coletiva*. 2010; 15(5): 2405-2414.

(248) Biehl J, Petryna A. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. *Hist. cienc. saude-Manguinhos*. 2016, vol.23, n.1, pp.173-192.

- (249) Secretaria de Saúde do estado da Bahia [Internet]. Câmara de Conciliação de Saúde será inaugurada na sexta-feira (25) visando atender pedidos de medicamentos. [Acesso em 11 mar 2017]. Disponível em: http://www.saude.ba.gov.br/novoportal/index.php?option=com_content&view=article&id=11382:camara-de-conciliacao-de-saude-sera-inaugurada-na-sexta-feira-25-visitando-atender-pedidos-de-medicamentos&catid=13:noticias&Itemid=25
- (250) Conselho nacional de Justiça [Internet]. Câmara de Saúde entra em funcionamento com 100% de acordos na Bahia. [Acesso em 10 mar 2017]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84122-camara-de-conciliacao-de-saude-alcanca-100-de-acordos-na-bahia>
- (251) Secretaria de Saúde do estado da Bahia [Internet]. Câmara de Conciliação de Saúde será inaugurada na sexta-feira (25) visando atender pedidos de medicamentos. [Acesso em 11 mar 2017]. Disponível em: http://www.saude.ba.gov.br/novoportal/index.php?option=com_content&view=article&id=11382:camara-de-conciliacao-de-saude-sera-inaugurada-na-sexta-feira-25-visitando-atender-pedidos-de-medicamentos&catid=13:noticias&Itemid=25
- (252) Conselho Nacional de Justiça [Internet]. CNJ divulga vencedores do Prêmio “Conciliar é Legal” 2016. [Acesso em 08 mar 2014]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84236-cnj-divulga-vencedores-do-premio-conciliar-e-legal-2016>
- (253) Associação dos Magistrados de Sergipe [Internet]. Projeto ‘pare, concilie e siga’ ganha prêmio conciliar é legal do CNJ. [Acesso em 11 mar 2017]. Disponível em: <http://www.amase.com.br/leitura/4507/4/projeto-%E2%80%98pare,-concilie-e-siga%E2%80%99-ganha-pr%C3%AAmio-conciliar-%C3%A9-legal-do-cnj>
- (254) Lucena Filho HL. A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da Justiça Brasileira. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. (Org.). Anais do XXI Encontro Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - 'Sistema Jurídico e Direitos fundamentais Individuais e Coletivos'. 56ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. 21.
- (255) Pagani LPF, Lourenzatto CR, Torres JG, Oliveira AAS. Bioética de intervenção: aproximação com os direitos humanos e empoderamento. Revista Brasileira de Bioética. 2007;3(2):191-216. (p. 204-5)
- (256) Vasconcelos CE. Um programa para a capacitação de mediadores de conflitos no Brasil. In: Almeida T, Pelajo S Jonathan E (Coord.). Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 855.
- (257) Souza Neto CP, Gilmar FM, Lenio LS, Sarlet IW, Leoncy LF, Canotilho JJ. Direito fundamental à igualdade. In: Canotilho, J. J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 222-9.
- (258) Cruz MR, Trindade ES. Bioética de intervenção: uma proposta epistemológica e uma necessidade para sociedades com grupos sociais vulneráveis. Revista Brasileira de Bioética. 2006;2(4):483-99.

(259) Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. [Internet] [Acesso em 14 mar 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm.

(260) Hipossuficiente. Inc: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [Internet], 2008-2013. [Acesso em 20 mar 2017] Disponível em: <https://www.priberam.pt/dlpo/hipossuficiente>.

(261) Junges JR. Consenso y persuasión. In: Tealdi JC. Diccionario Latinoamericano de Bioética. Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 104.

(262) Nascimento Júnior PG, Guimarães TMM. A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos. Revista Bioética [Internet] 2003; 11 (1): 101-12. [Acesso em 01 mar 2017] Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/152/156

(263) Porto D. Bioética de intervenção: Retrospectiva de uma Utopia. In: Porto D, Garrafa V, Martins GZ, Barbosa SN, coordenadores. Bioéticas, poderes e injustiças: 10 anos depois. Brasília: CFM; 2012. p. 109.

(264) Feitosa SF, Nascimento WF. A bioética de intervenção no contexto do pensamento latino-americano contemporâneo. Rev. bioét. (Impr.). 2015; 23 (2): 277-84, p. 282.