

A DOCUMENTAÇÃO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL NA DEFESA JUDICIAL MÉDICA

Felippe Abu-Jamra Correa¹

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS: A (NOTÓRIA) JUDICIALIZAÇÃO DA ATIVIDADE MÉDICA

É notória nos dias atuais a crescente judicialização da atividade médica. As estatísticas recentes do Poder Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça confirmam essa realidade bem como as mais diversas publicações especializadas². Outra fonte de destaque ao assunto (quase nunca com a correção e cautela devidas, diga-se) são as reportagens e matérias publicadas na mídia, expondo um suposto crescimento imoderado de “erros médicos” ou mesmo divulgando os fatos de maneira parcial, a técnica ou inadequada.

Ainda, parece que diversos são os fatores que levam, ao menos em parte, a esse grande volume de judicialização da atividade médica.

Portanto no presente artigo serão analisadas algumas possíveis razões para atual escalada de processos judiciais na área médica, quais são os principais documentos médicos a serem elaborados e, especialmente, a importância que esses terão no caso de eventual defesa judicial. Serão analisados, além da doutrina,

¹ Advogado atuante na área de Direito Médico e Responsabilidade Civil. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Presidente da Comissão Especial de Direito Médico da OAB/TO e membro da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde do Conselho Federal da OAB. Professor nos cursos de Direito e Medicina.

² A esse respeito reportagem que trouxe estatísticas e tratou da responsabilidade civil e de holding patrimonial para médicos na Revista de Plástica Paulista, nº 65, de janeiro-março 2018. Igualmente o destaque ao tema dado pelo Jornal do Cremesp, nº 359 de junho de 2018, que na mesma edição trouxe duas matérias sobre o assunto: “Plenária Temática II: Judicialização da saúde é tema de debates” e a cobertura sobre o I Congresso Paulista de Direito Médico que abordou, dentre outros, “judicialização da saúde e responsabilidade profissional”.

também julgados recentes que deixaram patente a relevância documental no caso concreto (ou os resultados adversos ante sua não apresentação).

Genival Veloso de França sintetiza ao dizer que “o médico teve sempre como guias sua consciência e uma tradição milenar; porém, dia a dia, surge a necessidade de conciliar esse pensamento e o interesse profissional com as múltiplas exigências da coletividade”³.

Importante destacar que parte dessas exigências se mostra bastante legítima, mas, com todo acato a opiniões diversas, outras tantas se mostram infundadas ou mesmo excessivas.

Talvez o maior acesso a saúde recente (nem sempre de qualidade adequada) seja um primeiro fator a ser analisado. Não pelo acesso em si – garantido Constitucionalmente inclusive – mas pelas condições de trabalho precárias que são impostas à muitos profissionais, especialmente aqueles da rede pública. Tais condições redundam em mau atendimento a população em geral, que descontente, acaba muitas vezes por descontar sua irresignação contra aqueles que estão na linha de frente desse atendimento. Ademais, essas mesmas condições difíceis invariavelmente levam a um atendimento igualmente fragilizado, cujos resultados adversos, em grande parte das vezes, serão posteriormente imputados via ação judicial contra o profissional respectivo.

Um segundo ponto que parece indicar esse crescimento de ações judiciais é a atual sociedade da informação⁴ na qual vivemos. Muito aquém do que o nome pode sugerir, apesar de muito mais conectada, a sociedade nem sempre está de fato mais informada, sendo que a disseminação das chamadas *fake news* tem sido tema recorrente de debate, e grande preocupação do Poder Judiciário⁵ nos

³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Doutrina, legislação e jurisprudência atinentes a profissão médica. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 11.

⁴ Como ensina Patrícia Peck Pinheiro “esses fatos são reflexo de um caminho rumo à chamada sociedade convergente que se vem desenvolvendo rapidamente desde a criação do telefone, considerada a primeira ferramenta de comunicação simultânea a revolucionar os comportamentos sociais. Na outra ponta deste movimento evolutivo, a Internet veio possibilitar não apenas o encurtamento das distâncias, com maior eficiência de custos, mas, sobretudo, a multicomunicação, ou seja, transmissão de texto, voz e imagem”. PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 62.

⁵ “TSE vai combater *fake news* com apoio da imprensa”,

últimos meses. Na área médica o fenômeno que é relatado pelos profissionais é daqueles pacientes que, com base em pesquisas superficiais na rede ou mesmo em grupos de amigos ou familiares, chega aos consultórios com o diagnóstico já fechado ou mesmo buscando apenas uma “receita” para um medicamento específico que lhe foi recomendado. Existem também conhecidos grupos em redes sociais nos quais pacientes discutem livremente possíveis e hipotéticos erros médicos, sem qualquer embasamento técnico e, não raro, expõem indevidamente a si próprios e a seus médicos (divulgando nome, orçamentos, receituário, etc.). Essa situação sem dúvida é um elemento de possível aumento de ações judiciais uma vez que a disseminação de informações/impressões sem qualquer cunho médico/científico pode levar a busca por uma reparação que não encontra qualquer respaldo.

Ainda, e escapando da análise estritamente jurídica, o culto ao corpo e a perfeição – também decorrentes em muito da já relatada sociedade hiperconectada – revelam-se como prejudiciais a relação médico-paciente, desencadeando um aumento de potenciais reclamações. Isso porque as expectativas com o tratamento médico se revelam cotidianamente maiores e, muitas vezes, verdadeiramente irreais. É certo que a evolução técnica dos tratamentos e medicações leva a diversas possibilidades até mesmo impensáveis há pouco tempo. De todo modo a atividade médica continua a encontrar limites fisiológicos, científicos, éticos e naturais, não se podendo esperar qualquer procedimento milagroso.

Não se pode deixar de abordar também aquelas ações judiciais de caráter meramente econômico, ou seja, aquelas decorrentes da já conhecida (e pejorativamente nominada) loteria das indenizações. Evidente que eventuais equívocos de profissionais (não só de médicos) podem e devem ser objeto de eventual reparação judicial. Mas o que se tem observado é verdadeira avalanche de ações que muitas das vezes sequer apresentam dano efetivamente configurado, passando ao largo dos elementos fundamentais da responsabilidade civil ou criminal, mas que são intentados com base na gratuidade da justiça concedida ao paciente, ou então, pela inexistência de custas nos juizados especiais. Nesse viés se entende

<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Fevereiro/tse-vai-combater-fake-news-com-apoio-da-imprensa>; ou ainda “Último painel do seminário sobre liberdade de imprensa discute fake news”,
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381101>.

que, na mesma medida em que o direito de ação é garantido na Carta Magna, igualmente o ordenamento prevê sanções processuais para aqueles que se utilizam de ação judicial em claro abuso de direito, sendo necessária intervenção firme do Judiciário condenando os demandantes infundados em litigância de má-fé, ato atentatório a dignidade da justiça e ao pagamento de custas e honorários advocatícios, inclusive aos beneficiários da justiça gratuita⁶. Esse foi o entendimento de lúcido julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deixando patente ao decidir que “é hora de dar-se um basta aos pedidos indenizatórios que são lastreados em referências genéricas acerca de imperícia médica e negligência médico-hospitalar, devendo ser exigido para a viabilidade do juízo de procedência que a parte lesada aponte de forma clara e cristalina em que consistiu a negligência ou a imperícia, ou seja, qual a conduta médica e hospitalar carregada pela culpabilidade”⁷.

Por fim, e não de forma exauriente, parece existir (nesse momento em especial) uma menor tolerância generalizada de nossa sociedade, com severa polarização se mostrando em todos os campos – político, ideológico, social, etc. –, sendo esse elemento que também pode contribuir para a majoração de demandas judiciais de toda espécie. Nesse sentido pessoas menos tolerantes tendem a externar suas angustias e frustrações nas mais corriqueiras situações, quadro que se agrava em ocasiões que envolvem saúde ou tratamento médico. Os casos de agressão física e moral ou mesmo de gravação e exposição de profissionais da saúde em redes sociais de forma a denegrir sua imagem são corriqueiras, confirmando um cenário desfavorável a relação de confiança que deve sempre se instituir entre aqueles profissionais e seu paciente. Tanto essa é a lamentável realidade que aguarda votação pelo Plenário da Câmara dos Deputados Projeto de Lei (nº 6749/2016) que visa alterar o Código Penal de modo a “tipificar de forma mais gravosa os crimes de lesão corporal, contra a honra, ameaça e desacato, quando cometidos contra médicos e demais profissionais da saúde no exercício de sua profissão”.⁸

⁶ Mesmo respeitando opiniões em sentido diverso, nos parece essa a literalidade do parágrafo segundo do artigo 98 do Código de Processo Civil.

⁷ Apelação Cível Nº 70039318506, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 26/02/2015.

⁸

<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=6749>

Vale ressaltar ainda que não se está a tratar nesse estudo de procedimentos ou atendimentos de urgência/emergência. Não faria sentido se pensar que em um pronto atendimento, por exemplo, os médicos tivessem de antes de proceder ao cuidado da vítima, contatar a família ou instar o enfermo (se é que esse apresentaria condições físicas e mentais) a assinar toda uma documentação extensa e criteriosa. Tal conduta não seria razoável e afrontaria as regras deontológicas da medicina e o próprio Direito.

Ainda assim, a todos os demais casos – especialmente naqueles eletivos e, principalmente estéticos – existe a inequívoca necessidade de elaboração dos documentos que serão tratados nesse artigo. Ousa-se dizer que mesmo nos atendimentos já mencionados (de urgência e/ou emergência), passada a fase aguda, certamente é dever de o profissional informar ao paciente e/ou seu representante sobre o tratamento a ser seguido e as consequências possíveis. E inegavelmente a documentação deve ser formalizada e não menos criteriosa.

Traçado o cenário atual de desmedida judicialização da atividade médica, passe-se a analisar quais são os documentos possíveis e pertinentes de serem elaborados e sua relevância em eventual defesa processual.

2 A MEDICINA DEFENSIVA E A DOCUMENTAÇÃO MÉDICA

O termo “medicina defensiva” não é unanimidade, sendo por vezes inclusive evitado⁹. De todo modo, independentemente do nome que se dê, é fato inegável que nos hospitais e clínicas essa já é uma nomenclatura recorrente, e acima de tudo, uma realidade verificada na prática conforme se inferiu da leitura do tópico anterior. Ou seja, por mais que não se queira utilizar a terminologia, diante de um cenário de aumento de ações judiciais, a classe médica está cada vez mais atenta e atuando de modo a minimizar riscos. Já que não se pode coibir o ajuizamento de uma ação contra si, o melhor cenário, (além da conduta médica mais adequada) é um bom arcabouço documental.

&ano=2016&autor=&inteiroTeor=&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5BPL++Projeto+de+Lei%5D&data=27/09/2018&page=false

⁹ O termo, mesmo que de forma indireta, foi abordado ainda em 2004 pelo CFM por seu então Presidente *Roberto Luiz d’Avila*, no artigo “O médico e o direito à remuneração justa”.

Não é inadequado apontar que esse novo momento acarreta em efeitos colaterais indesejados, como por exemplo¹⁰, aumento no pedido de exames (muitas das vezes mais buscando resguardo ou ainda atender a uma vontade do paciente), abalo na relação especial que deve(ria) se constituir entre médico e paciente (afinal essa já se inicia, por vezes, baseada na desconfiança mútua), aumento do mercado de seguros profissionais contra responsabilidade civil (que, se não é um cenário ideal, ajuda ao menos na proteção patrimonial dos profissionais), e, em casos mais severos na retração de alguns profissionais, que até mesmo abandonam a profissão, pois passam a enxergar “em cada paciente um demandante em potencial”¹¹.

Por conta desse cenário, algumas práticas menos seguras vêm sendo substituídas por protocolos cada vez mais acurados, condutas mais profissionais e principalmente um conjunto documental que visa a segurança tanto do paciente como também do profissional da saúde.

De outro lado a documentação se mostra essencial pois como destacam Maria Paula e Pedro Fonseca é fundamental ao médico que “por mais que se tenha um ótimo relacionamento com sua clientela, documente todas as situações, justamente para conseguir comprovar que agiu de maneira correta, seguindo um padrão de segurança”¹².

Destaca-se que conforme patente na doutrina e na jurisprudência, a responsabilidade do profissional médico é subjetiva¹³, ao passo que a das clínicas e hospitais é classificada por

¹⁰ Além dos fatores citados no texto, aponta Nehemias Melo que os chamados erros médicos podem decorrer ainda “induzidos por resultados de exames falso positivo ou falso negativo, por manuseio errôneo do laboratório; da falta de equipamentos adequados postos a disposição do facultativo, pelo hospital; da massificação do ensino com a conseqüente queda na qualidade de formação dos futuros médicos; da falta de remuneração adequada, o que obriga a maioria dos médicos a trabalhar em mais de uma unidade, em plantões extensos e fatigantes; da falta de especialização e conhecimento adquiridos, em face da impossibilidade, dentre tantas outras causas”. MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8.

¹¹ FRANÇA, 2017, p. 12.

¹² FONSECA, Pedro H. C; FONSECA, Maria Paula. **Direito do Médico**. De acordo com o novo CPC. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 63.

¹³ A esse respeito a lição sempre assertiva de Miguel Kfourir: “Ao profissional da medicina não se aplica nenhuma dessas disposições do parágrafo único do art. 927: primeiro por inexistir lei que imponha ao médico o dever de reparar o dano independentemente de culpa; segundo, porque a atividade médica não implica, *por sua natureza*, risco para o paciente – muito pelo contrário: representa, as mais

vezes como objetiva¹⁴, em outras (com base no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor) objetiva apenas no que tange aos serviços relacionados “ao estabelecimento empresarial”¹⁵, ou ainda classificada com pertinentes ressalvas à responsabilidade objetiva pura e simples, conforme destaca Miguel Kfouri Neto¹⁶.

Ainda que o foco do presente estudo não sejam as espécies de responsabilização dos médicos¹⁷, clínicas e hospitais, inegável que em ocorrendo qualquer questionamento judicial quanto a correição de sua atividade, a documentação bem elaborada continua a ser o ponto fundamental de defesa seja daquele (médico) ou dessa (pessoas jurídicas prestadoras de serviços médicos).

vezes, esperança de cura, de salvação, de mitigação das dores – e o risco terapêutico (maior ou menor probabilidade de se curar o enfermo), como visto linhas atrás, não depende somente da atuação do profissional médico”. KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 122.

¹⁴ A esse respeito: “No mesmo passo, não se pode negar que a clínica é uma prestadora de serviços e, portanto, responde objetivamente pelos danos causados, na forma do artigo 927, § único, do CC c.c art. 14, do CDC.” (TJSP: Apelação 0007484-68.2011.8.26.0006; Relator Des. Mônica de Carvalho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VI; 20/09/2018); (TJRJ: Apelação 0006824-58.2011.8.19.0042; “O tema está ligado à responsabilidade civil hospitalar sobre o qual incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor - CDC, que destaca, no artigo 14, a modalidade objetiva pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Independentemente da existência de culpa basta a comprovação de que o dano foi resultante da atuação de sua equipe, ou seja, a prova de existir relação de causa e efeito entre a ação e o evento danoso”. Relator Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa; Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível; Data do Julgamento: 08/05/2018).

¹⁵ A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, no caso, o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como a estadia do paciente (internação e alimentação), as instalações, os equipamentos e os serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes. (AglInt no AREsp 1253588/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018).

¹⁶ Novamente nos valendo dos ensinamentos do professor Miguel Kfouri, esse afirma ao analisar o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil que “tal previsão, por conseguinte, é estranha à prestação de serviços na área da saúde – quer por médicos, hospitais, laboratórios, clínicas e assemelhados”. KFOURI NETO, Miguel. 2017, p. 125.

¹⁷ Se fosse o caso, seria pertinente referir ainda a possibilidade eventual de aplicação da teoria da culpa presumida.

E tal afirmação se torna ainda mais aguda ao se considerar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações médicas e hospitalares com seus pacientes¹⁸.

Nesse caso as implicações da inversão de ônus probatório em eventual processo judicial são muito desfavoráveis ao médico ou empresa prestadora de serviços correlatos, tornando-se imprescindível nesses casos a boa, criteriosa e completa comprovação documental médica de que não houve qualquer ação ou omissão danosa ou mesmo os propalados danos sofridos.

Nestes casos o profissional (ou clínica/nosocômio) acusado passa a ter ônus não apenas de “provar à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor¹⁹”, mas verdadeiramente de demonstrar que não agiu mal ou provocou qualquer dano. Em outras palavras como leciona Cassio Scarpinella Bueno

nos casos previstos em lei (como se dá, por exemplo, no inciso VIII do art. 6º do Código do Consumidor, em que o que há é propriamente, uma *inversão* do ônus da prova) ou diante de peculiaridade da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de produzir prova nos moldes do *caput*, ou ainda, considerando a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o magistrado atribuir o ônus da prova de modo diverso.²⁰

Ainda que se possa fazer a importante ressalva prevista expressamente no parágrafo 2º do mesmo artigo²¹, que vedaria a famigerada prova impossível ou diabólica, inequívoco que em muitos casos que envolvem a relação médico-paciente ocorre a inversão quase que automática de tal incumbência (especialmente no que tange a prova técnica), devendo o médico provar que não agiu com negligência, imperícia ou imprudência, ou a pessoa jurídica a

¹⁸ A do profissional liberal será sempre subjetiva a teor do parágrafo 4º do artigo 14, ao passo que a das pessoas jurídicas será avaliada conforme já nos referimos anteriormente.

¹⁹ Artigo 373, II do CPC.

²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único, 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 410.

²¹ Art. 373 (...) § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

demonstração de que não houve qualquer dano ou nexo de causalidade no caso concreto.

Igualmente danosa é a imputação ao profissional, em alguns casos específicos (notadamente a cirurgia plástica com fins estéticos²²), da assunção de uma obrigação de resultado, o que majora sensivelmente a complexidade de sua defesa, especialmente se considerarmos que mesmo nessas especialidades a álea e o imponderável estarão sempre presentes.

De todo modo, e feitas as considerações acima, diante da instauração de uma reclamação do paciente ou um processo judicial, uma premissa é inegável: caso o profissional médico não disponha de documentos para provar sua correição (como em qualquer outro feito judicial, diga-se), a condenação estará muito próxima.

Como provar, por exemplo, que informou adequadamente o seu paciente de determinado resultado (plenamente possível e descrito pela literatura médica) se não possui termo de consentimento devidamente assinado? Ou ainda como expor em juízo adequadamente que nos retornos agendados o paciente simplesmente não compareceu?; ou ainda apresentava evolução absolutamente adequada se não possui anotações pormenorizadas no prontuário médico? Como demonstrar quais responsabilidades foram assumidas por ambas as partes na ausência de um contrato?

Essa, pois, a análise que se faz a seguir.

3 DOCUMENTAÇÃO E DEFESA MÉDICA

Antes de adentrarmos no cerne desse último tópico, salutar destacar que a documentação tratada abaixo não é exauriente e tampouco será sempre útil a todo e qualquer profissional. Isso se diz considerando que cada médico, clínica ou especialidade apresentará suas próprias necessidades, particularidades e especificidades. A

²² Posicionamento que apesar de consolidado em nossa jurisprudência, respeitosamente discordamos, entendendo mais adequado à atividade médica o entendimento adotado por autores como Hildergard Taggesell Giostri na elucidativa obra **“Responsabilidade Médica. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação”**. Ou ainda a análise com ressalvas dessa classificação, como observam Clayton Reis e Horácio Monteschio no artigo “Responsabilidade civil subjetiva do cirurgião plástico em face do direito da personalidade do paciente”, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5ef9f5ae91440a6e>

prática demonstra, por exemplo, que alguns profissionais ainda se sentem um tanto desconfortáveis com a formalização de um contrato escrito de prestação de serviços, enquanto que outros sequer se utilizam de termo de consentimento informado. Ainda assim alguns documentos se mostram, a nosso sentir, essenciais para a boa prática médica atual e serão fundamentais em caso de eventual demanda judicial.

Na mesma linha se ressalta que conforme já demonstrado, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é patente nessas relações, e bem por isso não estamos a tratar aqui da realização de documentos desequilibrados ou mesmo leoninos. A ideia, privilegiando inclusive a boa-fé que deve permear todas as relações, é a de que se elaborem documentos adequados, precisos e que sirvam para dar segurança tanto ao paciente como também ao profissional/estabelecimento de saúde.

Cumprido relatar, ainda de forma preliminar, que os documentos médicos devidamente elaborados e disponíveis aos pacientes, antes de tudo, são um direito desse e um dever ético do profissional²³.

Portanto, apenas as razões acima já seriam suficientes para justificar a boa preparação e guarda dos documentos essenciais na relação profissional com o paciente.

Todavia, no atual contexto – e foco principal desse artigo – a documentação além dos aspectos já relatados se mostra fundamental para revestir com maior segurança a relação médico-paciente, formalizando e chancelando com validade jurídica as fases do tratamento a ser realizado, suas consequências e possibilidades e a devida autorização e ciência do paciente quanto ao procedimento a ser adotado. Ainda mais, se mostra relevante também na normatização da relação que se institui, de modo a deixar claros direitos e obrigações de cada uma das partes.

Dentre os documentos que entendemos ser importantes, alguns são mais comuns e já utilizados de forma mais recorrente, e outros, apesar de causarem até certa estranheza aos profissionais da saúde, não deixam de ser relevantes e cada vez mais comuns nos consultórios e hospitais. Válida a lição de que não podem mais, no

²³ A esse respeito, por exemplo, o artigo 88 do Código de Ética Médica ou mesmo o artigo 8º da Resolução 1.821/2007 do Conselho Federal de Medicina.

atual contexto, ser considerados mera burocracia ou “papelada desnecessária”, afinal são instrumentos que conferem segurança e compõe lastro probatório para ambas as partes.

Inicialmente, tratamos do prontuário médico, que conforme destaca Genival França esse se entende “não apenas [como] o registro da anamnese do paciente, mas todo acervo documental padronizado, organizado e conciso, referente ao registro dos cuidados médicos prestados, assim como aos documentos pertinentes a essa assistência”²⁴.

Como já se expôs o paciente tem direito a prontuário devidamente anotado e completo, e não raro esse se encontra com informações precárias ou redigido de forma totalmente displicente²⁵. Compreendemos o pouco tempo que o profissional da saúde tem durante alguns plantões ou mesmo na rotina do consultório. Mas a falta de tempo não servirá de justificativa e muito menos como defesa em eventual processo judicial.

Assim a anotação há de ser clara e inequívoca fazendo constar todos os elementos importantes do atendimento. Também a evolução não deve ser padronizada milimetricamente, com anotações uniformizadas em todos os retornos. O prontuário adequado e seguro, se o médico julgar necessário, pode e deve ser composto também por fotos do paciente ao longo do seu tratamento, afinal, essas se mostram - em caso de processo judicial - como elemento interessante de prova²⁶ inclusive de modo a balizar a perícia a ser eventualmente realizada.

²⁴ FRANÇA, 2017, p. 19.

²⁵ Nesse sentido: “I - A negligência estatal na prestação de serviços médicos ficou demonstrada, pois a autora não foi notificada sobre o diagnóstico de hepatite C nem houve a anotação em seu prontuário médico, o que impossibilitou a realização tempestiva do tratamento e culminou na necessidade de transplante de fígado, em vista da evolução para o quadro de cirrose hepática.” TJ/DF 20160111227507APC, Relator: Vera Andrighi; 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/05/2018, Publicado no DJE: 12/06/2018.

²⁶ Foi mantida condenação em desfavor de médico que não conseguiu desconstituir as alegações do paciente, situação que talvez pudesse ser contornada com apresentação de eventuais fotos: “Embora o apelante sustente que o procedimento cirúrgico discutido nos autos é reparador e, não, estético, não logrou êxito em apresentar nenhuma prova neste sentido, **que, aliás, era de fácil produção por ele**, eis que consistente na simples apresentação de prontuários médicos e **fotos** obrigatórios que estão ou deveriam estar em seu poder”. (0011930-66.2012.8.19.0203 – Apelação Des(a). Cláudio Luiz Braga Dell’Orto - Julgamento: 05/09/2018 - Décima Oitava Câmara Cível).

Portanto, o prontuário, mais do que obrigação ética e legal, pode constituir-se como prova fundamental em caso de defesa médica, pois como arremata o mesmo Genival França esse além de ser verdadeiro arquivo com as informações fundamentais de toda a relação serve “também para defesa do profissional, caso ele venha ser responsabilizado por algum resultado atípico ou indesejado”²⁷.

Outro documento basilar (e por vezes não utilizado) é o termo de consentimento informado e esclarecido.

Além de sua função médica principal, que visa esclarecer ao paciente sobre todos os aspectos possíveis do tratamento²⁸, leva em conta também aspectos jurídicos fundamentais como a autodeterminação e o dever de informação considerando a já mencionada aplicação do Código de Defesa do Consumidor por conta de seu artigo 6º, inciso III.

Assim o termo estabelece as premissas do tratamento, expondo todas as suas possibilidades, riscos, possíveis efeitos colaterais ou indesejados, limitações, e serve ainda para que o paciente tire toda e qualquer dúvida porventura existente. Esse, em caso de resultados que não agradem ao paciente, revelam-se como fundamentais para demonstrar que esse havia sido informado e também anuído ao tratamento, afastando assim qualquer possibilidade de falha no dever de informar do profissional e supressão de seu direito de livre escolher²⁹.

Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça trouxe a lume a importância do termo de consentimento, pois conforme consta do voto vencedor, de lavra do Ministro Luis Felipe Salomão no REsp 154058-0, esse é “o estabelecimento de uma relação de negociação, na qual o médico compartilha os seus conhecimentos técnicos e

²⁷ Idem.

²⁸ O anexo I da Recomendação 1/2016 do CFM diz ser esse “o esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução (e) tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos”.

²⁹ Nesse sentido ERRO MÉDICO NÃO EVIDENCIADO. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONSENTIMENTO INFORMADO. REQUISITO ATENDIDO, COMO SE INFERE DOS REGISTROS LANÇADOS NO PRONTUÁRIO HOSPITALAR. Comprovação de que a paciente sabia e consentiu previamente com a realização da cirurgia. (Apelação Cível Nº 70061096426, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 22/07/2015).

garante ao paciente a tomada de decisões a partir de seus próprios valores, no exercício de sua autonomia”. No caso em apreço o julgador considerou que não houve qualquer erro no tratamento médico, mas houve falha na prévia informação suficiente ao paciente sobre todas as suas possibilidades do procedimento. A condenação foi rigorosa e em valor elevado³⁰.

De forma complementar, e de suma importância, é a elaboração de um contrato de prestação de serviços escrito. Esse é um documento que ainda causa certa estranheza aos profissionais, que não raramente indagam se sua utilização é comum, ou mesmo confidenciam que sentem certo desconforto em apresentá-lo ao paciente pois esse tornaria a relação muito comercial.

Pois bem, o primeiro argumento que leva por terra tal pensamento é que de fato a relação – infelizmente – já é vista como comercial pelo próprio Poder Judiciário, afinal ao se aplicar o CDC, se está dizendo que o médico presta um serviço. Igualmente a noção (justa) de que o contrato não é elemento comum na relação médica, aos poucos vai se mitigando, afinal o novo momento de judicialização crescente demanda maior rigor e formalização daquilo que foi acertado entre as partes³¹.

Esse serve também para estipulação formal dos honorários médicos a serem pagos pelo procedimento a ser realizado³², e se assinado por duas testemunhas, pode inclusive ser executado conforme dispõe artigo 784, III do Código de Processo Civil. Ou seja, não será necessária longa e desgastante dilação probatória para

30

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86256410&num_registro=201501551749&data=20180904&tipo=64&formato=PDF

31 Como destacam Pedro e Maria Fonseca: “o princípio da autonomia privada tornou-se elemento essencial na relação jurídica, que traduz um permissivo jurídico para as partes de uma relação jurídica criar obrigações e direitos (...) com conseqüências jurídicas e efeitos predeterminados por elas. Exemplo claro do presente princípio é a celebração de um contrato”. FONSECA, Pedro H. C.; FONSECA, Maria Paula. 2016, p. 171.

32 Apesar de não se tratar de uma execução, o julgador considerou a existência do contrato como elemento para condenação do paciente ao pagamento dos valores devidos: “Cobrança de serviços médicos-hospitalares. Responsabilidade pelo pagamento das despesas não cobertas e evidenciadas pelas notas fiscais, termo de compromisso e **contrato de prestação de serviços médicos**. Internação em modalidade particular. Demonstrativos de débitos”. (TJSP, Apelação 1050643-51.2014.8.26.0002; Des. Edson Luiz de Queiróz; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II; Data do Julgamento: 31/07/2018)

comprovação e constituição dos valores devidos ao médico e eventualmente inadimplidos.

O contrato pode prever ou coibir ainda situações que causam muitos problemas na atualidade, como por exemplo, explicitar que o médico não consulta ou atende seus pacientes por redes sociais ou aplicativos; que o retorno às consultas de pós-operatório imediato são obrigação do paciente e que sua ausência injustificada pode caracterizar abandono do tratamento; a vedação de exposição pelo paciente de resultados em redes sociais com “antes e depois” ou orçamento fornecido pelo médico; dentre outros. Todas essas previsões parecem bastante adequadas e razoáveis na relação que se institui entre as partes e servirão, caso necessário, como prova robusta em eventual discussão jurídica. A esse respeito julgado do Tribunal de Justiça do Tocantins que analisando caso no qual se tratava de uma obrigação de resultado (cirurgia plástica estética), ainda assim entendeu pela não condenação do profissional em razão da comprovação de que houve a devida discussão prévia do caso, dos possíveis resultados e inclusive elaboração de contrato informando as devidas obrigações assumidas pelas partes³³.

Por fim não é demais destacar que o contrato não é (e jamais deve ser) algo prejudicial ao paciente: pelo contrário, será instrumento importantíssimo a dar mais segurança a ambas as partes, afinal apresentará não apenas seus deveres mais também quais obrigações são assumidas por seu médico. Logo, esse apenas dá maior formalização a relação que se estabelece, devendo sempre, a evidência, respeitar os requisitos básicos do próprio Código Civil (artigo 104) e os princípios que regem qualquer contratação como objeto lícito, capacidade das partes, objeto e valor a ser pago pela prestação.

Quanto ao termo de consentimento e contrato, se ressalta ser fundamental para sua validade e eficácia, que sejam sempre apresentados ao paciente com antecedência razoável, de modo que esse possa lê-los e compreendê-los em sua plenitude, procedendo a

³³ O voto – acompanhado por unanimidade – menciona que “verifica-se que o resultado pretendido pela apelante na rinoplastia e na colocação de próteses mamárias, o que fora **contratado** foi cumprido”; e ainda que “no caso a apelante, no diálogo que teve com o cirurgião é categórica quanto a procedimento a ser feito no nariz, e quanto ao tamanho das próteses convencionadas e efetivamente colocadas, havendo ausência de demonstração de descompasso entre o resultado alcançado e aquele prometido”. (AP Nº 0002977-16.2015.827.0000, Rel. Desa. MAYSA VENDRAMINI ROSAL, 1ª Câmara Cível, julgado em 11/12/2015).

rubrica de todas as páginas e assinando a última, sempre em data anterior ao dia agendado para o tratamento/procedimento.

Igualmente parece importante a formalização de um termo de encerramento ou quitação, quando da finalização do serviço médico contratado. Esse, pouco comum, se presta – uma vez encerrado o tratamento ou a prestação médica contratada – a justamente por fim ao relacionamento havido, sendo possível que as partes mutuamente se deem quitação. Em outras palavras é um documento pelo qual as partes vão declarar que tudo aquilo que fora combinado e contratado foi devidamente cumprido, estando ambas satisfeitas e nada mais tendo a questionar umas das outras. Pela assinatura desse documento o médico inclusive por dar quitação ao paciente quanto aos valores que foram pagos pelo procedimento/tratamento, não podendo mais alegar qualquer razão para cobranças futuras, tudo nos moldes do artigo 320 do Código Civil.

Por fim, cumpre destacar a relevância de o profissional ou clínica instituir um documento quase rudimentar, mas que evita diversos problemas: o *check list* prévio ao tratamento. Esse pode ser elaborado de forma simples, muitas vezes em uma página apenas, no qual o profissional ou sua equipe irão verificar/anotar se houve o preenchimento de todos os passos e/ou requisitos essenciais a realização, com segurança, do tratamento. Alguns campos que podem constar desse documento são: exames realizados; fotos tiradas; consulta prévia com o anestesista (se for o caso); documentação devidamente rubricada e assinada (contrato e termo de consentimento); pagamento realizado e/ou como se dará; etc. Enfim, é um procedimento extremamente simples e que pode evitar diversas complicações, sendo que na ausência de algum dos itens devidamente preenchido/realizado até a data do procedimento esse deve ser postergado até que se observem preenchidas todas as suas exigências.

O *check list*, ainda, se mostra na prática com alto efeito pedagógico para os próprios pacientes, que por vezes relutam ou se esquecem (propositadamente ou não) de trazer termos assinados, contrato preenchido, exames, etc.. Desde a primeira consulta o profissional deve ser enfático, e afirmar que até a véspera do procedimento/tratamento se o *check list* não estiver respeitado em sua integralidade, ocorrerá seu cancelamento.

Esse documento, portanto, é um verdadeiro lembrete quanto aos demais, fazendo com que o médico ou clínica jamais se olvidem

ou negligenciem o conjunto documental que deve ser produzido e que dará sustentação para a sua segurança profissional e jurídica.

Como se disse no início, os documentos acima exemplificados não são exaustivos, e devem ser complementados a depender de cada caso (com anexos contratuais, aditivos, contratos específicos de cessão de espaço/sublocação no caso de clínicas que possuem salas disponíveis, etc.).

Todavia um fato se mostra inequívoco: a documentação toma caráter preponderante na formalização e na segurança da relação médico-paciente, e em juízo – no caso de eventual demanda – será fundamental para comprovação dos fatos alegados, especialmente quando da defesa médica em razão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor como se relatou.

CONCLUSÕES

Apesar da relutância em aceitar o termo medicina defensiva, essa lamentavelmente é uma realidade. Enxergar de forma diversa é negligenciar as estatísticas recentes e jogar com a própria sorte.

Não se discorda que existe uma relação especial que deve se formar entre o médico e o paciente, a qual deve ser alicerçada na confiança e respeito mútuos. Porém, não é exagerado ou inadequado formalizar essa relação, sendo a produção de documentos médicos benéfica a todos.

De outro lado, se a relação, por qualquer razão, acabar comprometida e culminar com o ajuizamento de ação por suposto erro médico, então a documentação passa a ter caráter fundamental, ou, ainda mais, pode representar o linha tênue entre a absolvição ou condenação do profissional.

E não está se tratando aqui de casos nos quais efetivamente houve equívoco profissional: muitas vezes, no caso concreto, o médico pode ter agido com correção ou a Clínica/Hospital pode não ter incidido em nenhum prejuízo ao paciente. Mas, diante da aplicação do código consumerista, a eventual insuficiência de provas se mostra intransponível, pois sem essas nem mesmo a melhor narrativa se sustenta.

Diante disso entendemos que o cuidado com a documentação deve ser redobrado, sendo essa elaborada com

critério, correção, assiduidade, e em caso de dúvidas, com auxílio de especialista. Não se deve jamais confundir com mera burocracia a evolução adequada anotada no prontuário, as fotos que comprovem os estágios do tratamento, o termo de consentimento informado, um bom contrato de prestação de serviços, um *check list* prévio ao tratamento, enfim, todos registros que vão não apenas regulamentar de forma clara e precisa a relação, mas servirão como prova robusta em caso de demanda judicial.

Portanto, o que se buscou demonstrar é que apenas a boa prática médica (infelizmente) já não é mais suficiente para defesa do profissional ou do hospital em juízo: sem provas escritas e bem elaboradas será difícil ou quase impossível comprovar as alegações trazidas em seu favor.

A segurança da profissão passa, portanto, por uma boa demonstração de que se agiu corretamente. E a boa documentação, mais do que simples preocupação, revela diligência e atualização dos profissionais da área da saúde.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Doutrina, legislação e jurisprudência atinentes a profissão médica. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FONSECA, Pedro H. C; FONSECA, Maria Paula. **Direito do Médico**. De acordo com o novo CPC. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único, 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.
- GIOSTRI, Hildergard Taggesell. **Responsabilidade Médica**. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. 7. Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.
- REIS, Clayton; MONTESCHIO, Horácio. Responsabilidade civil subjetiva do cirurgião plástico em face do direito da personalidade do paciente. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5ef9f5ae91440a6e>>.