

DIREITO À INFORMAÇÃO DO USUÁRIO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: UM ESTUDO SOBRE OS POSSÍVEIS IMPACTOS NA TOMADA DE DECISÃO DO PACIENTE

RIGHT TO INFORMATION OF USERS OF PUBLIC HEALTH IN BRAZIL: A STUDY ON THE POSSIBLE IMPACTS ON PATIENT DECISION-MAKING

Luiz Matheus Silva Alves⁴²
Nelson Ricardo C. Silveira⁴³

RESUMO

O direito à saúde é reconhecido como um direito fundamental de segunda dimensão. Logo, uma garantia de todos e um dever do Estado. Conforme a Organização Mundial de Saúde (OMS) o paciente tem direito a saber de todas as informações atinentes ao seu atendimento e protocolo de conduta (OMS, 2021). Mesmo com toda pretensão de organização da saúde no Brasil, várias são as dificuldades encontradas pelo usuário para garantir a fiel execução de tais garantias. A falta de acesso a sua real condição de saúde é um fator que contribui para o insucesso do pleno exercício dos serviços de saúde, em especial administração de medicamento pela população. Diante disso, essa pesquisa tem como problemática verificar quais as implicações da falta de informação quando do atendimento na rede de saúde pública para o exercício do direito fundamental à saúde. Assim, parte-se do pressuposto que o real exercício do direito à saúde deve ser compreendido na sua acepção ampla o que contempla outras garantias como o acesso à informação. Para a realização desse estudo foi desenvolvida uma pesquisa do tipo exploratória realizada a partir de uma abordagem qualitativa em artigos científicos, textos normativos e doutrina. Enquanto critério de inclusão, utilizou-se as palavras-chave que permitiram a delimitação e pertinência temática. Quanto ao método, de forma primordial, observou-se a aplicação do dedutivo. Ainda que os impactos do acesso à informação para a tomada de decisão do paciente não sejam um todo determinado, seus efeitos já são perceptíveis nas esferas sociais e afetam diretamente as relações obrigacionais dos profissionais que prestam serviços na rede pública de saúde. Assim, justifica-se essa pesquisa.

Palavras-chave: Garantia à saúde. Informação. Decisão do paciente.

ABSTRACT

The right to healthcare is recognized as a fundamental right of second dimension. Therefore, a guarantee of all and a responsibility of the State. According to the World Health Organization (WHO), patients have the right to know all the information regarding their care and protocol of conduct (WHO, 2021). Even with all the intention of organizing healthcare in Brazil, there are several difficulties found by the user to ensure the accurate execution of such guarantees. The lack of access to their real health condition is a factor that contributes to the failure of the full exercise of health services, especially drug administration by the population. Therefore, this research has as problematic to verify the implications of the lack of information when attending the public healthcare institution for the exercise of the fundamental right to healthcare. Thus, it is assumed that the actual exercise of the right to health must be understood in its broad sense, which includes other guarantees such as the access to information. In order to carry out this study, an exploratory research was carried out based on a qualitative approach in scientific articles, normative texts and doctrine. As an inclusion criterion, the keywords that allowed the delimitation and thematic relevance were used. In terms of method, in a primordial way, the application of the deductive was observed. Although the impacts of access to information for patient decision-making are not a determined whole, their effects are already perceptible in the social spheres and directly affect the mandatory relationships of professionals who provide services in the public healthcare institution. This research is therefore justified.

Keywords: Health guarantee. Information. Decision.

⁴² Graduando em Direito pela Faculdade Quirinópolis. E-mail: sluzmatheus@gmail.com

⁴³ (Orientador) Docente do Curso de Direito da Faculdade Quirinópolis. E-mail: nelson.rc.silveira@gmail.com

INTRODUÇÃO

Desde 1988, com a promulgação da Carta Cidadã de 1988, subscreveu-se e elevou-se alguns direitos ao nível constitucional, gerando, assim, uma alta expectativa na realização de direitos e, com isso, na superação de desigualdades sociais históricas. No entanto, passados anos da inauguração dessa nova ordem jurídica, há ainda inúmeras dificuldades e desafios a serem superados e enfrentados na efetivação desses direitos, dentre os quais se destaca o direito à saúde e o de acesso à informação.

Conforme a Organização Mundial de Saúde (OMS) o paciente tem direito à saber todas as informações atinentes ao seu atendimento e protocolo de conduta (OMS, 2021). Mesmo com toda pretensão de organização da saúde no Brasil, várias são as dificuldades encontradas pelo usuário para garantir a fiel execução de tais garantias.

A falta de acesso a sua real condição de saúde é um fator que contribui para o insucesso do pleno exercício dos serviços de saúde, em especial administração de medicamento pela população. Arelada a essas dificuldades podem ser destacadas gerenciamento das informações e, principalmente, a falta de comunicação clara e acessível pelos profissionais da saúde que possibilitem os usuários saberem de sua condição e poderem tomar uma decisão que, de fato, venham a corroborar com a evolução do seu quadro clínico.

Diante disso, essa pesquisa tem como problemática verificar quais as implicações da falta de informação quando do atendimento na rede de saúde pública para o exercício do direito fundamental à saúde. Assim, parte-se do pressuposto que o real exercício do direito à saúde deve ser compreendido na sua acepção ampla o que contempla outras garantias como o acesso à informação. Ademais, a partir do conhecimento real de seu estado, o paciente pode tomar uma decisão consciente e escolher a melhor conduta para o enfrentamento da sua condução.

Essa pesquisa, de forma geral, buscou compreender o direito de informação do paciente usuário da rede pública de saúde. De forma específica, procurou verificar a construção histórica do direito à saúde; reconhecer a importância das interrelações entre os sujeitos que compõem o atendimento de saúde incluindo o paciente; e, por fim, compreender o direito à informação como uma face do direito à garantia a saúde.

Para a realização desse estudo foi desenvolvida uma pesquisa do tipo exploratória realizada a partir de uma abordagem qualitativa em artigos científicos, textos normativos e doutrina. Enquanto critério de inclusão, utilizou-se as palavras chave que

permitiram a delimitação e pertinência temática. Quanto ao método, de forma primordial, observou-se a aplicação do dedutivo.

Ainda que os impactos do acesso à informação para a tomada de decisão do paciente não sejam um todo determinado, seus efeitos já são perceptíveis nas esferas sociais e afetam diretamente as relações obrigacionais dos profissionais que prestam serviços na rede pública de saúde. Logo, é fundamental que os estudos sobre tal objeto e sem impacto social. Sendo esse estudo inovador, essa busca trazer novas contribuições para a percepção do objeto quando da perspectiva científica. Com esses elementos, justifica-se essa pesquisa.

1 DIREITO À SAÚDE

Segundo a OMS (1994) a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças. Como se vê, o conceito de saúde, não está diretamente relacionado à existência de um mal. Juridicamente, este conceito acaba por tornar mais elástica a necessidade de proteção da saúde do indivíduo, cabendo ao Estado Social elaborar políticas públicas eficazes para a manutenção deste equilíbrio, pois a qualidade de vida não está apenas ligada a questões médicas, mas também envolve tudo que se relaciona ao bem-estar da pessoa humana.

É o que entende Duarte (1994) quando conceitua o direito à saúde: “Direito a saúde integra o conceito de qualidade de vida, porque as pessoas em bom estado de saúde não são as que recebem bons cuidados médicos, **mas sim aquelas que moram em casas salubres**, comem uma comida sadia, em um meio que lhes permite dar à luz, crescer, trabalhar e morrer” (DUARTE, 1994, p. 173, grifo nosso).

Com efeito, esses conceitos envolvem muito mais que doenças e tratamentos médicos, eles se relacionam com a interação integral do indivíduo com o seu meio social. Diante disso, as políticas públicas para as garantias dos direitos constitucionalmente assegurados devem ser abrangentes para que todo o equilíbrio pessoal seja atingido. Neste sentido, prescreveu-se na Lei nº 8080/90, em seu art. 3º que:

Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social (BRASIL, 1990).

Isto posto, emerge o compromisso jurídico, como também o social a respeito desta proteção, tendo em conta que uma vez elevado ao status de direito fundamental, o direito à saúde torna-se norma de aplicabilidade direta e imediata, não podendo ser destituída de efetividade.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) foi a primeira a relacionar o direito à saúde como direito fundamental, inserindo-o entre os direitos sociais, que, diga-se de passagem, foram conquistados a duras penas. É o que se apanha do seu artigo 6º quando estabelece que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

Bahia e Abujamra (2005) bem ilustram a importância e relevância desse direito quando destacam que:

A saúde passa a ser, para o povo brasileiro, um bem prioritário, além de condição sine qua non de cidadania, entendendo-se cidadania como viver de forma digna, segura e produtiva. A garantia de saúde está incluída na ideia de segurança, assim como a garantia de um mínimo de segurança é condição essencial à existência de liberdade (BAHIA; ABUJAMRA 2005, p. 39).

Mais adiante no texto constitucional, dedicou-se uma seção inteira, no capítulo que trata da seguridade social, apenas para esse direito social em particular. A propósito, no artigo 196, da CRFB/88 ficou estampado que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Além da topografia dos preceitos constitucionais indicarem a sua natureza fundamental, cabe destacar que o legislador deixou claro no artigo 2º, da Lei nº 8080/90 que:

A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1990).

No entanto, necessário que se diga que a qualificação do direito à saúde como direito fundamental não se constitui em pura retórica constitucional, desprovida de qualquer relevância jurídica. Segundo pontua Barroso (1996):

A constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua efetividade, aqui considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 1996, p. 83).

Neste contexto, o direito à saúde em seu sentido pleno foi transformado em direito subjetivo, devendo ser tutelado especificamente pelo judiciário, sendo suas determinações ao Poder Executivo imperiosas quanto ao cumprimento das expectativas constitucionais referentes a esses direitos, em especial ao fornecimento de medicamentos.

Além disso, Branco e Mendes (2011) lecionam que,

Para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação a saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde (BRANCO; MENDES 2011, p. 686).

A Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CRFB/88). Consagrou-se, assim, no âmbito normativo interno, o direito à proteção judicial efetiva. Sobre o tema, convém trazer à lume os ensinamentos de Dinamarco (2013):

O inc. XXXV do art.5º da Constituição, antes interpretado como portador somente da garantia da ação, tem o significado político de pôr sob controle os órgãos da jurisdição todas as crises jurídicas capazes e gerar estados de insatisfações às pessoas [...] o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo” (DINAMARCO, 2013, p. 203-204).

No mesmo sentido, tratados e convenções internacionais se preocuparam em dispor em seus textos que tal seria direito do indivíduo oponível ao Estado, conforme se apanha da análise da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH/1948) que

todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Ademais, o Pacto de São José de Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH/1969) postula em seu Art. 8º que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CADH, 1969).

O reportado princípio pressupõe que o Poder Judiciário não poderá excluir da sua apreciação qualquer violação a direito, devendo ser aquele a ferramenta de pacificação social, e com isso deverá ser universalmente acessível, independente das condições sociais do necessitado da justiça. Aqui, vale lembrar o escólio de Melo

(2006):

O direito fundamental de acesso à justiça significa a garantia de uma tutela legítima quanto ao seu comando (adequação à ordem jurídica), tempestiva quanto ao momento de sua prestação, universal quanto ao alcance social por ela proporcionado (acessível a todas as classes, com alcance de um contingente máximo de conflitos) e efetiva pelos resultados materiais atingidos (MELO 2006, p. 684).

Para além deste significado expresso no texto constitucional, o princípio supracitado possui outro implícito: de nada vale ser o Poder Judiciário universal, se aqueles que dele necessitam não têm respostas efetivas dos seus problemas. Sendo este princípio a garantia ofertada pela Constituição ao seu jurisdicionado quando lhe é tolhido o seu direito.

2 CONDOTA MÉDICA DE PROTEÇÃO DE INFORMAÇÃO

A relação médico-paciente mudou bastante com o passar dos tempos. O médico do passado era aquele médico de família, o experiente clínico geral, que aconselhava e era amigo, cujo diagnóstico não se tinha dúvida, pois havia uma relação de confiança. Esse médico passou a perder espaço com o passar dos tempos, e essa relação começou a se

tornar cada vez menos pessoal e mais profissional, seguindo somente aquele contrato firmado.

Para tanto, Venosa (2009) afirma que nessas últimas décadas, a Medicina socializou-se e despersonalizou-se. A necessidade premente de especialização faz com que a relação médico-paciente seja quase exclusivamente profissional.

Porém, mesmo essa relação se tratando quase que exclusivamente profissional, o médico deve manter a sensatez e amenizar as dores dos pacientes e de seus familiares de todas as formas. Sendo bastante compreensivo e atencioso.

Dórea (1999) esclarece que o médico deve confortar, pois o paciente fica abalado quando descobre a sua enfermidade; escutar, pois assim mostra para ele que se importa com a opinião dele; olhar, pois o paciente gosta de ser olhado para perceber que é notado e não que é só mais um registro; e tocar, porque até o simples aperto de mão já antecipa a relação.

Seguindo ainda as premissas de Dórea:

O Código de Ética Médica traz as normas de conduta que devem ser praticadas e observadas pelos médicos. O artigo 2º, Capítulo I, aponta que “o alvo de toda atenção do médico é o ser humano, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor da sua capacidade profissional”. Fica evidente que zelo, apreço, respeito a condição humana, ao lado da competência técnica, são atributos que o profissional deve ter (DÓREA, 1999, p. 199).

Os dados relativos à saúde são os dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental das pessoas, incluindo a prestação de cuidados de saúde, que revelam informações sobre a saúde de uma pessoa. O processamento de categorias especiais de dados pode levar à violação dos direitos e interesses individuais.

Os dados pessoais, que são, pela sua natureza, particularmente sensíveis em relação aos direitos e liberdades fundamentais, merecem proteção específica, uma vez que o contexto do seu tratamento pode criar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais.

Dessa forma, o bom profissional não deve manter a sua relação com o paciente somente como um contrato e uma relação de consumo, e sim, servir a todos com muita atenção e dedicação, evitando assim erros que podem ocasionar danos aos seus pacientes.

Nesse sentido, a Resolução nº 2.217 de 27 de setembro de 2018 e Lei nº 13.787, de 27 de dezembro de 2018, dispõem sobre a digitalização e a utilização de sistemas

informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente. Assim, em seu art. 2º essa versa que o processo de digitalização de

prontuário de paciente será realizado de forma a assegurar a integridade, a autenticidade e a confidencialidade do documento digital.

Ademais, os parágrafos dos referidos artigos ainda versam que:

§ 1º Os métodos de digitalização devem reproduzir todas as informações contidas nos documentos originais. § 2º No processo de digitalização será utilizado certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) ou outro padrão legalmente aceito. § 3º O processo de digitalização deve obedecer a requisitos dispostos em regulamento (BRASIL, 2018).

Leciona Villas-Bôas (2015) que o sigilo profissional, também conhecido como sigilo médico, ou o privilégio médico-paciente, ou o Juramento de Hipócrates, proíbe um profissional médico de divulgar informações sobre o caso de um paciente. Ainda esclarece o autor que esta é uma obrigação muito antiga dentro da profissão médica, que remonta pelo menos ao pai da medicina ocidental, Hipócrates, na Grécia antiga.

Ainda para o autor supracitado, a obrigação é de extrema importância para criar confiança entre o médico e seu paciente e um ambiente de confiança no qual o paciente se sinta confortável. Baseia-se na ideia de que, se os pacientes não puderem confiar na discricção de um médico, eles não procurarão atendimento médico de todo ou reterão informações durante uma consulta. Villas-Bôas (2015) esclarece que se um médico não tiver informações (precisas) sobre a saúde de um paciente, isso pode levar a um diagnóstico impreciso e a um tratamento inadequado, o que pode causar grandes danos à saúde do paciente.

Lembra Moraes (2010) que a informação, no âmbito da relação médico paciente, é o verdadeiro “motor” da autodeterminação desse paciente. Diante disso, leciona Carvalho (2013) que:

[...] que no dever de aconselhar **não poderá o médico omitir qualquer informação** sobre os riscos do tratamento, ou ocultar, em casos de moléstia grave, perigos da terapia. No dever de cuidados, ao aceitar o paciente, não poderá negligenciar visitas ou abandona-lo à sua própria sorte (CARVALHO, 2013, p. 125, grifos nossos).

O legislador reconhece a importância do acesso à informação para a tomada de decisão do paciente. A exemplo, o Código Civil (CC/02), em seu art. 15, versa que “ninguém

pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Logo, é fundamental que o usuário tenha ciência do seu real quadro clínico e, principalmente, do protocolo de conduta que será seguido.

Ainda que essa pesquisa seja direcionada aos usuários da saúde pública, lembre-se que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, III, afirma que a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como, sobre os riscos que apresentem. Logo, diante do dialogo das fontes é possível a analogia desse dispositivo para os usuários da rede pública de saúde.

Reforça-se que não se trata de dar ao paciente margem para que, diante de uma eminente situação de risco de vida, questione uma eventual situação intervenção, mas daqueles casos em que o usuário apresenta condições plausíveis e que principalmente a informação será fundamental para que esse obtenha um resultado satisfatório em seu tratamento.

Nesse intuito esclarece Kfoury Neto (2003) que não se pode atribuir aos profissionais da área da saúde o exercício de atividade que, normalmente, por sua própria natureza, implica risco aos direitos do paciente. Ainda visando dirimir quaisquer dúvidas entre eventuais pseudos conflitos entre a garantia fundamental à informação e o direito fundamental à vida, esclarecedoras são as contribuições de Dworkin (2003):

A autonomia exige que permitamos que uma pessoa detenha o controle de sua própria vida, mesmo quando comportar-se de um modo que, para ela própria, não estaria de modo algum de acordo com seus interesses. [...] o valor da autonomia deriva da capacidade que protege: a capacidade de alguém expressar seu caráter – valores, compromissos, convicções e interesses críticos e experienciais – na vida que leva (DWORKIN, 2003, p. 318-319).

Destaca-se a Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009, do Ministério da Saúde, que em seu art. 2º, versa que, toda pessoa tem direito ao acesso a bens e serviços ordenados e organizados para garantia da promoção, prevenção, proteção, tratamento e recuperação da saúde. Por interpretação, verifica-se que a informação é um elemento central para a promoção das políticas públicas de saúde.

Conforme Lorenzetti (1997) o dever de informar da equipe médica se estabelece em um somatório de critérios. Assim, destaca-se alguns ressaltados pelos altos (a) fundamento constitucional (respeito à liberdade); (b) fundamento dogmático (o ato

jurídico deve ser voluntário e, para que exista voluntariedade, deve haver discernimento e intenção) e (c) fundamentos legais.

Por sua vez, o art. 4º, e, versa que toda pessoa tem direito ao acesso a bens e serviços ordenados e organizados para garantia da promoção, prevenção, proteção, tratamento e recuperação da saúde, confidencialidade de toda e qualquer informação pessoal (BRASIL, 2009). Logo, é fundamental que, para além do seu estado clínico, também sejam informados de questões atinentes ao manuseio de medicações e prevenções de doenças.

Para Teixeira (2010) origina-se da garantia de informação um subprincípio que essa denomina de consentimento informado. Assim, essa denomina como um atributo é essencial por duas razões: (i) para que o paciente possa participar ativamente do processo terapêutico, já que ele é o protagonista dos atos que têm ingerência sobre seu corpo e (ii) para legitimar a conduta do médico.”

Tratando especificamente do direito à informação do usuário da rede pública de saúde, o art. 7º, versa que: “Toda pessoa tem direito à informação sobre os serviços de saúde e aos diversos mecanismos de participação. § 1º O direito previsto no caput deste artigo, **inclui a informação, com linguagem e meios de comunicação adequados**, sobre: I - o direito à saúde, o funcionamento dos serviços de saúde e sobre o SUS [...]” (BRASIL, 2009, grifos nossos).

Ainda ressaltando que o direito à informação deve ser compreendido a partir de uma acepção ampla, o supracitado artigo ainda dispõe que a informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas de acordo com sua condição clínica, baseado nas evidências científicas e a relação custo-benefício das alternativas de tratamento, com direito à recusa, atestado na presença de testemunha (BRASIL, 2009).

Para Kfoury Neto (2003), o direito à informação também deve ser compreendido em outras formas de acesso ao atendimento. Esse esclarece que o paciente tem direito obter todas as informações sobre seu caso, em letra legível, e cópias de sua documentação médica: prontuários, exames laboratoriais, raios X, anotações de enfermagem, laudos diversos e avaliações psicológicas.

De fato, o Código de Ética Médica, resolução Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1931/09, reconhece que o acesso a informação deve ser compreendido em sentido amplo e assim esclarece que:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo. Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte (CFM, 2009, recurso digital).

Entretanto, lembra Kfoury Neto (2002) que como os demais princípios esse cabe mitigação. Assim, esclarece que a informação pode ser prestada a terceiro para o ato médico, uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE A NÃO INFORMAÇÃO ADEQUADA

A responsabilidade civil encontra-se cada vez mais presente em nosso cotidiano e apresenta-se, baseada no princípio legislativo de que aquele que causar dano a outrem, seja ele moral ou material deve reestabelecer o bem ao estado em que se encontrava antes do seu ato danoso e, caso o reestabelecimento não seja possível, deverá compensar o dano causado.

3.1 Do dever da prestação informacional

Leciona Gonçalves (2018) que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência. Logo, sendo a informação o objeto central da ciência, essa deve estar contida quando da execução da obrigação contratual.

Especificamente quando da prática da medicina, o Código de Ética Médica, no Capítulo V que trata da relação médico paciente, o art. 34 versa que é vedado ao profissional 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 (CFM, 2010). Neste contexto, a responsabilidade civil médica tem se tornado cada dia mais presente na sociedade, despertando o interesse jurídico não só dos pacientes, mas de toda a classe médica que busca respaldo e apoio junto ao ordenamento jurídico. Ademais, no contexto do atendimento virtual, é fundamental pensar na proteção desse bem jurídico no espaço virtual.

Nessa perspectiva, leciona Kfoury Neto (2003) que:

É claro que poderá existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato: o médico que atende alguém desmaiado na rua, v.g. A obrigação de reparar o dano, entretanto, sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele. [...] A jurisprudência tem sufragado o entendimento de que, quando o médico atende a um cliente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato (KFOURI NETO, 2003, p. 71).

Cabe registrar, que a atividade médica é de suma importância para toda a sociedade, já que desde o início da história da civilização, este profissional se fez presente, sendo responsável pela cura de muitas doenças e a preservação da saúde. Todas as pessoas, foram ou serão atendidas por um médico, inevitavelmente, restando demonstrado a tamanha importância deste profissional.

A responsabilidade civil do médico configura-se com um dever desse profissional de reparar o dano causado a um paciente, sendo essa indenização de forma patrimonial, diferente do que acontecia na antiguidade que era cobrado da integridade física do responsável.

Dessa forma comenta Fradera (2006):

A consideração da natureza da responsabilidade médica como contratual não tem como efeito tornar presumível a culpa. É ao paciente, ou, se for o caso, a seus familiares que incumbe demonstrar a inexecução da obrigação, por parte do profissional. Provada a culpa do profissional com relação aos cuidados dispensados ao doente, será aquele constrangido à reparação do dano causado (FRADERA, 2006, p. 123).

Não tem como negar que nos dias atuais existe a formação de um contrato quando um médico atende um paciente. Esse contrato mantém uma obrigação subjetiva, pois apesar de tudo, o médico não pode prometer a cura ao paciente, e sim usar todo o seu conhecimento para fazer o tratamento mais adequado para que o paciente fique bem.

Assim dispõe Gonçalves (2018): “Comprometem-se os médicos a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, ois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia” (GONÇALVES, 2018, p. 15).

Como dito, para que o médico seja responsabilizado por um dano, tem que se provar a culpa, conforme consta no §4º art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Já que a medicina não é uma ciência exata, às vezes, mesmo que o profissional tenha feito o tratamento usando todas as técnicas e medicamentos corretos, não atingiu a cura. Ou seja,

ele fez tudo que estava ao seu alcance, mas por uma coisa adversa, a qual talvez nem se possa identificar o paciente não apresentou melhora.

Podendo-se afirmar então que tais profissionais assumem uma obrigação de meio, e não de resultado. Quando se é feito o contrato o médico não promete a cura, e sim que vai cuidar do paciente e prestar todos os cuidados que estiverem ao seu alcance para que a pessoa fique bem.

Segundo Magalhães (1980), os médicos também podem ser responsabilizados quando negam socorro, quando dão atestados falsos, quando não vigiam o doente de forma correta e este causa dano a outra pessoa, podendo também responder por danos causados por terceiros que estejam sob suas ordens.

Dessa forma, a principal obrigação é o correto atendimento e a observação de todos os deveres específicos. Dentro deles o dever de informar, onde o médico deve deixar o paciente ciente de todos os detalhes, tanto da doença quanto do tratamento, das consequências desse tratamento, dos possíveis efeitos colaterais dos medicamentos e do seu preço.

No Código de Ética nº 1931/09 está da seguinte forma, que é 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” (CFM, 2009).

Seguindo essa premissa, no Código de Defesa do Consumidor (CDC/90), estão os art. 6º, III: “São direitos básicos do consumidor: III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade de preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (BRASIL, 1990).

Ademais, o art. 31 estabelece que: “A oferta e apresentação de produtos devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (BRASIL, 199).

Estendendo-se esse dever de informar não só para os pacientes, como também para os seus familiares ou responsáveis, os quais devem ser orientados de todos os cuidados que devem ter com o doente. Segundo Melo (2008) o dever mais importante do médico deveria ser o de continuar aprimorando e atualizando para um melhor atendimento aos seus pacientes, procurando sempre novas técnicas, medicamentos que sejam mais eficazes para tratamentos.

Sobretudo, o médico deve estar sempre em uma constante atualização, já que a medicina as pesquisas científicas estão em constante evolução pela busca de melhores técnicas, para assim oferecer o melhor tratamento e progredir ainda mais em sua relação com os pacientes.

Conforme afirma Melo (2014) a lógica está em que o dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu causador ou responsável. Sendo, esse nexo causal, segundo Cavalieri Filho (2012) “elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano”.

Para Rodatà (2018) a privacidade reflete, portanto, duas noções subjacentes. Em primeiro lugar, a privacidade em geral e a privacidade informativa em particular são sempre questões de grau. Raramente alguém está em uma condição de completa inacessibilidade física ou informativa para outras pessoas, nem desejaria permanecer assim. Em segundo lugar, embora a privacidade das informações possa ser valiosa e merecedora de proteção, muitos defensores da privacidade ponderados argumentam que ela não tem, por si só, significado moral ou valor inerente.

3.2 O tratamento irregular dos dados sensíveis do paciente

Confidencialidade e privacidade são princípios relacionados, ambos protegendo o paciente da divulgação de registros médicos. Embora a confidencialidade seja geralmente considerada uma regra ética para profissionais médicos e a privacidade como uma questão legal, muitos países também codificaram a confidencialidade médica dentro das leis nacionais ou dos princípios da lei comum, o que significa que as informações médicas não podem ser divulgadas sem o consentimento do paciente. Os prestadores de cuidados de saúde são, portanto, geralmente obrigados por lei ao dever de confidencialidade e privacidade.

Para Rodotà (2018), duas tendências um tanto distintas levaram ao aumento do acesso ao registro de saúde primária e subseqüentes preocupações sobre privacidade. Um tem a ver com os registros de saúde primários, independentemente de como são criados e mantidos; a outra envolve registros de saúde armazenados eletronicamente.

Leciona Villas-Bôas (2015) que as abordagens éticas, legais e outras existentes para proteger a confidencialidade e a privacidade dos dados pessoais de saúde oferecem algumas salvaguardas, mas permanecem lacunas e limitações importantes. Para o autor,

à medida que os registros continuam a suplantam os encontros face a face em nossa sociedade, não houve nenhuma tendência compensatória de dar ao indivíduo o tipo de controle sobre a coleta, uso e divulgação de informações.

Rodotà (2018) ainda lembra que quantidade e o tipo de informações sobre cuidados de saúde agora coletadas também aumentaram nos últimos anos. A participação na prestação de cuidados de saúde de muitos indivíduos e grupos de provedores diferentes exerce forte pressão para documentar cada vez mais detalhadamente. O número crescente de tecnologias disponíveis para diagnóstico e terapia significa que os detalhes que um provedor poderia em um determinado momento convocar devem agora ser registrados e, assim, estar disponíveis para inspeção por outros.

Ainda para autor supracitado, quanto mais detalhadas forem as informações sobre um indivíduo ou classe de indivíduos, mais apropriado, espera-se, será o tratamento que receberão. Além disso, a documentação do atendimento e dos fatores de risco é essencial para promover a continuidade do atendimento ao longo do tempo e entre os provedores. É também uma primeira defesa contra acusações de imperícia. Esclarece Rodotà (2018) que o registro primário de saúde não é mais simplesmente uma ferramenta para os profissionais de saúde registrarem suas impressões, observações e instruções. Em vez disso, serve a muitos propósitos além do atendimento direto à saúde. Contribuintes terceirizados acessam informações de registros de pacientes para fazer determinações de pagamento, e organizações de assistência gerenciada acessam registros de pacientes para pré-certificação e gerenciamento de casos.

Outras partes externas ao relacionamento de cura buscam informações identificadas pela pessoa e afirmam razões socialmente benéficas para o acesso. O que antes era "negócio" apenas de pacientes e possivelmente de seus médicos, agora se tornou o negócio de grupos como: (1) funcionários de programas governamentais verificando a elegibilidade e fraude e abuso de pacientes e fornecedores; (2) agências que concedem autorização de segurança; (3) advogados apresentando acusações criminais ou civis; e (4) assistentes sociais protegendo crianças possivelmente abusadas, para citar apenas alguns. Outros acessam registros de saúde secundários ou obtêm partes do prontuário médico ao tomar decisões sobre contratação, concessão de licença ou emissão de seguro de vida, saúde ou invalidez (RODOTÀ, 2018, recurso digital).

Para Villas-Bôas (2015), outras tendências geram preocupações específicas sobre a confidencialidade das informações de saúde armazenadas eletronicamente. A primeira é a capacidade de acessar, transmitir e copiar grandes volumes de dados com facilidade.

Ainda para o autor, obviamente, fotocopiar registros em papel é possível, mas dificilmente é viável para um grande número de registros médicos geograficamente dispersos.

Rodotà (2018) esclarece que a visão mais geral e comum da privacidade transmite noções de retirada, reclusão, sigilo ou de ser mantido longe da vista do público, mas sem implicações pejorativas. Em contraste, uma invasão de privacidade ocorre quando há privação intencional da privacidade desejada a que se tem direito. Nas políticas públicas em geral e nas políticas de saúde em particular, a privacidade assume significados especiais, alguns derivados de teorias morais, outros de doutrinas jurídicas e um do amplo uso de informações de saúde.

CONCLUSÃO

Conforme análise feita neste estudo, restou esclarecido que o direito à saúde é uma garantia fundamental e que é obrigação do Estado garantir aos cidadãos o acesso amplo a informação quando do atendimento na rede de saúde pública. Apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 CRFB/88, o Estado não pode se eximir do dever de proporcionar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos em sua essência mais básica.

O critério apresentado - avaliação em cada caso concreto para avaliação do profissional quando do fornecimento de informação não pode ser considerado válido quando do direito fundamental ao acesso as suas informações pessoais. Logo, uma eventual negativa no fornecimento pode ensejar responsabilidade para o profissional, o ente estatal, visto que, para além de mitigar uma garantia fundamental, pode prejudicar o processo decisório do paciente quando da tomada de decisão por um determinado ou continuidade de eventual tratamento.

Por fim, espera-se, assim, conferir alguma racionalidade a um tipo de escolha por parte do profissional, visto que, o paciente que já traz em si uma carga emocional que é esperada quando da sua evolução do quadro clínico. Entretanto, é esperado que os profissionais atuem com técnica e ética assegurando que este, de modo imparcial, possa enfrentar, sem sentimentalismos, as questões de saúde de forma mais ampla e justa e, por isso, possibilitem ao paciente a tomada de decisão que a partir da informação nos casos em que assim forem pertinentes e os protocolos médicos permitirem.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 3.ed. São Paulo: Renovar, 1996.

BRANCO, p. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição Federal da República Brasileira de 1988. *In: VADE Mecum*. São Paulo: Saraiva: 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. *In: VADE Mecum*. São Paulo Saraiva, 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *In: VADE Mecum*. São Paulo Saraiva, 2021.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *In: VADE Mecum*. São Paulo: Saraiva: 2021.

BRASIL. Lei nº 13.787, de 27 de dezembro de 2018. Dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 de dezembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2018/lei/L13787.htm. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, de 13 de agosto de 2009. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html.

Acesso em: 28 maio 2021.

CARVALHO, J. C. M. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Manual de orientação ética e disciplinar. 2.ed. rev. atual. Florianópolis: Cremesc. 2000.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San Jose da Costa Rica, 1969**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Acesso em: 28 maio 2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris de 10 dez. 1948**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. Malheiros: São Paulo, 2013.

DÓREA, Antônio José Pessoa da Silveira. **Relação médico x paciente**. (1999). <http://portal.cfm.org.br//index.php?option=com_content&id=20464>. Acesso em: 28

maio 2021.

DUARTE, F. C. Qualidade de vida: a função social do estado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 41, jun, p. 173, 1994.

DWORKIN, R. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais; tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FRADERA, V. M. J. **A responsabilidade civil dos médicos**. Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v.55, p. 123, 2006.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil brasileiro**: responsabilidade civil. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma 15 chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em ginecoobstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. 5.ed. São Paulo: Revista 11 dos Tribunais, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Responsabilidad civil de los médicos**. Buenos Aires: Rubinzal e Culzoni, 1997.

MAGALHÃES, T. A. L. **O dano estético**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1980.

MELO, G. M. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. Processo e Constituição. **Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELO, N. R. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, M. C. B. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2018. E-book.

TEIXEIRA, A. C. S. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. O direito-dever de sigilo na proteção ao paciente. **Revista Biomédica**, L São Paulo, n 23, a. 3, p. 13-23, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0513.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

Enviado em: 16/11/2021.

Aceito em: pré-aprovado em banca FAQUI 2021/1.